

SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

ANTONIO PÉREZ MIRAS
GERMÁN M. TERUEL LOZANO
EDOARDO C. RAFFIOTTA
MARIA PIA IADICICCO
(Directores)

FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ
(Coordinador)

VOLUMEN IV

Sistema de fuentes, Justicia constitucional
y Organización territorial



euc^ons



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union



FUNDACIÓN CAJAMURCIA

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
MADRID, 2020

Primera edición: febrero de 2020

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

Con el patrocinio del Programa Erasmus+ de la Unión Europea y de la Fundación CajaMurcia.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

NIPO AEBOE: 090-20-030-0 (edición en papel).
090-20-031-6 (edición en línea, pdf).
090-20-032-1 (edición en línea, epub).

NIPO CEPC: 091-20-012-5 (edición en papel).
091-20-013-0 (edición en línea, pdf).
091-20-014-6 (edición en línea, epub).

ISBN: 978-84-340-2602-5

Depósito legal: M-37543-2019

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	11
NOTA DE LOS DIRECTORES	15
NOTA DEI CURATORI	19

VOLUMEN IV: SISTEMA DE FUENTES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

PARTE 1. SISTEMA DE FUENTES

4.1.1 Brevi note sulla degenerazione del sistema delle fonti: gli effetti convergenti della crisi della sovranità statale e della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza italiana. <i>Andrea Cardone</i>	25
4.1.2 Leggi in materia costituzionale e leggi organiche. Appunti per la ripresa di un dibattito. <i>Michele Barone</i>	41
4.1.3 Organic laws and the principle of democracy in France and Spain. <i>Boldizsár Szentgáli-Tóth</i>	61
4.1.4 La cláusula de prevalencia en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional: ¿criterio para resolver un conflicto normativo? <i>Verónica Yazmín García Morales</i>	77
4.1.5 Legittimazione democratica vs legittimazione funzionale e procedurale del potere normativo: il caso delle linee guida vincolanti dell'Anac. <i>Francesca Polacchini</i>	89
4.1.6 La incidencia de la Constitución en la regulación del sistema español de Derecho internacional privado. <i>José Ignacio Paredes Pérez</i>	105
4.1.7 La jurisprudencia continental y la del <i>common law</i> : ¿un acercamiento? <i>Natalia del Barrio</i>	125

PARTE 2. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

4.2.1	Cuarenta años de justicia constitucional en España. Materiales para el estudio de la historia del Tribunal Constitucional. <i>Luis Pomed Sánchez</i>	143
4.2.2	Balance del perfil orgánico del Tribunal Constitucional: análisis crítico y retos para el futuro. <i>Laura Baamonde Gómez</i>	171
4.2.3	Especial trascendencia constitucional y naturaleza del Tribunal Constitucional español (un análisis sobre las reformas de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional). <i>Augusto Aguilar Calahorro</i>	187
4.2.4	Interpretación y eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional. El controvertido caso del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. <i>Isabel Paladini Bracho</i>	211
4.2.5	Algunos aciertos y desaciertos y una ausencia en torno a los incidentes de ejecución de la STC 259/2015. <i>Francisco Ortega Candela</i>	229
4.2.6	La modulazione degli effetti nel tempo da parte della Corte costituzionale: una riflessione alla luce della prassi del <i>Bundesverfassungsgericht</i> . <i>Nannerel Fiano</i>	239
4.2.7	Corte costituzionale e sentenze di accoglimento a retroattività limitata: alla ricerca di un difficile equilibrio tra Stato sociale e sanità dei conti pubblici. <i>Ignazio Spadaro</i>	257
4.2.8	La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità e la tutela integrale dei diritti: <i>ratio</i> , concrete applicazioni e prospettive future. <i>Alice Stevanato</i>	275
4.2.9	Alcune considerazioni sul caso Ilva in tema di bilanciamento. <i>Anna Giurickovic Dato</i>	293

PARTE 3. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

4.3.1	Solidaridad y lealtad como ejes axiales de articulación de las relaciones de colaboración horizontales. <i>M.^a Josefa Ridaura Martínez</i>	309
4.3.2	La «sfida» secessionista e il valore «unificante» della solidarietà territoriale. L'ultima frontiera della protesta populista. <i>Ida Angela Loredana Nicotra</i>	333
4.3.3	El derecho de secesión en el sistema constitucional español. <i>Gaspar González Represa</i>	357
4.3.4	El llamado «hecho regional», óptica comparativa en la Constitución italiana de 1948 y la Constitución española de 1978. <i>María Martínez García</i>	373

4.3.5	Unità nazionale e riconoscimento delle comunità locali nelle costituzioni spagnola e italiana: un percorso comparativo. <i>Alessio Martino</i>	385
4.3.6	L'insegnamento spagnolo? Modelli di regionalismo differenziato a confronto. <i>Simone Neri</i>	397
4.3.7	Il regionalismo differenziato italiano e le recenti iniziative (referendarie e non). <i>Matteo Trapani</i>	411
4.3.8	Una reconsideración de las principales premisas para la reforma del Senado español. <i>Ignacio González García</i>	427
4.3.9	Il Senato delle autonomie territoriali: quale futuro in Italia e in Spagna? <i>Serenella Migliorino</i>	449
4.3.10	Una aproximación en la evolución de la forma de gobierno en las Regiones italianas y en las Comunidades Autónomas españolas. ¿Un nuevo escenario en la democracia representativa? <i>Andrés Iván Dueñas Castrillo</i>	463
4.3.11	De la apertura del sistema de financiación al federalismo fiscal. <i>Adoración Galera Victoria</i>	479
4.3.12	El Estado Social autonómico: configuración constitucional y cambios en el modelo. <i>Silvia Soriano Moreno</i>	493
4.3.13	El área metropolitana como medio para una organización administrativa y una prestación de servicios más eficiente. <i>Luis Miguel García Lozano</i>	509

LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA VS LEGITTIMAZIONE FUNZIONALE E PROCEDURALE DEL POTERE NORMATIVO: IL CASO DELLE LINEE GUIDA VINCOLANTI DELL'ANAC

FRANCESCA POLACCHINI*

Alma Mater Studiorum. Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive: le linee guida vincolanti dell'Anac al cospetto della teoria del sistema delle fonti e dell'architettura costituzionale della forma di governo. 2. Poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti e forma di governo. 3. Le linee guida vincolanti dell'Anac e il principio di legalità sostanziale. 4. Legittimazione procedurale e legittimazione «da funzione» del potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti. 5. Il dibattito sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti in Spagna: cenni. 6. Conclusioni. 7. Riferimenti bibliografici.

1. OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE: LE LINEE GUIDA VINCOLANTI DELL'ANAC AL COSPETTO DELLA TEORIA DEL SISTEMA DELLE FONTI E DELL'ARCHITETTURA COSTITUZIONALE DELLA FORMA DI GOVERNO

La recente attribuzione all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) della facoltà di adottare linee guida vincolanti ha riportato all'attenzione dello studioso il tema dei poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti. In questa

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna.

prospettiva, il lavoro intende esaminare la natura e il ruolo delle linee guida vincolanti dell'Anac, esempio paradigmatico di fonte normativa non prevista in Costituzione, di problematico inquadramento nell'ambito della teoria delle fonti e manifestazione di una traiettoria evolutiva che sta interessando i processi di produzione normativa di cui occorre ricostruire la genesi e in chiave prospettica gli esiti non solo sul sistema delle fonti, ma altresì sull'assetto della forma di governo.

La legge delega 11/2016 ha attribuito all'Anac importanti poteri normativi di cui prima non disponeva, precisamente ha affidato alla stessa l'adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo, ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante. Nell'esercizio della delega il Governo, mediante il d.lgs. 50/2016 e il d.lgs. 56/2017, ha affidato alle linee guida dell'Anac la disciplina di profili non meramente tecnici delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, tra cui compaiono la definizione del sistema di qualificazione delle imprese, dei requisiti di partecipazione alle procedure di aggiudicazione e del regime delle SOA (società organismo di attestazione). Si tratta di settori della disciplina dei contratti pubblici che sottendono valutazioni di ampio respiro, in certa misura di natura politica, e comunque non caratterizzate in modo pregnante ed esclusivo da quell'elevata tecnicità e settorialità che giustificano l'affidamento della regolamentazione della materia ad un'autorità diversa dall'organo facente parte del circuito politico-rappresentativo, segnatamente il Governo. La novella legislativa offre quindi una preziosa occasione di riflessione sull'attuale capacità di tenuta del sistema formale di produzione delle fonti di rango secondario come risultante dalla normativa costituzionale e ordinaria (Deodato, 2018). Come osservava Livio Paladin, «la problematica delle fonti e le risposte offerte alle innumerevoli questioni riguardanti il regime dei vari tipi di atti e fatti normativi interferiscono assai da vicino con i temi componenti il cuore del diritto costituzionale tradizionalmente inteso: cioè con gli assetti della forma di governo e della stessa forma di Stato. I rapporti tra gli organi di vertice dello Stato-apparato risentono profondamente dei criteri con i quali viene ripartito ed esplicato – non solo e non tanto sulla carta bensì nelle reali esperienze giuridiche – il potere di rinnovare l'ordinamento, soprattutto per ciò che riguarda i livelli più alti del sistema» (Paladin, 1996, 9). In ossequio a tale insegnamento, si ritiene che il fenomeno oggetto di indagine debba essere ricostruito interrogandosi sugli effetti che esso esercita sia sull'ordinamento giuridico sia sul sistema istituzionale, ovvero con riguardo ai riflessi che genera sulle tradizionali costruzioni teoriche che concepiscono le fonti come un sistema e sulla perdita di centralità degli organi democraticamente legittimati, segnatamente del Parlamento e del Governo, nelle dinamiche di produzione normativa.

2. POTERI NORMATIVI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E FORMA DI GOVERNO

Le autorità amministrative indipendenti compongono un quadro complesso e variegato che ha cominciato a definirsi a partire dagli anni Ottanta con la creazione della CONSOB (legge 216/1974), alla quale è seguita l'istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (legge 249/1997), dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (legge 287/1990), della Commissione di Garanzia sullo Sciopero nei Servizi pubblici essenziali (legge 149/1990), dell'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (legge 39/1993), della Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione (legge 124/1993), dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici (legge 109/1994), dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas (legge 481/1995), del Garante per la Protezione dei Dati personali (legge 675/1990) e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (d.l. 101/2013, d.l. 90/2014).

La varietà degli organismi menzionati ha fatto emergere alcune difficoltà di inquadramento degli stessi nell'ambito della tradizionale architettura istituzionale dello Stato di diritto, trattandosi di organismi insuscettibili «di rientrare in una delle partizioni tradizionali delle funzioni e dei poteri pubblici» (Labriola, 1999, 2). Al di là delle differenze che intercorrono tra le diverse *Authorities*, si ravvisa nelle stesse un peculiare modello di azione e di organizzazione amministrativa chiamato a svolgere, in piena autonomia, compiti di regolazione e/o vigilanza in ambiti la cui gestione richiede un elevato grado di competenza tecnica (Titomanlio, 2017). Queste autorità di settore si pongono nei confronti del potere politico, segnatamente del governo nelle sue diverse componenti organizzative, in una relazione di indipendenza, da cui discende la sottrazione delle stesse al potere di indirizzo e controllo che il governo esercita sulle singole manifestazioni e articolazioni della pubblica amministrazione. Ciò comporta che il governo non possa rispondere davanti al Parlamento dell'operato di queste amministrazioni, del loro funzionamento (se non per alcuni limitati aspetti) e dei risultati della loro azione. Esse sono, come ogni altra pubblica amministrazione, sottoposte alla legge e operano nell'ambito dei poteri conferiti dalla legge, ma, a differenza di quanto avviene per la generalità degli enti facenti parte dell'apparo burocratico-amministrativo, non sono soggette alla direzione politica del governo (Cerulli Irelli, 2009). In altri termini, sfuggono alle dinamiche dei rapporti tra politica e amministrazione sottese all'art. 95 Cost., che individua un modello di P. A. sottoposta alla direzione e alla responsabilità ministeriali. Questi organismi si pongono, dunque, in un rapporto di tensione con la menzionata norma costituzionale nella misura in

cui quest'ultima, affidando al Presidente del Consiglio il compito di mantenere «la unità di indirizzo politico e amministrativo» e contemplando la responsabilità dei ministri per gli atti dei «loro» dicasteri, stabilisce un legame stringente tra l'indirizzo politico e quello amministrativo «con evidente strumentalità del secondo al primo» (Bognetti, 2001; Clarich, 2005; Merusi & Passaro, 2011). Come è stato osservato, nel sistema accolto dalla Costituzione italiana la politica e l'amministrazione sono collegate mediante le forme del controllo-direzione e della responsabilità e «l'amministrazione deve piegarsi a dare esecuzione (pur mantenendo un certo ambito di discrezionalità) alle direttive generali del potere politico» (Martines, 2017, 380). Come chiarito dalla Corte costituzionale in una risalente pronuncia resa a seguito della proposizione di un conflitto di attribuzioni interorganico (sent. n. 7/1996), nella forma di governo italiana Parlamento e Governo concorrono allo svolgimento della funzione di indirizzo politico, della cui attuazione sono responsabili collegialmente il Governo e individualmente i singoli ministri, ex art. 95 Cost. Seguendo le parole del Giudice delle leggi, «L'attività collegiale del Governo e l'attività individuale del singolo ministro – svolgendosi in armonica correlazione – si raccordano all'unitario obiettivo della realizzazione dell'indirizzo politico a determinare il quale concorrono Parlamento e Governo. Al venir meno di tale raccordo, l'ordinamento prevede strumenti di risoluzione politica del conflitto a disposizione tanto dell'esecutivo, attraverso le dimissioni dell'intero Governo ovvero del singolo ministro, quanto del Parlamento, attraverso la sfiducia, atta ad investire, a seconda dei casi, il Governo nella sua collegialità ovvero il singolo ministro, per la responsabilità politica che deriva dall'esercizio dei poteri spettantigli». Le autorità amministrative indipendenti si inseriscono in tale circuito determinando sia la rottura della tradizionale unità del potere esecutivo sia un allentamento del legame che collega l'elaborazione dell'indirizzo politico alla fase amministrativa di attuazione dello stesso. Esse incarnano, dunque, un modello organizzativo alternativo di P. A., posta al di fuori del classico circuito democratico-rappresentativo e al riparo dall'indirizzo politico governativo, che non può condizionarne le funzioni (Grasso, 2006; Giuffrè, 2016). Da ciò tuttavia non discende come logico corollario l'estraneità delle amministrazioni indipendenti rispetto all'assunzione di «decisioni politiche» nell'ambito delle materie alle stesse affidate in ragione della loro competenza specialistica, come è limpidamente testimoniato dalle materie nelle quali all'Anac è stato riconosciuto il potere di adottare linee guida di natura vincolante.

3. LE LINEE GUIDA VINCOLANTI DELL'ANAC E IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ SOSTANZIALE

Come anticipato in sede di introduzione, nell'esercizio della delega di cui alla legge 11/2016, il Governo ha affidato alle linee guida dell'Anac la disciplina di profili non meramente tecnici delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, tra i quali compaiono la definizione del sistema di qualificazione delle imprese, dei requisiti di partecipazione alle procedure e del regime delle SOA (società organismo di attestazione), conferendo così a questo tipo di fonte atipica un ruolo strategico, nella misura in cui di fatto limiterà, o quanto meno condizionerà, l'accesso degli operatori al mercato degli appalti pubblici e, in ultima analisi, lo stesso esercizio di libertà costituzionali, segnatamente della libertà di iniziativa economica privata. Le linee guida che definiscono, per gli appalti di lavori, gli ambiti sopra menzionati rivestono quei caratteri di generalità e astrattezza che caratterizzano la produzione normativa regolamentare propriamente intesa, a cui si aggiunge l'assenza di quell'elevata tecnicità e settorialità che giustificano l'affidamento della regolazione della materia ad un'autorità tecnica diversa dal Governo.

Invero, come ha rilevato il Consiglio di Stato nel parere 1767/2016, le linee guida sono articolabili in più atti: a) quelle approvate con decreto ministeriale, b) quelle vincolanti adottate dall'Anac e c) quelle non vincolanti (sempre adottate dall'Anac). L'indagine sviluppata nel presente lavoro sarà circoscritta alle linee guida vincolanti adottate dall'Anac, trascurando gli altri tipi per i quali non emergono difficoltà d'inquadramento. Le linee guida oggetto di recepimento con decreto ministeriale non sollevano problemi ricostruttivi, dovendo essere inserite tra i regolamenti ministeriali, che seguono quindi lo schema procedimentale previsto dall'art. 17, legge 400/1988, mentre quelle non vincolanti sono riconducibili ad atti di indirizzo. Le linee guida vincolanti invece sollevano difficoltà ricostruttive del tutto peculiari e inesplorate. Le soluzioni astrattamente possibili sono diverse e comportano diversi effetti con riguardo al rapporto con le altre fonti del diritto, segnatamente con i regolamenti governativi e con la legge. Si impone quindi lo svolgimento di alcune riflessioni volte a proporre una qualificazione giuridica per questo atto atipico, sconosciuto al tradizionale assetto dei modelli di produzione del diritto. Oltre a creare incertezze e sollevare difficoltà ricostruttive con riferimento al sistema delle fonti del diritto, l'attribuzione all'Anac del potere di adottare linee guida vincolanti ha ripercussioni sul versante della forma di governo e sul ruolo degli organi democraticamente legittimati nell'assolvimento di compiti decisionali generali nella materia della tutela degli interessi pubblici. Il conferimento di funzioni normative ad un'istituzione di natura tecnica non derivata neppure indirettamente dagli organi rappresentativi e rispetto a questi neutrale e indipendente

ha determinato un trasferimento di responsabilità decisorie in ambiti di disciplina che presuppongono valutazioni di ampio respiro, contenutisticamente complesse e comunque non confinabili a scelte di natura eminentemente tecnica. La connotazione non meramente tecnica della potestà normativa attribuita all'Anac emerge dalla considerazione dei settori nei quali le linee guida sono chiamate ad intervenire, dettando norme destinate a sostituire la precedente disciplina adottata con regolamento del Governo. Per avere contezza della portata dello strumento è utile osservare che le linee guida sono chiamate a definire i compiti e gli specifici requisiti di professionalità del Responsabile unico del procedimento (RUP) (art. 31, comma 5, d.lgs. 50/2016)¹, le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure sotto-soglia e delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici (art. 36, comma 7, d.lgs. 50/2016)², l'individuazione dei mezzi di prova da considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione dalle gare per le situazioni previste al comma 5, lett. c), dell'art. 80 ovvero di quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative a tali fini (art. 80, comma 13, d.lgs. 50/2016)³, l'individuazione delle modalità e della tipologia di atti di controllo da parte del direttore dei lavori (art. 111), le modalità di verifica del rispetto della quota minima di affidamento con procedura di evidenza pubblica delle prestazioni oggetto delle concessioni affidate in via diretta a società *in house* (art. 177, comma 1)⁴, la disciplina delle modalità attraverso cui le amministrazioni aggiudicatrici devono procedere alla predisposizione e all'applicazione di sistemi di monitoraggio per il controllo sull'attività degli operatori economici (art. 181, comma 4)⁵, l'individuazione dei requisiti di partecipazione alle procedure di aggiudicazione da parte dei contraenti generali, consistenti in un'adeguata

¹ In attuazione del presente comma sono state approvate le linee guida Anac n. 3 del 26 ottobre 2016 n. 1096. Le linee guida n. 3 sono state modificate con provvedimento Anac 11 ottobre 2017.

² In attuazione del presente comma sono state approvate le linee guida Anac n. 4 del 26 ottobre 2016 n. 1097, recanti Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici. Le Linee Guida n. 4 del 26 ottobre 2016 sono state rettifiche con delibera 30 novembre 2016 e aggiornate con delibera n. 206 del 1° marzo 2018.

³ In attuazione di tale disposizione sono state adottate le linee guida n. 6 del 16 novembre 2016, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati a delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5 lett. c) del Codice». Le Linee guida n. 6 sono state rettifiche dapprima con delibera 18 gennaio 2017 e successivamente con provvedimento 11 ottobre 2017.

⁴ In relazione al comma 1 sono state approvate le linee guida n. 11 del 4 luglio 2018, recanti «Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea».

⁵ In attuazione di tale disposizione sono state adottate le linee guida n. 9 del 28 marzo 2018.

capacità economica e finanziaria, in un'adeguata idoneità tecnica e organizzativa e in un adeguato organico tecnico e dirigenziale (art. 197) (Giuffrè, 2017).

Invero, il Consiglio di Stato, nel parere 1767/2016, ha qualificato le linee guida dell'Anac come atti amministrativi generali, riconducendole quindi all'attività di regolazione. Precisamente, si legge che le linee guida vincolanti «non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare». Similmente, nel parere 855/2016, il Consiglio di Stato ha ritenuto preferibile l'opzione interpretativa che coniuga la valenza generale delle linee guida con la natura del soggetto emanante, concludendo che «appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, “di regolazione”». Tuttavia, l'assimilazione agli atti regolatori delle Autorità amministrative indipendenti potrebbe non risultare pienamente appagante laddove si osservi come l'Anac sia stata chiamata anche all'adozione di atti che coinvolgono argomenti di particolare vastità, rilevanza economica e complessità, che sottendono valutazioni non meramente tecniche e che investono profili non squisitamente specialistici, che erano stati precedentemente disciplinati da un regolamento governativo ampio ed articolato (si pensi alle linee guida che definiscono il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle procedure, il regime delle SOA e le regole dell'avvalimento). L'attività normativa che si esprime nelle linee guida dell'Anac sarebbe dunque legittimata dall'arretramento del potere legislativo e regolamentare, poteri che il Parlamento e il Governo hanno scelto di «autolimitare» nell'interesse generale e al fine di consentire la riformulazione spedita e costante della disciplina normativa.

4. LEGITTIMAZIONE PROCEDURALE E LEGITTIMAZIONE «DA FUNZIONE» DEL POTERE NORMATIVO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

Come emerge dalle riflessioni sviluppate nelle pagine precedenti, i fenomeni di produzione giuridica sono mutati in maniera significativa non solo sul piano della forma e del contenuto delle regole, ma anche rispetto ai centri di produzione normativa, che in taluni casi trovano la propria sede al di fuori del circuito politico e governativo. Un'ipotesi paradigmatica di questo processo evolutivo è rappresentata dall'affidamento di ampi poteri normativi alle auto-

rità amministrative indipendenti, di cui le linee guida vincolanti dell'Anac rappresentano un caso emblematico. Il fenomeno è in continua crescita: lo Stato – si osserva – tende a ritrarsi dall'intervento diretto e dall'esercizio del potere normativo e affida i compiti di regolazione a soggetti che, pur istituiti e disciplinati per legge, si collocano ai margini o fuori del sistema dell'autorità pubblica. Si tratta di enti «indipendenti», ovvero sottratti al circuito politico-rappresentativo, ciò che rafforza il carattere «neutrale» della loro attività normativa, ma al contempo ne indebolisce le basi di legittimazione, rompendo proprio quel rapporto, tradizionalmente considerato necessario, tra rappresentanza politica, garanzie procedurali e collocazione degli atti nella gerarchia delle fonti (Bin, 2009). Il potere normativo di queste autorità sembra trarre legittimazione «dal basso» per un duplice ordine di considerazioni: sia perché l'attribuzione di tale potere è «finalizzata alle esigenze che emergono dal settore da regolare» ed è perciò coerente che gli atti normativi adottati «ricavano le regole dall'oggetto da regolare», sia perché la regolazione dello specifico segmento di mercato sul quale si esercita la competenza del soggetto regolatore è generalmente partecipata e condivisa dagli operatori economici che agiscono in quel segmento (Merusi, Passaro, 2003). L'osmosi tra pubblico e privato è dunque un tratto caratteristico, anzi programmatico, di questo tipo di regolamentazioni (Bin, 2010). Il richiamo al procedimento di tipo partecipativo che spesso contraddistingue la fase dell'assunzione degli atti da parte delle *Authorities* è impiegato dalla dottrina per giustificare il ruolo e gli ampi poteri affidati alle autorità amministrative indipendenti. Più precisamente, si osserva che «La caduta del valore della legalità sostanziale viene, quindi, almeno in parte compensata dalla legalità procedurale. Si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: tanto meno è garantita la prima per l'effetto dell'attribuzione all'Autorità di poteri che a volte sono sostanzialmente in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento nel procedimento condotto dall'Autorità di tutti i soggetti interessati (Chieppa, Giovagnoli, 2018, 343; Clarich, 2009, 155). La legittimazione del potere normativo delle *Authorities* è stata così rintracciata nelle garanzie procedurali che accompagnano il processo di assunzione delle decisioni e che hanno trovato una sintesi concettuale nell'idea di democrazia procedimentale (Cassese, 1999, 42). Il concetto di democrazia procedimentale ha trovato una significativa declinazione nel regolamento del 13 giugno 2018, mediante il quale l'Anac ha definito la disciplina relativa alla partecipazione ai procedimenti di regolazione dalla stessa avviati, alla metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e alla verifica dell'impatto della regolazione (VIR). Il rego-

lamento è preordinato a promuovere la massima partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti di regolazione. A tal fine, l'Anac garantisce la trasparenza dei processi attraverso la pubblicazione tempestiva sul proprio sito internet delle notizie e dei documenti di interesse e la sottoposizione a consultazione degli atti di carattere generale al fine di acquisire suggerimenti, proposte, considerazioni e osservazioni da parte dei soggetti interessati. La partecipazione degli interessati ai processi normativi delle autorità indipendenti – processi che vengono così ad «aprirsi» agli interessi regolati – e la valutazione *ex ante* degli effetti delle misure in elaborazione consentono di superare la tradizionale «asimmetria» tra decisore pubblico (in questo caso, autorità amministrativa indipendente) e destinatari della decisione (operatori di settore) e di «colmare il deficit di legalità sostanziale» per mezzo delle «garanzie procedurali rafforzate», che divengono elemento di legittimazione della «presenza nel nostro ordinamento di Autorità indipendenti dal potere politico e sganciate in qualche misura dal circuito democratico tradizionale» (Clarich, 1999; Grasso, 2006; Titomanlio, 2017). In tale prospettiva, la consultazione e la partecipazione dei soggetti portatori di interessi si porrebbero come correttivi alla mancanza della dialettica politico-rappresentativa che contraddistingue l'esercizio delle funzioni degli organi che godono di legittimazione democratica. Questa sembra essere la prospettiva accolta dal Consiglio di Stato che, nel parere 855/2016 reso sullo Schema di decreto legislativo recante «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», ha individuato alcuni strumenti volti a compensare la maggiore flessibilità del 'principio di legalità sostanziale' con un più forte rispetto di criteri di 'legalità procedimentale'. Tra questi si devono menzionare «l'obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di 'consultazione' dei soggetti interessati; l'esigenza di dotarsi – per gli interventi di impatto significativo – di strumenti quali l'analisi di impatto della regolazione – AIR – e la verifica *ex post* dell'impatto della regolazione – VIR –; la necessità di adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione tramite la concentrazione in “testi unici integrati” di quelle sulla medesima materia».

Secondo un diverso orientamento, la legittimazione del potere normativo delle autorità indipendenti sarebbe da rintracciare nella peculiare natura dei diritti costituzionali che rilevano in determinati settori (tutela del risparmio, privacy, concorrenza, pluralismo informativo ecc.), che richiede una particolare attività di garanzia che non può essere svolta attraverso l'esercizio della ordinaria azione amministrativa. Le autorità indipendenti opererebbero quindi come «istituzioni delle libertà» e troverebbero la propria legittimazione direttamente nella prima parte della Costituzione (Amato, 1997). Al cospetto dei diritti fondamentali, è

stato sottolineato, non può esistere un potere discrezionale della pubblica amministrazione «perché nell'esercizio del potere discrezionale residua un quid – il c.d. merito amministrativo – insindacabile da parte del titolare del diritto fondamentale e che perciò inciderebbe, in maniera arbitraria, e perciò dispotica, su di un diritto fondamentale» (Merusi, 2003). Si sarebbe dunque in presenza di una legittimazione sganciata dal collegamento con il principio di maggioranza e ancorata invece ad una esigenza di garanzia dei valori costituzionali (Donati, 2008).

Secondo una diversa impostazione ricostruttiva, in mancanza di un riconoscimento a livello costituzionale della possibilità di istituire organi che derogano al principio della responsabilità ministeriale, occorrerebbe valorizzare la «copertura comunitaria» di cui godono alcune autorità indipendenti, di per sé sufficiente a giustificare la loro legittimazione (Donati, 2008). Come rilevato, le autorità amministrative sfuggono sia al circuito rappresentativo sia al circuito della responsabilità politica nei confronti del Parlamento. Si pongono al di fuori del principio della separazione dei poteri, del principio di responsabilità e di legittimazione democratica (Manetti, 1994; Niccolai, 1996; Bilancia, 2000; De Minico, 2012). Questa deviazione dall'impianto costituzionale in materia di rapporti tra politica e amministrazione trova una base di legittimazione nell'Unione europea. Le autorità amministrative indipendenti sono ormai interamente disciplinate da norme di derivazione sovranazionale o da norme nazionali attuative di direttive eurounitarie. Anche i loro poteri normativi sono legittimati da norme di produzione sovranazionale e trovano quindi una copertura costituzionale nell'art. 11 Cost. (Bilancia, 2002; Longobardi, 2009; Merusi, 2010). In proposito, è stato tuttavia osservato come ciò non sia sufficiente ad esaurire e risolvere il problema della legittimazione costituzionale delle *Authorities* e a giustificare la deroga al principio della responsabilità ministeriale consacrato dall'art. 95 Cost. e al principio del controllo parlamentare sull'amministrazione (Clarich, Corso, Zeno-Zencovich, 2006, 8). In questa prospettiva si possono leggere le proposte avanzate nell'ambito della Commissione D'Alema per la riforma costituzionale e successivamente nel corso delle indagini conoscitive svolte dalla I Commissione della Camera dei Deputati nell'ambito della XIII legislatura.

5. IL DIBATTITO SUI POTERI NORMATIVI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI IN SPAGNA: CENNI

Anche la dottrina spagnola si è interrogata sul significato dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri di natura normativa e sugli effetti che questa attribuzione determina sul sistema delle fonti del diritto. La riflessione

scientifico della letteratura spagnola, che ha preso avvio con riguardo alla potestà normativa del Banco di Spagna (Fernández Rodríguez, 1984), si è da subito concentrata sui profili di illegittimità costituzionale sollevati dall'attribuzione di poteri normativi alle amministrazioni indipendenti (Parejo, 1994; Magide Herrero, 2000). La norma costituzionale di riferimento è l'articolo 97, che conferisce in via esclusiva al Governo l'esercizio della potestà regolamentare. Similmente a quanto avviene nell'ordinamento costituzionale italiano, nella Costituzione spagnola la potestà regolamentare è contemplata solo con riferimento al Governo (art. 97) e, in modo indiretto, alle Comunità autonome (art. 153). Come è stato osservato, il riconoscimento di poteri di natura normativa alle Autorità indipendenti determina la rottura del concetto unitario di regolamento e il superamento del tradizionale nesso legge-regolamento che caratterizza le dinamiche di produzione legislativa (Tornos Mas, 2003). I dubbi circa i profili di frizione con la Costituzione sono stati risolti dal Tribunale costituzionale che, nella pronuncia 135/1992, ha chiarito come l'art. 97 della Costituzione non debba essere interpretato in modo letterale e restrittivo e non osti pertanto al conferimento di poteri normativi a istituzioni diverse dal Governo, precisamente al Banco di Spagna. A ciò deve aggiungersi un argomento di carattere sostanziale, che risiede nella elevata specializzazione tecnica del Banco di Spagna, che rende ragionevole che allo stesso siano delegate funzioni normative da parte del Governo o ex lege. Anche nel sistema spagnolo è quindi la legittimazione funzionale – che deriva dalla natura tecnico-specialistica dell'organismo – a fungere da base giustificativa per il riconoscimento di poteri normativi in capo alle *Authorities*.

6. CONCLUSIONI

Il fondamento del potere normativo delle autorità amministrative indipendenti e la sua legittimità costituzionale sono dati che possono ormai ritenersi acquisiti nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (Marone, 2017). Ciò non elimina la necessità teorica di interrogarsi sugli effetti che il trasferimento di poteri normativi ad autorità di natura tecnica comporta sull'impianto dell'architettura istituzionale. Il caso delle linee guida vincolanti dell'Anac testimonia in modo limpido un trasferimento di responsabilità decisorie in ambiti non relegabili alla sola normativa tecnica perché alla base della disciplina delle materie sopra indicate riposano scelte di natura non esclusivamente tecnica. Si tratta infatti di profili che assumono un'importanza centrale nell'ambito della disciplina della contrattazione pubblica e che si riflettono in maniera

massiccia sulle posizioni giuridiche dei soggetti privati coinvolti. Le linee guida vincolanti si mostrano quali atti normativi privi di un sicuro fondamento legislativo dal punto di vista procedurale e sostanziale, sia perché si muovono al di fuori della disciplina di cui all'art. 17 della legge 400/88, sia perché la delega e il decreto legislativo che ne consentono l'adozione si esprimono in termini generici, tali da sollevare profili di criticità con riferimento al rispetto del principio di legalità sostanziale (Serges, 2017). Come evidenziato dalla Corte costituzionale, il principio di legalità sostanziale impone che l'attribuzione del potere «sia determinata nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costante una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa» (sent. 115/2011). La legge non deve porsi soltanto come fonte di attribuzione del potere, ma anche come strumento di regolamentazione, anche se elastica, della fattispecie, ciò che sembra difettare rispetto al conferimento all'Anac del potere di adottare linee guida vincolanti. In altri termini, l'amministrazione deve agire non solo entro i limiti di legge, ma altresì in conformità alla disciplina sostanziale posta dalla legge stessa, la quale deve incidere anche sulle modalità di esercizio dell'azione amministrativa e, dunque, penetrare all'interno dell'esercizio del potere, che rinviene in tal modo una cornice di direttive idonee a indirizzarne lo sviluppo (Casetta, 2018, 48). Rispetto al potere normativo che si manifesta nelle linee guida, la predeterminazione delle modalità di esercizio del potere manca, essendo indicate soltanto le materie nelle quali l'Anac dovrà adottare questo nuovo strumento di regolamentazione. L'Anac è quindi chiamata ad assumere decisioni intrinsecamente politiche pur essendo estranea al circuito politico-rappresentativo e priva di legittimazione democratica, nonché in assenza di una cornice legislativa che ne circoscriva e indirizzi le scelte. Sotto questo profilo sembra determinarsi una deviazione rispetto al principio di legalità sostanziale persino più marcata di quella che in passato era stata contestata a proposito dei c.d. «regolamenti indipendenti» del Governo. Non soltanto, infatti, le autorità pongono in essere norme giuridiche di rango secondario in assenza di norme legislative generali sulla materia, ma intervengono nella formazione di complesse e delicate discipline di settore senza godere di una legittimazione popolare neppure indiretta, che invece il Governo possiede in forza della relazione fiduciaria con la maggioranza parlamentare (Giuffrè, 2016).

L'assegnazione di potestà normative alle autorità indipendenti, che si pongono quali veri e propri «centri di autonomia» costituzionalmente e/o eurounitariamente garantiti, corrisponde quindi ad una significativa erosione della funzione normativa del Parlamento, da cui, in via ordinaria, muove il circuito delle funzioni pubbliche dello Stato di diritto (Bognetti, 2001; Giuffrè, 2016). Posto

che nell'attuale architettura delle forme di Stato occidentali i processi di legittimazione del potere si incentrano sempre meno sulle procedure elettorali e sui meccanismi rappresentativi, evolvendo, piuttosto, verso criteri fondati sulla conoscenza specialistica, l'unico strumento in grado di assicurare una democratizzazione nei processi di assunzione delle decisioni da parte di autorità tecniche è il rispetto di procedure informate ai principi della trasparenza e della partecipazione (Giuffrè, 2016). Come osservato, «l'affermazione di poteri neutrali si riscontrerebbe soprattutto nei momenti di crisi della politica, quando la razionalità dell'azione dei pubblici poteri si offusca e la legge stenta a realizzare sintesi durevoli e soddisfacenti dell'interesse generale» (Manetti, 1994, 9).

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BILANCIA, F. (2000), *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, Cedam, Padova.
- BILANCIA, P. (2002), «Autorità amministrative indipendenti e processo di integrazione europea», in Gabriele, Bucci, Guarini, *Il mercato, le imprese, i consumatori*, Cacucci, Bari.
- BIN, R. (2009), «Soft law, no law», in Somma, *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Giappichelli, Torino.
- «Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantitativa delle fonti del diritto», in Brunelli, Pugiotto, Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. I. Delle fonti del diritto*, Jovene, Napoli.
- (2010), «I diritti di chi non consuma», in Cocco, *Diritti dell'individuo e diritti dei consumatori. Atti del Convegno 14 dicembre 2007*, Giuffrè, Milano.
- BOGNETTI, G. (2001), *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano.
- CASSETTA, E. (2018), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- CASSESE, S. (1996), «Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni», in Cassese, Franchini, *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna.
- (1999), «Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti», in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino.
- CERULLI IRELLI, V. (2009). «I poteri normativi della Autorità amministrative indipendenti», *Astrid online*, 2.
- CHIEPPA, R. (2006). «Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti», in www.giustiziamministrativa.it.
- CHIEPPA, R., GIOVAGNOLI, R. (2018), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- CLARICH, M. (1999), «I procedimenti di regolazione», in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino.

- (2005), *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna.
- CLARICH, M., CORSO, G., ZENO-ZENCOVICH, V. (2006), «Il Sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive», in <https://eprints.luiss.it/128/1/>.
- DEODATO, C. (2018), «Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto», *Giustamm*.
- DONATI, F. (2008), «Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno», in *Annuario 2005. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del 20° Convegno annuale (Catania, 14-15 ottobre 2005)*, Cedam, Padova.
- DE BENEDETTO, M. (2006), «Autorità indipendenti», in Cassese, *Dizionario di Diritto pubblico*, I, Giuffrè, Milano.
- DE MINICO, G. (2012), «Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria», in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1984), «Los poderes normativos del Banco de España», *Revista de derecho bancario y bursatil*, 13.
- GIUFFRÈ, F. (2016), «Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione», in Nicotra, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino.
- GIUFFRÈ, G. A. (2017), «Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC», in *Federalismi.it*.
- GRASSO, G. (2006), *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano.
- GRECO, F. (2014), «La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione», in *GiustAmm.it*, 9.
- LABRIOLA, S. (1999), «Le Autorità indipendenti. (Note preliminari)», in Labriola, *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano.
- LONGOBARDI, N. (2009), «Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale», *Amministrazione in cammino*.
- MAGIDE HERRERO, M. (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid.
- MANETTI, M. (1994), *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano.
- MARONE, F. (2017), «Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3.
- MARTINES, T. (2017), *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- MERUSI, F. (2003), «Giustizia amministrativa e autorità indipendenti», in *Annuario 2002. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- (2010), *Le leggi del mercato*, Il Mulino, Bologna.
- MERUSI, F., PASSARO, M. (2011), *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna.
- NICCOLAI, S. (1996), *I poteri garanti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Ets, Pisa.

- PAREJO, A. (1994), «La potestad normativa de las Administraciones independientes», in *Administración instrumental, libro homenaje a Clavero Arévalo*, I, Ed. Cívitas, Madrid,
- POLITI, F. (1999), «I poteri normativi delle autorità amministrative e indipendenti», in Longobardi, *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Giappichelli, Torino.
- (2001), «Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti (*ad vocem*)», in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma.
- SERGES, S. (2017), «Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti», in *Osservatorio sulle fonti*, 3.
- TITOMANLIO, R. (2013), *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino.
- (2017), «Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione», in *Nomos*, 1.
- TORNOS MAS, J. (2003), «La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del consell audiovisual de Catalunya», in *Derecho Privado y Constitución*, 17.