

MARIA ESMERALDA BUCALO

Professore Associato di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo

mariaesmeralda.bucalo@unipa.it

**RIFLESSIONI SU *SOFT LAW* E AUTORITÀ  
INDIPENDENTI ANCHE NELLA PROSPETTIVA DI  
ALCUNE RECENTI PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI**

**REFLECTIONS ON *SOFT LAW* AND INDEPENDENT AUTHORITIES  
ALSO IN THE PERSPECTIVE OF SOME RECENT JUDICIAL  
PRONUNCIATIONS**

SINTESI

Partendo dalla individuazione delle origini della *soft law*, il saggio tenta in prima battuta di reperirne una sua valida collocazione nel sistema delle fonti, per poi dedicarsi in particolare alla *soft law* delle Autorità indipendenti. Esse si pongono come nuovi soggetti regolatori di ampi segmenti del mercato, lasciati volutamente liberi dal Legislatore, capaci di porre in essere atti normativi e paranormativi che, sebbene non dotati di formale vincolatività, sono però “effettivi”, perché i regolati vi si adeguano spontaneamente avendo partecipato al procedimento di formazione.

Questi nuovi atti, oltre che impattare con molteplici principi del costituzionalismo contemporaneo, pongono dei dubbi quanto alla tutela da assicurare a tutti coloro che eventualmente da essi subissero una qualche lesione dei propri diritti.

Per risolvere questi problemi gli strumenti risolutivi sono solo due: l'attività del legislatore, che detti in modo più specifico le funzioni delle Autorità Indipendenti e il riconoscimento del sindacato pieno del giudice amministrativo, che però trova difficoltà scontrandosi con la discrezionalità tecnica dei regolatori.

A ciò si aggiunge una giurisprudenza costituzionale oramai abbastanza ondivaga quanto all'identificazione della natura dei Garanti, ma che sembra tenere in

debito conto gli atti da loro emessi, quanto meno riconoscendo loro una funzione interpretativa.

#### ABSTRACT

Starting from the identification of the origins of soft law, the essay first tries to find a valid placement in the system of sources, and then devotes itself in particular to the soft law of independent Authorities. They present themselves as new regulators of market segments deliberately left free by the Legislator, capable of putting in place normative and paranormative acts which, although not provided with formal binding, are however "effective", because the regulated spontaneously adapt to them having participated in the training process.

These new acts, as well as having an impact with multiple principles of contemporary constitutionalism, pose doubts as to the protection to be ensured to all those who may have suffered any damage to their rights by them.

There are only two resolving tools against these problems: the activity of the legislator, who more specifically dictates the functions of the Independent Authorities and the recognition of the full union of the administrative judge, who, however, finds it difficult to clash with the technical discretion of the regulators.

To this is added a constitutional jurisprudence now quite vague as to the identification of the nature of the Guarantors, but which seems to take due account of the acts issued by them, at least recognizing them an interpretive function.

PAROLE CHIAVE: Autorità Indipendenti – *soft law* –fonti del diritto - tutela giurisdizionale – giurisprudenza costituzionale

KEYWORDS: Independent Authorities - soft law - sources of law - judicial protection - constitutional jurisprudence

INDICE: 1. *Soft law* come “fonte” del diritto: origini e teoria delle fonti. – 2. Le Autorità Indipendenti: natura e impatto con alcuni principi dell’ordinamento costituzionale - 3.1 La *soft law* delle Autorità indipendenti: un “diritto *in progress*” – 3.2 (*segue*) Le linee guida dell’ANAC e la *moral suasion* della AGCM - 4. Tutela giurisdizionale avverso la *soft law* delle Autorità indipendenti: alcuni casi giurisprudenziali recenti - 5. La giurisprudenza costituzionale: fra torsione delle Autorità Garanti in senso esclusivamente amministrativo e incidenza della *soft law* sul giudizio di costituzionalità

## 1. *Soft law* come “fonte” del diritto: origini e teoria delle fonti

Parte della dottrina definisce la *soft law* come un “paradosso”<sup>1</sup>, perché il diritto è per sua natura *hard*, rigido, posto in essere secondo procedimento rigidamente stabilito *a priori*, da soggetti legittimati a porre regole con effetto vincolante<sup>2</sup>. La *soft law* invece è un complesso di regole che vedono la luce attraverso “nuove” formule di gestione dei processi decisionali (la c.d. *governance*), da parte di “nuovi soggetti regolatori, che traggono la loro legittimazione dal basso, poiché le esigenze di normazione emergono dallo stesso settore da regolare e poiché il procedimento di formazione di questo “nuovo” diritto ha natura partecipata, coinvolgendo in genere quegli stessi soggetti ai quali poi si richiederà osservanza di quelle regole, che dunque non risulteranno imposte loro dall’alto.

Per queste ragioni, la locuzione *soft law* rimanda al fenomeno per il quale il diritto pubblico sembra perdere la sua differenziazione dal diritto privato e l’attitudine autoritaria dello Stato, sembra temperarsi in favore di “metodi negoziali” maggiormente consensuali e partecipati di produzione del diritto.

In dottrina il dibattito si articola in due tesi: quella che avverte la pressante necessità di regolare in modo più rapido e fluido le necessità che provengono dal mondo globalizzato al di là di una «categorizzazione degli atti normativi fondata solo sulle forme»<sup>3</sup> e quella che, invece, ritiene che non si possa prescindere dai principi del costituzionalismo, che individuano nella gerarchia il criterio ordinatore principe del sistema delle fonti, il quale non può certo tollerare la *soft law* se non come elemento eteronomo<sup>4</sup>.

1M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Law. dir.*, 2003, p. 17.

2R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi. Riflessioni intorno a soft law e a governance*, in L. Desanti, P. Ferretti, A.D. Manfredini (a cura di), *Per il 70mo Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di università*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 19, parla di «procedure formali tipiche delle istituzioni di governo».

3A. POGGI, *Soft law nell’ordinamento comunitario*, in <http://archivio.rivistaaic.it/materialiconvegni/aic200510/poggi.html>, la quale riprende il pensiero di A. D’ATENA, *L’anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2001, p. 591 e ss.

4A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria ed il diritto statale. Conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *costituzionalismo.it*, 2016, n. 3, p. 285, che ritiene altresì che la *soft law* sia «diritto parametrato sulla efficienza (economica) in contrapposizione al diritto che nasce dal confronto

A ciò si aggiunge la “ambiguità” della locuzione *soft law* nella quale sono ricomprese una molteplicità di atti e documenti non dotati di efficacia obbligatoria autonoma, che svolgono funzioni diverse e che agiscono in ambiti altrettanto differenti.

La genesi del fenomeno, reperita nell'ambito del diritto internazionale<sup>5</sup>, evidenzia la natura eterogenea e non definita della *soft law* identificata in quelle norme «the legally binding character of which has been deliberately and sometimes explicitly denied by their authors, but which nevertheless cannot be considered as being merely morally or politically binding»<sup>6</sup>.

Tale eterogeneità ha poi avuto modo di esprimersi ulteriormente laddove, in seno agli ordinamenti eurounionale e nazionali, con questa locuzione si fa riferimento ad elementi giuridici fra loro diversi, divenendo secondo alcuni

---

fra forze politiche». Secondo R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi*, cit., p. 22 e 24 la tipicità delle forme dell'*hard law*, garantisce delle procedure legali attraverso le quali le regole possono imputarsi all'interesse generale, imbrigliando entro stretti confini “l'esuberanza del potere politico” e conferendo in questo modo all'atto prodotto una oggettività che lo rende generale e non frutto della volontà soggettiva di una o più parti soltanto. Ciò costituirebbe uno dei capisaldi dello Stato di diritto, capace di creare una netta distinzione fra atti giuridici obbligatori per la generalità dei consociati e documenti che tali non sono.

<sup>5</sup> In ragione del fatto che in quel ambito non esiste un'autorità centrale di legislazione e conseguentemente dal fatto che la produzione normativa è affidata a processi consensuali, che col tempo hanno evidenziato la necessità di individuare procedimenti regolativi più flessibili per la disciplina di temi complessi e soggetti a rapide modificazioni. Così P. COSTANZO, *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p.261; sulla genesi internazionalistica del concetto di *soft law* A. DI ROBILANT, *Genealogies of SoftLaw*, in *ScandinavianStudies in Law*, 2013, n. 58, p. 217 e ss.

<sup>6</sup> D. THURER, *Soft law*, in R. BERNHARDT, *Enciclopedia of public international law*, 2000, IV, pp. 452-453 e 457-459, il quale sostiene anche che gli effetti della *soft law* in diritto internazionale siano *latu sensu* normativi, in quanto agiscano nel campo della buona fede, laddove cioè le parti espressamente la scelgano per la disciplina di un qualsiasi accordo o atto, o della interpretazione giudiziale laddove i principi da essa espressi non siano presenti in atti formalmente vincolanti o i giudici si trovino ad agire con discrezionalità in presenza di concetti giuridici non perfettamente definiti.

La dottrina internazionalista ha anche individuato le funzioni della *soft law* la quale è un valido strumento preparatorio degli atti dotati di valore vincolante (*pre-law*), è in grado di ricostruire in forma scritta norme consuetudinarie o principi già acquisiti dalla comunità internazionale (cristallizzando una norma *in fieri* o promuovendo la nascita di nuove - *para law*) ed è anche un valido strumento interpretativo di norme positive svolgendo un ruolo spesso integrativo del loro contenuto (*post law*). Sul punto si veda M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, cit., p. 26-29, il quale si sofferma anche sul rilievo giuridico degli strumenti di cd. *soft enforcement* che servono a controllare l'osservanza e l'esecuzione della *soft law*.

alquanto vaga e poco descrittiva<sup>7</sup>, secondo altri un insieme di fenomeni raccolti in via residuale «accomunati dal fatto di rappresentare risposte a pressanti esigenze di regolamentazione»<sup>8</sup>.

In particolare l'Unione europea ha fatto ampio uso di tale tipologia di atti e la dottrina comunitarista maggioritaria si è soffermata su tre fondamentali elementi che li definiscono: l'essere *rules of conduct*, il non avere valore formalmente vincolante (*no legally binding force*), ma ciò nonostante non certo privi di effetti giuridici (*legal effects*), essendo comunque capaci di influenzare i comportamenti dei consociati<sup>9</sup>.

A questa categoria vengono dunque ricondotti atti non tipizzati nei Trattati (come le comunicazioni, le raccomandazioni, le dichiarazioni, i codici di condotta), ma cui è stata riconosciuta una rilevanza non indifferente, grazie al ruolo pretorio svolto fin dai primissimi anni Settanta dalla Corte di Giustizia, la quale, pur senza menzionare mai formalmente il termine *soft law*, cominciò a dichiarare ricevibili ricorsi che li assumevano ad oggetto, attribuendo loro di fatto efficacia vincolante e radicandovi la propria giurisdizione<sup>10</sup>.

Numerosi commentatori anche recentemente hanno sottolineato come «le ragioni che suggerirebbero l'adozione di queste nuove tecniche di gestione

---

7 E. MOSTACCI, *La soft law nel Sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, CEDAM, 2008, p. 2.

8 P. COSTANZO, *Hard law e soft law*, cit., p. 262.

9 L. SENDEN, *Soft law in european community law*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, p. 132.

10 *Ex multis* C. Giust. CEE, 4 ottobre 1979, causa C-141/78, *Francia c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1979, p. 2923; C. Giust. CEE, 10 luglio 1980, causa C-32/79, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1980, p. 189; . C. Giust. UE, 18 febbraio 1998, causa C-4/96, *NFPO and Northern Ireland Fishermen's Organization c. Department of Agriculture of Northern Ireland*, in *Racc.*, 1998, p. 684; C. Giust. UE, 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Grimaldi c. Fonds des maladies*, in *Racc.*, 1989, p. 4407. Sul punto per una ricostruzione più precisa sulla giurisprudenza comunitaria si permetta di rinviare a M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti limiti e funzioni*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 18-24.

A fronte dell'attivismo della Corte di Giustizia si deve segnalare con M. ELIANTONIO e O. STEFAN, *The Elusive Legitimacy of EU Soft Law: An Analysis of Consultation and Participation in the Process of Adopting COVID-19 Soft Law in the EU*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 1/2021, p. 164 e ss., che il Parlamento europeo abbia più volte stigmatizzato il carattere espansivo dei poteri della Commissione a fronte del suo ampio utilizzo di strumenti al di fuori di quelli enumerati dai trattati.

del potere vi sarebbe la crisi delle competenze, l'irriducibile diversità dei modelli sociali europei, la crisi di legittimazione dell'UE, la difficile attuabilità del principio di sussidiarietà»<sup>11</sup>.

Tutto ci determinerebbe la possibilità di affrontare il tema della *soft law* ascrivendola alla categoria delle “fonti di fatto”, poiché pur non potendola considerare fonte in senso formale è innegabile che essa produca in qualche modo diritto.

Per giustificare tale idea dal punto di vista teorico e interpretativo parte della dottrina si rifà alla teoria della “normatività graduale”<sup>12</sup>, la quale parte dal presupposto che il diritto possa avere una varietà di effetti giuridici diretti e indiretti, più o meno intensi, poiché «*different norms carry a variety of differing impacts and legal effects*»<sup>13</sup> e, dunque, le due categorie di *soft* e *hard law* non possono essere considerate distinte, ma parti di un unico insieme in continua evoluzione.

La *soft law* dunque sarebbe già diritto, dotato di una effettività e di una efficacia propria, che dipendono dalla attuazione di doveri generali, come la buona fede, o di obblighi generici, come quello di collaborazione, o dal rinvio da parte di norme di *hard law*, «amplia(ndo) o concretizza(ndo) parametri giuridici, produce(ndo) auto-vincoli di diritto pubblico o privato»<sup>14</sup>.

Se dunque spostando l'angolo di visuale indagassimo il fenomeno nei termini della *effettività* e della sua valenza *descrittiva* e non solo (o non più) nei termini della *efficacia* e della *prescrittività*, grazie al sostegno di autorevole dottri-

---

11 Così F. PACINI, *Ai confini della normatività. Hard law e soft law in “tempi difficili”*, testo provvisorio della relazione al convegno annuale della Associazione del Gruppo di Pisa, Firenze 17-18 Giugno 2022, attualmente disponibile al seguente link [https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2022\\_Convegno\\_Firenze/Fabio\\_Pacini\\_-\\_Ai\\_confini\\_della\\_normativita.pdf](https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2022_Convegno_Firenze/Fabio_Pacini_-_Ai_confini_della_normativita.pdf) il quale cita G. MARTINICO, *Il soft law nel diritto comparato della pandemia: alcuni spunti critici*, scritto destinato agli atti del Seminario del Gruppo di Pisa “Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato” del 25 marzo 2022, p. 9 del dattiloscritto.

12 C. M. CHINCKIN, *Normative development in The international legal system*, in D. SHELTON (a cura di), *Committed and compliance: the Role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford, , Oxford University Press, 2000, p. 21 e ss, spec. p. 32.

13 R.R. BAXTER, *International law in “her infinite variety”*, in *The International and Comparative Law quarterly*, 1980, vol. 29, n. 4, p. 563.

14 J. LUTHER, *Riconoscimento di potere normativo ad atti non prodotti da poteri-fonte (la soft law)*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 67.

na, si potrebbe concepire l'ordinamento giuridico «gerarchicamente strutturato sotto un duplice punto di vista, avendosi da un lato, una diversa gerarchia fondata sulla diversa *efficacia* normativa che sorregge le diverse manifestazioni di volontà dello Stato (Costituzione, legge, regolamento, ecc.) – e che risulta da una certa cristallizzazione della maggiore o minore forza politica da cui tali manifestazioni erano assistite nel momento storico in cui si sono realizzate – e, dall'altro, una gerarchia delle norme fondata sul carattere strumentale che le une presentano rispetto alle altre»<sup>15</sup>. Quest'ultima reperisce il suo fondamento nel *principio di effettività*, per il quale «i comandi giuridici sono riconoscibili come tali a condizione che ricevano un certo quale tasso di osservanza e di accettazione da parte dei consociati» ed istituisce un legame fra diritto e società, diventando «una tecnica della azione umana, ma non animato dalla autonoma volontà»<sup>16</sup>.

Spesso accade infatti che alla produzione delle regole destinate alla disciplina di una particolare situazione (il c.d. *diritto teorico*) non consegua la applicazione delle stesse (il c.d. *diritto vivente*) in singole fattispecie concrete<sup>17</sup>. Davanti a questi casi l'ordinamento predispone il più delle volte gli strumenti per reprimere l'inosservanza delle regole, sempre che nel tempo tali inosservanze non si moltiplichino e risultino fra loro collegate. La ripetizione dell'inosservanza alla regola determina evidentemente una sua “delegittimazione”, o quanto meno la contestazione *de facto* della sua validità come regola giuridica, la quale però ripetuta nel tempo può mettere in moto meccanismi invalidanti.

Ciò accade spesso anche per le fonti da cui tali regole giuridiche derivano, le quali possono venire totalmente o parzialmente sostituite da altre fonti produttive di regole invece applicate nel diritto vivente, che, come rilevato dalla stessa autorevole dottrina, possono essere legali, come la consuetudine, ma an-

15 A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto – art. 1-9*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 10, in questo riprendendo lo studio di C. ESPOSITO, *Validità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 59 e ss.

16 R. MENEGHELLI, *Il problema della effettività nella teoria giuridica*, Padova, Cedam, 1975, pp. 162-164

17 C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 603.

che *extra ordinem*, come i fatti normativi con “effettività legittimante” e applicate per la loro intrinseca influenza persuasiva, sebbene privi di “efficacia legale”<sup>18</sup>.

Conseguentemente, se è vero che l'ordinamento statale “definisce se stesso”, perché dichiara quali atti ne fanno parte, è altrettanto vero che l'atto normativo sia comunque una “figura relativa”<sup>19</sup>, perché esistono certi atti di autonomia che «non restano completamente fusi nell'unità dell'ordinamento statale, ma tuttavia ne sono elementi»<sup>20</sup>, «promananti da soggetti diversi dallo Stato che tuttavia per taluni effetti sono compresi tra le fonti del diritto dello Stato»<sup>21</sup>.

L'ordinamento giuridico dunque non è la «somma aritmetica di varie norme. [...], ma un'unità a sé [...] qualche cosa di diverso dei singoli elementi materiali che lo compongono»<sup>22</sup>, dotato di una forza propria e indipendente dalla volontà del legislatore, un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma anche muove a sua volta le norme in modo evolutivo, tant'è che il variare delle norme e la loro sostituzione è l'effetto di un mutamento sostanziale dell'ordinamento di fatto già avvenuto.

La teoria istituzionale del diritto allora aiuta a comprendere in che modo trovare un fondamento giustificativo della *soft law*, perché se il diritto è lì dove esiste qualsiasi società (o istituzione), che in quanto tale deve darsi un ordine sociale (*ubi societas ibi ius*), allora tanti sono gli ordinamenti quante sono le istituzioni.

Il *principio della pluralità degli ordinamenti* si pone dunque in netta contrapposizione con la dottrina che vede solo nello Stato l'unico organo produttore del diritto, tanto che «la cosiddetta crisi dello Stato moderno implica per

---

18 Così V. CRISAFULLI, voce *Fonte del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 927-928 e ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1993, p. 147.

19 V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 252.

20 S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario normativo*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 7.

21 V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, cit., p. 252.

22 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1945, p. 10.

l'appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente»<sup>23</sup>.

Se quindi quello statale è solo uno degli ordinamenti possibili, allora la normatività dell'atto va riconosciuta a tutti gli atti e i fatti il cui elemento essenziale consista nella «novità del precetto»<sup>24</sup> nell'effetto innovativo che essi producono, determinando un «mutamento nelle condizioni giuridiche esistenti»<sup>25</sup> ed uno sviluppo ed un incremento del sistema.

Come è evidente la teoria istituzionale, come quella della normatività graduata citata poco più sopra, sono valide ai fini del reperimento di un fondamento teorico generale alla *soft law*, che in quanto “fonte di fatto”, può essere annoverata fra le fonti *extra ordinem*, le quali «sono per definizione sempre effettive»<sup>26</sup>.

Inoltre, sebbene essa richieda un adempimento volontario da parte dei destinatari, essa proviene, oltre che da soggetti privati, anche da istituzioni pubbliche o dalla cooperazione fra pubblico e privato<sup>27</sup>, creando una «fonte recettiva del fatto»<sup>28</sup>, che grazie alla sua natura duttile e alla sua persuasività riempie gli spazi lasciati vuoti dall'*hard law*. Essa spesso si pone in alternativa alle fonti legali, riuscendo a prevalere su queste grazie alla sua capacità di pressione<sup>29</sup>,

---

23 S. ROMANO, *op. cit.*, p. 93, ma già il concetto era stato enucleato dallo stesso A. in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, p. 97 e ss.

24 V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 241, 243. Cfr. anche S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario normativo*, cit., p. 178 assume che il criterio della novità sia reperibile soltanto nelle disposizioni che determinano la fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche, dando vita ad un comando o ad una regola non prevista nel sistema.

25 S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1937, p. 228.

26 G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti*, Torino, Utet, 1988, p. 260. Sul punto si veda anche A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria ed il diritto statale*, cit., p. 260 la quale afferma che essa validamente può essere considerata dunque un “fatto suscettibile di incidere sul diritto” e dunque non ignorabile dal punto di vista descrittivo, «uno strumento di produzione giuridica [...] su un piano *di fatto*, non di rado ai confini fra giuridico e non giuridico»

27 A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 268, ritiene ciò possa costituire un veicolo per la affermazione di interessi più forti. Analogamente A. SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 168-170.

28 A. ALGOSTINO, *op. loc. cit.*

29 Si esprimeva così quanto alle fonti *extra-ordinem* A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto – art. 1-9*, cit., p. 543.

non determinandone l'annullamento in senso gerarchico, ma restringendone gli spazi di manovra.

In questo modo il conflitto fra *soft law* e ordinamento costituzionale, determinato secondo alcuni dal fatto che la sua forma, i processi decisionali che la pongono in essere, ma anche i suoi contenuti, sarebbero potenzialmente «inconciliabili, o comunque estranei, rispetto al costituzionalismo moderno»<sup>30</sup>, potrebbe essere superato dalla “mitezza del diritto costituzionale”, che richiede la coesistenza di valori e di principi e che ciascuno di essi non assuma carattere assoluto, ma sia reso compatibile con gli altri.

Nell'ottica del pluralismo dunque, la visione che riuscirebbe a rendere compatibile la *soft law* con il costituzionalismo, non sarebbe quella del “conflitto”, ma quella inclusiva dell'integrazione attraverso l'intreccio di valori, l'unica compatibile con la trasformazione che ha investito il diritto come tale<sup>31</sup>.

D'altro canto è stato il progressivo affermarsi del diritto eurounionale ad evidenziare la necessità di un aggiornamento del sistema delle fonti nel senso di affiancare al criterio regolativo gerarchico-piramidale un criterio reticolare, nel quale i centri di potere capaci di porre in essere norme giuridiche non sono più soltanto i singoli Stati e la vincolatività dell'atto e della regola non dipende dal comando, ma dal coordinamento e dalla continuità del processo di formazione, fondato sul consenso reciproco fra le parti.

Questo “nuovo diritto” definito da autorevole dottrina “eterarchico”<sup>32</sup> deve necessariamente coesistere con istituti (i.e. strutture ordinamentali) preesistenti ed organizzati in forma strettamente gerarchica, divenendo così complementari, pur esprimendo approcci diversi allo studio del sistema delle fonti.

Analogamente un sistema che voglia fare spazio all'esistenza di “nuove fonti” come la *soft law* non può essere fondato sulla struttura gerarchica, nè organizzarsi esclusivamente in forma reticolare, tenendo conto della funzione di

---

30 A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 269.

31 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 12 e 17.

32 G. TEUBNER, *Un droit spontané dans la Société mondiale?*, in A. Morand (a cura di), *Policentricity. The Multiple Scenes of Law*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 197 e ss.

fatto vincolante svolta da questi nuovi atti normativi: non il primo perché non potrebbe chiaramente contenere in sé la *soft law*, non essendo essa una “fonte” gerarchicamente strutturabile<sup>33</sup>; non il secondo perché non terrebbe conto di tutte le altre fonti piramidalmente organizzate, la cui esistenza e la cui vincolatività giuridica non può certo essere messa in dubbio da alcuno studio. Nel disordine che regna fra le fonti è necessario che entrambe le strutture convivano insieme<sup>34</sup>.

## **2. Le Autorità Indipendenti: natura e impatto con alcuni principi dell'ordinamento costituzionale**

È stato recentemente e attentamente osservato che «con riferimento all'ordinamento italiano [...], buona parte del “discorso”, dottrinale e giurisprudenziale, sul *soft law* è stato legato all'affermarsi del ruolo delle autorità indipendenti»<sup>35</sup>, quale «peculiare modello di azione e di organizzazione amministrativa chiamato a svolgere, in piena indipendenza, compiti di *regolazione* in ambiti caratterizzati da un elevato grado di competenza tecnica»<sup>36</sup>.

Ciò probabilmente è accaduto anche perché con la grande e indefinita categoria della *soft law* le Autorità Indipendenti condividono il carattere della eterogeneità<sup>37</sup>, che le definisce e qualifica a tutto tondo quanto alle loro leggi istitutive, che individuano diversi procedimenti di nomina, alla loro composizione, alle funzioni esercitate, alla natura degli atti emessi e alle situazioni giuridiche tutelate.

---

33 Si utilizza qui volutamente il termine fonte associato alla *soft law* sulla scorta di U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea fra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 364, per il quale «nulla vieta di usare la denominazione “fonte” per indicare fenomeni che non sono inseriti in un ordine verticale o che comunque provengano dal basso e non dall'alto di una trama sociale».

34 U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea*, cit., p. 367 e p. 376-377.

35 F. PACINI, *Ai confini della normatività*, cit., p. 3

36 Così R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, 2017, 1, p. 3.

37 G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 1 quanto alla *soft law* ci parla della «panoplia di atti non tipizzati e non riconducibili entro le tradizionali fonti del diritto (denominati, ad es., dichiarazioni di principi, raccomandazioni, risoluzioni, carte, codici di condotta, linee guida, programmi d'azione, ecc.)»

Come polisemica (e dunque di natura eterogenea) è anche la parola *regolazione*, volta ad assumere in sé tutte le molteplici funzioni svolte dalle Autorità, in quanto rappresenta la «funzione di controllo continuo e focalizzato, esercitato (ma non sempre) da un'Autorità pubblica neutrale, in ordine ad un'attività o un settore cui si attribuisce particolare rilevanza sociale, controllo che si esprime sia in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni ecc.), sia in attività successiva di verifica, sia in attività di *moral suasion*, sia in attività propositiva, sia anche in attività di conciliazione, di risoluzione di controversie, di consulenza, di collaborazione», caratterizzata – come si è detto – dal modello *process oriented* (contraddittorio, partecipazione, trasparenza) e da una finalità «programmatica e non per un regime tipico che invece va dedotto dalla specifica struttura dell'atto e dalla disciplina che ne dà il diritto positivo»<sup>38</sup>.

D'altro canto studiare la *soft law* delle Autorità Indipendenti sembra quasi un passo obbligato perché è evidente che oramai essa assurge al ruolo di “fonte di fatto”, che si impone per forza propria con una vincolatività comunemente riconosciuta per il sol fatto di derivare da soggetti, diversi da quelli che l'ordinamento attribuisce l'“autorità” di porre in essere atti normativi secondo un procedimento stabilito da norme sulla produzione, ma dotati di un grado di “autorevolezza”, per il quale gli atti da loro posti vengano comunemente ritenuti vincolanti dai consociati.

Come gli atti di *soft law*, anche le Autorità sono così diversificate che tutti i tentativi di ricondurle ad unità si sono rivelati ben presto vani, anche quelli che le distinguono base sulle situazioni giuridiche tutelate in Autorità di tutela del mercato e Autorità di garanzia dei diritti fondamentali<sup>39</sup>, per il sol fatto che ciò presupporrebbe la convinzione che il mercato sia qualcosa di totalmente

---

38 G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto Amministrativo*, 2016, 3, p. 286.

39 M. MERUSI, M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir., agg. VI*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 143 e ss.

avulso e slegato dai diritti fondamentali e che su questi ultimi esso non abbia alcuna influenza<sup>40</sup>.

Un elemento però può reperirsi in comune fra tutte: il fatto che esse appaiono, ad un primo sguardo, prive di legami politici col Governo e col Parlamento, tanto che nella denominazione spesso utilizzata “Autorità *Amministrative* Indipendenti” risulta preferibile far cadere come in una sincope la qualificazione “amministrative”, che contribuisce sovente a creare nell’immaginario collettivo l’idea di un loro collegamento con la amministrazione, col Governo, o, più in generale, con gli organi di indirizzo politico.

L’esclusione di ogni legame politico è infatti evidenziato dalla alta qualificazione dei loro componenti, “indipendenti” e avulsi da «centri di elaborazione dell’indirizzo politico, siano essi partitici, parlamentari o governativi»<sup>41</sup>, dall’interesse perseguito dalle stesse e dalle esigenze che esse sono volte a soddisfare e che sono esclusivamente quelle della materia che devono regolare e per le quali sono state istituite.

Da parte loro i centri di determinazione politica, Parlamento e Governo, paiono aver abdicato a questa loro funzione, dettando in modo alquanto generico e sovente confuso le norme generali istitutive delle Autorità amministrative<sup>42</sup>, così garantendo loro ampi spazi di autonomia normalmente non concessi alle amministrazioni statali per così dire “tradizionali”<sup>43</sup>.

Ciò contribuisce a quella rivisitazione del concetto di sovranità così come definita nello Stato moderno e intesa «come situazione efficiente di forza materiale impegnata nel compito della costruzione e della garanzia della propria unicità e supremazia politica» o, in senso più strettamente giuridico, come «riconduzione di ogni manifestazione di forza politica alla ‘persona’ sovrana dello Stato»<sup>44</sup>. Tale nozione oggi risulta fortemente offuscata dal pluralismo politico

---

40 M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 50.

41 M. MERUSI, M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003, p.7.

42 M. MERUSI, M. PASSARO, *Le Autorità Indipendenti*, cit., p. 8.

43 M. MERUSI, M. PASSARO, *op. cit.*, p. 10.

44 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 5-6

e sociale, dalla formazione di centri di potere alternativi allo Stato, sia in senso politico, sia in senso economico, sia in senso sociale e culturale, quali le Autorità indipendenti sono.

Certo, bisogna rammentare anche quella parte della dottrina che si sofferma sulla differenza di non poco momento fra «il diritto che è prodotto da organi che possiedono una legittimazione democratica e ai quali è attribuita la competenza ad intervenire in un determinato ambito e un diritto che si impone in virtù della sua forza persuasiva»<sup>45</sup>, poiché l'effettività di una norma può derivare sia da uno spontaneo «consenso formatosi fra gli appartenenti alla comunità circa l'opportunità o la doverosità di osservare determinate regole», sia da «pressioni di ordine politico, economico, culturale o di altro genere, non escluse quelle derivanti dalla minaccia dell'uso della forza [...] o dalla suggestione di qualunque altro strumento di persuasione palese o occulto»<sup>46</sup>.

Ne deriverebbe che l'adempimento da parte dei destinatari non sarebbe realmente “volontario”, ma determinato dal potere di fatto esercitato dai soggetti che pongono in essere tale diritto, in grado di orientarne facilmente la scelta<sup>47</sup>.

D'altro canto è noto che è proprio l'indipendenza delle Autorità, intesa come assenza di ogni rapporto gerarchico col Governo, a porle in netto contrasto con i paradigmi costituzionali in materia di amministrazione, i quali si fondano sul disposto dell'art. 97 Cost., e determinano la rottura di uno dei capisaldi della forma di governo parlamentare, cioè quello per il quale il rapporto fra Parlamento e amministrazione è sempre mediato dall'Esecutivo, che si assume davanti all'organo rappresentativo della volontà popolare la responsabilità politica degli atti della amministrazione<sup>48</sup>.

45 A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 265.

46 A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 541.

47 A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 266, la quale ritiene che il pericolo sia ancor più rilevante se solo si considera che queste prescrizioni non sono frutto di procedure formalizzate che garantiscano l'ascrivibilità del potere ad un orizzonte democratico.

48 M. MERUSI, M. PASSARO, *op. cit.*, p. 82 e analogamente A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *federalismi.it*, 2017, 23, p. 7. Recentemente anche G. ROMAGNOLI, *L'incidenza (sostanziale) dell'azione delle c.d. Autorità Indipendenti sulle dinamiche economi-*

La giustificazione di questa “esenzione” dalla politica e, conseguentemente, dalla responsabilità e dai controlli viene reperita appunto nell’interesse e nelle situazioni giuridiche da tutelare: caratterizzate da un alto tasso di tecnicità o da un particolare rilievo sociale, esse necessariamente richiedono la “neutralizzazione della politica” e dunque un agire amministrativo totalmente indipendente<sup>49</sup>.

Esiste però in dottrina una lettura dei principi costituzionali che consente di ripensare al ruolo e alla posizione delle Autorità attuandone le sovracitate criticità e che ritiene che dall’impianto costituzionale possa trarsi il disegno generale di un’amministrazione svincolata dal potere esecutivo, poiché «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità della amministrazione» e «i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione»<sup>50</sup>. L’amministrazione quindi è sottoposta nella sua attività al principio di legalità, ma non strettamente legata all’indirizzo politico, in modo da non subire il succedersi dei governi e i fisiologici mutamenti di indirizzo.

Tale lettura è peraltro conforme alla *ratio* per la quale esse sono state costituite, quella cioè di introdurre nell’ordinamento un nuovo modello di istituzione alla quale fossero imputate «funzioni non solo preordinate alla cura e al perseguimento degli interessi pubblici, ma anche alla garanzia delle situazioni soggettive coinvolte»<sup>51</sup>.

È così che l’indipendenza dei Garanti non è irresponsabilità, ma neutralità, diversa dal paradigma di cui all’art. 97 Cost., che postula invece la imparzialità come canone tipico della azione dell’Amministrazione.

Il carattere della neutralità è infatti considerato dalla dottrina maggioritaria come quel *quid pluris* rispetto alla imparzialità e alla indipendenza, che viene

*che dei c.d. Mercati regolamentati e le sue ragioni culturali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2022, p. 778.

49 M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 50-51.

50 E. MARTINELLI, *Autorità indipendenti e politica*, in *Amministrare*, 2000, 1-2, p. 127.

51 O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2020, p. 118.

richiesto ai membri delle Autorità, affinché l'organo del quale fanno parte si distingua dalla Amministrazione in senso tradizionale: la totale assenza di interessi confliggenti con le funzioni regolatorie cui sono chiamati, l'inesistenza di «alcun condizionamento politico che potrebbe portare a preferire gli uni o gli altri»<sup>52</sup>.

L'altro principio costituzionale posto in costante tensione dalla attività delle Autorità è il principio di legalità, segnatamente sotto il suo profilo sostanziale, più che formale, atteso che, come si accennava poco più sopra, esse trovano il loro primo fondamento di legittimazione nella legge che le istituisce.

Infatti, guardando alle numerose funzioni attribuite dalle leggi istitutive alle Autorità, sovente con norme estremamente generiche e lasche<sup>53</sup>, parte della dottrina evidenzia come le Autorità amministrative si pongano in netto contrasto con il sistema delle libertà strettamente legato alla riserva di legge, spesso rafforzata dalla riserva di giurisdizione, al principio di legalità e a quello del controllo giurisdizionale sulla attività amministrativa per la tutela di diritti soggettivi e di interessi legittimi<sup>54</sup>.

Di contro vi è chi ritiene invece che la compresenza di una molteplicità di funzioni in capo alle Autorità sia riconducibile alla pluralità di funzioni che l'amministrazione riproduce nel suo seno, non esclusivamente di mera esecuzione della legge, e che ciò determini l'irriducibilità della amministrazione ad un unico modello strettamente assoggettata alle direttive del potere politico<sup>55</sup>.

---

52 V. CAIANIELLO, *Le autorità amministrative tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, p. 353. D'altro canto la Corte costituzionale, prima di smentirsi nel 2019, si era già espressa nel 1991 con sentenza n. 32 sulla natura neutrale. Cfr. *infra* par. 5.

Deve segnalarsi che in tema di neutralità delle Autorità la giurisprudenza europea si è sempre dimostrata molto decisa. Cfr. C. Giust. UE, 19 ottobre 2016, 19 causa C-425/15, *Ormaetxea Garai e Lorenzo Almedros c. Administración de Estado*; C. Giust. UE 26 luglio 2017, causa C-560/15, *Europa Way srl e Persidera spa c. AG.Com, Ministero dello Sviluppo Economico, Presidenza del Consiglio, Ministero dell'economia e delle finanze*;

53 R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità*, cit., p. 19 e sul punto cfr. anche P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 9 e ss.

54 C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 79.

55 M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti*, cit., p. 91 e M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, cit., p. 37.

D'altro canto è appena il caso di rilevare che proprio la natura estremamente generica delle disposizioni legislative, che le hanno istituite, ha consentito alle Autorità di assumere un ruolo di applicazione diretta delle norme costituzionali, attraverso la “tecnica del bilanciamento” di interessi attuata “caso per caso”, che secondo alcuni le porrebbe su un piano parità con altri organi dell'ordinamento costituzionale (con il Parlamento e la Corte costituzionale innanzitutto)<sup>56</sup>.

Guardando attraverso questa diversa prospettiva l'azione delle Autorità non si palesa più totalmente sradicata dal disegno costituzionale, ma conforme ai valori costituzionali che esse sono tenute a proteggere, poiché paiono agire a stretto contatto con i valori costituzionali.

Pur non di meno, non si può non rilevare già in questa sede che le Autorità Indipendenti, muovendosi in quegli interstizi, invero neppure tanto angusti, lasciati liberi dalle troppo generiche disposizioni legislative che le hanno istituite, agiscono esercitando le loro molteplici funzioni con un ampio margine di discrezionalità. Ciò pone il problema reale del reperimento dei limiti alla attività discrezionale dei Garanti laddove, in particolare, ad essere incisi dalle loro molteplici funzioni normative (o para-normative), giurisdizionali (o para-giurisdizionali) e, più in generale, regolatorie siano i singoli e i loro diritti soggettivi.

### **3.1 La *soft law* delle Autorità indipendenti: un “diritto *in progress*”**

La molteplicità delle funzioni assegnate alle Autorità (normative, para-normative, para-giurisdizionali, ecc.) e la loro tendenza a creare in via di prassi regole per le proprie azioni e ad appropriarsi di poteri non previsti nelle leggi istitutive assumono un valore ancora più pregnante se si considera che esse sommano al potere di “auto-regolamentazione” anche il potere provvedimento, che dunque consente loro di derogare ad atti generali e conduce alla totale svalutazione della distinzione fra atto generale e atto speciale<sup>57</sup>.

---

56 M. CUNIBERTI, *op. cit.* p. 92 e M. MANETTI, *op. cit.*, p. 185 e

57 M. MARZONA, *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1988, p. 185 e M. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 96.

Quest'ultimo profilo di confusione fra atti di natura diversa, oltre che fra poteri e funzioni, genera evidenti problemi di compatibilità costituzionale, da un lato perchè, come si diceva, l'attività *sostanzialmente normativa* è esercitata in aree coperte e garantite da riserva di legge; dall'altro perchè la coesistenza di poteri normativi e poteri provvedimentali in capo ad uno stesso soggetto crea evidentemente un *vulnus* al principio della tutela giurisdizionale avverso tali ultimi atti, soprattutto laddove si ricordi che le Autorità sono dotate anche di poteri *sostanzialmente giurisdizionali*.

Illuminante è in proposito quella autorevole dottrina che non ha mancato di rilevare come con tali provvedimenti, che spesso assumono la forma di atti di *soft law*, le «autorità di regolazione hanno per lo più lo scopo di dare un contenuto determinato, o meglio quanto più determinato possibile, ai concetti indeterminati che costellano (e incombono su) l'attività dei regolati», divenendo così «un non diritto che concorre alla certezza del diritto»<sup>58</sup>.

In questi ambiti l'assenza di normatività di questo diritto *soft* (in quanto non formalmente vincolante) diviene sovente una categoria recessiva, poiché in realtà pone «vincoli molto stringenti nei confronti dei soggetti regolati, con l'aggravante dell'impossibilità di applicare gli strumenti di tutela tradizionali avverso tali vincoli»<sup>59</sup>.

Torna allora il problema già sopra menzionato di ricondurre sotto l'egida degli strumenti di tutela dei singoli tali atti che, grazie alla loro natura duttile e alla loro persuasività, riempiono gli spazi lasciati vuoti dall'*hard law*, non foss'altro perchè tali atti sottopongono a forte tensione il principio di legalità nella sua declinazione sostanziale.

---

58 G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 3 e 5.

59 M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 53. Sul punto anche F. PACINI, *op. cit.*, p. 4 che ritiene che in tale ottica evidentemente il criterio della assenza di normatività sia oramai non dirimente trattandosi «di una normatività che oltrepassa i confini del diritto tradizionale (*le droit est plus grand que la règle de droit*) e che si manifesta in modi, forme e con forza nuovi», in questo citando B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 33.

Per ovviare a questi problemi, le Autorità garantiscono la partecipazione dei destinatari al procedimento di formazione dei loro atti di normazione *soft*. In tal modo, da un lato ovviano alle critiche spesso mosse nei loro confronti in tema di carenza di legittimazione democratica, trovando una legittimazione propria del tutto autonoma e alternativa rispetto a quella politica e creando così un contatto effettivo con la società<sup>60</sup>.

Si tratterebbe dunque di una nuova “legalità di natura procedurale”<sup>61</sup>, che consente alle Autorità di trarre la loro legittimazione alla regolazione proprio dal procedimento in sé, dotato di specifiche garanzie di partecipazione, contraddittorio e di consenso<sup>62</sup>.

È bene ricordare che tale legalità procedurale trova un riferimento esplicito anche nella giurisprudenza costituzionale ed in particolare nella sentenza n. 69 del 2017 con la quale la Corte proprio in riferimento al potere di regolazione delle Autorità indipendenti, sulla scorta di giurisprudenza pregressa, ha valorizzato tali «forme di legalità procedurale [...] aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici [...] che consentano la collaborazione di più enti o organi [...]— specie se connotati da competenze specialistiche e chiamati a operare secondo criteri tecnici, anche di ordine economico — o anche la partecipazione delle categorie interessate. La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge [...] vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un

---

60 M. MANETTI, *op. cit.*, p. 212; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 245; G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, Cedam, 1994, p. 323. Sebbene debba comunque rilevarsi che questa autolimitazione sia spesso solo apparente perché la negoziazione con i privati si svolge sotto l'egida e il controllo delle Autorità stesse.

61 R. TITOMANLIO, *op. cit.*, p. 19. Si veda in particolare E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 220 ss. Cfr. *contra* P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, *cit.*, p. 303 e ss.

62 F. PACINI, *op. cit.*, p. 4.

inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti»<sup>63</sup>.

Tale concezione è evidentemente mutuata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato sui poteri normativi delle Autorità Indipendenti, secondo la quale «l'applicazione del principio di legalità può avere carattere meno intenso, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace [...] la de-quotazione del principio di legalità in senso sostanziale — giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti — impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale: il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari»<sup>64</sup>.

Le Autorità dunque attraverso tale procedimento agiscono attraverso una “nuova forma di bilanciamento di interessi”, che si svolge non più “in giudizio” per dirimere un caso concreto, ma “a monte”, prima che la lite abbia luogo, nel momento in cui appunto si pongono «le regole del gioco», dunque nel “momento normativo”<sup>65</sup>.

Ciò si rivela possibile da un lato proprio per la loro “indipendenza-neutralità”, che consente loro di agire nella fase normativa libere da qualsiasi indicazione, condizionamento o direttiva proveniente dalle maggioranze politiche; dall'altro perché le norme saranno tanto più aderenti alla realtà e alla logica in-

---

63 Corte cost. 22 febbraio 2017, n. 69 punto 7.2 del considerato in diritto.

64 Cons St., Sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182. Si tratta di un principio oramai consolidato in materia, *ex multis* Cons. St., Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521 e 20 marzo 2015, n. 1532. In dottrina recentemente anche C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*, testo provvisorio della relazione al convegno annuale della Associazione del Gruppo di Pisa, Firenze 17-18 Giugno 2022, p. 21, attualmente disponibile al seguente link [https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2022\\_Convegno\\_Firenze/Cecilia\\_Siccardi\\_-\\_Organi\\_tecnici\\_e\\_produzione\\_normativa.pdf](https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2022_Convegno_Firenze/Cecilia_Siccardi_-_Organi_tecnici_e_produzione_normativa.pdf)

65 C. TEITGEN-COLLY, *Le institutions de regulation et la Constitution*, in *Rev. de dr. publ. si. pol.*, 1990, p. 157

terna della materia da disciplinare, quanto più essa sia colta dalla «viva voce degli attori sociali abilitati a manifestare le proprie ragioni e i propri interessi e non meri osservatori inerti di processi normativi eteronomi»<sup>66</sup>.

L'innovazione di questo procedimento risiede dunque non tanto nel momento finale che determina l'adozione dell'atto, quanto nel momento iniziale, che prende spunto dalla realtà e dalle esperienze e si rivela del tutto sganciato dalla dinamica politica dei pubblici poteri. Il momento finale invece sarà costituito, come in qualunque procedimento normativo, da un atto di volizione del soggetto regolatore che interpreterà e valuterà gli interessi, li comporrà in unità secondo parametri tecnici ed alla fine delibererà<sup>67</sup>.

Potremmo definire questo “nuovo modo di fare diritto” un “diritto *in progress*”, che culmina certo nell'atto normativo volitivo e dispositivo, capace però di essere rapidamente aggiornato al modificarsi della realtà e degli interessi regolati, senza una formale revisione, in modo che le regole poste non siano soggette a precoce obsolescenza. In altre parole un diritto coerente con i fatti che lo hanno generato, sempre aderente alla realtà e al quale gli operatori presteranno più facilmente osservanza, perché effettivo di per sé, nato attraverso un bilanciamento costante degli interessi in gioco e dunque “ragionevole”<sup>68</sup>.

Ovviamente si è anche ben coscienti che la “legalità procedimentale” porti con sé aspetti problematici di non poco momento, fra cui il più importante è quello determinato dal rischio di una involuzione neocorporativa, laddove nel procedimento eminentemente partecipativo di formazione degli atti riescano a trovare rappresentazione solo gli interessi dei gruppi più forti, capaci di orientare anche preventivamente le scelte dei soggetti regolatori, con soccombenza dei quelli dei più deboli.

---

66 G. DEMINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 11.

67 G. DEMINICO, *Regole, comando e consenso*, cit., p. 12.

68 Altrove lo si è definito appunto un diritto *soft*, fluido e flessibile per le ragioni menzionate. A tal proposito ci si permette di rinviare a M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, cit., p. 64.

L'unico argine a tali possibili rischi è stato individuato dalla dottrina in prima battuta nella possibilità che lo Stato disciplini preventivamente la fisionomia e la partecipazione al procedimento di formazione di questi atti<sup>69</sup> e, in seconda battuta, nel controllo *ex post* sugli stessi, ad opera prima degli stessi *stakeholders* che hanno partecipato al procedimento medesimo, poiché il conformarsi della condotta sociale costituisce evidentemente l'unico parametro attraverso il quale valutare la "democraticità" dei regolatori, e in ultima istanza anche della giurisdizione.

### 3.2 (segue) Le linee guida dell'ANAC e la *moral suasion* della AGCM

Un esempio concreto di queste nuove formule di "diritto *in progress*" sono di certo le *linee guida*, sebbene non si possa mancare di rilevare come il termine sia anche esso di difficile definizione<sup>70</sup>.

In particolare ci si vuole riferire alle *linee guida* emesse da ANAC nell'attuazione del Nuovo Codice sugli Appalti (D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50)<sup>71</sup>, come è noto poi successivamente modificato dal decreto cd. "Sblocca Cantieri" (D.L. 18 aprile 2019 n. 32) in senso particolarmente restrittivo<sup>72</sup>.

Recentemente la dottrina per definirle, oltre che ribadire il fatto che esse non possano considerarsi una "categoria giuridica"<sup>73</sup> omogenea, poiché non si

---

69 G. DEMINICO, *op. cit.*, p. 67, 72 e p. 80-86, la quale si sofferma sulla «opportunità di una legge quadro sul potere regolativo delle A.I.», che disciplini in modo omogeneo per tutte le Autorità la partecipazione alla eteronormazione, per evitare disparità di trattamento «tra i partecipanti in ragione delle modalità partecipative adottate, in mancanza di un disegno che tratteggi per grandi linee lo "statuto" del partecipante» (p. 72).

70 C. INGENTO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 4, p. 871 ss.

71 I.A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Id. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016. Cfr. V. GIANNELLI, *Linee guida Anac e "fuga" dall'Esecutivo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 10 settembre 2018.

72 La perdurante validità dell'analisi di queste linee guida è dovuta come è noto alla mancata emanazione del Regolamento Unico in materia, previsto dal D.L. 18 aprile 2019 n. 32, che avrebbe dovuto sostituirle. Si vedano i commenti in dottrina dopo la riforma di C. CHIARELLO, *L'inquadramento delle Linee Guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in *Federalismi.it*, n. 30/2020, p. 50 ss.; G. MARTINO, *Le linee guida non vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: soft law with hard effects*, in *Amministrazione in Cammino*, 21 agosto 2020.

73 F. PACINI, *op. cit.*, p. 6.

tratta di «un istituto o una categoria dogmatica, come i regolamenti o gli atti amministrativi generali, (ma) sono un'etichetta di contenitori diversi»<sup>74</sup>, afferma che esse costituiscono «norme speciali, non cogenti, flessibili nell'applicazione, soggette ad aggiornamenti continui e connesse tanto all'evoluzione delle conoscenze scientifiche, quanto delle sue conseguenze sul sistema politico, economico e sociale»<sup>75</sup>.

È noto che il procedimento di formazione le sovraccitate linee guida ANAC rispettano perfettamente il “principio di legalità procedurale”, compendosi secondo delle fasi che prevedono la apertura *online* della consultazione pubblica nella quale i portatori di interesse esprimono le loro osservazioni attraverso un “documento di consultazione pubblica” da redigere in “modalità aperta”<sup>76</sup>.

Conclusa la consultazione pubblica, la proposta di linee guida viene approvata con delibera dell'Autorità unitamente all'Analisi di Impatto della Regolazione (AIR), ovvero una relazione nella quale l'Autorità dà conto in modo altamente preciso di quali saranno le modificazioni in senso sia qualitativo sia quantitativo determinate dall'intervento normativo.

Una volta deliberata, la proposta di linee guida viene trasmessa al Consiglio di Stato, affinché renda il proprio parere. Ciò costituisce una buona pratica, oramai affermata nella prassi fra ANAC e il massimo organo consultivo per gli

---

74 G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, cit. p. 238.

75 E. D'ORLANDO, F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 1, p. 60. D'altro canto, riprendendo il canone della eterogeneità tipico della *soft law* delle Autorità Indipendenti, anche l'emergenza sanitaria ha visto il fiorire di numerose linee guida di diversi organi e organismi di natura variamente pubblica. In tema si veda anche C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*, cit., p. 26-28 e F. PACINI, *op. cit.*, p. 5 e 14-15 il quale citando B. BOSCHETTI, M. D. POLI, *Il ruolo della soft law nella lotta contro il Covid-19*, in B. Boschetti, E. Vendramini (a cura di), *Rapporto sul Futuro e l'innovazione dell'Amministrazione Pubblica 2021*, Milano, EDUCatt, p. 75, parla di un gioco di sponda «dal diritto dell'emergenza verso la *soft regulation* visto dell'emergenza», che ha riconosciuto un «carattere vincolante delle linee guida (d.l. 8.03.2020, n. 11, art. 2, c. 2, lett. d), art. 3, c. 2, lett. d), art. 4, co. 3, lett. d)», oltre a rafforzare gli «obblighi di rispetto di misure di sicurezza contenute in linee guida e protocolli applicabili alle attività private (d.l. 16.05.2020, n. 33, art. 1, c. 14)».

76 Sul punto I.A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation*, cit., p. 52, la quale evidenzia la nuova declinazione del concetto di sovranità che si esprime attraverso questo nuovo procedimento normativo.

atti di normazione secondaria, la quale oltre che ricondurre i loro rapporti al principio di leale collaborazione, può essere anche letta alla luce dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988 quanto al procedimento di approvazione dei regolamenti del Governo, creandosi dunque un interessante parallelismo fra questi ultimi e questi atti di regolazione<sup>77</sup>.

Al parere del Consiglio di Stato segue l'approvazione definitiva delle Linee Guida da parte della Autorità o la proposta di modifica, qualora il parere sia reso con osservazioni o qualora, all'esito della prima consultazione, l'Autorità ritenga che vi siano ancora questioni che richiedano ulteriori approfondimenti, decide di procedere ad una seconda consultazione, incentrata prevalentemente sui punti controversi.

Una volta definitivamente approvate le linee guida con delibera dell'ANAC segue la Verifica di Impatto della Regolazione (VIR), che consiste nel verificare *ex post* se la regolazione determina gli effetti che il regolatore si prefiggeva o se necessita di ulteriori modifiche e adeguamenti alle situazioni concrete e alla quale possono nuovamente partecipare gli *stakeholders* inviando le loro osservazioni, che verranno valutate nella redazione del relativo documento. Il procedimento può concludersi con una conferma dell'atto valutato, una modifica degli aspetti di dettaglio o con l'avvio di un nuovo procedimento AIR destinato all'adozione di un atto di regolazione sostitutivo del precedente.

Il procedimento citato è adottato per tutte le tipologie di Linee Guida, dunque sia per quelle vincolanti emesse con decreto ministeriale, sia per quelle vincolanti e non vincolanti emesse da ANAC.

Invero, risulta perplessa la collocazione in sistema delle tre tipologie di Linee Guida. Quanto a quelle emesse con decreto ministeriale, sebbene grazie alla loro forma siano ricondotte ai regolamenti ministeriali come disciplinati

<sup>77</sup> Secondo A. NICOTRA, *op.cit.*, p. 45. la "funzione consultiva volontaria" esercitata sulle linee guida come volontà di consolidamento della funzione regolatoria di ANAC, ma anche "complementarità" delle due funzioni: il parere del Consiglio di Stato sarebbe complementare rispetto all'atto di regolazione, perché ne renderebbe "una lettura costituzionalmente orientata", finalizzata al buon esito della riforma e «alla prevenzione del contenzioso, rendendo chiaro il quadro normativo di riferimento per imprese e cittadini».

dall'art. 17 co. 3 della l. n. 400 del 1988, parte della dottrina ha rilevato la «evidente anomalia della soggezione all'approvazione ministeriale di un atto elaborato da un'Autorità che dovrebbe essere indipendente dal potere esecutivo»<sup>78</sup>.

Le Linee Guida vincolanti emesse da ANAC hanno creato maggiori dubbi alla dottrina che immediatamente ne ha criticato la intrinseca contraddizione fra il *nomen*, che riconduceva a raccomandazioni o comunque atti di istruzione, e la effettiva portata cogente e non riusciva a ravvisare in esse le necessarie condizioni di legalità<sup>79</sup>.

Da parte sua il Consiglio di Stato nel definirle ha utilizzato il lemma “atti di regolazione” in questo volendo compendiare sia *valenza certamente generale* con la natura del soggetto emanante dotato di poteri di regolazione, specificando che esse «non sono regolamenti in senso proprio, ma atti amministrativi generali»<sup>80</sup>.

Infine le Linee Guida approvate da ANAC e non vincolanti sono state in via teorica collocate fra le fonti terziarie, in quanto non collocabili fra gli atti amministrativi a contenuto generale, ma sostanzialmente assimilabili alle circolari (fonti c.d. terziarie)<sup>81</sup>. Lo stesso Consiglio di Stato le ha definite dapprima strumenti di ‘regolamentazione flessibile’, utilizzando poi espressamente il termine *soft law*<sup>82</sup>.

---

78 Così G.A. GIUFFRÈ, *Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle “Linee guida” dell’ANAC*, in *federalismi.it*, 27 novembre 2017, p. 7.

79 Cfr. *ex multis* C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2016, p. 1.

80 Cons. St., parere Comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855 (punto II.g.5). Da qui è derivata la dottrina che ha ricollegato nella sostanza le linee guida vincola ai «veri e propri regolamenti, anche perché di essi hanno (e devono avere) le caratteristiche proprie: generalità, astrattezza, idoneità ad innovare nell’ordinamento». In tema F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit., ma anche G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?*, cit., p. 7-8, il quale afferma che in questo il legislatore ha costituito in favore di ANAC una implicita vera e propria “riserva di regolamento *in parte quibus*” con riferimento allo specifico settore dell’anticorruzione.

81 F. CINTIOLI, *op. cit.* e Cons. St. parere Comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855 (punto II.g.5).

82 Cons. St., parere Comm. spec. n. 1763 del 2016, (punto B. 4.2.) e parere n. 2284 del 2016 (paragrafo 5.2).

La dottrina che formalmente le riconduce alle direttive<sup>83</sup> individua in esse una efficacia variabile a seconda della singola fattispecie regolata. Dunque, laddove si limitino alla riproduzione di atti già dotati di una loro propria efficacia normativa, le Linee Guida non vincolanti dovranno essere considerate “fonte regolatrice della fattispecie”, esercitando quella efficacia persuasiva che è tipica dei precedenti. Se, invece, dettano norme puntuali, e non lasciano alcun margine valutativo, allora la piena osservanza si imporrebbe in quanto espresse dal regolatore competente ad indicare le regole tecniche del settore, e la inosservanza potrà integrare quanto meno grave negligenza, a meno che non si provi che tali indicazioni tecniche siano *contra legem*, o che siano inidonee a regolare il caso concreto<sup>84</sup>.

Analoghe considerazioni possono farsi per i poteri di *advocacy* e *moral suasion* di AGCM, i cui atti possono ascrivere certamente alla categoria della *soft law*.

Preliminarmente però è bene ricordare che AGCM è stata definita come la più “pura” fra le Autorità Indipendenti<sup>85</sup>, intendendosi che essa non è sovraccaricata di una serie variegata di funzioni, avendo solo il compito di «ricondurre comportamenti concreti a fattispecie definite dal legislatore»<sup>86</sup>. Certo è però che AGCM non è solo dedita ad una mera attività di interpretazione della legge, ma a tutela della concorrenza agisce sulla scorta di una ampissima discrezionalità garantita dalla legge istitutiva nell'esercizio delle funzioni assegnatele, nonché nell'esercizio dei suoi poteri consultivi e di segnalazione.

Ciò comporta che, sebbene non sia dotata formalmente di poteri normativi, l'*Antitrust* sia capace di incidere con autorevolezza sulla determinazione delle politiche di tutela e promozione della concorrenza e di influenzarle.

---

83 Come anche Cons. St., parere Comm spec. n. 1763 del 2016, (punto B. 5)

84 G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 7 e E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015, 4, p. 41 e ss..

85 M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di),  *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 128.

86 M. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 180-181.

La *moral suasion* di AGCM appare infatti particolarmente penetrante, sia perché è esercitata, nei confronti dei privati e nei confronti degli organi di indirizzo politico anche relativamente alle proposte di atti normativi primari e secondari, sia perché è azionata non solo su richiesta delle amministrazioni e degli enti pubblici interessati, ma anche d'ufficio laddove la stessa Autorità lo ritenga opportuno, interpretando così il suo ruolo di «organo di governo tecnico» del settore della concorrenza e del mercato.

A ciò si aggiunga il suo penetrante potere di segnalazione, che si rivela spesso maggiormente incisivo rispetto alla funzione consultiva, esercitato anche questo *motu proprio* o a richiesta degli interessati, sia nei confronti di privati sia nei confronti degli organi del potere politico, nei casi in cui norme di legge o di regolamento o i provvedimenti amministrativi di carattere generale determinino distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato, che non siano giustificate da esigenze di interesse generale.

È evidente allora che il ruolo esercitato da AGCM nella regolazione del settore trascende la attribuzione formale di poteri normativi<sup>87</sup>, poiché la autorevolezza riconosciuta, insieme alla funzione decisoria, consente di poter dire che essa agisca con poteri “sostanzialmente normativi”.

«Certo altra cosa è il seguito che viene dato all'impulso (proveniente da AGCM), e questo dipende dal tipo di segnalazione inviata e dalla rilevanza assegnata al monito in essa contenuto»<sup>88</sup>, nonché dal grado di maturazione del settore cui la segnalazione, il monito, il parere sono rivolti. In tal senso concorda autorevole dottrina che evidenzia come i poteri di *advocacy* dell'Autorità siano tanto più penetranti quanto maggiormente recettive alle questioni *antitrust* si rivelano le istituzioni, nonché quanto maggiore è la sensibilità dell'opinione pubblica relativamente al «disvalore sociale che comportano le restrizioni alla concorrenza»<sup>89</sup>.

---

87 Concorda M. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 182

88 A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 11.

89 G. TESAURO, M. TODINO, (voce) *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. Dir.*, 2002, p. 132.

Si può quindi certamente affermare che le funzioni così brevemente elencate di AGCM le consentano di svolgere un ruolo di orientamento e regolazione del settore della concorrenza, facilmente ascrivibili alla *soft law* in termini di *para-law*<sup>90</sup>.

#### 4. Tutela giurisdizionale avverso la *soft law* delle Autorità indipendenti: alcuni casi giurisprudenziali recenti

Il tema della problematica collocazione in sistema di questa eterogenea e per molti versi indistinta categoria di atti è necessariamente collegato anche alla necessità di reperire argini allo straripamento dei poteri normativi e paranormativi delle Autorità Indipendenti.

Da quanto sopra affermato solo sommariamente uno di questi argini potrebbe essere individuato nella attività del legislatore, ma esso si rivelerà costan-

---

90 Si ricordino in particolare due casi del 2017 risolti da AGCM grazie alla sua *moral* suasion. Il primo è quello relativo alla promozione di *iPhone 7*, per il quale, sulla scorta di segnalazioni e di elementi acquisiti d'ufficio, era emerso che nei relativi *claim* pubblicitari, *Apple* ne avesse pubblicizzato la resistenza all'acqua, includendo però una limitazione di garanzia per i danni causati da liquidi. Al fine dunque di rimuovere i profili di possibili scorrettezze, l'Autorità ha inviato una comunicazione a *Apple*, la quale si è dimostrata immediatamente collaborativa, confermando che gli spot pubblicitari ritenuti ingannevoli per il consumatore non sarebbero più andati in onda e aggiornando il sito internet in riferimento alla capacità di resistenza «agli schizzi e alle gocce e alla polvere» dell'*iPhone 7*, nonché i materiali di marketing e supporto, informando inoltre in modo chiaro sulla copertura assicurata dalla garanzia del *device* (MS PS 10700 *Apple iPhone7/Resistenza all'acqua* del 9 giugno 2017).

Il secondo caso di comunicato dall'Autorità è che ha avuto un esito positivo è quello che ha riguardato i c.d. *influencer marketing*, considerata l'ultima e nuova forma di potente pubblicità (Comunicato stampa del 1 dicembre 2017 "Pubblicità trasparente sui *social media*, *influencer* recepiscono le indicazioni AGCM, ma il controllo sul fenomeno proseguirà" disponibile all'indirizzo <http://www.agcm.it/stampa/comunicati/9049pubblicit%C3%A0-trasparente-su-social-media,-influencer-recepiscono-le-indicazioni-agcm-ma-il-monitoraggio-sul-fenomeno-proseguir%C3%A0.html>). Nel luglio 2017 l'AGCM invia a sette *influencer* e undici società titolari di *brand* di grande notorietà alcune lettere, aventi specificatamente ad oggetto alcuni e ben individuati *post* sul *social media Instagram*, sollecitando la necessità della massima trasparenza e chiarezza laddove eventualmente essi fossero messaggi pubblicitari.

Le lettere inviate, ribadendo che i contenuti pubblicitari devono sempre essere riconoscibili e ricordando la portata generale del divieto di pubblicità occulta, che coinvolge dunque anche le comunicazioni effettuate attraverso i *social media*, invitano formalmente dunque gli *influencer* destinatari a rendere immediatamente riconoscibili le finalità promozionali dei *post* attraverso l'inserimento di appositi *hashtag* o diciture. Effetto di queste comunicazioni informali e non tipizzate è stata l'immediata adesione da parte degli *influencer* e dei titolari dei marchi coinvolti, fra l'altro non limitata esclusivamente ai *post* indicati. Inoltre i titolari dei marchi hanno invitato a loro volta i loro *testimonial* per il futuro ad avvertire con chiarezza i loro *followers* delle finalità promozionali dei contenuti diffusi tramite i *social*.

temente fallibile laddove non vengano cristallizzati in formule stringenti i limiti della loro discrezionalità.

Il secondo possibile argine è ovviamente costituito dal controllo giurisdizionale, ma quanto a questo la riflessione merita un maggiore approfondimento necessitato dalla difficoltà di riconoscere quale sia l'effettiva natura dei singoli atti normativi e paranormativi delle Autorità.

In questo ambito non può concordarsi con quella recente dottrina che ritiene che i giudici amministrativi e ordinari abbiano assunto un atteggiamento “conservativo” in favore dell'azione delle Autorità Indipendenti<sup>91</sup>. Piuttosto deve rilevarsi che i giudici hanno messo in campo un controllo ad ampio spettro «che coinvolge anche i procedimenti di formazione, imponendo obblighi partecipativi e di motivazione, in funzione compensativa del *deficit* di legittimazione di tali soggetti pubblici», consentendo peraltro con larghezza l'accesso alla giustizia e ammettendo anche ricorsi “diretti” avverso gli atti regolativi<sup>92</sup> e quelli espressivi del potere di influenza, riconoscendo dunque la capacità degli stessi di produrre «in presenza di opportune garanzie dal punto di vista procedimentale, [...] effetti apprezzabili nell'ordinamento»<sup>93</sup>, al di là della tradizionale schematicità e rigidità del sistema gerarchizzato delle fonti.

A tal fine, affinché il controllo sia davvero effettivo è necessario che il sindacato sia “forte, pieno ed effettivo” e che abbia riguardo anche alla piena cognizione e qualificazione del fatto, perché al giudice è attribuito lo specifico compito di valutare se il potere attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato<sup>94</sup>.

---

91 G. ROMAGNOLI, *L'incidenza (sostanziale) dell'azione delle c.d. Autorità Indipendenti*, cit., p. 783 e ss.

92 M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, 4, p. 714.

93 A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 11.

94 F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle autorità amministrative indipendenti*, 7 agosto 2017, disponibile in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it), pp. 6-7 e in tema si veda anche ID., *Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giust. civ.*, 2015, n. 4.

Infatti, l'elevato grado di complessità tecnica che caratterizza il settore non ha impedito al Supremo Giudice amministrativo di esercitare più volte la piena sindacabilità dei provvedimenti delle Autorità Indipendenti<sup>95</sup>. In tal senso il sindacato dei giudici sull'opinabilità del fatto andrà configurato come «sindacato sull'*attendibilità* [...] o meglio, di *maggiore attendibilità* della scelta amministrativa conseguente alle valutazioni di ordine tecnico poste alla base della stessa»<sup>96</sup>: la valutazione giudiziale non dovrà sostituirsi a quella dell'Autorità, ma dovrà verificare che la scelta da quest'ultima effettuata sia la migliore anche in base alla comparazione con le altre possibili.

Sul punto molto recentemente il Consiglio di Stato<sup>97</sup>, chiamato a esprimersi sulla legittimità di una comunicazione di Consob che aveva unilateralmente accertato una fattispecie di controllo societario, ha affermato che la valenza tecnica della regolazione indipendente «impedisce la piena operatività del principio di legalità-garanzia, che assume una valenza debole, non essendo, spesso, possibile assicurare la predeterminazione legislativa delle modalità e del contenuto del potere pubblico». Per “compensare” le mancanze della legalità sostanziale «la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto necessario rafforzare la legalità procedimentale, la quale assume una valenza forte».

La pronuncia dunque, pur ribadendo la applicabilità della “teoria dei poteri impliciti” alle Autorità Indipendenti, dimostra di entrare nel merito delle loro decisioni grazie al *passerpartout* della legalità procedimentale che consente una valutazione delle singole fattispecie sottoposte a controllo di legittimità, e restituisce «almeno in parte, coerenza al sistema, assicurando il recupero delle

---

95 Cfr. Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2011, n. 1712; Id., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, che ha sancito la *piena* sindacabilità della discrezionalità tecnica, ed inoltre Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302, che ha ritenuto illegittimo un provvedimento Antitrust, perché fondato sull'erroneo presupposto di fatto che il prezzo del servizio offerto dall'*incumbent* fosse inferiore a quello del concorrente; così come Cons. St., sez. III, 2 ottobre 2015, n. 4616, ritiene doverosa una valutazione piena del fatto (nella specie costituito dalle condotte degli operatori economici nelle telecomunicazioni), anche se complesso e costituito da circostanze opinabili.

96 M. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 528.

97 Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

garanzie e la prevedibilità oggettiva dei possibili sviluppi provvedimenti, nonostante l'opacità della legge sostanziale di disciplina dei poteri regolatori»<sup>98</sup>.

Appare significativa sul tema anche una sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione<sup>99</sup>, invero meno recente, che invero sostiene la tesi, che in questo lavoro si vuole sostenere.

Chiamata a esprimersi su ricorso *ex art.* 362 co. I cpc. relativamente ad una sentenza del Consiglio di Stato<sup>100</sup> confermativa di un atto di AGCM, che aveva accertato una intesa restrittiva della concorrenza<sup>101</sup>, la Suprema Corte ha ribadito che è vero che il giudice amministrativo può sindacare solo i vizi di legittimità delle Autorità Garanti, perché se così non fosse il sindacato del giudice «si tradurrebbe [...] (in) un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la sua valutazione a quella della amministrazione». Pur non di meno ha anche chiarito che ciò non vuol dire che «il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto. La pienezza del sindacato giurisdizionale necessariamente comporta che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano essere risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo»<sup>102</sup>.

Nello specifico caso delle Autorità Indipendenti dunque le SS.UU. hanno enunciato il principio per il quale «Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedi-

---

98 Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972 (punto 3.1.1. del considerato in diritto). Nel medesimo punto il collegio ritiene opportuno che «il legislatore intervenisse a disciplinare, con misure più pregnanti, modulate alla luce della materia regolata, anche i settori di competenza delle Autorità indipendenti per ridurre l'ambito di operatività dei poteri impliciti e assicurare una più certa compatibilità costituzionale».

99 Corte Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013.

100 Si trattava di Cons St., 24 settembre 2012 n. 5067.

101 I ricorrenti ritenevano che il Consiglio di Stato non avrebbe dovuto limitarsi a valutare i profili di illogicità estrinseca e di correttezza giuridica della motivazione con cui l'Autorità Garante individua gli estremi di un mercato rilevante, ma avrebbe dovuto spingersi fino alla verifica dei fatti presupposti.

102 Corte Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013 (punto 4.1. del Considerato in diritto).

mento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini»<sup>103</sup>.

##### **5. La giurisprudenza costituzionale: fra torsione delle Autorità Garanti in senso esclusivamente amministrativo e incidenza della *soft law* sul giudizio di costituzionalità**

Dal canto suo, la giurisprudenza costituzionale si rivela ad oggi alquanto ondivaga in tema di Autorità Indipendenti e ai loro poteri regolatori.

Come sopra si è avuto modo di accennare, nel 1991 la Corte con sentenza n. 32 aveva affermato in modo netto e deciso la natura neutrale dei Garanti. Infatti, in una questione di legittimità costituzionale sollevata in via principale dalla Provincia Autonoma di Bolzano e relativa ad alcune norme della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, la Corte aveva avuto modo di affermare che l'istituzione ai sensi dell'art. 12 della citata legge della Commissione di garanzia non violava alcuna norma dello Statuto, perché essa è un organo "neutrale" che «si inserisce nella dialettica del conflitto fra il datore di lavoro e le forze sindacali per verificare l'esatta applicazione della legge regolatrice del diritto di sciopero in questo settore»<sup>104</sup>.

103 Corte Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013 (punto 4.3. del Considerato in diritto). Deve segnalarsi che il filone giurisprudenziale era già stato sommariamente espresso da Corte Cass., sez. VI, 16 gennaio 2013, n. 5327, nella quale le valutazioni tecniche di AGCM relative alla esistenza delle intese restrittive della concorrenza sono considerate "prova privilegiata".

Cfr. critico sul citato principio di diritto che comporterebbe la percezione dell'indipendenza delle Autorità come elemento di amplificazione del loro potere di influenza G. ROMAGNOLI, *op.cit.*, p. 777 e ss.

104 Corte cost., 17 gennaio 1911, n. 32 (punto 4.1 del considerato in diritto). Cfr. nota 52.

Questa giurisprudenza appare oggi smentita dalla stessa Corte nella nota sentenza n. 13 del 2019<sup>105</sup>, con la quale la Corte ha negato ad AGCM l'accesso al giudizio di costituzionalità nella qualità di giudice *a quo*.

In generale può dirsi che la pronuncia, oltre che a riaprire il tema relativo alle “zone franche” dell'accesso alla giustizia costituzionale, comporta anche la ridefinizione da parte del giudice delle leggi della natura delle Autorità indipendenti tutte, manifestando nelle sue motivazioni una evidente torsione in senso esclusivamente amministrativo delle stesse<sup>106</sup>.

Invero deve segnalarsi che se la dottrina da lungo tempo si interroga sulla possibilità di riconoscere alle Autorità Indipendenti natura di *giudice a quo* spesso risolvendosi in senso positivo<sup>107</sup>, la giurisprudenza costituzionale si è dimostrata spesso ondivaga sull'allargamento dell'accesso al giudizio in via incidentale, sia dal punto di visto oggettivo sia dal punto di vista soggettivo<sup>108</sup>.

In particolare dal punto di vista soggettivo, la Corte non ha esitato ad estendere la nozione di giudice *a quo* anche in casi particolarmente dubbi, come alla Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei Deputati, che evidentemente esercita l'autodichia riservata agli organi parlamentari<sup>109</sup>, e al

---

105 Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13.

106 Ciò in considerazione del fatto che sovente AGCM è considerata a paradigma per tutte le indagini che riguardano i Garanti. Sul punto O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n. 13 del 2019*, in *federalismi.it*, 2020, 36, p. 112.

107 G. AMATO, *Conclusioni*, in AA.VV., *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma, Istituto poligrafico Zecca dello Stato, 1996; F. TIRIO, *Aspetti costituzionalistici del mercato (la libertà di concorrenza tra Corte costituzionale e Autorità garante)*, in R. Bin, C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996; A. RUGGERI, *Introduzione*, in R. Balduzzi, P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 4; F. CECAMORE, *L'autorità indipendente come giudice a quo nel giudizio in via incidentale*, *ivi*, p. 138; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli organi a quo. Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene, 2012; V. MARCENÒ, G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 105; G. SORICELLI, *Il “giudice a quo” oltre la giurisdizione. Il caso delle autorità amministrative indipendenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021. spec. p. 258 e ss.

108 Sotto il profilo oggettivo, proprio per evitare “zone franche” della giustizia costituzionale, il giudizio pare essersi esteso anche aldilà dell'originaria giurisprudenza che negava l'accesso in caso di giudizi instaurati al solo fine di sollevare la questione di costituzionalità. Si pensi per esempio alle questioni sollevate sulle leggi elettorali e dunque da ultimo a Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1 e 9 febbraio 2017, n. 35.

109 Corte cost., 12 ottobre 2017, 213.

collegio arbitrale, cui sono attribuite da atti di natura privata funzioni sostanzialmente giurisdizionali, le cui decisioni sono impugnabili davanti agli organi giurisdizionali esattamente come quelle delle Autorità Indipendenti<sup>110</sup>.

Grazie alla copiosa giurisprudenza costituzionale sulla possibilità di riconoscere la legittimazione «ai limitati fini del processo costituzionale» ad organi non appartenenti all'ordine giudiziario, anche allo scopo di sussumere nel giudizio di costituzionalità segmenti della legislazione che, diversamente, difficilmente avrebbero potuto essere sottoposti al controllo, parte della dottrina aveva ritenuto che, sulla scorta di una valutazione caso per caso, le Autorità Indipendenti potessero essere considerate come giudici *a quibus*<sup>111</sup>.

La pronuncia del 2019 invece, nel dichiarare l'inaammissibilità della questione sollevata da AGCM, motiva la decisione sulla base di una ferrea e generale ricostruzione della natura delle Autorità fondata sull'art. 97 Cost., dimenticandone del tutto la *ratio* istitutiva fondata sull'esigenza di prevedere segmenti di azione pubblica sottratti al controllo governativo, e, dunque, all'indirizzo politico, in settori ritenuti sensibili per la valenza costituzionale dei diritti e degli interessi coinvolti.

Inoltre, è stato correttamente rilevato che la torsione in senso esclusivamente amministrativo della natura delle Autorità confonde «la differenza ontologica tra l'indipendenza come neutralità, propria delle Autorità, e l'imparzialità dell'amministrazione»<sup>112</sup>.

La Corte invece ritiene che AGCM, «al pari di tutte le amministrazioni», sia portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della

---

110 Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376; 19 luglio 2013, n. 223; 9 maggio 2014, 123. In dottrina *ex plurimis* P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997; G. REPETTO, *Il canone della incidentalità costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2017; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

111 O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità*, cit., p. 117.

112 O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità*, cit., p. 118.

Ciò è evidente dalla lettera del punto 8 del considerato in diritto della sentenza in commento «natura del potere attribuito all'Autorità» consiste nell'esercizio di una «funzione amministrativa discrezionale», che presuppone la «ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco» (punto 8 del cons. in dir.).

concorrenza e del mercato, e quindi non sia in posizione di indifferenza e terzietà rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale e i procedimenti che dinanzi ad essa si svolgono vengono consequenzialmente assimilati ai classici procedimenti amministrativi<sup>113</sup>.

D'altro canto appare inconferente affermare che AGCM non possa essere giudice *a quo* “al limitato fine” in ragione del fatto che le sue decisioni sono «sottoposte al vaglio del giudice amministrativo, al pari di qualsiasi altro provvedimento», poiché è stata la stessa giurisprudenza costituzionale sovraccitata ad ammettere le questioni di legittimità costituzionale sollevate da arbitri e dalla sezione disciplinare del CSM, le decisioni dei quali sono analogamente impugnabili davanti alla giurisdizione<sup>114</sup>.

Inoltre appare del tutto tautologico il rilievo per il quale, poiché la struttura del giudizio di costituzionalità è di tipo incidentale allora il remittente non può obiettare che «ove non fosse riconosciuta la sua legittimazione, «la possibilità di sottoporre la suddetta previsione al sindacato di costituzionalità sarebbe rimessa solo alla eventuale iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale, del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento»<sup>115</sup>, semplicemente perché ciò equivarrebbe ad abdicare e rinnegare tutta la sua giurisprudenza in tema di superamento delle cosiddette “zone d'ombra”<sup>116</sup>, difficilmente assoggettabili al sindacato di costituzionalità.

Se questo è lo stato della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di accesso al sindacato di costituzionalità dei Garanti, si deve ascrivere all'attuale atteggiamento ondivago della Corte la sentenza n. 20 del 2019<sup>117</sup>, depositata poco dopo la menzionata sentenza n. 13 dello stesso anno, nella quale

113 Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, punto 8 del considerato in diritto. Mentre al punto 6 del considerato in diritto la Corte equipara la posizione di AGCM a quella del p.m., al quale non è mai stato riconosciuta la posizione di giudice *a quo*, in quanto parte del giudizio e portatore di un interesse specifico.

114 Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, punto 5 del considerato in diritto.

115 Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, punto 7 del considerato in diritto.

116 Sul tema in generale si veda R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, cit.

invece sono offerti interessanti spunti di riflessione relativi alla rilevanza degli atti *soft law* ed in particolare delle “Linee Guida” e di quelli di *moral suasion*.

La questione aveva ad oggetto gli obblighi di pubblicazione reddituale imposti alle Amministrazioni per i propri dirigenti senza alcuna distinzione (nonché del coniuge non separato e dei parenti fino al secondo grado) dall'art. 14 *ter* del D. Lgs. 14 marzo 2013 n. 33, la cui normativa per così dire di attuazione era costituita dalle Linee Guida emesse da ANAC con delibera n. 241 del 8 marzo 2017.

Le menzionate Linee Guida, che, sebbene avessero natura non vincolante, erano state sospese da ANAC nella attesa della definizione del giudizio di costituzionalità, segnalavano già che tali obblighi imposti alla amministrazione avrebbero reso «più gravosi gli adempimenti in capo alle amministrazioni a fronte di un risultato, in termini di maggiore trasparenza certamente trascurabile». Le medesime criticità erano poi anche state fatte presenti in una nota congiunta (dunque atto di *moral suasion*) dei presidenti di ANAC e dell'Autorità Garante della Privacy del 30 ottobre 2014 inviata al Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione.

Il caso e la relativa pronuncia si segnalano dunque per due elementi che interessano a questo studio e che coinvolgono l'impatto e l'influenza che questi atti di *soft law* hanno avuto, sebbene sottotraccia, nella definizione del giudizio

---

117 Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20. La pronuncia è stata molto commentata sotto diversi punti vista per i molteplici aspetti giuridici che coinvolge, dalla trasparenza della amministrazione al rapporto fra fonti interne e fonti UE, *ex plurimis* A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto intero con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline* 23 febbraio 2019, O. POLICINO, G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 2 p. 434-436; O. POLLICINO, F. RESTA, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Agenda Digitale*, 24 febbraio 2019; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 4 marzo 2019; V. FANTI, *La trasparenza amministrativa fra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n.20/2019)*, in *federalismi.it*, 2020, 5, p. 34 e ss. e si permetta di rinviare anche a M.E. BUCALO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. Autorità indipendenti, soft law e giudizio di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 2, p. 437-440

in via incidentale poi concluso con la dichiarazione di incostituzionalità della disposizione impugnata.

Il primo aspetto attiene all'incidenza della declaratoria di incostituzionalità sulle Linee Guida, già sospese da ANAC, che vengono evidentemente travolte dal giudicato costituzionale. Ciò attesta la rilevanza giuridica di questi atti, che, sebbene non formalmente vincolanti, costituiscono comunque e di fatto normativa di attuazione di fonti primarie.

Il secondo aspetto, anch'esso indirettamente, ma evidentemente, coinvolto nella pronuncia in esame, è quello relativo alla capacità persuasiva esercitata dagli atti di *soft law* delle Autorità Indipendenti. Questa particolarissima forza, non ascrivibile ad alcuna delle caratteristiche formali riconosciute alle fonti del diritto, è normalmente in grado di orientare il comportamento di tutti i soggetti incisi dall'applicazione dei summenzionati atti, i quali ne riconoscono la vincolatività sostanziale e dunque un effetto che può essere definito para-normativo. In altri casi, gli atti di *soft law* in generale, e specificatamente quelli che potremmo definire espressivi della *moral suasion* di questi enti, sono in grado di indirizzare anche le decisioni degli attori istituzionali, influenzandone le scelte normative.

In questo caso, atti di *soft law* (le citate Linee guida non vincolanti di ANAC) e di *moral suasion* (l'atto di segnalazione e la nota congiunta più volte menzionati sopra) sembrano assumere un ruolo rilevante nell'argomentare della Corte costituzionale, certamente supportandone le argomentazioni, se non proprio orientandone la decisione<sup>118</sup>.

---

118 Si veda per esempio il punto 5.3.1 del Considerato in diritto della sentenza in commento laddove la Corte evidenzia che la pubblicazione così massiccia di dati non agevola la ricerca di quelli più significativi ai fini dell'informazione veritiera per scopi anticorrittivi, generando «opacità per confusione». sembra riprendere, quasi letteralmente, la menzionata nota congiunta dei Presidenti delle due autorità che sostenevano che «[l]a divulgazione *on-line* di una quantità spesso ingestibile di dati comporta infatti dei rischi di alterazione, manipolazione, riproduzione per fini diversi, che potrebbero frustrare quelle esigenze di informazione veritiera», al fine di evitare che il reperimento casuale dei dati stimoli la mera curiosità di chi svolge la ricerca.

Al punto 5.3.2 del considerato in diritto il Giudice delle leggi, nell'indicare la necessità della predisposizione di efficaci strumenti di elaborazione dei dati e differenziazione nella loro

Le considerazioni appena svolte relativamente alla giurisprudenza costituzionale evidenziano dunque un atteggiamento non perfettamente lineare del Giudice delle Leggi a fronte del peso sempre più rilevante che nell'ordinamento hanno le Autorità e le loro funzioni normative e para-normative.

In particolare e da ultimo, tale atteggiamento ha avuto modo di esprimersi soprattutto quanto alla natura dei Garanti, oggi resa incerta dalla sentenza n. 13 del 2019. A fronte di questo deve invece segnalarsi, sebbene sottotraccia, la maggiore attenzione che la Corte riserva ai loro atti, anche di *moral suasion*, come dimostrato dalla sentenza 20 del 2019, ma anche n. 69 del 2017<sup>119</sup>.

---

pubblicazione in base al grado di esposizione dell'incarico al rischio corruttivo e all'ambito delle funzioni svolte dai diversi dirigenti, pare fare esplicito riferimento all'atto di segnalazione di ANAC n. 6 del 20 dicembre 2017, che suggeriva al Parlamento e al Governo di prevedere misure di trasparenza differenti da quelle previste per i titolari di organi politici e di indirizzo e che, all'interno dello stesso ruolo dirigenziale, tenessero conto «della graduazione degli obblighi di pubblicazione in relazione al ruolo, alle responsabilità e alla carica ricoperta dai dirigenti».

119 Cfr. par. 3.1.