

25 GENNAIO 2017

Nuove riflessioni sull'intensità del
sindacato del giudice amministrativo
Il caso delle linee guida dell'ANAC

di Carlo Deodato
Consigliere di Stato



Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. *Il caso delle linee guida dell'ANAC**

di Carlo Deodato

Consigliere di Stato

Sommario: **1.-** Premessa: il principio di legalità e il sindacato del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità; **2.-** L'effettività della tutela giurisdizionale come paradigma di definizione dei confini del sindacato del giudice amministrativo; **3.-** La "riserva di amministrazione" come (unico) limite alla cognizione del giudice amministrativo; **4.-** Il perimetro della potestas iudicandi in relazione alla natura del potere esercitato; **5.-** Il controllo dell'istruttoria e della motivazione come paradigma del sindacato della discrezionalità; **6.-** La discrezionalità tecnica: un falso problema? **7.-** Il sindacato sugli atti di normazione secondaria; **8.-** Il giudizio di legittimità delle delibere delle autorità amministrative indipendenti; **9.-** I margini di sindacabilità delle linee guida dell'ANAC; **10.-** Considerazioni finali: l'opzione preferenziale per un sindacato pieno e per un nuovo equilibrio tra autorità e libertà.

1.- Premessa: il principio di legalità e il sindacato del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

La persistente incertezza dell'ampiezza e della consistenza della potestà cognitiva del giudice amministrativo suggerisce nuove riflessioni sulla latitudine del sindacato giurisdizionale della legittimità degli atti nei quali si declinano le funzioni pubbliche (sia amministrative, sia normative) e sul ritaglio dei pertinenti spazi di insindacabilità (da intendersi, come tali, immuni da ingerenze giurisdizionali).

Il tema, che affatica da decenni giurisprudenza e dottrina¹ (oltre ad impegnare il legislatore in un'opera incessante di precisazione dei predetti ambiti), potrebbe anche ritenersi sufficientemente meditato e definito, in esito ad approdi ricostruttivi e dogmatici stabili ed affidabili, ma potrebbe anche intendersi ancora bisognoso di ulteriori approfondimenti, che ne permettano una più accurata catalogazione (riferibile, come tale, a nuovi oggetti contenziosi, come, appunto le linee guida dell'ANAC).

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione*, in AA. VV., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di Copanello, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milano, 2013; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano.

Dev'essere, in particolare, registrata un'evidente (e fisiologica) difficoltà di enucleare regole universali sulla consistenza del controllo di legittimità della funzione amministrativa (che consiglia un supplemento di analisi del tema).

Il dibattito sulla dicotomia tra controllo forte e debole (in particolare sugli atti delle autorità amministrative indipendenti) e sul sindacato estrinseco o intrinseco (in particolare degli atti caratterizzati da discrezionalità tecnica) mostra, infatti, tutta la sua fragilità e sconta le difficoltà connesse all'estrema eterogeneità della conformazione normativa delle funzioni giudicate, palesando, così, la sua incapacità di offrire soluzioni valide (in astratto) per tutte le tipologie di esplicazione dei pubblici poteri².

Ogni norma attributiva del potere risulta, a ben vedere, strutturata secondo uno schema del tutto peculiare che impedisce l'affermazione di paradigmi univoci e universali e che costringe a limitare l'indagine all'enunciazione di canoni necessariamente generici (ancorchè funzionali ad essere declinati alla specifica fattispecie normativa e amministrativa esaminata).

Non ha molto senso, in altre parole, affannarsi ad argomentare la tesi del controllo debole o di quello forte, mentre serve definire un paradigma oggettivo e idoneo a tracciare i margini entro i quali può essere giudicata la funzione amministrativa esercitata, senza invadere l'ambito riservato dall'ordinamento all'amministrazione (e senza che possa essere validamente eroso dalla giurisdizione).

In questa prospettiva, appare utile rammentare che la giurisdizione amministrativa (nonostante le recenti evoluzioni della sua interpretazione verso i nuovi, ma incerti, approdi del "giudizio sul rapporto" e della completa satisfattività della tutela erogabile) resta connotata dall'ineludibile carattere del controllo del corretto esercizio delle funzioni pubblicistiche³.

Nella prospettiva propria delle democrazie liberali, infatti, la sfera di libertà dei cittadini può essere validamente conformata o limitata dall'autorità amministrativa solo nel conforme esercizio dei poteri ad essa attribuiti da una legge.

E al giudice amministrativo spetta proprio il controllo della coerenza dell'esplicazione della funzione con la disposizione legislativa che la fonda e la disciplina e, quindi, in sostanza, del rispetto del principio di legalità (che risulta espresso, nella Costituzione, dagli artt.23, 25 e 97, ma che viene, comunque, ritenuto un principio generale dell'ordinamento).

Ora, se non risulta problematica la verifica giudiziaria relativa al controllo della competenza dell'organo che ha adottato l'atto o al rispetto dei vincoli stabiliti dalla legge all'esercizio della funzione (e, cioè, dei

² Per una ricostruzione inerente al dibattito in parola si veda F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, Giuffrè, 2005.

³ Corte Cost., sent. 6 luglio 2004, n. 204. M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002.

vizi di incompetenza e di violazione di legge), appare più arduo lo scrutinio della correttezza dell'uso degli spazi di discrezionalità affidati dalla norma all'amministrazione.

Sovviene, in questo caso, la categoria di invalidità definita come "eccesso di potere", inteso come deviazione dalla fisiologica preordinazione dell'attività provvedimento alla cura dell'interesse pubblico che costituisce la causa dell'attribuzione della potestà esercitata⁴.

Si tratta, in altri termini, di verificare il rispetto del principio di legalità, che resta il cardine del corretto espletamento delle funzioni pubblicistiche, secondo canoni di controllo che autorizzano uno scrutinio della conformità dell'attività giudicata alla ragione dell'attribuzione del potere⁵.

Più che ragionare, in astratto, sulla latitudine del potere cognitivo del giudice, si dovrebbe, allora, esaminare, in concreto, il problema con riferimento a ciascuno schema provvedimento, oltre che al precetto legale di riferimento.

Senonché, le esigenze di catalogazione dogmatica dell'ambito dei poteri del giudice amministrativo impongono, in qualche misura, una generalizzazione della soluzione.

Appare, allora, più utile una ricostruzione che si fondi, più che su insufficienti formule definitorie astratte, su un'analisi della struttura delle norme attributive della funzione, che identifichi negli oneri procedurali nei quali essa (principalmente) si declina i paradigmi oggettivi del sindacato giurisdizionale e che definisca i limiti di quest'ultimo in coerenza con l'individuazione dell'oggetto del giudizio amministrativo nel controllo del corretto esercizio del potere.

Raccogliendo e sviluppando le suggestioni che precedono saranno, dunque, esaminate, nei paragrafi che seguono, ma senza alcuna pretesa di esaustività o di completezza, le regole che presidiano l'esercizio delle funzioni giurisdizionali di controllo della legalità dell'attività amministrativa provvedimento e normativa, con peculiare riferimento ai caratteri della stessa e con l'esclusione dell'analisi del contenuto dei poteri (di cognizione e di decisione) del giudice amministrativo nelle controversie nelle quali gli viene attribuita la giurisdizione esclusiva o di merito (che esulano dai confini del presente studio).

⁴ P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. dir.*, XIV.

⁵ G. Corso, *Il principio di legalità*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2015 e in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2011,

2.- L'effettività della tutela giurisdizionale come paradigma di definizione dei confini del sindacato del giudice amministrativo. ⁶

Prima di enucleare un criterio concreto ed affidabile di definizione degli ambiti entro i quali può (anzi: deve) svilupparsi il sindacato giurisdizionale amministrativo, appare necessario identificare il parametro generale alla cui stregua va circoscritto il relativo perimetro.

Il paradigma che deve presidiare ed orientare l'indagine non può che essere individuato nel principio generale di effettività della tutela⁷.

Tale canone, attuativo di diritti costituzionali (artt.24, 111 e 113) e di principi sovranazionali (sia euro-unitari⁸ sia riferibili alla CEDU⁹), ma ormai codificato anche all'art.1 del c.p.a., non esprime (solo) una generica, ma flessibile, coordinata ermeneutica e va, al contrario, inteso come un vincolo cogente (rivolto a tutti gli operatori del diritto, oltre che al legislatore nazionale) alla scelta ed all'applicazione dell'opzione interpretativa che meglio assicuri la pienezza della tutela delle posizioni soggettive incise dall'esercizio di poteri amministrativi.

In altri termini, la disamina della questione dell'intensità del sindacato giurisdizionale amministrativo deve obbedire all'esigenza di assicurare ai cittadini una protezione effettiva, e non formale o apparente, del loro interesse all'uso corretto delle potestà pubbliche.

A fronte di più opzioni ricostruttive della latitudine dei poteri di cognizione del giudice amministrativo, dev'essere, in definitiva, preferita, seppur con le (uniche) limitazioni precisate nel paragrafo che segue, quella che permetta una conoscenza piena dei presupposti dell'uso del potere giudicato e una valutazione penetrante della scelta (ancorchè discrezionale) operata con l'atto impugnato e, quindi, in altri termini, una verifica completa del corretto esercizio della funzione¹⁰.

⁶ A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in Enc. Dir., XIII, 1964; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 739.

⁷ In generale, sull'effettività: G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 Cost.*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996.; G. GALVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1988, p. 420; Tra i contributi più recenti, successivi al c.p.a.: G. Mari, *La giurisdizione amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, vol. I, Milano, Giuffrè, p. 61 ss. e ivi, A.G. Pietrosanti, *I principi generali del processo amministrativo*, p. 111 ss.; M.A. Sandulli, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. e Soc.* 2016; ID., *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa (dall'unificazione al Codice)*, in www.federalismi.it, 2015, 18. L'applicazione del principio di effettività della tutela al giudizio amministrativo è affermata, *ex plurimis*, da Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266.

⁸ Tra le tante, Corte di Giustizia UE, sez. V, 6 ottobre 2015, n. 61.

⁹ Tra le tante, Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 17 novembre 2015, n. 35532.

¹⁰ Sulla "pienezza" del sindacato amministrativo vedi anche F. PATRONI GRIFFI, *Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura*, in *Gius. Civ.* n.4 – 2015.

3.- La “riserva di amministrazione” come (unico) limite alla cognizione del giudice amministrativo.

Se è vero che dev’essere assicurata una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, è anche vero che, a tale esigenza, resiste uno spazio riservato dall’ordinamento alla potestà decisoria dell’amministrazione e che non può essere validamente invaso dal sindacato giurisdizionale.

La “riserva di amministrazione”, che deve intendersi giustificata dal principio costituzionale della separazione dei poteri, resta, nondimeno, di ardua decifrazione, quanto ai limiti della sua estensione.

Appare, tuttavia, enucleabile un canone interpretativo affidabile nel divieto di sostituzione del giudice all’amministrazione nell’esercizio della discrezionalità.

Come sarà meglio chiarito infra, infatti, la norma attributiva del potere può essere costruita per mezzo della definizione esatta delle situazioni che legittimano l’esercizio della funzione, ovvero mediante la previsione di presupposti elastici.

Il problema della riserva di amministrazione si pone, ovviamente, solo nella seconda ipotesi, posto che nella prima resta logicamente inconcepibile una sostituzione del giudice in una scelta che la legge ha già configurato secondo canoni esatti e cogenti.

Nel caso in cui, invece, la scelta provvedimento resta affidata a una valutazione discrezionale sull’esistenza dei presupposti e sulla conseguente e coerente comparazione degli interessi coinvolti nel procedimento, occorre tracciare un confine (insuperabile dal giudice amministrativo) che descrive lo spazio che deve restare riservato all’attività valutativa dell’amministrazione titolare della funzione¹¹.

Pur nella difficoltà di enucleare un criterio stabile e univoco, appare, nondimeno, utile chiarire che, nelle ipotesi in cui, a fronte di un’istruttoria completa, accurata ed esauriente, residuano diverse opzioni provvedimentali, tutte parimenti idonee a realizzare l’interesse pubblico affidato alla cura dell’amministrazione procedente (e tutte incidenti nella medesima misura sulle confliggenti posizioni soggettive private), la scelta tra di esse deve rimanere riservata a quest’ultima.

In altri termini, una volta verificato che l’amministrazione ha rispettato le garanzie procedurali, acquisito correttamente tutte le informazioni attinenti ai presupposti dell’adozione del provvedimento e considerato adeguatamente gli interessi privati emersi nel procedimento, l’opzione dispositiva deve restare ad essa riservata, senza che il giudice possa operarla in luogo dell’autorità amministrativa competente.

Tale ricostruzione resta, ovviamente valida, anche nello schema logico-dialettico dell’annullamento dell’atto e del riesercizio del potere, che implica proprio il rispetto della “riserva di amministrazione”,

¹¹ In tema di valutazione di impatto ambientale, R. Ferrara, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell’amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, 3179.

nella misura in cui il controllo sul nuovo esercizio del potere dovrà arrestarsi alla verifica dell'osservanza dell'effetto conformativo prodotto dalla prima decisione demolitoria, ma non potrà mai estendersi fino a sindacare l'opportunità della nuova scelta, se pronunciata in ossequio alle regole cristallizzate nel giudicato di annullamento (e che, tuttavia, non potranno mai comprendere anche l'ordine del contenuto dispositivo del provvedimento da adottare).

Come, infatti, chiarito dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con un indirizzo univoco e consolidato¹², resta affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale la decisione che si spinga fino alla definizione vincolante della regola del caso concreto e che si risolva, quindi, in una sostituzione del giudice all'amministrazione, nella scelta discrezionale del provvedimento più idoneo a soddisfare, nella fattispecie concreta, l'interesse pubblico che è causa del potere scrutinato.

4.- Il perimetro della potestas iudicandi in relazione alla natura del potere esercitato.

La descrizione dell'ambito cognitivo del giudice amministrativo resta, evidentemente, condizionata, in primis, dalle caratteristiche del potere giudicato o, meglio, dalla struttura della norma attributiva del potere.

Quest'ultima, infatti, può atteggiarsi secondo differenti schemi.

L'estrema eterogeneità delle norme attributive della funzione, che si risolve, poi, nel paradigma di legalità dell'esercizio del potere, impedisce di catalogare stabili e astratte coordinate interpretative dell'estensione del sindacato giurisdizionale, ma ammette, nondimeno, una ricostruzione logico-dogmatica delle diverse ipotesi della struttura del precetto legislativo che fonda l'adozione dell'atto e della coerente e conseguente consistenza degli spazi del suo scrutinio giurisdizionale.

La norma che assegna la funzione consta, necessariamente, dell'identificazione dell'autorità titolare della competenza e dei presupposti stabiliti per il suo valido esercizio, mentre resta spesso (anche se non sempre) implicita la "causa" del potere (e, cioè, l'interesse pubblico alla cui soddisfazione la funzione resta preordinata) e che appare, tuttavia, agevolmente ricavabile da un'esegesi sistematica del complesso delle norme afferenti al settore ordinamentale di riferimento e che giustificano la stessa istituzione dell'autorità amministrativa competente.

Ora, mentre la titolarità della competenza dev'essere indefettibilmente contemplata nel precetto legislativo, in ossequio al principio di legalità, la definizione dei presupposti per l'esercizio della funzione (e, in definitiva, per l'adozione del provvedimento) può essere stabilita in maniera esatta, e, cioè, per

¹² Si veda, *ex multis*, Cass. Civ., SS. UU., 17 novembre 2016, n. 23396.

mezzo della precisa e cogente descrizione della situazione (di fatto o di diritto) che autorizza l'assunzione della decisione amministrativa, ovvero con riferimento a concetti elastici.

In questa seconda ipotesi, che risulta di gran lunga più frequente della prima, la disposizione legislativa può essere costruita in modo da riservare all'amministrazione uno spazio interpretativo di condizioni riferite all'*an*, al *quid*, al *quomodo* o al quando dell'esercizio del potere, ovvero a diversi di tali elementi.

Le differenti esigenze regolative astrattamente ipotizzabili impediscono, infatti, la definizione di uno schema unitario della norma attributiva del potere e impongono, al contrario, un modello normativo duttile, che consentirà, di volta in volta, la scelta dell'opzione più adatta alle necessità regolative evidenziate dalle singole fattispecie oggetto di disciplina.

Potranno darsi, in altri termini, casi in cui appare funzionale a una corretta configurazione del potere amministrativo la riserva all'amministrazione della scelta sul "se" provvedere e altri in cui, invece, risulta più opportuno lasciare all'autorità procedente la decisione sui tempi, sui contenuti del provvedimento o sulle stesse modalità dell'adozione dell'atto.

Il rispetto delle regole di una buona ed efficace normazione esige, ovviamente, che la scelta dell'uno o dell'altro modulo sia coerente con le effettive esigenze di configurazione del potere pubblico disciplinato, apprezzate, ovviamente, insieme a una proporzionata valutazione degli interessi privati coinvolti dall'esercizio della funzione.

La norma attributiva del potere descrive, in definitiva, sempre i presupposti del suo esercizio, ma lo fa in maniera estremamente diversa e non classificabile secondo un unico schema, sicché il dibattito circa la natura (intrinseca o estrinseca, forte o debole) mostra tutti i suoi limiti, nella misura in cui tenta di catalogare, secondo canoni generali e astratti, i caratteri del sindacato giurisdizionale, riferito, tuttavia, al controllo del rispetto di paradigmi legislativi del tutto eterogenei tra di loro.

Il problema, ovviamente, si pone solo per le fattispecie in cui il precetto primario risulti costruito secondo lo schema che riserva all'amministrazione procedente l'apprezzamento di una o più delle condizioni, descritte dalla legge con riferimento a nozioni elastiche, che autorizzano (o impongono) l'adozione del provvedimento.

Rimane, invece, molto più agevole la ricostruzione della potestà cognitiva del giudice amministrativo a fronte di atti (sempre più rari, tuttavia) interamente vincolati (per i quali, cioè, la legge stabilisce in maniera puntuale e cogente ogni aspetto dell'esercizio della relativa funzione) e per i quali occorrerà solo controllare, anche mediante un accesso pieno al fatto, l'esistenza dei presupposti che autorizzano (o impongono) l'adozione del provvedimento (e per i quali deve intendersi anche ammissibile l'azione di adempimento).

5.- Il controllo dell'istruttoria e della motivazione come paradigma del sindacato della discrezionalità.

Quanto alla decifrazione della consistenza del sindacato dei profili di discrezionalità, appare, allora, più produttivo un approccio ricostruttivo diverso, che si fondi, non tanto sulla definizione astratta della latitudine del sindacato, ma sulla verifica del rispetto di due oneri procedimentali, che appaiono idonei, se attentamente scrutinati, a rivelare la conformità del provvedimento giudicato al parametro legale di riferimento, dequotando, così, il dibattito astratto sul tipo di sindacato esercitabile, o sulla sua qualificazione semantica.

L'esercizio corretto di ogni funzione amministrativa connotata da qualche aspetto di discrezionalità postula, a ben vedere, la necessaria acquisizione di tutte le informazioni riferibili alla situazione, di fatto e di diritto, destinata ad essere incisa dal provvedimento e la ragionata ponderazione delle relative risultanze ai fini dell'adozione della determinazione maggiormente coerente con la causa del potere.

In altri termini, l'adozione di un atto legittimo esige che l'amministrazione abbia integralmente soddisfatto gli oneri attinenti a un'istruttoria completa e a una motivazione coerente e logica¹³.

Il controllo sulla compiutezza dell'istruttoria e sulla ragionevolezza della motivazione esauriscono, in altri termini, seppur con la precisazione di seguito formulata, il sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio della discrezionalità e sul rispetto del precetto recato dal paradigma legale di riferimento.

L'acquisizione esauriente di tutte le informazioni attinenti alle condizioni di esercizio del potere e la coerente, chiara e logica esplicitazione delle ragioni sulla base delle quali, a fronte della situazione accertata in sede istruttoria, l'amministrazione ha operato la scelta dispositiva consacrata nell'atto come la più idonea a soddisfare l'interesse pubblico affidato alla sua cura rivelano, di per sé, la correttezza dell'uso della discrezionalità ad essa riservata dalla legge.

Al contrario, il riscontro di carenze nell'attività acquisitiva di informazioni ovvero di lacune o di profili di illogicità o di contraddittorietà nella motivazione del provvedimento rivela, di per sé, seppur in via sintomatica, quella deviazione dal corretto esercizio della funzione, nel ché si risolve il vizio di eccesso di potere.

Un controllo stringente e penetrante dell'istruttoria e della motivazione esaurisce, quindi, il sindacato del giudice amministrativo sul corretto uso della discrezionalità e permette uno scrutinio del tutto satisfattivo e pieno dell'esercizio del potere, a prescindere dalla ricordate formule lessicali definitorie.

¹³ M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, Enc. Dir., XXVII, Milano, 1977, 268 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987. Recentemente: F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit.; F. APERIO BELLA, *La motivazione*, in *Principi e regole*, cit.

Perché, tuttavia, la tutela possa dirsi effettiva e piena, resta necessario, per un verso, che il controllo relativo all'istruttoria possa spingersi fino a una completa verifica dell'esattezza dei fatti acquisiti e, per un altro, che l'analisi della motivazione possa estendersi fino al giudizio della plausibilità dell'iter argomentativo dettagliato nell'atto e, cioè, dell'attendibilità e della coerenza logiche delle ragioni esplicitate nella motivazione, in via intrinseca ma anche in relazione alle acquisizioni informative operate con l'istruttoria (ivi comprese le ragioni eventualmente addotte dai privati che hanno partecipato al procedimento).

Se, tuttavia, la verifica della completezza del supporto conoscitivo si fonda su criteri oggettivi, dovendosi solo controllare che l'amministrazione precedente abbia provveduto ad acquisire tutte le informazioni strumentali a conferirle una piena consapevolezza della situazione, di fatto e di diritto, destinata ad essere conformata dall'attività provvedimentale, la disamina della motivazione obbedisce a canoni meno certi (anche se parimenti affidabili).

Il controllo della coerenza e della logicità della motivazione, per quanto idoneo ad esaurire, in sé, lo scrutinio del corretto esercizio della discrezionalità, non può limitarsi al mero riscontro della completezza e dell'attendibilità delle ragioni esplicitate a sostegno della scelta provvedimentale, ma deve estendersi anche al sindacato della funzionalità delle argomentazioni, e della conseguente scelta dispositiva, alla realizzazione dello scopo legale dell'atto.

Occorre, al riguardo, ricordare che l'attività amministrativa non può mai intendersi libera, ma dev'essere sempre giudicata vincolata al perseguimento della finalità del potere esercitato, sicché il controllo giurisdizionale sulla funzione non può prescindere da un'analisi della coerenza della scelta provvedimentale con il suo scopo legale (intendendosi per tale la causa del potere).

E tale analisi dovrà obbedire al percorso logico di seguito esposto.

Il giudice dovrà, innanzitutto, identificare lo scopo del potere (raramente enunciato nella norma, ma agevolmente evincibile in via ermeneutica), procederà, poi, a controllare la base conoscitiva acquisita dall'amministrazione, analizzerà, poi, i contenuti della misura decisa e ne giudicherà, da ultimo, la coerenza con la finalità legale della funzione esercitata (mediante l'analisi della motivazione, che ne dovrebbe palesare il supporto logico).

Quest'ultimo scrutinio dovrà, poi, articolarsi in una duplice verifica: la disamina della coerenza della misura con lo scopo legale dell'atto (e, cioè, la sua preordinazione a soddisfare la finalità del potere esercitato) e il controllo della sua proporzionalità¹⁴ (da intendersi come limite, di genesi europea, ma,

¹⁴ D.U. Galetta, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Principi e regole*, cit.; Id., *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit.; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2016, 361.

ormai, recepito come un canone fondamentale dell'azione amministrativa al corretto esercizio della funzione), e, cioè, della ragionevolezza dell'equilibrio che implica tra il sacrificio imposto agli interessi privati e i vantaggi arrecati a quello pubblico.

Se la prima analisi si rivela agevole, la seconda presenta, tuttavia, evidenti difficoltà, nella misura in cui postula logicamente un giudizio comparativo degli interessi contrapposti (e della connessa meritevolezza di protezione), in relazione ai contenuti dispositivi della misura.

Sovviene, tuttavia, un criterio di esame sufficientemente oggettivo, identificabile nella prospettazione, il cui onere deve intendersi gravare sulla parte che contesta l'illegittimità dell'atto, di ipotesi dispositive alternative, parimenti idonee a realizzare lo scopo legale, ma meno afflittive per il privato.

Ora, a fronte di tale plausibile argomentazione, il controllo della motivazione non potrà più arrestarsi alla verifica dell'esplicitazione (solo) di ragioni idonee a giustificare la strumentalità dell'atto al perseguimento dello scopo legale e, quindi, a legittimare la sua adozione (secondo uno schema giuridico-formale), ma dovrà estendersi fino allo scrutinio dell'articolazione di ragioni persuasive della coerenza del provvedimento con le finalità della funzione, non solo con riguardo alla sua intrinseca logicità, ma anche con riferimento all'assenza di opzioni alternative, altrettanto valide, ma più miti (per il destinatario dell'atto).

L'assenza di tale argomentazione ovvero la sua inattendibilità, unitamente alla documentata esistenza di ipotesi dispositive meno afflittive per il privato (ma ugualmente efficaci), rivelano, infatti, la violazione del canone di proporzionalità e, in definitiva, la scorrettezza dell'esercizio del potere, in quanto fondato su un giudizio irragionevole di bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti (ed emersi nel procedimento). Scomponendo, in altri termini, l'attività provvedimentale nei tre momenti logici nei quali si articola (quello conoscitivo, quello valutativo e quello dispositivo), il controllo dell'istruttoria e della motivazione, secondo i criteri appena descritti, si rivela del tutto idoneo a consentire (e ad esaurire) uno scrutinio completamente soddisfacente del rispetto del principio di legalità, comprendendo, in esso, anche il controllo della conformità dell'attività giudicata alla causa legale del potere esercitato.

Ovviamente tale astratta ricostruzione sconta (come tutte le generalizzazioni) il limite logico connesso all'estrema eterogeneità delle diverse tipologie di esplicazione delle pubbliche funzioni, nella misura in cui il canone della proporzionalità assume consistenza differente a seconda della natura dello scopo legale (risultando meno intenso a fronte di interessi sensibili) e dello schema del potere esercitato (non potendosi applicare nella medesima misura all'esercizio di potestà autorizzatorie e di funzioni ablatorie). Pur nella estrema difficoltà di definire canoni universali per tutte le tipologie di potere, merita, nondimeno, di essere evidenziato che l'esercizio di poteri autorizzatori inerenti a libertà economiche, là dove la disciplina di riferimento resta sempre più costruita mediante la riduzione della discrezionalità

amministrativa e il progressivo aumento delle garanzie di esercizio dei diritti di iniziativa privata, impongono uno scrutinio del rispetto del canone di proporzionalità (sempre in esito alla disamina della motivazione dell'atto che ha negato o limitato l'esercizio di un'attività) secondo criteri rigorosi che, a fronte dell'omessa dimostrazione di alternative provvedimenti meno restrittive, impongono, anche in ossequio al diritto euro-unitario, di preferire un'opzione liberale e di giudicare illegittima la misura negativa che è stata formalizzata anche in presenza di ipotesi provvedimenti che imponessero un sacrificio minore al privato¹⁵ (senza pregiudicare lo scopo legale della funzione autorizzatoria).

Resta, ovviamente, inteso, per concludere, che, una volta verificata la correttezza dell'istruttoria e della motivazione dell'atto, sulla base dei canoni appena precisati, deve intendersi precluso al giudice uno sconfinamento nell'apprezzamento dell'opportunità della scelta dispositiva (ovviamente, si ripete, se operata in ossequio agli anzidetti parametri procedimentali), da intendersi afferente al merito dell'azione amministrativa e, come tale, insindacabile.

6.- La discrezionalità tecnica: un falso problema?

Le considerazioni svolte nel paragrafo che precede consentono di ridimensionare il problema dell'intensità del sindacato degli atti connotati da discrezionalità tecnica¹⁶.

Deve premettersi che quest'ultimo carattere è ravvisabile con riguardo a quegli atti per i quali la norma attributiva del potere prevede una o più condizioni di esercizio della funzione con riferimento a concetti elastici e che, tuttavia, per il loro apprezzamento necessitano di cognizioni tecniche (e non giuridiche).

Si tratta, quindi, semplicemente di un differente tipo di discrezionalità, che, anziché riferire la valutazione a concetti solo giuridici, la riporta a concetti e a nozioni, sì indeterminati¹⁷, ma decifrabili e definibili solo in esito ad apprezzamenti tecnici.

¹⁵ G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, Riv. Trim., fasc. 1-2, 2016.

¹⁶ B. FENNI, *La discrezionalità tecnica e il sindacato del giudice amministrativo*, in *diritto.it.*; P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2013, 385; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, pagg. 983 e segg.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, pagg. 80 e segg. P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p.212; M.E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, ivi, 1999, p.1101.

¹⁷ E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3, 2014, 759; S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, testo della relazione italiana all'XI Convegno di diritto amministrativo "Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa", organizzato dalla Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi in Palermo il giorno 14 ottobre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Così definita, la discrezionalità tecnica si appalesa molto simile alla discrezionalità amministrativa pura, quella cioè che si fonda su concetti indeterminati di decifrazione solo giuridica, differenziandosi da essa solo per il fatto che la concretizzazione delle condizioni legittimanti dipende dall'applicazione di moduli valutativi afferenti a esperienze e conoscenze specialistiche e settoriali (e non giuridiche).

Anche in questo caso, quindi, il giudizio sul legittimo esercizio della funzione postula il controllo del corretto apprezzamento dei presupposti stabiliti dalla legge.

Il fatto, poi, che tali presupposti siano stabiliti con riferimento a nozioni tecniche non impedisce il controllo giudiziario del loro corretto accertamento e della coerenza delle relative e coerenti valutazioni (là dove implicate dalla formulazione del precetto legislativo di riferimento).

Fin dalla celebre sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 1999 è stato, infatti, affermato il principio secondo cui lo scrutinio della legittimità degli atti connotati da discrezionalità tecnica autorizza (anzi: impone) la “verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo”, sulla base della logicamente presupposta distinzione semantica tra opinabilità dell’apprezzamento di una regola tecnica e valutazione, di merito, della convenienza dell’atto.

Ammesso, cioè, che l’opinabilità della valutazione tecnica non esclude il controllo della correttezza della sua acquisizione, il controllo giurisdizionale può (anzi: deve) estendersi fino alla verifica dell’attendibilità del processo istruttorio che ha condotto alla concreta definizione della regola di azione, stabilita in astratto dal legislatore e riempita di contenuti dall’amministrazione procedente.

Resta fermo, ovviamente, anche in questo caso, il limite della riserva di amministrazione, nel senso che, una volta accertata la correttezza del processo tecnico di definizione in concreto del concetto indeterminato stabilito in via astratta nel precetto normativo, rimane precluso al giudice il sindacato della correttezza della scelta finale.

Il metodo di analisi appena tracciato risulta, peraltro, avvalorato dalla definitiva codificazione della consulenza tecnica d’ufficio come mezzo di prova anche nel processo amministrativo (art. 67 c.p.a.) e, soprattutto, dalla sua preordinazione anche all’acquisizione di valutazioni che richiedono competenze tecniche (art. 63, comma 4, c.p.a.)¹⁸.

Ogni esegesi riduttiva degli spazi di sindacabilità degli atti caratterizzati da discrezionalità tecnica dev’essere, in definitiva, rifiutata, siccome produttiva dell’inaccettabile effetto di impedire l’erogazione di una tutela piena e soddisfacente.

¹⁸ M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d’ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, 3533. In generale sull’istruttoria processuale dopo l’entrata in vigore del c.p.a., M. Sinisi, *L’istruttoria: disponibilità, onere e valutazione delle prove*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, vol. II, Milano, Giuffrè, 2013, p. 215 ss.

Le esigenze connesse al principio di effettività della tutela, al contrario, impongono un'interpretazione ampia dei confini del sindacato giurisdizionale degli atti in questione, nella misura in cui il carattere tecnico dell'accertamento e dell'apprezzamento dei presupposti di esercizio del potere non possono tradursi in un limite alla piena conoscenza, da parte del giudice investito della relativa funzione di controllo, della correttezza tecnica, ma anche della coerenza logica, del procedimento valutativo che ha fondato l'assunzione dell'atto giudicato.

Così ricostruito, il sindacato della discrezionalità tecnica appare del tutto assimilabile al controllo della legittimità dell'esercizio di una funzione caratterizzata da discrezionalità amministrativa, sicché anche la consistenza di questa tipologia di esame può intendersi esaurita da una verifica seria e scrupolosa dei profili attinenti all'istruttoria, se del caso con l'ausilio di un esperto, e alla motivazione.

7.- Il sindacato sugli atti di normazione secondaria.

La cognizione degli atti di normazione secondaria esige, invece, un approccio diverso al problema della latitudine del sindacato esercitabile sulla loro legittimità.

Questa peculiare tipologia di atti amministrativi, infatti, si fonda, di regola, su una norma di legge che assegna il potere regolamentare (tranne che per le ipotesi in cui deve intendersi immanente) e che costituisce il paradigma alla cui (principale) stregua dev'esser scrutinata la validità del regolamento.

A differenza che nello schema esaminato con riferimento alle norme attributive di funzioni amministrative (e non normative), in questa fattispecie la norma di legge si limita a rinviare all'atto di normazione secondaria la definizione di alcuni profili della disciplina stabilita in via primaria.

Ne consegue che il primo parametro di legittimità del regolamento resta la disposizione legislativa sulla cui base è stato emanato, sia sotto il profilo formale (competenza, termini, rispetto degli adempimenti procedurali), sia sotto quello sostanziale (nelle ipotesi in cui, ad esempio, la legge stabilisce i presupposti o, addirittura, i criteri dell'esercizio del potere normativo).

Ma può dirsi che la verifica della coerenza con il precetto legislativo esaurisce e consuma la *potestas iudicandi* del giudice amministrativo sui regolamenti? No. Le esigenze di effettività della tutela ammettono (anzi: impongono) una disamina più penetrante della legittimità degli atti di normazione secondaria.

Ancorché i limiti della presente indagine non consentono un'analisi riferita a ciascuna tipologia di regolamento, risulta, nondimeno, enucleabile un paradigma comune di esame della legittimità, sotto un profilo diverso da quello giuridico-formale, degli atti normativi di secondo livello.

Come per gli atti di amministrazione attiva, infatti, anche per quelli normativi può essere scrutinato il vizio di eccesso di potere, nei limiti di seguito precisati.

Se è vero, infatti, che, in generale, l'attività normativa, a differenza di quella amministrativa, è considerata libera nei fini, è anche vero, per un verso, che tale libertà resta configurabile solo per l'attività legislativa e, per un altro verso, che anche quest'ultima, ancorchè libera nei fini, rimane soggetta allo scrutinio di ragionevolezza da parte della Corte Costituzionale, sul presupposto che la libertà non può legittimare l'arbitrarietà o l'irrazionalità dell'atto legislativo¹⁹.

In ogni caso, giova ribadire che i regolamenti, a differenza delle leggi, non possono intendersi parimenti liberi nei fini, nella misura in cui anche i loro contenuti (oltre che la forma) restano presidiati dalla disposizione primaria (che esprime la scelta normativa politica), alla cui integrazione o attuazione rimangono vincolati o al rispetto dei cui criteri (per i regolamenti di delegificazione) devono attenersi.

Ancorchè non ugualmente liberi nei fini (rispetto alle leggi), anche i regolamenti, nella scelta dei contenuti, conservano spazi di discrezionalità (nella definizione, ad esempio, delle modalità di attuazione del precetto primario), che non possono restare immuni da uno scrutinio di ragionevolezza e di proporzionalità.

Negando un controllo giurisdizionale della ragionevolezza dei regolamenti si finirebbe, infatti, per creare una sorta di zona franca degli atti normativi secondari, anche rispetto alle disposizioni di rango legislativo. Mentre, infatti, queste ultime vengono ormai fisiologicamente scrutinate dalla Corte Costituzionale anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, i regolamenti, se si escludesse la possibilità di un sindacato penetrante anche della loro ragionevolezza, resterebbero estranei a qualsivoglia verifica giurisdizionale, quanto alla logicità, all'adeguatezza e alla proporzionalità, delle scelte regolatorie ivi consacrate, con inammissibile (e incostituzionale) sacrificio dei diritti di tutela dei destinatari della regolazione.

Ovviamente, il predetto giudizio non potrà appuntarsi sulla congruità della motivazione (come per i provvedimenti amministrativi), posto che i regolamenti non sono motivati (al netto delle considerazioni sull'utilizzabilità delle relazioni di accompagnamento, e, segnatamente, di quella illustrativa e dell'a.i.r., ai fini della comprensione della causa e della finalità dell'intervento²⁰), ma sull'analisi della coerenza logica e teleologica dell'intervento precettivo di secondo livello con la *ratio* della disposizione primaria.

Si dovrà, in altri termini, verificare, all'esito di un confronto tra le disposizioni secondarie giudicate e quella primaria, se le prime risultano effettivamente e ragionevolmente funzionali all'attuazione del precetto legislativo, ovvero se deviano dalle sue finalità, ne complicano l'operatività o, addirittura,

¹⁹ Sull'attività normativa della p.a. si veda, per tutti, A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione. Origini, funzioni, caratteri*, Jovene, 1983.

²⁰ Ci sia consentito citare C. DEODATO *La motivazione della legge* in www.federalismi.it. e *L'analisi di impatto della regolazione: adempimento burocratico o strumento di buona politica*, in www.giustamm.it.

costituiscano un ostacolo alla sua implementazione (risultando, in tali ipotesi, irragionevoli e, quindi, affette dal vizio di eccesso di potere).

Perché resti garantito uno spazio di libertà (da intendersi fisiologicamente compreso anche nell'attività normativa di secondo livello), è necessario, tuttavia, che lo scrutinio giurisdizionale dei profili di ragionevolezza resti circoscritto alla verifica di manifeste deviazioni dai canoni di razionalità e proporzionalità ai quali rimane soggetta anche l'attività normativa secondaria, ché altrimenti produrrebbe l'inaccettabile effetto di consentire al giudice di sostituirsi all'autorità titolare del potere regolativo nella scelta dell'opzione di intervento liberamente giudicata più opportuna.

Ma, con l'esclusione della patologica ipotesi da ultimo menzionata, l'analisi della ragionevolezza della scelta regolatoria, pur nel rispetto dei vincoli recati dalla disposizione legislativa di riferimento, non può intendersi preclusa al giudice amministrativo, dovendo, anzi, ritenersi naturalmente compresa nell'oggetto del giudizio, nella misura in cui attiene direttamente al controllo del corretto esercizio della funzione pubblica giudicata (ancorché avente carattere normativo).

8.- Il giudizio di legittimità delle delibere delle autorità amministrative indipendenti.

Le considerazioni svolte nei paragrafi che precedono consentono di declinare i relativi principi anche alla questione (diffusamente ed esaurientemente sviscerata da dottrina²¹ e giurisprudenza²²) dell'intensità del sindacato dei provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti e di esaurirne, così, l'analisi mediante il sintetico richiamo delle relative coordinate.

Ribadito, quindi, il carattere sommario e necessariamente generico della presente disamina (anche perché riferita a un tema che è stato oggetto di una esauriente e, forse, definitiva, elaborazione dottrinale e giurisprudenziale), appare utile distinguere, ai fini che qui rilevano, gli atti di regolazione dalle sanzioni.

Per i primi, assimilabili agli atti di normazione secondaria, valgono le medesime riflessioni formulate a proposito di questi ultimi, con le precisazioni che seguono.

²¹ A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, 430 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno *Le Autorità Amministrative indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, 28 febbraio 2013, in www.giustizia-amministrativa.it; A. M. SANDULLI, *Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Il Foro Amministrativo, TAR, 2008; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; E. FERRARI, *Il controllo giurisdizionale dell'Autorità antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999; G. NAPOLITANO, *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, Torni, 2001; F. LATTANZI, *Brevi note sul sindacato del giudice amministrativo sugli atti regolatori AGCOM*, in *Federalismi.it*, settembre 2014; F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, Roma, 2007.

²² Tra le tante, Cons. St., sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888.

L'ordinaria assenza di criteri e di principi stabiliti dalle leggi istitutive delle diverse autorità, che si risolve, infatti, spesso in una delega in bianco alla regolazione del settore di mercato di riferimento, ha prodotto il duplice effetto della dequotazione dei profili di legalità sostanziale, in ragione della mancanza di parametri legali cui riferire quel tipo di controllo, e della valorizzazione, per un verso, del sindacato sull'eccesso di potere e, per un altro, dei profili di legalità procedimentale²³ (riferiti, cioè, alla consultazione e alla partecipazione degli operatori al processo istruttorio e decisionale).

In difetto della conformazione legislativa dei contenuti della funzione regolatoria, che resta, perciò, priva di cogenti vincoli legislativi ai quali riferire il controllo della legalità della decisione, il sindacato giurisdizionale si è appuntato sia sulla ragionevolezza di quest'ultima, sia sul rispetto delle garanzie partecipative assicurate agli operatori.

In altri termini, il controllo di legittimità degli atti regolazione può (deve) fondarsi sia sulla verifica del rispetto del contraddittorio con gli stakeholders, e, quindi, sulla loro effettiva partecipazione al processo decisionale, sia sull'adeguatezza delle regole imposte agli operatori, ferma restando l'intangibilità delle scelte di policy regolatoria, quando risultino razionali e deliberate in esito a una consultazione effettiva dei soggetti destinatari della regolazione.

Per i provvedimenti sanzionatori (perlopiù adottati dell'AGCM) sovengono, invece, le considerazioni già riferite al sindacato degli atti connotati da discrezionalità tecnica²⁴.

Anche le determinazioni sanzionatorie delle condotte violative delle regole sulla concorrenza, si appalesano, infatti, basate su disposizioni legislative che fondano il potere sulla previa verifica della ricorrenza di presupposti a loro volta definiti con riferimento a concetti indeterminati e determinabili solo in esito a un'analisi tecnica della pertinente situazione di fatto (si pensi, ad esempio, alla nozione di mercato rilevante).

Ebbene, anche in questa fattispecie, dopo una faticosa elaborazione giurisprudenziale si è pervenuti ad un (ormai consolidato) approdo che ritiene ammissibile (se non doveroso) un sindacato che si estenda fino al controllo dell'attendibilità, anche per mezzo di un compiuto accesso al fatto, della valutazione tecnica sottesa alla determinazione sanzionatoria²⁵.

Rientrano, quindi, entro i confini della potestà cognitiva tutte quelle indagini, anche tecniche, che servono a verificare che l'autorità abbia esattamente decifrato i concetti giuridici indeterminati che autorizzano

²³ R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur.Comm.*, 2013, 240; M.A. SANDULLI, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni Antitrust* in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli 2010.

²⁵ Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; M. SIRAGUSA, C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, 2013, 408 ss.

l'adozione del provvedimento sanzionatorio, o, meglio, che abbia indentificato una soluzione che rientri nel relativo spazio di elasticità.

I principi da ultimo sintetizzati hanno, peraltro, ricevuto una recentissima consacrazione legislativa per mezzo della previsione (con l'art.7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n.3, di recepimento della direttiva 2014/104/UE) della piena conoscibilità, da parte del giudice chiamato a sindacare la legittimità di deliberazioni dell'AGCM, “dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata” e dei “profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità”, sicchè, limitatamente alle predette controversie, la soluzione individuata dalla giurisprudenza deve intendersi ormai “legificata”.

Deve, al contempo, intendersi estraneo al perimetro della *potestas iudicandi* l'apprezzamento della opportunità della scelta operata dall'autorità, quando risulti fondata su una valutazione tecnicamente attendibile e logicamente plausibile delle condizioni legittimanti, quand'anche ne fosse prospettata un'altra parimenti valida (chè, altrimenti, il giudizio si risolverebbe in un'indebita ingerenza nella sfera riservata al merito dell'attività provvedimento).

Dev'essere, da ultimo, ridimensionata la rilevanza, sul tema della latitudine del sindacato, della natura di merito della giurisdizione sulle sanzioni (art.134, lett. c, c.p.a.), posto che quest'ultima previsione viene pacificamente letta come attributiva del potere di intervenire sul *quantum* della sanzione pecuniaria, e non anche di un sindacato sull'opportunità della sua adozione²⁶.

9.- I margini di sindacabilità delle linee guida dell'ANAC.

Una riflessione particolare merita, invece, la questione della latitudine del sindacato giurisdizionale esercitabile nei riguardi delle linee guida dell'ANAC, in previsione della loro probabile, futura impugnazione (del resto espressamente, e, forse, ultroneamente, prevista dagli stessi artt. 204 e 213 del d.lgs. n. 50 del 2016, d'ora innanzi Codice).

La difficile catalogazione della natura giuridica di tali atti (che ha già affaticato la dottrina²⁷) complica l'analisi del tema dell'intensità del sindacato giurisdizionale della loro legittimità, ma sia consentito fondare la presente (succinta) disamina sulla (condivisa e più accreditata) qualificazione delle linee guida vincolanti

²⁶ R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*

²⁷ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, intervento al 62° convegno di studi amministrativi di Varenna, 22.24 settembre 2016; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in italiappalti.it; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *Dalla legge delega al nuovo “Codice”: opportunità e profili di criticità*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. GRECO, *IL ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*; M.A. SANDULLI, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in “La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana”, il Mulino 2016, anticipata in questa parte in *Poteri dei giudici e poteri delle parti*, cit.

come regolamenti (e, cioè, come atti di normazione secondaria) e di quelle non vincolanti come circolari o direttive (e, cioè, come atti amministrativi generali recanti l'interpretazione della disciplina legislativa primaria e coerenti istruzioni operative alle stazioni appaltanti).

Prima di chiarire i caratteri del sindacato giurisdizionale delle linee guida in questione, appare, tuttavia, necessario premettere alcune riflessioni sui rapporti tra la funzione consultiva esercitata dal Consiglio di Stato su di esse (in esito alle facoltative richieste di parere formalizzate a riguardo dall'ANAC) e quella giurisdizionale sollecitata dai ricorsi con cui saranno verosimilmente impugnate le stesse (unitamente ai loro atti applicativi²⁸).

Prescindendo in questa sede dai problemi relativi alla decorrenza del termine per impugnare le linee guida, e, quindi, al momento in cui si produce il loro effetto lesivo e insorge l'onere del relativo gravame (che esulano dai confini del presente studio), occorre ribadire che l'omesso rilievo, nel parere su una deliberazione approvativa di linee guida, di uno o più profili di illegittimità, non ne preclude il riscontro in sede giurisdizionale, con il conseguente annullamento (con efficacia *erga omnes*) dell'atto (o della sua parte) giudicato viziato²⁹ (così come accade per i regolamenti).

E ciò per almeno quattro argomentazioni: a) il giudice investito dell'impugnazione delle linee guida è vincolato, per il principio della domanda, all'esame delle censure dedotte a sostegno del ricorso e non può omettere di pronunciarsi su di esse sulla base del rilievo (del tutto inidoneo a neutralizzare l'esercizio del diritto costituzionale di difesa) che il Consiglio di Stato aveva omesso di rilevare, in sede consultiva, il vizio dedotto dalla parte ricorrente; b) la concreta articolazione della vicenda amministrativa dedotta in giudizio potrebbe svelare profili di irragionevolezza non agevolmente intuibili nella disamina astratta formulata con il parere; c) l'analisi della sequenza atto generale-provvedimento applicativo costringe il giudice ad esaminare la legittimità delle linee guida sotto il profilo (del tutto estraneo all'analisi svolta in sede consultiva) della loro effettiva appropriatezza funzionale al perseguimento dell'obiettivo di ottimizzazione della gestione delle procedure o, comunque, della descrizione di un assetto regolativo chiaro ed efficace; d) le due funzioni sono ontologicamente e funzionalmente diverse, autonome e non sovrapponibili, nella misura in cui quella consultiva serve ad esaminare, in astratto, la coerenza formale dell'atto, sotto un profilo sistematico e ordinamentale, e la sua efficacia "normativa", sotto il profilo della sua idoneità a produrre i risultati attesi dalla regolazione, mentre quella giurisdizionale serve a scrutinare la sua legittimità, in relazione alla (e in coerenza con la) pretesa di annullamento formulata da una parte privata destinataria dei suoi effetti.

²⁸ Cfr. Parere della commissione speciale del Consiglio di Stato n. 1767 in data 2 agosto 2016.

²⁹ F. CINTIOLI, op. cit.

Per le medesime, speculari, ragioni, il mancato accoglimento di un'osservazione o di una condizione formulata con il parere non vincola il giudice alla sua qualificazione come vizio di legittimità.

Nondimeno, l'omesso adeguamento delle linee guida definitivamente approvate all'avviso reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva impone uno scrutinio giurisdizionale attento e penetrante, ovviamente nei limiti del principio della domanda (o anche d'ufficio, nelle limitate ipotesi in cui è consentita la disapplicazione), dei contenuti dell'osservazione o della condizione (restando ipotizzabili diversi gradi di intensità del suggerimento correttivo) e delle implicazioni sulla legittimità della regolazione che ne è seguita (perlopiù sulla sua ragionevolezza, ma anche sulla sua eventuale deviazione dallo scopo dell'intervento regolatorio).

Così chiarito che l'omesso rilievo di aspetti di illegittimità in sede consultiva non impedisce il loro accertamento in sede giurisdizionale (e che il mancato adeguamento al parere non implica necessariamente l'illegittimità dell'atto finale), si deve, ancora in via preliminare, precisare che neanche la formulazione "discorsiva" delle linee guida ne preclude il controllo di legittimità.

Gli atti in questione sono stati consapevolmente e dichiaratamente redatti secondo uno stile lessicale differente da quello proprio degli atti normativi (pur presentando, almeno le linee guida vincolanti, contenuto sostanzialmente normativo), ai fini di una più agevole comprensione da parte degli operatori. Sennonché, in occasione dell'esame delle prime linee guida, il Consiglio di Stato ha segnalato la discrasia tra il carattere cogente delle linee guida vincolanti e la loro esposizione discorsiva e ha suggerito di correggere tale anomalia per mezzo dell'utilizzo di espressioni linguistiche che, ancorché non formulate in ossequio ai canoni tecnici della normazione, descrivano "in modo chiaro e preciso il "precetto" vincolante da osservare da parte dei destinatari, pubblici e privati, dello stesso"³⁰.

Appare, infatti, di agevole comprensione l'esigenza di definire, sul piano lessicale, la regola di azione rivolta agli operatori (siano essi le stazioni appaltanti, le imprese o i professionisti) secondo modalità idonee a palesare, in modo chiaro e univoco, il vincolo che si intende introdurre con l'atto di regolazione. Così come sembra evidente che la formulazione del "precetto" con un linguaggio inidoneo ad esprimere la regola contraddice, di per sé, la stessa natura vincolante dell'atto, pregiudicandone la stessa funzionalità. Una volta chiarita l'esigenza sottesa al rilievo formulato nel parere citato, se ne può dedurre che, non solo la formulazione discorsiva delle linee guida, di per sé, non ne impedisce il sindacato giurisdizionale (che risulta imposto, senza necessità di più articolate argomentazioni, dal sistema di tutela giurisdizionale amministrativa), ma, al contrario, l'utilizzo di formule lessicali inidonee ad esplicitare la regola di azione

³⁰ Parere n. 1767/2016 cit., paragrafo 4.2.

che si è inteso introdurre (in attuazione della norma primaria di riferimento) potrebbe, essa stessa, costituire un vizio di legittimità dell'atto.

Ove, infatti, le linee guida vincolanti (concepite, come tali, dalla legge come funzionali a completare e integrare la disciplina recata in via primaria) siano formulate (disattendendo, peraltro, l'avviso del Consiglio di Stato) con l'utilizzo di espressioni lessicali incapaci di chiarire la portata del precetto, che consta dell'identificazione esatta di tutti gli elementi che concorrono alla costruzione della regola (ai fini della sua applicazione), potrebbero anche intendersi affette dal vizio di violazione della disposizione legislativa primaria, nella misura in cui ne precludono la compiuta ed efficace operatività, e, comunque, dei principi generali che esigono che il combinato disposto della fonte primaria e di quella secondaria rechino un assetto regolativo chiaro, preciso, puntuale e idoneo a conformare la fattispecie normata.

E non si tratta, si badi bene, di una nostalgia conservatrice della tecnica normativa utilizzata per i regolamenti, ma dell'esigenza, del tutto funzionale e coerente con il carattere flessibile (ma efficace) della regolazione immaginata dal legislatore delegante, di garantire il perseguimento delle connesse finalità di semplificazione regolativa e di efficientamento amministrativo, che resterebbero chiaramente frustrate e deluse dall'uso di un periodare ambiguo ed equivoco (che non potrebbe che essere giudicato illegittimo). Quanto, invece, al controllo dell'ossequio al principio di legalità (che resta, si ripete, ancorchè dequotato, il principio cardine del sindacato giurisdizionale), si osserva che, anche in questo caso, il legislatore ha utilizzato formule del tutto eterogenee e non riconducibili a un unico schema, quanto alla previsione dei contenuti, dei criteri e delle finalità dell'intervento regolativo di secondo livello (affidato all'ANAC).

Possono registrarsi, infatti, quanto alle linee guida vincolanti, casi in cui nel Codice sono stati indicati contenuti, criteri e finalità (art. 83, comma 2), altri in cui è stato precisato solo l'obiettivo (art. 80, comma 13), altri ancora di delega in bianco (art. 31, comma 5), priva, cioè, dell'indicazione sia dello scopo sia dei principi alla cui stregua dev'essere declinata la regolazione secondaria.

Per le linee guida non vincolanti, è stata, invece, concepita, una disposizione generale attributiva del potere di regolazione flessibile e non cogente (art. 213, comma 2), oltre a previsioni speciali strutturate secondo il medesimo schema (art. 36, comma 7), costruita come devolutiva all'ANAC di una competenza atipica e innominata all'adozione e alla diramazione di istruzioni operative giustificate dal perseguimento degli obiettivi di efficientamento codificati nella norma generale, ma senza la definizione dell'oggetto delle direttive, né dei criteri in ossequio ai quali vanno elaborate.

L'estrema varietà dei modelli secondo cui sono strutturate le diverse fonti legislative del potere di regolazione dell'ANAC impedisce, per un verso, la ricostruzione dogmatica di un unico schema di esame della legittimità delle linee guida, ma impone, per un altro, di ridimensionare il criterio di giudizio della

legalità formale, in favore di quello di un controllo sostanziale sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità delle regole cristallizzate con gli atti in questione.

Il controllo giuridico-formale resta, nondimeno, ancora consistente sia per la fase procedimentale, che non può trascurare la verifica del rispetto delle garanzie partecipative degli operatori (già segnalata nel parere citato come un necessario strumento compensativo del deficit democratico dell'ANAC), sia per le linee guida vincolanti, limitatamente alla conformità dell'atto di regolazione ai vincoli prescritti nella legge (siano essi riferiti all'oggetto dell'intervento secondario o ai criteri della sua declinazione).

Si tratta, in quest'ultima ipotesi, di appuntare il giudizio, in ossequio al principio di legalità, sulla coerenza dell'intervento regolativo di secondo livello con la disposizione legislativa di riferimento.

Ovviamente, l'intensità dello scrutinio dipenderà dalla natura del vincolo stabilito dalla norma primaria. Mentre, infatti, risulta agevole il riscontro della violazione di legge nella regolazione dichiaratamente vincolante (con le linee guida) di aspetti della disciplina estranei ai confini descritti dalla disposizione di legge, con la sola eccezione della loro riconducibilità al potere generale di regolazione non vincolante (ma solo nell'ipotesi in cui le regole viziate da "eccesso di delega" non siano state qualificate espressamente come vincolanti), si rivela più debole (ma tutt'altro che precluso) il sindacato sulla deviazione delle linee guida dalle finalità o dai criteri stabiliti nella legge.

Il carattere necessariamente elastico della descrizione lessicale sia dello scopo dell'intervento, sia dei principi della regolazione secondaria non permettono (tranne che in casi di sviamento macroscopico) un riscontro immediato e diretto della violazione, ma, allo stesso tempo, non lo precludono.

Anzi, un controllo effettivo e soddisfacente del corretto esercizio del potere di regolazione di secondo livello esige che il sindacato si estenda fino allo scrutinio della coerenza logica e funzionale delle linee guida con la *ratio* della potestà normativa esercitata, purchè ovviamente non sconfini nell'apprezzamento del merito della scelta regolativa operata nel rispetto dei vincoli stabiliti dalla norma primaria.

La disamina del giudice dovrà, in altri termini, concentrarsi sull'idoneità della regola d'azione cristallizzata nelle linee guida a soddisfare l'interesse regolativo stabilito nella norma primaria.

Per quanto, infatti, l'obiettivo e i criteri della regolazione secondaria siano stabiliti mediante formule linguistiche (necessariamente) sintetiche e generiche, le esigenze regolative implicate dall'affidamento all'ANAC della relativa potestà "normativa" restano chiaramente comprensibili e permettono un controllo giurisdizionale della capacità delle linee guida a soddisfarle, con la conseguenza che la verifica della loro inidoneità al conseguimento delle relative finalità imporrà al giudice l'accertamento della loro illegittimità (e il loro annullamento).

Un ragionamento parzialmente diverso dev'essere dedicato ai criteri di giudizio applicabili alle linee guida vincolanti emanate sulla base di una delega in bianco.

Premesso, infatti, che l'assenza, nella legge, dell'indicazione sia delle finalità, sia dei criteri non preclude un controllo sulla legalità sostanziale delle linee guida, occorre precisare che la mancanza di paradigmi legali cui riferire il relativo scrutinio impone al giudice di condurre l'esame in ossequio ai canoni generali della ragionevolezza e della proporzionalità, ai quali devono comunque obbedire tutti gli atti (amministrativi e normativi), e che andranno, nondimeno, governati con l'equilibrio imposto dalla disamina di un atto che resta connotato da un ampio spazio di discrezionalità (nell'identificazione delle soluzioni regolative più appropriate).

Seppur con la cautela appena precisata, dovranno, in ogni caso, essere giudicate viziate da eccesso di potere regole sproporzionate, irragionevoli, inefficaci, ambigue, contraddittorie o confliggenti con la *ratio* della norma primaria (per come desunta in esito a una fisiologica, e doverosa, sua esegesi).

Una regolazione siffatta si rivela, infatti, sviata, rispetto all'ordinaria e coerente sequenza fonte primaria-fonte secondaria (che integra il rispetto del principio di legalità), e manifesta una palese deviazione dalla causa del potere normativo esercitato, o, comunque, un cattivo uso della pertinente discrezionalità, che integra, di per sé, il vizio di eccesso di potere (e che non può, quindi, sfuggire al giudizio di legittimità).

L'assenza, nella disposizione legislativa primaria, di vincoli conformativi della normazione di secondo livello non esime, per altro verso, l'ANAC dall'osservanza di canoni recati da fonti superiori, quali, ad esempio, i principi costituzionali della libertà d'iniziativa economica (art.41) e di buon andamento dell'amministrazione (art.97) e quello europeo di tutela della concorrenza (artt.101 e ss. TFUE), che devono intendersi cogenti anche ai fini che qui rilevano.

Ne consegue che il sindacato giurisdizionale della legittimità delle linee guida vincolanti potrà (dovrà) spingersi (si ripete: sempre in ossequio al principio della domanda) fino alla verifica del rispetto dei suddetti principi, con la conseguenza che dovranno essere giudicate illegittime le linee guida recanti regole che limitino, in maniera irragionevole o sproporzionata, l'accesso competitivo al mercato o che producano oneri e adempimenti amministrativi eccessivamente gravosi (sia per le imprese, sia per le stesse stazioni appaltanti).

Resta da verificare se, e, in ipotesi affermativa, entro che limiti, siano impugnabili e sindacabili le linee guida non vincolanti (autorizzate, perlopiù, dall'art.213, comma 2).

La questione, che implica quella (logicamente presupposta) della verifica della consistenza dell'efficacia (e, quindi, della capacità lesiva) della tipologia di atti in esame, può essere risolta in coerenza con l'elaborazione giurisprudenziale riferita alla impugnabilità delle circolari o delle direttive (alle quali le linee guida non vincolanti appaiono ontologicamente assimilabili).

Nelle ipotesi, quindi, in cui le linee guida contengano istruzioni operative indirizzate alle stazioni appaltanti, con il fine di ottimizzare l'amministrazione delle procedure, ma senza la formulazione di

precetti cogenti, deve ritenersi che producano l'effetto di "costringere" le amministrazioni destinatarie della direttiva a motivare l'eventuale (e possibile) disapplicazione dell'istruzione, esponendo, altrimenti, la sua inosservanza al giudizio di illegittimità per eccesso di potere, mentre nei casi in cui si limitino ad esplicitare l'interpretazione della norma di legge cui accedono devono intendersi del tutto prive di qualsivoglia efficacia giuridica esterna.

Il diverso atteggiarsi delle linee guida non vincolanti finora emanate impedisce, tuttavia, una catalogazione chiara delle due tipologie di atti, con la conseguenza che dovrà verificarsi, ai fini dello scrutinio della loro efficacia, la concreta costruzione della direttiva: se reca una regola di azione, seppur nelle forme miti dell'istruzione operativa, dovrà intendersi produttiva di effetti giuridici rilevanti (nella misura in cui impegna l'amministrazione ad osservarla o a motivare la sua disapplicazione); se si limita all'esplicitazione del significato della norma primaria (senza, tuttavia, indirizzare alle stazioni appaltanti alcun canone di condotta) dovrà ritenersi priva di quell'efficacia.

Le linee guida del primo tipo dovranno, allora, essere impugnate, quali atti produttivi di effetti giuridici lesivi, se si intende provocarne l'accertamento della illegittimità e la rimozione.

Ovviamente, avrà interesse all'impugnazione (essendone anche onerato) l'operatore che intende contestare le linee guida quale atto presupposto di quello applicativo ad esse conforme.

Ma le linee guida potranno essere impugnate in via incidentale anche dal soggetto controinteressato in un ricorso proposto contro l'atto applicativo che si è da esse discostato (con o senza motivazione) e che ha interesse ad ottenere l'annullamento delle presupposte linee guida, al fine di escludere l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento (a lui favorevole) che le ha disattese (ovviamente per il limitato profilo di tale osservanza).

Così come potranno essere conosciute d'ufficio dal giudice che intende disapplicarle (così come quelle vincolanti), nei limiti in cui sia consentita la disapplicazione di atti generali presupposti e, in particolare, nelle ipotesi in cui venga dedotta dal ricorrente la violazione di una norma regolamentare, che il giudice, tuttavia, ritenga essa stessa illegittima perché contrastante con la legge (purchè, tuttavia, il conflitto sia palese), alla quale, invece, l'atto impugnato rimane conforme³¹.

Così riconosciuta l'efficacia lesiva delle linee guida non vincolanti (peraltro implicitamente, ma chiaramente, ammessa dallo stesso legislatore nella misura in cui ne ha ribadito l'impugnabilità all'art. 213, comma 2) che indirizzano regole di condotta alle amministrazioni, con il connesso regime di impugnabilità, occorre chiarire i limiti del sindacato della loro legittimità.

³¹ Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 28 settembre 2016, n.4009.

Come si è già rilevato, la norma generale attributiva del potere di direttiva in questione risulta concepita con la sola indicazione degli obiettivi della regolazione flessibile affidata all'ANAC, ma senza la precisazione degli oggetti, né dei criteri.

Appaiono, allora, replicabili, qui, le considerazioni sopra svolte a proposito delle linee guida vincolanti fondate su deleghe in bianco, con le precisazioni che seguono.

La codificazione delle finalità del potere atipico così affidato all'ANAC, e riferite, in sintesi, alla “promozione dell’efficienza” e allo “sviluppo delle migliori pratiche”, consente uno scrutinio riferito a quei paradigmi, che, quali ragioni dell’attribuzione della potestà regolativa, fungono da limiti al suo corretto esercizio.

Ove, ad esempio, l’istruzione indirizzata alle stazioni appaltanti dovesse rivelarsi, in concreto, anche per effetto di fattori di complicazione imprevisi, foriera di difficoltà applicative che, lungi dal promuovere l’efficienza, la rallentano o la ostacolano, la stessa dovrebbe essere giudicata illegittima.

Così come dovrebbe essere giudicata viziata una raccomandazione che, invece di sviluppare le migliori pratiche, si risolve, in concreto, nella diffusione di una prassi scarsamente produttiva.

Il carattere non vincolante delle linee guida impone, peraltro, un sindacato meno intenso, siccome rivolto a indirizzi flessibili e non cogenti e sprovvisto, come tale, di una capacità lesiva pari a quella di precetti normativi.

Per altro verso, tuttavia, l’eventuale introduzione, con lo strumento in esame e, quindi, in assenza di una base legislativa abilitante, di regole d’azione presentate, nella formulazione dell’atto, come vincolanti resta inficiata dal vizio radicale di carenza di potere, per l’assenza di una disposizione di legge che ne autorizzi l’espletamento (e che ne produce, pertanto, l’illegittimità).

Gli strumenti della regolazione flessibile, in definitiva, se assolvono alla condivisibile (e, per certi versi, apprezzabile) funzione di permettere una normazione di secondo livello duttile, agile e meno formale di quella regolamentare, non possono, tuttavia, sfuggire a un penetrante controllo giurisdizionale del corretto (ma anche funzionale) esercizio della loro potestà, anche perché prodotti da un’autorità sprovvista di legittimazione democratica e, spesso, sulla base di disposizioni primarie prive di principi e limiti alla loro emanazione.

10.- Considerazioni finali: l’opzione preferenziale per un sindacato pieno e per un nuovo equilibrio tra autorità e libertà.

Muovendo dalla presupposta necessità di assicurare un controllo pieno sul corretto esercizio della funzione amministrativa, senza che gli spazi di discrezionalità riservati all’amministrazione dalla norma

attributiva del potere possano essere decifrati come limiti invalicabili da parte del giudice amministrativo, si è inteso, in definitiva, tracciare un coerente *iter* di indagine utilmente percorribile da quest'ultimo.

Il sindacato giurisdizionale, perché restino rispettati i principi sovranazionali sull'effettività della tutela, deve, per concludere, potersi estendere, non solo fino al controllo della correttezza delle acquisizioni istruttorie dei fatti e delle valutazioni tecniche, ma anche alla disamina della coerenza delle scelte dispositive con la causa del potere e, in particolare, con la regola della ragionevole e proporzionata analisi comparativa di tutti gli interessi (pubblici e privati) coinvolti nel procedimento (e in ragione dello scopo legale della funzione esercitata).

A tale canone non sfuggono, peraltro, gli atti normativi secondari, nella misura in cui si risolve nel controllo del corretto esercizio (secondo parametri di ragionevolezza) della funzione con essi esercitata. Anche per questi ultimi, infatti, resta necessaria una verifica giurisdizionale della coerenza del contenuto precettivo da essi prodotto con la causa della potestà regolatoria esercitata, soprattutto per quegli atti (quali le linee guida dell'ANAC) che provengono da un'autorità non legittimata dal circuito della rappresentanza democratica.

Ogni interpretazione riduttiva (della latitudine del sindacato di questi ultimi) dev'essere, in particolare, rifiutata perché finirebbe per sottrarre gli atti di normazione secondaria a un controllo giurisdizionale della loro coerenza con il perseguimento degli interessi pubblici sottesi all'attribuzione della potestà regolativa e che non può intendersi esaurito in una verifica giuridico-formale del rispetto della legge attributiva del potere normativo.

Nella ricerca incessante di un corretto equilibrio tra autorità e libertà, sembra, quindi, che alla prima debba assicurarsi uno spazio decisorio riservato ed immune da inappropriate ingerenze della giurisdizione, ma che alla seconda debba comunque essere garantita una completa ed esauriente protezione da un esercizio deviato delle funzioni pubbliche (ivi comprese quelle afferenti alla regolazione di secondo livello).

Il giudice amministrativo, al quale è stata assegnata la funzione di arbitro nella dialettica tra autorità e libertà, non può astenersi dall'esercitare quel compito fino in fondo (e senza timori o timidezze), nella sapiente consapevolezza, tuttavia, che si tratta di “due valori che, anziché opporsi, si integrano”³² e si completano, secondo una formula concepita in esito a una speculazione filosofica, ma estensibile alle relazioni, di impronta liberale, tra i cittadini e lo Stato (nella misura in cui la libertà, per essere esercitata, necessita dell'autorità e l'autorità conforma, ma garantisce, la libertà).

³² GUSTAVE THIBON, in *Autorità e libertà*, Atti del primo incontro romano della Fondazione Gioacchino Volpe.



Spetta proprio al giudice amministrativo, per concludere, declinare nella fattispecie controversa la scelta politica consacrata nella legge e stabilire il coerente confine tra libertà e autorità, ricercando, in concreto, il miglior punto di equilibrio tra le naturali esigenze espressive della prima e gli imperativi della seconda.