

La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici

Fabrizio Fracchia, Pasquale Pantalone*

SOMMARIO: 1. Le linee guida come atipiche manifestazioni di funzioni amministrative prescrittive. – 2. Lo statuto “sostanziale” delle linee guida: la raffigurazione iconica delle migliori prassi. – 3. Lo statuto legislativo delle linee guida dell’Anac in materia di contratti pubblici. – 4. Linee guida dell’Anac tra ordinamento generale e ordinamento (sezionale) dei contratti pubblici. – 5. Una riflessione nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici: linee guida e norme interne. – 6. Osservazioni finali.

1. *Le linee guida come atipiche manifestazioni di funzioni amministrative prescrittive*

L’adozione di linee guida quale atipica manifestazione di funzioni amministrative prescrittive ricorre sempre più spesso nella produzione normativa e nella prassi degli ultimi anni¹, e ciò senza che a questa incontrollabile e indefinita espansione di “potere” che prolifera negli interstizi dell’ordinamento generale corrisponda sempre una rete di garanzie sufficientemente adeguata: anche e

* Il contributo, che riprende anche analisi già effettuate o in corso di svolgimento dei due A., è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, i parr.1-4 sono stati curati da Pasquale Pantalone, mentre i parr. 5-6 da Fabrizio Fracchia.

¹ Basti soltanto emblematicamente richiamare, tra i più recenti provvedimenti legislativi, il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 («Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale»), ove il termine “linee guida” compare ben trenta volte. Atti variamente denominati come “raccomandazioni”, “indirizzi”, “linee guida”, “protocolli”, e così via, hanno peraltro caratterizzato la sconfinata produzione normativa e amministrativa occasionata dall’emergenza sanitaria da *Covid-19: ex multis*, cfr. Allegati 1 e 2 al DPCM 14 luglio 2020, rispettivamente contenenti «Linee guida per la riapertura delle Attività Economiche, Produttive e Ricreative della Conferenza delle Regioni e delle province autonome del 9 luglio 2020» e «Linee guida per l’informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del covid-19 in materia di trasporto pubblico», adottati in base all’art. 1, comma 14, d.l. 16 maggio 2020, n. 33, conv. in l. 14 luglio 2020, n. 74.

soprattutto per questa ragione che si giustifica un'analisi, non soltanto descrittiva, del fenomeno in esame².

Le linee guida non paiono esibire una fisionomia giuridica a sé stante, né sembrano automaticamente riconducibili a una specifica categoria dogmatica già nota al diritto amministrativo. Al contrario, esse presentano natura, contenuto ed effetti multiformi, che spingono l'interprete a procedere, ai fini del loro inquadramento e della valutazione circa la compatibilità con i principi che informano il sistema amministrativistico, a una disamina caso per caso³.

Qualche punto fermo, tuttavia, merita di essere evidenziato, anche tenendo conto della recente riduzione del loro campo di applicazione in un settore centrale quale è quello dei contratti pubblici (v. la novella introdotta dal d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019, su cui si tornerà ancora *infra*).

Intanto, di regola, le linee guida non evocano una precisa e puntuale disciplina dal contenuto immediatamente precettivo, ma esprimono indirizzi e orientamenti di tipo sostanzialmente conformativo, cioè «archetipi e moduli di carattere generale, [...] con i quali si indirizzano le attività di altri soggetti ed organi, indicando loro priorità, criteri informativi dell'azione, modalità di attuazione degli obiettivi da perseguire [...]»: (l)a relazione che si instaura tra il soggetto che emana le linee guida e i destinatari non è, per l'effetto, quella che implica l'esercizio di potestà normative, [...] ma è, più verosimilmente, quella che si limita a determinare un coordinamento di una pluralità di rapporti organizzatori tra soggetti diversi o anche tra organi di una stessa amministrazione»⁴.

² Questa preoccupazione ha mosso alcune riflessioni sullo statuto giuridico delle “norme interne” cui possono essere ricondotte, a certe condizioni, anche le linee guida (cfr. F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne tra esigenze regolative dei pubblici poteri e vincoli dell'ordinamento generale. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, 2020, *passim*): «(p)er meglio precisare di che cosa si tratta, si potrebbe semplificare osservando che ci si trova al cospetto di “non” norme giuridiche, sottoposte al regime garantista delle fonti dell'ordinamento; di “non” atti puntuali e concreti (contro cui, se lesivi, è eventualmente possibile agire direttamente) essendo schemi prescrittivi che guidano azioni future. Ancora, di “non” materiale irrilevante ai fini del concreto agire dei poteri pubblici; di “non” regole prodotte attraverso meccanismi definiti, stabiliti e “limitati” dall'ordinamento generale (come accade, ad esempio, nelle ipotesi di autolimita *ex art.* 12, l. 241/1990, o di talune linee guida); di “non” meri atti presupposti o endoprocedimentali, in ordine ai quali la riflessione giuridica e l'elaborazione giurisprudenziale hanno condotto approfondimenti e analisi sufficientemente condivisi» (*Ibid.*, 14).

³ Si concorda in questo senso con G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, 278, che a proposito delle linee guida parla di «etichetta di contenitori diversi». In tempi recenti, l'inquadramento dogmatico delle linee guida ha suscitato un ampio dibattito nella dottrina pubblicistica e nella giurisprudenza amministrativa, reso ancor più vivace dall'esteso potere regolatorio devoluto all'Anac in materia di contratti pubblici. Al riguardo, sia consentito il rinvio a P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, 238 ss., nonché ai riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ivi indicati.

⁴ Così Cons. Stato, sez. atti normativi, 21 gennaio 2008, n. 137.

La tendenziale esclusione della portata normativa delle linee guida viene di regola fondata sull'intangibilità del principio di tipicità delle fonti⁵. Non è un caso che, almeno a livello statale, si sia talora discutibilmente fatto ricorso all'atipico «decreto di natura non regolamentare», proprio al fine di scongiurare il carattere normativo di tali atti⁶.

Gli indirizzi, le raccomandazioni e le istruzioni generali contenuti nelle linee guida sono generalmente espressi in forma discorsiva e ambiscono a rappresentare le *best practices* del settore di riferimento⁷. Esse possono assumere le funzioni più varie⁸: tra le più ricorrenti, vi è quella di fornire un supporto in ordine all'interpretazione e all'applicazione di una determinata fonte normativa tipica⁹, che non possono, in ogni caso, sostituire o integrare¹⁰.

⁵ Ad avviso di Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916 (che ha reso il parere sullo schema di decreto legislativo recante modifiche al d.lgs. n. 165/2001), siccome tali atti costituiscono «lo strumento tipico di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti», la possibilità che possano essere adottati anche dalle (tradizionali) amministrazioni pubbliche «non risult(erebbe) giustificata», posto che queste ultime devono esercitare il potere normativo «attraverso i tradizionali atti regolamentari» e il potere amministrativo di indirizzo attraverso «atti amministrativi generali quali circolari e direttive». In dottrina, c'è chi ne propone, invero, la collocazione all'interno delle c.d. «fonti terziarie» del diritto amministrativo ogniquale volta assumano concretamente una rilevante efficacia prescrittiva: M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 737.

⁶ Cons. Stato, sez. atti normativi, 21 gennaio 2008, n. 137. Per un recente esempio di questa tipologia di atti, v. art. 6-ter, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001.

⁷ V. art. 35, comma 5.2, d.lgs. n. 165/2001, secondo cui le linee guida del Dipartimento della funzione pubblica sullo svolgimento delle prove concorsuali e sulla valutazione dei titoli devono essere «ispirate alle migliori pratiche a livello nazionale e internazionale in materia di reclutamento del personale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, vigente in materia». Di recente, cfr. art. 5, l. n. 24/2017, che prevede, in caso di assenza delle linee guida cui devono attenersi gli esercenti le professioni sanitarie nell'esecuzione delle relative prestazioni, l'osservanza delle «buone pratiche clinico-assistenziali»; ancora, v. art. 1, comma 1021, della l. n. 205/2017 che, al fine di adeguare l'ordinamento interno al regolamento Ue n. 679 del 27 aprile 2016, demanda al Garante per la protezione dei dati personali, la definizione, tra l'altro, di «linee guida o buone prassi» in materia di trattamento dei dati personali.

⁸ Per una rassegna esemplificativa, v. V. Italia, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016, 100 ss.

⁹ Cfr. art. 4, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, secondo cui gli organi di governo adottano «atti di indirizzo interpretativo e applicativo» di atti normativi. A titolo esemplificativo, v. Cons. Stato, sez. atti normativi, 9 settembre 2016, n. 1657.

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, ord. 7 ottobre 2008, n. 5311, che, in tema di aborto terapeutico, ha statuito che le regioni non possono, con atti amministrativi dal contenuto prevalentemente operativo (denominati, appunto, «linee guida»), incidere sul contenuto di norme lasciate volutamente indeterminate dal legislatore. Cfr., altresì, Tar Piemonte, sez. I, 5 giugno 2009, n. 1563, secondo il quale la competenza a emanare linee guida in materia di produzione di energia elettrica da biomasse da parte della Provincia non può essere esercitata per porre vincoli più stringenti di quelli dettati dalla normativa nazionale, né tanto meno entrare in conflitto con la medesima, poiché «essa sarebbe certamente priva di qualsivoglia supporto normativo». In merito alla *peer review* quale criterio di valutazione delle riviste scientifiche, Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1584, ha precisato che «la *soft law* può riguardare gli spazi di controllo della regola legale ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto». Ancora, cfr. Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916, che ha reso un parere sullo schema di decreto legislativo recante modifiche al d.lgs. n. 165/2001, ove si è ribadita la necessità di evitare che il ricorso allo strumento delle linee guida o di indirizzo miri a introdurre parte della disciplina delegata dalla fonte di rango primario, al di fuori di qualsiasi controllo del Parlamento e della stessa possibilità di sindacato da parte della Corte costituzionale.

Pur non presentando un carattere immediatamente cogente, inoltre, le linee guida non paiono prive di efficacia giuridica¹¹, essendo piuttosto espressione di una obbligatorietà “graduata” a seconda del caso concreto¹².

Il grado massimo di obbligatorietà si rinviene nelle ipotesi in cui le linee guida siano “recepite” in leggi o regolamenti, da cui ne assumono il tipico regime giuridico¹³. Altre volte, invece, a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, esse hanno la capacità di imporsi quali «canoni oggettivi di comportamento» dei soggetti a cui si indirizzano¹⁴, anche in considerazione del prestigio e dell'autorevolezza tecnico-scientifica dell'autorità che le abbia adottate¹⁵. In ulteriori occa-

¹¹ Da ultimo, v. Tar Lazio, sez. III, 7 giugno 2016, n. 6540, par. 4.3.2., che annovera tra gli effetti “giuridici” principali degli atti riconducibili alla *soft regulation* (o *soft law*), tra cui le linee guida, «[...] quello di costituire una sorta di “scudo” per gli operatori che ne osservassero il contenuto, i quali, in questo modo, si metterebbero al riparo da possibili contestazioni (specie sotto il profilo della responsabilità civile e penale) rispetto alle scelte adottate». Sul punto sembra concorde anche la dottrina: V. Italia, *Le “linee guida” e le leggi*, cit., 15 ss., secondo il quale le linee guida sono «atti normativi particolari, emanati da un'Autorità amministrativa, hanno una forma specifica e stabiliscono un particolare vincolo giuridico» (21).

¹² Sul concetto del diritto «a *textures multiples*», v. C. Thibierge, *Le droit souple*, in *Rev. Trim. dr. civ.*, 2003, 599 ss. e Conseil d'État, *Le droit souple. Étude annuelle*, in www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple, 2013, richiamati in dottrina da M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 733 ss. In termini critici sul menzionato rapporto del Conseil d'État, v. V. Italia, *Le “linee guida” e le leggi*, cit., 26-27 (in part. nota n. 6).

¹³ V., ad esempio, Tar Lazio, sez. II-ter, 30 novembre 2016, n. 11973, con riferimento alle norme UNI EN, elaborate dal Comité Européen de Normalisation, le quali «devono ritenersi (non solo regole di buona tecnica ma, altresì) norme vincolanti in presenza di leggi o di regolamenti di recepimento». Sul punto, in senso conforme, cfr. Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2015, n. 16229; sez. II, 15 dicembre 2008, n. 29333; Corte cost. 18 giugno 2015, n. 113. Gli esempi sono innumerevoli e coinvolgono la maggior parte dei soggetti pubblici titolari di poteri normativi: *ex multis*, a livello statale, v. d.m. 10 ottobre 2008, n. 83, recante linee guida per l'attuazione del d.m. 29 novembre 2007, n. 267, contenente la disciplina delle modalità procedurali per il riconoscimento della parità scolastica e per il suo mantenimento; d.m. 10 settembre 2010 recante linee guida per il procedimento di autorizzazione unica degli impianti che producono energia da fonti rinnovabili; d.m. 22 maggio 2014, n. 74951, che ha approvato le linee guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale; d.m. 27 giugno 2015, n. 458, recante «linee guida valutazione qualità della ricerca (VQR) 2011-2014». A livello regionale e locale, cfr., ad esempio, v. delib. Giunta regionale della Basilicata n. 1119/2007, che ha approvato apposite «linee guida vincolanti applicative dei Regolamenti n. 852/2004 e 853/2004 CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'igiene dei Prodotti Alimentari sulla Sicurezza Alimentare nella Regione Basilicata»; delib. Giunta comunale di Roma capitale n. 13 del 5 agosto 2016 di approvazione delle linee guida per l'attuazione delle deliberazioni assunte dal Commissario Straordinario.

¹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1360, con riguardo alle linee guida emanate dall'Enac, in base al codice della navigazione e alle regole internazionali sul traffico e sulla sicurezza della navigazione aerea, per la redazione dei piani di rischio comunali. In termini analoghi, Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4358, ha qualificato alcuni comunicati dell'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici come «canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione integra un'ipotesi di negligenza». Secondo B. Boschetti, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista regolaz. mercati*, 2, 2016, «la dimensione dell'effettività (della *soft law*) – ossia della sua capacità di porsi nella realtà come fatto regolante e canone di comportamento – è coesistente al suo essere e condizione stessa della sua rilevanza sul piano della giuridicità e, quindi, della sua “giustiziabilità”».

¹⁵ Così, ad esempio, Tar Lazio, Roma, sez. III-quater, 14 luglio 2017, n. 8514, che ha reputato legittimo il parziale diniego di accesso a talune informazioni commerciali considerate riservate, adottato dall'Agenzia italiana del farmaco, in conformità alle linee guida dell'Agenzia europea per i medicinali (finalizzate all'individua-

sioni, ancorché ritenute prive di natura normativa, sono espressamente qualificate come «vincolanti»¹⁶, o, comunque, la loro inosservanza determina conseguenze giuridiche sfavorevoli nei confronti del “trasgressore”¹⁷. Ancora, la ricorrente qualificazione giurisprudenziale delle linee guida alla stregua di circolari o direttive amministrative assegna a tali atti una efficacia precettiva (interna) nei confronti degli uffici chiamati a darne attuazione attraverso il principio del “*comply or explain*”. Il mancato rispetto di tale principio non resta, però, relegato nel solo ambito interno dell’amministrazione, potendo anche “innescare” il sindacato giurisdizionale sull’eccesso di potere¹⁸.

Gli esempi appena ricordati dimostrano come il non infrequente accostamento delle linee guida al coacervo di “regole” che sono in genere ricondotte al concetto di *soft law*¹⁹ non sembra adeguatamente giustificato, almeno nella misura in cui le linee guida siano espressione di un potere amministrativo attribuito a un soggetto pubblico dall’ordinamento generale²⁰. Nel diritto amministrativo si

zione della documentazione ostensibile all’interno di un dossier registrativo presentato dal richiedente l’autorizzazione all’immissione in commercio): queste ultime, «benchè non costituenti una fonte primaria del diritto nel nostro sistema giuridico, [...] assumono senz’altro quantomeno un valore orientativo che, per l’indiscusso prestigio scientifico dell’Ente di provenienza, è particolarmente pregnante e può, dunque, senz’altro essere assunto a parametro di individuazione dei dati confidenziali da sottrarre all’accesso». Sulla valenza «decisamente» orientativa, se non pienamente conformativa, di talune linee guida regionali adottate in ambito farmaceutico, v. Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 15 novembre 2016, n. 11336.

¹⁶ Cfr. delib. Agcom n. 23/09/CIR del 16 aprile 2009, recante «Disposizioni attuative delle procedure di cui alla delibera 274/07/CONS in merito alla fornitura del codice di migrazione da parte degli operatori di rete fissa», ove si prevede che, in presenza di determinate condizioni, l’Autorità provveda ad emettere «linee guida vincolanti sul comportamento che gli operatori dovranno tenere nel processo di migrazione».

¹⁷ Cfr. art. 1, comma 15, d.l. 16 maggio 2020, n. 33, conv. in l. 14 luglio 2020, n. 74, secondo cui il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida adottati al fine di prevenire o ridurre il rischio di contagio da *Covid-19*, che non assicura adeguati livelli di protezione, determina la sospensione dell’attività economica, produttiva e sociale interessata fino al ripristino delle condizioni di sicurezza.

¹⁸ M. Ramajoli, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 147 ss. In termini analoghi nell’ordinamento francese, cfr. Cfr. D. Costa, *La normatività graduata nel diritto amministrativo francese: le linee direttrici*, intervento al Convegno Aipda 2015.

¹⁹ In ordine alle origini e al significato della *soft law* non è possibile in questa sede soffermarsi, per cui si rinvia all’ampia letteratura, nazionale e straniera, sul punto: *ex multis*, v. F. Snyder, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in *EUI Working Paper LAW no. 93/5*, Firenze, 1994; E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, *passim*; F. Terpan, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 1, 2015, 68 ss.; G. Weeks, *Soft Law and Public Authorities. Remedies and Reform*, Oxford and Portland, 2016, *passim*; B. Boschetti, *Soft law e normatività: un’analisi comparata*, cit.; M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation, e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista regolaz. mercati*, 2, 2016; Id., *Soft law e ordinamento amministrativo*, cit., 147 ss.

²⁰ Parte della dottrina (M. Mazzamuto, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 737) ha invero sostenuto che il “posto” riservato ai mezzi di *soft law* nel (sotto)sistema delle fonti di diritto amministrativo sarebbe piuttosto angusto, in quanto «o questi mezzi rimangono innocui [...] ovvero, ogni qual volta assumono concretamente una rilevante efficacia precettiva, verranno subito promossi ad uno scalino superiore della scala normativa graduata, quanto meno allo scalino delle fonti terziarie, per soddisfare le esigenze di legalità e di giustizia». In termini analoghi, sui riflessi in ordine alla “giustiziabilità” degli atti di *soft regulation*, cfr. M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit. V., altresì, il rapporto del Consiglio di Stato francese sul *droit souple* (Conseil d’État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013), che ammette

assiste, invero, a un «indurimento» della *soft law* (*recte* delle linee guida) non solo mediante il recepimento del “diritto soffice” all’interno delle fonti tradizionali²¹ ma soprattutto grazie al pervasivo controllo “qualificatorio” effettuato dal giudice amministrativo, attento a rinvenire in tali atti la presenza di una pur minima valenza precettiva al fine di non attenuare l’effettività della tutela giurisdizionale²².

Infine, pur nella varietà dei soggetti pubblici che ne fanno uso²³, non può non rilevarsi come le linee guida rientrano, con maggiore frequenza, tra le eterogenee manifestazioni dei poteri di regolazione delle Autorità indipendenti²⁴. Oltre a produrre effetti diversamente precettivi nei confronti di soggetti terzi²⁵, esse spesso predeterminano, in funzione di autovincolo, la stessa attività (non solo regolatoria) delle *authorities*²⁶.

il controllo del giudice amministrativo sugli atti di *droit souple*, ove questi possano determinare lesioni di situazioni giuridiche. Sul tema della “giustiziabilità” delle linee guida dell’Anac, cfr. F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, 381 ss.

²¹ M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit.

²² Ciò si verifica soprattutto in riferimento agli atti di regolazione “flessibile” delle Autorità indipendenti: M. Mazzamuto, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 737; M. Ramajoli, *Soft law e ordinamento amministrativo*, cit., 147 ss.; N. Longobardi, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 6, 2016.

²³ Per un interessante esempio, v. delib. n. 19/SEZAUT/2017/INPR del 21 luglio 2017, con cui la Corte dei conti, sez. Autonomie, ha adottato «Linee di indirizzo per la revisione straordinaria delle partecipazioni di cui all’art. 24, d.lgs. n. 175/2016» rivolte agli enti territoriali.

²⁴ M. Mazzamuto, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 737 ss.; M. Ramajoli, *Soft law e ordinamento amministrativo*, cit., 147 ss. In riferimento alle linee guida del Garante per la protezione dei dati personali quali «atti di regolazione non normativa», v. F. Midiri, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, Napoli, 2017, 245 ss.; *Contra* A. Frosini, *Gli atti normativi del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Giur. cost.*, 2014, 3703. Esistono, invero, numerosi atti equipollenti alle linee guida che vengono adottati dalle Autorità indipendenti, quali: raccomandazioni, istruzioni, guide operative, atti interpretativi, e così via.

²⁵ Con riferimento ai mercati finanziari, M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit., evidenzia come la *soft regulation* sia tutt’altro che “soft”: al contrario, essa è definibile come “cripto-hard”, dettando vincoli molto stringenti nei confronti dei soggetti regolati, avverso cui risulta impossibile l’applicazione degli strumenti di tutela tradizionali. Inoltre, soprattutto a livello europeo, la *soft law* non costituisce esclusivamente uno strumento di regolazione delle condotte degli operatori privati ma è anche un mezzo di *governance* e di equilibrio del sistema: così B. Boschetti, *Soft law e normatività: un’analisi comparata*, cit.

²⁶ Anche M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit., dà atto di questo fenomeno nei mercati finanziari, che ha la funzione «di rafforzare l’enforcement dell’attività puntuale, consentire una maggiore coerenza e prevedibilità decisionale, rendere accettabili da parte dei destinatari le decisioni applicative e, non da ultimo, facilitare anche il controllo giurisdizionale». Più specificamente, sul potere di auto-vincolo, attraverso atti di *soft law*, della Commissione europea nel settore bancario, v. Corte di giust. Ue, 19 luglio 2016, C-526/14 *Kotnik e A.*, punti 39-45. Riguardo alle linee guida del Garante per la protezione dei dati personali, v. F. Midiri, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, cit., 246. *Ex multis*, v. delib. Agcom n. 265/15/CONS, del 28 aprile 2015, recante «Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni»; delib. Agcm del 22 ottobre 2014, recante «Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90», su cui v. F. Ghezzi, G. D. Pini, *Le nuove linee guida dell’Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. soc.*, 2015, 1196 ss.

2. *Lo statuto “sostanziale” delle linee guida: la raffigurazione iconica delle migliori prassi*

Sotto un profilo “sostanziale” e non propriamente giuridico, non sembra ardito ricorrere alla figura dell’“icona” per descrivere le caratteristiche che hanno (o che dovrebbero avere) le linee guida nel diritto amministrativo²⁷.

Negli studi sulla semiotica di Charles Sanders Peirce, il filosofo statunitense annovera l’icona tra i tre tipi fondamentali di “segni” (insieme all’“indice” e al “simbolo”), distinti secondo la relazione che li unisce alla realtà esteriore. In particolare, secondo Peirce, l’icona è «un segno che si riferisce all’oggetto che essa denota semplicemente in virtù di caratteri suoi propri, e che essa possiede nello stesso identico modo sia che tale oggetto esista effettivamente, sia che non esista [...]. Una cosa qualsiasi, sia essa qualità, individuo esistente, o legge, è un’icona di qualcosa nella misura in cui è simile a quella cosa ed è usata come segno di essa»²⁸.

L’icona presuppone dunque una relazione di somiglianza o di analogia con l’oggetto che rappresenta, nel senso che essa è dotata almeno di una delle qualità (o ha la stessa configurazione) dell’oggetto significato: ad esempio, una macchia di sangue per il colore rosso, oppure un quadro, un’onomatopea, un diagramma, e così via²⁹.

Pertanto, così come – per restare negli esempi dianzi ricordati – alcune opere d’arte possono talora rappresentare un’icona dell’oggetto che esibiscono (si pensi all’immagine di Marilyn Monroe intesa comunemente quale icona della femminilità), allo stesso modo – e nei limiti di una mera suggestione di carattere descrittivo – anche una linea guida si traduce (o dovrebbe tradursi) nella raffigurazione iconica di una prassi amministrativa virtuosa, nella misura in cui è “simile” all’oggetto che rappresenta (una *best practice*, appunto) ed è usata come “segno” di essa.

In altri termini, la linea guida ha carattere iconico in quanto dovrebbe costituire il risultato dell’“astrazione” di una moltitudine di fattispecie concrete che, in ragione del loro carattere virtuoso, vengono elevate a “regole” (*recte* indirizzi, raccomandazioni o suggerimenti) vevoli per disciplinare in futuro fattispecie analoghe: una sorta di “standardizzazione”, sulla base delle *best practices* sperimentate in concreto, dei comportamenti che i destinatari delle linee guida devono tenere nell’ambito specifico preso in considerazione dalla linea guida, in vista del raggiungimento di obiettivi di buon andamento e di semplificazione.

²⁷ Dobbiamo questa intuizione a una conversazione tenuta col Prof. Alberto Zito in occasione di un seminario tenuto presso l’Università Bocconi nel corso dell’anno 2017.

²⁸ C.S. Peirce, *Opere*, Milano, 2003, 153. In argomento, v., altresì, C. Morris, *Lineamenti di una teoria dei segni*, Lecce, 2009, 78 ss.

²⁹ V. voce «icona», in *Il Vocabolario Treccani*, Roma, 1994, 751.

D'altra parte, una simile ricostruzione non pare del tutto estranea alla legislazione e ai risultati – ancorché non del tutto consolidati – cui è giunta la giurisprudenza, laddove non è infrequente l'accostamento delle linee guida alle migliori prassi. Inoltre, la suggestione qui descritta delle linee guida intese quali icone o modelli di *best practices* amministrative che sorgono “dal basso” potrebbe trovare un riscontro anche nei generali (e sempre più sentiti) obiettivi di miglioramento della qualità delle regole³⁰: ciò risulta particolarmente rilevante ai nostri fini, se si pone mente al fatto che – come visto sopra e come si vedrà meglio *infra* con riguardo all'Anac – le linee guida sono spesso espressione degli estesi poteri di regolazione affidati alle *authorities*.

Nei numerosi pareri resi dal Consiglio di Stato sugli atti normativi del Governo (ma ciò vale a maggior ragione per l'attività di regolazione delle Autorità indipendenti)³¹ è stata, infatti, sottolineata l'importanza dell'istruttoria dell'attività normativa e dell'effettiva implementazione dell'AIR e della VIR, anche e soprattutto al fine di adeguare la normativa esistente alle sopravvenienze fattuali e giuridiche e di registrare, dunque, le *best practices* da diffondere e far cessare, invece, quelle scorrette³².

L'accostamento delle linee guida alla figura dell'icona appare interessante non solo per la relazione “di somiglianza” che le prime mostrano con l'oggetto che rappresentano, ossia le migliori prassi legate all'ambito materiale cui si riferiscono e che elevano a modello. Esse, infatti, assurgono anche a “rappresentazioni derogabili”: così come le icone non esibiscono la totalità degli aspetti e dei caratteri dell'oggetto che raffigurano (per il cui apprezzamento è necessaria la visualizzazione dell'oggetto nel modo in cui appare nella realtà), le linee guida sono il

³⁰ In argomento, cfr., di recente, F. Fracchia, *Legistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini*, in *Dir. econ.*, 1, 2016, 9 ss.

³¹ Cons. Stato, sez. atti normativi, 19 giugno 2017, n. 1458, che ha reso il parere sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante «Disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione», ha precisato che, sebbene l'ambito soggetto di applicazione dello schema di regolamento sottoposto al suo esame fosse relativo alla sola amministrazione dello Stato, «la qualità della normazione è un'esigenza particolarmente avvertita per la “regolazione” elaborata dalle Autorità amministrative indipendenti (AI) e destinata a delicati settori economici».

³² Cons. Stato, sez. atti normativi, 19 giugno 2017, n. 1458, par. 18: «(l)a VIR mira, per l'appunto, a verificare se un intervento normativo abbia realmente conseguito gli obiettivi attesi e a raccogliere dati e misurazioni, principalmente di ordine quantitativo, allo scopo di apportare alle regolamentazioni le eventuali correzioni (cd. “*fine tuning*”) la cui necessità sia emersa nella fase di concreta applicazione delle norme. Inoltre la VIR serve a verificare (e se del caso a correggere) anche il metodo seguito per l'AIR, qualora siano emersi, nella fase attuativa, effetti non considerati al momento dell'analisi del contesto oggetto dell'intervento normativo. Ciò consente un “ritorno di esperienza”, da parte della VIR, che potrebbe rendere le future AIR sempre più accurate. Ancor più significativo è il contributo che la VIR può fornire al fine della riduzione di un fenomeno che, secondo questa Sezione, potrebbe essere denominato di “consumismo normativo”, alludendo la locuzione all'atteggiamento dei regolatori rispetto alle sopravvenienze, in genere fronteggiate con l'introduzione nell'ordinamento di nuove disposizioni anche quando sarebbe sufficiente emendare ed adeguare quelle esistenti». In termini, Cons. Stato, sez. atti normativi, 4 agosto 2016, n. 1784

frutto di un'astrazione che richiede una competenza specifica e che non esclude che i soggetti chiamati a darne attuazione possano derogarvi, con la spendita di una maggiore competenza, alla luce delle circostanze del caso concreto³³.

Infine, l'icona, nell'arte, è un genere specifico e peculiare, risultato anche di uno sforzo di semplificazione comunicativa: è suggestivo osservare che pure le linee guida costituiscono un "genere" letterario giuridico in parte nuovo, più "discorsivo" nella formulazione lessicale, oltre che maggiormente orientato alla (o preoccupato della) comunicazione.

3. *Lo statuto legislativo delle linee guida dell'Anac in materia di contratti pubblici*

Le linee guida dell'Anac in materia di contratti pubblici presentano alcune specificità rispetto alle altre linee guida conosciute dall'ordinamento.

Esse godono innanzitutto di un espresso fondamento nella legge delega n. 11/2016 e in numerose disposizioni del d.lgs. n. 50/2016: non sono, pertanto, espressione di poteri di regolazione innominati.

Anzi, la stessa fonte legislativa fornisce ulteriori indicazioni all'interprete. Le linee guida sono, infatti, annoverate tra gli «strumenti di regolazione flessibile» adottabili dall'Autorità e, parimenti, possono essere «anche dotate di efficacia vincolante»³⁴. Ai sensi dell'art. 213 del codice, per l'emanazione delle linee guida, l'Anac si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale. Deve essere, altresì, indicata dall'Autorità la data in cui gli strumenti di regolazione flessibile, tra cui le linee guida, acquistano efficacia (che di regola coincide con il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e che, in casi di particolare urgenza, non può comunque essere anteriore al giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta medesima).

Sempre a livello procedimentale, è stabilito che l'Anac trasmetta al Parlamento, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione, tra cui le linee guida, «ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per nume-

³³ Risulta, in questo senso, calzante il riferimento al *nudging* per descrivere la regolazione flessibile dell'Anac in materia di contratti pubblici: sul punto, v. S. Valaguzza, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di Anac*, in *Rivista regolaz. mercati*, 1, 2017, 91 ss. La predetta tecnica regolatoria, fondata sullo studio dei comportamenti dei destinatari della regolazione, trae la propria efficacia dall'"induzione" al compimento di determinate condotte, piuttosto che dalla loro "imposizione".

³⁴ Art. 1, comma 1, lett. t), l. n. 11/2016.

ro di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti».

A prescindere dall'inquadramento giuridico degli atti adottati dall'Anac, resta, in ogni caso, ferma l'impugnabilità di ogni decisione assunta dall'Autorità innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa.

In linea generale parrebbe, dunque, emergere un vero e proprio statuto legislativo del potere di regolazione dell'Anac attuato attraverso le linee guida: come visto, si tratta di atti regolatori qualificati come «flessibili» dalla legge; si è, altresì, ricordato che le linee guida hanno talora «efficacia vincolante» nei confronti dei loro destinatari; sono adottate secondo la nota procedura del *notice and comment*, tipica delle Autorità indipendenti di regolazione; sono assistite da significative forme di pubblicità come se fossero degli atti soggettivamente e oggettivamente normativi; devono essere, in taluni casi, trasmesse al Parlamento dopo la loro adozione; sono sempre impugnabili davanti al giudice amministrativo.

Vero è che alcuni di questi caratteri non sono legislativamente definiti, per cui non è chiaro, ad esempio, se la «flessibilità» degli strumenti di regolazione attenga alla formulazione (discorsiva) del precetto, al procedimento (più snello) di adozione, o agli effetti (non immediatamente precettivi) prodotti dall'atto. Non sono, altresì, definiti i rapporti – apparentemente inconciliabili – tra il carattere «flessibile» e la portata talora «vincolante» delle linee guida dell'Anac; così come difetta l'individuazione di un criterio discrezionale tra natura vincolante o non vincolante dei singoli atti.

Si tratta evidentemente di delicati problemi interpretativi, densi di conseguenze giuridiche, e la cui soluzione è rimessa di fatto alla valutazione dell'interprete nelle singole fattispecie concrete.

Cionondimeno, i caratteri legislativamente richiamati appaiono sufficienti a distinguere le linee guida dell'Anac dalle altre linee guida conosciute dall'ordinamento e, dunque, a giustificare una loro trattazione specifica. Basti, invero, il solo riferimento alla possibilità che alcune delle linee guida dell'Anac possano produrre effetti vincolanti *ex lege*: eventualità che esclude, già in radice, l'accostamento di tali atti regolatori agli altri atti di indirizzo variamente denominati e, più in generale, al fenomeno della *soft law*³⁵.

Per la verità, il nostro ordinamento conosce anche altre ipotesi di linee guida a efficacia vincolante non dissimili da quelle adottabili dall'Anac in materia di

³⁵ Al riguardo, occorre però precisare che, come ancora si dirà diffusamente nel testo, con il d.l. n. 32/2019 (cd. «Sblocca Cantieri»), conv. in l. n. 55/2019, il Governo si è «riappropriato» di ampi spazi di potestà normativa in materia di contratti pubblici, prima devoluti all'Anac: sul punto cfr. art. 216, comma 27 *octies*, d.lgs. 50/2016. Per una ricognizione precisa dei nuovi ambiti di competenza normativa del Governo v. R. De Nicolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019 «Sblocca Cantieri»*, in *Urb. e app.*, 2019, 4, 443 ss.

contratti pubblici: è il caso, ad esempio, delle linee guida «contenenti le regole tecniche e di indirizzo» per l'attuazione del codice dell'amministrazione digitale³⁶. In sede consultiva, il Consiglio di Stato, richiamando espressamente il proprio parere reso sullo schema di codice dei contratti pubblici³⁷, ha qualificato le predette linee guida dell'AgID – anche in ragione delle peculiarità di ordine procedimentale previste per la loro emanazione – come atti di regolazione di natura tecnica aventi efficacia vincolante *erga omnes* e, dunque, pienamente giustiziabili davanti al giudice amministrativo³⁸.

In proposito, risulta comunque rilevante il fatto che le linee guida dell'Anac non abbiano solo una funzione attuativa o integrativa del dettato legislativo, ma svolgano anche una importante funzione orientativa, garantendo in molti casi la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, nonché lo sviluppo delle migliori pratiche³⁹.

D'altra parte, non si può non tenere conto anche delle finalità impresse dal legislatore allo strumento regolatorio delle linee guida dell'Anac, le quali rispondono sia a un'istanza di semplificazione normativa rispetto al preesistente apparato normativo⁴⁰, sia a un'esigenza di «flessibilità» che si traduce, appunto, nella possibilità di orientare l'attività amministrativa delle stazioni appaltanti verso obiettivi di efficienza, di qualità e di buone prassi⁴¹.

³⁶ Art. 71, d.lgs. n. 82/2005, come recentemente modificato dal d.lgs. n. 217/2017, secondo cui, «(l)'AgID, previa consultazione pubblica da svolgersi entro il termine di trenta giorni, sentiti le amministrazioni competenti e il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, nonché acquisito il parere della Conferenza unificata, adotta linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice [...]».

³⁷ Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855.

³⁸ Cons. Stato, comm. spec., 10 ottobre 2017, n. 2122 (che ha reso un parere sulle più recenti modifiche apportate al codice dell'amministrazione digitale con il d.lgs. n. 217/2017). In precedenza, le summenzionate «regole tecniche» erano incorporate in un decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, adottato sulla base di un procedimento piuttosto complesso, che prevedeva, tra gli altri, anche il concerto del Ministro della giustizia e dei Ministri competenti.

³⁹ Art. 213, comma 2, del codice. S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Rivista regolaz. mercati*, 1, 2016.

⁴⁰ In ordine alle critiche relative alla rigidità e alla complessità del regolamento unico di attuazione e esecuzione del previgente codice dei contratti pubblici, v. Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855. Tra gli obiettivi principali del legislatore delegante vi è, infatti, quello «di conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti [...]» (art. 1, lett. d), l. n. 11/2016). Secondo I.A. Nicotra, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice*, in I.A. Nicotra (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 35, «(i)l nuovo scenario normativo risponde ad una scelta culturale di maggiore adattabilità alle esigenze del mercato, in vista del perseguimento dell'obiettivo di una regolamentazione di qualità e nello stesso tempo semplice e comprensibile. In una parola si declina nel campo della regolazione il principio della trasparenza».

⁴¹ M. Ramajoli, Intervento al seminario dal titolo «Le Linee guida dell'ANAC: nuove fonti?», Trento, 23 febbraio 2017, esprime dubbi in ordine al raggiungimento dei pur dichiarati obiettivi di semplificazione, soprattutto alla luce dell'attuazione «frazionata» nel tempo del codice attraverso una pluralità di linee guida, alcune delle quali – peraltro – non immediatamente «operative». In termini analogamente critici, v. G.D. Com-

Inoltre, le linee guida dell'Anac, a prescindere dal loro carattere vincolante o meno, costituiscono una manifestazione regolatoria *sui generis*, in quanto non si indirizzano – se non mediamente – agli operatori economici, ma contengono delle “regole” che si rivolgono innanzitutto alle stazioni appaltanti. Esse non si traducono dunque in una “regolazione” economica in senso proprio di un mercato ma esprimono un insieme di “vincoli” eteronomi all'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti, che solo indirettamente si ripercuote sul “mercato”⁴².

La specificità delle linee guida dell'Anac affiora anche nella giurisprudenza, che non ha mancato di sottolineare l'esigenza di distinguere, anche a livello linguistico, le linee guida vincolanti in materia di contratti pubblici dalle linee guida adottate in altri settori dell'ordinamento⁴³.

4. *Linee guida dell'Anac tra ordinamento generale e ordinamento (sezionale) dei contratti pubblici*

A tacere dei pur rilevanti problemi qualificatori delle linee guida dell'Anac in materia di contratti pubblici (su cui si tornerà più diffusamente *infra*), non può non rilevarsi come i più recenti interventi legislativi e l'opera della giurisprudenza abbiano in parte ridimensionato siffatti problemi, assoggettando gli atti delle Autorità indipendenti di regolazione a un regime giuridico omogeneo, indipen-

porti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e soc.*, 2, 2017, 182 e M. Trimarchi, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2017, 847-848.

⁴² Sul punto sia consentito il rinvio a P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 66 ss. e 287 ss.

⁴³ V. Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916, che, in riferimento alla originaria denominazione di “linee guida” degli atti di indirizzo in materia di pubblico impiego, ha ammonito che «l'uso della medesima terminologia (avrebbe potuto) portare a confondere tali strumenti con quelli, del tutto diversi, delle linee guida in materia di contratti pubblici, che, se vincolanti, hanno natura di atti di regolazione [...]. Si suggerisce pertanto un intervento correttivo, o quanto meno, chiarificatore, anzitutto sul piano terminologico, usando la più appropriata espressione “linee di indirizzo” al fine di fugare ogni dubbio sulla natura amministrativa di tali linee guida [...]». V., altresì, Cons. Stato, sez. atti normativi, 22 dicembre 2016, n. 2712, che ha reso un parere sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, recante i criteri e le modalità di nomina degli arbitri, il supporto organizzativo alle procedure arbitrali e le modalità di funzionamento del collegio arbitrale per l'erogazione di prestazioni in favore degli investitori che, a una certa data, detenevano strumenti finanziari subordinati emessi da talune banche popolari. In ordine alla previsione, ad opera del suddetto schema di decreto, della possibilità per la Camera arbitrale dell'Anac di elaborare «linee guida», il Consiglio di Stato ha rilevato come quest'ultima espressione «p(otesse) ingenerare confusione, trattandosi di atti certamente diversi – per natura e funzione – dalle linee guida previste dal Codice dei contratti pubblici. Considerato che esse sono previste in funzione applicativa delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e che non hanno alcun fondamento nella norma primaria, è certamente da escludere l'efficacia vincolante. Si tratta, piuttosto, di atti di indirizzo, volti a favorire orientamenti uniformi».

dentemente dalla loro natura⁴⁴: in effetti, le “decisioni” dell’Anac – comunque giuridicamente inquadrate e sebbene aventi carattere flessibile – sono atti amministrativi soggetti per legge a determinate garanzie procedurali, nonché alla sindacabilità da parte del giudice amministrativo⁴⁵. D’altra parte, se si assume la pluralità e l’atipicità delle fonti secondarie, il primo riferimento per l’individuazione dello statuto del potere “normativo” dell’Anac dovrebbe essere proprio la disposizione legislativa che conferisce il potere medesimo.

Anche la distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti, ancorché legislativamente fondata⁴⁶, sembrerebbe “stemperarsi” sul piano degli effetti – in ogni caso precettivi – che tali atti producono nei confronti dei soggetti pubblici chiamati a osservarli nello svolgimento della propria attività di affidamento delle commesse pubbliche. Anche le linee guida non vincolanti, infatti, ancorché non obbligatorie in senso proprio, certamente sono “condizionanti”, dal momento che della loro eventuale inosservanza si deve dar conto con una congrua motivazione. L’obbligo di motivare lo scostamento, unito alla sindacabilità dell’atto da parte del giudice amministrativo, nonché all’autorevolezza della “fonte” da cui le linee guida promanano, fanno sì che tali atti si impongano comunque quali canoni oggettivi di comportamento per le stazioni appaltanti.

Nel tentativo di individuare il “risvolto” giuridico della peculiare forza conformativa che le linee guida dell’Anac – ma il discorso si può estendere a qualsiasi altro strumento di regolazione flessibile utilizzabile dall’Autorità – assumono nel “mercato” dei contratti pubblici potrebbe essere di qualche interesse ricorrere a quella particolare relazione organizzativa intersoggettiva che va sotto il nome di coordinamento amministrativo⁴⁷.

Le linee guida, infatti, parrebbero non (sol)tanto la manifestazione di un potere di regolazione di un mercato in senso proprio, quanto piuttosto l’espressione di una generale potestà di coordinamento affidata all’Anac dall’ordinamento generale, volta a conformare la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella “gestione” della fattispecie contrattuale.

Nonostante l’incertezza che aleggia in ordine alla nozione giuridica di “coordinamento”, questa particolare figura organizzatoria non appare inidonea a dar

⁴⁴ M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 141 ss.

⁴⁵ M. Mazzamuto, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 738 ss.

⁴⁶ Art. 1, comma 1, lett. t), l. n. 11/2016.

⁴⁷ Sul punto, v., *ex multis*, V. Bachelet, *L’attività di coordinamento nell’amministrazione pubblica dell’economia*; Id, voce «Coordinamento», in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 630 ss.; M.S. Giannini, *Intervento*, in Aa.Vv., *Coordinamento e collaborazione nelle vite degli enti locali (Atti del V° Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione)*, Milano, 1961, 114 ss.; Id, *Diritto amministrativo*, I-II, Milano, 1970, 299 ss.; A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 184 ss.; F. Piga, voce «Coordinamento (principio del)», in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, in part. 3 ss. Più di recente, F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, *passim*; E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 159 ss.

conto – almeno in chiave esplicativa – del complesso dei poteri affidati all’Anac in materia di contratti pubblici.

Il coordinamento, infatti, «può definirsi come una figura (almeno tendenzialmente) di sovraordinazione predisposta per realizzare la unità di indirizzo di uffici od enti dotati di autonomia. Essa comporta in ogni caso nell’ufficio coordinatore il potere di impartire direttive (in senso tecnico) e negli uffici coordinati l’obbligo di tenerle presenti e di non discostarsene se non per plausibili motivi. Poiché tuttavia l’autonomia degli uffici e soprattutto degli enti [...] è di diversa gradazione, il legislatore attribuisce in molti casi all’organismo coordinatore anche il potere di emanare provvedimenti generali, determinazioni e persino – in materie o casi determinati – veri e propri ordini, giungendo così talora a configurare rapporti che potrebbero dirsi di gerarchia impropria»⁴⁸.

Al netto del fatto che non si è al cospetto di uffici, il potere di dettare linee guida sembra proprio rientrare tra le (più importanti) manifestazioni eterogenee di una vera e propria potestà di coordinamento intersoggettivo affidata all’Anac nel “mercato” dei contratti pubblici.

Siffatto coordinamento è, in primo luogo, ravvisabile nella posizione di sovraordinazione dell’Autorità rispetto ai soggetti deputati all’aggiudicazione delle commesse pubbliche: in questo senso, è sufficiente scorrere il catalogo dei poteri che l’ordinamento ha assegnato all’Anac per avvedersi della “signoria” di cui gode l’Autorità nell’ambito in esame⁴⁹. Per converso, l’accennata sovraordinazione non può, in ogni caso, debordare in gerarchia, posto che i soggetti pubblici coordinati mantengono comunque uno spazio di autonomia decisionale che non sarebbe in alcun modo tollerabile nelle relazioni gerarchiche⁵⁰.

In secondo luogo, la forte spinta funzionale del coordinamento, che è sempre orientato al perseguimento di finalità di pubblico interesse⁵¹, è particolarmente evidente in seno alla *mission* affidata all’Anac, che è appunto volta ad “armonizzare” le potestà pubbliche conferite alle stazioni appaltanti, in vista della realizzazione dei differenti interessi pubblici che informano l’ambito in analisi.

Importante notare, infine, come l’«elasticità» e la «forza espansiva» del coordinamento consenta di assommare su di sé potestà eterogenee (tra cui, per quanto qui più interessa, quelle estrinsecantesi in atti para-normativi atipici come le

⁴⁸ V. Bachelet, voce «Coordinamento», cit., 635.

⁴⁹ Al riguardo, sia consentito rinviare a P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 221 ss.

⁵⁰ Segnali, in questo senso, giungono dalla giurisprudenza amministrativa, anche se essi non si riferiscono al complesso dei poteri che l’Autorità esercita nel settore dei contratti pubblici, ma riguardano più specificamente l’estensione della potestà di vigilanza dell’Anac sul rispetto delle norme in tema di inconfiribilità e di incompatibilità degli incarichi all’interno delle pubbliche amministrazioni. V. *supra* cap. III, par. 5.1.

⁵¹ V. Bachelet, voce «Coordinamento», cit., 635; F. Piga, voce «Coordinamento (principio del)», cit., in part. 3 ss.

linee guida), le quali, pur aventi differenti gradi di obbligatorietà, determinano «un complesso di vincoli» che certamente conformano la discrezionalità dei soggetti coordinati⁵².

Posto che «l'attività di coordinamento è qualificata dallo scopo cui è diretta», essa sarebbe priva di effettività se l'organismo coordinatore non potesse introdurre questo insieme di vincoli eteronomi all'attività delle stazioni appaltanti. In altri termini, l'inderogabile esigenza dell'Anac di realizzare il disegno unitario che l'ordinamento ha affidato alla sua cura, presuppone che «il coordinamento [...] non (possa) essere attuato se non sulla scorta di meccanismi che rendano imprescindibile l'osservanza degli indirizzi o impulsi, con attivazione, nell'ipotesi di violazione, di mezzi di tutela giuridica [...]»⁵³. La flessibilità dei meccanismi connaturati al coordinamento non pregiudica, però, l'autonomia riconosciuta ai soggetti coordinati, i quali possono compiere scelte anche divergenti rispetto alle «indicazioni» dell'atto di coordinamento (come, nel nostro caso, di una linea guida non vincolante), purché sia fornita una congrua motivazione.

Una simile ricostruzione non sembra contraddetta dalla giurisprudenza che, al contrario, non ha mancato di inquadrare il generale fenomeno delle linee guida proprio nell'alveo del potere di coordinamento, laddove ha statuito, ancorché con riferimento a potestà diverse da quelle in esame, che «(l)a relazione che si instaura tra il soggetto che emana le linee guida e i destinatari non è [...] quella che implica l'esercizio di potestà normative, [...] ma è, più verosimilmente, quella che si limita a determinare un coordinamento di una pluralità di rapporti organizzatori tra soggetti diversi o anche tra organi di una stessa amministrazione»⁵⁴.

Questo peculiare ruolo di coordinamento dell'Anac nel «mercato» dei contratti pubblici sembra riecheggiare la teoria degli «ordinamenti sezionali» di gianiniana memoria⁵⁵, nella misura in cui al vertice di questi ultimi «[...] trovasi un pubblico potere (cioè un organo dello Stato, un ente pubblico, o altra figura sog-

⁵² F. Piga, voce «Coordinamento (principio del)», cit., 2.

⁵³ Ancora, F. Piga, voce «Coordinamento (principio del)», cit., 7-8.

⁵⁴ Così Cons. Stato, sez. atti normativi, 21 gennaio 2008, n. 137.

⁵⁵ Circa la tesi di Giannini, v. M.S. Giannini, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 111 ss.; Id., *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport*, 1949, 1 ss.; Id., *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del primo congresso di sociologia*, IV, Roma, 1950, 455 e ss.; Id., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 219 ss. e in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1958, 957 ss. Id., *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in *Aa.Vv., La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Milano, 1991. In generale, v. F. Modugno, *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, voce dell'*Enc. Diritto*, XXXIV, 1985, 1 e ss.; S. Amoroso, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Dir. econ.*, 1995, 363 ss.; Id., *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca e borsa*, I, 1995, 58 ss.

gettiva pubblica), che emana delle disposizioni alle quali i vari soggetti debbono uniformarsi [...]»⁵⁶.

Invero, a differenza degli ordinamenti sezionali (che sono stati definiti tali «in quanto limitati ai soggetti che svolgono una *data* attività»⁵⁷), il “mercato” dei contratti pubblici non riguarda un ambito materiale specifico in senso proprio (come l’energia, il credito, le comunicazioni elettroniche, o i trasporti), ma sembra piuttosto essere caratterizzato dalla presenza di una particolare tipologia di vicenda economico-giuridica⁵⁸: le commesse pubbliche. In altri termini, il baricentro del fenomeno non pare tanto determinato dall’oggetto (nel senso, appunto, di ambito materiale, come sopra si è detto) sul quale incide l’attività concreta dell’organismo coordinatore di vertice (o del soggetto coordinato), quanto piuttosto dal tipo di vicenda di cui quest’ultimo si occupa.

La questione, in ogni caso, sarà ripresa nel corso del prossimo paragrafo.

5. *Una riflessione nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici: linee guida e norme interne*

Una ulteriore riflessione s’impone sulla scia del filone di ricerca romaniano relativo alla pluralità degli ordinamenti giuridici⁵⁹.

⁵⁶ M.S. Giannini, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, cit., 111. Il ruolo “verticistico” che occuperebbe un determinato potere pubblico in un ordinamento sezionale (come la Banca d’Italia nell’ordinamento creditizio o il Coni in quello sportivo) corrisponderebbe, invero, a uno solo dei tre elementi tipici (cioè, l’organizzazione) individuati da Giannini per la definizione di un ordinamento giuridico. Unitamente all’organizzazione, devono, infatti, essere presenti a tal fine gli ulteriori elementi della plurisoggettività e della normazione. Peraltro, l’Anac, a differenza – ad esempio – del Coni, non è espressione di un potere pubblico che nasce “dal basso” a fronte dell’esigenza di garantire l’autogoverno di una o più comunità che esprimono un interesse comune (come avviene, appunto, nel settore sportivo): essa è pur sempre un’amministrazione calata “dall’alto”, che non agisce in base agli interessi dei soggetti “regolati”, ma persegue gli obiettivi stabiliti dall’ordinamento generale.

⁵⁷ Id., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, cit., 111.

⁵⁸ Si usa il termine “vicenda” non in senso tecnico-giuridico.

⁵⁹ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, *passim*. La teoria romaniana è stata oggetto di studi e sviluppi approfonditi da parte della dottrina: v., *ex multis*, A. E. Cammarata, *Il concetto del diritto e la “pluralità degli ordinamenti giuridici”* (1926), in Id., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 185 ss.; W. Cesari-Sforza, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, 1381 ss.; M.S. Giannini, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, cit., 1 ss.; F. Modugno, *Legge-ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti giuridici*, Milano, 1985, 249 ss.; Id., voce «Pluralità degli ordinamenti» (voce), in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 3 ss.; C. Pinelli, *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, in *Giur. cost.*, 1986, 1856 ss.; A. Catania, *Formalismo e realismo nella metodologia giuridica. Riflessioni sul pensiero di Santi Romano*, in S. Cassese, M. D’Alberti et al. (a cura di), *L’unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, 401 ss. Per una sintesi delle varie posizioni emerse in dottrina, v. G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007, 32 ss.

Un'ormai non più recente dottrina⁶⁰, trattando in particolare (ma non solo) delle norme interne, aveva approfonditamente analizzato il problema della relazione tra ordinamenti e i momenti di collegamento tra gli stessi.

Per quanto riguarda la questione che qui ci impegna, si può osservare che svariate sono le modalità attraverso le quali schemi prescrittivi prodotti in seno a ordinamenti speciali (e, cioè, norme prodotte in quel contesto) diventano rilevanti in un ordinamento generale e, dunque, in esso spiegano parte della propria efficacia, disciplinando o concorrendo a disciplinare fattispecie che si trovano, per così dire, nel perimetro appunto dell'ordinamento generale.

Tra i vari criteri di collegamento⁶¹ vengono in evidenza il rinvio recettizio o materiale, il rinvio formale (o alla fonte), la presupposizione.

Nei primi due casi, in realtà, si avrebbe un riconoscimento diretto e pieno della prescrizione, sicché essa non si può più configurare in senso proprio come norma interna (che è tale soltanto nella misura in cui la prescrizione non abbia piena efficacia nell'ordinamento generale); nell'ipotesi di presupposizione questa situazione di "assorbimento" non ricorre⁶², posto che la norma non ha piena efficacia nell'ordinamento generale o rinviante e si limita a disciplinare un elemento di una fattispecie (classico esempio sarebbe il caso della colpa rispetto alla fattispecie dell'illecito, oppure la qualificazione di Capo di Stato estero presupposta da una norma penale).

Prima di entrare nel cuore del problema, giova preliminarmente osservare che Bassi opera una stimolante distinzione tra presupposizione e rinvio formale⁶³. In quest'ultima figura vi sarebbe una rinuncia, da parte dell'ordinamento generale, alla diretta regolamentazione e, dunque, una sorta di volontaria autolimitazione della propria competenza regolatrice: l'ordinamento generale, tuttavia, si dichiara competente a disciplinare il rapporto (e il precetto entra a fare parte dell'ordinamento generale), sicché solo per ragioni tecniche desume il criterio regolatore da diverso ordinamento. Nella presupposizione, invece, si assisterebbe a una sorta di declinazione della propria competenza regolatrice da parte dell'ordinamento generale.

Ciò chiarito, ci si può ora chiedere se le linee guida possano configurarsi alla stregua di norme interne che diventano rilevanti nell'ordinamento generale in virtù del meccanismo della presupposizione (sicché si avrebbe una norma dell'or-

⁶⁰ F. Bassi, *La norma interna*, Milano, 1963, *passim*. V. altresì F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne tra esigenze regolative dei pubblici poteri e vincoli dell'ordinamento generale. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, cit., 42 ss.

⁶¹ V. altresì F. Modugno, voce *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Enc. Diritto*, XXXIV, 1985, 1 ss.

⁶² F. Bassi, *op. cit.*, 159 ss.

⁶³ F. Bassi, *op. cit.*, 237 ss.

dinamento particolare che opera direttamente la qualificazione del fatto e una norma strumentale dell'ordinamento generale).

Questa "mossa teorica" avrebbe l'indubbio vantaggio di sgomberare il campo dal complicato approfondimento circa la possibilità di riconoscere alle linee guida natura di fonti dell'ordinamento generale: esse, infatti, sarebbero appunto richiamate dall'ordinamento generale e dalle sue fonti, senza che ciò – alla stessa stregua di quanto accade in tutti gli altri casi in cui il meccanismo della presupposizione opera nel nostro ordinamento – comporti alcuna significativa alterazione dell'articolazione delle stesse.

Siffatta opzione non è priva di suggestione e di un qualche fondamento, ove si consideri – per riprendere lo spunto di cui al par. precedente – che la disciplina dei contratti pubblici sembra appunto esibire i connotati di un ordinamento (speciale rispetto a quello generale)⁶⁴, soprattutto in riferimento al soggetto posto al suo vertice: ossia, un'autorevole organizzazione che, negli spazi concessi da un ordinamento generale, sovrintende l'attività contrattuale di tutti i soggetti pubblici, emanando "disposizioni" generali, di vigilanza, sanzionatorie, comunque conformative della discrezionalità che compete alle stazioni appaltanti. Né pare privo di significato il fatto che i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici, ancorché formino oggetto di sindacato da parte di un giudice dell'ordinamento generale, sono soggetti a un rito speciale⁶⁵, quasi che il momento processuale completi la specificità dell'ordinamento di settore.

Non solo: l'Anac si giustifica anche e soprattutto in ragione delle proprie competenze tecniche, sicché si potrebbe ragionare circa la possibilità che le norme interne di quell'ordinamento emanate dall'Anac (ché tali appaiono, appunto, le "linee guida") acquisiscano rilevanza nell'ordinamento generale in quanto da esso presupposte (da una norma dell'ordinamento generale che disciplina una fattispecie, lasciando in "bianco" solo un elemento, oggetto dello schema prescrittivo ricavabile dalla linea guida) e per una precisa scelta dello stesso, che si dichiara implicitamente incompetente.

Invero, non è agevole calare un modello teorico elaborato per le norme interne su di una realtà complessa e sfuggente come quella delle linee guida.

L'operazione richiederebbe intanto di potere configurare, accanto a un ordinamento generale, un ordinamento speciale dei contratti. Sul punto già si è indu-

⁶⁴ La prospettiva di tipo "ordinamentale" per la descrizione del fenomeno in analisi non sembra, infatti, del tutto isolata in dottrina: in proposito, cfr. G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 308, che accosta le linee guida non vincolanti dell'Anac alle direttive amministrative, anche in considerazione del fatto che l'Autorità «è titolare del potere di regolazione del settore "contratti pubblici", per il che dispone di tutta una serie di poteri anche di controllo e di vigilanza nei confronti delle stazioni appaltanti e dei soggetti esecutori di contratti pubblici, tanto da dar luogo ad un "sistema ordinamentale" o comunque ad un legame organizzativo che per definizione si innerva tramite lo strumento della direttiva».

⁶⁵ Cfr. artt. 120 e ss., d.lgs. n. 104/2010.

giato, pur dovendosi aggiungere che le opinioni della dottrina non sono univoche quanto alla fisionomia degli ordinamenti e ai presupposti che debbono sussistere (e alla soglia “istituzionale” che deve essere raggiunta) ai fini della loro configurazione (schematicamente, si va dalla nozione più estesa di Santi Romano – per cui ogni istituzione è un ordinamento – alla tesi, più “restrittiva”, degli ordinamenti sezionali di Giannini, che lascia “scoperte” importanti aree di fatti non ordinamentali). Anzi, ancora a monte, si potrebbe contestare che la disciplina dei contratti costituisca – come invece si è sopra sinteticamente osservato – un ordinamento speciale, posto che è completamente riassorbito⁶⁶ in quello generale e, dunque, non appare dallo stesso distinto. A supporto di questa tesi si potrebbe tra l’altro invocare l’art. 1, comma 1, lett. t), l. 28 gennaio 2016, n. 11, che prevede l’impugnabilità delle linee guida assunte dall’Anac «innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa» (con ciò riconoscendo che si fa questione di atti a rilevanza esterna).

Non solo, chi dovesse negare la plausibilità della teoria romaniana⁶⁷ reciderebbe alla radice la possibilità dello sviluppo dell’argomentazione qui prospettata.

In ogni caso, a tacere di queste ultime e rilevanti problematicità, collocandosi all’interno della logica del collegamento tra ordinamenti, non possono non considerarsi ulteriori profili problematici.

Intanto, non sembra peregrino indugiare su di un’ulteriore via illuminata dagli studi di Bassi, quella, cioè, che accanto alla presupposizione (e, quindi, al rinvio indiretto a norme interne) quale momento di collegamento in grado di conferire rilevanza alle c.d. norme interne (nel caso: le linee guida) nell’ordinamento generale, ammette la possibilità di un “riconoscimento indiretto” e parziale di un intero ordinamento⁶⁸, come accade, ad esempio, per l’ordinamento dei privati attraverso la disciplina delle obbligazioni naturali⁶⁹.

Nel caso delle linee guida, in effetti, appare difficile sostenere che (*ante* riforma del 2019) ci sia un riconoscimento solo parziale dell’ordinamento speciale che consenta alle norme (e, cioè, alle linee guida) di produrre effetti meramente parziali nell’ordinamento giuridico generale.

⁶⁶ V. sul punto N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 197; F. Modugno, voce *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit.

⁶⁷ È peraltro indubbio che esistano indici normativi univoci a favore della esistenza di più ordinamenti giuridici. A tacere dell’art. 7 Cost., si pensi alle numerose norme di fonte primaria che parlano di ordinamenti (ad es. art. 2, commi, 3, 5 e 9 *bis*, artt. 4, 12 e 23, l. 241/1990).

⁶⁸ F. Bassi, *op. cit.*, 301 e ss.

⁶⁹ Di presupposizione con riferimento a (interi) ordinamenti parlava anche Santi Romano, *L’ordinamento giuridico*, 1918, rist. Firenze, 1951 (la citazione si riferisce a questa edizione), 156. L’A. usa un’immagine molto evocativa: gli ordinamenti, in tal caso, vengono in evidenza «non nelle loro singole parti e, perciò non nelle norme o nei precetti in cui constano, ma ciascuno nella loro unità, come chiusi, a somiglianza di ciò che avviene in certe operazioni matematiche, fra parentesi» (157).

La rilevanza e l'estensione delle linee guida vincolanti era tale che il fenomeno poteva piuttosto essere inquadrato ricorrendo all'immagine di un ordinamento che prende in considerazione tutti gli effetti delle linee guida, le quali non sono affatto colte, per così dire, incidentalmente (rimanendo per altri profili indifferenti all'ordinamento generale medesimo) o limitatamente alla disciplina di "spezzoni" di fattispecie regolate dall'ordinamento generale. Per altro verso (in continuità con il rilievo testé indicato), le fattispecie cui si applicavano le linee guida vincolanti non apparivano affatto esterne rispetto all'ordinamento generale.

Né quelle fattispecie risultavano propriamente esterne rispetto all'ordinamento generale (ancora una volta, per differenza, è illuminante il richiamo alla tematica delle obbligazioni naturali⁷⁰).

Pure ipotizzando di invocare il meccanismo del rinvio formale, si verificherebbe un completo inglobamento delle linee guida nell'ordinamento generale.

La preoccupazione teorica che si cela dietro l'ordine di argomentazione qui delineato è evidente, nel senso che andrebbe attentamente verificato se, almeno fino al c.d. decreto "Sblocca Cantieri", non si sia fatto questione (non già di una mera presupposizione, bensì) addirittura del richiamo diretto di un intero ordinamento o di un ampio e indifferenziato meccanismo di rinvio formale.

L'estensione delle materie incise dalle linee guida, si potrebbe cioè osservare, è (era) talmente significativa da non consentire di adottare una prospettiva di parziale apertura da parte dell'ordinamento generale verso parti di specifiche prescrizioni di un ordinamento diverso.

La latitudine del fenomeno starebbe a indicare che, al di là della qualificazione tecnica del momento di collegamento, la disciplina di interi settori, nel contesto dei contratti, è (era) rimasta riservata alle linee guida, quasi a guisa di abdicazione totale o tendenzialmente generalizzata della propria funzione regolatrice da parte dell'ordinamento generale, che apre contestualmente spazi a favore di altri atti prescrittivi.

Tutto ciò riporta in primo piano il tema del difetto di responsabilità politica in capo a chi esercita sostanzialmente un potere prescrittivo rilevante nell'ordinamento generale⁷¹.

Non è un caso che la giurisprudenza e parte della dottrina avessero già cercato di apprestare limiti e di tracciare confini attraverso una meticolosa indagine qualificatoria.

Le linee guida vincolanti erano state ad esempio "agganciate" alla funzione di regolazione, riconosciuta dall'ordinamento generale e, dunque, parrebbe,

⁷⁰ F. Bassi, *op. cit.*, 310.

⁷¹ Vi è poi la questione del rispetto del principio di legalità unitamente a quella del carattere di delega in bianco del meccanismo prefigurato dall'ordinamento. Per un'analisi più approfondita di questi temi, v. P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 297 ss.

estranea sia alla logica dei rapporti interordinamentali, sia alla teorica delle fonti in senso più tradizionale, mentre quelle non vincolanti, come detto, erano viceversa state ricondotte al modello della circolare.

Più nel dettaglio, il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di codice dei contratti pubblici⁷², aveva individuato tre differenti tipologie di «atti attuativi» del codice dei contratti pubblici: gli atti e le linee guida adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'Anac, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; le linee guida dell'Anac dotate di efficacia vincolante, nonché quelle prive di tale carattere⁷³.

Ai primi⁷⁴ era stata riconosciuta la natura regolamentare e, in particolare, la loro assimilazione, «anche indipendentemente dal *nomen iuris* fornito dalla delega e dallo stesso codice», al modello generale dei regolamenti ministeriali di cui all'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988, con la conseguente soggezione, sotto il profilo sia sostanziale che procedimentale, al regime giuridico proprio dei predetti atti⁷⁵.

La natura regolamentare delle c.d. linee guida “ministeriali”⁷⁶ sarebbe desumibile dai caratteri di generalità, astrattezza e innovatività dell'ordinamento delle disposizioni ivi contenute, alla stessa stregua di quelle incluse in qualsiasi atto regolamentare tipico.

Il riconoscimento della natura normativa delle linee guida “ministeriali” non determina soltanto l'assoggettamento di tali atti al regime giuridico dei regolamenti

⁷² Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855, parr. II.g).2 ss.

⁷³ Le tipologie di atti attuativi del codice non si esauriscono, invero, nella classificazione proposta dal Consiglio di Stato, ma contemplanano un novero assai esteso ed eterogeneo di provvedimenti (e di procedure previste per la loro adozione). Al momento dell'emanazione del decreto correttivo (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) il Consiglio di Stato (comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782) ha “contato” 55 atti attuativi (17 decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, 16 atti dell'Anac, 6 decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, 16 decreti di altri Ministri), oltre ai regolamenti di organizzazione con cui l'Anac disciplina l'esercizio di propri compiti specifici. Con il d.l. n. 32/2019 (cd. “Sblocca Cantieri”), conv. in l. n. 55/2019, invero, si è prevista l'adozione del regolamento governativo di cui all'art. 216, comma 27 *octies*, d.lgs. 50/2016, che, in larga parte, sostituisce taluni atti attuativi del codice con riferimento a determinate materie.

⁷⁴ Cfr., ad esempio, art. 84, comma 12, del codice, che affida a un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'Anac, sentite le competenti Commissioni parlamentari, l'individuazione delle modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate ai sensi dell'art. 38, per migliorare l'effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici.

⁷⁵ Tra cui, la necessaria conformità allo specifico precetto legislativo attributivo del potere regolamentare; la comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione; l'adozione previo parere del Consiglio di Stato; la sottoposizione al visto e alla registrazione della Corte dei conti; la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale; inoltre, come ogni altro regolamento, possono essere disapplicati in sede giurisdizionale. Così, Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855, par. II.g).4, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.3.; comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2282, par. 1.1.; comm. spec., 12 febbraio 2018, n. 360.

⁷⁶ La medesima qualificazione giuridica è stata attribuita dal Consiglio di Stato alle «direttive generali» adottate, ai sensi dell'art. 1, comma 7, del codice, dal Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, previo accordo con l'Anac, al fine di disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero: cfr. Cons. Stato, comm. spec., 11 maggio 2017, n. 1119, par. II.1.

ministeriali, ma incide anche sulla loro tecnica di redazione: essa, infatti, non può essere basata sulla formulazione discorsiva delle condotte da tenere, bensì deve fondarsi sull'individuazione di precetti chiari e ordinati in base a un articolato⁷⁷.

Le linee guida vincolanti, come anticipato, parrebbero estranee alla logica dei rapporti interordinamentali, posto che viene in rilievo un centro normativo autonomo e proprio dell'ordinamento generale.

In particolare, secondo il Consiglio di Stato, le linee guida vincolanti avrebbero natura di «atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare»⁷⁸. Dunque, la natura (e i poteri) del soggetto pubblico emanante si rifletterebbe sulla qualificazione dell'atto emanato, anche se, rispetto ai poteri di regolazione delle altre *authorities*, le linee guida vincolanti dell'Anac presenterebbero dei caratteri distintivi, specie con riguardo al rapporto col principio di legalità⁷⁹. Esse sarebbero, difatti, maggiormente “imbrigliate”, poiché definite in modo più puntuale dalla norma primaria, la quale demanda all'Autorità lo sviluppo e l'integrazione di un precetto legislativo già compiuto⁸⁰. In altri termini, le linee guida vincolanti dell'Anac non sarebbero espressione di poteri regolatori “in bianco” o individuati “per obiettivi”, bensì il risultato di «poteri neutrali di attuazione della legge»⁸¹.

A differenza delle linee guida vincolanti, che formano parte dell'ossatura della disciplina attuativa del codice e che hanno proprio lo scopo di integrare, con precetti di dettaglio, la disciplina generale posta a livello legislativo, a quelle “non

⁷⁷ Cons. Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2282, par. 1.3.

⁷⁸ Così Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4. Parimenti, cfr. Cons. Stato, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920, che ha reso il parere sullo schema di regolamento per il rilascio di pareri di precontenzioso ai sensi dell'art. 211 del codice, ove si è osservato che l'inquadramento delle linee guida vincolanti come atti di regolazione delle Autorità indipendenti «può essere giustificata solo a patto di inquadrarla nella *soft law*, riconoscendo loro natura amministrativa, altrimenti si finirebbe per derogare al principio di tipicità delle fonti normative, che presidia la *hard law*». In termini, Cons. Stato, comm. spec., 10 gennaio 2017, n. 22.

⁷⁹ Ancora, Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.

⁸⁰ Cfr., ad esempio, «Linee Guida n. 5 - Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici», adottate ai sensi dell'art. 78, comma 1, del codice e qualificate come vincolanti dal Consiglio di Stato in sede consultiva, in quanto dotate di «valenza integrativa del precetto primario»: Cons. Stato, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1919, par. 3.1. Oppure, v. «Linee Guida n. 7 - Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016», sulla cui natura vincolante si è espresso Cons. Stato, comm. spec., 1° febbraio 2017, n. 282.

⁸¹ Così Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4. La maggiore pregnanza del principio di legalità sarebbe, peraltro, assicurata dal “controllo di conformità” effettuato, già prima dell'emanazione dell'atto, dal Consiglio di Stato in sede consultiva, senza che da ciò possa comunque derivare una sorta di «cappello protettivo di legittimità» in una eventuale fase di contenzioso (sono numerosi gli esempi in cui siffatto controllo è stato ampiamente esercitato dal Consiglio di Stato: v., *ex multis*, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1919, in part. par. 2.2. ss.; comm. spec., 1° febbraio 2017, n. 282, par. 3). Invero, si rivendica opportunamente l'esercizio *ex post* di un pieno sindacato giurisdizionale di ragionevolezza sulla linea guida eventualmente oggetto di impugnazione: così Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.5.

vincolanti” era stata riconosciuta una finalità differente, ontologicamente connotata alla loro stessa valenza semantica: quella, cioè, di “guidare” e “supportare” le stazioni appaltanti nell’esercizio della discrezionalità amministrativa che istituzionalmente gli compete, fornendo raccomandazioni, istruzioni operative e indirizzi generali, emanando indicazioni conoscitive e interpretative per prevenire incertezze esegetiche e contenziosi, indicando le migliori prassi⁸².

La natura non vincolante delle linee guida in esame giustifica una formulazione più marcatamente discorsiva del loro contenuto e un corrispondente minor rigore nella definizione delle linee di indirizzo impartite all’amministrazione. Inoltre, è fatta salva la facoltà per le stazioni appaltanti di discostarsi dalle indicazioni dell’Anac, purché venga fornita, «anche a fini di trasparenza», una puntuale e adeguata motivazione che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa in relazione alle peculiarità della fattispecie concreta⁸³ e alla condizione che essa sia comunque rispettosa delle disposizioni del codice e dei principi generali dell’ordinamento europeo e di quello nazionale⁸⁴.

Anzi, secondo il Consiglio di Stato, sarebbe proprio questa l’«essenza» della non vincolatività dell’atto regolatorio, a cui deve accompagnarsi l’enunciazione chiara e intelligibile delle ragioni di *best practice* poste a base delle linee di indirizzo in esso contenute, le quali devono comunque essere formulate in modo tale da consentire alle stazioni appaltanti scelte eventualmente diverse – purché puntualmente e adeguatamente motivate – da quelle operate nelle linee guida⁸⁵.

La predicata assenza di vincolatività non equivale, come già ricordato sopra, a irrilevanza giuridica della condotta della stazione appaltante eventualmente contrastante col dettato della linea guida: al di fuori della già citata ipotesi di motivato non adeguamento, la violazione della linea guida può, infatti, assurgere a elemento sintomatico dell’eccesso di potere (così come avviene per la violazione

⁸² In questo senso, v. Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, in part. par. B.2. Invero, non può tacersi la valenza talvolta integrativa del precetto legislativo anche a opera delle linee guida non vincolanti, come peraltro confermato dallo stesso Consiglio di Stato: ad esempio, v. Cons. Stato, comm. spec., 13 settembre 2016, n. 1903, par. 1, ha precisato come l’Anac, nell’adozione delle linee guida sul sotto-soglia, «si sia limitata a chiarire alcuni aspetti applicativi, a volte anche in senso integrativo, dell’art. 36 del Codice [...]». O ancora, in ordine alla possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere alle procedure ordinarie, in luogo di quelle semplificate, per l’affidamento di contratti sotto-soglia, ha evidenziato come tale indicazione «integr(i) il dettato della legge, che si limita a fare genericamente salva la facoltà di ricorrere alle procedure ordinarie». A seguito dell’entrata in vigore del c.d. “decreto Sblocca Cantieri”, l’affidamento di contratti sotto-soglia sarà disciplinato dal regolamento di cui all’art. 216, comma 27 *octies*, d.lgs. 50/2016.

⁸³ Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5.

⁸⁴ Così Cons. Stato, comm. spec., 12 febbraio 2018, n. 361.

⁸⁵ Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, B.4.2, il quale, d’altro canto, ammonisce circa il rischio di eccessi di raccomandazione o chiarificazione «che possono compromettere l’agevole individuazione del precetto», così come il rischio «di trascendere rispetto alla funzione tipica di *soft law*, attraverso l’irrigidimento delle regole».

delle circolari amministrative), potendo perciò, essa stessa determinare l'invalidità dell'atto applicativo non conforme⁸⁶.

Le linee guida non vincolanti, secondo la tesi più accreditata accolta dal Consiglio di Stato, erano, appunto, qualificabili come direttive o circolari amministrative⁸⁷ e, dunque, il problema teorico avanzato in questa sede – ossia la configurabilità delle linee guida alla stregua di norme interne – sembrerebbe porsi soltanto per questa peculiare tipologia di atti. Così confinata, la questione potrebbe in effetti essere tralasciata utilizzando il meccanismo della presupposizione.

6. Osservazioni finali

In ogni caso, al di là della condivisibilità della ricostruzione teorica da cui hanno preso le mosse queste ultime considerazioni, due riflessioni finali si impongono con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici.

Intanto, il principale “argine” (non colto nell'analisi di Bassi) costituito dalla responsabilità politica del centro regolatore sembra profilarsi quale controlimitte costituzionale rispetto al richiamo diretto di altri ordinamenti o di vasti e indifferenziati settori di prescrizioni espresse da asseriti ordinamenti speciali (e, cioè, di quei meccanismi che finiscono per configurare fonti sub-primarie o fattispecie equipollenti di riconoscimento diretto).

In secondo luogo, almeno per chi intenda continuare ad aderire alla prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici, la scelta operata dal c.d. “decreto Sblocca Cantieri” andrebbe letta appunto come una riappropriazione da parte delle fonti dell'ordinamento generale di bisogni regolatori consegnati in precedenza (e forse in modo eccessivamente ampio) a ordinamenti speciali.

Difatti, con la novella introdotta dal d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019, il legislatore ha riconsegnato alla fonte regolamentare governativa taluni ambiti materiali della disciplina attuativa del codice dei contratti pubblici prima devoluti alla regolazione “flessibile” dell'Anac.

Il regolamento (da adottare *ex art.* 17, comma 1, lett. a) e b), l. 400/1988, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della nuova norma)⁸⁸ reca, in particolare, disposizioni nelle seguenti materie: nomina, ruolo e compiti del

⁸⁶ Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5.3.

⁸⁷ Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5.3. V. anche Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 20 novembre 2017, n. 2704, che ha assimilato le linee guida n. 6 dell'Anac (non vincolanti) «[...] ad una (mera) circolare interpretativa».

⁸⁸ Cfr. art. 216, comma 27-*octies*, d.lgs. 50/2016. Alla data in cui si scrive, il regolamento in questione non ha ancora visto la luce, sicché restano a tutt'oggi efficaci le linee guida dell'Anac e i decreti attuativi adottati in base alle previgenti disposizioni legislative del Codice dei contratti pubblici.

responsabile del procedimento; progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; direzione dei lavori e dell'esecuzione; esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; collaudo e verifica di conformità; affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; lavori riguardanti i beni culturali.

A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento, inoltre, cessano di avere efficacia le linee guida *ex art.* 213, comma 2, del codice, vertenti sulle materie indicate sopra nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento.

Si assiste dunque a una riduzione dello spazio di incidenza regolatoria dell'Anac, specie con riguardo ad alcune materie disciplinate dalle linee guida ministeriali e da quelle a efficacia vincolante, che divengono oggetto di riserva governativa⁸⁹. Restano nondimeno in capo all'Anac importanti – ma più limitate rispetto al passato – competenze regolatorie (vincolanti), che spaziano da quelle relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti, a quelle concernenti i criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo dei componenti delle commissioni aggiudicatrici, nonché alle linee guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti *in house*.

Il regolamento si “riappropria” anche di ambiti materiali soggetti alla disciplina posta da talune linee guida non vincolanti, come nel caso di quelle adottate ai sensi dell'art. 36, comma 7, del Codice, per i contratti cd. “sotto-soglia”. Non viene però intaccata la competenza regolatoria generale di cui all'art. 213, comma 2, del codice, attraverso cui l'Anac «garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche».

In conclusione, pare potersi osservare che la sfera di azione del regolamento emanando riduce, anche se non elimina, la potestà regolatoria dell'Anac.

Senza scomodare il tema delle fonti, ma attingendo alla sistematica delle norme interne, si profila ora un richiamo (residuale e quantitativamente accettabile, che non implica un'alterazione delle fonti dell'ordinamento generale) soltanto di alcune delle proposizioni prescrittive che esprime l'ordinamento derivato che fa capo ad Anac.

⁸⁹ Ad esempio, il regolamento governativo sostituirà le linee guida dell'Anac, adottate ai sensi dell'art. 31, comma 5, del codice, sui compiti del RUP.

Fabrizio Fracchia, Pasquale Pantalone - Abstract

La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici

Il saggio approfondisce la natura giuridica delle linee guida adottate dalle pubbliche amministrazioni e, in particolare, di quelle emanate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel settore dei contratti pubblici. Gli Autori svolgono ulteriori riflessioni teoriche sul tema alla luce della nota teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici

The legal nature of guidelines: an evolutionary trajectory in the public procurement field

According to an administrative law perspective, the paper aims at analyzing the legal nature of guidelines adopted by public administrations, with specific reference to the ones issued by the National Anticorruption Authority in the public procurement law field. The Authors also offer some theoretical reflections on the subject matter in the light of the traditional Italian theory of the plurality (and connections) of legal systems.