



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

LE (IN)CERTEZZE DEL DIRITTO

Atti delle giornate di studio
17-18 gennaio 2019

a cura di
Cinzia Piciocchi
Marta Fasan
Carla Maria Reale

2021



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

49

2021

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

*Redazione a cura dell'Ufficio Pubblicazioni Scientifiche
dell'Università degli Studi di Trento*

© Copyright 2021
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-932-1
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea, grazie al contributo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento - Dipartimento di Eccellenza finanziato dal MIUR - CUP E66C18000370005, per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-989-0.

Gennaio 2021

LE (IN)CERTEZZE DEL DIRITTO

Atti delle giornate di studio
17-18 gennaio 2019

a cura di
Cinzia Piciocchi
Marta Fasan
Carla Maria Reale

Università degli Studi di Trento 2021

INDICE

	Pag.
Marta Fasan, Carla Maria Reale <i>Premesse e spunti per un dialogo sulle (in)certezze del diritto.....</i>	1
SEZIONE I GLI STRUMENTI DELLE (IN)CERTEZZE	
Lucia Busatta <i>Gli strumenti delle (in)certezze.....</i>	9
Giulia Giusy Cusenza <i>L'(in)certezza del diritto e le nuove sfide della nomofilachia.....</i>	17
Caterina Tomba <i>Il regime di responsabilità civile dello stato-giudice quale strumento di prevenzione della (illegittima) incertezza del diritto.....</i>	37
Roberto Compostella <i>(Im)prevedibilità della decisione giudiziaria vs (in)certezza del vincolo del precedente.....</i>	57
Vincenzo Desantis <i>L'incerto statuto delle linee guida dell'Anac nell'ordinamento giuridico italiano.....</i>	81
Tommaso Bianchi <i>Brevi cenni in merito alla cosiddetta 'legge delle citazioni' e sull'esigenza di certezza del diritto nella codificazione teodosiana.....</i>	113
Serena Tomasi <i>Incertezza nel diritto: la prospettiva dell'impegno argomentativo..</i>	135

SEZIONE II

GLI AMBITI PARADIGMATICI DELLE (IN)CERTEZZE

Carla Maria Reale	
<i>Gli ambiti paradigmatici delle (in)certezze</i>	149
Maurizio Di Masi	
<i>L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia</i>	157
Marco Rizzuti	
<i>Una (in)certa idea di famiglia: tra giudici e legislatori</i>	181
Andrea Martani	
<i>Le incertezze del diritto nel contesto della sanità moderna: sfide presenti e future</i>	197
Francesco Farri	
<i>Le (in)certezze nel diritto tributario</i>	219
Flavio Guella	
<i>La domanda di certezza del diritto e i suoi pericoli. Ambiti paradigmatici e nuovi spazi nella ricerca della certezza giuridica, tra funzione del legislatore e ruolo della giurisprudenza</i>	243

SEZIONE III

NUOVE TECNOLOGIE

E (IN)CERTE RISPOSTE DEL DIRITTO

Marta Fasan	
<i>Nuove tecnologie e (in)certe risposte del diritto</i>	265
Elisa Spiller	
<i>If data is the new atoms... Le incertezze sul concetto di dato personale al tempo dei big data</i>	273
Irene Domenici	
<i>Tecnologie sanitarie innovative: il diritto di fronte all'incertezza scientifica ed etica</i>	295

INDICE

	Pag.
Gemma Pacella	
<i>Dalla realtà alla qualificazione dei rapporti di lavoro: restituire certezza alle categorie tradizionali</i>	315
Giuseppe Emanuele Corsaro	
<i>Schrems contro Facebook: gli incerti confini della categoria dei consumatori</i>	339
Chiara Garbuio	
<i>Declinazioni nuove di problemi antichi: l'impatto della digitalizzazione sul mercato del lavoro e le perduranti incerte risposte del sistema di sicurezza sociale</i>	359
Marta Tomasi	
<i>I tratti della certezza giuridica davanti alla realtà "tecnologicamente aumentata"</i>	381

SEZIONE IV
CONCLUSIONI

Cinzia Piciocchi	
<i>Conclusioni</i>	393

L'INCERTO STATUTO DELLE LINEE GUIDA DELL'ANAC NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Vincenzo Desantis

SOMMARIO: 1. *L'attuazione del Codice dei contratti pubblici e i nuovi poteri dell'Anac.* 2. *Caratteristiche principali delle linee guida dell'Anac.* 3. *Classificazione delle linee guida dell'Anac.* 3.1. *Linee guida "ministeriali".* 3.2. *Linee guida vincolanti.* 3.3. *Linee guida non vincolanti.* 4. *Conclusioni: l'incerta compatibilità delle linee guida con i principi dell'ordinamento.*

1. L'attuazione del Codice dei contratti pubblici e i nuovi poteri dell'Anac

La materia dei contratti pubblici ha, da ultimo, conosciuto generosi processi di riforma.

Il quadro delle fonti normative in materia è, infatti, significativamente mutato e ciò è particolarmente vero se si ha riguardo alle disposizioni che il d.lgs. n. 50/2016 (*Codice dei contratti pubblici*)¹ prescrive per la propria attuazione e integrazione.

Ad una disciplina non eccessivamente estesa² si è andato sostituendo un apparato di regole particolarmente consistente, segnato dall'introduzione di non trascurabili novità come, ad esempio, l'inedita regolamen-

¹ La legge delega n. 11/2016 aveva previsto che la legislazione delegata titolasse *Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*. In un secondo momento il Consiglio di Stato ha sollevato alcune critiche in ordine alla precisione giuridica di tale dizione, suggerendo l'attuale denominazione.

² Ci si riferisce alle Direttive nn. 17 e 18 del 2004, approvate il 31 marzo 2004, e ai successivi interventi di trasposizione del legislatore italiano (trasfusi nel d.lgs. n. 163/2006).

tazione dei contratti di concessione³ e la predisposizione di misure di ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

Come già avvenuto in passato, le nuove regole in materia realizzano indicazioni elaborate in ambito europeo, assolvendo agli obblighi contenuti in più direttive⁴.

Differentemente da quanto accaduto in altri Paesi europei⁵, il legislatore italiano ha deciso di ovviare alla trasposizione attraverso la decretazione delegata, elaborando, a monte, una legge di delega particolarmente dettagliata⁶.

La ricchezza dell'intervento parlamentare ha insospettito parte della dottrina, facendole ipotizzare che la minuziosità della delega potesse aver contravvenuto il c.d. divieto di *gold plating*⁷ previsto e sanzionato sia in ambito europeo⁸ che in ambito nazionale⁹.

³ La direttiva relativa ai contratti di concessione è la Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE.

⁴ Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici; Dir. 26 febbraio, n. 2014/25/UE sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

⁵ Alcuni Paesi europei hanno trasposto le direttive europee adottando la tecnica di trasposizione del *copy out*, ed hanno riprodotto (quasi) integralmente il testo delle direttive europee nelle disposizioni nazionali.

⁶ Il provvedimento normativo in oggetto è la l. n. 11/2016 (*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*). La discussione che ne ha preceduto l'approvazione si è protratta per oltre un anno e mezzo, terminando poco tempo prima della scadenza dei termini previsti dalle relative direttive per la trasposizione nazionale. Il testo si compone di 72 principi e criteri direttivi.

⁷ È di questo avviso M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 436 ss.

⁸ Il divieto di *gold plating* è un principio di diritto elaborato in ambito comunitario (oggi *eurounitario*), secondo il quale deve ritenersi precluso introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi previsti dalle direttive comunitarie.

A valle, la successiva decretazione ha meritoriamente costruito una disciplina unitaria, contemperando gli obblighi di ricezione delle indicazioni europee con l'esigenza di comporre un quadro chiaro e organico della normativa d'insieme¹⁰. Più in particolare, il legislatore delegato ha sapientemente coordinato la transizione dal vecchio al nuovo regime, scongiurando le incertezze interpretative legate alle possibili sovrapposizioni tra fonti¹¹.

Su questa stessa scia, l'abrogazione del regolamento attuativo n. 207/2010¹² ha realizzato, a sua volta, esigenze di semplificazione, snellendo almeno in parte la disciplina in materia.

I risultati così ottenuti dipendono dall'adozione di un modello di intervento complesso, in cui l'applicazione delle normative europee si è accompagnata alla predisposizione di misure di riordino della disciplina nazionale già esistente.

L'intendimento perseguito è, infatti, consistito nella riduzione ai minimi termini di possibili antinomie, specie per quanto riguarda la disciplina applicabile ai procedimenti ancora in corso.

Nonostante gli obiettivi di chiarezza, alcune formulazioni letterali del nuovo Codice sembrano avere sollevato più dubbi di quelli che insi-

⁹ L'istituto in esame trova espresso richiamo in diversi luoghi della legislazione nazionale (per un concreto raffronto v., tra gli altri, i commi 24-ter e 24-quater dell'art. 14 della l. n. 246/2005 nonché la l. n. 234/2012).

¹⁰ Rimane, ad ogni modo, pacifico che, anche a seguito dell'avvenuta attuazione delle direttive del 2014, la maggior parte della disciplina è rintracciabile in questi stessi atti normativi e nei principi generali del Diritto UE.

¹¹ In questo senso ancora M.P. CHITI, *op. cit.*, il quale aggiunge che le incertezze interpretative legate al possibile sovrapporsi di più discipline contemporaneamente applicabili potrebbe causare, tra le altre cose, anche il blocco delle procedure contrattuali: circostanza assolutamente indesiderabile, specie alla luce degli obiettivi europei trasfusi nelle direttive di cui *supra*. Al riguardo cfr., tra gli altri, anche G. PIGA, *La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista di un economista*, in G. DELLA TORRE (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi in Scienze dell'Amministrazione*, Milano, 2016.

¹² A questo proposito gioverà precisare che la suddetta abrogazione non sia stata disposta come immediatamente operativa per ogni parte del regolamento. L'art. 216 del Codice ha, infatti, stabilito che una serie limitata di disposizioni legislative rimanessero vigenti sino all'adozione degli atti attuativi idonei a sostituirli.

stevano sulle disposizioni sostituite, generando problemi interpretativi che sembrano ancora lontani da una soluzione condivisa.

L'organicità del nuovo apparato codicistico realizza, infatti, solo in parte le aspirazioni della novella, lasciando inevasi quesiti di grande momento.

Tra di essi c'è anche quello che si interroga sulla natura e sull'estensione dei nuovi atti attuativi elaborati dall'Autorità nazionale anticorruzione¹³.

L'art. 1, comma 1, lett. t) della legge delega attribuisce, infatti, all'Anac un coacervo di funzioni, tra cui quelle di:

(...) promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche i poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio

nonché

(l')adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante.

Secondo l'interpretazione prevalente, questa nuova e indefinita congerie di atti potrebbe costituire parte della futura ossatura della disciplina attuativa del Codice dei contratti pubblici.

Gli atti in questione sono stati, spesso, dotati della capacità di sostituire la vecchia normativa secondaria, candidandosi a ricoprire un ruolo

¹³ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, 2016 (ultima consultazione 22/12/2018); N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016 (ultima consultazione 26/12/2018); M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016 (ultima consultazione 22/12/2018); M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016 (ultima consultazione 26/12/2018); I.A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016.

sempre più preponderante in chiave futura, complice anche il crescente *favor* nei confronti della regolazione c.d. flessibile¹⁴.

I problemi legati all'interpretazione dei nuovi passaggi normativi hanno, tuttavia, sollevato un rilevantissimo e ancora inconcluso dibattito dottrinale¹⁵, con la conseguenza che, almeno per il momento, l'invocata flessibilità semplificatrice sembra aver prodotto problemi maggiori di quelli che intendeva risolvere¹⁶.

A completamento del quadro, i commi 4 e 5 della citata legge di delega riconoscono all'Anac il potere adottare linee guida di carattere generale, approvabili con decreto ministeriale¹⁷, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

Altri luoghi della decretazione prevedono, inoltre, la potestà di emanare linee guida di carattere *non* vincolante, senza spiegare se e in che cosa tali atti differiscano da quelli richiamati nelle precedenti disposizioni. Uno stesso *nomen*¹⁸ sembra, dunque, riferirsi ad istituti tra loro

¹⁴ Al riguardo cfr. V. ITALIA, *Norme "forti" e norme "deboli"*, Milano, 2016.

¹⁵ Sul tema, tra gli altri, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2016, p. 273.

¹⁶ L'espressione in oggetto riproduce in altri termini quanto più efficacemente detto da Chiti in M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 439.

¹⁷ Si tratta, nella fattispecie, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Avendo, invece, riguardo al testo della disciplina in menzione, la formula completa recita: «4. Il decreto di recepimento delle direttive dispone l'abrogazione delle parti incompatibili del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e di altre disposizioni, espressamente indicate, anche prevedendo opportune disposizioni di coordinamento, transitorie e finali. Il decreto di riordino dispone, altresì, l'abrogazione delle ulteriori disposizioni del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, e di altre disposizioni, espressamente indicate, nonché prevede opportune disposizioni di coordinamento, transitorie e finali. Tale decreto legislativo comprende al suo interno il contenuto del decreto di recepimento delle direttive con le eventuali e opportune disposizioni correttive e integrative. // 5. Sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere».

¹⁸ Al riguardo V. ITALIA, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, 2016.

diversi¹⁹: la misura di tale diversità costituirà uno degli argomenti di queste pagine.

Ad oggi, nonostante l'Autorità abbia già concretamente adottato alcune linee guida²⁰, restano ancora irrisolti diversi dilemmi interpretativi, posto che nemmeno le spiegazioni fornite in tal senso dal Consiglio di Stato hanno incontrato unanime avallo in dottrina.

Al contrario, molte autorevoli voci si sono levate in senso contrario, rivelandosi poco o per nulla persuase dalle posizioni espresse dal Giudice amministrativo.

La natura dei nuovi poteri di Anac continua, dunque, a dividere gli interpreti che, cimentandosi con un dato normativo obiettivamente lacunoso, provano a razionalizzare i caratteri dei singoli atti ascrivendoli, di volta in volta, ad una categoria dogmatica piuttosto che ad un'altra²¹.

La precisa catalogazione dogmatica degli atti adottabili dall'Anac non costituisce, tuttavia, un'attività politicamente *neutra* o priva di conseguenze.

¹⁹ In sede di redazione del parere sulla bozza di decreto, il Consiglio di Stato ha avuto modo di individuare moltissimi richiami ai futuri atti di attuazione. Tali atti sono rimessi all'adozione di organi diversi e sono straordinariamente numerosi. Tra di essi si contano: sedici decreti del MIT, quindici decreti di altri dicasteri, quindici atti dell'Autorità anticorruzione, una determinazione a firma Consip, quattro decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ed un decreto del Presidente della Repubblica. Il parere in oggetto è disponibile all'indirizzo: https://www.codiceappalti.it/norobot/testi_previ_genti/CONSIGLIO_DI_STATO_Parere_Codice_Appalti_del_21-032016.pdf (ultima consultazione 21/12/2018). Per completezza giova ricordare – come avviene in M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 440 – che altre verifiche sugli atti attuativi hanno dato come risultato numeri diversi.

²⁰ Per una panoramica sulle linee guida già adottate cfr. il sito web dell'Autorità nazionale anticorruzione e, segnatamente, la sezione *Atti dell'autorità*, consultabile all'indirizzo: <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita> (ultima consultazione 26/12/2018).

²¹ In tema M. RAMAJOLI, Intervento al seminario dal titolo, *Le linee guida dell'ANAC: nuove fonti?*, Trento, 23 febbraio 2017. In quell'occasione l'autrice espresse alcune perplessità in ordine al positivo raggiungimento dell'obiettivo di semplificazione. Lungi dall'aver razionalizzato la materia, la normazione successiva sembra, infatti, aver eccessivamente dilazionato gli interventi attuativi, contribuendo ad ingenerare un *caos* tanto inaspettato quanto problematico.

Imputare tali atti ad un genere anziché ad un altro significa, infatti, riconoscere ad essi valenze ed attribuzioni sensibilmente diverse, con evidenti riflessi sul piano della legittimità costituzionale, sui risvolti processuali e, non da ultimo, sulla gerarchia delle fonti.

L'indiscriminato uso del lemma "linee guida" per indicare, allo stesso tempo, atti vincolanti e atti non vincolanti pone, ad esempio, seri problemi dal punto di vista della certezza del diritto²².

La necessità insita nell'individuare, caso per caso, quali siano le fonti vincolanti e quali, invece, quelle prive di tale forza comporta una scelta interpretativa di non poco conto specie perché, in assenza di indicazioni espresse, ogni riserva in ordine alla vincolatività di una fonte potrà sciogliersi solo all'esito di una decisione giudiziale²³.

Rimettere la soluzione del problema alle aule dei Tribunali resta, però, poco consigliabile: le varie decisioni in materia potrebbero, infatti, differire tra loro.

Non solo: anche ammettendo un indirizzo decisionale unitario, le sentenze sul punto definirebbero la questione solo con efficacia *ex post*, e cioè dopo che sia già stata lesa in maniera straordinariamente significativa l'esigenza dei singoli di prevedere anzitempo le conseguenze giuridiche delle proprie azioni²⁴.

In altre parole, i destinatari dei comandi potrebbero apprendere che essi fossero tali solo nel momento in cui gli si contesterebbe di averli violati.

²² Per una bibliografia essenziale sul tema, cfr., tra gli altri: G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, disponibile all'indirizzo: https://www.gruppodipisa.it/images/seminari/2017_Seminario_Brescia/Giorgio_Pino_-_La_certezza_del_diritto_nello_Stato_costituzionale.pdf (ultima consultazione 27/12/2018); M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988; F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Milano, 1942.

²³ Così M.P. CHITI, *op. cit.*

²⁴ R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, su *Federalismi.it*, 17, 12/09/2018, disponibile all'indirizzo: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37059> (ultima consultazione 27/12/2018).

La grave incertezza in ordine alla vincolatività delle fonti si unisce, poi, alla difficoltà di isolare, entro ogni atto prescrittivo, la parte dispositiva da quella che potrebbe non essere tale.

La grande libertà di forme che sembra presidiare la redazione delle linee guida dell'Anac rende, infatti, possibile che, all'interno di uno stesso atto vincolante, vi siano enunciati dotati di precettività e parti di testo che ne siano, invece, sprovviste²⁵.

In assenza di indicazioni in tal senso, distinguere, entro ogni atto, le disposizioni vincolanti da quelle che, invece, potrebbero non esserlo sembrerebbe un'operazione tutt'altro che semplice.

Allo stato attuale, gli operatori rischierebbero, infatti, di imbattersi in almeno due ordini di problemi: quello legato al riscontro della vincolatività degli atti loro destinati; quello legato alla difficoltà di individuare, in ogni testo, quali siano i *comandi* e quali, invece, i meri *consigli*²⁶.

Gli elementi di indeterminatezza appena descritti lasciano più di qualche perplessità sulla futura tenuta del sistema, alimentando dubbi che sembrano molto lontani dall'essere risolti.

La complessità delle nuove attribuzioni dell'Anac abbina, poi, nuove difficoltà interpretative ad alcuni mai sopiti dubbi in ordine a tutta una serie di questioni, prima fra tutte la difficile qualificazione del regime giuridico della regolazione.

Indugiando sul primo aspetto, i problemi interpretativi legati ad una sicura classificazione dei nuovi istituti potrebbero verosimilmente indicare che l'introduzione legislativa in commento abbia dato luogo ad una manifestazione del giuridico che stenta a trovare precisi precedenti e che potrebbe, dunque, ritenersi non imputabile a tipologie di atti già esistenti.

In altre parole, le difficoltà di tipizzazione degli atti in questione potrebbero rivelare la creazione di una nuova categoria del giuridico, an-

²⁵ I problemi legati all'eterogeneità delle indicazioni contenute all'interno delle linee guida sono stati riscontrati sia dal Consiglio di Stato (comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855), sia dalla dottrina (cfr. fra gli altri: P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018). Al fine di ovviare alla composizione potenzialmente mista di tali atti, il Supremo Consesso di Giustizia amministrativa ha suggerito di circoscrivere la parte dispositiva delle singole linee guida alla sola parte finale del testo.

²⁶ L'espressione in oggetto si deve a G. MORBIDELLI, *op. cit.*

che se, analizzate le peculiarità del caso, l'impressione preponderante non è tanto quella di avere a che fare con un *genus* di atti del tutto nuovo, quanto piuttosto quella di indagare un modello situato a metà tra due esperienze giuridiche già battute.

In maniera del tutto anomala, le nuove linee guida sembrano collocarsi a metà strada tra la general-astrattezza delle norme secondarie e il dispositivo a fattispecie chiusa dei provvedimenti amministrativi di carattere generale.

Le perplessità in ordine al regime giuridico applicabile sembrano, poi, trovare conforto nei frequenti (e forse impropri) richiami al vasto mondo del *soft-law*.

Prescindendo dalla correttezza di un possibile raffronto con tale esperienza giuridica, sembra comunque possibile sostenere che tutti questi nuovi atti presentino caratteristiche tali da recitarli entro l'anomalia: la condizione in cui versano, indipendentemente dall'angolo visuale che si voglia privilegiare, li rende, infatti, sfuggibili alle tipizzazioni entro compartimenti già esistenti e, allo stesso tempo, non sufficientemente innovativi per fare categoria a sé.

2. Caratteristiche principali delle linee guida dell'Anac

Differentemente da quanto accade per gli altri atti che ne condividono il *nomen*, le linee guida dell'Anac sembrano costituire una sorta di *unicum* nell'ordinamento.

In primo luogo, gli atti attuativi così denominati trovano fondamento espresso in una fonte primaria²⁷. Secondo alcuni²⁸, una circostanza del genere sgombrerebbe il campo dalle diatribe in tema di poteri innominati ed eviterebbe il ricorso alle varie ricostruzioni in tema di attribuzioni implicite delle amministrazioni indipendenti²⁹.

²⁷ Il riferimento normativo è, ancora, alla legge delega n. 11/2016.

²⁸ La pensa così G. Morbidelli. Al riguardo cfr. G. MORBIDELLI, *op. cit.*

²⁹ Sulla teoria dei poteri impliciti e, più in generale, sulla potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti, cfr., tra gli altri, P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 2, 1999, pp. 251-278; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in

Oltre che per la norma attributiva del potere, gli atti attuativi dell'Anac si caratterizzerebbero per la difficile composizione tra l'invocato carattere di flessibilità³⁰ che dovrebbero avere e la loro possibile (ma neanche troppo inconsueta) efficacia vincolante.

La legislazione assegna, infatti, agli atti attuativi dell'Autorità – e, quindi, anche alle linee guida – ambedue le caratteristiche, senza, tuttavia, precisare in quale modo tali due aspetti possano trovare conciliazione³¹. Non è chiaro, ad esempio, se l'invocata elasticità degli atti attuativi implichi che essi possano essere redatti in modo meno stringente (e, quindi, più *flessibile*) di quanto accade per gli atti amministrativi generali o se, invece, il richiamo alla flessibilità debba intendersi come riferito ad altri aspetti, tra cui il procedimento di formazione degli atti o, ancora, la concreta modulazione dei loro effetti³².

Valutazioni come questa tentano di addivenire ad una compromissoria soluzione di sintesi, anche se, allo stato, sembrerebbe essere fuori discussione che l'introduzione di comandi vincolanti possa difficilmente fare il paio con la cedevolezza tipica delle regolazioni elastiche.

Il carattere in oggetto, strettamente legato alle fonti di *soft-law*, sembra, infatti, ispirarsi ad una *ratio* totalmente diversa (quando non proprio opposta).

Da ultimo, proprio l'efficacia vincolante dichiarata dalla legge, costituisce un ulteriore argomento per affermare che le linee guida in og-

S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; M. FOGLIA, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2, 2008, pp. 559-608; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

³⁰ Per alcune riflessioni sul concetto di flessibilità perseguito dal legislatore della riforma v. 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, p. 33 ss.

³¹ Sul contrasto tra il richiamo alla flessibilità e la prescrittività delle fonti, cfr. anche E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016, pp. 499-505.

³² Quanto da ultimo osservato riprende un'idea adombrata da P. Pantalone in P. PANTALONE, *op. cit.*

getto possano avere davvero poco a che fare con ciò che, di solito, circola sotto questo nome³³.

La maggioranza delle linee guida esistenti nel nostro ordinamento non sono, infatti, atti prescrittivi, né il significato letterale della locuzione *linea guida* lascerebbe intendere che si tratti di documenti contenenti obblighi e prescrizioni.

In aggiunta a questo, le linee guida dell'Anac si indirizzano solo indirettamente agli operatori economici, discostandosi, anche sotto questo profilo, dagli altri atti tipicamente adottati dalle varie Autorità di settore.

Differentemente da ciò che accade per le altre *authorities*, gli atti in questione si rivolgono alle sole stazioni appaltanti e, non rispondendo alla nota logica delle regolazioni economiche, tradiscono più di un dubbio sulla mancanza di una appropriata *legittimazione tecnica* dell'Anac.

Le condizioni che legittimano la normazione indipendente non sembrano, infatti, riproporsi pienamente per gli atti di competenza dell'Anac³⁴, rievocando ben note teorie sul difetto di legittimazione democratica, sulle matrici della legalità e, non da ultimo, su di un possibile riassetto degli equilibri tra le fonti del potere.

³³ Ad ogni modo, gioverà sottolineare che il nostro ordinamento sembrerebbe aver introdotto anche altri tipi di linee guida astrattamente vincolanti. Ci si riferisce alle linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del Codice dell'amministrazione digitale, previste dall'art. 71 del d.lgs. n. 82/2005 e ss. mm. ii., a tenore del quale: «(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 regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice». Avendo riguardo al supposto carattere vincolante delle stesse, cfr. P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 256, che riprende, a sua volta il parere del Consiglio di Stato sullo schema di Codice dei contratti (Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855) e il parere sulle più recenti modifiche apportate al Codice dell'amministrazione digitale con d.lgs. n. 217/2017 (Cons. Stato, comm. spec., 10 ottobre 2017, n. 2122).

³⁴ Al riguardo cfr. S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2016, disponibile all'indirizzo: <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/index.php/saggi-1-2016/la-regolazione-strategica-dell-autorita-nazionale-anticorruzione> (ultima consultazione 22/12/2008).

3. Classificazione delle linee guida dell'Anac

Secondo la classificazione che ne ha fornito il Consiglio di Stato, gli atti attuativi del Codice dei contratti pubblici³⁵ sarebbero raggruppabili entro tre grandi categorie, ognuna delle quali presenterebbe caratteristiche sue proprie, rispondendo ad un preciso inquadramento dogmatico. La dottrina, dal canto suo, ha reagito in maniera abbastanza animata alle ricostruzioni del Consiglio di Stato, dando luogo, in alcuni casi, a contestazioni di grande momento. I termini del dibattito non sono tanto incentrati sulla categoria delle linee guida trasfuse entro decreti ministeriali, quanto piuttosto sulla natura di quelle *vincolanti*, ma non ministeriali.

3.1. Linee guida “ministeriali”

Adottando l'approccio del Giudice amministrativo³⁶, gli atti attuativi approvati con decreto ministeriale costituirebbero una delle tre *species* di atti attuativi/linee guida concretamente emanabili dall'Anac.

Le altre due categorie di atti sarebbero, infatti, rappresentate dalle linee guida vincolanti e dalle linee guida sprovviste di tale efficacia³⁷.

Avendo riguardo alla prima delle tre categorie, dottrina e giurisprudenza sembrano abbastanza concordi nell'attribuire a tali atti natura regolamentare³⁸.

³⁵ F. SAIITA, *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Padova, 2016.

³⁶ Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855.

³⁷ Per questioni di completezza, andrà precisato che la classificazione così proposta non rende in maniera del tutto esauriente il quadro degli attuativi previsti dal codice. Oltre a tali macro-partizioni sono previsti, infatti, altri tipi di atti che, a vario titolo e con varie denominazioni, giungeranno ad adozione man mano che l'applicazione del Codice entrerà (ancora) di più nel vivo.

³⁸ In questo senso G. MORBIDELLI, *op. cit.*, il quale, a sua volta, richiama C. DEODATO, *op. cit.*; V.B. BONANNO, *ANAC legislatore über alles - Il ruolo dell'ANAC nell'attuale sistema di regolazione degli appalti pubblici. Il caso della delibera n. 157/2016 in materia di subappalto necessario e contratti esclusi e le prospettive per l'attuazione della Legge n. 11/2016*, in www.lexitalia.it (ultima consultazione 23/12/2018); V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, cit.

La convergenza in ordine a tale classificazione deriva, innanzitutto, dalla circostanza che l'approvazione di tali atti attuativi avvenga per mezzo di un decreto ministeriale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti secondo un *iter* procedurale per larga parte sovrapponibile a quello di cui all'art. 17, co. 3, della l. n. 400/1988.

L'art. 5 della legge delega n. 11/2016 stabilisce, infatti che:

Sulla base del decreto di riordino – *il successivo Decreto delegato, n.d.r.* – sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'Anac e approvate con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Differentemente dal procedimento approvativo dei decreti ministeriali, il percorso disegnato dall'art. 5 prescrive il coinvolgimento dell'Organo legislativo, rappresentato caso per caso dalla Commissione parlamentare competente per materia³⁹.

Al netto di tale peculiarità, anche i decreti in questione devono attenersi alle indicazioni delle varie norme attributive del potere, senza potersene discostare.

Prima dell'emanazione sono trasmessi al Presidente del Consiglio dei ministri e sottoposti al parere del Consiglio di Stato e alla registrazione e al visto della Corte dei Conti.

A conclusione del percorso, sono pubblicati in Gazzetta ufficiale⁴⁰.

La procedura di adozione, pur essendo in parte diversa da quella⁴¹ solitamente osservata per gli altri decreti ministeriali, non sembra porre particolari problemi classificatori ed è invero un argomento abbastanza significativo per sostenere la natura normativa di tali atti.

³⁹ La seconda parte del testo dell'art. 5 prevede, infatti, che la proposta di decreto elaborata dall'Anac debba essere trasmessa alle Commissioni parlamentari competenti per materia.

⁴⁰ Così ha stabilito il Consiglio di Stato, in: Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855, par. II.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.

⁴¹ Differentemente da ciò che accade per gli altri decreti ministeriali, l'*iter* procedurale osservato per l'approvazione degli atti attuativi in questione coinvolge, oltretutto il Governo, anche l'Anac e il Parlamento (per mezzo delle sue Commissioni).

L'inquadramento entro tale categoria sembra, poi, confortato anche da un'argomentazione di carattere letterale. In questo senso, l'accostamento dell'aggettivo "generale"⁴² ai soli atti attuativi da adottarsi con decreto ministeriale, lascerebbe supporre che le linee guida in oggetto siano veri e propri *atti normativi* e non già provvedimenti amministrativi a vocazione generale.

La natura regolamentare di tali atti discenderebbe, tra l'altro, anche dal positivo rinvenimento di tutte le caratteristiche tipiche dei regolamenti: ovverosia la generalità, l'astrattezza, e la capacità di innovare l'ordinamento giuridico di riferimento⁴³.

Ciò detto, resta, comunque, inteso che il carattere normativo degli atti attuativi in questione debba, per forza di cose, riflettersi sulla loro specifica tecnica di redazione.

Differentemente dagli altri tipi di linee guida, rispetto ai quali permane la possibilità di un'ambivalenza nell'efficacia, l'attrazione di tali atti entro i decreti ministeriali ne farebbe delle vere e proprie fonti secondarie, con tutto ciò che ne consegue in termini di rigore della formulazione. Una volta assimilate al genere dei regolamenti, le linee guida in oggetto dovrebbero, infatti, perdere la facoltà di esprimersi attraverso proposizioni discorsive, privilegiando la chiarezza e l'incisività tipiche dei precetti⁴⁴.

Al netto di ciò, anche le linee guida ministeriali presentano alcuni elementi di criticità che, pur non essendo consistenti come quelli che riguardano gli altri tipi di linee guida, paiono comunque meritevoli di un rapido cenno.

La previsione che accorda all'Anac la potestà di iniziativa regolamentare non sembra, infatti, suffragata da particolari argomentazioni

⁴² Il riferimento corre, naturalmente, all'art. 1, co. 5, della legge delega n. 11/2016, il quale recita: «5. Sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere».

⁴³ Un riscontro di questo tipo è condotto in G. MORBIDELLI, *op. cit.*, e rappresenta uno dei due principali approcci adoperati dalla dottrina per affrontare il problema della qualificazione giuridica dei nuovi atti attuativi adottabili dall'Anac.

⁴⁴ Di questo avviso Cons. Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2882, par. 1.3.

sulla sua opportunità, né pare sufficientemente spiegato perché il MIT possa adottare atti sulla cui formazione abbia impulso propositivo pari a zero⁴⁵.

3.2. *Linee guida vincolanti*

Gli esiti del triplice vaglio sulle caratteristiche tipiche dei regolamenti (generalità, astrattezza ed innovatività) costituisce uno degli argomenti che alcuni autori⁴⁶ adottano per sostenere che le linee guida vincolanti non sarebbero atti amministrativi generali, ma regolamenti.

Al netto di qualche possibile (e ancora incerta) apertura (per cui v. *infra*), l'opinione del Consiglio di Stato appare, però, di segno contrario.

Aggredendo il problema classificatorio dal punto di vista *soggettivo*, le Sezioni consultive di Palazzo Spada hanno, infatti, riconosciuto agli atti in questione gli stessi caratteri delle regolazioni solitamente adottate dalle varie Autorità amministrative indipendenti.

Così argomentando⁴⁷, le linee guida *vincolanti* sarebbero, dunque, estranee alla natura normativa, in quanto adottate da un soggetto sprovvisto della necessaria potestà regolamentare.

Una conclusione di questo tipo sembra fare leva più sulla sfera di attribuzioni propria dell'autorità emanante che non sull'effettivo contenuto degli atti, esprimendo una tra le due principali opzioni interpretative che, ad oggi, si contendono il tavolo delle discussioni.

All'opposto, gli studiosi che avviano l'indagine dal contenuto degli atti, affermano che le linee guida dell'Anac possano presentare i caratteri della normazione secondaria e ne sostengono, di fatto, la possibile natura regolamentare⁴⁸.

Dal canto suo, il Consiglio di Stato ritiene più confacente l'inquadramento entro gli atti amministrativi generali e, più in particolare, entro quelli di regolazione.

⁴⁵ Queste perplessità sono state espresse da M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 441.

⁴⁶ In questo senso, ancora, M.P. CHITI, *op. cit.*; G. MORBIDELLI, *op. cit.*

⁴⁷ Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.

⁴⁸ Sul punto M.P. CHITI, *op. cit.*; G. MORBIDELLI, *op. cit.*

Secondo questa impostazione, il bivio interpretativo tra *atti regolamentari* ed *atti regolatori* dovrebbe dunque, risolversi in favore dei secondi, sebbene la soluzione così adottata lasci irrisolti alcuni grandi nodi interpretativi, in parte dipendenti anche dalla scarsa persuasività della distinzione tra *regolamentare* e *regolare*⁴⁹.

Più precisamente, il Consiglio di Stato ha stabilito che il regime giuridico delle linee guida (vincolanti) di Anac sarebbe ricostruibile sulla base di quello delle altre Autorità indipendenti, presentando caratteri comuni a quello di tali amministrazioni e, allo stesso tempo, elementi propri.

Un elemento nel primo senso sarebbe rappresentato dalla sottoposizione degli atti dell'Anac alle garanzie procedurali e di qualità della regolazione che caratterizzano i procedimenti condotti entro le altre Amministrazioni indipendenti⁵⁰.

Una peculiarità sarebbe, invece, data dall'anomala conformazione della potestà *regolatoria* di Anac, la quale risulterebbe di gran lunga più *attenuata* rispetto a quella delle altre *authorities* per il fatto che il legislatore (sia in sede di delega che in fase di decretazione) avrebbe definito (e limitato) in maniera straordinariamente significativa lo spazio di manovra astrattamente riconoscibile all'Anac⁵¹. In altre parole, la norma attributiva del potere avrebbe imbrigliato la discrezionalità decisoria dell'Autorità al punto che i poteri attuativi di Anac sarebbero meno vasti di quelli delle altre amministrazioni indipendenti e, in ogni caso, inidonei a fondare allarmismi sulla legittimità dei suoi atti di attuazione o, ancora, sull'opportunità di una così estesa devoluzione di attribuzioni⁵².

⁴⁹ Così, ancora, M.P. CHITI, *op. cit.*

⁵⁰ Le garanzie procedurali in oggetto sono quelle già in vigore per le altre autorità. Ci si riferisce, in particolare, alla previa consultazione degli *stakeholders*, all'analisi di impatto della regolazione, alla verifica (*ex post*) della regolazione e alla possibile codificazione degli atti regolatori in testi unici integrati con conseguente pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

⁵¹ In realtà, anche quest'affermazione non è salutata con favore dai commentatori. Gli obiettivi forniti all'Autorità, per quanto numerosi, complice la loro intrinseca natura di indicazioni programmatiche, rimangono molto generici, lasciando ampio spazio di manovra a chi dovrebbe, in ipotesi, realizzarli.

⁵² Di questo avviso, Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.

La limitatezza dello spazio di manovra farebbe, poi, il paio con il successivo controllo operato dal Consiglio di Stato in sede consultiva. Tale forma di vaglio sarebbe, a sua volta, partecipe del carattere *sorvegliato* delle attività attuative dell'Anac le quali, stando a quanto affermato, non potrebbero mai valicare alcuna possibile soglia di pericolosità.

Ebbene, un'interpretazione di questo tipo, pur essendo espressione di uno sforzo ricostruttivo di non poco conto, sembrerebbe scontrarsi con più di qualche perplessità⁵³.

In primo luogo, non sembra particolarmente convincente l'argomento per cui l'inquadramento delle linee guida entro l'ambito dei provvedimenti amministrativi varrebbe a corredare la loro approvazione di tutte le garanzie procedurali previste per l'esercizio del potere regolatorio. A ben vedere, nulla sembra, infatti, escludere che tali accorgimenti possano assistere anche l'*iter* formativo di quel che, in ipotesi, sarebbe un regolamento.

Non solo, ciò potrebbe darsi sia in caso di previsione espressa, sia per mera diffusione di una determinata prassi. La materia che ci occupa non è, dopotutto, estranea a spinte garantistiche di questo tipo: basti pensare a quanto fa l'Anac quando, pur non obbligata, sollecita il Consiglio di Stato a rilasciare un parere sugli schemi di linee guida.

In aggiunta a questo, alcuni autori⁵⁴ affermano che le garanzie in oggetto potrebbero desumersi anche solo dal disposto dell'art. 213 del Codice dei contratti pubblici, senza che il loro fondamento debba per forza cercarsi nell'analogia con il regime delle altre *authorities*.

In secondo luogo, alcuni punti della decretazione assegnano la potestà di adottare linee guida vincolanti anche al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti⁵⁵, sebbene il dicastero non possa ritenersi un'Autorità indipendente.

⁵³ Nel senso qui sostenuto v. anche M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 436, nonché C. DEODATO, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁴ G. MORBIDELLI, *op. cit.*

⁵⁵ Quanto appena detto è riferito, tra gli altri, da M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 441. Uno dei luoghi del Codice dei contratti pubblici che riconosce al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti la potestà di adottare linee guida è, poi, l'art. 201, co. 5, il quale richiama, a sua volta, l'art. 8 del d.lgs. n. 228/2011.

Per tale ragione, l'argomentazione che pretende di dedurre la natura degli atti dal tipo di soggetto che li adotti non sembra vera in ogni caso.

Altro e più intricato nodo è, poi, quello delle difficoltà teoriche sottese alla riconduzione degli atti in questione al novero degli atti amministrativi generali.

Il dibattito dottrinale intorno alla distinzione tra regolamenti ed atti amministrativi generali è, infatti, estremamente controverso⁵⁶.

Il confine tra i due istituti è sempre stato più chiaro nella teoria che non nella pratica ed è spesso ritenuto una vera e propria frontiera mobile del Diritto amministrativo.

Secondo l'interpretazione che ne ha dato, da ultimo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁵⁷ i regolamenti si distinguerebbero dagli atti amministrativi generali per il fatto che i destinatari dei primi siano indeterminabili sia prima dell'adozione dell'atto che dopo di essa. Diversamente dai primi, i destinatari degli atti amministrativi generali sarebbero indeterminabili solo *a priori*, ma *non* anche a posteriori, con ciò difettando il criterio dell'astrattezza.

In altre parole, i regolamenti sarebbero generali e astratti, mentre i provvedimenti amministrativi generali sarebbero, sì, generali, ma non anche astratti.

L'assenza del carattere di astrattezza si spiegherebbe per il fatto che il provvedimento amministrativo, quand'anche generale, abbia ad oggetto una vicenda determinata.

Tuttavia, le linee guida di Anac non paiono avere ad oggetto una vicenda determinata.

Al contrario, tali atti attuativi vincolanti sembrano avere l'attitudine a regolare fattispecie astratte, suggerendo una propria applicazione ge-

⁵⁶ Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, III, 1953, pp. 9-24; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, IV, 1954, pp. 217-224; ID., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, pp. 53-115.

⁵⁷ Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9.

neralizzata a tutti i casi – non prevedibili, *ex ante* o *ex post* – che possano ipoteticamente presentare determinate caratteristiche.

A dirla diversamente, sembrerebbe che alcune linee guida siano dei veri e propri atti normativi (sebbene atipici), con efficacia *erga omnes*, capaci di innovare l'ordinamento.

Per tale ragione, bisognerebbe, forse, ripensare all'inquadramento delle linee guida come atti amministrativi generali ed ammettere che, quando esse non sono a *fattispecie chiusa*, assomiglino di più a dei regolamenti che non a dei provvedimenti amministrativi.

Ad ogni buon conto, rimane certamente possibile che una linea guida vincolante possa consistere in un atto amministrativo a contenuto generale – come, ad esempio, un atto di regolazione – nella misura in cui, senza descrivere in modo astratto le fattispecie cui intende applicarsi, stabilisca misure puntuali nei confronti di una pluralità di destinatari determinabili.

Non solo, differentemente da quanto visto per le linee guida *ministeriali*, necessariamente munite di stretta precettività, le linee guida non ministeriali, quand'anche vincolanti, possono conservare formulazioni discorsive, purché ciò non sacrifichi le esigenze di chiarezza e univocità che presidiano la produzione di qualsivoglia tipo di atti⁵⁸.

Per questa ragione, la natura delle linee guida vincolanti rimane un oggetto in continua attesa di definizione. Non essendo possibile stabilire, in via generale, se un atto attuativo di questo tipo assomigli di più ad un regolamento o, invece, ad un atto amministrativo generale, la risposta in ordine alla qualificazione giuridica delle linee guida dell'Anac è, come spesso accade nel diritto, un *dipende dai casi*. Sebbene sia, infatti, vero che alcune delle linee guida esistenti sembrerebbero innovare la materia disponendo la propria applicazione a fattispecie generali e, soprattutto, astratte, non è meno vero che l'Anac possa anche adottare

⁵⁸ In tal senso P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 264, il quale, a sua volta, richiama l'orientamento espresso in Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.2, laddove il Giudice amministrativo parla, tra le altre cose, anche di *discrezionalità esecutiva* delle amministrazioni, con ciò puntualizzando che l'approvazione di linee guida, anche vincolanti, non pregiudica alle stazioni appaltanti la possibilità di compiere ulteriori attività valutative o decisionali che siano compatibili con la natura del precetto contenuto nell'atto attuativo.

linee guida a fattispecie definita le quali, essendo provvedimenti amministrativi *tout court*, ricadrebbero pacificamente nella classificazione prospettata dagli ultimi pareri del Consiglio di Stato.

Al netto delle critiche, l'inquadramento adottato dal Supremo Consesso di Giustizia amministrativa ha, infatti, il merito di ricacciare gli atti vincolanti di Anac entro le determinazioni amministrative, scongiurando, almeno formalmente, la devoluzione di una potestà regolamentare all'Anac e, più in generale, l'ennesimo atto dell'ormai nota saga della c.d. *fuga dal regolamento*⁵⁹.

Ciò che, tuttavia, continua a non convincere è che le rassicurazioni del Consiglio di Stato valgano solo sul piano formale, restando possibile che i nuovi atti di Anac – indipendentemente dall'inquadramento che gli si voglia dare – si atteggiino come regolamenti veri e propri, magari anche valicando i limiti delle norme attributive del potere.

3.3. *Linee guida non vincolanti*

La terza tipologia di linee guida individuata dal Consiglio di Stato è, infine, quella delle linee guida che, per espressa statuizione del Codice, non sono munite di efficacia vincolante⁶⁰.

Secondo la prospettiva dei Giudici di Palazzo Spada⁶¹, le linee guida non vincolanti risponderebbero alla funzione di guidare e supportare le stazioni appaltanti nel compimento delle attività che sono loro proprie, risolvendo problemi interpretativi, favorendo la diffusione di conoscenze tecniche e consentendo l'attuazione delle migliori prassi⁶².

Il fatto stesso che tali atti siano dichiaratamente sprovvisti di efficacia vincolante consente di ricondurli entro la congerie degli *atti di indi-*

⁵⁹ In questo senso Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4; comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920.

⁶⁰ Per una migliore esplicitazione di questo concetto cfr. P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 265.

⁶¹ Così Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855, par. II.g).5; comm. spec. 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.3.

⁶² In questo senso, ancora P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 265, laddove l'autore riprende il contenuto di Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. B.2.

rizzo, allontanando, almeno in parte, le difficoltà classificatorie che, invece, caratterizzano le linee guida compiutamente prescrittive.

In via di prima approssimazione potrebbe, infatti, sembrare che tale categoria di linee guida ponga molti meno problemi di quella appena analizzata. E ciò è in parte vero.

Ciononostante, non si può trascurare che anche le linee guida *non* vincolanti presentino dei profili non del tutto chiari, specie per ciò che concerne la loro assimilazione agli atti di *soft-law*.

Venendo alla natura giuridica di tali atti, il Giudice amministrativo ha ritenuto che le linee guida *non* vincolanti siano, proprio come le linee guida vincolanti, atti amministrativi generali⁶³. Quest'affermazione sembra essere, tuttavia, sconfessata da altre esternazioni dello stesso organo che, in altri passaggi del medesimo parere, ha affermato che l'assenza di cogenza delle linee guida sia in grado di eliderne il carattere di *provvedimento*⁶⁴.

Ad oggi, la contraddizione sembrerebbe superata⁶⁵, ma come già in altri passaggi del presente lavoro, anche in questo caso ci si trova costretti a rimandare la risposta sulla natura degli atti indagati agli sviluppi che l'interpretazione saprà darne in futuro.

Allo stato, le incertezze sembrano, infatti, superare i punti fermi.

Ciò che, tuttavia, si ritiene di poter affermare con discreta sicurezza è che questo tipo di linee guida non abbia le caratteristiche della normativa regolamentare⁶⁶.

La tipica formulazione discorsiva di tali atti, in uno con il dato letterale che li vuole espressamente *non* vincolanti, ne scongiurerebbero,

⁶³ Cfr., al riguardo, Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5, laddove si legge espressamente che le linee guida non vincolanti sono, a loro volta, atti amministrativi generali.

⁶⁴ In un passaggio successivo del comm. spec. 2 agosto 2016, n. 1767, il Consiglio di Stato afferma, infatti, che l'assenza di cogenza di tali linee guida farebbe sì che esse non possano essere ascritte al novero degli atti amministrativi generali.

⁶⁵ Nei pareri più recenti, il Consiglio di Stato ha, infatti, precisato che le linee guida *non* vincolanti sarebbero *ordinari atti amministrativi* (v. Cons. Stato, comm. spec., 13 settembre 2016, n. 1903; comm. spec. 10 gennaio 2017, n. 22, par. 5).

⁶⁶ Ciò è, infatti, escluso dalla legge. Lo ricorda G. MORBIDELLI, *op. cit.*

invero, anche l'inquadramento entro i provvedimenti amministrativi, specie in quanto sprovvisti del carattere dell'autoritatività⁶⁷.

Il rapporto di tali atti con il mondo delle fonti vincolanti appare, dunque, controverso.

D'altra parte, quello delle relazioni tra linee guida non vincolanti ed atti di *soft-law*⁶⁸ non pare, comunque, molto più chiaro⁶⁹.

Esemplificando: l'esigenza solitamente sottesa all'emanazione di atti di *soft-law*, intrinsecamente deboli e, quasi sempre, atipici⁷⁰, risiede nell'opportunità di dotare l'autorità emanante di strumenti elastici, rapidi e velocemente modificabili.

Le linee guida *non* vincolanti di Anac ricadono certamente in questo schema.

Ciononostante, se da un lato sarebbe anche possibile ricondurre le linee guida non vincolanti alla *ratio* che presidia l'adozione di certi atti di *soft-law*, non bisogna comunque ignorare che forse esistano partizioni concettuali più efficaci per comprendere appieno la conformazione dell'istituto, specie perché il rimando al *soft-law* si scontra con i confini poco tracciabili di questa categoria ed è, forse, troppo vago perché colga nel segno.

Questa particolare zona del giuridico ricomprende, infatti, concetti e fonti molti diversi tra loro, spaziando dalle dichiarazioni di principi alle

⁶⁷ Sui caratteri del provvedimento amministrativo v., su tutti, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. Vol. I: l'attività*, Padova, 2016.

⁶⁸ L'assimilazione delle fonti di c.d. *soft-law* alla categoria delle linee guida non vincolanti di Anac proviene, ancora una volta, dal Consiglio di Stato. Al riguardo, il più volte citato parere dd. 2 agosto 2016 evoca tale accostamento, osservando che la funzione tipica dell'Anac potrebbe risultare pregiudicata qualora l'Autorità adotti tutte le proprie determinazioni con atti di carattere vincolante. In questo senso v. anche Cons. Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2284, par. 5.1.

⁶⁹ Anche in questo caso si è assistito ad un mutamento interpretativo. Se nei precedenti pareri il Consiglio di Stato aveva affermato l'assimilabilità delle linee guida non vincolanti di ANAC alle fonti di *soft-law*, in un successivo parere, quello datato 1 aprile 2016, n. 855 – cfr., nello specifico, il par. II.g).3 – il Giudice amministrativo ha ritenuto improprio il raffronto tra linee guida non vincolanti e *soft regulation*, argomentando che tale ultimo istituto, estraneo all'ordinamento nazionale, evocherebbe categorie troppo generiche e, comunque, non necessarie.

⁷⁰ In tema V. COCOZZA, *Profili della delegificazione*, Napoli, 1992.

risoluzioni, dalle convenzioni non ratificate alle buone prassi, dalle raccomandazioni ai codici di condotta. In questo variegato panorama si inseriscono, spesso, atti che rispondono al nome di *linee guida*.

Le linee guida dell'Anac sembrerebbero, tuttavia, possedere uno statuto diverso dalle fonti che circolano, di solito, sotto questo nome e, sebbene alle volte presentino evidenti assonanze con la congerie degli atti di *soft-law* sembra, invero, più efficace ricostruirne il regime giuridico a partire da istituti più concreti come le *circolari* amministrative o le c.d. norme interne.

Il rimando alle fonti di *soft-law* sembra, infatti, troppo frettoloso⁷¹, specie perché non rende appieno che anche le linee guida non vincolanti di Anac siano, con ogni probabilità, un tipo di atti molto importante nell'ordinamento giuridico.

Oltre che con circolari e norme interne, le linee guida in oggetto sembrano, poi, presentare delle affinità anche con l'istituto della *direttiva*⁷²: suggestione ampiamente confortata anche dal lessico della legge delega, dove si parla di *atti di indirizzo*.

Complice anche il ruolo istituzionale che Anac riveste nell'ordinamento giuridico italiano⁷³, il generico riferimento alle fonti di *soft-law* potrebbe, almeno in parte, sminuire la portata fortemente persuasiva degli atti adottati dall'Anac che, in quanto vertice e centro di controllo di un sistema molto complesso, sembra assumere determinazioni in grado di collocarsi ad un livello più alto di quello su cui si attestano di solito i meri suggerimenti⁷⁴.

Se questo *quid pluris* risponda ai caratteri tipici dell'istituto della direttiva è questione che stenta a trovare risposte precise, visto e considerato che anche la nozione di direttiva sconta da tempo incertezze di in-

⁷¹ Il parallelo con il *soft-law* sembra, invece, più appropriato con riferimento ad un'altra categoria di determinazioni assunte dall'ANAC: i comunicati del suo Presidente. In tema, P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 271.

⁷² In tema G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (profili generali)*, Milano, 1993.

⁷³ Sull'argomento G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo Codice dei contratti pubblici: verso la compiutezza di un modello?*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Padova, 2017.

⁷⁴ Così L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico: aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Padova, 1984.

quadramento dogmatico non meno gravi di quelle richiamate per altri istituti⁷⁵.

Ad un indirizzo interpretativo che afferma che la direttiva debba contenere solo principi, metodi od obiettivi si contrappone, infatti, quello secondo cui le direttive potrebbero anche avere carattere dettagliato, puntuale e, addirittura, direttamente prescrittivo.

Come in parte per le linee guida Anac, anche le direttive sono, poi, state oggetto di indagini in ordine ad una loro presunta natura vincolante⁷⁶.

Tuttavia, la tesi prevalente ne afferma la derogabilità previa motivazione rafforzata⁷⁷, rievocando un modello che pare straordinariamente vicino all'attuale conformazione delle linee guida non vincolanti.

Proprio come le direttive, anche le linee guida non vincolanti sono, infatti, atti che risentono della caratura istituzionale del soggetto che le emana, nonché del rapporto che sussiste tra questo e i destinatari finali dell'atto.⁷⁸

Per tale ragione, non sembra assurdo affermare che le linee guida non vincolanti potrebbero avere un'efficacia interna, assimilabile a quella delle direttive.

La circostanza per cui tali atti non sarebbero, solo e semplicemente, generiche indicazioni di *soft-law*, parrebbe, poi confermata dalla loro diretta impugnabilità⁷⁹.

⁷⁵ F. MERUSI, *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972.

⁷⁶ Per una panoramica sul punto cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969; E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988; M. CLARICH, *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990.

⁷⁷ N. BOBBIO, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1960; per una panoramica sul dovere di motivazione v. A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione della pubblica amministrazione*, Padova, 2013.

⁷⁸ Sul tema cfr. anche G. AMATO, *L'indirizzo governativo nei confronti degli enti di gestione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974.

⁷⁹ La diretta impugnabilità è espressamente prevista dall'art. 213, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016. Per ciò che concerne il sindacato del Giudice amministrativo sulle linee guida v. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui*

Il carattere dell'impugnabilità lascerebbe, infatti, presupporre che il legislatore abbia voluto munire i destinatari di tali atti di uno strumento di contestazione idoneo ad eliminarne gli effetti giuridici. Se tali atti fossero del tutto neutri non si spiegherebbe la necessità di un'introduzione di questo genere, dal momento che lo strumento principe per rifuggire a delle indicazioni non vincolanti consiste, banalmente, nel non seguirle.

Ciò che sembra potersi ricavare è che tali atti *non* siano vincolanti, ma, esprimendo indicazioni fortemente qualificate, possano essere disattesi solo con l'impugnazione (per il caso in cui li si voglia contestare *in toto* e fin dalla loro emanazione) o attraverso il disallinearsi dietro motivazione rafforzata (per il caso in cui li si voglia sindacare in un certo momento per la loro ipotetica inidoneità a regolare una fattispecie particolare).

In questo modo, sebbene il *vincolo giuridico* vero e proprio sia riscontrabile solo con riferimento alle linee guida dell'Anac di tipo *vincolante*, quelle che non sono tali vanterebbero comunque una valenza, in quanto il *non* normativo e il *non* vincolante non sono comunque in grado di escludere la rilevanza degli atti giuridici.

Anzi, sia che le linee guida non vincolanti contengano formulazioni sotto forma di consiglio, sia che realizzino l'obiettivo di infondere maggiore chiarezza rispetto a comandi contenuti *aliunde*, un'eventuale categorizzazione nel giuridico privo di effetti non sembra confacente.

Le linee guida dell'Anac, quand'anche non vincolanti, esprimono, infatti, almeno due effetti: da un lato integrano il parametro di legittimità in eventuali giudizi sugli atti applicativi con esse contrastanti⁸⁰; dal-

pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2017.

⁸⁰ Sul tema cfr. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in AA. VV., *Le fonti nel diritto amministrativo. Atti del Convegno AIPDA, 9-10 ottobre 2015*, Padova, 2016. Sulla stessa linea: Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, secondo cui l'inosservanza delle linee guida «può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari».

l'altro obbligano alla motivazione rafforzata chi se ne voglia discostare⁸¹.

Gli stessi discorsi non paiono, tuttavia, replicabili per ciò che concerne i comunicati del Presidente dell'Anac, rispetto a cui la generosa attribuzione di potestà di vario tipo sembra descriverne un ruolo di vero e proprio *organo nell'organo*.

Al netto di ciò, sebbene la funzione orientativa e persuasiva di tali atti li renda, per certi versi, assimilabili alle linee guida non vincolanti, i comunicati presidenziali appaiono, invero, sprovvisti, della capacità di perseguire le funzioni attuative dell'ente.

Per tale ragione, pur non essendo dubbia la *moral suasion* che questi possano, eventualmente, esercitare, ogni riconduzione alla figura della direttiva appare in realtà inappropriata⁸².

4. Conclusioni: l'incerta compatibilità delle linee guida con i principi dell'ordinamento

In conclusione, i nuovi atti attuativi emanabili dall'Autorità anticorruzione rappresentano un oggetto giuridico sul quale insistono ancora molte incertezze.

Sebbene in misura variabile a seconda dei casi, quanto appena detto vale per tutti i tipi di linee guida indicati dal Consiglio di Stato e riconosciuti dalla dottrina.

L'esatta individuazione della natura delle linee guida vincolanti pone, ad esempio, diversi interrogativi sull'opportunità di una devoluzione all'Anac della funzione normativa.

Ammettendo, infatti, che le linee guida vincolanti siano dei veri e propri regolamenti, rimarrebbe da capire se Anac posseda la legittimazione tecnica solitamente invocata per giustificare l'attribuzione di funzioni normative alle Autorità indipendenti.

⁸¹ Sul concetto di *obbligatorietà condizionata* cfr. N. BOBBIO, *op. cit.*

⁸² A tale specifico riguardo, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che le stazioni appaltanti possono discostarsi dal contenuto dei comunicati senza fornire alcuna motivazione in ordine alla diversa scelta amministrativa in concreto adottata. Cfr., in questo senso, Tar Lazio, Roma, Sez. II, sent. n. 9195/2017; Tar Umbria, ord. n. 428/2017.

Al netto delle argomentazioni che ne sottolineano il *deficit* di democraticità⁸³, rimane chiaro che l'Autorità in esame non sembri presentare le stesse caratteristiche solitamente addotte per sostenere l'ammissibilità di una devoluzione di funzioni normative alle Autorità indipendenti.

Se anche l'Anac possa legittimamente assolvere al ruolo di regolatore con potestà normativa del controverso e, per il vero, non troppo specifico settore dei contratti pubblici è quesito che, forse, non ammette una risposta precisa⁸⁴. Sul punto si scontrano, infatti, diverse visioni⁸⁵.

Al riguardo, c'è chi sostiene che il conferimento di funzioni normative ad enti pubblici non territoriali sarebbe consentito proprio in quanto non vietato: la potestà squisitamente *governativa*⁸⁶ della funzione regolamentare è, d'altronde, solo una delle interpretazioni costituzionalmente ammissibili⁸⁷. All'opposto, non manca chi afferma il contrario.

In questo senso, l'attribuzione di funzioni normative in un ambito meno tecnico di quelli su cui insiste il potere regolamentare delle altre Autorità si potrebbe, infatti, tradurre in un'indebita compressione delle libertà dei privati, oltreché delle prerogative dell'amministrazione.

La devoluzione di potestà normative alle *authorities* è sempre stata giustificata nell'ottica di una migliore *regolazione tecnica* della mate-

⁸³ In argomento G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.

⁸⁴ Per un riscontro su questa suggestione cfr., ancora, C. DEODATO, *op. cit.*; F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici, in Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del Convegno AIPDA, 7-8 ottobre 2016*, Napoli, 2017.

⁸⁵ Sul punto, ancora, G. MORBIDELLI, *op. cit.*, il quale riscontra nell'Autorità le competenze tecniche per giustificare un'attribuzione di questo tipo, richiamando A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto*, II, Bologna-Roma, 2011 e M.S. GIANNINI, *Regolamento (problematica generale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988. Ad avviso di tale ultimo autore, il regolamento è una fonte rimessa alla piena disponibilità delle leggi dello Stato, le quali possono legittimamente assegnare la potestà regolamentare ai vari soggetti pubblici (enti funzionali ed enti territoriali), delimitandone la materia, l'ambito e l'efficacia.

⁸⁶ Anche questo passaggio è evidenziato in C. DEODATO, *op. cit.*

⁸⁷ G. MORBIDELLI, *op. cit.*, il quale, per sostenere che la tipicità impronta il sistema delle fonti solo ai livelli costituzionale e amministrativo, richiama V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1978, p. 120.

ria, ma la trasversalità delle competenze dell'Anac escluderebbe un'attribuzione di funzioni simile a quella avutasi per le altre Autorità.

Allo stesso tempo, non è ancora chiaro se l'introduzione in oggetto arrechi nocimento alle prerogative regionali per come disegnate dal co. 6 dell'art. 117 Cost.

A fronte di chi sostiene che un'eventuale attribuzione di poteri regolamentari all'Anac non restringerebbe il novero dei poteri regionali⁸⁸, esiste anche l'idea per cui assegnare poteri di questo genere ad un ente non territoriale significherebbe spogliare le Regioni di funzioni di intervento che sarebbero, invece spettate loro⁸⁹.

La classificazione del Consiglio di Stato che inquadra le linee guida vincolanti negli atti amministrativi generali sarebbe, forse, in grado di risolvere i problemi legati alla possibile natura regolamentare, ma non sembrerebbe fare del tutto i conti con le innumerevoli assonanze che questi nuovi atti attuativi sembrerebbero presentare con la disciplina dei regolamenti.

In aggiunta a quanto detto, non è mancato chi abbia affermato la neutralità di un'attribuzione di questo tipo, evidenziando che la devoluzione della potestà regolamentare, per quanto normativa, non rappresenterebbe un'attribuzione chissà quanto significativa, visto e considerato che le disposizioni che assegnano il potere sembrerebbero limitarne la portata ai soli regolamenti esecutivi o, al più, integrativi della legge stessa.

Tuttavia, anche questa inferenza logica non è, poi, così rassicurante.

Pur essendo vero che le uniche operazioni normative possibili sarebbero l'esecuzione e l'integrazione, non è meno vero che il confine

⁸⁸ Secondo questa impostazione, la materia dei contratti pubblici ricadrebbe solo nei settori della concorrenza e dell'ordinamento civile, appartenendo in entrambi i casi alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Le Regioni non potrebbero, dunque, lamentare alcuna diminuzione o alcun restringimento delle proprie attribuzioni, in quanto la materia dei contratti pubblici sarebbe *ab origine* estranea al novero delle competenze da esse astrattamente esercitabili.

⁸⁹ AA.VV., *Regolazione e garanzie del pluralismo*, Milano, 1997.

tra l'integrazione e l'innovazione dell'ordinamento è, quasi sempre, incerto⁹⁰.

Nel caso che ci occupa, la linea di demarcazione sarebbe, poi, straordinariamente incerta.

Le norme attributive del potere si esprimono, infatti, mediante meri obiettivi⁹¹, rischiando di tradurre ogni attività integrativa in un'attività creativa: un riempimento di una sorta di delega in bianco⁹². L'indicazione generica dei soli obiettivi, in uno con l'attribuzione di un potere in ipotesi regolamentare che sarebbe, al contempo, abbastanza pregnante per via della particolare connotazione tecnica delle regolazioni indipendenti, descrive un quadro nel quale l'Autorità in esame godrebbe di spazi di manovra straordinariamente liberi.

E ciò al punto che l'integrazione della funzione legislativa rischierebbe di tradursi in un esercizio quasi pieno del potere normativo⁹³.

La valenza precettiva dei nuovi comandi Anac appare, poi, sfumata nella formulazione elastica e discorsiva di molte linee guida espressamente vincolanti, di talché il rischio dell'indebito trasferimento di funzioni normative si accompagna anche alla concreta difficoltà di individuare quali siano le parti prescrittive di ogni singolo atto.

Come già adombrato in alcuni precedenti passaggi, i nuovi strumenti adottabili dall'Anac mettono a dura prova la tenuta complessiva del sistema, riflettendosi pericolosamente su più di un principio fondamentale del nostro ordinamento.

⁹⁰ G. TARLI BARBIERI, P. MILAZZO, *Commento all'art. 117, co. 6*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

⁹¹ Il fenomeno della devoluzione normativa per obiettivi si ha anche con riguardo ad altre Autorità indipendenti. In tema v. G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di Isvap dopo il Codice delle assicurazioni*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, 2007.

⁹² Per una visione critica circa l'attribuzione di poteri alle Autorità amministrative indipendenti cfr. F.G. COCA, *Le amministrazioni indipendenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001.

⁹³ P. CARETTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2004, p. XV.

L'attuale conformazione del potere attuativo non sembra, infatti, assecondare le più basilari esigenze di certezza del diritto.

L'imprevedibilità delle conseguenze giuridiche connesse alla violazione delle linee guida rende tali atti un oggetto di dubbia costituzionalità, anche perché le incertezze in ordine ad una loro possibile precettività rischiano di tradursi in una lesione del diritto di difesa e dei vari altri principi costituzionali che presidiano il giudizio⁹⁴.

Dal punto di vista processuale, il bivio interpretativo in ordine alla natura di tali atti lascia, poi, irrisolte diverse questioni di ordine pratico.

Mettendo da parte i quesiti relativi alla disapplicazione dei regolamenti⁹⁵, le fonti normative emanate dall'amministrazione sono assoggettate ai criteri propri delle fonti (su tutti, *iura novit curia* e *ignorantia legis non excusat*); la loro inosservanza determina l'illegittimità dei provvedimenti con esse contrastanti e la relativa ricorribilità per cassazione.

Se tutto ciò valga anche per alcune linee guida è questione che, per ora, rimane aperta.

Venendo, poi, al piano dell'impugnabilità, resta da capire se l'espressione: «Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa», contenuta nell'art. 213 del Codice dei contratti pubblici, abbia voluto ricordare che gli strumenti adottabili da tale Autorità siano assoggettati alle medesime regole che presidiano l'impugnabilità degli altri atti a carattere generale o se, invece, abbia stabilito la contestabilità immediata di ogni determinazione Anac.

Ipotizzando che il legislatore non abbia voluto ribadire la generica (e costituzionalmente obbligata) impugnabilità degli atti secondo le consuete regole, si potrebbe anche optare per la seconda soluzione interpretativa. Gli obblighi contenuti negli atti di regolazione potrebbero, infat-

⁹⁴ M.P. CHITI, *op. cit.*

⁹⁵ In punto v., su tutti, E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, su *federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: <https://www.iris.unina.it/retrieve/handle/11588/694860/152865/La%20disapplicazione%20dei%20regolamenti%20alla%20luce%20dei%20pi%C3%B9%20recenti%20sviluppi%20dottrinari%20e%20giurisprudenziali.pdf> (ultima consultazione 28/12/2018).

ti, determinarne l'immediata lesività, integrando il requisito dell'interesse a ricorrere⁹⁶.

All'opposto, una recentissima pronuncia del TAR Lazio sembrerebbe escludere l'immediata impugnabilità di tutti gli atti dell'Anac, in quanto ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso avverso un atto che sembrava imporre alcuni obblighi agli operatori⁹⁷.

Mancando una compiuta definizione delle regole in materia, sia l'individuazione dei comandi che il loro concreto portato applicativo sembrano, dunque, restare in sospeso.

A fronte di atti di dubbia natura e di dubbia legittimità⁹⁸, gli attuali interpreti del sistema sono, infatti, chiamati a razionalizzare una grande quantità di indicazioni diversamente denominate, isolando, caso per caso, i meri consigli dai veri comandi: un'attività non da poco, specie considerando che ogni opzione classificatoria sembri ampiamente falsificabile.

In assenza di indicazioni legislative al riguardo, l'ultima parola sui profili deboli della materia, spetta, infatti, solo unicamente al sindacato giudiziale che, per quanto minuzioso e sorvegliato, appare insufficiente, da solo, a lenire i pregiudizi di una così grave incertezza.

⁹⁶ Si esprime in questo senso G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., il quale, riferendosi alla disposizione di cui all'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 afferma: «Il significato di tale disposizione non può che essere quello del carattere lesivo di ogni categoria di atti di regolazione anche a prescindere da atti applicativi, per la ragione che comunque determinano obblighi. Non è però agevole stabilire di che genere di obbligo si tratti».

⁹⁷ Tar Lazio, sent. n. 1735/2018

⁹⁸ F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, p. 743 ss.

