

*Prof. Giuseppe Morbidelli*  
*ordinario nella Facoltà di Giurisprudenza*  
*dell'Università "La Sapienza" di Roma*

## **POTERI IMPLICITI**

(a proposito della monografia di Cristiano Celone *"La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici"*, Giuffrè ed., Milano, 2012)

La tematica dei poteri impliciti attiene alla teoria generale del diritto. E anzi è una tematica classica, che si incontra tutte le volte in cui si va a definire l'ampiezza (e di converso i limiti) di un potere, pubblico o privato che esso sia. Potremmo trarre tanti esempi già dal diritto romano o dall'opera dei glossatori: era infatti ricorrente che una determinata competenza pur non espressamente attribuita venisse ritenuta implicita perché strumentale, o necessaria o consequenziale. Per venire a tempi più recenti, la teoria dei poteri impliciti ha una specifica consacrazione nell'ultimo comma della sez. 8<sup>a</sup> dell'art. 1 della Costituzione USA, che attribuisce al Congresso il potere di fare tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri enumerati nella sezione stessa e di tutti gli altri poteri che la

Costituzione conferisce al Governo degli Stati Uniti. Fu proprio facendo leva su tale disposizione che Hamilton, nella sua qualità di segretario del Tesoro, fornì al Presidente Washington la teoria degli *implied powers* atta a giustificare la conformità a Costituzione della istituzione di una Banca Nazionale. Teoria poi ripresa e rinsaldata dalla Corte Suprema nel 1819<sup>1</sup>, e che poi - come alla fine del XIX secolo ebbe ad osservare il futuro Presidente W. Wilson - ha costituito il principio dinamico basilare della teoria costituzionale americana. In virtù di essa sono ritenuti costituzionali tutti i mezzi adottati dal Governo i quali siano idonei a raggiungere lo scopo della Costituzione, e nel contempo coerenti con la lettera e lo spirito della stessa. La *necessary and proper clause* ha fatto sì che la Corte Suprema abbia ad esempio considerato "potere implicito" del Congresso la creazione di un diritto penale federale, la regolamentazione dei diritti dei lavoratori, l'esecuzione di ispezioni parlamentari, la confisca, per l'esazione dei tributi, il diritto di espropriazione, il diritto di negare l'accesso agli stranieri o di

---

<sup>1</sup> Nel noto caso *MacCulloch vs Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) in cui si ebbe ad affermare che "se lo scopo è legittimo e costituzionale allora tutti i mezzi che sono appropriati e vengono adottati chiaramente al fine di raggiungerlo e che non sono espressamente vietati dalla Costituzione, ma anzi sono coerenti con il testo e lo spirito della Costituzione, sono costituzionali".

espellerli. L'unico limite è che non si incontrino divieti espressi o che non si tratti di poteri così rilevanti e specifici – come ad esempio quello di far la guerra o quello di introdurre imposte – che non possano essere ontologicamente intesi come *implied o incidental* in altri poteri.

La teoria dei poteri impliciti è stata del resto intesa come propria di ogni ordinamento e di ogni testo normativo (salvo che questo non contenga una disposizione espressa di esclusione), anche in carenza di una clausola “abilitante” come quella della costituzione statunitense. Risponde anzi ad una esigenza di interpretazione evolutiva, in quanto consente di adattare la normativa (specie quella dotata di rigidità, come le costituzioni moderne) via via ai bisogni del tempo<sup>2</sup>. Del resto, la stessa notissima sentenza della Corte Cost. 303/2003, che ha individuato una competenza del legislatore statale per ragioni di sussidiarietà verticale in materie di competenza regionale, non ha fatto altro che trarre questa competenza per implicito dall'art. 118, comma 1° Cost., destinato tra l'altro alle funzioni amministrative.

---

<sup>2</sup> V. in tal senso già A. LEVI, *La teoria hamiltoniana degli implied powers della Costituzione*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Rendiconti della classe scienze morali, storiche e filologiche*, serie VIII, vol VI, 1952, 513.

Nel diritto amministrativo, anche perché diritto non codificato e in continuo movimento, dove il fine dell'interesse pubblico da perseguire è costante e pressante, la teoria dei poteri impliciti ha sede precipua di elezione. Tanto che intere categorie di poteri, per non dire istituti, in assenza di espressa previsione normativa sono stati ricavati per implicito: si pensi all'annullamento d'ufficio, alla revoca, alla convalida, alla sospensione, tutti ora positivizzati dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 che ha integrato e novellato la l. 7 agosto 1990, n. 241. Come pure si ritiene un potere implicito il potere di autotutela esecutiva a difesa anche di beni del patrimonio indisponibile, per quanto ai sensi dell'art. 823, comma 2°, cod. civ., la facoltà per la pubblica amministrazione di procedere in via amministrativa è riferita ai soli beni del demanio. Non solo: per molto tempo è stato considerato implicito il potere di coazione, ovvero il potere della pubblica amministrazione di dare attuazione ai provvedimenti rimasti non eseguiti da parte degli interessati pur intimati in tale senso: si riteneva cioè consustanziale allo stesso potere amministrativo la c.d. esecutorietà del provvedimento (tesi invero abbandonata dopo le critiche della dottrina più autorevole, a

partire da Benvenuti, Sandulli e Cassese e ora contraddetta *ex professo* dall'art. 21-ter l. 241/1990). Sono altresì poteri impliciti ad esempio il potere di diffida, i poteri dell'Amministrazione vigilante di annullare i provvedimenti dell'Ente vigilato, di sciogliere gli organi direttivi, di nominare un commissario *ad acta*, di emanare atti di indirizzo. Si ritiene implicito il potere di emettere provvedimenti a sanatoria di comportamenti realizzati senza titolo, che hanno determinato la realizzazione di una *res*: come è evidente in tale circostanza la sanatoria investe non l'atto amministrativo, bensì l'intervento nel suo risultato dotato di consistenza materiale (potere che può incontrare limitazioni legislative, che di fatto invero riconoscono la presenza di tale potere, e allora in tal caso non è più implicito: v. ad es. art. 36 T.U. 6 giugno 2001, n. 380 e v. art. 146, comma 1°, lett. c, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42).

Si potrebbe invero obiettare che tali istituti trovano fondamento in principi generali, cioè in tutte quelle regole non scritte ma ricavabili da fonti positive (quali cod. civ., cod. proc. civile, leggi amministrative di particolare rilievo come T.U. degli enti locali o T.U.

pubblico impiego, etc., fonti comunitarie, la stessa Costituzione), che “informano” e “piegano” il diritto amministrativo.

Sicché si tratterebbe di poteri legittimati direttamente dalla fonte “principio”, e non in virtù dell’applicazione della teoria dei poteri impliciti. In realtà il confine tra le due categorie (potere per principio o potere per implicito) non è affatto netta. Sovente si applica il principio o meglio si ritiene sussistente il principio in quanto implicito: ad es. l’annullamento, la revoca, la sospensione, sono conseguenze e dunque impliciti ai poteri amministrativi soggetti appunto a revoca. Quanto ai vari poteri dell’amministrazione vigilante o al potere di diffida, sono intrinsecamente impliciti, nell’un caso al potere di vigilanza, nell’altro caso al potere di adottare misure di autotutela (decisoria o esecutiva) o sanzioni interdittive. In ogni caso la presenza di principi autoapplicativi non fa venir meno il carattere implicito del potere, in quanto trattasi sempre di un potere inserito in un potere provvedimento espresso, e dunque un potere incidentale o annesso, ed è semmai questa connessione che trova titolo nei principi generali.

Il tema è particolarmente sentito con riguardo ai poteri delle autorità indipendenti anzi, è stato “risvegliato” proprio dall’erompere (per dirla con Alberto Predieri) di tali autorità. Ciò per la preminente ragione che la legislazione si limita ad attribuire competenze di carattere generale e ad enunciare solo alcuni obiettivi rimessi alla loro cura. Ciò accade per varie ragioni rappresentate dal carattere indeterminato dei valori da tutelare (pluralismo, completezza di informazione, efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, risparmio, stabilità delle banche e delle compagnie di assicurazione ecc.), e, con riguardo specifico alle competenze di regolamentazione di settori tecnici, dal fatto che sono necessari interventi connotati da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica.

Conseguentemente – è osservazione comune – i poteri conferiti all’Autorità vanno ben oltre la mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni di legge, in quanto quest’ultime lasciano alle Autorità margini di discrezionalità così ampi “da configurare delle vere e

proprie deleghe in bianco”<sup>3</sup>, tanto che si è parlato di regolamenti “per obiettivi” o quasi “indipendenti”. Si è di conseguenza più volte discettato per individuare il punto oltre il quale il principio di legalità, anche nella sua portata meramente formale, possa ritenersi non più rispettato, e di converso fino a che punto possa arrivare il criterio della strumentalità o dell’implicito. La risposta a tale quesito non può essere data in astratto, essendo necessario verificare caso per caso, tenendo conto sia dello specifico potere affidato sia della specifica disciplina legislativa (di fonte statale o comunitaria), afferente alla materia oggetto di attribuzione di competenza. La prevalente dottrina ha osservato che il rispetto del principio di legalità può essere assicurato anche attraverso una rete di «limitatori» della discrezionalità ricavabili dal sistema. La riserva di legge ed il principio di legalità vengono infatti soddisfatti non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dall’ordinamento che rendono in concreto l’atto sindacabile. Ed invero, contribuiscono a costituire la c.d. “raffrontabilità”, oltre ai principi generali, una procedura partecipata

---

<sup>3</sup> Così P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2003-2004, Torino, 2004, XV.

e trasparente, nonché una adeguata motivazione. In particolare si tende a sottolineare come la partecipazione costituisce una surroga della *interpositio* legislativa. In talune sentenze si afferma *expressis verbis* che nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio<sup>4</sup>. Si aggiunge che è in fondo la naturale flessibilità e mobilità delle materie affidate alle Autorità indipendenti, a far sì che queste non si prestino ad essere guidate da regole stabilite *ex ante* dal legislatore: il che tuttavia è controbilanciato dal fatto che *standards* univoci sono ravvisabili nelle regole della tecnica (quelle che una volta si chiamavano le “regole dell’arte”), le quali determinano risposte normative a contenuto obbligatorio. A tal proposito, è da ricordare che la giurisprudenza ha costantemente rilevato che il principio di legalità è inverato quando si tratta di

---

<sup>4</sup> V. Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giornale dir. amm.vo*, 4/2007, 378 ss. con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle Autorità indipendenti*, cui si rinvia anche per i molti richiami di dottrina e di giurisprudenza sulla c.d. “legalità procedimentale”.

norme “confacenti al particolare ambito tecnico - specialistico cui si riferiscono”<sup>5</sup>. Al punto che, addirittura con riguardo alla disciplina di sanzioni amministrative (quindi a stretta legalità), si è affermato che è ammissibile nella normativa regolamentare “una certa «elasticità nella puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili», purché «esse siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala di doveri propri della funzione esercitata»<sup>6</sup>; specialmente «quando il contenuto dei valori tutelati dalla norma ... è tale da rendere impossibile prevedere tutti i comportamenti che possono lederli»”<sup>7</sup>.

Per andare al concreto facendo riferimento ai regolamenti (definiti istruzioni di vigilanza) di Banca d'Italia, si afferma che la loro rispondenza al principio di legalità nasce dal fatto che si muovono entro criteri oggettivi, ricavabili dalla regolamentazione tecnica del settore bancario<sup>8</sup>. Ne deriva che laddove si debbano determinare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto materie di

---

<sup>5</sup> V. Cass., Sez. I, 7 aprile 1999, n. 3351, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 770.

<sup>6</sup> V. Corte Cost. 24 luglio 1995, n. 356. in *Giur. cost.*, 1995, I, 2631.

<sup>7</sup> V. Corte Cost. 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. cost.*, 1981, I, 843.

<sup>8</sup> V. Cass., Sez. I, 23 marzo, 2004, n. 5743, in *Foro amm. CdS*, 2004, 679.

carattere tecnico come ad esempio l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio, le partecipazioni detenibili, l'organizzazione contabile ed i controlli interni, soccorrono specifiche regole tecniche che nascono dalla dottrina, dalla pratica, dai principi deontologici, i quali contribuiscono a dettare criteri volti a garantire la cosiddetta "raffrontabilità"<sup>9</sup>.

Naturalmente se si vanno a calare queste regole generali ed astratte, volte ad individuare le reti di protezione della legalità, sulla variegata casistica, non mancano zone d'ombra. In particolare le *querelles* hanno investito i poteri dell'Autorità per l'energia elettrica

---

<sup>9</sup> V. in argomento quanto rilevato in G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, Milano, 2007, spec. 599 ss. Si potrebbe aggiungere che, a fronte di norme tecniche, la giurisprudenza costituzionale non solo riduce il tasso di raffrontabilità, ma legge con minore rigore il riparto di competenze tra Stato e Regioni (si rinvia sul punto a A. CONTIERI, *Normative tecniche come limite all'attività normativa*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo Annuario*, 2004, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 105). Va detto anche che, in talune occasioni, la Corte Costituzionale ha invero fatto un uso eccessivamente disinvolto del criterio della tecnicità. Ciò in particolare con riguardo alla disciplina di cui alla legge urbanistica: infatti dopo aver precisato che la riserva relativa di legge ex art. 42, comma 2°, consente al legislatore di attribuire alla pubblica Amministrazione il potere di incidere sulla concreta disciplina del godimento degli immobili "qualora, nella legge ordinaria siano contenuti elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell'Amministrazione", la Corte ebbe rilevare che "gli ampi poteri (così testualmente la Corte), conferiti ai commi dall'art. 7 della legge urbanistica, secondo cui, com'è noto, mediante l'emanazione dei piani regolatori il territorio comunale viene distinto in zone più o meno edificabili, con rilevanti conseguenze per il diritto del proprietario", sono in linea con la riserva di legge, in quanto l'imposizione di vincoli di zona sulle aree altrimenti fabbricabili non costituisce esercizio "di discrezionalità indiscriminata ed incontrollabile", bensì di discrezionalità tecnica", rimanendo pertanto esclusa la prospettata violazione della riserva relativa di legge" (v. in tal senso la sentenza Corte Cost. 3 maggio 1966 n. 38, negli stessi termini Corte Cost. 11 maggio 1971 n. 94).

e il gas, titolare di attribuzioni “a ridotta tassatività”, tantochè il Consiglio di Stato, ha osservato, proprio con riguardo alla legge istitutiva (l. 481/1995) che essa “è una legge d’indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all’esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all’Autorità concretizzare”<sup>10</sup>. Così ad esempio si è ritenuto che nel potere di tutelare la sicurezza degli impianti rientra anche il potere di imporre una garanzia assicurativa per gli infortuni derivanti dall’uso del gas fornito da impianti di distribuzione a tutti gli utenti finali civili (ma di diverso avviso era stato il TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 6392). In altra occasione, si è discusso se a seguito della liberalizzazione del settore l’autorità per l’energia possa dettare tariffe per la fornitura del gas naturale: a fronte di una lettura della disciplina per cui il potere di regolazione era venuto meno, fatta propria dal TAR Lombardia, il Consiglio di Stato (Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352) ha ritenuto invece ancora sussistente tale potere in quanto strumentale alla salvaguardia delle dinamiche concorrenziali a tutela dell’utenza. La tematica si arricchisce sempre

---

<sup>10</sup> Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

di nuovi aspetti: è di questi giorni la sentenza del TAR Lombardia, Sez. III, 14/03/2013, n. 683, che ha negato la possibilità per l'Autorità di poter disporre di poteri incidenti sull'autonomia contrattuale: nella specie si trattava della prescrizione adottata in nome del buon funzionamento del mercato, che prevede un indennizzo in favore dei venditori "uscenti" danneggiati (le cui prestazioni sono state cioè non pagate dai clienti, passati nel frattempo ad altri fornitori, secondo lo schema del c.d. "turismo energetico"), a ristoro del pregiudizio derivante dall'impossibilità o dalla scarsa convenienza economica di recuperare dall'ex cliente le somme non pagate.

Ma si tratta di questioni e problemi trasversali a tutte le Autorità. Sicché la monografia di Cristiano Celone intitolata "*La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*" non poteva non immergersi nel tema dei poteri impliciti. Da un lato, per le ragioni "ontologiche" di decifrabilità dei poteri dell'Autorità indipendente, decifrabilità che passa attraverso la individuazione dei poteri connessi, strumentali o impliciti che siano, dall'altro perché le funzioni evocate nello stesso titolo del libro "vigilanza" e

“regolazione”, hanno a loro volta un contenuto aperto, quando non indeterminato: il che ancora una volta riconduce all’individuazione di ciò che vi è di implicito (e, di rimando, di non implicito).

Lo studio costituisce nel contempo la prima ricostruzione sistematica dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, tantopiù alla luce del più sistematico ruolo regolatorio che essa ha assunto a seguito del codice dei contratti pubblici nonché della legislazione più recente. Come logico che sia, la monografia ha una parte preliminare – introduttivo - dedicata alla teoria generale in punto di funzione di vigilanza e di funzione di regolazione, nella quale si mette in luce la interdipendenza tra le due funzioni, in quanto la nozione stessa di regolazione, oltre ad avere come caratteristica proprio la unitarietà dell’obiettivo, è identificabile proprio attraverso la compresenza e convergenza di funzioni indirizzate a tal fine. Sicché sia la normazione, che l’esecuzione, che la vigilanza, sono funzionali allo stesso obiettivo e tra di loro collegate e interconnesse. La monografia poi indaga la struttura dell’Autorità, e con essa i requisiti di indipendenza, nonché le varie forme di autonomia (contabile, organizzativa, finanziaria). Si sofferma a lungo evidenziandone i vari

profili problematici su tutta la panoplia di funzioni di cui dispone l'Autorità: di controllo, di sanzione (pecuniaria e interdittiva), di autorizzazione degli organismi di attestazione (SOA), di sospensione, decadenza e annullamento degli attestati di qualificazione della SOA, di verifica, di segnalazione e proposta, di ispezione, di pareri (non vincolanti), di regolamentazione dell'esercizio delle proprie funzioni, di nomina di componenti della Camera arbitrale, etc.

In questa disamina, il dibattito sui poteri impliciti è uno dei fili sotto traccia attorno a cui si svolge il percorso dell'Autore. In primo luogo tale filo investe la vigilanza, di cui si mette in luce come ad essa si riconduca un ampio spettro di poteri, non sempre espressamente attribuiti e dunque impliciti. Vero è che c'è vigilanza e vigilanza, nel senso che l'istituto deve sempre essere misurato alla luce del diritto positivo, che può escludere espressamente talune funzioni di quelle che, in linea generale, fanno parte dell'"arsenale" della vigilanza o aggiungerne altre non tipiche tanto che la dottrina ha parlato di manifestazioni "possibili" della vigilanza essendo di contro non corretto "*fissare dei principi generali, in quanto ad ogni particolare*

*fattispecie, legislativamente prevista, corrisponde una serie più o meno estesa e più o meno intensa di poteri che si ricollegano agli istituti della vigilanza e della tutela”*<sup>11</sup>. Non solo: l’istituto deve essere misurato alla luce del rapporto ordinamentale che lega vigilante e vigilato, o meglio dello stato di autonomia che caratterizza il vigilato (un conto è se è un ente strumentale, un conto se un ente autonomo, un conto un soggetto privato etc.). Tuttavia la “summa” dei poteri che la stratificata legislazione ha via via attribuito alle amministrazioni vigilanti ha determinato un vero e proprio “precipitato” di poteri che si ritengono comunque essere compresi nell’ambito della nozione di vigilanza, a meno che non vi siano espresse eccezioni di legge (ad es. la nomina di un commissario straordinario *“costituisce attuazione del principio generale, applicabile a tutti gli enti pubblici, del superiore interesse pubblico al sopperimento, con tale rimedio, degli organi di ordinaria amministrazione, i cui titolari siano scaduti o mancanti”* (Corte Cost. 20 gennaio 2004, n. 27).

---

<sup>11</sup> M. STIPO, *Vigilanza e tutela*, Enc. giur. Treccani, *ad vocem*.

Con riguardo alle autorità indipendenti, la individuazione dei confini alla vigilanza e più nello specifico delle concrete manifestazioni di misure in cui può dispiegarsi si fa ancora più complessa: sia perché si intreccia con la camaleontica e multiforme nozione di regolazione, sia perché tali autorità dispongono di una serie di poteri puntuali, riconducibili alla vigilanza (si pensi ai poteri di ispezione e a quelli giustiziali o a quelli autorizzativi o inibitori etc.). Non è però possibile trarre un “sistema” di poteri validi per tutte le autorità, o in altre parole dedurre per via analogica dai poteri di una autorità poteri da attribuire ad altre autorità. Ognuna ha una sua rete di competenze, collegate al ruolo assegnato dall’ordinamento: ad esempio non è certo possibile far transitare altrove competenze e poteri attribuiti a Banca d’Italia e ISVAP (ora IVASS) nei confronti di banche e compagnie di assicurazioni, soggetti vigilati in tutta la loro attività, per evidenti ragioni di tutela della stabilità di tali regolamenti e del risparmio.

L’Autore distingue con avvedutezza due caratteri delle funzioni di vigilanza (a sua volta imbricata con quella di regolazione, quando non con essa sovrapponibili): una preventiva, con finalità

principalmente interpretativa ed integrativa della normativa, nonché orientativa e conformativa delle attività dei soggetti vigilati, che si concretizza soprattutto nell'adozione di regolamenti e di atti e provvedimenti generali, anche di *soft law*; ed una successiva, con finalità spiccatamente correttiva e conformativa e con una portata tendenzialmente generale, che è di solito esercitata tramite provvedimenti individuali di regolazione, inseriti talvolta all'interno di schemi provvedimentali tradizionali, rubricati, per esempio, come autorizzazioni o diffide, oppure ancora attraverso atti individuali di *moral suasion*.

La funzione successiva, ove abbia effetti vincolanti, non può che rispondere al principio di legalità, nella sua sottospecie rappresentata dal principio di tipicità. Nel senso che non è possibile far leva sulla cura degli interessi pubblici affidati per estrarne poteri a ciò funzionali. In tal senso è sempre attuale quanto si legge in una storica sentenza: il *“noto principio della tipicità degli atti amministrativi, cioè il principio per cui la pubblica Autorità può emanare esclusivamente i tipi di atti che sono previsti dalla legge, e per cui le norme che conferiscono poteri amministrativi sono*

*tassative*”, e la “*tipicità degli atti amministrativi implica cioè l’identificazione di uno schema legale tipico per ciascun atto, con la conseguenza che l’atto che per qualche profilo decampi dallo schema è illegittimo*”; con la precisazione che “*la competenza provvedimento delle Autorità amministrative non è identificata esclusivamente attraverso la “materia” intesa come sfera di interessi. Un concreto provvedimento amministrativo può decampare dallo schema legale, e quindi essere illegittimo, anche quando sia indiscussa la sua congruenza all’interesse pubblico la cui tutela è affidata all’Autorità emanante*”<sup>12</sup>. Di conseguenza l’Amministrazione non può imporre la concessione edilizia (oggi permesso di costruire) per dar luogo a modifiche d’uso di immobili cui si dia corso senza opere: la disciplina legislativa degli strumenti urbanistici all’epoca consentiva a questi di porre solo prescrizioni, che venivano inverte o controllate in sede di esecuzione di opere. In altre parole non è sufficiente la competenza nella materia, occorre l’attribuzione espressa di quel potere, tantopiù che il Consiglio di Stato nella sentenza 12 settembre 2006, n. 5317 della Sez. IV, ha

---

<sup>12</sup> Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991; Id., Sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 128.

messo in luce proprio con riguardo alla Autorità in oggetto che “la ricostruzione dogmatica del concetto di vigilanza implica un rapporto organizzatorio diverso e più tenue del rapporto gerarchico e che deve essere inteso come potere strumentale al corretto esercizio della funzione in quella determinata materia stabilita dalla legge e non è caratterizzata dal controllo su di un’attività amministrativa già svolta, ponendosi piuttosto come indirizzo all’attività da svolgersi. Vero è che lo stesso Consiglio di Stato, ancora con riguardo all’Autorità sui contratti pubblici ha ritenuto che essendole stati conferiti penetranti poteri di controllo, quali l’indicazione del contenuto che devono assumere certi atti (nel caso di specie il potere dell’Autorità nei confronti delle SOA), si possa ritenere sussistente, al fine di rendere effettiva la vigilanza, un potere di annullamento dei predetti atti, anche se non riconosciuto espressamente dalla legge. Peraltro di diverso avviso era stato il TAR Lazio<sup>13</sup> basandosi sul fatto che non era riscontrabile alcuna norma né della legge né del regolamento che prevedesse in capo all’Autorità un potere di diretta incidenza sulle attestazioni rilasciate

---

<sup>13</sup> Sez. III, 13 marzo 2004, n. 2439; Id., 19 maggio 2003, n. 4368,

dalle SOA; sicché aveva concluso come fosse da escludere che tale Autorità potesse legittimamente emanare veri e propri provvedimenti di annullamento delle attestazioni rilasciate. La incertezza della questione è del resto dimostrata dal fatto che tale potere è stato ora espressamente riconosciuto dall'art. 40, comma 4°, lett. b), e comma 9° *ter*, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici). Ed invero una lettura ortodossa del principio di tipicità è tantopiù necessaria considerata la genericità degli obiettivi affidati alle Autorità, che investono il buon andamento del mercato, la tutela della concorrenza etc., sì che assegnare loro, senza base legislativa i poteri a ciò funzionali significherebbe dar luogo a veri e propri provvedimenti *extra ordinem*.

E' vero che le Autorità tendono ad una interpretazione estensiva: gli esempi adottati delle misure adottate da AEEG e dalla stessa Autorità per i contratti lo dimostrano. Ed è vero che si assiste ad una estensione dei poteri attraverso la estensione dell'oggetto del potere provvedimentale espressamente attribuito: caso tipico è la diffida di AGCM ex art. 15 l. 287/1990 che accompagna l'accertamento di un illecito anticoncorrenziale: mentre il contenuto della diffida dovrebbe

consistere esclusivamente nell'inibizione a non ripetere o proseguire nel comportamento illecito, l'Autorità tende a conformare il comportamento dell'impresa nel mercato ben oltre quelli che sono i limiti risultanti dall'illecito accertato. In altre parole l'Autorità non si limita a registrare il disvalore concorrenziale di un certo comportamento, ma tende a configurare il migliore assetto possibile per quel dato mercato e, pertanto, utilizza la diffida per conformare il mercato imponendo obblighi di comportamento. Nascono così veri e propri obblighi di *facere*, e dunque AGCM esplica una funzione che si aggiunge al contenuto tipico della diffida.

L'Autore dà conto di questa prassi per trarne conseguenze sul piano generale, atte ad individuare una regolazione *ex post* con effetti conformativi come connotato tipico delle funzioni delle Autorità. Ma a guardar bene la estensione di oggetto del provvedimento va considerata alla stregua di un *obiter dictum*: in tal guisa ha effetti sul piano della *moral suasion*, ma non direttamente conformativi e precettivi. Sicché appare più corretto ricondurre tutta la prassi regolatoria in questione di AGCM al ruolo orientativo che fa parte della fisionomia di ogni Autorità, e non come conferma del principio

per cui l'interesse da curare consente di adottare ogni sorta di provvedimento ritenuto idoneo allo scopo. Del resto l'Autore non giunge a dire questo, limitandosi ad evidenziare una tendenza espansiva dei poteri delle Autorità e nel contempo a condividere, sul piano dell'efficienza e dell'efficacia del sistema, tale indirizzo conseguente alla finalità generale di garanzia del buon funzionamento dei mercati, e nel contempo, di tutela e valorizzazione di una pluralità di diritti fondamentali degli operatori economici, dei cittadini, dei consumatori e degli utenti, nonché di beni ed interessi pubblici di rilevanza costituzionale, in genere non ordinati gerarchicamente e quindi lasciati alla ragionevole ed equilibrata composizione delle medesime autorità indipendenti. Celone dedica altresì particolare attenzione alla funzione di vigilanza (e, sempre per connessione, di regolazione) preventiva, con particolare riguardo al potere regolamentare. Sul punto non disquisisce tanto sul tema, cui abbiamo fatto riferimento in precedenza, della "vaghezza" e della "genericità" degli oggetti da disciplinare con la normazione, quanto sulla presenza stessa di tale potere normativo. In sintesi, nel pensiero dell'Autore, determinazioni,

comunicati, deliberazioni, costituiscono tutti espressione di un potere strettamente congiunto a quello di vigilanza e anzi indispensabile perché l'Autorità possa esplicare la sua funzione tipica volta a garantire il corretto funzionamento del sistema dei contratti pubblici al punto che possono estrinsecarsi in veste normativa, cioè con effetti vincolanti *erga omnes*. In altri termini, l'Autore sostiene che il potere regolamentare-regolatorio, anche se non espressamente positivizzato, da un lato è strettamente connesso alla funzione di vigilanza, dall'altro è funzionale anzi necessario per raggiungere e soddisfare nel modo migliore i molteplici obiettivi e valori e interessi che la legge ha affidato all'Autorità. Senonchè la tesi dell'Autore circa la presenza di un potere di dettare regole generali ed astratte con effetti direttamente conformativi, pur illustrata con dovizia di argomenti, non appare sostenibile per le stesse ragioni di difformità dal principio di tipicità – legalità prospettato con riguardo alla regolazione conformativa *ex post*. Non solo: la lettura estensiva del potere di vigilanza, sino a ricomprendere il potere regolamentare è stata respinta dalla Corte Costituzionale (sentenza 29 settembre 2003, n. 300) pur con

riguardo agli atti di mero indirizzo del Ministero dell'Economia e delle Finanze, quale Autorità di vigilanza sulle fondazioni bancarie, la Corte ha difatti osservato che l'attività di vigilanza ha natura dell'attività di controllo, che si articola nella sequenza parametro-verifica-giudizio: il parametro è da individuare nella norma di legge e non può, come invece avviene quando sussista espressamente un potere di indirizzo, essere ulteriormente specificato o conformato dall'autorità di vigilanza con propri atti.

Celone invero radica le proprie conclusioni anche sul coacervo di funzioni di cui dispone l'Autorità, che di conseguenza necessiterebbe di una previa determinazione nell'interesse delle stazioni appaltanti e così del buon funzionamento del mercato. Ma in tal maniera si ripercorre, sotto nuova veste, l'antico ragionamento di Federico Cammeo, che fondava il potere regolamentare sulla attribuzione di poteri discrezionali, che in tal maniera venivano ad essere autoregolamentati, a tal fine rifacendosi alla famosa formula di Gneist secondo la quale *“ciò che l'Autorità può comandare e vietare in ogni singolo caso , può comandarlo o vietarlo in generale per tutti i casi simili dell'avvenire”*. Tesi peraltro che è stata da gran

tempo abbandonata, a partire dal fondamentale saggio di Zanobini del 1922, che dimostrò il necessario ancoraggio alla legge del potere regolamentare, stante la diversa natura degli atti amministrativi “regolamentari” rispetto agli atti amministrativi “provvedimentali”.

Aggiungasi che, in una materia già così intensamente disciplinata a livello comunitario oltre che a livello statale un potere regolamentare ulteriore, in quanto si aggiungerebbe al regolamento esecutivo definito con d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, non potrebbe che essere fonte di incertezze interpretative, anche perché alla fin fine non si tradurrebbe che in norme interpretative delle norme sovraordinate, e dunque passibili di disapplicazione. Ed invero perché lo scopo primario della stessa istituzione dell’Autorità è quello di garantire la tutela della concorrenza nel settore dei contratti pubblici, e come rilevato più volte dalla Corte Costituzionale, le regole di concorrenza esprimono un carattere unitario<sup>14</sup>, ne deriva che l’“arcipelago” di fonti si porrebbe in contraddizione con tale valore.

---

<sup>14</sup> V. sul punto le pertinenti osservazioni di E. CARLONI, *L’uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in *Le Regioni*, 2010, p. 680.

Sicché la strada scelta dal legislatore di dare ad AVCP funzioni di orientamento, di *moral suasion*, di monitoraggio, di consulenza, di espressione di poteri-consultivi di vario tipo (es. di precontenzioso o sulle clausole di bandi e lettere di invito) e non di poteri regolamentari, risponde all'esigenza di avere un'Autorità dotata di alte competenze tecniche, che funga da punto di riferimento e da supporto per le stazioni appaltanti e per le imprese e non un produttore di ulteriori norme, delle quali non si sente certo il bisogno tantopiù a livello di fonti secondarie.

I poteri di *soft law* al pari e forse più di tutti gli altri pur dotati di forza conformativa sono del resto di primaria importanza ai fini del corretto funzionamento del mercato, nell'interesse delle imprese ma anche e soprattutto delle stazioni appaltanti e con esse nell'interesse pubblico ad una efficiente ed economica realizzazione delle opere pubbliche e prestazione di servizi e forniture. Merito della monografia è stato mettere in risalto che tale compito di carattere orientativo-interpretativo costituisce la "cifra significativa" delle funzioni dell'Autorità, la quale appunto va vista non come un mero "gendarme" della mera correttezza formale delle procedure. Del

resto l'art. 8, comma 5 del Codice dei contratti, laddove richiama «le delibere dell'Autorità» che «riguardino questione di interesse generale o la soluzione di questione di massima» costituisce un segnale inequivoco del ruolo di ente di regolazione *ex ante*.

Come pure merito dell'Autore è aver messo in luce la funzione dinamica e attenta al risultato dell'Autorità di vigilanza, nonché, pur nella variegata di attribuzioni, la sua funzionalizzazione verso l'espansione massima dei principi di concorrenza e di non discriminazione e nel contempo di efficienza ed economicità nella gestione dei contratti. Emerge dalla monografia la consapevolezza che le funzioni assegnate ad AVCP dal Codice dei contratti, cui si aggiungono quelle assegnate più recentemente (ad es. in materia di tracciabilità dei flussi finanziari, di vigilanza per la razionalizzazione della spesa sanitaria, di verifica dello stato di attuazione delle opere pubbliche, di banca dati nazionale dei contratti pubblici, di verifica dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento, di redazione di schema tipo per le informazioni sui costi unitari, etc.) pongono tutti i presupposti a che tale Autorità si affermi come regolatore a tutto campo del complesso, vasto e "contenziosissimo"

settore dei contratti pubblici, regolazione che sarà tanto più efficace e dunque fonte di certezza e stabilità quanto maggiore sarà l'*auctoritas* che nel tempo e sul campo essa riuscirà ad acquisire, *auctoritas* che a sua volta necessita di un inquadramento dogmatico, di una ricostruzione sia sul piano esegetico sia sul piano delle *rationes* sottese, di una rivisitazione critica dell'“arsenale” dei poteri attribuiti, contenuti questi ora tutti rinvenibili nella monografia di Celone.