

Neutralità e indipendenza: limiti o deleghe in bianco?

di Anna Fittante

23 dicembre 2018

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sulla regolazione economica – 2. Neutralità e Indipendenza – 3. Legalità e potere regolamentare: neutralità rispetto al potere legislativo? – 4. Il regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di pre-contenzioso – 5. La natura “organizzativa” del Regolamento sul rilascio dei poteri di precontenzioso – 6. Le nuove frontiere del sindacato del g.a. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi sulla regolazione economica

I rapporti tra Stato e mercato sono soggetti a continui mutamenti in relazione all'evolversi di fattori economici e sociali e alle politiche nazionali e sovranazionali.¹

Con l'avvio del processo di privatizzazione e poi di liberalizzazione delle attività pubblicistiche, dallo Stato imprenditore si passa allo Stato regolatore sulla falsariga del modello americano, chiamato non più a gestire direttamente, ma a porre una cornice di regole entro cui gli operatori economici devono muoversi, in un'ottica concorrenziale.² Gli strumenti di regolazione devono essere individuati alla luce del principio di proporzionalità che ammette, solo come estrema *ratio*, la limitazione della libertà di iniziativa economica privata. La regolazione pubblicistica opera attraverso interventi *ex ante*, finalizzati alla creazione di condizioni di mercato, ed *ex post* volti alla correzione di disfunzioni (si pensi ai poteri sanzionatori riconosciuti alle autorità di regolazione).

In questo processo di mutamento del ruolo rivestito dai pubblici poteri, si colloca il fenomeno delle Autorità Amministrative Indipendenti che penetrano nel tessuto ordinamentale per fornire una risposta a istanze non idoneamente accolte dagli apparati statali, con riferimento a settori sensibili.³ Le c.d. “Authorities” sono chiamate a esercitare funzioni regolatorie e di vigilanza e possono essere di settore o operare in

¹ Per ulteriori approfondimenti sul tema vedi CLARICH M., *La mano visibile dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, Rivista della Regolazione dei Mercati, vol. 2, 2015, pp. 1 ss.

² La questione è stata particolarmente avvertita nell'ambito dei servizi a rete. A seguito dell'abbattimento dei monopoli legali è stata favorita la concorrenza anche nell'ambito della stessa rete e si è assistito alla separazione tra gestione dell'infrastruttura e servizi prodotti. Tre sono stati i principi ispiratori intorno ai quali la Commissione ha favorito questo fenomeno: universalità del servizio, gestione unitaria del servizio di base, facoltà per gli utenti di usufruire di un servizio con caratteristiche migliori, pagando un prezzo aggiuntivo. Per ulteriori approfondimenti sul tema vedi DI GASPARE G., *Monopolio e competizione nei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in *Amministrazione in cammino*, 23 gennaio 2007

³ CARINGELLA F., MAZZAMUTO S., MORBIDELLI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, 2015, VIII ed., p. 802-804

modo trasversale. Altro parametro di classificazione può essere il conferimento alle stesse di poteri normativi o poteri amministrativi discrezionali.⁴

Occorre, a questo punto, soffermarsi sul modo in cui la terzietà, l'indipendenza e l'irresponsabilità nei confronti del potere politico si atteggiavano, e verificare se siano idonee a garantire una tutela realmente "imparziale" degli interessi costituzionalmente protetti.

2. Neutralità e Indipendenza

Una parte della dottrina⁵ individua due tratti caratterizzanti le *Authorities*: la neutralità e l'indipendenza. Il primo aspetto implica l'assoluta estraneità rispetto agli interessi che vengono in considerazione, giustificando il conferimento dei poteri regolatori a soggetti terzi rispetto al circuito politico.⁶ L'indipendenza, attinente il profilo soggettivo, si riconduce alla irresponsabilità e quindi a una posizione di autonomia dal potere legislativo, politico e giudiziario.

L'orientamento in esame precisa altresì che la neutralità (che caratterizza le Autorità) è un concetto diverso dall'imparzialità che l'articolo 97 Cost. impone: la p.a., nel perseguimento del pubblico interesse, deve mantenere una posizione di equidistanza dai soggetti privati incisi del potere pubblico, ma rimane pur sempre parziale essendo la sua attività teleologicamente orientata.⁷ La neutralità presuppone, al contrario, una posizione di terzietà rispetto a qualsiasi interesse pubblico o privato.

Relativamente al profilo soggettivo, un primo orientamento restrittivo ritiene inammissibile una irresponsabilità del governo nei confronti dell'operato delle Autorità, le quali sono pur sempre nominate e revocate da esponenti del circuito politico-rappresentativo. A giudizio di questa impostazione il potere conferito ai corpi amministrativi indipendenti non sarebbe di neutralizzazione degli interessi pubblici e privati, ma di "razionalizzazione della politica".⁸ L'orientamento opposto, ormai prevalente, riconosce una indipendenza assoluta nei confronti del potere politico e degli interessi privati contrapposti. La stessa ragion d'essere dei "poteri neutri" si rinviene nella necessità di regolare e tutelare interessi la cui comparazione è particolarmente complessa. Potremmo pertanto affermare che l'indipendenza garantisce la neutrale applicazione della legge da parte delle Autorità Indipendenti. Ciò trova conferma nella loro legittimazione dal basso.

⁴ CLARICH M., *Autorità Indipendenti*, Mulino, 2005, p. 72

⁵ CARINGELLA F., MAZZAMUTO S., MORBIDELLI G., *Manuale di diritto amministrativo*, VIII Edizione 2015, Dike Giuridica Editrice, pp. 816 ss.

⁶ La neutralità, attinente il profilo oggettivo, deve essere inquadrata diversamente, in relazione alle funzioni ricoperte. Nello specifico, vi sono ambiti nei quali l'operato dell'Autorità si interseca con quello della pubblica amministrazione da cui differisce per la dotazione di competenze tecniche specialistiche. In queste circostanze, secondo la teoria in esame, rileva l'elevato grado di indipendenza valutativa, come connotato dell'imparzialità alla stregua dell'articolo 97 Cost.. Dalle funzioni autoritative classiche devono essere tenute distinte le funzioni giurisdicenti, espletate per regolare e vigilare sull'applicazione della legge in settori particolarmente sensibili e a presidio di posizioni di diritto soggettivo e interesse legittimo, rispetto alle quali la neutralità è diversamente intesa.

⁷ CARINGELLA F., MAZZAMUTO S., MORBIDELLI G., *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 819

⁸ CARINGELLA F., MAZZAMUTO S., MORBIDELLI G., *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 823

3. Legalità e potere regolamentare: neutralità rispetto al potere legislativo?

In un ordinamento ancora "legicentrico", occorre verificare come il principio di legalità dialoga con il potere regolamentare. Ci si chiede invero se le Autorità, estranee alla tripartizione dei poteri, siano legittimate all'emanazione di regolamenti che assurgono a livello di fonti secondarie, in assenza di una legge che ne disciplina i connotati essenziali e che funge da parametro di riferimento. Vengono in rilievo norme generali aventi a oggetto materie tecniche, in cui dovrebbe ammettersi una interpretazione elastica del principio di legalità sostanziale e in cui la regola viene calata nell'ordinamento dal basso.

Secondo parte della dottrina, il potere normativo incontra dei "limitatori" della discrezionalità, ricavabili dal sistema. È necessario garantire la compatibilità con i principi generali dell'ordinamento.⁹ Il Consiglio di Stato dapprima con riferimento all'articolo 67, comma 9, del Codice delle Assicurazioni e successivamente in materia di contratti pubblici, ha ammesso l'esercizio di poteri normativi da parte delle *Authorities*, sulla base della possibilità di recuperare la legittimazione democratica in sede di partecipazione al procedimento.¹⁰ Il legislatore ha espressamente introdotto il potere regolamentare della Banca d'Italia, idoneo a incidere nella sfera giuridica dei privati, con Legge 28 dicembre 2005, n. 262.¹¹ L'articolo 23, rubricato "*procedimenti per l'adozione di atti e regolamenti generali*" prevede l'emanazione di atti aventi natura regolamentare o a contenuto generale. L'utilizzo della locuzione "regolamenti" in contrapposizione con gli "atti", lascia presumere il riconoscimento di un potere normativo vero e proprio. Il legislatore esige inoltre il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza che devono orientare anche l'attività provvedimentale della pubblica amministrazione.

Orbene l'espressa tipizzazione del potere regolamentare della Banca d'Italia non solo non implica un riconoscimento generale anche in capo alle altre *Authorities*, ma potrebbe indurre a imporre, in adesione all'impostazione tradizionale, la subordinazione della fonte secondaria a una legge di investitura (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*). Dal punto di vista teleologico, tuttavia, si osserva che la funzione di tutela di settori sensibili che legittima la presenza di soggetti estranei all'apparato politico, può essere esercitata in concreto attraverso il riconoscimento di poteri pieni, evitando che un rigido ancoraggio alla legge possa fungere da contro-limite. Una simile impostazione avvicina la tradizione di *civil law* del nostro ordinamento a quelle di *common law*, in cui la regola giuridica nasce dal caso concreto. Del resto, autorevole dottrina definisce l'attività di regolazione *ex ante* come l'espressione di una scelta non

⁹ CAVALLO M., *Potere di ordinanza e principi di legalità*, Milano, 1990, p. 169, citato in MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, Diritto Amministrativo, vol. 4, 2007, p. 712

¹⁰ Parere 25 febbraio 2005, n. 11603

¹¹ CARINGELLA F., MAZZAMUTO S., MORBIDELLI G., *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit. p. 826

legislativamente predeterminata, un potere di *policy*, nel cui esercizio l'Autorità individua le soluzioni che ritiene più adatte a soddisfare le esigenze del mercato.¹²

Una possibile riflessione potrebbe porsi in ordine alla riconducibilità del potere regolamentare alla teoria dei poteri impliciti. Quest'ultimi possono essere definiti come poteri di completamento dell'attività amministrativa che, pur non essendo espressamente contemplati, sono funzionali al perseguimento di un fine pubblicistico. Il dibattito è sorto in ordine alla compatibilità tra poteri consequenziali o concomitanti rispetto a quelli espressamente previsti dalla legge e il principio di nominatività degli atti amministrativi. Si rammenta infatti che, secondo l'impostazione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, il principio di legalità deve essere inteso in senso sostanziale ed è volto a garantire che la legge non solo conferisca il potere alla p.a., ma ne fissi anche i limiti essenziali.¹³ Un'adesione rigida al principio in esame imporrebbe l'inammissibilità di poteri impliciti.

Il Consiglio di Stato li ha riconosciuti legittimi. Un primo caso verteva su una delibera dell'AEEGSI (Autorità Garante dell'Energia Elettrica, il Gas e il Servizio Idrico) che imponeva oneri assicurativi connessi all'utilizzo del gas naturale, in presenza di una norma, l'articolo 2, comma 12, lett. c) della Legge 14 novembre 1995, n. 481, che si limitava a prevedere un generico obbligo di erogare il servizio e di garantirne la sicurezza.¹⁴ La sesta sezione ha osservato la tecnica normativa adoperata dal legislatore (ricca di rinvii in bianco, di clausole generali e concetti indeterminati che devono essere concretizzati dall'Autorità mediante l'esercizio della sua discrezionalità tecnica) e ha stabilito che fissate le finalità, la norma rinvia al procedimento attivato e alle garanzie partecipative che consentono di individuare la regola da applicare.¹⁵ Nel caso delle *Authorities* la deroga al principio di legalità sostanziale si giustifica alla stregua della necessità di adeguare le regole tecniche all'evolversi del sistema, coerentemente con le finalità indicate dalla legge. La giurisprudenza amministrativa richiede pertanto due condizioni ai fini dell'ammissibilità dei poteri impliciti: la sussistenza di una legge che fissi unicamente degli obiettivi, un recupero di legalità in sede procedimentale.¹⁶

Una conferma testuale si può rinvenire nell'articolo 352 T.F.U.E. e conseguentemente nel principio di primazia del diritto euro-unionale. Le Autorità Indipendenti sono in ogni caso titolari del potere di dettare norme vincolanti per gli operatori dei settori di riferimento, nei quali occorre ammettere valvole di respiro a fronte dell'elevato tecnicismo.¹⁷ Il Consiglio di Stato ha ritenuto lo strumento partecipativo sostitutivo della legittimazione democratica. La neutralità trova fondamento dal basso a condizione che siano assicurate forme di partecipazione al procedimento e garanzie giurisdizionali.

Occorre chiarire che i regolamenti possono essere emanati solo nelle materie non coperte da riserva di legge e risulta depotenziato il connotato della generalità,

¹² GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Convegno 28 febbraio 2013, Le Autorità Amministrative Indipendenti Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati, Palazzo Spada, Roma

¹³ CARINGELLA F., *I principi generali dell'azione amministrativa*, Dike Giuridica editrice, 2016, pp. 59 ss.

¹⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827

¹⁵ GAROFOLI R., *Compendio di diritto amministrativo*, IV edizione, Nel Diritto Editore, p. 332

¹⁶ Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 marzo 2015, n. 1532

¹⁷ GAROFOLI R., *Compendio di diritto amministrativo*, IV edizione, op. cit., p. 202

essendo gli stessi diretti nei riguardi dei soggetti sottoposti a regolazione e vigilanza. Peraltro, a differenza delle fonti normative adottate dalla p.a. devono essere motivati per dare atto delle ragioni poste a sostegno delle decisioni assunte. Tale ultimo fattore potrebbe essere addotto a sostegno della inconfigurabilità di un potere regolamentare vero e proprio e della riconducibilità dei regolamenti motivati al paradigma dei provvedimenti amministrativi. Del resto, l'applicazione delle norme sul procedimento di cui alla Legge 7 agosto 1990, n. 241, la sottoposizione al controllo della Corte dei Conti, è confermata dal riconoscimento della natura amministrativa delle Autorità.

Si rammenta in ogni caso che il fenomeno dei soggetti regolatori neutri è stato trasposto nel nostro ordinamento provenendo da tradizioni di *common law* che non richiedono forme di legittimazione del potere normativo. Il richiamo alla teoria dei poteri impliciti non è l'unica via per ritenere ammissibile l'esercizio di un potere normativo "indipendente". In un sistema di pesi e contrappesi, la neutralità rispetto agli interessi da tutelare può fungere da legittimazione di poteri regolamentari in bianco.

4. Il regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di pre-contenzioso

Merita di essere menzionata l'attività regolamentare in materia di contratti pubblici, oggetto di una recentissima riforma che ha provveduto a una "razionalizzazione" dei rimedi alternativi alla giurisdizione.¹⁸ L'Autorità Nazionale Anticorruzione il 5 ottobre 2016 ha emanato il regolamento sul rilascio dei poteri di precontenzioso di cui all'art. 211 del nuovo codice appalti.¹⁹ Detta norma, nella formulazione precedente al correttivo²⁰, recitava: "*Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime **parere** relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere **obbliga** le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il **parere vincolante** è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo. Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara **invita** mediante atto di **raccomandazione** la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla **raccomandazione vincolante** dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la **sanzione amministrativa pecuniaria** entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide*

¹⁸ La legge 28 gennaio 2016, n. 11 delega il Governo ad attuare la nuova disciplina europea in materia di appalti pubblici e concessioni e a procedere a un complessivo riordino della normativa vigente sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

¹⁹ Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016

²⁰ L'art. 123, comma 1, lett. b), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ha abrogato il secondo comma della disposizione in esame.

altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo”.

Il regolamento in esame ha affermato l'efficacia vincolante al parere reso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione solo nel caso di espresso consenso prestato dalle parti. Giova sul punto precisare che nonostante il Consiglio di Stato, con Parere del 14 settembre 2016, n. 1920, non abbia licenziato la normativa in esame, ma si sia limitato a rilevare la necessità di qualche coordinamento, il legislatore ai sensi dell'art. 123, comma 1, lett. b), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ha abrogato l'intero comma 2 dell'articolo 211 e ha imposto il previo contraddittorio sul parere pronunciato a norma del primo comma. L'unico potere di precontenzioso oggi esperibile è pertanto il parere. Quest'ultimo peraltro ha una vincolatività diversa in relazione alla circostanza che sia stato proposto su istanza singola o congiunta. Nel primo caso è cogente solo per la parte proponente che abbia espressamente manifestato la propria intenzione; nel secondo caso occorre la previa volontà delle parti di attenersi.²¹

Si rammenta inoltre che il regolamento ANAC sostituisce i precedenti provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lett. n), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Tale ultima disposizione disciplinava il procedimento su richiesta di parte volto a ottenere un parere non vincolante reso dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (i cui poteri sono stati assorbiti dall'ANAC). Autorevole dottrina escludeva la natura di provvedimento o di lodo del parere reso, a fronte della non vincolatività. L'efficacia doveva conseguentemente essere rinvenuta nell'autorevolezza del soggetto emanante.²² È del tutto evidente che più che parlare di un procedimento di precontenzioso si poteva ricondurre il parere non vincolante dell'Autorità a una consulenza.

La riforma ha inteso rendere il rimedio del parere una alternativa efficace ed efficiente al processo amministrativo, nell'ottica della deflagrazione del contenzioso.²³ Orbene il Regolamento in commento si limita a menzionare il procedimento per il rilascio dei pareri di precontenzioso, ma nulla precisa in ordine alla natura giuridica. Il Consiglio di Stato, richiamando la Legge Delega, ha ritenuto più conforme alla *ratio legis* l'inquadramento nelle *Alternative Dispute Resolutions*. Autorevole dottrina ha evidenziato che le ADR devono consistere in strumenti dotati di forza idonea a fungere da *alternativa* alla tutela giurisdizionale da intendersi come risorsa pubblica.²⁴ Relativamente al profilo soggettivo, il Regolamento in esame²⁵ ha distinto tra istanza

²¹ BENETTAZZO C., *I nuovi poteri regolatori e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema Europeo delle Autorità Indipendenti*, in *federalismi.it*, 28 febbraio 2018, p. 100

²² ROMANO S.A., *L'affidamento di contratti pubblici, lavori, servizi e forniture*, Giuffrè Editore, 2011, p. 260

²³ Parte della dottrina ha sostenuto che il parere vincolante (laddove le parti vi abbiano espressamente consentito) può essere assimilato a un ricorso amministrativo in cui la decisione dell'ANAC è assimilabile al provvedimento conclusivo di un ricorso gerarchico improprio. Per maggiori approfondimenti vedi DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, vol. 5, 2016, p. 537

²⁴ PAJNO A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario, 2013, pp. 951 ss., citato in CARINGELLA F., MANTINI P., GIUSTINIANI M., *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, DIKE GIURIDICA EDITRICE, 2016, p. 525

²⁵ L'articolo 3 del Regolamento 5 ottobre 2016 disciplina le modalità di presentazione dell'istanza singola e il successivo articolo 4 norma l'istanza congiunta.

singola, proposta dalla stazione appaltante o da ciascun interessato e istanza congiunta.²⁶ L'operatività degli effetti varia in relazione al preventivo assoggettamento delle parti alla vincolatività del parere. È del tutto evidente che il doppio binario depotenzia la portata deflattiva dell'istituto. Se le parti non si auto-vincolano preventivamente, la questione controversa può trovare soluzione solo dinanzi l'autorità giudiziaria. Giova sul punto precisare che la *ratio* della vincolatività risiede, secondo il Consiglio di Stato, nella natura di *ADR* dell'intero procedimento, rimesso nel caso in esame a un'autorità indipendente, deputata all'esercizio di funzioni paragiurisdizionali. Il principio di indisponibilità dell'interesse legittimo è attenuato dalla attribuzione del potere decisionale all'ANAC, nonché dalla residuale possibilità di proporre ricorso all'autorità giudiziaria e, a seguito del correttivo, nel previo contraddittorio assicurato alle parti. La soluzione di compromesso è nell'aver predisposto una tutela precontenziosa vincolante previa adesione delle parti, e nell'aver contestualmente garantito l'impugnabilità giurisdizionale dei provvedimenti esercizio della funzione giurisdicente.

Occorre in questa sede rilevare che rimane imprecisata la natura del parere vincolante, nonostante l'inquadramento dell'intero procedimento nelle *ADR*. La disciplina si rinviene nella fonte regolamentare idonea a conferire *ex ante* carattere cogente a quanto nel caso concreto valutato dall'ANAC sulla questione controversa emersa nel corso della procedura di gara.

La neutralità dell'Autorità nazionale anticorruzione non solo legittima l'emanazione di una fonte normativa secondaria idonea a conferire un effetto precettivo al parere, ma funge da compromesso relativamente alla indisponibilità dell'interesse legittimo. Giova sul punto osservare che la Legge Delega ha rafforzato notevolmente i poteri conferiti all'ANAC, guardiano assoluto delle procedure concorsuali, alterando i già complessi rapporti tra autorità di regolazione e poteri dello Stato. Occorre pertanto stabilire se la prevenzione della corruzione sia un valore fondamentale di dimensioni e portata tali da giustificare una neutralità "esasperata".

5. La natura "organizzativa" del Regolamento sul rilascio dei poteri di precontenzioso

Il Consiglio di Stato aderisce all'orientamento volto al pieno riconoscimento del potere regolamentare delle *Authorities*, essendo un corollario delle competenze riconosciute dalla legge.²⁷ La Commissione Speciale ritiene le attribuzioni in esame

²⁶ Ai sensi dell'articolo 3 del Regolamento 5 ottobre 2016: "*Qualora l'istante abbia manifestato la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere, le altre parti possono aderirvi, tramite comunicazione del proprio assenso all'Autorità, entro il termine di 10 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvenuta presentazione dell'istanza. In tal caso il parere reso ha efficacia vincolante per le parti che vi hanno aderito*". Il Consiglio di Stato precisa che la manifestazione del consenso deve essere esplicita. Se invero ai sensi del citato articolo 3, l'istanza singola non reca la volontà di attenersi, il parere si considera non vincolante. Ai sensi dell'articolo 4: "*Quando l'istanza è presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate e le parti esprimono la volontà di attenersi a quanto sarà stabilito nel parere di precontenzioso, il parere stesso è vincolante per le parti che vi hanno acconsentito*".

²⁷ Consiglio di Stato, Commissione Speciale, Parere 14 settembre 2016, n. 1920

coesenziali all'indipendenza e ammette l'adozione delle varie tipologie contemplate dall'articolo 17 della Legge 23 agosto 1988, n. 400.

Per ciò che attiene la natura giuridica del regolamento sui poteri di precontenzioso, secondo il Consiglio di Stato occorre inquadrali nell'ambito delle fonti di organizzazione. Si richiamano sul punto sia l'articolo 17 della Legge 23 agosto 1988, n. 400 in materia di regolamenti governativi, sia l'articolo 5, comma 1, D.lgs. 20 marzo 2001 n. 165, che prescrivono la stretta connessione tra organizzazione e azione amministrativa, nel perseguimento del pubblico interesse. In un'accezione statica l'organizzazione coincide con la struttura messa a disposizione del soggetto chiamato a soddisfare un interesse di carattere generale, in chiave dinamica è il complesso delle attività mediante le quali si esercita l'azione amministrativa. La Commissione speciale scioglie il nodo della compatibilità con il principio di legalità sostanziale, rammentando l'orientamento ormai prevalente che ammette l'esercizio del potere regolamentare delle Autorità Indipendenti anche in assenza di una copertura legislativa a fronte delle garanzie partecipative e giurisdizionali riconosciute al regolato. Occorre beninteso ravvisare una relazione di proporzionalità inversa tra legalità sostanziale e procedurale: quanto più compromessa sarà la prima a seguito del conferimento di poteri normativi e amministrativi in bianco, tanto maggiore sarà la partecipazione degli operatori all'assunzione della decisione. Deve riscontrarsi l'emersione di un nuovo fenomeno nel nostro ordinamento, consistente nella *"sottoposizione di un'attività sostanzialmente normativa al principio del giusto procedimento e del contraddittorio"*.²⁸ Ne consegue il ripudio di ogni riferimento alla teoria dei poteri impliciti, non essendo necessario farvi ricorso a fronte della natura organizzativa del regolamento emanato per disciplinare i poteri di precontenzioso esercitati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione ai sensi dell'articolo 211 del codice dei contratti.

È interessante notare la distinzione tra il regolamento redatto per il rilascio dei pareri di precontenzioso e le linee-guida emanate dall'ANAC ai sensi dell'articolo 213, comma 2 del nuovo codice.²⁹ Il lessico utilizzato dal legislatore lascia presagire l'esercizio di un potere di mero indirizzo, che tuttavia risulta essere precettivo. Occorre distinguere tra linee guida non vincolanti, vincolanti e i decreti ministeriali contenenti le linee guida adottate su proposta nell'ANAC, i quali assurgono a vere e proprie fonti secondarie.³⁰ Le prime sono state annoverate dal Consiglio di Stato tra gli atti di mero

²⁸ Consiglio di Stato, Parere 14 settembre 2016, n. 1920

²⁹ La norma recita: *"L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice"*.

³⁰ Consiglio di Stato, Parere 2 agosto 2016, n. 1767

indirizzo volti a orientare le condotte. Più complesso è sembrato inquadrare le linee guida vincolanti nel sistema delle fonti, in quanto il carattere cogente mal si concilia con la funzione di indirizzo generalmente esercitata attraverso raccomandazioni, istruzioni operative e direttive. Il Consiglio di Stato le ha pertanto ricondotte nell'ambito degli strumenti di *soft law*, riconoscendone la natura amministrativa.³¹

Si rammenta che secondo una parte della dottrina con il termine "*soft law*" si intendono una serie di atti privi di vincolatività giuridica, tesi tuttavia a produrre i medesimi effetti degli atti vincolanti.³² Secondo diversa impostazione, trattasi di una tecnica di regolazione alternativa rispetto alla "*hard law*". Come è stato correttamente osservato la *ratio* della diffusione di questi metodi alternativi si rinviene nella crisi del modello autoritativo classico, rigidamente ancorato alla legge.³³

La Commissione Speciale, nel parere reso lo scorso settembre, si è soffermata sulla linea di demarcazione tra le linee-guida vincolanti e il regolamento sui poteri di precontenzioso. Il valore formale di quest'ultimo consentirebbe di inserirlo nel sistema delle "*fonti di matrice Kelseniana*", idoneo a ricomprendere gli atti o i fatti da cui dipende la creazione di norme giuridiche.³⁴ A ben vedere, non è il carattere formale a fungere da linea di demarcazione, ma solo il dato sostanziale dell'efficacia interna o esterna. Sia il regolamento, sia le linee guida elaborano la soluzione nel caso concreto, ma se il primo detta norme di azione volte a orientare la pubblica amministrazione nell'esercizio del potere precontenzioso, le seconde sono destinate agli operatori sul mercato.

Come evidenziato in precedenza, il regolamento conferisce efficacia vincolante al parere, nei confronti delle parti che vi abbiano consentito. Ne consegue che, nonostante la base normativa,³⁵ la fonte secondaria non si limita a disciplinare gli aspetti organizzativi, ma conferisce un vero e proprio *imprinting* ai poteri di precontenzioso (basti pensare alla differenziazione soggettiva ivi prevista).

Si rileva pertanto che il carattere "organizzativo" potrebbe mascherare una delega in bianco. Del resto, come è stato correttamente osservato, il parere vincolante assume i connotati di una vera e propria decisione.³⁶ Il regolamento, disciplinando l'esercizio del potere di precontenzioso, è conseguentemente idoneo a incidere sulla conformazione del rapporto.

Quanto premesso conduce alla seguente considerazione: i regolamenti organizzativi adottati dal Governo, ricevono investitura dalla legge, espressione della partecipazione democratica, a garanzia di un complesso sistema di pesi e contrappesi. Quest'ultimo è derogato nel modello delle Autorità Indipendenti, che sembrano rinvenire la propria legittimazione nella neutralità. Tale connotato consente pertanto non solo di esercitare un potere regolamentare "extra-ordinem", ma altresì di vincolare i destinatari dello stesso (mediante la previsione della cogenza del parere, previo

³¹ Consiglio di Stato, Parere 2 agosto 2016, n. 1767

³² CORRADINO M., GALLI D., GENTILE D., LENOCI M.C., MALINCOLINO C., *I contratti pubblici*, IPSOA, 2017, I ed., p. 39

³³ CORRADINO M., GALLI D., GENTILE D., LENOCI M.C., MALINCOLINO C., *I contratti pubblici*, op. cit., p. 41

³⁴ Consiglio di Stato, Parere 14 settembre 2016, 1920

³⁵ L'articolo 211 espressamente recita: "*Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito*".

³⁶ CARINGELLA C., *Il sistema del diritto amministrativo*, vol. 3, II ed., Dike giuridica editrice, 2018, p. 105

consenso delle parti). Non può in ogni caso essere ignorato il fatto che se nella vigenza del precedente codice l'Autorità esprimeva una funzione puramente consultiva, oggi è suscettibile di incidere più incisivamente sui soggetti. La neutralità sembra quasi autorizzare poteri riconducibili più alla "hard law" che alla "soft law".

6. Le nuove frontiere del sindacato del g.a.

La compatibilità costituzionale del fenomeno delle Autorità Indipendenti è avvalorata anche dalla possibilità di proporre ricorso giurisdizionale avverso i provvedimenti emanati. L'articolo 119 c.p.a. disciplina un rito abbreviato avverso "i provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti". È opportuno rilevare che nel dibattito assume pregnanza la considerazione del carattere di discrezionalità tecnica caratterizzante gli atti delle *Authorities*. Ancora una volta rileva la tensione con il principio di legalità sostanziale compromesso dall'adozione di valutazioni tecniche opinabili, non agevolmente sindacabili alla luce della tripartizione dei poteri. Si rammenta che la discrezionalità tecnica presuppone che la p.a. adotti la regola nel caso concreto mediante l'impiego di regole scientifiche secondo criteri di logicità e ragionevolezza. Vengono in considerazione i c.d. concetti giuridici indeterminati, riempiti di contenuto attraverso quattro fasi: accertamento dei fatti, contestualizzazione della norma nel caso concreto, confronto con il fatto, adozione del provvedimento finale. Parte della dottrina esclude che la discrezionalità amministrativa pura possa essere compatibile con il modello delle autorità indipendenti essendo la deroga al principio di legalità sostanziale ammissibile a fronte dell'elevato grado di tecnicismo che giustifica l'avocazione delle relative competenze e l'esclusione della responsabilità politica.³⁷

Gli interpreti si sono soffermati sul tipo di sindacato giurisdizionale avverso le valutazioni tecniche poste in essere. Secondo una prima impostazione il *discrimen* tra discrezionalità amministrativa pura e tecnica consiste nell'oggetto della valutazione che nel primo caso si sofferma sugli interessi coinvolti, nel secondo presuppone l'impiego di regole tecnico-specialistiche. Nulla pertanto muterebbe sotto il profilo del sindacato giurisdizionale che è meramente estrinseco ed è volto a verificare la logicità e la congruenza rispetto al fine pubblicistico.³⁸

Un'impostazione più recente tende ad ammettere un sindacato intrinseco e non meramente formale. Secondo il Consiglio di Stato occorre analizzare l'attendibilità delle operazioni sotto il profilo della correttezza "quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo".³⁹ La dottrina chiarisce che il giudizio sulla attendibilità non comporta la condivisibilità della decisione adottata dalla p.a., ma costituisce un passo verso una maggiore intensità del controllo.⁴⁰ Relativamente a tale ultimo aspetto, del

³⁷ MAJONE G., LA SPINA A., *Lo Stato Regolatore*, Mulino, 2000, pp. 15 ss., citato in CLARICH M., *Autorità Indipendenti*, op. cit., p. 79

³⁸ Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3554

³⁹ Consiglio di Stato, Sentenza Baccarini, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601

⁴⁰ CLARICH M., *Autorità Indipendenti*, op. cit., p. 76

resto, il principio di separazione dei poteri esclude una sostituzione del giudice alla p.a., dovendo il primo limitarsi a compiere valutazioni di ragionevolezza tecnica.⁴¹

In una più recente pronuncia le Sezioni Unite hanno tuttavia ammesso un sindacato più incisivo, proprio in relazione ai provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.⁴² Il giudice amministrativo deve procedere prima alla verifica diretta dei fatti e della regola tecnica applicata. Allorché in quest'ultimo passaggio riscontri delle valutazioni opinabili, ne può sindacare unicamente la logicità e la ragionevolezza, non potendo sostituire le proprie determinazioni qualora l'Autorità si sia mantenuta entro i suddetti limiti. Ne consegue che il giudizio, pur vertendo sul rapporto, rimane monco, non potendo garantire l'esercizio di poteri sostitutivi.

Anche a livello europeo si registra un mutamento di prospettiva. La pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, nonché l'irrilevanza della dicotomia tra diritti soggettivi e interessi legittimi, unitamente alle garanzie di cui all'articolo 6 CEDU, impongono un controllo penetrante.⁴³ La prospettiva sul sindacato del g.a. avverso l'esercizio del potere sanzionatorio delle *Authorities* è ancora più complessa. La funzione para-giurisdizionale comporta l'attività di vigilanza sull'applicazione della legge e la comminazione di sanzioni in presenza di riscontrate infrazioni.

Giova sul punto rammentare che le sanzioni differiscono dai provvedimenti amministrativi classici a fronte della diversa *ratio*. Non sono invero rivolte alla cura concreta di un interesse pubblico, ma mirano a punire un'infrazione. Nelle prime applicazioni giurisprudenziali si è ammesso un sindacato di mera legittimità sulle sanzioni irrogate.⁴⁴ Si riteneva ammissibile il ricorso al vizio dell'eccesso di potere, attraverso le figure sintomatiche riconosciute dalla giurisprudenza, nei limiti di logicità, congruità e ragionevolezza. Successivamente, si è osservato che nel procedimento compiuto dall'Autorità, articolato nella fase di accertamento dei fatti, individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito alla luce dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio riempiendo di contenuto la nozione di mercato rilevante), confronto tra fatto e regola tecnica e comminazione della sanzione, il giudice non può prescindere da un esame sul fatto, sotto il profilo della verità e degli elementi di prova raccolti. La *ratio* deve rinvenirsi nel mutamento del giudizio amministrativo che non è più sull'atto, ma sul rapporto, nonché nella possibilità di richiedere l'esperimento della consulenza tecnica d'ufficio.⁴⁵

Sussistono sul punto due orientamenti. Una prima impostazione sostiene l'esigenza di un sindacato pieno che sconfini nel merito, sottolineando le peculiarità della funzione sanzionatoria rispetto a quella propriamente amministrativa. Il carattere para-giurisdizionale dovrebbe condurre a ritenere che anche nel caso in cui le sanzioni siano eccezionalmente devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quest'ultimo dovrebbe esercitare un sindacato "pieno" al fine di verificare esattamente se sussistono i presupposti per l'esercizio della potestà punitiva. Si esclude pertanto che con riferimento ai poteri sanzionatori possa venire in rilievo la dicotomia tra diritti

⁴¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 giugno 2012, n. 3283

⁴² Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013

⁴³ COSTA A., CASAMASSIMA G., *Sindacato del giudice e discrezionalità*, in Obiettivo Magistrato, Dike, n. 2-2017, pp. 72 ss.

⁴⁴ COSTA A., CASAMASSIMA G., *Sindacato del giudice e discrezionalità*, op. cit., p. 74

⁴⁵ GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Convegno 28 febbraio 2013, Le Autorità Amministrative Indipendenti Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati, Palazzo Spada, Roma

soggettivi e interessi legittimi. Sulla base di questa impostazione deve ritenersi che allorché siano devolute le sanzioni alla giurisdizione esclusiva del g.a., quest'ultimo deve essere abilitato all'esercizio di un sindacato pieno, al pari del g.o.. In sede processuale si accerterebbero pertanto i presupposti di esercizio del potere sanzionatorio.

A sostegno di questa impostazione si invoca non soltanto il rinvio alle norme sul procedimento di comminazione delle sanzioni amministrative, ma anche l'estensione delle garanzie del giusto processo.⁴⁶

Relativamente a quest'ultimo profilo, si richiama la pronuncia della Corte di Strasburgo nel noto caso "Menarini" in ordine alla compatibilità tra le sanzioni comminate dall'AGCM e l'articolo 6 della Convenzione.⁴⁷ Facendo applicazione dei c.d. criteri "Engel" i provvedimenti sanzionatori in questione devono essere considerati formalmente amministrativi, ma sostanzialmente penali a fronte dell'afflittività della sanzione. Ne consegue la necessità di estendere le garanzie del giusto processo e di ammettere un sindacato pieno sulla fondatezza della contestazione.

Procedendo poi nel verificare l'operato dei giudici amministrativi nel caso concreto, la Corte ha escluso la violazione dell'articolo 6 della Convenzione, rilevando l'avvenuto controllo *ab intrinseco* e non meramente formale dei presupposti di esercizio della potestà punitiva.

In senso difforme, parte della dottrina valorizza il fondamento legislativo del potere sanzionatorio delle Autorità Amministrative Indipendenti, chiamate ad esercitarlo a fronte delle particolari competenze tecniche alla cui stregua individuare i presupposti punitivi. Si ricorre alla c.d. "deferenza" del g.a. rispetto alle sanzioni comminate, alla stregua dell'indipendenza, della funzione para-giurisdizionale, dell'elevato tecnicismo delle materie e della stessa ragion d'essere delle Autorità indipendenti.⁴⁸ Si richiamano, a sostegno delle suddette argomentazioni, i lavori preparatori alla legge 21 luglio 2000, n. 205 che contemplavano la verifica del "*palese errore di apprezzamento e della manifesta illogicità del provvedimento impugnato*".

Ne consegue che trattandosi del sindacato su un potere "altrui" il g.a. può limitarsi a compiere un sindacato nei limiti del giudizio di legittimità. Del resto, l'articolo 134, lett. c) del c.p.a., nell'annoverare le sanzioni in esame tra le fattispecie di giurisdizione estesa al merito, si riferisce al *quantum* e non all'*an*.⁴⁹

Seguendo questa impostazione, la neutralità funge da limite per una tutela giurisdizionale effettiva.

Orbene sia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sia l'ultima pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sembrano ammettere un sindacato del g.a. più incisivo, rivolto alla verifica dei fatti e non solo della logicità estrinseca dell'operato dell'Autorità, ma sembra doversi escludere il riconoscimento dell'esercizio di un potere sostitutivo.

Il giudizio amministrativo è ormai inteso nella prospettiva della sostanziale attribuzione al soggetto privato del bene della vita cui aspira e questo mutamento di fisionomia ha condotto all'ammissibilità di azioni atipiche. Un dogma che la pienezza

⁴⁶ GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, op. cit.

⁴⁷ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 27 settembre 2011 - Ricorso n. 43509/08 - A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia

⁴⁸ GAROFOLI R., *Compendio di diritto amministrativo*, op. cit., p. 217

⁴⁹ GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, op. cit.

e l'effettività della tutela giurisdizionale non hanno mai depotenziato è la tripartizione dei poteri.

Diversa è la prospettiva per l'esercizio di poteri discrezionali, in cui è sempre riconosciuto un margine di valutazione o di opinabilità.

In questo contesto, occorre soffermarsi sulle cause di invalidità del provvedimento amministrativo in cui il vizio di violazione di legge, mal si concilia con il potere discrezionale esercitato dalle Autorità Indipendenti e con l'assenza di rigidi parametri legislativi di riferimento. La strada seguita dalla giurisprudenza è la valorizzazione dell'eccesso di potere che consente di valutare la ragionevolezza, la proporzionalità e la logicità dell'operato.

La tutela giurisdizionale è in ogni caso limitata e scarsamente effettiva in presenza di valutazioni tecniche sulla sussistenza dei presupposti applicativi della sanzione comminata.

7. Conclusioni

La neutralità rispetto agli interessi giuridicamente tutelati attraverso la dotazione di particolari competenze tecniche, potrebbe rappresentare una delega in bianco, la cui legittimità si individua alla luce di operazioni creative degli interpreti. Si è sempre quindi cercato di rinvenire forme di legittimazione a fronte della indipendenza dai tre poteri. Ma come dimostrato, sia con riferimento ai poteri normativi, sia all'ampiezza del sindacato giurisdizionale, la tendenza è di lasciar spazio.

La reale esigenza sottesa potrebbe rivenirsi non tanto negli interessi particolarmente meritevoli di tutela, ai quali il nostro impianto costituzionale e ordinamentale non sembra insensibile, quanto nella obsolescenza degli apparati rispetto all'evolversi e alla complessità sociale ed economica.