



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXXIII ciclo

Tesi di Dottorato

Le linee guida nel “sistema delle fonti”

Relatore

Prof. Fulvio Cortese

Dottorando

Vincenzo Desantis

Anno accademico: 2019/2020



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidato: Vincenzo Desantis

Le linee guida nel "sistema delle fonti"

Relatore Prof. Fulvio Cortese

Anno Accademico: 2019/2020

Indirizzo specialistico in Diritto amministrativo, costituzionale e internazionale

XXXIII ciclo

Esame finale: 26/05/2021

Commissione esaminatrice:

Prof. Antonio D'Aloia, Università degli Studi di Parma

Prof. Enrico Carloni, Università degli Studi di Perugia

Prof.ssa Elena D'Orlando, Università degli Studi di Udine

INDICE

| | Pag. |
|--------------------|------|
| INTRODUZIONE | 1 |

PARTE I

Le linee guida in generale

CAPITOLO I

Origini di un modello

| | |
|---|----|
| 1. Riflessioni preliminari sul significato della locuzione <i>linee guida</i> | 9 |
| 2. Il possibile primo impiego dell'espressione <i>linee guida</i> entro l'ordinamento giuridico italiano | 12 |
| 3. L'uso dell'espressione <i>linee guida</i> in tre decreti ministeriali del Ministero della sanità del 31 luglio 1997..... | 16 |
| 4. L'uso dell'espressione <i>linee guida</i> nel d.lgs. n. 229/1999..... | 24 |
| 5. Le linee guida del <i>Piano sanitario 1998-2000</i> | 30 |
| 6. Il <i>Programma nazionale per le linee guida</i> , il <i>Manuale metodologico</i> e il collegamento con le <i>guidelines</i> di ambito sanitario elaborate negli Stati Uniti | 35 |
| 7. <i>Linee guida e guidelines for clinical practice</i> , breve storia della nascita e dello sviluppo delle <i>guidelines</i> pratico-sanitarie statunitensi | 40 |
| 8. <i>Linee guida e guidelines</i> : analogie e differenze, con un <i>caveat</i> | 48 |
| 9. Linee guida tra difficoltà definitorie, dinamicità, trasversalità e multidisciplinarietà del modello | 54 |
| 10. Terreni di coltura e principali utilizzi delle linee guida di orbita pubblica..... | 59 |
| 11. Le linee guida e la loro correlazione all'importanza dei saperi tecnico-specialistici..... | 65 |
| 12. Il richiamo alle linee guida come strumento di governo della | 67 |

INDICE

| | |
|---|----|
| complessità e flessibilizzazione dei sistemi normativi..... | |
| 13. Considerazioni conclusive..... | 71 |

CAPITOLO II

La giuridicità delle linee guida

| | |
|---|-----|
| 1. La giuridicità delle linee guida: un'introduzione | 75 |
| 2. Le linee guida come istituto giuridico | 77 |
| 3. Linee guida italiane: vari impieghi ed un dato di fondo..... | 80 |
| 4. Linee guida italiane tra <i>moral suasion</i> e <i>law making</i> | 84 |
| 5. Esempi di impieghi delle <i>guidelines</i> nei sistemi di <i>common law</i> | 87 |
| 5.1. <i>L'impiego delle guidelines nel sistema statunitense</i> | 88 |
| 5.2. <i>Legislative e non-legislative rules nel sistema statunitense</i> | 91 |
| 5.3. <i>La quasi-legislation dell'ordinamento giuridico del Regno Unito ...</i> | 93 |
| 6. L'approdo delle linee guida (anche) presso i sistemi giuridici di <i>civil law</i> | 98 |
| 6.1. <i>Il droit souple dell'ordinamento francese</i> | 98 |
| 6.2. <i>L'atteggiarsi del soft-law nel sistema giuridico statunitense</i> | 102 |
| 6.2.1. <i>Le directrices e le altre forme di manifestazione del soft-law dell'ordinamento spagnolo</i> | 104 |
| 6.2.2. <i>Percorsi di effettività del soft-law ed esempi concreti</i> | 106 |
| 7. <i>Le directrices e le altre forme di manifestazione del soft-law dell'ordinamento spagnolo</i> | 114 |
| 7.1. <i>Le directrices e le altre forme di manifestazione del soft-law dell'ordinamento spagnolo</i> | 116 |
| 7.2. <i>Il soft-law delle linee guida e i principi dell'ordinamento: occasioni di dialogo e di frizione</i> | 118 |
| 7.3. <i>Il soft-law come "nuova" espressione della produzione normativa</i> | 122 |
| 8. Linee guida interpretative, integrative ed additive della <i>regula iuris</i> | 126 |
| 9. Linee guida tra <i>post-law</i> e deleghe in bianco..... | 132 |
| 10. Linee guida tra inflazione paranormativa e polisemia della | 133 |

INDICE

locuzione

CAPITOLO III

*Le linee guida nel pluralismo delle esperienze giuridiche
extranazionali*

| | |
|--|-----|
| 1. Linee guida per la flessibilità extranazionale: un'introduzione..... | 137 |
| 2. Alcuni possibili caratteri delle linee guida extranazionali..... | 138 |
| 3. L'inquadramento delle linee guida tra le fonti del diritto ultrastatale | 143 |
| 4. L'impiego delle linee guida presso le Organizzazioni internazionali: esempi | 148 |
| 5. Le linee guida nelle iniziative regionali o multilaterali: esempi..... | 155 |
| 6. Le linee guida nel sistema giuridico dell'Unione europea | 159 |
| 7. L'orientamento espansivo di <i>linee guida</i> e <i>soft-law</i> extranazionali | 163 |

PARTE II

Le linee guida nella concretezza dell'esperienza giuridica

CAPITOLO IV

Le linee guida dell'ordinamento nazionale

SEZIONE I

*Linee guida come atti di indirizzo ed altre proposte:
tentativi di razionalizzazione classificatoria*

| | |
|---|-----|
| 1. Premessa | 173 |
| 2. Il possibile rapporto tra <i>linee guida</i> ed atti di indirizzo: un'introduzione..... | 173 |
| 3. Le linee guida in rapporto alle varie manifestazioni dell'indirizzo politico | 178 |
| 4. Linee guida ed atti di indirizzo parlamentari..... | 179 |
| 5. Linee guida ed atti di indirizzo di orbita esecutivo-amministrativa | 181 |

INDICE

| | |
|--|-----|
| 6. Linee guida esecutivo-amministrative per l'indirizzo multilivello | 185 |
| 7. Linee guida esecutivo-amministrative per l'indirizzo multiforme | 188 |
| 8. Linee guida, piani e programmi..... | 188 |
| 9. Linee guida e direttive amministrative | 196 |
| 9.1. Linee guida e direttive amministrative, esempi | 201 |
| 10. Linee guida, circolari e istruzioni..... | 205 |

SEZIONE II

Esempi significativi di linee guida ed altre possibili classificazioni

| | |
|--|-----|
| 1. Le linee guida nell'esperienza della codificazione della disciplina dei contratti pubblici: un'introduzione | 208 |
| 1.1. Problemi di classificazione delle linee guida dell'Anac..... | 212 |
| 1.2. Caratteristiche delle linee guida dell'Anac | 215 |
| 1.3. Linee guida c.d. ministeriali – fonti secondarie..... | 217 |
| 1.4. Linee guida non ministeriali (anche) vincolanti – atti generali | 219 |
| 1.5. Linee guida non vincolanti, ma non senza effetto..... | 224 |
| 1.6. L'incerta compatibilità delle linee guida Anac con i principi dell'ordinamento..... | 229 |
| 1.7. Gli sviluppi più recenti: l'abbandono delle linee guida? | 233 |
| 2. Linee guida d'ambito medico | 236 |
| 2.1. Linee guida e responsabilità medica, quale relazione? | 236 |
| 2.2. Le linee guida come oggetto di rinvio della normativa cogente..... | 238 |
| 2.3. Stato dell'arte e problemi aperti (accreditamento, legittimazione, disorganicità, contraddittorietà) | 240 |
| 2.4. Linee guida, discrezionalità tecnica e possibili scenari..... | 248 |
| 3. Linee guida come collettori di consuetudini o trascrizioni di fonti-fatto . | 251 |
| 4. Linee guida nelle fonti dell'attuale emergenza sanitaria: introduzione.... | 254 |
| 4.1. Rassegna dei rinvii normativi alle linee guida | 256 |
| 4.2. Considerazioni generali sulla normazione d'emergenza | 277 |

INDICE

| | |
|--|-----|
| 4.3. <i>Il dialogo tra hard e soft-law nella normativa d'emergenza</i> | 280 |
| 4.4. <i>Formule miste: possibili cause, potenzialità e limiti</i> | 286 |
| 4.5. <i>Rischi e benefici dell'interazione di hard e soft-law</i> | 289 |
| 4.6. <i>Criticità particolari dell'approccio misto della normativa d'emergenza</i> | 291 |
| 4.7. <i>Linee guida, soluzioni flessibili ed emergenza: profili conclusivi</i> | 296 |

CAPITOLO V

Il ricorso alle linee guida come fattore problematico

| | |
|--|-----|
| 1. <i>Le linee guida e il processo di produzione normativa</i> | 301 |
| 1.1. <i>Linee guida, legittimazione tecnica e legittimazione democratica</i> ... | 302 |
| 1.2. <i>Dall'ipertrofia legislativa all'ipertrofia delle linee guida</i> | 308 |
| 1.3. <i>Le linee guida nella c.d. fuga dal regolamento</i> | 311 |
| 1.4. <i>Linee guida indipendenti per la disciplina di materia non regolate</i> | 313 |
| 1.5. <i>Linee guida contra ius e linee guida in contrasto tra loro</i> | 316 |
| 1.6. <i>Le linee guida come fattore di incertezza del diritto – sintesi</i> | 319 |
| 2. <i>Le linee guida e l'amministrazione</i> | 320 |
| 2.1. <i>Le linee guida tra eterointegrazione della regola e prerogative della pubblica amministrazione</i> | 321 |
| 2.2. <i>Le linee guida e il rapporto tra politica e amministrazione</i> | 323 |
| 2.3. <i>Linee guida e amministrazioni indipendenti: un nuovo approccio</i> ... | 325 |
| 2.4. <i>Linee guida multi-autore: quale accountability?</i> | 327 |
| 2.5. <i>Linee guida come fonti, norme interne o indicazioni di terzo livello</i> | 329 |
| 3. <i>Le linee guida e la giurisdizione</i> | 331 |
| 3.1. <i>La giustiziabilità delle linee guida dinanzi al giudice amministrativo</i> | 332 |
| 3.2. <i>L'uso delle linee guida e da parte del giudice civile e penale</i> | 335 |
| 3.3. <i>Le linee guida nella giurisprudenza costituzionale</i> | 338 |

INDICE

| | |
|---|-----|
| CONCLUSIONI: LINEE GUIDA E ASSETTO COSTITUZIONALE | 343 |
| BIBLIOGRAFIA | 357 |

ABSTRACT

Il presente lavoro si propone di riflettere in ordine all'espansione che la figura delle linee guida sperimenta, oggi, entro i sistemi giuridici. Più in particolare, l'indagine si prefigge di valutare l'incidenza che tali strumenti possono avere sulla produzione normativa, interrogandosi, ove possibile, sui rischi e sui benefici connessi alla loro adozione.

Con questo intento, lo studio condotto in queste pagine si avvia con il tentativo di rintracciare i primi impieghi della locuzione *linee guida* entro l'ordinamento interno ed offre alcune letture in merito alle ragioni che possano averne favorito il ricorso e la seguente diffusione.

In un momento successivo, l'osservazione dei caratteri più ricorrenti degli strumenti in esame inaugura alcune riflessioni in merito alla praticabilità dogmatica di un modello regolatorio per linee guida, individuandone le possibili peculiarità e gli aspetti salienti sia con riferimento alle sue espressioni di diritto interno, sia avendo riguardo alle forme che esso abbia assunto in altri sistemi giuridici (nazionali e sovranazionali).

Superando l'approccio maggiormente teorico della prima parte, il prosieguo del lavoro riporta, invece, una rassegna dei principali esempi di linee guida impiegati entro l'ordinamento interno, prestando particolare attenzione a quelle elaborate nel sottosistema delle autorità indipendenti, a quelle redatte per la pratica clinica ed a quelle che, a vario titolo, hanno, infine, integrato la recente disciplina di contrasto al Sars-CoV-2.

In questa parte del lavoro, il modello ipoteticamente sotteso al ricorso alle linee guida è messo in relazione con altre e più classiche costruzioni, dando luogo ad un raffronto tra le espressioni di tale nuova figura e le principali caratteristiche di altri e più risalenti istituti giuridici.

Proponendo alcune considerazioni di sintesi, l'ultima parte del testo si prefigge, infine, di illustrare i possibili risultati dell'indagine, evidenziando quali siano le conseguenze che il ricorso a tale modello possa determinare per il funzionamento del sistema delle fonti e per l'assetto costituzionale.

INTRODUZIONE

Già da diversi anni, lo svolgersi del fenomeno giuridico si serve dell'espressione *linee guida* per accordare rilevanza a strumenti di natura ed effetti variabili, quasi sempre privi di caratteristiche che ne consentano un sicuro inquadramento entro partizioni concettuali determinate.

L'interazione che il mondo del diritto intrattiene, oggi, con le possibilità di significato evocate dal frequente impiego di *linee guida* ed altri strumenti a esse assimilabili appartiene, ormai, a molti ambiti ed istituti giuridici, ed alimenta uno speculare e necessario tentativo di ricostruzione teorica della figura in parola. Molti degli atti che presentano, nel proprio titolo o nella descrizione che facciano di sé stessi, l'affermazione dell'appartenenza all'indefinito genere delle linee guida sono, infatti, ammessi a svolgere funzioni ordinamentali di vario tipo, senza che si indichi quali siano: la genesi di questi strumenti, il regime giuridico loro applicabile ed il fondamento giustificativo degli effetti esplicitamente od implicitamente loro riconducibili.

Avendo riguardo al rapporto tra produzioni giuridiche tradizionali e *linee guida* (o atti ad esse assimilabili), il lavoro di ricerca svolto in questa sede cercherà di analizzare gli aspetti più rilevanti della diffusione degli strumenti in parola, evidenziando, ove possibile, i problemi derivanti dall'impiego di queste figure non ancora sufficientemente determinate.

Operando questo tentativo, una prima parte del lavoro si occuperà di rintracciare i primi impieghi normativi dell'espressione *linee guida*, onde individuare il possibile terreno di coltura di un'asserita categoria concettuale, poi esportata, alla stregua di un modello, anche in altri settori dell'ordinamento nazionale. In questa stessa parte si avrà, poi, modo di constatare che le prime *linee guida* diffuse presso il nostro sistema giuridico debbano ritenersi espressione di un tentativo di trapianto nazionale delle più note e risalenti *guidelines* per la pratica clinica: strumenti che, già dalla metà del secolo scorso, hanno indirizzato l'adozione delle scelte mediche in altre esperienze statali.

Subito dopo, si avrà modo di osservare che il supposto e importato modello delle linee guida mediche sia stato progressivamente impiegato per regolare altre

situazioni concrete, per supportare la funzione esplicativa delle fonti del diritto o, ancora, per indirizzare l'attività interpretativa. Funzioni che hanno consentito a questi strumenti di svolgere un ruolo di primo piano entro il più generale processo di flessibilizzazione dei sistemi normativi, un processo che può dirsi avviato già da diversi anni e che deve ritenersi in pieno corso di svolgimento.

Ancora dopo, si cercherà di indagare la sostenibilità concettuale di un modello *per linee guida*, per comprendere se le caratteristiche rinvenibili (o predicabili) rispetto ad esse possano fare sistema, vantino di un'autonomia concettuale o siano, in qualche modo, ricostruibili in termini di istituto giuridico.

Esaurite le riflessioni di ordine generale sulla nascita e l'atteggiarsi delle *linee guida* si cercherà, poi, di svolgere qualche rilievo comparatistico e di indagare la presenza di linee guida o strumenti ad esse assimilabili anche entro altre esperienze giuridiche (statali ed extrastatali).

In una seconda parte del lavoro, la ricchezza dei rinvii alle linee guida rinvenibile nel diritto interno, consentirà di svolgere qualche riflessione particolare su tre dei principali filoni produttivi di linee guida del nostro ordinamento (quello, molto noto, delle linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione; quello delle linee guida per le professioni sanitarie, diretta scaturigine delle *guidelines for clinical practice* nate negli Stati Uniti; quello delle linee guida, a vario titolo, richiamate dalla normazione anti Sars-CoV-2).

Gli esempi portati in rassegna consentiranno di concludere come il ricorso alle linee guida possa rivelarsi un fattore problematico per ciò che concerne la garanzia di alcuni fondamentali principi e valori dell'ordinamento costituzionale.

Una conclusione, quest'ultima, che impone di razionalizzare il futuro ricorso a questa figura, attenenuandone, almeno dove possibile, l'eccessiva indeterminatezza: un'opzione, all'un tempo, necessaria e complessa. Necessaria perché la riduzione dell'indeterminatezza risolverebbe gran parte dei problemi connessi all'uso della figura in esame; complessa perché preordinata ad indebolire una delle principali ragioni del costante ricorso a questi strumenti.

Con ogni probabilità, l'indeterminatezza del modello ha, infatti, rappresentato (e, tutt'ora, rappresenta) l'aspetto che più alimenta il ricorso alle linee guida: l'assenza di forme determinate consente, d'altronde, alle stesse di poter servire

qualunque funzione si intenda loro attribuire, rendendole apparentemente idonee a semplificare il diritto attraverso soluzioni aperte ed elastiche.

Di tutta evidenza, è proprio in questo modo che la maggior parte delle linee guida, atti spesso privi di un particolare statuto di riferimento, si rendono capaci di innovare l'ordinamento al quale afferiscono, sperimentando nuove modalità di veicolazione delle regole e nuove leve di diffusione di contenuti o comandi.

In particolare, le linee guida possono ritenersi una coerente (benché indeterminata) filiazione del bisogno di atipicità che si avverte, oggi, entro la produzione giuridica: un bisogno che si scontra, di tutta evidenza, con più di qualche esigenza di garanzia.

Nelle interazioni e nei contrasti che frappongono le spinte per l'innovazione delle forme giuridiche e le resistenze garantistiche risiedono, pertanto, l'evolversi della materia ed il lento consolidamento delle trasformazioni ordinamentali. Tra rischi e benefici, il ricorso a strumenti non inquadrabili entro produzioni tradizionali per innovare (o aggirare) i percorsi della normazione ha, infatti, caratterizzato la contemporaneità giuridica, la quale fa della *fuga* dalle fonti in senso proprio una manifestazione, per il vero, abbastanza frequente.

Eppure, il bisogno di sperimentare nuove e diverse forme di diffusione di contenuti e precetti può anche rileggersi come un'esigenza, in parte, ricorrente, perché rinvenibile anche in episodi più risalenti. Molte delle cose che possono, oggi, dire con riguardo alle linee guida già si dicevano, infatti, per le direttive amministrative, ritenute, fin dalla loro prima e compiuta ricostruzione, dei collettori di indicazioni sussidiari, elaborati per l'ausilio dell'interpretazione e per l'individuazione delle regole concretamente applicabili ai casi¹.

Nel tempo, una più matura teorizzazione delle direttive si premurò di munire questi corpi di indicazioni di un'attitudine precettiva attenuata (o, se si vuole, condizionata): un'accortezza che non si è, per ora, usata nei riguardi delle linee guida (mai esplicitamente descritte come l'espressione attenuata di altri atti), ma che sembra, per il vero, riproponibile (ed auspicabile) anche rispetto ad esse.

¹ *Ibidem*, p. 271. In questo passaggio, l'A. definisce la direttiva *un embryon de la règle de droit* e non una regola di diritto completa. Questo perché, differentemente dalle norme giuridiche vere e proprie, le indicazioni contenute nelle direttive non conterrebbero le garanzie comuni al resto della produzione giuridica.

La precisazione degli effetti della direttiva che si è operata in via teorica ha, infatti, costituito la condizione di ammissibilità attraverso la quale questo istituto ha potuto trovare cittadinanza entro l'ordinamento e sembra che qualcosa di simile debba doverosamente avvenire anche rispetto alle linee guida, pena la perdurante illegittimità del riferimento a tale (erigendo) modello: un modello che, almeno per il momento, sembra capace di evocare il tutto, così come il niente.

Le linee guida dell'attuale panorama giuridico, proprio come, nella propria epoca di riferimento le più risalenti direttive, sono, infatti, espressione di un tentativo di attenuazione del rigore di fonti ed atti cogenti e le due figure, pur essendo innegabilmente diverse sull'attuale piano degli effetti, sono assimilabili nella misura in cui la propria nascita si fonda sulle medesime esigenze istitutive.

Come fu per le direttive, anche il ricorso alle linee guida sembra, infatti, favorito dall'estesa (e pressoché sconfinata) *modularità d'impiego*² che si dice esse presentino, dall'asserita *flessibilità* conferibile al loro *contenuto*, dall'*elasticità* degli *effetti* che con esse si possono (tentare di) conseguire: tutti caratteri che si predicavano anche con riguardo alle direttive amministrative, ma che sono presto divenuti di ostacolo all'incontrollata circolazione di un modello così indeterminato. L'eccessiva indeterminatezza dischiusa dall'avanzata delle direttive ha, infatti, suggerito la riconduzione delle stesse entro le *altre manifestazioni dell'agire amministrativo*, avviando l'abbandono della figura in parola, poi scongiurato da una successiva (sebbene, in parte, ancora insoddisfacente) delimitazione concettuale della figura.

Perciò, se i problemi posti dall'insufficienza definitoria delle direttive hanno costretto gli interpreti a teorizzare i limiti dell'istituto³ per consentirne una

² L'espressione è ripresi in più luoghi di G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (Profili generali)*, Milano, 1993.

³ *Ibidem*, p. 6: «[...] suscettibili di essere meglio precisate risultavano la natura giuridica e la collocazione della figura tra le altre manifestazioni dell'agire amministrativo. L'"*embryon de règle de droit*" poteva, infatti, intendersi sia nel senso che la direttiva costituisse un atto propriamente cogente – anche se di tipo particolare, in quanto non in grado di offrire stabilità di disciplina – rispetto al comportamento futuro del destinatario, sia nel senso che la figura si risolvesse in un mero preannuncio del contenuto delle successive misure attuative, più esattamente in una motivazione generale e preventiva della provvidenziazione a seguire.». Su questo aspetto e sui problemi di inquadramento che la direttiva ha posto, almeno al suo primo prorompere, rispetto ad una sua concreta possibilità di classificazione entro il novero degli atti amministrativi v. G. VEDEL – P. DEVOLVÉ, *Droit Administratif*, Parigi, 1988, 306.

sopravvivenza entro l'ordinamento, si può affermare che un percorso in parte simile debba, oggi, costruirsi anche rispetto alle "nuove" linee guida.

Solo in questo modo, il bisogno di flessibilità avvertito nel concreto operare della realtà giuridica potrà trovare adeguato e legittimo coronamento, riempiendo di forma e contenuto una categoria giuridica ancora in costruzione.

In caso contrario, l'indeterminatezza pressoché avvolgente che continuerebbe a caratterizzare ogni ricorso al mondo delle linee guida rischierebbe di tradursi in un insuperabile fattore di incertezza relativo al loro impiego e di fondare il possibile abbandono di uno schema concettuale estremamente ricorso.

Descrivendo la varietà delle manifestazioni con cui si esprime, oggi, il fenomeno delle linee guida, l'intero svolgimento del lavoro cercherà, allora, di tenere insieme le esigenze così contrapposte e di bilanciare le ragioni giustificative della diffusione delle linee guida con il non meno importante bisogno di certezza e sicurezza giuridica che esse lasciano inevaso.

Solo all'esito di un lungo percorso di analisi di aspetti, caratteri ed esempi di linee guida ed atti ad esse limitrofi sarà possibile affermare se il ricorso alla figura in parola superi positivamente un vaglio di sostenibilità costituzionale.

PARTE PRIMA

Le linee guida in generale

CAPITOLO I

Origini di un modello

1. Riflessioni preliminari sul significato della locuzione linee guida

Con ogni probabilità, ogni tentativo di individuazione del primo impiego normativo dell'espressione *linee guida* andrebbe incontro a sicuro fallimento.

L'indagine dell'esperienza normativa e l'ampio ricorso che, ormai, anche il linguaggio comune, opera rispetto alla locuzione *linee guida* rende, infatti, pressoché impossibile individuare con assoluta sicurezza quale sia stato il primo impiego dell'espressione entro un atto normativo¹ o entro una fonte di diritto interno².

Ciò che è certamente più riscontrabile è che, nel corso del tempo, l'accostamento della parola *linee* al termine *guida*, abbia dato vita ad un'endiadi di così grande successo che il suo uso pare oggi incontrollabile.

In moltissimi settori del sapere ed in altrettante aree d'interesse della vita quotidiana, una moltitudine di documenti scritti reca, infatti, menzione dell'etichetta *linee guida*: un'espressione che l'evoluzione della lingua e le trasformazioni della

¹ Per una definizione dell'atto normativo, cfr., *ex multis*, V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 1959; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit. Per una rassegna relativa all'atto normativo nel sistema delle fonti, si rinvia a R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019; ID., *Diritto pubblico*, Torino, 2019; A. BARBERA – C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico. Con espansione online*, Bologna, 2018; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, IV ed., Padova, 2017; T. GROPPI – A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Torino, 2019; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti*, Torino, 1989; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. I, Milano, 1973.

² Nello specifico, sulle fonti di diritto interno, v. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2019; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI – P. SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2010; ID., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA – P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., p. 561; A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, 2008; P. GROSSI, *Premesse per uno studio sistematico delle fonti del diritto*, Torino, 2008; N. LIPARI, *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 2011; G. ZANOBINI, *La gerarchia delle fonti nel nostro ordinamento*, in P. CALAMANDREI – A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, p. 47.

realtà sociale sembrerebbero aver eletto a presidio contenitivo di gruppi di indicazioni quasi sempre sprovviste di specifico statuto. Ed in effetti, quando si parla di *linee guida*, si ha spesso l'impressione che ciò che si voglia indicare sia, almeno in parte, irrinunciabilmente indefinito. Uno degli elementi che rafforzano questa sensazione risiede nel fatto che i discorsi sulle *linee guida* siano quasi sempre condotti senza prestare attenzione alla necessità di definire quale sia il grado di obbligatorietà delle indicazioni che esse possano contenere, né se ve ne sia uno.

Una rapida osservazione dell'utilizzo del sintagma sembrerebbe, anzi, suggerire che il suo impiego sia considerabile alla stregua di un ricorso ad uno di quei generalissimi costrutti linguistici entro cui poter ricomprendere oggetti anche molto diversi tra loro.

Nella fattispecie, uno dei tratti in base ai quali poter ricondurre uno *scritto* entro il perimetro linguistico della locuzione *linee guida* potrebbe essere rappresentato proprio dalla circostanza che esso contenga indicazioni non meglio qualificate in ordine ad un certo oggetto, senza che niente sia predicato riguardo alla doverosità della loro osservanza. In base a quanto precede, si potrebbe, anzi, argomentare che la generica presentazione di indicazioni senza istruzioni di coerenza costituisca il vero *proprium* del significato della locuzione. E d'altronde, il nucleo semantico ricavabile dal confronto incrociato dei significati che alcuni dizionari di lingua attribuiscono alla parola *linea* ed alla parola *guida* conferma la compresenza dei visti caratteri essenziali (la presenza di indicazioni e l'assenza di istruzioni sulla coerenza), senza quasi mai aggiungere nulla di più.

Al di fuori di questo confronto, nessun dizionario linguistico contiene una descrizione unitaria della locuzione *linee guida* o della sua declinazione al plurale³.

Anzi, le sporadiche menzioni del sintagma sono riservate ricavabili solo dalla consultazione di alcuni dizionari bilingui. La loro consultazione rivela, infatti, che, almeno in alcuni casi, la locuzione *linee guida* sia stata ritenuta sufficientemente rimarchevole da meritare la redazione di una voce *ad hoc*⁴.

³ Così i principali dizionari e vocabolari di lingua italiana, tra cui, ad esempio, il *Grande dizionario della lingua italiana Garzanti*, il *Vocabolario di Italiano Rusconi* o lo *Zingarelli minore*.

⁴ Cfr., al riguardo, il dizionario online *Reverso Synonyms*, consultabile all'indirizzo web: <https://synonyms.reverso.net/sinonimi/it/linea+guida> (ultima consultazione d.d. 27 dicembre 2019) o,

In questi casi, l'inserimento di una voce riservata esclusivamente alla/e linea/linee guida potrebbe giustificarsi in ragione del fatto che la locuzione *linee guida*, che è in uso per la lingua italiana, corrisponda alla traduzione italiana di parole o locuzioni formatesi all'estero⁵.

Queste ultime, essendosi verosimilmente costituite e/o consolidate per particolari esigenze linguistiche sembrano, tuttavia, dotate di un più sicuro fondamento semantico, almeno rispetto all'espressione italiana, rinviando ad un significato più circostanziato rispetto a quello della traduzione *linee guida*⁶.

Lasciando, tuttavia, da parte l'apparente solidità che le traduzioni della locuzione sembrerebbero vantare in altri sistemi linguistici, resta interessante notare che la voce *linea* o *linee guida* di più dizionari rinvii la precisazione del significato attribuibile alla locuzione a diverse altre parole come *raccomandazione*, *orientamento*, *indirizzo* o *indicazione*⁷.

Il riferimento alle parole appena enunciate, almeno se considerato dal punto di vista della resa italiana del concetto, contribuisce a rafforzare la percezione in base alla quale il sintagma che stiamo indagando sia caratterizzato da una connotazione estremamente vaga e consente di argomentare che l'uso della locuzione *linee guida* possa ritenersi anche perfettamente fungibile rispetto a quello di altri termini straordinariamente ampi e generici.

ancora, il dizionario online italiano-francese Glosbe, disponibile all'indirizzo: <https://it.glosbe.com/it/fr/linea%20guida> (ultima consultazione d.d. 27 dicembre 2019).

⁵ Ci si riferisce, in particolare, alla possibile assimilazione dell'espressione italiana *linee guida* con l'espressione *lignes directrices*, in uso per il francese, e, soprattutto, alla parola *guidelines* dei sistemi anglofoni.

⁶ Cfr., al riguardo, la voce *Guideline* del *Cambridge Dictionary*, disponibile all'indirizzo web: <https://dictionary.cambridge.org/it/dizionario/inglese/guideline> (ultima consultazione d.d. 27 dicembre 2019). Risultati apparentemente simili a quanto sembra potersi riscontrare per l'Italia si ravvisano con riferimento alle lingue in uso presso Stati con una consolidata tradizione di *civil law* come la Francia, dove l'espressione *lignes directrices* sembra essere utilizzata come contenitore semantico equivalente a *directives* ed è, altresì, usato per rendere il termine inglese *guidelines* (cfr., ad esempio, quanto riportato sul sito web de *Bureau de la traduction*. *BtB*, alla pagina: https://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/chroniq/index-fra.html?lang=fra&lettr=indx_titls&page=9YLOw0tVW0hE.html, ultima consultazione d.d. 27 dicembre 2019), e la Germania, rispetto a cui ogni ricerca del termine tedesco *Leitlinien* compare sui vocabolari solo come traduzione del termine *guideline* (al riguardo cfr. la pagina del *Deutsch-English Wörterbuch*, disponibile all'indirizzo: <https://www.dict.cc/deutsch-englisch/Leitlinien.html>, ultima consultazione d.d. 27 dicembre 2019).

⁷ Uno dei dizionari bilingui online più utilizzati in assoluto fa, infatti, corrispondere all'espressione *linee guida* altre espressioni, evidentemente ritenute fungibili, come quelle sopra menzionate. Per un riscontro, cfr. la pagina web: <https://synonyms.reverso.net/sinonimi/it/linea+guida> (ultima consultazione d.d. 27 dicembre 2019).

Cionondimeno, un così frequente ricorso alla locuzione *linee guida* suggerisce che possano forse esistere delle ragioni per le quali si sia ritenuto, tra l'altro sempre di più nel corso del tempo, di privilegiare, anche nel diritto, l'utilizzo di un nuovo e genericissimo sintagma, oltre che di promuoverne o consentirne la diffusione su così larga scala. Sviluppando questa riflessione, uno dei propositi del presente lavoro consisterà proprio nell'individuare alcune delle possibili ragioni della diffusione della locuzione *linee guida* tentando, se possibile, di avanzare alcune ipotesi in ordine al momento nel quale si deve ritenere che si siano registrati i suoi primi e significativi utilizzi.

In un secondo momento, si tenterà, inoltre, di analizzare quali siano le possibili funzioni che il continuo uso del termine possa ritenersi in grado di servire e, più in particolare, si cercherà di capire se il frequente richiamo alle *linee guida* (richiamo operato sia nel linguaggio comune che in molti scritti giuridici), dipenda dalla mera volontà di adoperare una locuzione dal significato generico e polisemantico, o sia, invece, funzionale all'indicazione di una presunta categoria del giuridico, eventualmente dotata di caratteristiche sue proprie.

2. Il possibile primo impiego dell'espressione linee guida entro l'ordinamento giuridico italiano

L'interrogativo con il quale si è concluso lo scorso paragrafo si fonda sulla circostanza per cui, almeno da un po' di tempo a questa parte, i riferimenti alle *linee guida* abbiano cominciato a comparire in modo sempre più significativo nelle fonti del diritto, generando più di qualche incertezza.

L'approdo della locuzione nel mondo del diritto impedisce di sorvolare su più di un quesito tra quelli che la genericità del sintagma potrebbe generare ed impone di accertare se l'utilizzo della locuzione debba spiegarsi come il semplice uso di un'espressione equivalente a *guida*, *orientamento* o *indirizzo*, o se voglia piuttosto operare, almeno in alcuni casi, un rimando ad un oggetto giuridico contrassegnato da qualcosa di specifico, di diverso o di nuovo.

In altre parole, uno degli intendimenti di questa parte del presente lavoro consisterà nel comprendere se la locuzione *linee guida* debba considerarsi un nuovo

ed apprezzato modo per indicare, genericamente, degli *atti di indirizzo* o se il successo delle *linee guida* sia, invece, espressione dell'emergere di un nuovo *modello* o, forse, di una nuova (aspirante) categoria giuridica.

Ad avviso di chi scrive, ogni tentativo di analisi della locuzione ed ogni possibile verifica in ordine alla sua *praticabilità giuridica* o *autonomia concettuale* non può esimersi dal passare in rassegna i primi impieghi normativi della locuzione: solo un'indagine diacronica e retrospettiva degli utilizzi di tale espressione potrebbe, infatti, rivelare se l'ampio ricorso alla dizione *linee guida* sia sintomatico dell'evoluzione di un modello nato per una qualche precisa ragione o se rappresenti, al contrario, qualcosa di meno significativo, come ad esempio il mero emergere di una tendenza linguistica.

Considerando l'ordinamento giuridico italiano, il primo e rilevante utilizzo della locuzione che si è dato riscontrare risale all'articolo 4 del d.l. 20 giugno 1997, n. 175 (*Disposizioni urgenti in materia di attività libero-professionale della dirigenza sanitaria del Servizio sanitario nazionale*)⁸.

Secondo la formulazione della disposizione appena citata «*Il Ministro della Sanità, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, emana linee guida dell'organizzazione dell'attività libero-professionale intramuraria. Dette linee guida, per gli aspetti riguardanti il personale universitario e le esigenze della didattica e della ricerca, sono emanate di concerto con il Ministro dell'Università e della Ricerca scientifica e tecnologica*». Come detto, l'enunciato appena riportato contiene il primo rilevante utilizzo della locuzione *linee guida* che chi scrive sia stato in grado di reperire vagliando le fonti dell'ordinamento giuridico italiano.

⁸ Cfr. G.U. n. 144 del 23 giugno 1997. Al riguardo, gioverà sottolineare come in C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla Legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019, 262, si ricostruisce come prima e possibile traccia dell'introduzione, entro il nostro sistema giuridico, del supposto modello per *linee guida* il d.P.R. 13 agosto 1981, il quale prevedeva l'elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici che imponessero ai sanitari determinate condotte, annunciandone la relativa trasfusione in decreti ministeriali. Il contenuto del d.P.R. in esame non è, tuttavia, considerato nello svolgimento di questo paragrafo in quanto lo scopo di questa parte del presente lavoro è semplicemente quello di individuare la possibile (e prima) comparsa normativa di un *lemma* (la locuzione *linee guida*, per l'appunto), salvo poi riflettere – a partire dalle prime manifestazioni di esso – sul complesso di complicazioni a cui ha dato origine nel corso del tempo, quando – con sempre più frequenza – si è cominciato ad attribuire questa stessa etichetta a gruppi di indicazioni completamente differenti tra loro.

L'osservazione della disposizione sembrerebbe rivelare che la formulazione letterale dell'articolo in commento si riconnetta esplicitamente all'assolvimento di esigenze organizzative, presupponendo che l'elaborazione e la conseguente *emanazione* delle linee guida siano affidate al Ministero della sanità, al termine di un percorso decisorio che richiama (sempre espressamente) l'istituto del *concerto*⁹ e che coinvolge due dicasteri.

A questo riguardo, l'utilizzo del termine *concerto*, in uno con l'impiego del termine *emanazione*, sembra rivelare che l'adozione delle *linee guida* di cui all'articolo 4 non possa non coincidere con l'adozione di un *atto amministrativo* vero e proprio. E questo perché, a meno di eccezioni non segnalate o apparentemente riscontrabili, si deve ritenere che il riferimento al termine *concerto* postuli l'adozione di quel particolare atto endoprocedimentale che prelude l'emanazione di un atto amministrativo suscettibile di produrre effetti giuridici all'esterno.

Non solo, l'impiego della parola *emanazione* evoca in modo difficilmente contestabile la circostanza dell'avvenuto esercizio del potere amministrativo, richiamando a sua volta il concetto della capacità di diritto pubblico dell'amministrazione e il carattere dell'*autoritatività* dei provvedimenti¹⁰.

Il confronto dei due dati appena menzionati suggerisce, dunque, che le prime *linee guida* di cui sia dato trovare traccia nell'ordinamento giuridico italiano possano qualificarsi come provvedimenti amministrativi o che le stesse debbano, quantomeno, ritenersi delle indicazioni la cui circolazione entro l'ordinamento

⁹ Per una definizione dell'istituto del *concerto*, cfr. G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività*, Padova, 2017; J. BUCCISANO, *Intesa e concerto: analogie e differenze*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1982; R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018; G. CORREALE, *Contributo allo studio del concerto*, Padova, 1974; F. CUOCOLO, *Concerto (atti di)*, in *Enciclopedia giuridica*, VII, Roma, 1988; A. MONACO, *Concerto (atti di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, 1961, il quale definisce il concerto un atto attinente alla fase preparatoria del procedimento di formazione dell'atto produttivo di effetti giuridici; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Manuale di diritto amministrativo*, I, IV ed., Bologna, 2005; G. RIZZA, *Intese, diritto pubblico*, in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1989; R. ROFFI, *Concerto e intesa nell'attività amministrativa: spunti ricostruttivi*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1988; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2003.

¹⁰ Al riguardo, cfr., *ex multis*, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 63; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1976; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006.

giuridico è stata assicurata dalla circostanza dell'essere contenute entro un provvedimento amministrativo¹¹.

Ad ogni modo, l'analisi della formulazione in commento si presta all'elaborazione di altre possibili conclusioni. Il rinvio alle esigenze organizzative consente, ad esempio, di inferire che l'adozione delle linee guida (adozione che avviene, secondo quanto si è detto, nelle forme dell'atto amministrativo) sembri potere essere preordinata alla individuazione di principi e criteri verso cui poter orientare la disciplina organizzativa. Da questo si ricava che le linee guida di annunciata *emanazione* dovrebbero essere tenute in considerazione nel procedimento di formazione della disciplina interna all'organizzazione, potendo costituire una sorta di contenitore di principi e criteri sulla base dei quali sviluppare la normativa secondaria e, più precisamente, i regolamenti organizzativi¹².

Da ultimo, un'ulteriore conclusione che sembra potersi ricavare dalla formulazione della disposizione in commento non consente di escludere che le linee guida di cui all'articolo 4 possano ricondursi alle c.d. *fonti terziarie*¹³ del diritto amministrativo, costituendo un possibile esempio di manifestazione del potere

¹¹ A questo riguardo si segnala che il ricorso all'espressione linee guida per dettare indirizzi di natura organizzativa alle Regioni possa aver avuto come ragione anche l'impossibilità di esercitare, da parte del Ministro, un potere "regolamentare" di competenza concorrente.

¹² Sulle fonti secondarie e, in particolare, sui regolamenti organizzativi cfr. R. RUFFINI – P. MASTROGIUSEPPE, *Regole e regolamenti di organizzazione nelle amministrazioni pubbliche*, Soveria Mannelli, 2003; A. CORPACI, *Gli organi di governo e l'autonomia organizzativa degli enti locali. Il rilievo della fonte statutaria*, in *Le Regioni*, 5/2002. Per ciò che concerne, invece, le caratteristiche delle fonti secondarie v., tra gli altri, G. DI COSIMO, *Il regolamento nel sistema delle fonti: vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Milano, 2005; A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Padova, 1995; P. CARETTI – U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, Bologna, 1991; U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare dell'amministrazione centrale*, Bologna, 1991. Per una ricostruzione della posizione dei regolamenti entro il sistema delle fonti cfr., per tutti, G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1979; A. PIZZORUSSO – S. FERRERI, *Le fonti del diritto italiano. I. Le fonti scritte*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998-1999; F. SORRENTINO, *op. cit.* Per una ricostruzione diacronica della più importante manualistica in tema si rinvia, invece, a F. CORTESE, *Il diritto pubblico nella manualistica italiana*, in M. MALO – B. MARCHETTI – D. DE PRETIS, *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, 2015.

¹³ Al riguardo, cfr., per tutti, M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 4/2015. Con specifico riguardo all'istituto della direttiva, cfr., invece, G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (Profili generali)*, cit. Sulla circolare v., invece, A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione*, Milano, 1984; R. SCHIAVINA, *Le circolari e le istruzioni amministrative*, Firenze, 1965; R. LUCIFREDI, *Osservazioni sull'efficacia delle circolari amministrative*, in *Rassegna di diritto pubblico*, II, 1947; G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, Palermo, 1913.

direttivo che, in quanto tale, esplicherebbe effetti giuridici del tutto peculiari, senza che sia possibile argomentarne la vincolatività *erga omnes*.

In questo senso, le linee guida di cui si annuncia l'adozione potrebbero essere considerate degli atti di impulso di provenienza istituzionalmente qualificata, suscettibili di incidere l'attività dell'amministrazione secondo modi che la dottrina ha saputo individuare. L'indagine del rapporto tra linee guida e fonti terziarie costituisce, d'altronde, uno degli aspetti sui quali sarà opportuno osservare particolare attenzione anche nel prosieguo di questo lavoro.

Per quanto qui più interessa, si ritiene, però, rilevante notare che il primo e significativo uso della locuzione *linee guida* sia stato calato entro una formulazione che offre diversi punti di contatto sia con noti istituti e concetti del diritto amministrativo (ci si riferisce al *concerto* e all'*organizzazione*), sia con la sua terminologia (ci si riferisce al termine *emanazione*).

Questo primo aspetto ci induce a concludere che, almeno alla sua (presunta) prima apparizione, l'impiego del termine *linee guida* possa anche non aver sotteso il rinvio ad un concetto estraneo all'esperienza giuridica. Anzi, l'uso della locuzione è sembrato voler inscrivere le linee guida entro i consolidati schemi di più istituti giuridici, consentendo di ricondurre l'adozione delle linee guida in parola all'esercizio di un potere amministrativo declinabile in almeno due possibili forme: quella dell'atto amministrativo recante principi e criteri; quella della fonte terziaria.

La descrizione del quadro mostra, allora, che il primo impiego della locuzione non dischiuda necessariamente la creazione o l'introduzione di un elemento giuridico nuovo, potendosi invero riferire a soluzioni che l'esperienza giuridica aveva già avuto modo di sperimentare.

3. L'uso dell'espressione linee guida in tre decreti ministeriali del Ministero della sanità del 31 luglio 1997

Riprendendo le considerazioni già svolte con riferimento all'art. 4 del già citato d.l. 20 giugno 1997, n. 175, sembra, qui, utile passare brevemente in rassegna alcuni altri utilizzi della locuzione registratisi poco dopo quella che si suppone essere

stata la prima significativa comparizione dell'espressione *linee guida* entro l'ordinamento giuridico italiano.

La rapida analisi di questi ulteriori luoghi normativi sembra, infatti, confermare le impressioni ricavabili dall'osservazione dell'art. 4 e sembra contribuire alla definizione del processo di diffusione e consolidamento dell'etichetta in parola.

A distanza di breve tempo dall'adozione del decreto, un significativo utilizzo della locuzione si registra a partire dalla consultazione di tre decreti ministeriali pubblicati nella Serie generale n. 181 del 5 agosto 1997 della Gazzetta ufficiale¹⁴.

Il sommario del numero¹⁵, alla sezione *Decreti, delibere ed ordinanze ministeriali* riporta, infatti, una lista di atti adottati dai vari ministeri.

Tra di essi ve ne sono *tre* adottati dal Ministero della sanità. Ognuno di essi reca nel rispettivo titolo l'espressione *linee guida*.

Si tratta, rispettivamente, del Decreto 31 luglio 1997, avente titolo: *Linee guida dell'organizzazione dell'attività libero-professionale intramuraria della dirigenza sanitaria del Servizio sanitario nazionale*¹⁶ e di altri due decreti, aventi la stessa data, denominati *Linee guida dell'organizzazione dell'attività professionale intramuraria per gli aspetti riguardanti il personale universitario*¹⁷ e *Linee guida per la stipula dei protocolli d'intesa università-regioni*¹⁸.

¹⁴ Il già citato d.l. n. 175/1997 compare nella G.U. n. 144 del 23 giugno 1997, mentre la legge di conversione del d.l. trova collocazione nella G.U. n. 188 del 13 agosto dello stesso anno. I numeri della Gazzetta ufficiale appena menzionati possono essere liberamente consultati connettendosi al sito web: <https://www.gazzettaufficiale.it>.

¹⁵ Il sommario è aperto alla consultazione *online*, collegandosi all'indirizzo web: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1997/08/05/181/sg/html> (ultima consultazione d.d. 8 novembre 2019).

¹⁶ Il primo dei tre decreti è disponibile all'indirizzo web: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1997-08-05&atto.codiceRedazionale=097A6295&elenco30giorni=false (ultima consultazione d.d. 6 novembre 2019).

¹⁷ Il secondo dei tre decreti è disponibile all'indirizzo web: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1997-08-05&atto.codiceRedazionale=097A6296&elenco30giorni=false (ultima consultazione d.d. 6 novembre 2019).

¹⁸ Il terzo dei tre decreti è disponibile all'indirizzo web: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1997-08-05&atto.codiceRedazionale=097A6297&elenco30giorni=false (ultima consultazione d.d. 6 novembre 2019)

L'esordio del primo dei tre decreti, al secondo e terzo capoverso, contiene un richiamo espresso¹⁹ al già citato d.l. n. 175/1997 e al suo art. 4, decretando, all'art. 1 (rubricato: *Organizzazione dell'attività intramuraria*), comma 1, che: «*I direttori generali delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, in conformità alle eventuali direttive regionali in materia e alle presenti linee guida, adottano, sentite le OO.SS. – Organizzazioni sindacali, n.d.r - del personale della dirigenza sanitaria, un apposito atto regolamentare per definire le modalità organizzative dell'attività libero-professionale del personale medico e delle altre professionalità della dirigenza del ruolo sanitario, con riferimento alle prestazioni individuali o in equipe, sia in regime ambulatoriale che di ricovero*».

Il tenore letterale della disposizione appena riportata sancisce la potestà regolamentare dei direttori delle unità sanitarie in ordine alla definizione delle modalità organizzative dell'attività degli operatori sanitari²⁰.

Il riconoscimento della vista potestà regolamentare sembra essere subordinato al rispetto di almeno due ordini di fonti: quelle elaborate in orbita regionale²¹ (direttive regionali) e quelle ministeriali, contenute nel decreto stesso (decreto che reca, tuttavia, nel nome, l'espressione *linee guida*).

¹⁹ La formulazione del menzionato richiamo recita: «*Visto il decreto-legge 20 giugno 1997, n. 175, concernente disposizioni urgenti in materia di attività libero-professionale della dirigenza sanitaria del Servizio sanitario nazionale; // Visto, in particolare, l'art. 4 che prevede che il Ministro della sanità, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, emana le linee guida dell'organizzazione dell'attività libero-professionale*»

²⁰ La disposizione in oggetto costituisce un *exemplum* di devoluzione del potere regolamentare per via legislativa. Sulla legittimità e sulla problematicità di devoluzioni di questo tipo cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1984; L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 10/1990; E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 10/1990; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996; A.M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Il Foro Italiano*, 81, IV, 1958. Per una ricostruzione sulla potestà regolamentare regionale si rinvia, invece, per tutti a T.F. GIUPPONI, *La potestà regolamentare regionale*, in *Le Regioni*, 3/2004; G. CREPALDI, *La potestà regolamentare nell'esperienza regionale*, Milano, 2009; G. FALCON, *Le potestà normative regionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1979; A. PUBUSA, *Considerazioni sulla potestà regolamentare regionale*, in *Le Regioni*, 3/1986; M. MALO, *L'esercizio dei poteri regolamentari negli ordinamenti regionali: riflessioni sulla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2/1991.

²¹ Il tenore letterale della disposizione impedisce di individuare con sicurezza quale sia l'ordine di fonti al quale la potestà regolamentare dei direttori sanitari sembri doversi conformare: l'uso del termine *direttive* lascia, infatti, intendere che il riferimento possa correre sia alle eventuali fonti di diritto terziario adottate dalle autorità regionali sia, e più genericamente, a tutte le indicazioni giuridicamente vincolanti elaborabili, ivi comprese fonti primarie e secondarie.

Un quadro di questo tipo consente, dunque, di concludere che l'atto in analisi (il decreto ministeriale, un atto che tendenzialmente provvisto della natura di fonte²²) abbia attribuito o confermato una potestà regolamentare di natura organizzativa ad un'autorità amministrativa, servendosi di uno schema già tipicamente in uso presso la pratica normativa, senza che l'utilizzo della dizione *linee guida* abbia aggiunto alcunché di nuovo, di diverso o di ulteriore rispetto a quanto si fosse già soliti osservare nello studio del sistema delle fonti.

In aggiunta, un atto che si accinga a tracciare una *guida* tracciando delle *linee* non dovrebbe assolvere alla funzione di norma attributiva o ricognitiva di potestà normative di autoregolazione.

Venendo, poi, al secondo decreto ministeriale (il secondo della triade menzionata in esordio), si può constatare che l'incipit di questo secondo atto ricalchi fedelmente quanto si è già notato per il primo decreto: il secondo atto, infatti, dopo aver effettuato, dal primo capoverso in avanti, un richiamo al già citato d.l. n. 175/1997 e dopo aver espressamente menzionato il primo dei tre decreti di cui ci si occupa in questa parte del lavoro, decreta, all'art. 1 (rubricato, a sua volta, *Organizzazione dell'attività intramuraria*), che: «*I direttori generali delle aziende ospedaliere in cui operano strutture delle facoltà di medicina e chirurgia, nel provvedere alla regolamentazione ed alla organizzazione dell'attività libero-professionale intramuraria, ivi compresa l'attività di consulenza, in conformità alle*

²² Sulla possibilità che i decreti ministeriali possano essere qualificati come atti amministrativi generali e non già come fonti e sull'opposta eventualità che atti ministeriali non adottati secondo l'art. 17 della l. n. 400/1988 si atteggiino a fonti secondarie cfr., tra gli altri, V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto normativo tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011; A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2008; E. ALBANESI, *I decreti del governo "di natura non regolamentare". Un percorso interpretativo*, in M. CARTABIA – E. LAMARQUE – P. TANZANELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, Torino, 2011. Com'è noto, l'attuazione delle disposizioni di legge può, infatti, essere demandata a decreti ministeriali di natura non regolamentare (atti che, in questo caso, assumerebbero la forma di amministrativi generali), adottati allo scopo di integrare la fonte primaria con elementi contingenti o tecnici che richiedano una frequente revisione della disciplina. Facendo leva sulle esigenze connesse ad un intervento di questo tipo, il detentore del potere normativo rinvia l'integrazione della fonte primaria a documenti formalmente amministrativi e sostanzialmente normativi, senza rispettare i vincoli normativi e procedurali. In tema si rinvia, poi, anche a L. COSSU, *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

disposizioni (...) ed alle linee guida emanate ai sensi degli articoli 1 e 4, comma 1, del decreto-legge 20 giugno 1997, n. 175, verificano, con il concorso dei presidi delle facoltà di medicina e chirurgia, gli aspetti riguardanti le esigenze della didattica e della ricerca, in rapporto alla compatibilità con lo stato giuridico del personale universitario».

La disposizione in commento presenta almeno due dati di interesse.

Il primo è quello in base al quale l'attività imposta ai direttori generali – attività che, in questo caso, consiste in un'attività *di verifica* e non coincide con l'adozione di regolamenti di organizzazione – è comunque subordinata alle indicazioni del decreto ministeriale che la prevede, sebbene quest'ultimo rechi, nel titolo, la dizione *linea guida* e possa, dunque, sembrare un atto di indirizzo.

Il secondo dato coincide con il fatto che l'art. 1 del presente decreto ministeriale, nello stabilire che l'attività di verifica debba avvenire conformemente alle *linee guida* stabilite dagli artt. 1 e 4 del d.l. n. 175/1997, introduce un aspetto significativo ai fini delle nostre discussioni.

Analizzando il testo del richiamato (e già menzionato) d.l. si apprende, infatti, che *solo* l'articolo 4 del d.l. (e cioè solo uno dei due estremi normativi oggetto di rinvio) utilizzi l'espressione *linee guida*.

Il tenore letterale dell'altro articolo richiamato, l'articolo 1 del d.l. (rubricato *Competenze del Ministero della sanità*), si limita, infatti, a stabilire che: «*Con il decreto del Ministro della sanità, di cui al comma 14 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 – intitolato Misure di razionalizzazione della finanza pubblica, n.d.r. – sono individuate (...) le caratteristiche dell'attività libero-professionale intramuraria del personale medico e delle altre professionalità della dirigenza sanitaria del Servizio sanitario nazionale, le categorie professionali e gli enti o soggetti ai quali si applicano le disposizioni sull'attività intramuraria; sono, altresì, disciplinate l'opzione tra attività libero-professionale intramuraria ed extramuraria, le modalità del controllo del rispetto delle disposizioni sull'incompatibilità, le attività di consulenza e consulto».*

Per tale ragione, il rinvio che il secondo decreto ministeriale (il secondo dei tre che si stanno analizzando nel presente paragrafo) opera rispetto alle *linee guida* di

cui all'articolo 1 del d.l. n. 175/1997 non è che, in realtà, il rinvio alle disposizioni di un altro decreto ministeriale.

Più precisamente, il richiamo che il d.l. n. 175/1997, all'articolo 1, effettua rispetto al comma 14 dell'articolo 1 della l. n. 662/1996 altro non è che il richiamo ad un decreto del Ministero della Sanità il quale, come rivela lo stesso comma 14 dell'art. 1 della l. n. 662/1996, si sarebbe dovuto emanare entro il 28 febbraio 1997 per stabilire l'attuazione di alcune previsioni *legislative*, oltre che *le modalità per il controllo del rispetto delle disposizioni sulla incompatibilità e la disciplina dei consulti e delle consulenze*.

Ecco, dunque, che il secondo dei tre decreti ministeriali in analisi – il quale, ai nostri fini, è il terzo luogo normativo nel quale si ritiene sia comparsa la locuzione *linee guida* – pur recando nel titolo l'espressione *linee guida* risulta essere, inconfutabilmente, una *fonte secondaria* della specie dei *decreti ministeriali* la quale stabilisce, al suo articolo 1, che una certa attività di verifica debba essere svolta conformemente a delle *linee guida* previste da due articoli di un *decreto-legge*.

Ciò è stabilito sebbene il primo di questi articoli (l'articolo 1) *non* contenga l'espressione *linee guida* e rimandi, sua volta, ad un altro *decreto ministeriale* (previsto per legge), mentre l'altro (l'articolo 4), pur contenendo l'espressione *linee guida*, operi, sostanzialmente, un rinvio al contenuto di generiche *linee guida*, poi trasfuse in un decreto: un esercizio di complicazione del tutto inutile.

Nel paragrafo precedente, si è cercato di mostrare che anche il riferimento alle linee guida operato dall'articolo 4 del già menzionato d.l. (per cui cfr. par. 2) appaia innegabilmente problematico, ma ciò che preme sottolineare in questa sede è che anche la fonte in analisi (il secondo dei tre decreti ministeriali – nostro *terzo luogo di comparizione*), nel richiamare l'articolo 1 del d.l., abbia utilizzato l'espressione *linee guida* in luogo della parola *decreto* generando possibile confusione.

In altre parole, anche in questo caso, l'esercizio del potere normativo ha prediletto l'utilizzo di un'espressione (l'espressione *linee guida*, per l'appunto) in luogo di altre espressioni che avrebbero probabilmente reso in maniera più percettibile quali fossero le fonti alle quali si intendesse richiamarsi.

Tuttavia, l'utilizzo di un'etichetta generica e sprovvista di regolamentazione (quale è, appunto, *linee guida*), se adottata in luogo di un sicuro riferimento a fonti tipicamente inquadrabili (come poteva essere, nel caso di specie, il riferimento ai decreti ministeriali), oltre a poter configurare un problema di *nomen iuris* - problema, per il vero, risolvibile sia per il fatto che il tipo di fonte richiamato possa essere evincibile, sia per il fatto che le *linee guida* sono, fondamentalmente, un *non-nomen iuris* – rischia di lasciare inevasi altri possibili problemi per via della sua intrinseca indeterminatazza.

Lasciando, però, da parte il rinvio all'articolo 1 del d.l. n. 175/1997, l'altro rinvio, quello operato al già menzionato articolo 4 della stessa fonte, può apparire, in ipotesi, non meno problematico del primo per il fatto che le *linee guida* di cui all'articolo 4 del d.l. n. 175/1997 possano sembrare più un atto amministrativo generale²³ o, al limite una norma interna che non una fonte secondaria (come il decreto ministeriale²⁴): un'incertezza di questo tipo può configurare questioni problematiche di grande momento, specie qualora ci si interroghi su quale sia il regime giuridico ipoteticamente applicabile all'atto²⁵.

Venendo, da ultimo, al terzo dei tre decreti (*Linee guida per la stipula dei protocolli d'intesa università-regioni*), si nota che l'articolo 2 del decreto, dopo aver enunciato l'inserimento delle università entro l'organizzazione delle aziende sanitarie *nei modi stabiliti dal decreto e, cioè «dalle presenti linee guida»*, affermi, all'articolo

²³ Sulla struttura e le caratteristiche degli atti amministrativi generali cfr. M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, III, 1953; O. SEPE, *Atto normativo ed atto amministrativo generale*, in *Studi in onore di Ferdinando Carbone nel cinquantesimo anno di servizio allo Stato*, Milano, 1970. Per una ricostruzione più recente v., invece, A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Il Foro Italiano*, X, 1954; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; G. MORBIDELLI, *Il Tar Lazio e gli atti amministrativi generali*, in A. AMOROSINO – G. MORBIDELLI – M. MORISI (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia*, Torino, 2002; M. RAMAJOLI – B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 1-2/2013; C. TUBERTINI, *I regolamenti e gli atti amministrativi generali*, in G. GARDINI – L. VANDELLI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, 2013; C. CUDIA, *L'efficacia dimensionale dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 4/2016.

²⁴ Sulle caratteristiche di tale fonte cfr. F. POLITI, *Decreto ministeriale*, in *Enciclopedia del diritto*, agg., V, Milano.

²⁵ Sul problema del regime giuridico attribuibile C. MORTATI, *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi (a proposito dei regolamenti "liberi" posteriori ed anteriori alla Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970.

6, che: «*Al personale universitario che presta attività assistenziale nei policlinici e nelle aziende sanitarie è assicurata, da parte delle aziende (...), l'equiparazione del trattamento economico complessivo in conformità a quanto stabilito da (...). I criteri per la individuazione (...) del trattamento dovuto e degli istituti normativi contrattuali di carattere economico sono definiti con apposite linee guida emanate d'intesa fra i ministri della sanità, dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica e del tesoro (...)*».

In questo caso, la previsione normativa che ha annunciato l'equiparazione del trattamento economico è stata integrata dall'annunciata previsione di *linee guida* che avrebbero specificato i criteri di individuazione del dovuto.

Una costruzione di questo tipo, in uno con l'utilizzo della parola *intesa*, sembra rimettere l'individuazione dei criteri all'adozione di un atto amministrativo²⁶. Ed in questo senso, la fattispecie da ultimo considerata appare, per larga parte, sovrapponibile a quanto si è già notato descrivendo il richiamo alle *linee guida* che si osserva nel già citato articolo 4 del d.l. n. 175/1997. L'unica differenza tra le due fattispecie risiede nel fatto che in questo caso si parli di *intesa*, mentre nell'altro si parli di concerto.

La natura dei soggetti espressamente coinvolti nel procedimento decisorio lascerebbe arguire che fosse più opportuno evocare l'istituto del *concerto* anziché quello dell'*intesa*, ma, a prescindere da questo dato – per il vero non troppo rilevante – non si può che concludere che, anche in questo caso, l'uso dell'espressione *linee guida* abbia complicato inutilmente l'interpretazione.

E questo perché sarebbe stato molto più semplice stabilire che l'individuazione dei criteri fosse rimessa all'adozione di un atto amministrativo, anziché annunciarne la previsione in non meglio specificate *linee guida*.

Passando, poi, dal caso particolare ad un'ipotetica conclusione di sintesi, è possibile dire che l'analisi delle fonti considerate fino a questo momento abbia rivelato che l'utilizzo dell'espressione *linee guida* (un'espressione che – almeno per il momento di adozione delle fonti considerate – doveva ritenersi nuova) non sia stato motivato dal fatto che occorresse descrivere *in modo nuovo* il rinvio a delle

²⁶ Sull'*intesa* e, più in generale, sugli atti determinativi del contenuto del provvedimento amministrativo si rinvia, tra gli altri, a E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019.

fonti o a degli atti con caratteristiche differenti rispetto a quelli che si era soliti osservare in passato.

In altre parole, l'utilizzo di questa espressione in luogo di espressioni più classiche, ha rappresentato, almeno nei casi considerati, un inutile esercizio di complicazione che, oltre a non aver apportato alcun apparente contributo positivo (ma, su questo, cfr. *ultra*), ha generato incertezze sulla natura degli atti che sono circolati sotto l'etichetta *linee guida* ed ha lasciato inevasa la generale esigenza di stabilire previamente – ed in modo sufficientemente chiaro – quale fosse il tipo di fonte al quale poter imputare gli effetti delle regole pure introdotte nell'ordinamento.

4. L'uso dell'espressione linee guida nel d.lgs. n. 229/1999

Riprendendo la descrizione dei primi impieghi della locuzione, un quarto e significativo luogo di comparizione dell'espressione analizzata è costituito dal d.lgs. n. 229/1999²⁷ (intitolato *Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario*

²⁷ Cfr. G.U. n.165 del 16-07-1999 - Suppl. Ordinario n. 132. Per esigenze di completezza, si consenta di segnalare che anche la legge di delega sulla base della quale si è successivamente approvato il decreto legislativo in analisi contenesse (l. 30 novembre 1998, n.419), alla lettera g) del comma 1 dell'articolo 2 (*Principi e criteri direttivi di delega*) stabilisce che il Governo, nell'emanazione dei decreti legislativi di cui all'articolo 1, definirà *linee guida al fine di individuare le modalità di controllo e verifica, da attuare secondo il principio di sussidiarietà istituzionale e sulla base anche di appositi indicatori, dell'appropriatezza delle prescrizioni e delle prestazioni di prevenzione, di diagnosi, di cura e di riabilitazione, in modo da razionalizzare l'utilizzazione delle risorse nel perseguimento degli scopi di cui alla lettera a)*. La formulazione della lettera in commento presuppone, dunque, l'*attuazione* delle indicazioni contenute in queste linee guida, consentendo di argomentare che *anche* queste linee guida possano iscriversi nel novero dei decreti ministeriali o, più in generale, entro quello – più generale – delle fonti di rango secondario. In aggiunta a quanto detto, la lettera v) dello stesso articolo 2, annovera tra i principi e criteri direttivi della delegazione anche quello consistente nel *garantire la razionalità e l'economicità degli interventi in materia di formazione e di aggiornamento del personale sanitario, prevedendo la periodica elaborazione da parte del Governo, sentite le Federazioni degli ordini, di linee guida rivolte alle amministrazioni competenti e la determinazione, da parte del Ministro della sanità, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, del fabbisogno di personale delle strutture sanitarie, ai soli fini della programmazione, da parte del Ministro dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica, degli accessi ai corsi di diploma per le professioni sanitarie e della ripartizione tra le singole scuole del numero di posti per la formazione specialistica dei medici e dei medici veterinari, nonché degli altri profili professionali della dirigenza del ruolo sanitario; prevedere che i protocolli d'intesa tra le Regioni e le università e le strutture del Servizio sanitario nazionale, di cui all'articolo 6, commi 1 e 2, del decreto legislativo 1992, n. 502, e successive modificazioni, da attuare nell'ambito della programmazione sanitaria regionale, siano definiti sulla base di apposite linee guida, predisposte dal Ministro della sanità, d'intesa con il Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano (...)*. Come si può

nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419), il quale, all'articolo 1, provvede a dettare il nuovo testo dell'articolo 1 di un altro decreto legislativo (il d.lgs. n. 502/1992²⁸, rubricato *Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*), avviando una cospicua serie di impieghi della locuzione indagata. Molto brevemente, il primo di questi si registra al comma 10 dell'articolo 1, laddove il decreto delegato, alla lettera h), annovera tra i contenuti del *Piano sanitario nazionale* anche «*le linee guida e i relativi percorsi diagnostico-terapeutici allo scopo di favorire, all'interno di ciascuna struttura sanitaria, lo sviluppo di modalità sistematiche di revisione e valutazione della pratica clinica e assistenziale e di assicurare l'applicazione dei livelli essenziali di assistenza*». Come si cercherà di spiegare più compiutamente in seguito, l'impiego di cui si è appena riferito appare particolarmente importante per ricostruire la storia degli utilizzi della locuzione e si lega in modo particolarmente significativo alla congerie di indicazioni cliniche che, almeno a partire dalla seconda metà del secolo scorso, ha cominciato a diffondersi con straordinaria rapidità in alcuni Paesi stranieri (ma, su questo, cfr. *ultra*).

Proseguendo la rassegna degli impieghi, il comma 15 del già menzionato articolo 1, recita che: «*Il Ministro della sanità, avvalendosi dell'Agenzia per i servizi sanitari regionali, promuove forme di collaborazione e linee guida comuni in funzione dell'applicazione coordinata del Piano sanitario nazionale e della normativa di settore, salva l'autonoma determinazione regionale in ordine al loro recepimento*». Ecco, dunque, un altro utilizzo della locuzione *linee guida* che, in modo forse più espresso rispetto a quanto si è avuto per gli altri impieghi finora considerati, sembra assegnare alle linee guida una connotazione certamente

notare, anche la formulazione della lett. v) prescrive l'elaborazione periodica di linee guida governative, verosimilmente riconducibili alla forma dell'atto amministrativo generale o della fonte di diritto secondario (nelle sue possibili declinazioni).

²⁸ Cfr. G.U. n. 4 del 07-01-1994 - Suppl. Ordinario n. 3. Si consenta, inoltre, di aggiungere che la tesi secondo cui il d.lgs. n. 229/1999 costituisca il quarto luogo di significativa comparizione dell'espressione *linee guida* è rafforzata dal fatto che il testo originario del d.lgs. n. 502/1992 non contenga nemmeno un impiego della locuzione, presentando, nei luoghi ove poi questa sarà inserita, dizioni più neutre come *linee generali di indirizzo* (articolo 1), *linee dell'organizzazione dei servizi* (articolo 2), *linee di indirizzo per l'impostazione programmatica* (articolo 3). Queste stesse dizioni, oltre ad apparire più specifiche rispetto al generico rimando alle linee guida, non sono, inoltre, abbinate ad istituti giuridici. Il mancato abbinamento consente di argomentare che il rinvio alle loro indicazioni possa essere considerato come il rinvio ad una fonte extragiuridica – e quindi extraordinamento – risolvendo i problemi classificatori riscontrati per le linee guida.

strumentale e probabilmente *esplicativa*: *strumentale* perché preordinata all'applicazione del diritto cogente (la *normativa di settore*) e *probabilmente esplicativa* perché il ruolo assegnato alle menzionate *linee guida* (quello dell'attuazione) consente di ricavare che queste possano anche contenere qualche indicazione per decifrare, esplicitare e coordinare il contenuto della normativa da applicare.

Particolarmente interessante appare, poi, la chiusa del comma, la quale riserva all'autonomia regionale ogni determinazione in ordine all'opportunità di recepire le indicazioni contenute nelle *linee guida* o desumibili dalle varie e imprecise *forme di collaborazione*. Una precisazione di questo tipo permette di argomentare che almeno queste linee guida siano sprovviste di cogenza e che possano atteggiarsi a semplici raccomandazioni.

Continuando la rassegna degli impieghi della locuzione, l'articolo 4 del decreto legislativo, rubricato *Modificazioni all'articolo 4 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*), nello stabilire che il comma 1 dell'articolo 4 del già citato d.lgs. n. 502/1992 è sostituito dal testo dell'articolo 4 della fonte considerata, aggiunge, alla lettera *d*) del comma 1-*bis* che uno dei requisiti richiesti affinché le Regioni possano *costituire* aziende ospedaliere o *confermare* i presidi ospedalieri in *aziende ospedaliere* è che queste strutture posseggano un *dipartimento di emergenza di secondo livello, ai sensi dell'atto di indirizzo e coordinamento approvato con decreto del Presidente della Repubblica 27 marzo 1992, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 76 del 31 marzo 1992 e successive modificazioni, seguendo le specificazioni contenute nell'Atto di intesa tra Stato e Regioni di approvazione delle linee guida sul sistema di emergenza sanitaria pubblicate nella Gazzetta Ufficiale n. 114 del 17 maggio 1996*. Da quanto detto emerge, allora, che anche l'impiego appena menzionato restituisce un'idea delle *linee guida* assimilabile a quella di un corpo di indicazioni racchiudibile entro la veste formale di un atto amministrativo emanato previa intesa.

In prosieguo, l'articolo 6 del decreto legislativo (*Integrazioni all'articolo 6 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*), nel dettare l'introduzione

dell'articolo 6-bis²⁹ entro l'articolato del già citato d.lgs. n. 502/1992, stabilisce, al comma 1, che «*con decreto del Ministro della sanità, di concerto con il Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, sentita la Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, sono elaborate ogni tre anni linee guida per la stipulazione di protocolli d'intesa tra le regioni, le università e le strutture del Servizio sanitario nazionale, determinando i parametri al fine di individuare le strutture universitarie per lo svolgimento delle attività assistenziali e le strutture per la formazione specialistica e i diplomi universitari.*»

La disposizione in commento contiene entro la sua formulazione sia la locuzione *linee guida* che il termine *protocolli*: sia l'una che l'altro saranno oggetto di trattazione in un successivo tratto del presente lavoro, al fine di valutare le possibili sovrapposizioni e differenze che il loro impiego sia astrattamente suscettibile di generare (cfr. p. *inserisci rimando*).

Lasciando, per il momento, da parte questo aspetto, non si può, però, non notare come anche questa previsione lasci dedurre che le linee guida di cui si annuncia l'adozione debbano essere contenute entro un atto amministrativo da adottarsi previo *concerto* dei dicasteri menzionati. La configurazione dell'enunciato appare straordinariamente sovrapponibile a quella del già citato articolo 4 del d.l. n. 175/1997, alla cui analisi si rinvia anche per quanto concerne la considerazione dei possibili profili critici.

La formulazione del comma 1 dell'articolo 6-bis non è, tuttavia, l'unico luogo dell'articolo a recare la dizione *linee guida*: al comma 2 dell'art. 6-bis è, infatti, possibile rinvenire un richiamo ai già citati decreti ministeriali (quelli esaminati come secondo, terzo e quarto luogo di significativa comparizione della locuzione, cfr. paragrafi – *inserisci rimando* –), il quale afferma che, fino al momento di adozione delle *linee guida* di cui al comma 1 (appena analizzato) dovranno trovare *applicazione* le linee guida ministeriali *di cui al decreto dei Ministri della sanità e dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica 31 luglio 1997, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 181 del 5 agosto 1997.*

²⁹ La rubrica dell'articolo 6-bis così introdotto recita: *Protocolli d'intesa tra le regioni, le università e le strutture del Servizio sanitario nazionale.*

Anche in questo caso, l'uso della categoria concettuale dell'*applicazione* sconsiglia di ritenere che le linee guida menzionate rinviino alla consultazione di atti estranei al sistema delle fonti. A questo riguardo, l'apparente contitolarità del decreto oggetto di rinvio (la disposizione recita: *al decreto dei Ministri*, dove *Ministri* è al plurale) lascerebbe inevaso un legittimo interrogativo di fondo: quello che si domandi se il decreto in questione debba considerarsi un atto amministrativo adottato a seguito di un concerto o, piuttosto, un decreto interministeriale³⁰.

Lasciando, però, da parte questo aspetto e tornando a perseguire i propositi argomentativi di questa parte del presente lavoro, appare evidente che l'impiego della locuzione *linee guida* possa spiegarsi nei termini di un ricorso ad istituti del diritto comunque già esistenti, restando molto poco chiaro il motivo per cui il legislatore abbia preferito, per più volte, ricorrere all'impiego di un'espressione *non* disciplinata (l'espressione *linee guida*, per l'appunto), piuttosto che specificare, con precisi rimandi, di volersi riferire a categorie di fonti o di atti storicamente indagate, munite di specifico regime giuridico.

Da ultimo, l'esame del d.lgs. in commento consente di rinvenire altri due significativi impieghi della locuzione³¹: il primo di questi è quello di cui all'articolo 11 (*Modificazioni all'articolo 12 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*), il quale dispone l'introduzione dell'articolo 12-*bis* entro l'articolato del decreto integrando. La disposizione oggetto di introduzione (l'articolo 12-*bis*, rubricato *Ricerca sanitaria*), alla lettera *f*) del comma 4, stabilisce che il programma di ricerca sanitaria favorisca, tra le altre cose, «*la ricerca e la sperimentazione degli interventi appropriati per la implementazione delle linee guida e dei relativi percorsi diagnostico-terapeutici, per l'autovalutazione delle attività degli operatori, la verifica ed il monitoraggio dei risultati conseguiti.*»

Come si può notare, anche in questo caso, il legislatore ha accompagnato l'impiego della locuzione *linee guida* all'impiego di un altro termine di carattere

³⁰ Sulla differenza tra atti complessi e atti determinativi del contenuto provvedimento dell'atto cfr., *ex multis*, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit.

³¹ Se ne ravvisano, difatti, almeno altri tre, per i quali non si è, qui, inteso replicare le medesime riflessioni che si sono, invece, spese con riguardo ai luoghi normativi considerati. Per esigenze di completezza, si riferisce, qui, che contengono dei (primi) riferimenti alle *linee guida* anche l'art. 115, co. 1, lett. b) del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e l'art. 47-*ter*, co. 1, lett. b) del d.lgs. 30 agosto 1999, n. 300.

tecnico: *implementazione*. In altri luoghi si è parlato di linee guida *da emanare* o da *applicare*, senza ricorrere ad espressioni più generiche (come, ad esempio, *adottare* o *predisporre*) che avrebbero consentito di riportare l'uso della locuzione all'indicazione di un significato più appropriato a quello che l'espressione sembri poter evocare secondo la lingua italiana.

In altre parole, se il legislatore avesse stabilito che le linee guida di cui ci si è occupati dovessero essere, semplicemente, *adottate*, *predisposte* o *stabilite*, in alcuni casi si sarebbe anche potuto argomentare che esse potessero avere natura extra-giuridica. Il loro uso abbinato a termini giuridici esclude, invece, che il richiamo normativo alle linee guida sia da intendersi come il richiamo ad una fonte esterna e conferma, per converso, che si tratti di atti giuridici.

Anche il caso che si sta qui analizzando consente di argomentare quanto appena detto: e difatti, il termine *implementazione*, proprio come gli altri già richiamati, evoca, infatti, l'idea di una loro necessaria commistione con le categorie giuridiche. A ben guardare, la *giuridicità* delle linee guida fin qui analizzate sembra, peraltro, rafforzata dal fatto che siano molti i luoghi del decreto in cui è possibile trovare l'espressione linee guida *in combinato* con altri istituti giuridici (senza che ne sia tuttavia precisata la natura).

Venendo, poi, al secondo e ultimo luogo del testo, l'articolo 16-ter del decreto (rubrica: *Commissione nazionale per la formazione continua*), si apprende, al comma 2, che «*la Commissione di cui al comma 1 – ed alla rubrica, n.d.r. – definisce, con programmazione pluriennale, sentita la Conferenza per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano nonché gli Ordini ed i Collegi professionali interessati, gli obiettivi formativi di interesse nazionale, con particolare riferimento alla elaborazione, diffusione e adozione delle linee guida e dei relativi percorsi diagnostico-terapeutici*». Ebbene, come si può constatare, questo ultimo luogo di comparizione dell'espressione *linee guida* entro il testo del decreto non annuncia nessun tipo di interazione con altri istituti giuridici, ma conferma: in primo luogo, che l'utilizzo dell'espressione *linee guida*, almeno nelle sue prime (e presunte) comparizioni normative, non sia stato accompagnato da esplicazioni di sorta in ordine alla natura o funzione del modello; che il riferimento alle *linee guida* sia stato operato, con una certa continuità temporale, per riferirsi ad

indicazioni di rilevanza pratico-sanitaria; che non sia stato specificato e che non sia, comunque, ricavabile con sicurezza dalle formulazioni letterali che contengono l'espressione *linee guida*, se e in che misura queste indicazioni necessitino di essere trasfuse in un atto giuridico cogente e, in caso positivo, in che tipo di atto.

5. *Le linee guida del Piano sanitario nazionale 1998-2000*

Come illustrato nelle pagine che precedono, i primi (e significativi) impieghi della locuzione *linee guida* entro l'ordinamento giuridico italiano sembrerebbero rivelare che l'uso dell'espressione *linee guida* cominci ad essere adoperata in più atti normativi relativi all'attività sanitaria.

Il suo impiego in diverse disposizioni di diversi atti normativi in materia consente, inoltre, di arguire che il suo continuo richiamo possa anche non essere casuale. In altre parole, il continuo rimando al genere de *le linee guida*, potrebbe anche rivelare che i redattori delle disposizioni che contengano questo richiamo abbiano voluto fare riferimento ad una costruzione munita di caratteristiche sue proprie e che l'uso dell'espressione *linee guida* non sia, dunque, *neutra* o *fungibile* rispetto ad altre espressioni.

Più precisamente, il suo costante impiego potrebbe evidenziare che il legislatore e le autorità dotate di potere normativo abbiano utilizzato quest'espressione con l'intento di riferirsi ad una costruzione concettuale differente dalle semplici *raccomandazioni* e dal genere degli *atti di indirizzo*.

Nelle pagine che seguiranno, si cercherà di comprendere se il sistematico richiamo alle indicazioni contenute nelle linee guida abbia l'attitudine di evocare un sistema di indicazioni innovativo, autonomo ed erigendo o se, invece, l'uso dell'espressione *linee guida* corrisponda ad una mera tendenza linguistica, sviluppatasi per indicare in modo nuovo costruzioni preesistenti.

A questo riguardo, un passaggio fondamentale per ripercorrere l'origine e la diffusione delle indicazioni che circolano, oggi, sotto l'etichetta *linee guida* consiste nell'analizzare alcuni passaggi del Piano sanitario nazionale 1998-2000³² (d'ora in

³² Il Piano sanitario nazionale è uno strumento di programmazione pluriennale, redatto dal Governo su proposta del Ministro della Salute, sentite le Regioni. Si tratta di un atto normativo adottato ogni tre

avanti PSN). Questo documento contiene, infatti, alcune fondamentali informazioni sulle *linee guida* di ambito pratico-sanitario, per almeno due ordini di motivi.

Il primo consiste nel fatto che il PSN potrebbe essere la prima fonte normativa che attribuisca in via espressa delle caratteristiche alle linee guida.

In secondo luogo, la precisazione dei contenuti che il PSN opera con riguardo alle *linee guida*, consente di confermare con sicurezza un'assimilazione che, forse, era già ricavabile dall'esperienza pratica: quella per la quale le linee guida di ambito sanitario possano essere una diretta scaturigine delle *guidelines* pratico-sanitarie estere e, soprattutto, statunitensi.

Ammettendo che quanto appena detto corrisponda al vero, sarebbe, dunque, spiegato il motivo per il quale il legislatore (espressione da intendersi in senso lato) si sia costantemente riferito alla costruzione delle *linee guida*, senza avvertire mai il bisogno di precisarne contenuto ed attribuzioni.

Un'omissione di questo genere potrebbe giustificarsi in base al fatto che i redattori delle disposizioni normative volessero importare entro l'ordinamento interno le supposte utilità derivanti dall'esistenza di sistemi di indicazioni costituitisi all'estero, senza poterne tuttavia importare lo statuto giuridico di riferimento. Un'impossibilità di questo tipo consentirebbe di concludere che l'impiego dell'espressione *linee guida*, pur sottintendendo un rinvio a complessi di indicazioni elaborati all'estero, debba intendersi alla stregua di un mero richiamo linguistico, limitato ai fini ed alle funzioni dell'atto che si vada ad adottare, in quanto ogni applicazione del regime giuridico delle *guidelines* risulta impraticabile entro il diritto interno (ma su questo, cfr. *infra*).

A questo proposito, l'impressione secondo cui il legislatore abbia inteso riferirsi ad un modello già consolidatosi entro altre esperienze ordinamentali sembra confermata dall'osservazione degli impieghi della locuzione entro il già menzionato *Piano sanitario nazionale 1998-2000* su cui si ritiene opportuno fornire qualche breve cenno³³. Il Piano in oggetto figura tra gli allegati³⁴ del decreto del Presidente

anni e regolarmente trasfuso in un decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri e previa intesa con la Conferenza unificata.

³³ Il Piano sanitario nazionale 1998-2000 è stato adottato con d.P.R. 23 luglio 1998 (*Approvazione del Piano sanitario nazionale per il triennio 1998-2000*), G.U., Serie generale, n. 288 del 10 dicembre 1998 – Suppl. Ordinario n. 201).

della Repubblica 23 luglio 1998 e costituisce, dunque, una addenda ufficiale ad una fonte normativa di rango secondario.

Già una rapida ricerca testuale entro il documento rivela che l'espressione *linee guida* sia impiegata ben 49 volte in tutto il testo.

I primi due impieghi³⁵ della locuzione sono rinvenibili nella parte di testo che si occupa delle azioni da intraprendere per il perseguimento degli obiettivi enunciati dal Piano. Più in particolare, il secondo di essi, è situato in chiusura di pagina ed è racchiuso in una frase che, annunciando l'elaborazione di *ulteriori precisazioni tecnico-operative* sui traguardi da raggiungere, sugli interventi da privilegiare e sugli indicatori da utilizzare per il monitoraggio dei risultati, rinvia l'elaborazione di queste indicazioni ad *atti di indirizzo* da adottarsi nella forma di *linee guida*³⁶. Ecco, dunque, che – grazie a questo impiego – le *linee guida* tornano ad indicare qualcosa di molto più simile a ciò che la stessa espressione *linee guida* abbia la concreta attitudine di evocare secondo la lingua italiana: mentre gli altri impieghi della locuzione fin qui analizzati hanno rapportato l'uso dell'espressione *linee guida* ad atti giuridici almeno potenzialmente cogenti, il Piano esaminato sembra riportare le *linee guida* al livello degli atti di indirizzo, in questo caso anche extra-giuridici. Più di preciso, la formulazione contenuta nel Piano sembra attribuire alle linee guida un ambito di elaborazione eminentemente tecnico, lasciando concludere che si tratti di documenti contenenti informazioni utili per l'attività pratica degli operatori e non già di atti amministrativi o, addirittura, di fonti.

A seguire, gli altri impieghi della locuzione sembrano confermare la linea interpretativa appena descritta, in quanto l'uso dell'espressione *linee guida* non sembra mai sottendere il riferimento a documenti giuridici vincolanti³⁷.

³⁴ Il testo originale del decreto e quello dei pedissequi allegati sono disponibili sul portale web della Gazzetta ufficiale all'indirizzo: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1998/12/10/98A10585/sg> (ultima consultazione d.d. 11 novembre 2019).

³⁵ Cfr. p. 10 del PSN.

³⁶ La frase originale recita: «*Ulteriori precisazioni tecnico-operative sui traguardi da raggiungere, sugli interventi da privilegiare e sugli indicatori da utilizzare per il monitoraggio dei risultati saranno oggetto di successivi documenti di indirizzo, sotto forma di Linee guida, proposte metodologiche e supporti informativi.*».

³⁷ Un esempio in questo senso è rappresentato dal richiamo che il PNS, a pagina 11, svolge alle *Linee guida per una sana alimentazione italiana*, elaborate nel 1997 dall'Istituto nazionale della Nutrizione. In questo – come anche in altri casi – il riferimento alle *Linee guida* sembra potersi interpretare come

Qualche pagina dopo, il testo del PSN continua a qualificare per la via indiretta l'oggetto della nostra indagine. Già in esordio di pagina è, infatti, possibile leggere che le *linee guida* sarebbero un contenitore di *indicazioni operative*³⁸: una guida, un manuale per l'uso e non, quindi, un atto prescrittivo.

In prosieguo, altri luoghi³⁹ del PSN avallano la linea argomentativa secondo cui le *linee guida*, almeno per come intese dal PSN, debbano intendersi alla stregua di documenti *scritti*, capaci di *assistere* i professionisti nel concreto svolgimento delle mansioni loro affidate, senza che le stesse possano essere ritenute contenitori di regole vincolanti⁴⁰.

Fino a questo momento, dunque, i luoghi di menzione delle *linee guida* entro il PSN sembrano rivelare che il *proprium* di questa nuova espressione non stia nel fatto di indicare uno strumento conoscitivo munito di *autoritatività*, quanto piuttosto nel riferirsi ad un documento di presunte *utilità* ed *autorevolezza*. Quest'ultima ricavabile dall'affidabilità dei suoi redattori.

semplice rimando ad un corpo di indicazioni non vincolanti, elaborate da un Istituto dotato di particolare autorevolezza.

³⁸ La frase originale recita: «*Indicazioni operative di settore sono state individuate dalla Commissione Oncologica Nazionale nelle Apposite Linee guida pubblicate sulla G.U. del 20 febbraio 1996 (n. 42) e dell'1 giugno 1996 (Supplemento Ordinario n. 88)*». Per esigenza di completezza, si consenta di chiarire che il riferimento a queste *linee guida* pubblicate in Gazzetta ufficiale non costituisce un esempio di impiego normativo, essendo, piuttosto, rivolto ad un mero *Comunicato* del Ministero della sanità, intitolato: «*Linee di guida, in applicazione di quanto previsto nel Piano sanitario nazionale per il triennio 1994-1996, relativo all'azione programmata: "Prevenzione e cura delle malattie oncologiche" concernente: l'organizzazione della prevenzione e della assistenza in oncologia*». Il Comunicato di cui si parla è disponibile consultando il Sommario della Gazzetta ufficiale n. 42 del 20 febbraio 1996, disponibile sul sito web della Gazzetta ufficiale, all'indirizzo: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1996/02/20/42/sg/html> (ultima consultazione d.d. 11 novembre 2019).

³⁹ Le linee guida richiamate sono molte e riguardano molti settori di intervento. Tra di esse, può essere utile menzionare *Le Linee guida per la salute riproduttiva*, rivolte alla tutela degli adolescenti e di cui il PSN annuncia la predisposizione (p. 42); *Le Linee guida per la gravidanza, il parto, le cure ospedaliere pediatriche, la pediatria di famiglia e di comunità* (p. 43); *Le Linee guida in materia di riorganizzazione della sanità pubblica veterinaria* (p. 52). Interessante è, poi, il riferimento alle *linee guida* che il PSN fornisce, a pagina 67, con riferimento alle liste d'attesa. Al riguardo, il PSN, infatti, stabilisce che: «*Le Regioni e le Aziende sanitarie, nell'ambito delle linee di indirizzo per l'individuazione delle priorità assistenziali e della indicazione degli obiettivi gestionali, elaborano programmi per l'abbattimento dei tempi di attesa per i ricoveri ospedalieri e l'accesso alle prestazioni specialistiche ambulatoriali. Strumenti prioritari di intervento, a questo scopo, sono il pieno utilizzo delle risorse assistenziali disponibili e il miglioramento dell'appropriatezza delle prescrizioni attraverso l'adozione di Linee guida, garantendo il coinvolgimento dei medici prescrittori e un'adeguata informazione ai cittadini*»

⁴⁰ Inserisci nota sui protocolli e sulle differenze tra le linee guida e i protocolli

Continuando la rassegna dei luoghi di menzione dell'espressione *linee guida* entro il PSN, sembra, poi, opportuno richiamare l'impiego di cui a pagina 68 dove, alla rubrica *Programma nazionale per le linee guida*, si legge: «È obiettivo del Piano sanitario nazionale 1998-2000 avviare un Programma nazionale per l'elaborazione, la diffusione e la valutazione di Linee guida e percorsi diagnostici e terapeutici».

Nei passaggi successivi, il Piano dedica, poi, qualche passaggio a declinare (alcune de) le caratteristiche delle linee guida di ambito sanitario, precisando che lo sviluppo delle linee guida rappresenti *un processo complesso*⁴¹, sia dal punto di vista *organizzativo* che dal punto di vista *metodologico* e che lo stesso richieda *competenze tecniche e risorse adeguate*, secondo un approccio improntato a vari fini.

Tra i fini enucleati si annoverano, brevemente, la facilitazione della selezione delle *condizioni cliniche* e degli *interventi sanitari* da operarsi, secondo *espliciti criteri di priorità*; il coinvolgimento di *tutti* i potenziali destinatari delle indicazioni (operatori sanitari, società civile, autorità amministrative) sia nella fase di *elaborazione* delle linee guida, sia nella fase di loro successiva *diffusione*. Allo stesso tempo, il passaggio considerato non manca di precisare che la redazione delle linee guida debba articolarsi in diverse *fasi*; che la realizzazione delle linee guida debba prevedere il coinvolgimento di più *soggetti responsabili* e che tutto il procedimento di formazione delle indicazioni debba essere condotto osservando *precisi requisiti metodologici*, favorendo l'*accessibilità* del prodotto finale, la concreta *adozione delle indicazioni* e la *verifica dell'impatto* che le indicazioni abbiano avuto sull'esercizio della pratica clinica, anche in vista di revisioni.

⁴¹ Cfr. p. 66 del PSN, dove si legge: «Lo sviluppo delle linee guida rappresenta un processo complesso, dal punto di vista organizzativo e metodologico, che richiede competenze tecniche e risorse adeguate, secondo un approccio finalizzato a: // selezionare le condizioni cliniche e gli interventi sanitari secondo criteri espliciti di priorità; // interessare tutti i potenziali destinatari, operatori sanitari, cittadini e amministratori, nella fase di elaborazione e in quelle di diffusione e valutazione; // articolarsi in diverse fasi alla cui realizzazione concorrono diversi soggetti e livelli di responsabilità del Ssn; // l'elaborazione secondo precisi requisiti metodologici relativi alla raccolta e all'analisi delle evidenze scientifiche disponibili e alla loro successiva utilizzazione per la costruzione di linee guida; // la diffusione secondo modalità che ne permettano la massima accessibilità da parte di tutti i soggetti interessati; // l'adozione nella pratica assistenziale; // la verifica di impatto sulla qualità e sui costi dell'assistenza, anche ai fini del tempestivo aggiornamento e della revisione delle Linee guida.».

L'esplicitazione di *scopi e modi d'essere* delle linee guida rende questo passaggio del PSN il primo (significativo) passaggio normativo entro cui siano state specificate (alcune) delle presunte caratteristiche che potrebbero predicarsi con riguardo al modello in esame. A ben guardare, però, il modello evocato dal confronto incrociato dei vari riferimenti sembra descrivere, ancora una volta, una costruzione prettamente tecnica.

Anzi, le *linee guida* del PSN, proprio come quelle precedentemente considerate, si inquadrano nell'ordinamento giuridico attraverso la propria previsione entro una fonte di rango secondario (nel caso da ultimo considerato si tratta di un d.P.R.), confermando l'impressione che i primi impieghi della locuzione non abbiano sotteso la volontà di plasmare un *hapax* giuridico, né quella di munire atti o fonti già teorizzati di diverse sfumature di significato.

Se quanto precede può ritenersi corretto, si può, quindi, concludere che – almeno con riferimento alle sue prime comparizioni – la novità linguistica derivante dall'uso del *nomen* linee guida, non corrisponda ad un nuovo modello di atto o di fonte nemmeno in base al testo del PSN considerato: le *linee guida* qui richiamate sono, infatti, contenute in una fonte secondaria e sono descritte come meri *atti di indirizzo*⁴², senza che si possa loro attribuire alcunché di innovativo, specifico od ulteriore dal punto di vista giuridico.

6. *Il Programma nazionale per le linee guida, il Manuale metodologico ed il collegamento con le guidelines di ambito sanitario elaborate negli Stati Uniti*

La disamina di quelli che si ritiene essere stati i primi e significativi impieghi normativi della locuzione *linee guida* ha condotto alla doverosa menzione del *Programma nazionale per le linee guida*⁴³. Per esigenze di completezza, si ritiene necessario precisare che il *Programma* in esame sia consistito in un'attività programmatica coordinata dall'*Istituto superiore di sanità* (ISS) e dall'*Agenzia per i*

⁴² Cfr. p. 97 del PSN in cui, tra gli *Adempimenti prioritari* della programmazione, si annuncia l'adozione di innumerevoli *Documenti di indirizzo*, tra i quali figurano molte *Linee guida*.

⁴³ Per maggiori informazioni al riguardo è possibile consultare la pagina del Ministero della Salute all'indirizzo http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=516&area=incidenti%20domestici&menu=attivita (ultima consultazione d.d. 13 novembre 2019).

servizi sanitari regionali (ASSR), intrapresa con la finalità di produrre informazioni utili ad *indirizzare* le decisioni degli operatori sanitari, oltre che al fine di rendere determinate informazioni maggiormente accessibili, di favorirne la concreta adozione esaminandone le condizioni ottimali per l'introduzione nella pratica e di valutarne l'impatto⁴⁴ sul sistema. Il Programma ha conosciuto sviluppi futuri⁴⁵.

Consultando, poi, il *Manuale metodologico* adottato dalle autorità preposte all'attuazione del Programma, si apprende che l'iniziativa in oggetto sia stata intrapresa in adempimento delle previsioni del *Piano Sanitario nazionale 1998-2000*⁴⁶ e delle norme di programmazione contenute nel già menzionato d.l. n. 229/1999. Il Manuale appena menzionato costituisce una manifestazione particolarmente significativa del processo di impiego e diffusione delle *linee guida* di ambito sanitario. Sfogliandone le pagine è, infatti, possibile constatare che l'adozione delle linee guida d'ambito sanitario sia stata preordinata ad un utilizzo *efficiente ed efficace* delle risorse disponibili, oltreché al *miglioramento dell'appropriatezza* delle prescrizioni cliniche⁴⁷. La menzione dei fini istituzionali perseguiti dal Programma e ritenuti realizzabili attraverso l'elaborazione delle linee guida è, tuttavia, solo una delle novità contenute all'interno del documento: quasi in esordio, infatti, il Manuale si accinge a descrivere una sorta di storia dell'origine delle linee guida, precisando che: «*Negli ultimi anni la ricerca in campo medico e biologico ha prodotto una tale quantità di nuove conoscenze che è diventato difficile per il medico prendere decisioni cliniche fondate sulle prove scientifiche disponibili (...). Per ovviare a queste difficoltà, che i tradizionali manuali di medicina non possono affrontare per i tempi tecnici che ne caratterizzano la redazione e la pubblicazione, sono stati messi*

⁴⁴ Così ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ – AGENZIA PER I SERVIZI SANITARI REGIONALI, *Come produrre, diffondere e aggiornare raccomandazioni per la pratica clinica. Manuale metodologico*, 2002, p. 2.

⁴⁵ Ci si riferisce al Sistema nazionale per le linee guida, per cui cfr. par. (...).

⁴⁶ Cfr., al riguardo, la già menzionata p. 66 del PSN.

⁴⁷ ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ – AGENZIA PER I SERVIZI SANITARI REGIONALI, *Manuale metodologico*, 2002, p. 13, dove è possibile leggere: «*Il decreto legislativo e il Piano sanitario nazionale (PSN) 1998-2000 propongono l'adozione di linee guida come miglioramento dell'appropriatezza delle prescrizioni. IN particolare, il decreto legislativo 229/99 richiama le linee guida e i percorsi diagnostico-terapeutici "allo scopo di favorire, all'interno di ciascuna struttura sanitaria, lo sviluppo di modalità sistematiche di revisione e valutazione della pratica clinica e assistenziale e di assicurare l'applicazione dei livelli essenziali di assistenza. L'erogazione dell'assistenza, dei servizi e delle prestazioni sanitarie da parte dell'SSN è vincolata alla presenza di prove scientifiche di significativo beneficio in termini di salute. Al Piano sanitario nazionale è affidato il compito di indicare un primo gruppo di linee guida e i relativi percorsi terapeutici"*

*a punto nuovi strumenti di diffusione delle conoscenze e di aiuto alle decisioni nella pratica medica, come le revisioni sistematiche, le meta-analisi, le rassegne di letteratura, i sistemi decisionali basati su modelli formali e le analisi economiche. A partire dagli anni ottanta, per rispondere a queste esigenze di trasferimento delle conoscenze prodotte dalla ricerca biomedica, si sono sviluppate le “linee guida”, le “conferenze di consenso” e i rapporti di “technology assessment” allo scopo di produrre raccomandazioni utili a orientare la pratica clinica. In molti casi, le linee guida possono anche aiutare le strutture e gli operatori sanitari a razionalizzare l’uso di risorse, migliorando nel contempo la qualità degli esiti clinici».*⁴⁸

La descrizione così operata consente di abbinare le ragioni fondative delle *linee guida* italiane alle ragioni che hanno ispirato l’elaborazione delle *guidelines* di ambito sanitario, diffuse in diverse esperienze statali straniere, tra le quali merita particolare menzione quella statunitense. Anche in quel caso, infatti, la nascita delle *linee guida* è stata determinata sia dall’obiettivo di fornire un’assistenza qualificata agli operatori sanitari con riguardo all’adozione delle migliori scelte operative, sia dal tentativo di favorire un contenimento della spesa pubblica in ambito sanitario (ma su questo v. *infra*).

L’apparente condivisione dei fini sottesi all’adozione di *linee guida* e *guidelines* non è, tuttavia, l’unico aspetto che accomuni le due esperienze: oltre alla condivisione del settore di provenienza (quello sanitario) ed oltre all’assonanza linguistica tra le due espressioni, *linee guida* e *guidelines* sembrano presentare altre caratteristiche comuni (per cui v. *infra*).

Una simile sovrapposizione di elementi consente di ipotizzare che le prime *linee guida* circolate entro l’ordinamento giuridico italiano rappresentino la trasposizione nazionale delle *guidelines* originatesi in altri sistemi: una riproposizione dettata probabilmente dalle stesse esigenze e dagli stessi obiettivi che avevano determinato la creazione e la circolazione di questo modello entro alcune importanti esperienze statali.

Il confronto incrociato degli impieghi fin qui analizzati consente, infatti, di concludere che le *linee guida* variamente considerate in questa prima parte del lavoro siano state introdotte negli scritti giuridici indagati per rispondere all’esigenza di

⁴⁸ ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ – AGENZIA PER I SERVIZI SANITARI REGIONALI, *cit.*, p. 11.

radicare, anche presso il nostro Paese, un sistema di indicazioni di ambito sanitario, secondo una formula già sperimentata all'estero. E a questo proposito, è possibile notare come già alcuni luoghi testuali del PSN⁴⁹ sembrano confermare quest'intenzione, almeno nel momento in cui enfatizzano la collaborazione con le autorità estere ed internazionali, promuovendo la diffusione di pratiche *aggiornate*, in base alle più prestigiose e – di nuovo – *aggiornate* evidenze scientifiche internazionali.

Se tutto ciò non fosse sufficiente a far ritenere che le linee guida italiane possano essere una riproposizione delle più risalenti e più sviluppate *guidelines* (anche) statunitensi, ogni dubbio al riguardo può dirsi definitivamente indebolito allorché si consideri che il primo documento italiano espressamente dedicato all'elaborazione delle linee guida di ambito sanitario si accinga a definire le *linee guida* sanitarie nello stesso modo in cui queste sono state significativamente definite nel 1992, negli Stati Uniti.

A pagina 10 dell'introduzione del *Manuale metodologico* relativo all'applicazione del PSN è, infatti, possibile leggere che: «*Secondo una definizione autorevole, le linee guida (LG) sono "raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni degli esperti, con lo scopo di aiutare i medici e i pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche"*».

Appena sei pagine dopo, il Manuale rafforza il rinvio alla definizione già richiamata⁵⁰ evidenziando, per un verso, la sua meritoria opera di individuazione di alcune delle caratteristiche delle *linee guida* ed allarmando, per altro verso, rispetto

⁴⁹ Cfr., al riguardo, p. 4 e 69 del PSN laddove, alla rubrica *Le prime dieci Linee guida*, si afferma: «*Anche avvalendosi delle esperienze nazionali ed internazionali attualmente disponibili, entro il primo anno di attuazione del Psn saranno definite le Linee guida per almeno dieci fra le seguenti condizioni cliniche, interventi e programmi di intervento selezionati secondo i criteri su indicati: (...)*»

⁵⁰ ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ – AGENZIA PER I SERVIZI SANITARI REGIONALI, *cit.*, p. 16 del Manuale, dove si legge: «*La definizione dell'Institute of Medicine delle LG, se da un lato aiuta a definire alcune caratteristiche e finalità delle linee guida, non pone nessun vincolo o regola per quanto riguarda i modi di produzione. Non deve, quindi, stupire che – a differenza di quanto si vedrà per le conferenze di consenso e il metodo dell'appropriatezza – esistano prodotti differenti che, pur essendo considerati tutti ugualmente come esempi di linee guida, rappresentano il risultato di processi tra loro molto diversi. // Ci si imbatte così in linee guida che altro non sono se non un tradizionale libro di testo su un determinato argomento (privo di qualunque riferimento a metodi di produzione e spesso anche privo di bibliografia) oppure in rappresentazioni molto schematiche di processi di diagnosi o cura espressi mediante diagrammi di flusso senza riportare i risultati della revisione critica necessaria delle prove scientifiche che li giustificano (...)*»

all'assenza di indicazioni per ciò che concerne vincoli o modi di produzione delle stesse. L'aspetto critico, da ultimo, menzionato sarà oggetto di apposita trattazione nel prosieguo del lavoro (cfr. p. XX).

Tornando, però, al testo del Manuale è possibile notare che la definizione appena menzionata sia munita di una nota di fine paragrafo che rinvia ad uno scritto *non* giuridico che si ritiene di particolare importanza per la ricostruzione della *storia* delle *guidelines* statunitensi e che non si mancherà di menzionare – seppure brevemente – nel prosieguo di questa parte del lavoro.

Il rinvio che il Manuale opera rispetto all'esperienza statunitense si appunta su un noto scritto⁵¹ di settore e sembrerebbe rivelare che la prima definizione italiana delle *linee guida* abbia inteso segnare, per la via espressa, un'ideale adesione e continuità tra *linee guida* e *guidelines*.

La definizione fornita dal Manuale risulta, peraltro, interessante per il fatto che la traduzione dell'espressione originale definisca le *linee guida* (ossia le *guidelines* dello scritto originale) come *raccomandazioni di comportamento clinico*, destinate ad *aiutare* gli operatori nella scelta da compiere.

Osservando la formulazione originale⁵², si nota, poi, che le *guidelines* sono definite come *statements*: termine traducibile con le più generiche espressioni italiane *dichiarazioni* o *affermazioni*. Ora, lasciando per un attimo da parte gli opportuni *caveat* che è, comunque, necessario svolgere quando si ragiona delle espressioni della lingua comune e del loro abbinamento alle fonti dei vari sistemi, la definizione appena illustrata consente di riflettere su due possibili aspetti: in primo luogo, sembra che i redattori del Manuale abbiano ritenuto imprescindibile riferirsi al concetto di *raccomandazione* per poter tradurre l'espressione *guidelines*. Ciò consentirebbe di argomentare che chi abbia inteso spiegare in italiano cosa fossero le *linee guida* estere non abbia ritenuto si potesse trattare di qualcosa di diverso od opposto rispetto alle *raccomandazioni*. Al contrario, il riferimento alla

⁵¹ M.J. FIELD – K.N. LOHR (a cura di), *Guidelines for Clinical Practice: from development to use*, in *Institute of Medicine*, Washington DC, 1992, p. 41.

⁵² Il testo originale, a p. 17, nel paragrafo intitolato *What are practice guidelines?* è possibile leggere: «*As defined in the IOM's 1990 report, practice guidelines are "systematically developed statement to assist practitioner and patient decisions about appropriate health care for specific clinical circumstances". Medical review criteria, which are also discussed in this report, are "systematically developed statements that can be used to assess the appropriateness of specific health care decisions, services, and outcomes"*»

raccomandazione pare rafforzare la percezione di una certa vicinanza tra le *linee guida* e l'universo delle indicazioni *non* vincolanti e lascia pensare che le linee guida siano state intese, con ogni probabilità, come una *species* di ambito clinico del *genus* degli atti di indirizzo. Naturalmente, se e quanto l'uso del termine *raccomandazione* sia stato qui impiegato nella consapevolezza della sua attitudine ad evocare la *raccomandazione giuridica* è questione alla quale non può invero risponderci, proprio come senza risposta sembra dover rimanere il quesito relativo alla compatibilità tra la funzione di indirizzo e il formale recepimento delle linee guida entro fonti secondarie o documenti autoritativi.

Un secondo profilo (profilo, quest'ultimo, che rafforza quanto si è detto rispetto al primo) rivela, poi, che le *linee guida* così trasposte in Italia, almeno in un primo momento, non siano state interpretate come regole, ma come indicazioni-guida di mero supporto agli operatori.

A questo proposito basterà notare che il *Manuale* parli, infatti, di *aiuto* alla pratica clinica: un'espressione che non postula una doverosità d'adesione. Prendendo, quindi, atto della vicinanza dei due modelli (quello delle *linee guida* italiane e quello delle *guidelines*) e dell'espresso richiamo che i concreti redattori (ed utilizzatori) delle *linee guida* comparse entro l'ordinamento giuridico nazionale rivolgono all'esperienza delle *guidelines*, si ritiene che ogni possibile analisi sul tema non possa prescindere da una breve ricostruzione della natura e dell'origine delle *guidelines* sviluppatesi negli Stati Uniti. Solo dopo sarà, quindi, possibile enucleare analogie e differenze dei due modelli ed esprimere un giudizio sulla loro possibile sovrapposibilità.

7. Linee guida e guidelines for clinical practice, breve storia della nascita e dello sviluppo delle guidelines pratico-sanitarie statunitensi

Come si è detto, le *linee guida* di ambito sanitario, dopo essere comparse in modo sporadico ed almeno parzialmente indefinito in varie fonti dell'ordinamento giuridico italiano, hanno conosciuto un più circoscritto tentativo di definizione nel testo del *Piano sanitario nazionale 1998-2000*, poi seguito dalla decretazione d'urgenza dell'anno successivo.

Dal combinato di tali due fonti è, infine, derivato il *Manuale metodologico*, un documento non giuridico che contiene il primo, espresso, riferimento alle *guidelines* per la pratica clinica elaborate negli Stati Uniti d'America.

Nelle pagine precedenti, si è cercato di dare conto del fatto che le *linee guida* di ambito sanitario e le *guidelines* per la pratica clinica, oltre a condividere il medesimo terreno di coltura (l'ambito sanitario) ed una non trascurabile assonanza terminologica, sembrerebbero condividere le medesime ragioni di creazione e diffusione. Sia le une che le altre si accompagnano, infatti, all'emersione e al consolidamento della medicina basata sull'evidenza (*Evidence based medicine*⁵³) e sembrano voler costituire un corpo di regole operazionali per la pratica clinica.

Al netto dei possibili dati comuni, indagare se le *guidelines* elaborate negli Stati Uniti corrispondano precisamente alla loro possibile versione italiana (le *linee guida* per la pratica clinica) costituisce un aspetto dal quale non poter prescindere. Solo una volta che si sia assodato che entrambe le espressioni facciano riferimento o possano fare riferimento allo stesso oggetto sarà possibile delinearne in modo più sicuro il momento fondativo e fissare l'origine del fenomeno della diffusione di linee guida giuridicamente rilevanti.

A questo riguardo, trovare una conferma del fatto che le *linee guida* italiane potrebbero aver mutuato la maggior parte delle proprie caratteristiche dalle *guidelines* statunitensi consentirebbe di derivare con più sicurezza l'origine del fenomeno in parola e di spostare la trattazione del presente lavoro dall'indagine storica alla *giuridicità* e alla *problematicità* di questo modello per l'ordinamento.

In accordo a questa impostazione, si cominci con il dire che molti degli autori che si occupano della ricostruzione diacronica delle indicazioni via *guidelines* sostengono che il momento genetico di tali indicazioni per la pratica clinica sia stato

⁵³ Al riguardo cfr. G. GUYATT – J. CAIRNS – D. CHURCHILL, *Evidence-Based Medicine: A New Approach to Teaching the Practice of Medicine*, in *Journal of the American Medical Association*, 1992, 268(17), 2450; M. ECCLES – N. ROUSSEAU – N. FREEMANTLE, *Updating evidence-based clinical guidelines*, in *Journal of Health Services Research and Policy*, 2002; E.A. BOYD – L.A. BERO, *Improving the use of research evidence in guideline development. Managing conflicts of interests*, in *Health Research Policy and Systems*, 2006; T.C. HOFFMANN – V.M. MONTORI – C. DEL MAR, *The connection between evidence-based medicine and shared decision making*, in *Journal of the American Medical Association*, 2014

dettato, almeno con riguardo all'esperienza degli Stati Uniti d'America, dall'esigenza di contenere i *costi* della spesa pubblica in ambito sanitario⁵⁴.

A questo proposito, è stato sostenuto che, già nel 1972, potrebbero essersi radicate le precondizioni per un futuro sviluppo del modello considerato. In questa data, infatti, uno studio britannico⁵⁵ relativo all'impiego delle terapie adottate dai medici per la cura di determinate patologie, ha cominciato a riflettere sul rapporto tra costo ed efficacia delle scelte cliniche adottate sul territorio nazionale.

Sulla scorta di questa esperienza, qualche anno dopo, alcuni studi condotti negli Stati Uniti d'America⁵⁶ hanno dimostrato che l'adozione di scelte terapeutiche differenziate, operata dai medici dei diversi Stati federati rispetto alla cura delle medesime patologie, comportasse dei costi per il sistema. In questo stesso studio si evidenziava che la diversità di scelta nell'adozione delle opzioni terapeutiche potesse dipendere da una conoscenza insufficiente dei trattamenti disponibili.

Aderisce a quest'ultima considerazione l'altra principale opinione che si registra, oggi, con riferimento alle cause di origine e diffusione delle *guidelines* di ambito sanitario. Secondo questa ricostruzione, la loro elaborazione è stata dettata dalla necessità di costituire corpi di indicazioni specialistici: l'esistenza di questi complessi di indicazioni avrebbe preservato e rafforzato l'autonomia professionale dei medici⁵⁷.

Ebbene, entrambe le tesi fondative sembrano, invero, corrette. Anzi, almeno apparentemente, sembrerebbe che l'una non escluda l'altra. Nel corso del tempo c'è

⁵⁴ F.G. FOWKES – C.J. ROBERTS, *Introducing Guidelines into Clinical Practice. Effective Health Care*, 1984; I. DURAND-ZALESKI – C. COLIN – C. BLUM-BOISGARD, *An attempt to Save Money Using Mandatory Practice Guidelines in France*, in *British Medical Journal*, 1997.

⁵⁵ A. COCHRANE, *Effectiveness and Efficiency: Random Reflections on Health Services*, Londra, 1972

⁵⁶ In tema v., per tutti, S. TIMMERMANS – E.S. KOLKER, *Evidence-based medicine and the reconfiguration of medical knowledge*, in *Journal of Health and Social Behavior*, 2004, 45 (suppl.), 177-193.

⁵⁷ D. ARMSTRONG, *Clinical Autonomy, Individual and Collective: a Qualitative Study of Changing GPs' and Terminology Committees*, in *Social Science and Medicine*, 2002; M. BERG – K. HORSTMAN – S. PLASS – M. VAN HEUSDEN, *Guidelines, Professionals and the Production of Objectivity: Standardization and the Professionalism of Insurance Medicine*, in *Sociology of Health and Illness*, 2000; P. CASTEL, *Normaliser les pratiques, organiser les médecins: La qualité comme stratégie de changement, le cas les Centre de lute contre le cancer. PhD diss.*, Parigi, 2002; P. DAY – R. KLEIN – F. MILLER, *A comparative study of Guidelines. London: Nuffield Trust Series No. 4*, Londra, 1998; T. SCHLICH, *The Art and Science of Surgery: Innovation and Concepts of Medical Practice in Operative Fracture Care, 1960s-1970s*, in *Science, Technology and Human Values*, 2007; S. TIMMERMANS – E.S. KOLKER, *Evidence-based medicine*, cit.

stato, però, chi ha ipotizzato che il grande successo delle *linee guida* potrebbe anche essere dipeso da una terza ed indipendente ragione: quella determinata dall'esigenza di regolare in modo nuovo la vasta mole di informazioni che, a partire dalla metà degli anni Sessanta del secolo scorso, sono state veicolate nella scienza medica per via delle recenti scoperte scientifiche⁵⁸.

In questo senso, l'espansione della ricerca sanitaria avrebbe creato la necessità di tradurre le nuove conoscenze in un migliore e codificato complesso di regole per l'assistenza sanitaria. L'esigenza di razionalizzare quantità di informazioni mai gestite in precedenza avrebbe così dettato il passaggio dalle generiche *guide* alle odierne *linee guida*, corpi di informazioni specializzati, flessibili, realizzati secondo lo schema degli standard ed ideati per gestire la complessità⁵⁹.

Ai nostri fini, un ragionamento di questo tipo potrebbe essere sicuramente utile in quanto consentirebbe di limitare il perimetro d'indagine delle nostre riflessioni alle sole *linee guida* (le indicazioni, cioè, accumulate relativamente di recente) e di escludere ogni analisi sui più generici consigli di ambito medico (spesso indicati con il nome di *guide*) che si susseguono fin dagli albori della medicina, senza soluzione di continuità⁶⁰. Non solo: le *linee guida* sarebbero state dettate dall'incalzare dei tempi anche a causa del fatto che, negli anni, il mutamento del rapporto tra medico e paziente, sarebbe entrato in una sorta di *public realm*, esigendo forme di controllo pubblico dal punto di vista burocratico, razionale e cognitivo⁶¹.

Se, però, una distinzione tra *linee guida* e generiche *guide* è possibile in ambito medico a causa del progressivo strutturarsi del modello di regolazione, questo stesso discorso non sembra potersi applicare per le altre *linee guida* dell'ordinamento, le quali, nella stragrande maggioranza dei casi, non possono essere distinte da altre e generiche *guide*, esercitando effetti che variano in base a fattori impliciti, in parte impercettibili e variabili.

⁵⁸ G. WEISZ – A. CAMBROSIO – P. KEATING – L. KNAAPEN – T. SCHLICH – V.J. TOURNAY, *The Emergence of Clinical Practice Guidelines*, in *The Milbank Quarterly*, 2007.

⁵⁹ Traccia di questo passaggio è rinvenibile in S. TIMMERMANS – M. BERG, *The Gold Standard: The Challenge of Evidence-Based Medicine and Standardization in Health Care*, Philadelphia, 2003.

⁶⁰ Alcune opere in tema collegano le *linee guida* alle più generiche indicazioni di ambito clinico, collocando l'origine del modello ad Ippocrate, che elaborò un *vademecum* di cinque regole per il mantenimento della salute.

⁶¹ In questo senso cfr. C.L. WIENER, *The Elusive Quest: Accountability in Hospitals*, Hawthorne, 2000

Tornando, però, alle *linee guida* mediche, va qui aggiunto che l'intensificazione dei processi di razionalizzazione delle informazioni, a sua volta causa dell'emersione delle linee guida per la pratica clinica, potrebbe essere stato guidato anche dall'esigenza di una sempre più marcata standardizzazione della scienza medica⁶². In questo senso, alcuni autori ritengono, infatti, che un significativo esempio precursore della produzione di indicazioni per linee guida sia dato dal processo di standardizzazione intrapreso dall'*American College of Surgeons* rispetto alle terapie antitumorali⁶³. A questo istituto si devono alcune tra le prime linee guida mai realizzate⁶⁴.

Per esigenze di completezza, si ritiene di dover segnalare che le prime indicazioni scritte circolate sotto l'etichetta *guidelines* non abbiano, in ogni caso, contenuto indicazioni operative, limitandosi, perlopiù, a contenere informazioni standardizzate, classificazioni categoriali, indicazioni di misurazione e descrizioni di strumenti d'indagine. Nonostante ciò, è che proprio a partire da questi complessi di indicazioni che si ritiene sia derivata la grande mole di *guidelines* di ambito pratico sanitario con cui abbiamo a che fare oggi: una proliferazione favorita dall'aumento della conoscenza e dall'assenza, almeno per gli Stati Uniti, di organismi centralizzati adeguati ad imporre standard procedurali univoci e trasversali su tutto il territorio nazionale⁶⁵. Nel secondo dopoguerra, il processo di diffusione delle linee guida

⁶² H.M. MARKS, *Until the Sun of Scienza... the True Apollo of Medicine Has Risen: Collective Investigation in Britain and America, 1880-1910*, in *Medical History*, 2006.

⁶³ Così G. WEISZ – A. CAMBROSIO – P. KEATING – L. KNAAPEN – T. SCHLICH – V.J. TOURNAY, *cit.*, p. 7.

⁶⁴ Di alcune di esse si trova traccia in C. MARGO, *Quality Care and Practice Variation: The Roles of Practice Guidelines and Public Profiles. Survey of Ophthalmology*, 2004. Per una ricostruzione completa cfr., però, G. WEISZ – A. CAMBROSIO – P. KEATING – L. KNAAPEN – T. SCHLICH – V.J. TOURNAY, *cit.*, pp. 8 e ss.

⁶⁵ La difficoltà di affermare, su tutto il territorio federale, regole e standard di applicazione comune potrebbe aver rappresentato una delle ragioni di espansione del fenomeno delle *guidelines*. Quanto si va affermando è particolarmente visibile con riferimento alla vicenda delle *guidelines* elaborate dal *Facility Guidelines Institute*: le *FGI Guidelines for Design and Construction* relative alla costruzione di ospedali e strutture sanitarie. Consultando la pagina del sito web relativa alla storia delle *guidelines* in menzione si apprende, infatti, che le dirette antenate delle odierne e menzionate *guidelines* sarebbero delle disposizioni contenute in fonti federali (si legge, infatti: «*The FGI Guidelines for Design and Construction has a long history as a federal and privately written document. The original General Standards appeared in the Federal Register on February 14, 1947, as part of implementing regulations for the Hill-Burton program*»). Nel corso degli anni, questi documenti avrebbero conosciuto diverse evoluzioni, senza, tuttavia, smarrire la propria derivazione federale e la conseguente attitudine a dettare *standard* vincolanti, in quanto elaborati in vista del perseguimento di un programma legislativo federale. Solo nel 1984, una volta cessato il programma di finanziamenti, il

sembrerebbe aver subito una significativa accelerazione⁶⁶, rendendo gli Stati Uniti uno dei Paesi con una delle maggiori produzioni di linee guida al mondo. Già dalla seconda metà del Novecento si riscontra, infatti, una sempre più accentuata produzione di protocolli medico-diagnostici e di documenti per la pratica clinica⁶⁷. Con ogni probabilità, gli Stati Uniti costituiscono, a tutt'oggi, l'esperienza statale che ne abbia elaborate in maggior numero.

Negli anni, il successo del modello è stato, tuttavia, transnazionale⁶⁸, raggiungendo un momento critico tra il 1975 ed il 1984, quando persino l'Organizzazione mondiale della sanità si è dotata di proprie linee guida⁶⁹.

complesso di indicazioni implementative stratificatosi fino ad allora avrebbe mutato il proprio nome (e, forse, anche la propria natura) da quella di *standard* federali a quella di *guidelines*. Questa trasformazione sarebbe, appunto, dovuta alla perdita di autorità che le indicazioni in oggetto avrebbero subito, dopo la cessazione del programma federale, con la conseguenza di non poter più essere ritenute suscettibili di spiegare una qualche vincolatività su tutto il territorio federale. Il passaggio dalla vincolatività alla qualificata influenza è così descritto: «*In 1984 the Department of Health and Human Services (HHS) removed from regulation the requirements relating to minimum standard of construction, renovation and equipment of hospitals and medical facilities, as cited in the Minimum Requirements, HEW Publication No. (HRA) 81-14500. Since the federal grand and loan programs had expired, there was no need for the federal government to retain the guidelines in regulatory format. To reflect its non-regulatory status, the title was changed to Guidelines for Construction and Equipment of Hospital and Medical Facilities. However, the document was, and still is, used by many state AHJs for licensure and registration. Further, HHS staff members use the Guidelines to assess Department of Housing and Urban Development applications for hospital mortgage insurance and Indian Health Service construction projects. For these reasons, regulatory language has been retained*». Per un riscontro di quanto si va affermando, si rinvia alla consultazione della pagina: <https://fgiguide.org/about-fgi/history-of-the-guidelines/> (ultima navigazione d.d. 29 dicembre 2019).

⁶⁶ Così G. WEISZ – A. CAMBROSIO – P. KEATING – L. KNAAPEN – T. SCHLICH – V.J. TOURNAY, cit. p. 9.

⁶⁷ In tema v. R.D. WALKER – M.O. HOWARD – M.D. LAMBERT – R. SUCHINSKY, *Medical Practice Guidelines*, in *Western Medical Journal*, 161(1), 1994;

⁶⁸ Ne è riprova quanto affermato in A. QUASEEM – F. FORLAND – F. MACBETH – G. OLLENSCHLÄGER – S. PHILLIPS – P. VAN DER WEES, *Guidelines International Network: Toward International Standards for Clinical Practice Guidelines*, in *Annals of Internal Medicine*, 2012. In aggiunta, si cfr. quanto affermato da C.M. MASIERI, *op. cit.*, p. 12, dove si legge: «*Contemporaneamente, l'affermarsi di nuove tendenze di policy dei sistemi sanitari, portò ad individuare le guidelines quali possibili strumenti di contenimento dei costi complessivi delle prestazioni mediche, tanto per la finanza pubblica – evitando così l'applicazione di tagli di spesa lineari – quanto per le compagnie assicurative private. Ciò è avvenuto, inizialmente negli Stati Uniti, verso la fine degli anni ottanta, con la creazione di un'Agenzia governativa specificamente dedicata allo sviluppo ed alla valutazione di linee guida per la pratica medica. Ma negli anni successivi, le istanze di contenimento dei costi dei sistemi sanitari hanno spinto anche gli europei a guardare a questi documenti medico scientifici*». Al riguardo, però, si v. anche F. RUTTEN – W. BROUWER – L. NIESSEN, *Practice guidelines based on clinical and economic evidence*, in *European Journal of Health Economics*, 6, 91, 2005. Con riferimento all'Italia v. E. BERTI – L. CASOLARI – R. GRILLI, *Governo clinico e linee guida*, in R. GRILLI – F. TARONI (a cura di), *Governo clinic. Governo delle organizzazioni sanitarie e qualità dell'assistenza*, Roma, 2004.

Con il passare del tempo, la diffusione del modello linee guida ha, però, cominciato ad evidenziare anche i suoi primi ed irrinunciabili problemi di funzionamento⁷⁰, in quanto alcuni esponenti della classe medica hanno iniziato a mostrarsi scettici in ordine alla possibilità di doversi conformare o, quantomeno, riferire a delle regole operazionali standardizzate per tutta una serie di situazioni.

Tentando, dunque, una ricostruzione di massima che abbia come riferimento temporale la metà degli anni Ottanta del secolo scorso, si può riferire che il cospicuo aumento di informazioni di cui dover tenere conto nella pratica clinica, in uno con la diffusione dei parametri della scienza basata sull'evidenza, abbia favorito un processo di standardizzazione delle conoscenze mediche realizzato attraverso strumenti orientativi agili, flessibili, accessibili ed autorevoli. In questo senso, le *guidelines* costituiscono una tra le più significative risposte a tale nuova esigenza. Come riscontrabile, il modello in esame ha conosciuto uno sviluppo ed una diffusione particolarmente significativi, fino a raggiungere una piena e definitiva consacrazione al termine degli anni Novanta⁷¹.

A partire da questo periodo, la dizione in esame è comparsa con sempre più frequenza nella quotidianità di attori ed operatori, al punto che oggi si tende a chiamare *guidelines* o *linee guida* anche documenti non sovrapponibili agli scritti

⁶⁹ Per maggiori informazioni, cfr. la sezione web dedicata, all'indirizzo: https://www.who.int/maternal_child_adolescent/guidelines/about-guidelines/en/ (ultima consultazione d.d. 29 dicembre 2019)

⁷⁰ In tema, cfr. V.M. MONTORI – G.H. GUYATT, *Corruption of the evidence as threat and opportunity for evidence-based medicine*, in *Harvard Health Policy Review*, 2007; A.D. SNIDERMAN – C.D. FURBERG, *Why guideline making requires reform*, in *Journal of the American Medical Association*, 2009; J. KUNG – R.R. MILLER – P.A. MACKOWIAK, *Failure of clinical practice guidelines to meet Institute of Medicine Standards*, in *Archives of Internal Medicine*, 2012; D. SPENCE, *Evidence based medicine is broken*, in *British Medical Journal*, 2014; T. GREENHALGH – J. HOWICK – N. MASKREY, *Evidence based medicine: a movement in crisis?*, in *British Medical Journal*, 2014; J.P.A. IOANNIDIS, *Why most clinical research is not useful*, in *Public Library of Science Medicine*, 2016; P. IANNONE – N. MONTANO – M. MINARDI – J. DOYLE – P. CAVAGNARO – A. CARTABELLOTTA, *Wrong guidelines. Why and how often they occur*, in *Evidence Based Medicine*, 2017;

⁷¹ All'inizio degli anni Novanta, il PubMed della National Library of Medicine aggiunse alla sua lista di pubblicazioni la categoria *Guidelines*. Tra gli altri, riferiscono di ciò che abbiamo chiamato *consacrazione delle linee guida* v. D.W. GARNICK – A.M. HENDRICKS – T.A. BRENNAN, *Can Practice Guidelines Reduce the Number and Costs of Malpractice Claims?*, in *Journal of the American Health Association*, Novembre 27, 266(20), 1991; W.W. ROSSER – D. DAVIS – E. GILBERT – GUIDELINE ADVISORY COMMITTEE, *Assessing Guidelines for Use in Family Practice*, in *The Journal of Family Practice*, 2001, 50(11); S.H. WOOLF, *Do Clinical Practice Guidelines Define Good Medical Care? The Need for Good Science and the Disclosure of Uncertainty when Defining Best Practices*, 113 (III Suppl.), 166S-171S.

elaborati per la pratica clinica⁷². Per converso, si tende a chiamare in modo diverso documenti che, a tutti gli effetti, condividono i fini e la struttura delle *linee guida* per la pratica clinica, attraverso espressioni diffuse, perlopiù, in lingua inglese⁷³.

Per avere contezza di quanto sia, oggi, diffuso il modello in esame si consideri che vengono elaborate *guidelines* che spiegano come redigere le *guidelines*⁷⁴: un dato come questo rende molto bene l'idea di quanto l'utilizzo di questo modello sia, ormai, ritenuto praticabile ed efficace⁷⁵. Data questa tendenza, quasi si potrebbe concludere che il successo delle *guidelines* d'ambito sanitario

⁷² Questo è, ad esempio, riscontrabile avendo riguardo ad alcuni documenti per la prevenzione di determinate patologie, i quali, pur essendo denominati *linee guida* e pur essendo reperibili nei medesimi archivi elettronici in cui si trovano le *linee guida* vere e proprie non condividono le medesime caratteristiche di queste ultime. Tra tali documenti si possono menzionare le *Linee guida prevenzione* di cui al Sistema Nazionale Linee Guida, rivolti, peraltro, non ai soli medici, ma anche ad altri soggetti (come i Professori di Educazione fisica). In tema v. F. CIPRIANI – A. BALDASSERONI – S. FRANCHI, *Lotta alla sedentarietà e promozione dell'attività fisica. Linee guida SNLG*, 2011, disponibile su https://www.ars.toscana.it/files/pubblicazioni/Rapporti_relazioni_sintesi/attivita_fisica_2011/2011_LG_prevenzione_Sedentarietà.pdf, ultima consultazione 8 ottobre 2020.

⁷³ Cfr. C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019, p. 10, dove si legge: «Le linee guida per la pratica clinica vengono individuate in lingua inglese con una nomenclatura assai variegata: practice parameters, practice patterns, written policies, protocols, standards, clinical practice guidelines sono tutti termini che la letteratura giuridica e le Corti americane utilizzano per indicare documenti contenenti indicazioni sulle attività mediche di screening, diagnostiche e terapeutiche. Peraltro, i significati di ciascun termine possono essere facilmente confondibili con altri concetti rilevanti in un determinato sapere: si pensi alla parola standard nel contesto della Law of Torts. Persino guideline è un termine anfibologico: nel linguaggio comune significa “indicazione”, e in ambito clinico e giuridico non sempre essa coincide con il contenuto di un documento. Per comodità, ma anche per evitare confusione, tale parola – e la sua traduzione italiana di “linea guida” – verrà utilizzata in questo lavoro riferendosi solo agli scritti contenenti indicazioni per i professionisti sanitari, con preferenza rispetto ad ogni altro fenomeno». In argomento cfr. anche M.A. HALL, *The Defensive Effect of Medical Practice Policies in Malpractice Litigation*, in *Law and Contemporary Problems*, 54, 119, n. 39, 1991; J. ROSSER MATTHEWS, *Practice Guidelines and Tort Reform: the Legal System confronts the Technocratic Wish*, in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 24, 275, 1999.

⁷⁴ Sull'esigenza che la redazione delle linee guida sia informata alle indicazioni contenute in altre linee guida, V. SHANEYFELT – M.F. MAYO-SMITH – J. ROTHWANGL, *Are guidelines following guidelines? The methodological quality of clinical practice guidelines in the peer-reviewed medical literature*, in *Journal of American Medical Association*, 281, 1999

⁷⁵ Pur non presentando la dizione *guideline* o *linea guida* che è, comunque, rinvenibile rispetto ad altri documenti presenti in rete, è espressione dell'intento di elaborare strumenti per la redazione di linee guida anche l'*Appraisal of Guidelines for Research & Evaluation (AGREE) Next Step Research Consortium* dell'*AGREE Research Trust*, un documento contenente un complesso di raccomandazioni affidabili in vista della redazione di *linee guida*, nato da una collaborazione tra alcuni studiosi canadesi ed europei. Risponde a questa stessa logica anche il *Guideline International Network (GIN)*, un'iniziativa promossa, nel 2002, dall'*AGREE Research Trust*, il cui principale compito è quello di favorire collaborazioni tra coloro che vi aderiscono, realizzando attività di formazione con riguardo alle tecniche di produzione delle linee guida. Allo scopo, il GIN ha diffuso un documento programmatico di undici punti, all'interno del quale sono indicati i requisiti metodologici per la produzione di *linee guida* di elevata affidabilità.

statunitensi sarebbe, oggi, tale che la loro influenza non possa non riflettersi anche presso altri sistemi.

Avendo, però, mente alla tradizione costituzionale ed al sistema delle fonti in uso presso il nostro Paese, resta fondamentale comprendere se la trasposizione italiana delle *guidelines* statunitensi possa ritenersi fedele al modello elaborato negli Stati Uniti e, se sì, in che misura. In altre parole, sebbene sia tutto sommato semplice argomentare che le *linee guida* italiane siano, verosimilmente, l'equivalente nazionale delle *guidelines* straniere e, soprattutto, statunitensi, resta ancora da capire se la proliferazione di questi corpi di indicazioni si informi agli stessi processi che hanno riguardato il loro momento genetico estero; se le linee guida qui derivate condividano tutte le caratteristiche fondamentali del modello madre; se l'adozione di un modello di questo genere possa dare vita a complicazioni tra le fonti interne che, altrove, possono razionalizzarsi in modo pacifico e, soprattutto, per quale motivo si sia cominciato a parlare di linee guida anche con riferimento al mondo del diritto.

Ad oggi, la definizione più accreditata di *guidelines* resta quella fornita dall'*Institute of Medicine*, a tenore della quale le linee guida per la pratica clinica sarebbero documenti contenenti raccomandazioni finalizzate a migliorare l'assistenza ai pazienti, basati su una revisione sistematica delle evidenze scientifiche e sulla valutazione di benefici e rischi di opzioni alternative⁷⁶.

D'altronde, se è vero, come si ritiene sia vero, che la nascita e la diffusione delle *guidelines* di ambito clinico sia stata determinata da precise ragioni storiche e che il suo uso sembri poter facilitare, almeno per alcuni aspetti, la pratica medica, non è meno vero che questa costruzione abbia, forse, una propria identità solo se inquadrata all'interno dell'ambito sanitario.

8. Linee guida e guidelines: analogie e differenze, con un caveat

Nel corso del paragrafo precedente si è cercato di ripercorrere brevemente alcune delle possibili tappe del processo di diffusione delle *guidelines* nel sistema

⁷⁶ Tradotto da INSTITUTE OF MEDICINE, *Clinical Practice Guidelines We Can Trust*, Washington D.C., 2011, p. 4, ora disponibile anche su https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK209539/pdf/Bookshelf_NBK209538.pdf, ultima consultazione in data 8 ottobre 2020;

americano, in modo da rafforzare il loro probabile collegamento con l'emersione delle linee guida italiane. Come si è cercato di mostrare, il recepimento di questo modello indicativo entro il contesto normativo italiano sembra collocarsi a margine di un'esperienza consolidata soprattutto negli Stati Uniti. L'intendimento dei passaggi che seguiranno consisterà nel vagliare se lo schema al quale si informa il prodotto di questo supposto recepimento (ossia le linee guida italiane) sia perfettamente sovrapponibile al modello americano, da cui si suppone essere derivato.

A questo proposito, uno degli elementi a sostegno del fatto che l'esperienza delle linee guida italiane costituisca una riproposizione delle *guidelines* statunitensi potrebbe essere costituito dal fatto che sia le linee guida nazionali che le più risalenti *guidelines* siano, spesso, adottate all'esito di processi nei quali si svolgono le cc.dd. *conferenze di consenso*⁷⁷: riunioni di esperti selezionati in base al possesso di competenze specifiche che, almeno inizialmente, sembrano aver costituito uno dei terreni di coltura più ricorsi per l'elaborazione di indicazioni per la pratica clinica⁷⁸.

A fare propendere per la continuità tra *guidelines* americane e *linee guida* vi è, poi, il richiamo che i principali atti normativi fin qui analizzati rivolgono al contesto di derivazione delle prime *linee guida* di diritto interno: l'ambito sanitario.

Tra gli elementi depongono in questo senso è, poi, possibile segnalare altri cinque aspetti. *In primis*, sia le une che le altre si basano sull'evidenza scientifica e sui dati: le linee guida italiane, proprio come le *guidelines* statunitensi, presentano uno stretto legame con il metodo della *evidence based medicine* e ne costituiscono,

⁷⁷ Secondo la definizione prevalentemente in uso, le conferenze di consenso consisterebbero in incontri tra esperti, in occasione dei quali si fa luogo alla stesura di raccomandazioni da parte di una giuria, al termine di una presentazione e consultazione di esperti che sintetizzano le conoscenze scientifiche su un dato argomento. Avendo riguardo alla loro introduzione entro il sistema italiano, si faccia riferimento a ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ – AGENZIA PER I SERVIZI SANITARI REGIONALI, *cit.*, p. 10. Con riguardo, invece, alla relazione tra conferenze di consenso e *guidelines* elaborate all'estero, cfr., *ex multis*, NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH, *Consensus Development Program*, disponibile all'indirizzo: <http://consensus.nih.gov/ABOUTCDP.htm#intro> (ultima consultazione d.d. 20 dicembre 2019); A. FINK – J. KOSECOFF ET AL., *Consensus methods: characteristics and guidelines for use*, in *American Journal of Public Health*, 1984; P.G. SHEKELLE – S.H. WOOLF ET AL., *Clinical guidelines: developing guidelines*, in *British Medical Journal*, 1999; P.M. WORTMAN – J.M. SMYTH ET AL., *Consensus among experts and research synthesis. A comparison of methods*, in *International Journal of Technology Assessment Health Care*, 1998.

⁷⁸ F. MULLAN – I. JACOBY, *The Town Meeting for Technology: The Maturation of Consensus Conferences*, in *Journal of the American Medical Association*, 1985.; S. PERRY, *The NIH Consensus Development Program. A Decade Later*, in *New England Journal of Medicine*, 1987.

con ogni probabilità, una scaturigine particolarmente significativa⁷⁹. In secondo luogo, sia le une che le altre presuppongono che la propria, rispettiva, elaborazione debba avvenire osservando precise metodologie⁸⁰. In terzo luogo, sia le une che le altre postulano o, comunque, favoriscono il coinvolgimento di tutti coloro che siano interessati alla loro redazione sia in fase di *elaborazione*⁸¹, sia in fase di *diffusione*. In quarto luogo, lo *scopo* per il quale esse sono poste in essere è il medesimo delle *guidelines* sia con riguardo al *contenimento* della spesa pubblica, sia con riguardo al miglioramento della pratica clinica. In quinto ed ultimo luogo, sia le *linee guida* italiane che le *guidelines* statunitensi sono elaborate da personale medico qualificato, sono soggette ad analisi di impatto riferibili alla loro introduzione nei sistemi e possono essere riguardate da procedimenti di revisione⁸².

A questo punto, sebbene sia certamente possibile riscontrare diversi e significativi punti di contatto tra la fenomenologia delle *guidelines* pratico-sanitarie statunitensi e le prime *linee guida* comparse entro l'ordinamento italiano, andrà segnalato come non meno significative sembrano le possibili differenze tra i due modelli, almeno se si ha riguardo all'inquadramento ordinamentale ed al contesto giuridico di riferimento che possa riguardare le une e le altre. A ben guardare, infatti, qualunque trattazione sul tema sembra non poter prescindere dalla precisazione di un doveroso *caveat*: un avvertimento che, appuntandosi sulle specificità dei sistemi giuridici finora contemplati, quello statunitense e quello italiano, rivela che *guidelines* e *linee guida*, per quanto astrattamente derivate dalle medesime (o

⁷⁹ Sul metodo redazionale che informa l'elaborazione delle linee guida italiane e sul suo rapporto con lo schema delle *guidelines* basate sull'Evidence based medicine, v. A. CARTABELLOTTA – A.S. LAGANÀ – P. IANNONE – W. RICCIARDI, *Quality and trustworthiness of clinical practice guidelines developed by Italian medical specialty societies: a cross sectional study*, in *Evidence Live*, Oxford, 2017. In tema cfr. anche K. DICKERSIN – S.E. STRAUS – L. BERO, *Evidence based Medicine. Increasing, not dictating choice*, in *British Medical Journal*, 2007; C. HENEGAN – K.R. MAHTANI – B. GOLDACRE ET AL., *Evidence based medicine manifesto for better healthcare*, in *British Medical Journal*, 2017; B. DIJULBEGOVIC – G.H. GUYATT, *Progress in evidence-based medicine a quarter century on*, in *The Lancet*, 390, 10092, 2017.

⁸⁰ Per il riscontro sul versante italiano, v. ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ – AGENZIA PER I SERVIZI SANITARI REGIONALI, *cit.*, p. 32 e ss. Sul metodo osservato all'estero cfr., *ex multis*, P.M. WORTMAN – J.M. SMYTH ET AL., *Consensus among experts and research synthesis. A comparison of methods*, in *International Journal of Technology Assessment Health Care*, 1998.

⁸¹ Al riguardo, v. ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ – AGENZIA PER I SERVIZI SANITARI REGIONALI, *cit.*, p. 12; P. MOSCONI – F. ALOE ET AL., *The patient's point of view. Results of the Working Group on sociopsychological implications of follow-up*, in *Annals of Oncology*, 1995.

⁸² G. WEISZ – A. CAMBROSIO – P. KEATING – L. KNAAPEN – T. SCHLICH – V.J. TOURNAY, *cit.*

presunte) esigenze e per quanto in probabile rapporto di derivazione, non potranno mai essere del tutto sovrapponibili per via della profonda diversità strutturale dei relativi sistemi di riferimento⁸³ (ma, su questo, cfr. Cap. II, par. 5 e ss.).

Il recepimento del modello delle *guidelines* statunitensi entro l'ordinamento giuridico italiano sembra essere, infatti, avvenuto, almeno se si ha riguardo alle sue prime comparizioni normative, attraverso il loro inquadramento entro strutture giuridiche già consolidate, quasi a confermare che una qualunque cittadinanza delle stesse entro il sistema giuridico italiano non potesse che aversi attraverso la più o meno precisa riconduzione di queste indicazioni al funzionamento del sistema delle fonti. In un secondo momento, il continuo richiamo al modello delle linee guida ed il continuo uso di questa etichetta in luogo di sicuri riferimenti a determinati tipi di fonti sembrerebbero aver favorito una preoccupante (e forse consapevole) confusione, fino a fare in modo che ogni volta che si parli di linee guida sia pressoché impossibile determinare immediatamente quale sia il regime giuridico delle indicazioni in esse contenute (ammesso che ve ne sia uno da poter individuare).

I problemi connessi all'assenza di predeterminazione del regime giuridico di riferimento sono solo alcuni di quelli che si potrebbero qui considerare, ma lasciando per un attimo da parte le altre possibili conseguenze dell'incertezza sopra descritta, si può affermare che la mancanza di uno statuto di regole di riferimento sembri conferire alla produzione delle linee guida italiane una connotazione particolarmente problematica alla luce del funzionamento del sistema delle fonti.

Differentemente da quanto si ritiene che possa accadere in un sistema di *common law* e differentemente da quanto sembra accadere, segnatamente, negli Stati Uniti, la diffusione di indicazioni a precettività *eventuale, indefinita* o *variabile*

⁸³ Proprio avendo riguardo alla diversa *forza* che *linee guida* e *guidelines* possono essere ammesse ad operare entro i rispettivi sistemi giuridici, in C.M. MASIERI, *op. cit.*, p. 253, si legge: «*In quest'ultimo caso, se con riguardo alla collocazione delle linee guida all'interno della qualificazione giuridica – e dunque al discorso normativo inteso in senso lato – vi è una profonda differenza rispetto a quanto si afferma negli Stati Uniti, proprio a quell'ordinamento l'interprete italiano può guardare invece per trarre soluzioni relative ai problemi dell'applicabilità e del fondamento scientifico delle guidelines. Nel fare questo, però, si dovrà rendere conto delle modificazioni che il modello prescelto deve immancabilmente subire ai fini del trapianto nel nostro sistema. Infine, la natura tecnico-scientifica delle linee guida influisce sulle possibilità di ricorso in Cassazione della sentenza di merito che ne abbia fatto uso.*».

rischia di frustrare in modo particolarmente significativo alcuni dei principi sui quali si fonda il sistema delle fonti del diritto interno.

Entro l'ordinamento italiano, i circuiti di legittimazione del potere esigono, infatti, che il procedimento di formazione delle regole vincolanti sia strettamente predeterminato e strettamente presidiato da regole.

In altre esperienze, invece, la diversa conformazione del sistema delle fonti e la diversa struttura delle relazioni che intercorrono tra di esse consente di superare la più o meno auspicabile rigidità dei confini tra una fonte e l'altra, rendendo sia le linee guida che i documenti ad esse astrattamente assimilabili solo una delle molte componenti che possono confluire entro l'assetto di regole vincolanti concretamente esistente. Nelle esperienze di *common law*, infatti, il primato della giurisprudenza⁸⁴ consente la formale elezione a regola vincolante di una o più indicazioni variamente originatesi⁸⁵. In altre parole, il livello delle indicazioni persuasive è suscettibile di rifluire sul piano della vincolatività per il solo fatto che sia stato tenuto in considerazione da un giudice e trasfuso entro una sentenza munita di autorità⁸⁶. In questo modo, l'elaborazione di indicazioni particolarmente influenti, ipoteticamente avvenuta sotto la guida o supervisione di gruppi di esperti particolarmente qualificati, è suscettibile di partecipare – dopo la sentenza anche *formalmente* – alla concreta individuazione della *regula iuris* alla quale dovranno attenersi i consociati. Un sistema come questo impreziosisce, dunque, l'esistenza di indicazioni sprovviste di vincolatività, collocate a margine dei precetti, in quanto le stesse sono astrattamente capaci di influire sul momento formativo delle fonti, conferendo al c.d. *soft-law*⁸⁷ o, comunque, al complesso delle indicazioni non vincolanti, la possibilità di integrare

⁸⁴ Al riguardo, cfr., tra gli altri, J. DAVID MURPHY – R. REUTER, *Stare decisis in Commonwealth appellate courts*, Oxford, 1981; M. CAPPELLETTI, *The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law. A Fundamental Difference – Or no difference at all?*, Heidelberg, 1981; U. MATTEI, *Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988; R. DOLEZALEK, *Stare decisis. Persuasive force of precedent and old authority (12th-20th century)*, Città del Capo, 1989

⁸⁵ Sull'attitudine della secondary authority di essere considerata per la risoluzione dei casi, cfr., tra gli altri, W.H. PUTMAN, *Legal Research, Analysis and Writing*, III ed., New York, 2009; W.P. STATSKY – R.H. WERNET, *Case Analysis and Fundamental of Legal Writings*, Toronto 1994, dove, al Capitolo 14, si parla dei possibili abusi derivanti da un utilizzo improprio della Secondary Authority.

⁸⁶ Al riguardo v. anche B. BINTLIFF, *Mandatory v. Persuasive Cases*, Eagan (USA), 2001

⁸⁷ Per una esaustiva ricostruzione sul soft-law ci si limiti, per il momento, a rinviare a E. MOSTACCI, *La soft-law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. PETERS, *Soft-law as New Mode of Governance*, in U. DIEDRICHS – W. REINERS – W. WESSELS (a cura di), *The Dynamics of Change in EU Governance*, Cheltenham, 2011.

l'ordinamento in modo più incisivo che non in altri sistemi. Il tutto avviene, naturalmente, per il mero tramite dell'influenza o dell'autorevolezza che determinati complessi di indicazioni possano esercitare sulle Corti.

Se quanto precede può ritenersi vero, una circostanza di questo tipo spiegherebbe anche per quale ragione il modello delle *guidelines* sembri aver conosciuto uno sviluppo particolarmente significativo nelle esperienze statali in cui vige un tale tipo di sistema delle fonti. Qui più che altrove è, infatti, possibile che indicazioni come queste possano essere utili ad incidere sul processo di formazione della regola, osservando lo schema descritto. Se, però, il modello di *guidelines* che opera negli Stati Uniti sia applicabile anche in Italia è questione sulla quale meriterà interrogarsi, in quanto il nostro sistema, proprio come molti altri (o pressoché tutti i) sistemi di *civil law*, non ammette i medesimi processi di consolidamento della regola o della consuetudine ed esige che l'individuazione dei precetti sia presidiata da un percorso di legittimazione apparentemente più sorvegliato.

Per quanto visto, sembra, quindi, il caso di concludere che, sebbene anche in Italia si sia voluto importare il modello delle *linee guida*, un recepimento di questo tipo sia avvenuto, almeno nella sua prima fase, tenendo in grande considerazione le diversità esistenti tra l'ordinamento in cui sembra essersi originato il modello e quello di destinazione. L'adozione delle prime linee guida d'ambito sanitario alimenta, infatti, l'impressione che il legislatore recipiente abbia voluto introdurre questo nuovo possibile tipo di documenti collegandolo a categorie giuridiche già esistenti.

Un'introduzione così allertata potrebbe, infatti, mostrare che i redattori dei primi impieghi normativi dell'espressione *linee guida* immaginassero che l'introduzione di indicazioni per la pratica clinica entro l'ordinamento italiano (introduzione avvertita dai più come doverosa) non sarebbe mai stata assicurata dalla mera adozione di documenti di *soft-law* e che vi fosse bisogno di accompagnare il rinvio alle nuove indicazioni all'individuazione di una veste propriamente giuridica.

In questo modo, al netto di un'innegabile novità linguistica, le *linee guida* italiane sarebbero state comunque espressione di qualcosa di già esistente (pur andando esse a recepire un modello più o meno nuovo sviluppatosi altrove).

9. *Linee guida tra difficoltà definitorie, dinamicità, trasversalità e multidisciplinarietà del modello*

Dopo aver esperito un tentativo di ricostruzione dei primi impieghi normativi dell'espressione *linee guida*, si ritiene che possa essere utile condurre qualche ulteriore riflessione sulla connotazione di questo possibile modello, salvo poi declinare alcuni dei possibili aspetti positivi che lo stesso sembri poter presentare.

Avendo riguardo al primo aspetto, alcune ricostruzioni propugnano l'idea per cui la parola *guida* contenuta nell'espressione *linee guida*, imporrebbe che le *linee guida* debbano essere considerate dei tipi di documenti contenenti delle indicazioni che, per quanto variabili, debbano comunque ritenersi incanalabili entro un orientamento predefinito ed eterodeterminato.

A ben intendere, la prospettazione appena esaminata sembrerebbe affermare che l'espressione *linee guida* non costituisca, semplicemente, il sintagma di uso comune grazie al quale potersi riferire ad un genere di indicazioni vario, orientativo ed intrinsecamente indefinito, ma contribuirebbe a predicare una precisa caratteristica del tipo di atti che circolano sotto la sua etichetta: l'essere, cioè, delle indicazioni fedeli ad un orientamento di fondo⁸⁸.

In questo senso, le linee guida non sarebbero, dunque, indicazioni (o, per l'appunto, *linee* di indirizzo) che orientano (e che guidano), ma indicazioni (o linee) incardinate *entro* una *guida* di fondo.

Ebbene, un'asserzione di questo tipo sembra partecipe dell'idea per la quale tutte le linee guida siano condizionate dall'osservanza dei limiti segnati da una preesistente *guida*: una sorta di binario dal quale non poter deragliare.

Il vaglio dell'esperienza pratica sembra, tuttavia, suggerire che non tutti i documenti che circolano con il nome di *linee guida* siano riferibili, più o meno espressamente, alla doverosa osservanza di un indirizzo di fondo (un indirizzo-*guida*, per l'appunto). Allo stesso modo, la prassi sembra rivelare che non sia possibile predicare delle caratteristiche ricorrenti per ciascun documento che rechi la vista etichetta e che la variabilità dell'impiego dell'espressione *linee guida* sia stata così

⁸⁸ Così V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016.

significativa da ricomprendere, entro il proprio manifestarsi, documenti anche completamente diversi tra loro. Di qui la difficoltà definitoria del modello.

Al netto dell'esperienza delle *linee guida* mediche, infatti, l'espressione *linee guida* sembra essere usata per alludere a corpi di indicazioni estremamente vari⁸⁹, suggerendo l'idea di una difficile individuazione di elementi di fondo.

La *vaghezza* e la *permeabilità* di un costrutto linguistico come questo consentono, infatti, che l'etichetta *linee guida* possa riferirsi a tutte le indicazioni che non si possano (o non si vogliano) ricondurre entro schemi già esistenti.

In questo senso, l'uso dell'espressione si rivela uno straordinario esercizio di complicazione per gli interpreti (chiamati, con alterni successi, a riportare le linee guida giuridiche ora entro uno schema, ora entro un altro) e una velata scappatoia definitoria per chi eserciti il potere normativo⁹⁰.

Attribuire, infatti, l'etichetta *linee guida* ad un determinato documento può significare lasciare volutamente inevasi tutti gli interrogativi relativi alla sussistenza di alcune caratteristiche fondamentali dell'atto (tra le altre, la sua vincolatività, la sua giustiziabilità, il regime giuridico di riferimento).

Un'incertezza del genere, pur essendo, di fatto, limitata a poche possibili opzioni, può risultare straordinariamente problematica con riguardo ad alcuni aspetti e fa, inoltre, sì che il richiamo normativo alla categoria delle *linee guida*, eccettuato il caso della pratica medica⁹¹ e degli altri possibili luoghi in cui le *linee guida* abbiano

⁸⁹ Entro l'ordinamento giuridico italiano, la dizione *linee guida* non è adoperata soltanto per riferirsi alle indicazioni tecnico-pratiche elaborate per assistere i medici e gli operatori sanitari nella pratica clinica, ma anche per riferirsi agli atti che ad esse rinviano (i decreti ministeriali di cui ai primi paragrafi); ad altri atti ministeriali variamente riconducibili al novero delle fonti secondarie; ad atti di indirizzo di orbita ministeriale (spesso richiamati da decreti) in cui possono (come non) presentarsi come allegati; a provvedimenti amministrativi generali; a norme interne o a più di qualcuna di queste categorie; al generico *corpus* degli atti di regolazione delle autorità indipendenti. In questo senso, le *linee guida* adottate dall'Autorità nazionale anticorruzione costituiscono un esempio particolarmente significativo. Non molto diverse dalle *linee guida* in oggetto sono, poi, gli altri atti variamente denominati che, inscrivendosi entro l'incerto ambito della *moral suasion*, danno, spesso, vita a complessi di indicazioni formalmente neutrali e sostanzialmente giuridici.

⁹⁰ Questo è particolarmente vero per le *linee guida* dell'Anac, dove il rinvio in loro favore, effettuato dal Codice dei contratti pubblici, ha fatto chiedere agli interpreti se le linee guida adottate fossero fonti secondarie od atti amministrativi generali. Su questo v. *ultra*.

⁹¹ Le linee guida per la pratica clinica presentano, infatti, delle caratteristiche tali da renderle distinguibili rispetto alle altre *linee guida* che possono ritrovarsi entro l'ordinamento o, comunque, incidere su di esse. Aldilà del processo che ne caratterizza l'elaborazione (processo, invero, variabile a seconda dell'appartenenza delle *linee guida* considerate al circuito di quelle accreditate o meno), ciascuna linea guida medica condivide con le altre il suo *non essere* un corpo di norme giuridiche.

una connotazione di maggiore *autonomia* e *funzionalità*, si risolve in un eccessivo, benché dichiarato, esercizio di incertezza⁹².

Ad onta di tutto questo, la genericità dell'espressione e la difficoltosa individuazione dell'utilità e delle caratteristiche del modello, anziché rappresentare delle buone ragioni per favorire un abbandono dell'etichetta *linee guida*, sembrano aver rappresentato le principali leve della sua diffusione.

Stando ad una prima osservazione dell'emersione delle *linee guida*, si ha, infatti, l'impressione che l'intrinseca indeterminatezza del modello rappresenti, almeno in alcuni casi, una delle ragioni del suo continuo impiego.

Come detto, l'attribuzione del nome *linee guida* ad un insieme di indicazioni non sembra sufficiente né ad assegnare a tali indicazioni delle precise caratteristiche, né ad assoggettare le stesse ad un preciso un regime giuridico.

Ciononostante, si ritiene che una simile condizione di indeterminatezza assecondi almeno alcune delle esigenze che si avvertono, oggi, rispetto all'elaborazione di regole od indicazioni. Molte riflessioni sull'odierna produzione normativa affermano, infatti, che le profonde trasformazioni della realtà sociale richiedano la pronta e costante adozione di indicazioni, più o meno giuridiche, che siano agili, aggiornate, flessibili e, per certi versi, atipiche.

Ad avviso di molti, le *linee guida* che si analizzano in questa parte del lavoro sembrerebbero rispondere a questa esigenza per il fatto che, non comportando, almeno nella maggior parte dei casi, la *lentezza* e la *macchinosità* che si ritiene di

Difatti, le linee guida mediche, essendo, quasi certamente, norme tecniche, non prescrivono un comportamento come doveroso od obbligatorio (ponendosi, così, in controtendenza rispetto alla concezione classica di giuridicità) e non attribuiscono diritti (e sono, per questa ragione, difficilmente ascrivibili persino agli atti di *soft-law*).

⁹² Sul rapporto tra l'impiego del termine *linee guida* e la mancanza di certezza giuridica v. M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, su *giustamm.it*, 2016; C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?* in *giustamm.it*, 2016; S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 6/2017; Avendo, invece, riguardo all'importanza della sicurezza giuridica, cfr., tra gli altri, R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, su *Federalismi.it*, 17/2018; L. GIANFORMAGGIO, *Certeza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, II, Torino, 1988; M. CORSALE, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1978; F. LÓPEZ DE ONATE, *La certeza del diritto*, Milano, 1968; M. P. CALAMANDREI, *La certeza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Milano, 1942.

riscontrare elaborando risposte formalistiche, costituirebbero degli strumenti estremamente agili, aggiornabili, flessibili, dinamici, trasversali ed innovativi.

Quanto si dice è, in parte, certamente vero: l'adozione di atti innominati, sprovvisti di uno statuto e di procedure di adozione di riferimento consente di fornire indicazioni in tempi più brevi rispetto a quelli delle risposte formalistiche.

Tra l'altro, posta la generale assenza di precettività, questi documenti a contenuto indicativo o informativo possono rivelarsi strumenti estremamente adattabili, in quanto relativamente facili da adottare e da modificare.

Sulla scorta di queste osservazioni, i sostenitori della diffusione di corpi di indicazioni flessibili attribuiscono agli strumenti che ne sono espressione i pregi della dinamicità, della trasversalità e della multidisciplinarietà.

In questo senso, il preteso dinamismo del modello sembra, ad esempio, derivare dalla genericità dell'espressione *linee guida*, e ciò in quanto la labilità dei confini semantici dell'espressione *linee guida* consente, infatti, di ampliare, all'occorrenza, il possibile significato della locuzione, ricomprendendo al suo interno anche tipi di documenti eventualmente nuovi rispetto al passato: tipologie di formulazioni prima inesistenti che possano cominciare a ricomprendersi nel lemma⁹³.

La trasversalità del modello sembra, invece, assicurata dal fatto che l'elaborazione di indicazioni operazionali appaia, almeno sulla carta, un'attività così

⁹³ Questo è avvenuto, per esempio, già negli Stati Uniti, dove, in un primo momento, le *linee guida* non contenevano regole operazionali specifiche per determinate situazioni, ma solo informazioni standardizzate, classificazioni categoriali, indicazioni di misurazione e descrizione di strumenti d'indagine. Sulla base di tali tipi di indicazioni gli operatori avrebbero dovuto determinare la propria condotta, senza che fosse loro precisamente specificato che, al ricorrere delle situazioni materiali descritte nelle indicazioni, avrebbero dovuto intraprendere l'operazione *x* piuttosto che l'operazione *y*. Oggi, in molti casi, le indicazioni appaiono più dettagliate e può, quindi, dirsi che il modello abbia conosciuto una trasformazione *dinamica*. Ebbene, trasformazioni simili sembrano poter avvenire anche oggi, specie per il fatto che il concetto di *linee guida* tenda ad essere sempre più pericolosamente accostato ad altri tipi di concetti che, complice la loro funzione, dovrebbero essere tenuti distinti dalle *linee guida*, in quanto muniti di una incisività riconoscibile (si pensi, ad esempio, ai protocolli). In aggiunta, le gravi indecisioni che pure si riscontrano in ordine all'individuazione delle regole da osservare per elaborare, anche in ambito medico, le *linee guida* per la pratica clinica rendono, a loro volta, questa espressione (l'espressione *linee guida*, appunto) poco circostanziata, in quanto si tende a chiamare con lo stesso nome sia documenti elaborati secondo determinati criteri, sia documenti elaborati in base a criteri indeterminati. Nell'ipotesi in cui, poi, tutto quanto finora detto non si ritenesse sufficiente a motivare l'asserita dinamicità e caoticità dell'espressione, basti tenere in considerazione che le *linee guida* di ambito medico, se considerate dal punto di vista delle regole da osservare per la loro elaborazione, sono certamente più disciplinate di quelle elaborabili nel sottosistema delle Autorità indipendenti. Queste ultime, infatti, spesso non abbisognano di essere sottoposte a precise regole procedurali per poter essere ritenute veicolate entro i sistemi.

comune da potersi eseguire con riferimento ad ogni aspetto di un singolo settore di riferimento⁹⁴. Tra l'altro, la genericità dell'espressione *linee guida* consente di applicare quest'etichetta a qualunque documento contenente indicazioni che non sia stato espressamente incardinato entro forme giuridiche precise o dichiarate. Pertanto, la facilità con la quale possono formularsi indicazioni pratiche per ogni cosa, in uno con il fatto che qualunque indicazione possa astrattamente ritenersi un'indicazione del tipo delle *linee guida*, fa sì che possano aversi linee guida per qualunque scopo.

La multidisciplinarietà è, infine, data dal fatto che il modello di *linee guida*, complice anche la sua diffusione in ambito medico, sembra un prodotto di successo, non riducibile al solo ambito sanitario e sempre più diffuso in altri settori. E ciò è tanto vero quanto più si pensi che si cerchi di introdurlo entro ogni materia⁹⁵.

Ecco, dunque, alcuni degli aspetti positivi che è possibile predicare con riguardo alla proliferazione di documenti così poco delimitati. Questi elementi di positività sembrano, però, rivelarsi quasi del tutto ridondanti per il mondo del diritto, dove innegabili esigenze di certezza sulla produzione delle norme cozzano con una tale e incontrollata estensione delle istruzioni atipiche.

Più in particolare, la moltitudine di documenti elaborata per la pratica, pur presentando indubbia utilità, dovrebbe ritenersi fruibile solo per *orientare*, in quanto l'elaborazione di precetti solleva più di qualche questione dal punto di vista giuridico. Una volta assodato questo passaggio, appare, infatti, evidente come non sia possibile legittimare l'anarchia delle forme: e questo è anche il motivo per il quale tutte le *linee guida* giuridiche o, comunque, richiamate dall'ordinamento siano state oggetto di inquadramento nel sistema delle fonti (o dovrebbero esserlo).

Pertanto, al netto di qualunque positività che si voglia, in astratto, riconoscere ad un modello di questo tipo, si può affermare che simili tipi di vantaggi non dovrebbero poter essere spendibili entro la prassi giuridica e che gli apparenti benefici dell'indeterminatezza possano costituire – come si ritiene – un elemento a pregiudizio di una o più garanzie fondamentali.

Il dinamismo dell'espressione, ad esempio, è così accentuato da far dubitare persino dell'esistenza di un'identità concettuale dell'espressione *linee guida* (se il

⁹⁴ Fai il caso della medicina (linee guida contro il cancro, linee guida per l'alimentazione) e per il diritto (linee guida dell'Anac, linee guida del Miur).

⁹⁵ Linee guida mediche, linee guida giuridiche, linee guida tecniche

significato dell'espressione *linee guida* non presenta particolari riscontri nel diritto ed appare, peraltro, in possibile mutamento, allora forse non ha senso continuare ad usarla per indicare atti giuridici individuati).

La sussistenza di una trasversalità della costruzione non sembra, dal canto suo, arrecare particolari vantaggi, e ciò in quanto la forte e perdurante incertezza sul *cosa* siano le *linee guida* giuridiche impedisce di ritrarre particolari utilità dall'ipotetica consapevolezza del poterne realizzare *per più cose* (in altre parole, proprio perché non si sa – e, forse, non si vuole che si sappia – *cosa* siano le linee guida ed a cosa servano, è difficile potersi rallegrare del fatto che possano esserne realizzate per ogni aspetto di un determinato settore).

Da ultimo, la multidisciplinarietà, pur essendo, certamente, un aspetto particolarmente rappresentativo (e, forse, utile) delle *linee guida*, sembra arrestarsi allorché cerchi di approdare alla soglia del diritto. E questo in quanto la considerazione delle linee guida nel mondo del diritto deve necessariamente arrestarsi agli atti giuridici che rechino questo nome, senza interrogarsi su quelli delle altre materie (a meno che non vi siano rinvii).

Per le ragioni viste, alcune delle caratteristiche che si ritiene di poter attribuire al modello delle linee guida appaiono difficilmente conciliabili con le esigenze di determinatezza del diritto e sembrano rimettere ogni espressione di utilità alle sole manifestazioni extra-giuridiche del modello.

10. Terreni di coltura e principali utilizzi delle linee guida di orbita pubblica

Premesso che più o meno ogni ambito operativo possa essere riguardato dall'elaborazione di indicazioni ad ausilio della prassi, si ritiene di poter argomentare che alcuni settori si prestino meglio di altri alla proliferazione ed alla diffusione di corpi di indicazioni atipici e/o flessibili.

Il settore medico-sanitario è uno di quegli ambiti che si può dire siano maggiormente riguardati dall'elaborazione di documenti contenenti indicazioni pratiche. E ciò in quanto la costante stratificazione di scoperte scientifiche e l'evoluzione della tecnica possono giustificare l'individuazione di prassi operazionali nuove e la conseguente sostituzione di quelle divenute frattanto obsolete.

Più o meno allo stesso meccanismo si era detto dovessero informarsi le *linee guida* adottabili dall’Autorità nazionale anticorruzione: un complesso di indicazioni di sicura portata giuridica, ma di dubbia qualificazione, approvate sulla scorta di un’espressa devoluzione di potere del legislatore⁹⁶ per *regolare* in modo efficace e, soprattutto, *flessibile* il “mercato” dei contratti pubblici⁹⁷.

Con riguardo all’orbita pubblica, merita, poi, segnalare che esistano molti documenti ministeriali che recano già nel nome l’espressione *linee guida*, proprio come si era visto parlando delle possibili prime apparizioni della locuzione. In molti casi, infatti, tali documenti consistono in fonti normative secondarie che o si accingono a dettare direttamente delle indicazioni⁹⁸ o rinviano la consultazione delle indicazioni a dei loro allegati⁹⁹. Questo è accaduto, per esempio, con riguardo alle recenti *Linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell’impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo settore*¹⁰⁰, adottate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali con decreto ministeriale del 23 luglio 2019; rispetto alle *Linee guida che definiscono le disposizioni per la concessione di agevolazioni finanziarie di cui al decreto n. 593/2016* o, ancora, rispetto alle *Linee guida in materia di*

⁹⁶ 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*).

⁹⁷ 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». Questa formulazione è stata successivamente recepita nel d.lgs. n. 50/2016.

⁹⁸ Questo accade, per esempio, con i decreti ministeriali citati all’esordio presente capitolo, laddove i documenti considerati, oltre a recare i caratteri distintivi delle fonti secondarie secondo quanto prescritto dall’art. 17 della l. n. 400/1988, si accingono a dettare direttamente delle disposizioni, tra cui si richiami, qui, a titolo d’esempio, quella di cui all’art. 1 del secondo dei tre decreti del Ministro della sanità del 31 luglio 1997, il quale, al comma 1, prescrive che i direttori generali delle unità sanitarie locali siano tenuti ad adottare un atto regolamentare per la propria organizzazione interna.

⁹⁹ La formula del decreto ministeriale recante, nel titolo, l’espressione *linee guida* che sia abbinato ad un allegato definito, a sua volta, *linee guida* è stata adottata, ad esempio, per il Decreto 23 luglio 2019 del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, intitolato *Linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell’impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo settore* (cfr. G.U., Serie generale, n. 214 del 12 settembre 2019).

¹⁰⁰ Le linee guida appena menzionate sono già state richiamate per svolgere un esempio nella nota precedente, cui si rinvia.

semplificazione e promozione degli Istituti tecnici superiori a sostegno delle politiche di istruzione e formazione sul territorio e dello sviluppo dell'occupazione dei giovani, a norma dell'articolo 1, comma 47, della legge 13 luglio 2015, n. 107, adottate, dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, rispettivamente, con decreto n. 2705 del 17 ottobre 2018¹⁰¹ e con decreto interministeriale n. 713 del 16 settembre 2016¹⁰². Avendo, poi, riguardo ad alcuni di questi documenti, è possibile notare che essi recino spesso, in esordio, la menzione delle disposizioni dell'ordinamento in base alle quali si giustifichi la loro adozione¹⁰³: un chiaro indizio nel senso della loro natura di fonte secondaria (al quale deve, comunque, accompagnarsi, un serio vaglio in ordine alla sussistenza dei caratteri della generalità, dell'astrattezza, dell'innovatività e della raffrontabilità¹⁰⁴). Lo schema delle *linee guida* annunciate da disposizioni legislative e poi adottate con fonti secondarie è, invero, abbastanza diffuso nelle prassi normative ministeriali, ma, a prescindere da questo, il frequente ricorso all'etichetta delle *linee guida* non riesce,

¹⁰¹ G.U., Serie generale n. 278 del 29 novembre 2018, *Approvazione delle nuove linee guida che definiscono le disposizioni per la concessione delle agevolazioni finanziarie di cui al decreto n. 539/2016*.

¹⁰² G.U., Serie generale n. 9 del 12 gennaio 2017, *Linee guida in materia di semplificazione e promozione degli Istituti tecnici superiori a sostegno delle politiche di istruzione e formazione sul territorio e dello sviluppo dell'occupazione dei giovani, a norma dell'articolo 1, della legge 13 luglio 2015, n. 107*.

¹⁰³ Avendo riguardo ai documenti da ultimo citati, le linee guida allegate al Decreto 23 luglio 2019 del Ministero del Lavoro rinviano, già in esordio, all'art. 7, comma 3 della l. 6 giugno 2016, n. 106 (*Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*).

¹⁰⁴ In tema: M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, cit.; A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970; G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro italiano*, I, 1953; M. CARTABIA – E. LAMARQUE – P. TANZANELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, Torino, 2011; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003; ID., *La potestà regolamentare del governo dopo il nuovo Titolo V della Costituzione: sui primi effetti di una disposizione controversa*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, 2003, 327; A. IANNUZZI, *I regolamenti nella dottrina italiana tra ambiguità e sfiducia*, in *Diritto e società*, 2004, 195; G.U. RESCIGNO, *Forma e contenuto di regolamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1993, 1434; ID., *Atti normativi e atti non normativi. Riflessioni suggerite dalla sent. n. 591 del 1998 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1988, 2749; A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del governo nella l. n. 400 del 1988*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2/1988; G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la l. n. 400 del 1988*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1988, 1494; D. IACOVELLI, *I regolamenti nel disordine delle fonti*, in *Jus. Rivista di scienza giuridiche*, 2/2004, 189.; G. TARLI BARBIERI, *Atti regolamentari ed atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in P. CARETTI, *Osservatorio sulle fonti*, 1988, 241; G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, Milano, 2005; D. IACOVELLI, *Regolamenti e illegittimità*, Padova, 2007

comunque, a rassicurare in ordine alla sua auspicabilità, in quanto genera certamente confusione.

L'utilizzo del decreto ministeriale coincide, infatti, con il tendenziale utilizzo di una fonte generale e astratta, di rango secondario, e ciò ha veramente poco a che fare con la funzione di *guidare* tracciando delle *linee*. Per tale ragione, la conformazione del contenitore giuridico del testo di molte *linee guida* (il quale è, a seconda dei casi, un decreto ministeriale, un decreto interministeriale, una direttiva amministrativa¹⁰⁵, o, comunque, una determinazione amministrativa adottata all'esito di un *concerto*¹⁰⁶ o di un'*intesa*¹⁰⁷); la positiva titolarità di poteri normativi in capo ai soggetti pubblici che abbiano adottato determinate *linee guida*; l'indubbio tenore imperativo¹⁰⁸ che caratterizza almeno alcune delle indicazioni contenute all'interno dei documenti considerati, fanno sì che si possa concludere che (almeno alcune) *linee guida* adottate in orbita pubblica presentino delle caratteristiche tali da potere essere ritenute delle *fonti* e non già, semplicemente, neutri insiemi di indicazioni.

Una conferma in tal senso deriva, in primo luogo, dal livello di dettaglio che riescono a raggiungere alcune delle indicazioni contenute nei vari documenti a titolo *linee guida*¹⁰⁹, ma anche, e soprattutto, da alcuni luoghi testuali i quali, presentando

¹⁰⁵ Sono contenute all'interno di documenti del MIUR espressamente denominati *direttive* le *Linee guida per il passaggio al nuovo ordinamento degli istituti tecnici a norma dell'articolo 8, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010, n. 88* (Direttiva n. 57 del 15 luglio 2010) e le *Linee guida per il passaggio al nuovo ordinamento degli istituti professionali a norma dell'articolo 8, comma 6, del decreto del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010, n. 87* (Direttiva n. 65 del 28 luglio 2010). Entrambe le direttive sono state pubblicate sulla Gazzetta ufficiale (G.U., Serie generale, Supplemento ordinario alla G.U. n. 222 del 22 settembre 2010)

¹⁰⁶ Vedi riferimento alle pagine precedenti

¹⁰⁷ file:///C:/Users/gesse/Downloads/Agg_Linee_guida_ammissibilit_spese_SR_2014_2020.pdf

¹⁰⁸ Una traccia del visto tenore imperativo è rinvenibile nelle *Linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo settore* dove, oltre all'uso di espressioni come *sono tenute*, riferita alle amministrazioni, si provvede a dettare una regolamentazione così dettagliata da fare ritenere che il documento in consultazione non abbia funzione meramente esplicativa, ma sia il contenitore di una regolazione di dettaglio. Quest'ultima, per il fatto di essere contenuta in una fonte secondaria (anche se a titolo di allegato) conferma, in primo luogo, che le linee guida pubbliche si accompagnino, quasi sempre, all'adozione di fonti formali e alimenta, in secondo luogo, le incertezze relative alla doverosità di adesione delle indicazioni. A sostegno di quanto si va dicendo, cfr. A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., p. 209.

¹⁰⁹ Un esempio in tal senso sembra, invero, rappresentato dalle recenti *Linee guida sull'ammissibilità delle spese relative allo sviluppo rurale 2014-2020*, approvate in uno con il Decreto ministeriale n. 6093 del 6 giugno 2019 del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, disponibile sul sito web del Ministero e non ancora pubblicato in Gazzetta ufficiale. All'interno di questo documento è, infatti, possibile rivenire delle indicazioni così specifiche da far ritenere che lo stesso contenga una sorta di impropria interpretazione autentica della disciplina che regoli la materia.

formulazioni molto simili a quelle che è possibile rinvenire consultando gli atti normativi che non viaggiano sotto l'ambigua etichetta linee guida, conferiscono a questi documenti un indubbio tenore precettivo¹¹⁰.

Pertanto, pur potendo esistere *linee guida* consacrate in atti ministeriali, i quali si limitino ad affrontare in modo neutro determinati argomenti in modo discorsivo¹¹¹ o che provvedano, invece, ad enunciare meri obiettivi ai quali debba tendere l'azione amministrativa, la forma dell'atto secondario impone di considerarli, in ogni caso fonti, con tutto ciò che ne può derivare dal punto di vista dell'imperatività e della doverosità d'adesione.

In altri casi, infatti, l'elaborazione delle *linee guida*, se non si appresta a predicare la doverosità di determinati adempimenti o comportamenti, annuncia la realizzazione di determinati obiettivi, un po' come accade per le *linee programmatiche*¹¹² del Testo unico sugli enti locali o con riferimento a piani e programmi. Anche questo modo di procedere è, tuttavia, suscettibile di valutazione giuridica, ed avvicina le *linee guida* che si presentino in questo modo ad altri tipi di atti pure esistenti e teorizzati¹¹³.

Tirando, dunque, le fila del discorso, l'elaborazione delle *linee guida* di orbita pubblica sembra, oggi, avvenire in almeno due modi: il primo è quello attraverso il quale la sfera pubblica, nel tentativo di adeguare l'apparato giuridico all'incalzante evoluzione della tecnica, introduce entro l'ordinamento delle indicazioni utili alla pratica, recependo e ratificando, in atti istituzionalizzati, il contenuto di indicazioni

¹¹⁰ A questo riguardo si confronti, ad esempio, il comma 4 dell'art. 2 del Decreto 17 ottobre 2018 (Approvazione delle nuove Linee guida che definiscono le disposizioni per la concessione delle agevolazioni finanziarie di cui al decreto n. 593/2016), il quale recita: «4. Il termine di vigenza delle Linee guida di cui all'articolo precedente, è stabilito al 31 dicembre 2020, in coerenza con le disposizioni di cui all'art. 59 del regolamento n. 651/2014». Ebbene, il riferimento alla vigenza rappresenta un chiaro segno della volontà di redigere un atto normativo secondario nelle classiche forme alle quali si è abituati a pensare quando si evoca questa categoria. Pertanto, al netto della novità linguistica rappresentata dall'aver attribuito l'etichetta "linee guida" ad un decreto ministeriale, si può dire che l'approvazione di questo documento sembri lasciare invariata la piena natura sostanziale di fonte secondaria

¹¹¹ Questo sembra accadere, ad esempio, nelle già menzionate linee guida sulle competenze trasversali, leggendo le quali si ritrae l'impressione di avere a che fare più con un manuale che fornisca nozioni sull'argomento trattato, spiegandone l'importanza, che non con un allegato espressamente richiamato da una fonte secondaria. Per una conferma in tal senso, si ritiene utile riportare il seguente passaggio, nel quale (continua la nota)

¹¹² Cfr., al riguardo, l'art. 46, comma 3, TUEL

¹¹³ Ci si riferisce, oltre che allo schema delle linee programmatiche, a tutti quei documenti variamente circolanti sotto il nome di *programmi, piani, programmazioni, progetti*.

già esistenti; il secondo si ha attribuendo ad autorità specializzate (o presuntivamente tali) il potere di elaborare delle indicazioni in modo costante e, soprattutto, flessibile.

Quanto visto accade, rispettivamente: con il formale recepimento delle *linee guida* di ambito medico, rispetto alle quali l'autorità pubblica si limita a conferire veste giuridica a corpi di indicazioni che già circolano sotto questo nome e che sono stati elaborati da tecnici (in questo caso medici), al di fuori del diritto; con le linee guida dell'Anac o delle *authorities*, il cui caso è simile, ma differente, in quanto l'elaborazione di indicazioni per *linee guida* che promanano dall'Anac è legislativamente rimessa alle capacità di regolazione flessibile di tale organo.

Con particolare riguardo al secondo modo: si può dire che questo si è rappresentato dall'adozione di atti amministrativi generali ed astratti (o magari solo generali) che, mal celandosi dietro la dizione *linee guida*, possono ritenersi autonomi e classici esercizi di funzione normativa o amministrativa. E ciò in quanto il loro contenuto non sembra collegato né a (presunte) esigenze di regolazione flessibilizzata dei processi decisionali, né alla necessità di adeguare l'ordinamento all'etero-determinazione tecnica di altri organismi. In questi casi, infatti, l'adozione di documenti che circolano sotto il nome di *linee guida* non sembra dipesa dalla (più o meno fondata) necessità di introdurre, anche presso gli ambiti di volta in volta considerati, i benefici derivanti da un uso delle *linee guida* o degli atti ad esse assimilati, né dall'opportunità di fruire della loro giuridica indeterminatezza.

Al contrario, il richiamo alle *linee guida*, almeno in alcuni di questi casi, sembra dettato, in via piena ed esclusiva, dalla mera volontà di usare un termine *nuovo*, a fronte di adempimenti *non* nuovi e tradizionali.

Una tale diversità tra i due visti contesti di produzione non consente di rintracciare comuni condizioni di fioritura delle *linee guida*: nel primo caso, infatti, l'adozione di linee guida sembrerebbe condizionata o imposta dalla necessità di ratificare la tecnica nel diritto o di regolare in modo flessibile la realtà; nel secondo caso, l'uso dell'espressione *linee guida* sembrerebbe una mera tendenza linguistica e, cioè, un semplice nuovo modo per chiamare impropriamente atti giuridici già definibili (come accade, ad esempio, con i decreti ministeriali¹¹⁴).

¹¹⁴ Esistono dei decreti ministeriali recanti, nel nome, l'espressione linee guida che, pur non presentando nulla di apparentemente diverso dai classici decreti ministeriali, sono stati introdotti

Alla luce, quindi, dell'impossibilità di definire una volta per tutte un univoco terreno di coltura dei documenti a nome *linee guida*, ci si può qui, limitare a dire che, nei settori più tecnici, l'esigenza di aggiornare le regole operazionali possa dare luogo alla proliferazione di atti facilmente adottabili ed aggiornabili che, spesso, prendono il nome di *linee guida*: questo sembra visibile, in particolare, in ambito medico e con riguardo all'attività di alcune autorità indipendenti.

Laddove, invece, non si ravvisino particolari esigenze di aggiornamento, l'uso dell'espressione *linee guida* sembra rivelarsi solo un modo per accordare una sfumatura programmatica a documenti amministrativi che possono essere tanto generali ed astratti (e quindi fonti) quanto semplici atti generali.

Resta, però, inteso che, sia nell'uno che nell'altro caso, l'uso dell'etichetta resta fuorviante perché la dizione *linee guida*, da sola, non ci dice ancora niente sul tipo di atto che contenga le indicazioni, restando unicamente all'interprete l'onere di sciogliere questo interrogativo.

11. Le linee guida e la loro correlazione all'importanza dei saperi tecnico-specialistici

L'analisi che si è cercato di condurre nelle pagine precedenti sembrerebbe confermare che la comparsa della locuzione *linee guida* non possa spiegarsi in termini generalistici. Gli impieghi normativi dell'espressione sembrano, infatti, presentare caratteristiche così divergenti da impedire che le *linee guida* presenti nel sistema possano essere considerate entro una categoria unitaria.

La lettura sistematica dei principali impieghi normativi dell'espressione non sembra attribuire alcuna conformazione specifica alle *linee guida* e lascia, anzi, concludere che il ricorrente impiego dell'espressione sia spesso avvenuto senza che si perseguisse una precisa volontà di significato.

nell'ordinamento con un nome che sembrerebbe renderli atti di soft-law. Tali sembrano essere, ad esempio, le *linee guida all'Educazione ambientale per lo sviluppo sostenibile*, adottate nel 2014, elaborate un gruppo interministeriale di funzionari membri dei ruoli del Ministero dell'Istruzione e del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare. Per il testo delle linee guida v. https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/LINEE_GUIDA.pdf (ultima consultazione d.d. 29 dicembre 2019).

Quanto si va affermando sembrerebbe confermato dal fatto che molti dei documenti che circolano sotto l'etichetta *linee guida* siano ascrivibili alle più disparate e differenti categorie, spaziandosi dalle fonti secondarie, agli atti amministrativi generali, dalle fonti terziarie ai meri atti di *soft-law*.

Le indicazioni che precedono consentono di sostenere che l'attuale impiego dell'espressione *linee guida* sottenda il richiamo ad un *non-elemento* del sistema giuridico ed una tale conclusione sembra sostenibile anche *pro futuro*, almeno nella misura in cui l'espressione in oggetto continuerà a *non* evocare alcuna caratterizzazione utile a distinguerla dalle categorie già esistenti.

Tuttavia, se le *linee guida* sono un contenitore vuoto almeno per gli usi che ne sono stati fatti entro l'ordinamento giuridico italiano, lo stesso non può, forse, dirsi rispetto al sistema entro cui questi corpi di indicazioni sono andati formandosi, oltre che, più in generale, rispetto a tutti quei sistemi che richiedano indicazioni pratico-operative per risolvere i casi concreti.

Come visto, la diffusione delle *linee guida* di ambito sanitario si è, ad esempio, collocata a valle di un processo risalente ed è stata dettata dall'esigenza di apprestare indicazioni pratico-operative per la risoluzione dei casi concreti. Che le *linee guida* ed i documenti ad esse assimilati siano (o possano essere) gli strumenti di consultazione più adeguati per affrontare, in modo rapido ed elastico, i problemi derivanti dalla continua stratificazione delle informazioni è un aspetto che può rivelare l'importanza delle *linee guida* per quei settori in cui sia necessaria una rapida circolazione di indicazioni operative e tecnico-specialistiche. In alcuni casi, la rilevanza attribuita a questi complessi di indicazioni risulta, poi, tale da condizionare in modo particolarmente significativo e, probabilmente eccessivo, la concreta attività degli operatori, posto che l'osservanza delle linee guida può costituire uno dei paradigmi alla stregua dei quali valutare eventuali responsabilità professionali¹¹⁵.

Tuttavia, se l'utilità delle *linee guida* ne legittima l'esistenza entro i sistemi tecnico-specialistici ai quali esse, poi, si rivolgono, lo stesso discorso non sembra valere per il diritto, in quanto la rilevanza giuridica delle indicazioni in esse contenute è comunque soggetta ad una trasposizione sul piano delle fonti. E a ben

¹¹⁵ Si rinvia ad altro luogo del presente lavoro la disamina delle linee guida di ambito medico e delle conseguenze giuridiche derivanti dalla loro mancata osservanza.

guardare, il funzionamento ed anche la supposta perfezione dei sistemi di *linee guida* sviluppatasi in altri contesti non rappresentano una buona ragione per introdurre le *linee guida* anche nel diritto, specie se tale introduzione avvenga senza che si precisi che parlare di *linee guida* equivale a parlare di determinati tipi di fonti, in quanto variamente legittimate. L'assenza di specificazioni di questo tipo consente di concludere che alimentare l'esperienza delle *linee guida* giuridiche, vista la mancanza di determinazioni utili a ricondurne l'impiego ad uno schema di riferimento, sia, almeno potenzialmente, un'opzione impervia.

Una circostanza di questo tipo suggerisce che possa essere auspicabile mantenere distinti e separati il piano della produzione delle *linee guida* tecniche ed il piano del diritto. Nei limitati casi in cui le linee guida possano costituire un sistema efficiente di regole tecniche, ogni possibile relazione esse ed il diritto potrà, infatti, regolarsi osservando lo schema dei rinvii, laddove il richiamo che le disposizioni operano in favore delle norme tecniche può integrare il contenuto delle norme giuridiche senza ingenerare i gravi problemi che derivano dalla circolazione, entro l'ordinamento, di atti di dubbia qualificazione perché impropriamente denominati¹¹⁶.

12. Il richiamo alle linee guida come strumento di governo della complessità e flessibilizzazione dei sistemi normativi

Lasciando da parte quegli usi dell'espressione *linee guida* che, almeno apparentemente, sembrano molto più impropri di altri¹¹⁷, la traduzione dello schema delle *linee guida* in ambito giuridico sembrerebbe essere stata giustificata, oltre che dalla necessità di recepire, per l'ambito medico, le *linee guida* di ambito medico elaborate all'estero, anche dalla ritenuta opportunità di introdurre presso il sistema giuridico interno, uno strumento flessibile, in origine elaborato per altri scopi¹¹⁸.

¹¹⁶ Un esempio, in tal senso, potrebbe essere rappresentato da tutti quei casi in cui le disposizioni del Codice penale o delle leggi speciali in materia penale rimettano alla determinazione di altre fonti la precisazione di alcuni concetti.

¹¹⁷ Cfr. il contenuto della nota n. 101

¹¹⁸ Quanto si va affermando è espresso in modo molto chiaro in M. RAMAJOLI, *Pretesa precettività e flessibilità delle linee guida ANAC*, in F. LIGUORI - S. TUCCILLO (a cura di), *I contratti pubblici in trasformazione. Discussione e problemi*, Napoli, 2018, dove l'Autrice, riferendosi alle linee guida dell'Anac, afferma: «Per quanto la formulazione dell'art. 213 non sia chiarissima – l'A. si riferisce all'articolo del Codice dei contratti che ha recepito le indicazioni della legge di delega n. 11/2016,

Quanto detto fa sì che i problemi derivanti dalla trasposizione delle linee guida tecniche entro il mondo del diritto si sommino alle difficoltà che discendono dai continui tentativi di esportare, anche in altri settori, il preteso approccio *flessibilizzante* delle linee guida mediche¹¹⁹.

A tal proposito, un esempio di queste difficoltà è, forse, costituito dalle linee guida rappresentate dagli strumenti di regolazione flessibile dell’Autorità nazionale anticorruzione che, stanti alcune previsioni normative¹²⁰, sono state dotate della capacità di introdurre indicazioni di incerta natura entro il settore delle commesse pubbliche, al dichiarato fine di *flessibilizzare* il sistema normativo¹²¹.

Più in particolare, la previsione del potere di adottare tali atti, riconosciuta in capo all’Autorità, sembra voler esportare le potenzialità del modello per linee guida al settore delle commesse pubbliche. Uno schema di questo genere nasce, forse, dalla considerazione che la regolazione dei settori complessi non possa, oggi, avvenire senza legittimare e sperimentare nuovi processi di produzione delle regole. Questi ultimi, rifuggendo dai classici meccanismi di produzione delle decisioni (*normative* o solo *provvedimentali*), si ritiene elaborino risposte *rapide* (perché non adottate attraverso gli i consueti schemi decisionali, ritenuti lenti ed inservibili) ed *efficienti* (in quanto adottate da organi che si vogliono altamente specializzati).

In questo senso, è possibile sostenere che almeno alcune delle *linee guida* che siano state elaborate a causa dell’avvertita esigenza di fornire una risposta tecnica a determinati problemi siano, in realtà, partecipi di un più problematico e generale

n.d.r. – *sembra di poter affermare che il legislatore, ispirandosi in senso generico all’idea della soft-law, abbia inteso introdurre nei contratti pubblici una regolazione meno rigida e proprio per questo abbia sostituito il vecchio regolamento con le linee guida. Il codice (art. 213, comma 2) lega infatti gli strumenti di regolazione flessibile all’obiettivo della promozione dell’efficienza e della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti, che sono i tipici risultati attesi dalla soft-law. In questa logica le linee guida dell’Anac potrebbero assolvere a una funzione di orientamento, che è propria degli atti di soft-law». Sulla ratio dell’impiego degli strumenti di soft-law per le regolazioni complesse v. poi M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016.*

¹¹⁹ A questo riguardo si consenta di richiamare ancora M. RAMAJOLI, *Pretesa precettività*, cit., laddove afferma: «*In tempi recenti è parso che la soft-law garantisce siffatto processo di metabolizzazione delle regole senza al contempo presentare gli inconvenienti presentati con il ricorso alla tradizionale hard law*».

¹²⁰ Cfr. note nn. 87 ed 88.

¹²¹ Con specifico riguardo alla flessibilità delle linee guida dell’Anac, cfr. P. CLARIZIA – K. PECI, *Il mercato dei contratti pubblici*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017.

processo di fuga dalle fonti tradizionali. Più in particolare, le *linee guida* adottate dall'Autorità nazionale anticorruzione e la congerie degli atti della regolazione flessibile relativa alle autorità indipendenti potrebbero essere espressione di una fuga dalla normazione secondaria¹²², e ciò almeno nella misura in cui la conformazione degli strumenti della regolazione flessibile sia suscettibile di essere assimilata, per struttura ed effetti, alle fonti secondarie.

Provando a stilare qualche considerazione di massima, è allora possibile affermare che l'esigenza di governare in modo efficiente la complessità dei settori tecnici possa aver favorito la proliferazione di corpi di indicazioni più agili e più sostituibili¹²³, in quanto non assoggettati alle medesime regole a cui, normalmente, soggiace il processo di produzione delle fonti.

¹²² Alcuni autori parlano, al riguardo, di c.d. *fuga dal regolamento*. Per una definizione convincente della locuzione si rinvia a V. MARCENÒ, *cit.*, p. 4. Per una ricostruzione del fenomeno cfr. anche U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 l. n. 400 del 1988)*, in *Scritti per Mario Nigro. Stato e Amministrazione*, Milano, 1991, 279; ID., *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della l. n. 400 del 1988*, in *Diritto pubblico*, 1996, 63; G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, 3/2002, 808; F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali «non aventi natura regolamentare»*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2003, 822; F. BATISTONI-FERRARA, *Una nuova fonte di produzione normativa: i decreti ministeriali non aventi natura regolamentare*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso. Pisa 3-4 maggio 2005*, Pisa, 2006, 191; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007, il quale, a p. 43, parlando della fuga dal regolamento, afferma che: «Il fenomeno descritto non può dirsi espressione di un contenimento dei regolamenti, quanto piuttosto il tentativo del Governo di sottrarsi alle procedure formali indicate nella legge e di esercitare egualmente poteri di natura sostanzialmente normativa, talora ricorrendo all'utilizzo di "regolamenti atipici"»; M. DOGLIANI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell'attività di governo*, in A.I.C., *Annuario 2010. Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2012, pp. IX-38. Con riferimento, poi, a specifici casi di atti formalmente amministrativi e sostanzialmente normative e regolamentari e, in particolare, al caso dei *decreti non aventi natura regolamentare*, cfr. F. MODUGNO – A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2003; B. MAMELI, *La successione delle fonti atipiche del Governo e il principio del contrarius actus*, in *Giurisprudenza italiana.*, 11/2012.

¹²³ Sui caratteri della *modificabilità* e della tendenziale *transitorietà* degli atti di soft-law cfr., ancora, M. RAMAJOLI, *Pretesa precettività*, *cit.*, p. 6, dove si legge: «Vi è poi un altro tratto che solitamente viene indicato come caratterizzante degli atti di soft-law e cioè la loro modificabilità intrinseca, o, se si preferisce, la loro transitorietà. La soft-law difatti sarebbe suscettibile di facili e non ingessate modifiche una volta che sia stata sperimentata la mancata efficacia/efficienza della soluzione originariamente introdotta rispetto all'obiettivo previsto.». A questo riguardo, l'Autrice richiama poi A. SOMMA, *Some like it soft. Soft-law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*; B. PASTORE, *Il soft-law nella teoria delle fonti*; R. VOLANTE, *Il soft-law come norma di diritto privato*. Un tentativo di definizione, tutti in A. SOMMA (a cura di), *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. Sulla generale transitorietà delle fonti nell'era della post-modernità v., poi, M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 2016; ID., *Diritto amministrativo e postmodernità* in R.E. KOSTORIS, *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016.

Le *linee guida* possono essere espressione di questa tendenza, specie se si consideri che l'estrema genericità di tale espressione sia in grado di evocare un ottimo contenitore entro cui poter ricomprendere atti privi di precisa identità.

La diffusione di atti variamente idonei a bypassare le regole a presidio della normazione secondaria è, forse, un dato che dovrebbe indurre a riflettere sulla possibile inadeguatezza del sistema delle fonti a fornire delle risposte rapide a problemi che necessitano di essere affrontati e risolti in tempi brevi.

Al netto di questo, resta, tuttavia, indubbio che una qualunque esigenza di flessibilizzazione del meccanismo di produzione delle regole, a prescindere dalla sua fondatezza, non deve potersi tradurre in un libero e fattuale esercizio del potere normativo: quand'anche la flessibilizzazione possa rappresentare una soluzione ai problemi di governo della complessità, è evidente che il controllo della stessa non possa avvenire senza che sia predisposto un efficiente sistema di limiti.

Facendo leva sulla flessibilità, un poco presidiato esercizio di normazione potrebbe, infatti, tradursi in un *vulnus* di non poco conto su tutta una serie di principi che compongono la basilare struttura costituzionale del nostro sistema.

In primo luogo, l'incertezza relativa al regime giuridico applicabile agli strumenti flessibili rende questi ultimi oggetti giuridici mutevoli, senza che sia possibile stabilire, *ex ante*, se essi dettino regole alle quali ci si debba attenere e se ad essi debba essere applicato il regime delle fonti o quello degli atti amministrativi.

In secondo luogo, la spinta flessibilizzante (e l'apertura alle integrazioni della tecnica) dovrebbe presupporre il serio vaglio delle ragioni per le quali si debba ritenere che un determinato settore possa rifarsi alle norme tecniche, in quanto la principale conseguenza che si avrebbe nel caso in cui una tale verifica non venga compiuta consisterebbe nel distorcere l'esercizio della potestà normativa.

In terzo luogo, la fondata o presunta esigenza di introdurre, entro un sistema, strumenti nuovi e, quindi, flessibili non può ritenersi sufficiente a fondarne la produzione, essendo, infatti, necessario che l'adozione di questi strumenti si giustifichi, oltre che in base all'elevato tasso tecnico della regolamentazione da adottarsi, anche in virtù di un'investitura del potere.

In caso contrario, la flessibilizzazione andrebbe, infatti, a detrimento della legalità, producendo un conflitto con i principi ordinamentali che deve ritenersi grave almeno tanto quanto quello a danno della certezza del diritto.

La composizione con il principio di legalità non è, peraltro, difficoltosa come possa sembrare, in quanto le varie matrici che si ammette possano comporne il significato consentono di mitigare le criticità derivanti da un'assenza di predeterminazione con il recupero delle garanzie su altri piani¹²⁴.

Per quanto, infatti, le trasformazioni della società possano porre sotto stress la tenuta di alcuni principi dell'ordinamento e di alcune delle regole che presidiano il funzionamento del sistema, resta evidente che la via del bilanciamento sia l'unica percorribile in caso di interessi apprezzabili e che la complessità derivante dalla novità dei problemi non possa, comunque, giustificare il sacrificio di basilari esigenze di garanzia.

13. Considerazioni conclusive

Avviando l'analisi dalle possibili prime comparizioni della locuzione *linee guida* entro l'ordinamento giuridico italiano, si è avuto modo di constatare, in primo luogo, una fioritura del suo impiego nell'ambito medico-sanitario.

La rassegna dei primi luoghi in cui si faccia menzione delle *linee guida* sembra, infatti, andare di pari passo con l'adozione di decreti ed atti relativi alla riorganizzazione delle strutture sanitarie o alla pratica clinica.

L'ambito di riferimento delle prime linee guida italiane, in uno con la declinazione di alcune loro possibili caratteristiche, consente di argomentare che le stesse si siano ispirate, almeno nelle loro prime manifestazioni, alle *guidelines* di ambito sanitario, statunitensi: un modello diffusosi, in breve tempo, in moltissimi settori ed aree di interesse, oltre che in tutto il mondo.

Una volta tracciata la possibile derivazione delle *linee guida* italiane dal contesto statunitense, posti i doverosi distinguo che dipendono dalla diversità del sistema di elaborazione rispetto al sistema di adozione, si è cercato di individuare

¹²⁴ P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit.

alcune delle possibili ragioni per le quali si faccia ricorso al supposto modello delle linee guida, oltre che alcuni dei terreni di fioritura di indicazioni di questo tipo.

Per tale ragione, una volta evidenziata la loro possibile utilità a fornire agili indicazioni di carattere tecnico, si è concluso per la loro difficoltosa componibilità con i principi giuridici.

Una constatazione di questo tipo sembra, peraltro, necessitata laddove la trasposizione del modello *per linee guida* dal piano strettamente medico ad altri settori sembri ingenerare molti più problemi di quanti essa possa risolvere.

Nel corso del prossimo capitolo si cercherà di declinare tutti gli aspetti problematici derivanti dall'impiego delle linee guida giuridiche e di indagare il loro atteggiarsi ad ormai consolidato istituto del diritto.

CAPITOLO II

La giuridicità delle linee guida

1. La giuridicità delle linee guida: un'introduzione

Nel corso della presente parte del lavoro si cercherà di avviare una riflessione sulla sostenibilità categoriale del modello considerato, mettendolo in relazione con esperienze e costruzioni giuridiche già ampiamente stratificatesi nel corso del tempo.

A questo scopo, una delle questioni che si ritiene qui utile indagare è quella che si interroghi in ordine alla riconducibilità delle *linee guida* (o di almeno alcune di esse) al carattere della *giuridicità* e alle elaborazioni sul concetto di *istituto giuridico*.

Avendo riguardo al primo dei due elementi, si è soliti affermare che la *giuridicità* debba essere intesa come il carattere dell'appartenenza ad *atti* od a *rapporti* regolati dal diritto *con norme obbligatorie*¹. A ben intendere, il requisito della giuridicità ricorrerebbe, quindi, ogni qualvolta un *atto* od un *rapporto* siano riguardati da una disciplina e quindi resi oggetto di disposizioni dotate di obbligatorietà.

Secondo un'impostazione di questo tipo, sembrerebbe che almeno alcuni dei documenti recanti, nel proprio titolo, l'etichetta *linee guida* non possano ritenersi *appartenenti al diritto* (e siano, quindi, sprovvisti di giuridicità), in quanto *non* riferibili ad *atti* o a *rapporti* regolati da norme obbligatorie: il riferimento corre, naturalmente, a tutte quelle *linee guida* che *non* celino dietro questa etichetta la natura propria delle *fonti* (come accade per le *linee guida ministeriali* di Anac, per cui v. *infra*) o degli *atti amministrativi generali* (come si ha, ad esempio, rispetto alle

¹ La definizione di *giuridicità* è tratta dal *Dizionario dell'Enciclopedia Treccani*, disponibile all'indirizzo: <http://www.treccani.it/vocabolario/giuridicita/> (ultima consultazione d.d. 18 gennaio 2010). Sulla formazione del diritto e sul carattere della giuridicità, cfr. P.F. SAVONA, *In limine juris. La genesi extra ordinem della giuridicità e il sentimento del diritto*, Napoli, 2005; F. OLGATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, 1943. La parola *giuridicità* sembra essere usata con una diversa accezione in G. BERTI, *La giuridicità pubblica e la riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione*, in *Jus. Rivista di Scienze giuridiche*, 2, 2002. Nell'opera citata, l'Autore esprime in termini di *nuova giuridicità* il riparto di competenze disegnato alla Riforma del Titolo V, attribuendogli la propensione ad innovare il sistema costituzionale e l'assetto del funzionamento statale.

linee guida vincolanti di Anac, ritenute atti di regolazione). Queste ultime sono, infatti, da ritenersi sicuramente giuridiche, in quanto riferibili ad atti (*normativi* od *amministrativi*) che sono sicuro oggetto di disposizioni obbligatorie.

Aldilà di questi casi, esistono, però, molte *linee guida* che *non* sono munite di alcuna veste giuridica formale e un'impostazione come quella appena descritta ne imporrebbe l'esclusione dal diritto, in quanto le stesse devono ritenersi immancabilmente sprovviste di un regime giuridico (o, se si vuole di una *disciplina*) di riferimento. Anzi, a ben guardare, l'adozione di una prospettiva di questo tipo dovrebbe escludere dall'area del giuridico anche tutti quegli atti che *non* rechino espressamente il carattere dell'obbligatorietà (o, in altre parole, il *soft-law*²).

Rinviando per un attimo la questione della giuridicità degli atti *soft-law*, sembra qui il caso di anticipare che anche gli strumenti sprovvisti di vincolatività si stiano progressivamente ricavando un ruolo nei processi di formazione delle norme giuridiche, quantomeno dal punto di vista del loro incidere sull'interpretazione.

Ma aldilà di questa innegabile attitudine, il tenore della più convenzionale e diffusa definizione di *giuridicità* imporrebbe di concludere che alcune *linee guida* (e, forse, la maggior parte di esse) *non* siano munite del carattere della giuridicità, in quanto corpi di indicazioni che *non* si riferiscono ad *atti* o a *rapporti* regolati da norme giuridiche (che, sempre per definizione, sarebbero sempre obbligatorie).

Ad oggi, gli autori che valorizzano l'importanza delle funzioni svolte dalle linee guida e, più in generale, dagli atti di *soft-law*, affermano che questi strumenti possano avere un'influenza sull'interpretazione sul consolidamento delle norme cogenti³ al punto che si debbano ritenere come dotate di una precettività *mediata*,

² In questo senso, uno dei maggiori assertori della necessità di distinguere in modo chiaro cogenza e *soft-law* è R. Bin. Al riguardo cfr. R. BIN, *Soft-law no law*, in A. SOMMA, *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. Tra gli altri, questa impostazione sarebbe rinvenibile anche in F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973. In senso contrario v., invece, B. BOSCHETTI, *Soft-law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2016. Il collegamento tra normatività e giuridicità è, poi, un dato insopprimibile in H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1970. Al riguardo v. anche le considerazioni espresse in I. HACHEZ, *Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft-law"*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010; B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft-law en droit public français*, Tolosa, 2011

³ In questo senso, v., ancora R. BIN, *Soft-law no law*, cit., in cui l'Autore, dopo aver escluso la giuridicità del *soft-law*, sottolinea la praticabilità di un suo ruolo per il momento dell'interpretazione delle disposizioni. Per un riscontro particolarmente significativo, cfr. p. 6, dove si legge: «Il *soft-law*, per definizione, non c'entra con le "fonti del diritto", ossia con l'*hard law*. Può entrare invece nel

potenziale o, per usare un'espressione già praticata, di una *prescrittività ad intensità ridotta*⁴. In prosieguo sarà approfondito anche questo approccio.

2. Linee guida come istituto giuridico

Una volta accennato il legame che le *linee guida* contenute in atti *non formalmente vincolanti* possano avere con l'interpretazione delle fonti, sembra ora il caso di chiedersi se l'ipotetica appartenenza delle *linee guida* al diritto ammetta di essere ricostruita nei termini dell'*istituto giuridico*. In altre parole, il quesito sul quale si cercherà di riflettere di qui a poco verterà sulla configurabilità del modello delle *linee guida* quale istituto giuridico. In tal senso, una risposta di tenore affermativo rivelerebbe che l'espressione *linee guida* possa alludere ad un presidio giuridico autonomo e definito, sia dal punto di vista concettuale che linguistico.

Affinché una conclusione del genere sia praticabile, è tuttavia necessario puntualizzare cosa si intenda con l'espressione *istituto giuridico*, in modo da poter verificare la sovrapponibilità di questa nozione con ciò attualmente è possibile predicare con riguardo alle *linee guida*.

Un breve esame condotto su alcuni insegnamenti tradizionali mostrerebbe che si possa parlare di *istituto giuridico* come di *un complesso di norme giuridiche relative a rapporti tra loro connessi*⁵. In base ad una definizione di questo tipo, la

processo di interpretazione per profili diversi» e p. 9, dove si legge: «I documenti di soft-law possono però rilevare nell'interpretazione (...)».

⁴ L'espressione si ritrova in G. BERTI, *La giuridicità pubblica e la riforma del Titolo V*, cit., p. 156. L'idea di una precettività mediata è espressa, in altri termini, da E. MOSTACCI, *La soft-law nel sistema delle fonti*, cit., p. 23, dove l'Autore contesta la ricostruzione di chi neghi in via assoluta ogni valore giuridico alle norme contenute negli atti di soft-law.

⁵ In questo senso A.C. JEMOLO, *Istituto giuridico*, in *Enciclopedia italiana*, 1933. Per fornire questa definizione, l'A. richiama, a sua volta, l'opera di B. Windscheid e N. Coviello. In tema cfr., oltre a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Dusseldorf, 1867, anche W. BOENTE, *Nebeneinander und Einheit in Bürgerlichen Recht*, Heidelberg, 2013, il quale, descrivendo l'opera di Windscheid, afferma che, l'istituto giuridico era considerato per l'enfasi con la quale Savigny lo aveva descritto parlando del rapporto giuridico. Tuttavia, oltre alla considerazione del rapporto giuridico ricostruito estrapolandolo da una concreta situazione della vita, W. non teneva in grande considerazione la teoria degli istituti giuridici, considerandone solo alcuni aspetti. Avendo, invece, riguardo all'opera di N. Coviello, cfr., per tutti, N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Roma-Milano-Napoli, 1910. Per una rassegna sufficientemente completa sulla bibliografia dell'autore v., invece, A. ASCOLI, *Nicola Coviello*, in *Rivista di Diritto civile*, V, 1913. La ricostruzione dell'istituto giuridico in stretta correlazione con l'esistenza di norme imperative che ne regolino il funzionamento sembra fortemente debitrice, tra le altre, delle teorie di N. M. Kornukov, per cui v. su tutto, N. M. KORNUKOV, *General Theory of Law*, Cornell, 1909.

nozione di istituto giuridico sarebbe, dunque, integrata *solo* nel caso in cui sia possibile rintracciare un complesso di *norme*, atto a regolare un certo fenomeno.

Accettare questa prospettazione significherebbe, tuttavia, affermare qualcosa di simile a ciò che si è detto con riguardo alla giuridicità. Anche in questo caso sembrerebbe, infatti, impossibile considerare istituti giuridici le *linee guida* che *non* siano state trasfuse in atti formali: le *linee guida-atti non formali* non esprimono, infatti, norme, né complessi di esse.

Una considerazione di questo tipo sembrerebbe, inoltre, rafforzata dal fatto che la più tradizionale nozione di *norma giuridica* vorrebbe che tale sia solo il precetto che regoli in modo assolutamente obbligatorio l'operare umano⁶.

Considerando, poi, altre definizioni relative alla categoria dell'istituto giuridico, i problemi di coordinamento con le *linee guida* non sembrano diminuire.

Secondo un'altra autorevole ricostruzione, l'istituto giuridico sarebbe, infatti, dato da *un'unione organica delle norme e dei principi che regolano un fenomeno sociale: un'unione non artificiale e aprioristica, ma determinata dalla natura e dai fini di quello*⁷. A ben intendere, un istituto giuridico sarebbe così configurabile solo qualora l'oggetto di indagine considerato possedesse un corpo di *norme* di riferimento.

Per tale ragione, una *legge formale*, e, più in generale, ogni *fonte* del nostro ordinamento, dovrebbe essere ritenuta un istituto giuridico in quanto esista, per ciascuna di esse, una trama di norme formali che consenta di ascriverla ad un determinato regime di riferimento (o, se si preferisce, ad una certa disciplina)⁸.

⁶ Al riguardo v., per tutti, R. LUCIFREDI, *Elementi di Diritto pubblico. Premessa una parte introduttiva «Principii generali del Diritto»*, XXXVI ed., Roma, 1983.

⁷ In questo senso P. De Francisci, per come richiamato da A.C. JEMOLO, *L'istituto giuridico*, cit. Per una disamina delle opere dell'Autore così richiamato, cfr., *ex multis*, P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica*, in *Rivista italiana di sociologia*, XX, 1916. In tema cfr. anche E. R. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, II, Gotha, 1877; ID., *Juristische Prinzipienlehre*, I, Friburgo in Brisgovia, 1894; E. FINZI, *Le teorie degli istituti giuridici*, in *Rivista critica di scienze sociali*, 1914; E. BETTI, *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, XXXIX, 1931.

⁸ Per esigenze di completezza, si intende precisare che la categoria dell'istituto giuridico sia stata usata, prevalentemente, per alludere a situazioni ricorrenti per le quali si sia venuto a stratificare, nel corso del tempo, un complesso di norme. Secondo alcune prospettazioni classiche, tipici istituti giuridici sono, ad esempio: la proprietà, il possesso, il matrimonio. Sulla differenza che intercorrerebbe, invece, tra *istituto* ed *istituzione* e sulle criticità di una differenziazione categoriale tra i due elementi cfr. W. CESARINI SFORZA, *Principii filosofici di una nuova teoria del diritto*, Pistoia, 1911; ID., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Parma, 1913 e J. RAY, *Essai sur la structure logique du code civil français*, Parigi, 1926.

L'applicazione di questo schema risulta, tuttavia, problematica se riferita alle *linee guida*, in quanto la mancata codificazione di elementi ad esse ascrivibili impedisce di perfezionare il ragionamento svoltosi per le fonti.

In altre parole, l'assenza di fonti che definiscano *quando* sia possibile parlare di *linee guida* sembrerebbe rivelarci che, almeno per il momento, non sia ammissibile descrivere le *linee guida* nei termini di istituto giuridico.

Di qui due considerazioni, l'una alternativa all'altra: il fatto che *non* vi siano norme che conferiscano uno *statuto* alle linee guida (e che non sia, dunque, possibile rintracciare un *complesso* normativo che faccia loro riferimento) potrebbe significare: che non si sia ancora giunti a regolare l'istituto (ma che ciò possa avvenire in futuro); che l'istituto non si sia ancora formato (e mai si formerà) perché la locuzione *linee guida* sembra essere usata proprio quando si voglia rifuggire dall'individuare qualcosa che sia giuridicamente *istituito* e determinato.

Superando, però, la relazione tra *istituto giuridico* ed esistenza di una disciplina normativa di riferimento, altre definizioni rintracciano l'istituto giuridico in un complesso di *rapporti* anziché in un complesso di *norme*⁹.

Più precisamente, altri autori hanno collegato la nozione di istituto giuridico all'esistenza di rapporti giuridici *ricondotti ad unità da elementi strutturali e finalistici*. Se ne ricava che un'impostazione di questo tipo, proprio in quanto sviluppata anche a prescindere dall'esistenza di corpi di norme di riferimento, ammetta una possibile ricostruzione delle *linee guida* in termini di istituto.

Affinché ciò sia definitivamente propugnabile è, però, necessario che la pratica assegni al modello elementi strutturali e finalistici più o meno certi.

Gli svolgimenti della prassi non sembrano, tuttavia, deporre in questo senso, almeno se si consideri che le *linee guida* variamente comparse entro l'ordinamento,

⁹ A questo riguardo cfr. C. LANZA, *De Francisci, Pietro*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 36, 1988, il quale, richiamando la teorizzazione svolta sull'istituto giuridico da De Francisci per come richiamata, a sua volta, da M. Brutti, afferma che l'istituto giuridico sarebbe stato, secondo quest'ultimo: «L'istituto giuridico era visto come un complesso di rapporti giuridici la cui unità è determinata dal fine e in cui si distinguono elementi di struttura ed elementi finali». Ad avviso dell'autore, l'impostazione di De Francisci rievocerebbe, poi, conclusioni già espresse da altre opere, tra cui: S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918 ed E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Monaco-Lipsia, 1913. Per una rassegna sulle opere di Brutti, cfr. M. BRUTTI, *Storiografia e critica del sistema pandettistico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, VIII, 1979; ID., *Ordinamento giuridico (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980;

anche a prescindere dal loro formale inserimento in fonti od atti, presentino caratteristiche che le rendano così mutevoli da non poter ragionare di comunanza di elementi strutturali e/o finalistici.

3. *Linee guida italiane: vari impieghi ed un dato di fondo*

L'analisi dei primi impieghi normativi della locuzione *linee guida* ha già evidenziato che il legislatore italiano si sia rifatto all'espressione in oggetto per nominare atti di diversa natura. In alcuni casi, il suo utilizzo è stato preferito all'impiego di dizioni classiche, mentre in altri è sembrato particolarmente espressivo del tentativo di assegnare una sfumatura di flessibilità alle indicazioni elaborate.

Prendendo le mosse da quanto è già stato detto, nel presente paragrafo si tenterà di rafforzare le conclusioni già raggiunte indagando la relazione tra *linee guida* ed *istituto giuridico* e di evidenziare, per quanto possibile, che la diversità strutturale e finalistica dei vari atti che circolano sotto l'etichetta *linee guida* sia tale da impedire che la stessa sia idonea a delineare una comune identità concettuale.

La breve disamina di alcuni esempi di *linee guida* consentirà, tuttavia, di argomentare che la pur innegabile varietà di impieghi dell'espressione possa ritenersi strumentale ad un comune obiettivo: quello di ampliare indirettamente ed implicitamente il complesso delle indicazioni disponibili.

A questo scopo, si cominci con il dire che, nel corso degli anni, l'impiego dell'espressione *linee guida* sia stato caratterizzato da una tale latitudine e varietà che risulti, oggi, impossibile razionalizzare efficacemente la sua comparizione nell'ordinamento giuridico. Come si è cercato di illustrare, la locuzione *linee guida* è stata, infatti, utilizzata per annunciare l'adozione di provvedimenti amministrativi emanabili, secondo i casi, previo *concerto*¹⁰ o previa *intesa*¹¹ di più amministrazioni. Allo stesso tempo, alcuni *decreti ministeriali*¹² hanno cominciato a recare, nel titolo

¹⁰ Una formula simile si ritrova nell'art. 4 del d.l. 20 giugno 1997, n. 175, per cui cfr. Cap. I, par. 2.

¹¹ Al riguardo v. l'art. 2 del decreto ministeriale del 31 luglio 1997 (Linee guida per la stipula di protocolli d'intesa università-regioni), già trattato nel Cap. I, par. 2.1.

¹² Questo è accaduto con i decreti del Ministero della Sanità del 31 luglio 1997, per cui v. Cap. I, par. 2.1.

ed anche nel testo, l'espressione *linee guida* e questo è accaduto, in alcuni casi, anche con riguardo ad alcuni atti astrattamente ritenibili *decreti interministeriali*¹³.

Tra le comparizioni che hanno suscitato le maggiori criticità devono, poi annoverarsi quelle contenute negli atti relativi alle nuove attribuzioni di poteri che hanno riguardato l'Autorità nazionale anticorruzione. In vista dell'attuazione del nuovo Codice dei contratti pubblici¹⁴, il legislatore italiano ha, infatti, attribuito all'Anac il potere di adottare *strumenti di regolazione flessibile anche dotati di efficacia vincolante*¹⁵: un eterogeneo complesso di atti nel quale rientrano molti documenti intitolati *linee guida* ed a cui gli interpreti non hanno ancora assegnato un unanime statuto classificatorio. Nel tentativo di risolvere i problemi interpretativi, il Consiglio di Stato¹⁶ ha precisato che gli strumenti vincolanti adottabili dall'Autorità dovrebbero assimilarsi agli *atti di regolazione* delle autorità amministrative indipendenti¹⁷. In questo senso, le *linee guida vincolanti* adottate dall'Autorità sarebbero atti amministrativi generali. Privilegiando, però, l'autorevole punto di vista di altri autori, alcuni di questi strumenti presenterebbero una formulazione e delle caratteristiche tali da poter essere ritenuti delle vere e proprie fonti di natura secondaria¹⁸.

¹³ Decreto interministeriale: Art. 6-bis, co. 1, del d.lgs. n. 229/1999, cfr. Cap. I, par. 3

¹⁴ Ci si riferisce al D.Lgs. n. 50/2016 del 18 aprile 2016 (*Codice dei contratti pubblici*);

¹⁵ A questo riguardo cfr. l'art. 1 della legge 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 - GU Serie Generale n.23 del 29-01-2016*), il quale, al co. 1, lett. t), dispone, in favore dell'Autorità nazionale anticorruzione, l'attribuzione: «(...) di più ampie funzioni 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 poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa»;

¹⁶ Cfr., al riguardo, Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767;

¹⁷ Cfr. il punto 4, dove si legge: «Le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC, come questo Consiglio ha già avuto modo di chiarire con il parere sopra citato, non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare.»

¹⁸ In tema, v., su tutti, M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti?*, cit.; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016; G.

Indipendentemente dalla posizione che si voglia assumere, una dicotomia di questo tipo introduce elementi di incertezza non affatto trascurabili ed è difficilmente tollerabile in termini di legittimità e certezza del diritto¹⁹, ma, tralasciando le *linee guida* dell'anticorruzione (per cui v. *infra*), deve segnalarsi che anche altre amministrazioni indipendenti producano, oggi, atti con l'etichetta *linee guida*.

Esemplificando, quanto affermato è sicuramente vero per l'Autorità *antitrust*²⁰ e per il *Garante della protezione dei dati personali*²¹. Nel corso del tempo, entrambe le autorità si sono, infatti, dotate di *linee guida* per perseguire i propri fini istituzionali.

Anche in questo caso, la puntualità di alcune previsioni e il tenore imperativo di alcuni passaggi lascerebbero ritenere che si possa trattare di atti amministrativi generali (se non, addirittura, di fonti secondarie). In modo speculare alle *linee guida* a vocazione precettiva, esistono, però, anche altre *linee guida* che si sostanziano o in atti adottati dalle amministrazioni indipendenti con valore apparentemente

MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2016. In senso contrario I.A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016; I. MAZZEO – L. DE PAULI, *Le linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2018; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016; ID., *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2015.

¹⁹ Sul collegamento tra *linee guida* dell'Anac e problemi legati alla certezza del diritto si consenta di richiamare V. DESANTIS, *L'incerto statuto delle linee guida dell'Anac*, in fase di pubblicazione.

²⁰ Con riguardo alle *linee guida* adottate dall'Autorità *antitrust* v. le *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*, adottate con Delibera AGCM del 22 ottobre 2014, n. 25152, disponibili all'indirizzo <https://www.agcm.it/chi-siamo/normativa/dettaglio?id=cbb9e335-a9ca-4efb-97ac-71dbd831c491&parent=Concorrenza&parentUrl=/chi-siamo/normativa/index> (ultima consultazione d.d. 21 gennaio 2020). In tema cfr. F. GHEZZI – G.D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cura*, disponibile agli indirizzi: <https://ssrn.com/abstract=2675716>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2675716>

²¹ V. ad esempio le *Linee guida in materia di trattamento dei dati personali, contenuti anche in documenti amministrativi, effettuato per finalità pubbliche e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati*, approvato dall'Autorità il 15 maggio 2014 con delibera n. 243 e disponibili all'indirizzo <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3134436#linee> (ultima consultazione d.d. 21 gennaio 2020), dove è data, peraltro, menzione dell'avvenuta pubblicazione in Gazzetta ufficiale.

esplicativo, con valore di ausilio alla prassi o all'interpretazione²²; o in scritti strutturalmente inidonei ad esercitare una qualche influenza sugli interpreti²³.

Così, a fronte dell'innegabile diversità tra le varie e possibili famiglie di *linee guida*, le uniche possibili considerazioni d'insieme su questo fenomeno sembrerebbero quelle che si appuntino sul loro proliferare e sul motivo per cui atti così diversi siano indicati con lo stesso nome. Ad avviso di chi scrive, il ricorso all'espressione esaminata può ritenersi sintomatico di un intendimento comune: più di preciso, tutte le *linee guida* introdotte nell'ordinamento giuridico possono dirsi accomunate dall'intento di ampliare in modo atipico il novero delle indicazioni disponibili per coloro che siano chiamati ad operare in determinati settori di riferimento.

Ogni atto recante l'espressione *linee guida*, ancor prima di postulare una più o meno intensa (e dubbia) doverosità d'adesione, consiste, in ogni caso, in un complesso di indicazioni ad ausilio dell'interpretazione che, per il solo fatto di essere considerato dagli interpreti, ha l'obiettivo di influire sulla prassi o sulla soluzione di casi concreti.

Quando il condizionamento interpretativo avviene, però, sulla scorta di istruzioni flessibili che sono molto puntuali o si giustifica in ragione della particolare qualificazione ed influenza degli organi che le abbiano elaborate e/o adottate, gli strumenti considerati cessano di essere un mero ed eventuale ausilio interpretativo

²² Avendo riguardo alle prime, si può leggere, ad esempio, che l'Autorità *accerti* le infrazioni, disponendo l'applicazione di sanzioni amministrative (1); che, nell'esercizio del potere di irrogare sanzioni pecuniarie, l'Autorità *disponga* di un ampio margine di discrezionalità (2); che l'importo di base della sanzione *si ottiene* operando alcuni calcoli (7); che, affinché una sanzione abbia un'effettiva capacità deterrente, è necessario che essa non sia inferiore ai vantaggi che l'impresa si attende di ricavare dalla violazione (8); che, nel valutare la gravità della violazione, l'Autorità *terrà conto* in primo luogo della natura dell'infrazione. Le espressioni richiamate sono solo alcune di quelle che è possibile rinvenire nel testo delle *linee guida* menzionate. L'osservazione complessiva del testo esaminato sembra rivelare che l'Autorità abbia voluto trasporre in un testo unitario alcune delle regole del proprio operare istituzionale (in una sorta di esercizio di *auto-regolazione*). Avendo, invece, riguardo alle *linee guida* adottate dal Garante della privacy, è possibile notare come il testo del documento sia redatto tenendo in estrema considerazione il disposto di alcune fonti in tema di trasparenza. Il collegamento appena descritto è richiamato così frequentemente da far sembrare che l'elaborazione delle *linee guida* sia stata determinata dalla volontà di fornire delle indicazioni di corredo a quanto fosse già enunciato dalle fonti ufficiali.

²³ Trattasi delle *linee guida* assolutamente sprovviste di esercitare condizionamenti interpretativi, in quanto meramente esplicative di concetti o illustrative di procedure.

assomigliando di più a delle fonti del diritto elaborate in modo atipico e non garantito.

In altre parole, il profluvio di *linee guida* che interessa la nostra epoca giuridica potrebbe ritenersi espressivo di una tendenza all'innovazione del sistema delle fonti che trovi realizzazione con l'introduzione surrettizia di nuove regole.

4. *Linee guida italiane tra moral suasion e law making*

Un rischio come quello evidenziato sembra confermato da alcune sporadiche pronunce della giurisprudenza con riguardo ad alcuni atti sprovvisti di preciso statuto.

In una sua recente pronuncia, il Consiglio di Stato, trovandosi a giudicare del possibile effetto conformativo di alcune *linee guida* contenute in un documento (recante la dizione *regolamento*, ma sprovvisto dei caratteri della fonte secondaria) ha, dapprima, affermato la *non-vincolatività* formale di una delibera adottata da un'autorità amministrativa²⁴, salvo poi precisare che le *linee guida* in essa contenute dovessero intendersi come *sostanzialmente* obbligatorie in quanto canoni di comportamento flessibili (di *droit souple*), oltre che *vincolanti secondo una logica di coerenza*, anziché *di conformità*²⁵.

Uno dei passaggi della sentenza si è, inoltre, spinto ad affermare che il rispetto dei canoni contenuti nel documento sarebbe stato *imposto* da una valutazione della situazione complessiva, in quanto: la mancata adesione alle indicazioni della delibera avrebbe implicato il potenziale coinvolgimento di una intera comunità; la delibera mirava al raggiungimento di finalità pubbliche.

Sulla scorta di questa argomentazione, il Giudice amministrativo ha perciò ritenuto di dover ammettere «un superamento del *continuum* gerarchico delle fonti

²⁴ Cfr. par. 4.1.1., secondo periodo: «Non dura fatica la Sezione ad ammettere che la delibera ENAC n. 47/2011 non sia un "regolamento" vero e proprio, ancorché apporti una novella ad un atto così denominato per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti. In realtà si tratta d'un complesso di regole tecniche o su funzionamento degli aeroporti e la disciplina del volo, nonché di linee-guida d'indirizzo a tutti gli attori istituzionali che devono realizzare la sicurezza nella e dalla navigazione aerea.»

²⁵ Il caso è richiamato da B. BOSCHETTI, *Soft-law e normatività: un'analisi comparata*, cit. è Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 6 aprile 2016, n. 1360.

normative²⁶» e di poter consentire l'ingresso di *standard qualificati* nell'ordinamento, anche perché riproduttivi di indicazioni contenute in strumenti internazionali²⁷.

L'esame dell'esempio appena citato mostra chiaramente che se ammettessimo questo percorso interpretativo in via generale, potremmo avere che la *vincolatività di canoni* asseritamente *oggettivi*, specie se ricavati sulla falsariga di strumenti internazionali, sia ricavata anche in base a valutazioni *fattuali*; prescindendo dalle esigenze di inquadramento dogmatico degli atti che li contengano (in questo caso si trattava di una *delibera* contenente *linee guida*)²⁸; riconoscendo ad un'autorità amministrativa l'implicito potere di *normare* il caso concreto²⁹; lasciando inadempiti (com'è, tra l'altro, accaduto nel caso di specie) eventuali obblighi di coinvolgimento di altri organismi. sebbene previsti dalla normativa relativa alla formazione dell'atto³⁰. In sintesi, un'ipotesi ricostruttiva di questo genere ammetterebbe che sia possibile predicare la *vincolatività fattuale* di uno strumento

²⁶ Per un riscontro testuale cfr. l'ult. periodo del già citato par. 4.1.1., dove si legge: «È evidente che, in tal materia, la pluralità di soggetti e degli interessi coinvolti contemporaneamente, non può essere risolta mediante un mero continuum gerarchico di fonti normative sottordinate le une alle altre, ma va gestita attraverso un potere normativo diffuso, tecnico e giuridico insieme, talvolta con il *droit souple* che, ove occorra ed a certe condizioni, può trasformarsi in *droit dur*»

²⁷ Al riguardo si dice, ad esempio, che l'ENAC, in base al Codice della navigazione ed alle regole internazionali sul traffico aereo, disponga, al riguardo: «*linee-guida che sono in continuo divenire, nel tempo e nel contenuto, indicando ai Comuni aeroportuali gli obiettivi minimi inderogabili e quelli adattabili alle singole realtà locali (...). Sicché, a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, tali linee-guida assumono comunque la valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori di settore, la cui violazione integra un'ipotesi di negligenza, tanto più grave quando sono implicate esigenze di tutela dell'incolumità collettiva.*»

²⁸ V. nota n. 138.

²⁹ V. nota n. 137.

³⁰ Uno dei motivi con i quali l'amministrazione resistente (nella fattispecie, un Comune sardo) chiedevano la conferma del giudizio di primo grado risiedeva, infatti, nella circostanza secondo cui la delibera adottata dall'Enac dovesse ritenersi illegittima in quanto adottata senza che si fosse consentito al Comune di partecipare alla decisione. Per un riscontro testuale v. par. 3, secondo periodo, dove si legge: «*Resiste in giudizio il Comune di Elmas, il quale anzitutto fa riemergere gli assorbiti motivi di primo grado, il IV (omessa partecipazione procedimentale, violazione del documento di policy 2010 per l'attuazione dell'art. 715 del Codice della navigazione e contraddittorietà); (...)*». Per un riscontro sulle argomentazioni impiegate dal Collegio per superare la censura di illegittimità per omessa partecipazione procedimentale, v., invece, l'esordio del già citato par. 4.1.1., dove si legge: «*Infatti, che vi sia stata interlocuzione tra ENAC e l'ANCAI – l'Associazione nazionale dei Comuni aeroportuali italiani, n.d.r. – non sembra dubbio, ma essa non significa punto che osservazioni o desideri di tal Associazione dei Comuni aeroportuali si possano sostanziare in una sorta di codecisione ripartita tra essa e l'Autorità aeronautica, che è invece regolatrice tecnica del settore*». In questo senso, il Giudice d'appello sembra dire che l'assenza di un potere di sostanziale codecisione non inciderebbe sulla legittimità dell'atto.

espressamente non cogente, sebbene in termini di qualificata eccezione: una conclusione preoccupante.

In aggiunta, l'evoluzione giurisprudenziale sembra aver offerto altri casi in cui strumenti di questo tipo siano stati ritenuti suscettibili di esplicare effetti considerevoli. Uno studio condotto a partire da un recente caso giurisprudenziale³¹ poi approdato in Corte costituzionale³², ha, infatti evidenziato che alcune *linee guida* dell'Autorità nazionale anticorruzione, anche se espressamente classificate come *non vincolanti*, siano state riguardate da un intervento in autotutela³³ della stessa Autorità. Questa circostanza costituirebbe una spia del fatto che l'Autorità sia perfettamente consapevole del fatto che anche certi suoi atti formalmente *non vincolanti* siano, in realtà, capaci di esprimere una possibile cogenza fattuale. Conducendo un'analisi su quest'ultima vicenda, uno studio degli effetti delle delibere dell'Anac ha evidenziato che altri due atti espressamente sprovvisti di efficacia vincolante³⁴ possano essere stati capaci di esprimere un così alto tasso di *moral suasion* da condizionare e, forse, addirittura indurre la declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni cui le viste *linee guida* davano attuazione³⁵.

I casi appena considerati mostrano, dunque, una possibile commistione di indicazioni di *hard* e *soft-law*, restituendo l'impressione che la crescente considerazione dei nuovi strumenti flessibili possa ritagliare uno spazio di normatività persino per gli atti di *soft-law* (che, alle volte, potrebbero essere delle *linee guida*).

L'uso delle *linee guida* o di strumenti ad esse assimilabili non dovrebbe, tuttavia, stravolgere il funzionamento del sistema delle fonti, in quanto ogni atto che rechi un'etichetta di questo tipo dovrebbe ricondursi a schemi già battuti ed essere regolato secondo la disciplina dell'istituto cui sostanzialisticamente appartenga.

³¹ Per un commento alla pronuncia, cfr. M.E. BUCALO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. Autorità indipendenti, soft-law e giudizio di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019.

³² La sentenza in oggetto è Corte costituzionale, sent. n. 20/2019.

³³ Questo è accaduto con riguardo alle *linee guida*

³⁴ Ci si riferisce all'atto di segnalazione di ANAC n. 6 del 20 dicembre 2017 ed alla nota congiunta dei Presidenti di ANAC e del Garante per la protezione dei dati personali del 30 ottobre 2014, indirizzata al Ministro per semplificazione e la pubblica amministrazione. Il primo dei due atti è espressamente richiamato al punto 5.3.2 della parte *Considerato in diritto*. Il secondo dei due atti sembra, invece, emergere quando, al punto 5.3.1, la Corte pare richiamarne il contenuto.

³⁵ L'espressione è da intendersi in senso atecnico.

Eppure, il condizionamento interpretativo dei nuovi atti flessibili sembra tale da consentire che le indicazioni contenute in atti innominati possano rifluire dalla zona franca nella quale dovrebbero trovarsi per invadere il piano della cogenza.

In questo senso, qualora il riconoscimento giudiziale di tale nuova valenza atipica trovasse conferma in altri pronunciamenti, si potrebbe ragionare di un ulteriore dato comune del modello delle linee guida e degli atti ad esse assimilabili: quello di partecipare ad un *soft-law* che, pur essendo composto da atti indeterminati e sprovvisti di formale cogenza, possa trovare un riconoscimento fattuale entro l'ordinamento e trasbordare più o meno implicitamente sul piano delle fonti del diritto.

5. Esempi di impieghi delle guidelines nei sistemi di common law

Una rapida indagine sul sistema delle fonti dei sistemi di *common law* sembrerebbe rivelare che nemmeno gli ordinamenti di questa tradizione ammettano che si possa parlare di *guidelines* in termini di fonti del diritto³⁶.

Quanto si va affermando sembrerebbe sufficientemente sostenibile almeno con riguardo ai due più tradizionali sistemi di *common law*: quello del Regno Unito e quello statunitense. Nessuna delle principali ricostruzioni sul sistema delle fonti dei due Paesi sembrerebbe, infatti, annoverare le *guidelines* tra le fonti ordinamentali.

Eppure, la diversa struttura degli ordinamenti che condividono la tradizione di *common law* sembra tale da conferire alle *guidelines* e, più in generale, alle indicazioni di *soft-law* una consistente attitudine a penetrare il sistema delle fonti.

Nel corso dei prossimi paragrafi si cercherà di esplicitare quanto si è appena detto, prendendo rapidamente in considerazione i due sistemi sopra richiamati.

A questo scopo, si procederà ad una rapidissima ricostruzione del sistema delle fonti dei due Paesi, salvo poi descrivere l'attitudine con la quale il *soft-law* sembrerebbe poter influire sull'individuazione delle regole cogenti.

³⁶ Al riguardo v., ad esempio, F. VIOLA, *Il «Rule of Law» e il concetto di diritto*, in *Ragion pratica*, 2008.

5.1. Impieghi delle guidelines nel sistema statunitense

Nel sistema federale statunitense, la circolazione di atti recanti l'etichetta *guidelines* è certamente evidente e significativa.

La varietà di documenti riconducibili a questo modello scongiurerebbe di giungere a conclusioni generalistiche sull'inattitudine delle *guidelines* ad appartenere, in qualche modo, al sistema delle fonti, essendo astrattamente possibile che alcuni atti recanti questa dizione possano essere provvisti di cogenza.

Una rapida indagine sulle più reperibili ricostruzioni in materia sembrerebbe, però, escludere che le *guidelines* statunitensi possano essere ascritte al sistema delle fonti. Ed in effetti, una delle poche disamine che si preoccupa di classificare le *guidelines* entro il sistema delle fonti, relega questo tipo di atti allo stesso livello delle *instructions* e delle *policies*, in un cioè ambito esterno all'*enforceability*³⁷.

Per tale ragione, se quanto ricostruito può ritenersi corretto, le indicazioni contenute nelle *guidelines* non dovrebbero essere ritenute delle fonti nemmeno entro il sistema statunitense, con la conseguenza che le stesse possano assurgere al rango di norme giuridiche con efficacia *erga omnes* solo nell'astratto caso in cui siano trasfuse in modo pieno in un testo normativo o nel principio di diritto espresso da una sentenza con valore di precedente vincolante.

Tuttavia, l'indagine sui possibili collegamenti tra il potere di *law making* e l'adozione di *guidelines* sembrerebbe aver rivelato che i documenti muniti di questa etichetta possano comunque esercitare una vincolatività di fatto, almeno in certi casi.

Se si ha riguardo al tema della delega dei poteri normativi del Congresso³⁸ si può, infatti, notare che alcune volte siano proprio delle *guidelines* ad indicare i limiti che debbano regolare la devoluzione del potere³⁹.

³⁷ M. CLEGG – K. ELLENA – D. ENNIS – C. VICKERY, *The Hierarchy of Laws. Understanding and Implementing the Legal Frameworks that Govern Elections*, Arlington (USA), 2011

³⁸ In tema, una delle prime pronunce in materia è rappresentata dal caso *Wayman v. Southard*, 1835, alla quale ne è seguita un'altra particolarmente emblematica: quella che ha risolto il caso *United States v. Shreveport Grain & Elevator Co.*, 1932. In base alla dottrina della *non-delegation*, il Congresso non potrebbe delegare ad altri organismi dei poteri che siano *strictly and exclusively legislative*. L'espressione è stata mutuata dal testo dell'ultimo caso. In base, quindi, all'elaborazione successiva, oggi si tende a dire che la dottrina in oggetto consenta, tranne che per qualche sporadico caso, che la delega di potere normativo sia quasi sempre ritenuta ammissibile, purché si assoggetti a dei limiti. Nel tempo, altri *leading case* sull'ammissibilità della delega di poteri normativi sono stati i casi *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 1928 e *Mistretta v. United States*, 1989.

In base alla teoria della delegazione dei poteri, è, infatti, possibile che le autorità centrali possano rimettere ad alcune autorità amministrative la potestà di adottare regole vincolanti su di una determinata materia⁴⁰. L'esercizio del potere delegato è, naturalmente, condizionato al rispetto di limiti definiti *ex ante*⁴¹, ma, come si accennava, i documenti nei quali sono indicati i limiti all'esercizio del potere normativo circolano, alle volte, sotto il nome *guidelines*⁴².

Una circostanza di questo tipo risulta certamente singolare, in quanto il contenuto di tali atti e la funzione alla quale assolvono sembrerebbero sconsigliare che questi possano essere collocati al di fuori del tradizionale sistema delle fonti od essere, quantomeno, sprovvisti del già visto carattere dell'*enforceability*⁴³.

³⁹ Quanto detto sembrerebbe essere ravvisabile dalla lettura del già citato caso *Mistretta v. United States*, laddove la Corte federale degli Stati Uniti ha ritenuto legittima la delega di poteri che il Congresso aveva disposto in favore della *United States Sentencing Commission*, un'Agenzia indipendente del ramo giudiziario, per sviluppare e promulgare *linee guida* che vincolassero i giudici federali ad adottare determinati criteri decisionali e garantissero l'esercizio di discrezionalità decisionale al quale questi avrebbero dovuto dare luogo nell'irrogazione delle condanne. In questa circostanza si è, inoltre, affermato che, sebbene il Congresso sia onerato di dover fornire degli *standard* direttivi per la delega, l'autorità delegata sarebbe comunque risultata beneficiaria di una significativa discrezionalità e che la stessa sarebbe stata esercitabile persino rispetto alla formulazione di scelte di natura latamente politica («*The need to exercise judgement on matters of policy*»). In tema, v. D.A. DRIPPS - L.J. DUKE, *Delegation and Due Process*, 1988

⁴⁰ Per uno dei possibili riscontri sull'attualità e la diffusione di deleghe di potere normativo cfr. E. SCHLABS, *The Problem with Delegation*, in *The Regulation Review*, Dicembre, 2, 2015, dove si afferma: «*Congress often delegates legislative power to the executive branch, giving regulatory agencies like the U.S. Environmental Protection Agency or the Department of Homeland Security broad discretion in carrying out laws. Society depends on such delegation, because it depends on agencies to solve complex problems that Congress cannot address. Although delegation transfers power from the legislative to the executive branch of government, potentially undermining the constitutional separation of powers, judges frequently tolerate the practice because they assume that Congress will jealously guard its power from the executive*»

⁴¹ Il passaggio in oggetto riassume il profilo più importante della *Nondelegation Doctrine*, per cui cfr., tra gli altri, E.A. POSNER - A. VERMEULE, *Interring the Nondelegation Doctrine*, in *Chicago Unbound - Journal Articles*, 2002.

⁴² Con riguardo alla legislazione delegata del Regno Unito, il documento contenente i limiti all'esercizio del potere delegato viene, invece, espressamente definito quale atto del Parlamento. Per un riscontro, cfr. G. SLAPPER - D. KELLY, *The English Legal System*, 16^{ma} ed., Londra, 2015-2016, p. 95 e p. 116, dove, a proposito della *Enabling legislation* si legge, rispettivamente, che la legislazione delegata: «*(...) gives power to a particular person or body to oversee the production of the specific details required for the implementation of the general purposes stated in the parent Act. These specifics are achieved through the enactment of statutory instruments*» o, ancora, che la «*Delegated legislation is of particular importance. Generally speaking, delegated legislation is law made by some person or body to whom Parliament has delegated its general law-making power. A validly enacted piece of delegated legislation has the same legal force and effect as the Act of Parliament under which it is enacted, but, equally, it only has effect to the extent authorized by its enabling Act*»

⁴³ Questo accade, ad esempio, con le già citate *United States Sentencing Commission Guidelines*.

Di qui un paio di riflessioni. Se l'espressione *guidelines* è impiegata sia per indicare atti che *non* sono fonti, sia per indicare dei documenti che regolano (e forse legittimano) l'esercizio del potere delegato, delle due l'una: o l'espressione esaminata è così generica da poter indicare tanto delle *fonti*, quanto degli atti non coercibili; o il sistema ammette che le deleghe dei poteri normativi possano (anche) avvenire in via informale, in base alle indicazioni di documenti di dubbia o nulla precettività.⁴⁴

Oltre al caso visto, sembra, poi, interessante che alcune devoluzioni di potere che il Congresso opera in favore di altre autorità sembrino contemplare la facoltà di redigere, ancora, delle *guidelines*. Questo si è, ad esempio, riscontrato quando il Congresso ha attribuito alle autorità il potere di stabilire quali fossero i criteri in base ai quali i giudici avrebbero risolto alcuni casi sottoposti alla loro attenzione⁴⁵.

I discorsi condotti fino a questo momento, mostrano, dunque che di *guidelines* sia possibile parlare anche quando si voglia alludere a degli atti che siano in grado di definire l'esercizio del potere normativo⁴⁶. E ciò è tanto più sorprendente, quanto più si pensi che combinando le conclusioni ricavabili dai casi esaminati sembrerebbe possibile che vi siano casi in cui il Congresso rediga delle *guidelines* con le quali deleghi un'altra autorità a stilare, a sua volta, delle *guidelines* per altri soggetti.

⁴⁴ In questo senso si potrebbe, poi, ragionare di una possibile gerarchia tra *guidelines*. Al riguardo cfr. A. DI ROBILANT, *Genealogies of soft-law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 54, 3, 2006.

⁴⁵ Quando detto sembrerebbe deducibile in base a quanto enunciato nel già citato caso *Mistretta v. United States*, in quanto, in quella circostanza, è stato affermato che il Congresso possa legittimamente conferire agli amministratori locali il potere di individuare dei criteri per stabilire quale pena irrogare tra un minimo ed un massimo. Nel farlo, la Corte ha, peraltro, precisato che l'autorità delegata potrebbe contemplare la pena di morte solo se ciò rientri nelle *guidelines* con le quali il Congresso limiti la delega. Per un riscontro testuale, cfr. *Mistretta v. United States*, 488, U.S., 377-78, dove si legge: «*As for every offense within the Commission's jurisdiction, the Commission could include the death penalty within the guidelines only if that punishment was authorized in the first instance by Congress and only if such inclusion comported with the substantial guidance Congress gave the Commission in fulfilling its assignments*».

⁴⁶ A questo riguardo, si parla proprio di *legislative guidelines* del Congresso o di atti legislativi con funzione di *guidelines* (si v., ad esempio, il sito web del 116esimo Congresso sui protocolli legislativi, disponibile all'indirizzo: <https://www.majorityleader.gov/content/116th-congress-legislative-protocols>, ultima consultazione d.d. 21 dicembre 2019, dove i protocolli in questione vengono definiti *proposed guidelines* per supportare l'attività del Majority Leader's Office.

Tralasciando, però, un simile (e astratto) esercizio di complessità, non si può non evidenziare che l'impiego del modello *guidelines* sembri indefinito anche nel caso in cui se ne indaghi l'esistenza presso uno dei sistemi da cui si suppone derivi.

A dispetto di una evidente vaghezza, impieghi come quelli visti sembrerebbero attribuire ad alcune *guidelines* funzioni di primo piano, tra le quali la custodia di indicazioni particolarmente sensibili che coinvolgono tanto i poteri legislativo ed esecutivo, quanto, in alcuni casi, quello giudiziario⁴⁷.

Oggi, la vincolatività di (almeno) alcune delle *guidelines* asseritamente tali sembrerebbe riguardata da un espresso superamento⁴⁸, ma una circostanza di questo tipo non impedisce di concludere che un sistema così congegnato sia contrassegnato da un'evidente fluidità delle regole che lo costituiscano.

La facilità con la quale un atto apparentemente sprovvisto di efficacia *erga omnes* possa cominciare ad occuparsi (ed a regolare) aspetti anche cruciali dell'esercizio dei poteri, resta, infatti, un elemento di indubbio interesse per chi sia solito configurarsi il sistema delle fonti come un sistema di rapporti tendenzialmente fisso e gerarchizzato. Ed in tal senso, una delle possibili spiegazioni di tale fluidità potrebbe risiedere nell'indubbia diversità con la quale i sistemi di *civil law* e quelli di *common law* si pongano rispetto all'elaborazione delle soluzioni giuridiche.

5.2. Legislative e non-legislative rules nel sistema statunitense

Un rapido esame del sistema statunitense, sembra, inoltre, mostrare che alcuni dei ragionamenti svolti per le *guidelines* sembrano replicabili con riguardo a molti di quegli atti che, a vario titolo, orbitano entro il *soft-law*.

⁴⁷ Ci si riferisce alle *United States Federal Sentencing Guidelines*. Per un approfondimento in materia cfr. UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *2018 Guidelines Manuale Annotated, 2018*, disponibile all'indirizzo: <https://www.usc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual-annotated> (ultima consultazione d.d. 20 dicembre 2019)

⁴⁸ Con il caso *United States v. Booker* del 2005, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato che le *United States Federal Sentencing Guidelines*, nella loro formulazione originaria, violassero il diritto espresso al sesto emendamento della Costituzione americana, dichiarando non obbligatorie le indicazioni ivi contenute. Oltre al caso *Booker*, altri casi, come ad esempio il caso *Blakely v. Washington* (2004), contribuirono a consolidare l'orientamento per cui le linee guida abbiano, oggi, solo valore consultivo e non anche obbligatorio.

Alcuni studi sull'impiego di tali strumenti rivelano, in primo luogo, che il *soft-law* riguarda, oggi, persino alcuni atti del Congresso⁴⁹. Se ne ricava che il *soft-law*, almeno secondo la concezione americana, sia composto sia da atti riferibili al Congresso, sia da statuizioni provenienti dalle varie autorità amministrative: una vasta produzione di strumenti giuridici non normativi.

In base alla *summa divisio* che contrappone, entro il sistema americano, le *legislative rules* alle *non legislative rules*⁵⁰, gli atti di *soft-law* dovrebbero appartenere alla seconda categoria. In particolare, le *non legislative rules* consisterebbero, infatti, in indicazioni collocate al di fuori della normatività, per l'adozione delle quali non è richiesto che si osservi il metodo del *notice and comment* che è, invece, obbligatorio allorché si vogliono elaborare delle *rules* che siano, invece, vincolanti⁵¹.

Data questa ripartizione di fondo, è stato, tuttavia, notato che il piano delle indicazioni *non* vincolanti possa comunque rifluire sul livello della cogenza. E questo è straordinariamente interessante ai nostri fini, in quanto una simile attitudine è riconosciuta anche a prescindere da un recepimento normativo o giurisdizionale delle indicazioni che possa, pertanto, renderle vincolanti (o precedenti vincolanti).

Una particolare specie di *non legislative rules* è, infatti, rappresentata dalle *interpretative rules* elaborate dalle autorità amministrative. Almeno in linea teorica, queste *rules* dovrebbero consistere in statuizioni redatte allo scopo di esplicitare o di rendere noti quali siano gli *obiettivi* che le autorità amministrative andranno a perseguire nella propria attività. Alcuni autori evidenziano, tuttavia, che le stesse, pur dovendo essere degli strumenti formalmente neutri dal punto di vista della *normatività* siano, invece, utilizzate per veicolare dei comandi nell'ordinamento in quanto norme di fatto. Più in particolare, gli strumenti di cui si tratta, anziché

⁴⁹ J. GERSON - E.A. POSNER, *Soft-law: Lessons from Congressional Practice*, in *Stanford Law Review*, 573, 2008; C.R. SUNSTEIN, *Interpreting Statutes in The Regulatory State*, in *Harvard Law Review*, 103, 2, 1989.

⁵⁰ Per una ricostruzione dei processi di *law making* negli Stati Uniti, v., tra gli altri, T. GARVEY, *A Brief Overview of Rulemaking and Judicial Review*, in *Congressional Research Service Reports*, 2017; S. LUBBERS, *A guide to Federal Agency Rulemaking*, V ed., Chicago, 2012; F. M. ZERILLI, *The rule of soft-law: an introduction*, in *Journal of Global and Historical Anthropology*, 2010.

⁵¹ Sulla distinzione tra *legislative e non-legislative rules* v. W. FUNK, *Legislating for non-legislative rules*, in *Administrative Law Review*, 2004; D. L. FRANKLIN, *Legislative Rules, Nonlegislative Rules, and the Perils of the Short Cut*, in *Yale Law Journal*, vol. 120, 2, 2010.

limitarsi ad enunciare gli obiettivi dell'attività amministrativa, svolgerebbero una tale precisazione del contenuto degli strumenti normativi che è come se determinassero esse stesse il contenuto delle regole vigenti⁵².

I pericoli derivanti dall'impiego di tali strumenti sono, peraltro, accentuati dal fatto che la loro adozione non preveda alcuna garanzia procedurale proprio per il fatto che non dovrebbero essere delle regole, ma mere precisazioni⁵³.

Le *interpretative rules*, essendo ritenute specificazioni tecniche dei principi e criteri individuati dal Congresso, sono, ad esempio, elaborate senza essere assoggettate al meccanismo di *notice and comment* che informa, invece, la creazione delle altre *non legislative rules*⁵⁴. In questo modo, i redattori delle *interpretative rules*, attraverso un'impropria precisazione degli obiettivi, si ritrovano a poter adottare delle indicazioni formalmente neutre, ma sostanzialmente vincolanti, con le quali poter innovare (anche retroattivamente, a mo' di interpretazione autentica) l'ordinamento. Il tutto senza osservare le procedure di garanzia.

5.3. La quasi-legislation dell'ordinamento giuridico del Regno Unito

La rapida osservazione del sistema giuridico inglese sembrerebbe rivelare che nemmeno in Gran Bretagna sia possibile parlare di *guidelines* in termini di fonte dell'ordinamento⁵⁵. Discorsi in parte simili sembrano, peraltro, valere anche per gli altri atti latamente riconducibili al *soft-law*⁵⁶.

⁵² In questo senso, assomigliano molto alle norme di interpretazione autentica dell'ordinamento italiano

⁵³ Secondo alcune interpretazioni, la circostanza in oggetto escluderebbe anche che possa trattarsi di *nuove rules*, in quanto le stesse sarebbero classificabili come precisazioni non autonome.

⁵⁴ Sul ruolo delle *interpretative rules* cfr. B. BOSCHETTI, *Soft-law e normatività: un'analisi comparata*, cit. che, a sua volta, rinvia a A. ANTHONY, *Interpretative rules, Policy Statements Guidances, Manuals and The Like: should Federal Agencies use them to bind the public?*, in *Duke Law Journal*, 1311-1312, 1992.

⁵⁵ Secondo le più classiche ricostruzioni, le *sources of law* del sistema inglese sarebbero, infatti, costituite dalla *Primary legislation*, dalla *Delegated or subordinate legislation* e dal *case law*. Un discorso diverso vale, poi, per le fonti del Diritto dell'Unione europea. Per un riscontro sull'assetto appena descritto cfr., tra gli altri, G. SLAPPERY – D. KELLY, *op. cit.*

⁵⁶ In tema cfr. A. WATSON, *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity*, Philadelphia, 1984; J. ADLER, *Constitutional and Administrative Law*, III ed., Newcastle, 1999.

Riprendendo, poi, quanto già detto rispetto agli Stati Uniti, anche nel sistema inglese, il recepimento di un'indicazione di *soft-law* entro una decisione vincolante potrebbe perfezionare il transito della regola *soft* sul piano dell'*hard law*⁵⁷.

Tralasciando, però, i processi di creazione del diritto che possano avvenire per la via giurisdizionale, è possibile sostenere che anche entro il sistema giuridico inglese possano esistere zone di confine tra *hard* e *soft-law*, nelle quali alcune indicazioni non coercibili possano presentare un variabile grado di *obbligatorietà fattuale*.

Secondo un'autorevole ricostruzione, due dei principali terreni di dialogo tra *hard* e *soft-law* potrebbero essere dati dallo statuto dei codici di condotta per i funzionari pubblici e dal sistema di contrattazione collettiva diffuso nel sistema⁵⁸.

Con riguardo al primo dei due casi è stato, ad esempio, rilevato che i *Codes of Practices* inglesi non possano essere ritenuti delle fonti in senso tradizionale in quanto l'eventuale violazione degli obblighi che prevedono dovrebbe ritenersi generalmente inidonea a provocare un accertamento giudiziale.

Allo stesso tempo, l'eventuale irrogazione di sanzioni disciplinari per la violazione degli obblighi dedotti e le limitate ipotesi di ricorribilità in giudizio (quasi tutte a favore dei lavoratori) evidenziano che non si abbia a che fare con delle fonti sprovviste di efficacia giuridica. Al contrario, un corpo di indicazioni di questo tipo potrebbe collocarsi a metà strada tra il novero delle regole espressamente riconosciute come fonti e la congerie dei più o meno neutri atti di *soft-law*⁵⁹.

⁵⁷ Sulla *Statutory Interpretation* di competenza delle Corti, cfr. F. BENNION, *Statutory Interpretation*, II ed., Londra, 1992; ID., *Understanding Common Law Legislation: Drafting and Interpretation*, Oxford, 2009; R. CROSS, *Cross, Harris and Hart, Precedent in English Law*, IV ed., Oxford, 1991. W. ESKRIDGE, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, 1994; H. MACCORNICK, *Legal Rules and Legal Reasoning*, Oxford, 1978.

⁵⁸ Gli esempi sono offerti da E. MOSTACCI, *op. cit.*

⁵⁹ *Ibidem*, p. 127, dove si legge: «Per ciò che concerne l'efficacia del codice, in via di prima approssimazione è possibile notare come esso sia uno strumento dalla vocazione vincolante, in quanto quelli ivi specificati sono obblighi per ciascuno dei singoli dipendenti pubblici, il cui mancato rispetto può portare a sanzioni disciplinari ed anche al licenziamento. Tuttavia, è da notare che l'irrogazione della sanzione disciplinare, nell'ordinamento inglese, è di esclusiva spettanza del superiore gerarchico, mentre manca la possibilità di investire un giudice della questione, se non per il tramite del ricorso del pubblico dipendente. Questa circostanza contribuisce ad ammorbidire, nella pratica, l'efficacia giuridica del codice, limitandosi le sanzioni – nella grande maggioranza dei casi – a richiami ed ammonizioni. Sul punto, vi è da notare come l'applicazione giudiziale del codice avvenga soprattutto a favore del dipendente pubblico, enucleandosi, anche nel caso britannico, una sorta di effetto liceità correlato al rispetto, da parte del dipendente pubblico, delle norme ivi sancite». Al riguardo cfr., poi, R.A. CHAPMAN, *Ethics in Public Service*, in R.A. CHAPMAN (a cura di), *Ethics in*

Venendo, poi, al secondo esempio, la diversa e particolare articolazione dei sistemi di contrattazione collettiva diffusi in Gran Bretagna presenterebbe delle caratteristiche tali da poter essere a sua volta ritenuta un'espressione giuridica a mezza via tra vincolatività formale e vincolatività fattuale. Il più evidente carattere della contrattazione collettiva britannica consiste, infatti, nel *non* essere vincolante⁶⁰ in quanto *non* azionabile in giudizio⁶¹. Tuttavia, l'assenza di formale vincolatività non è tale da estromettere la contrattazione collettiva dall'efficacia giuridica: il complesso dei rimedi azionabili in via sindacale e il peculiare assetto di equilibri tra le forze sociali garantiscono, infatti, a questi strumenti una singolare capacità d'adesione⁶².

Public Service, Edimburgo, 1993. Sul fatto che i Codici di condotta possano, poi, integrare il contenuto degli obblighi lavorativi, incidendo sull'interpretazione, v. P. JACKSON – P. LEOPOLD, *O. Hood Phillips and Jackson. Constitutional and Administrative Law*, VII ed., Londra, 2001, p. 667, dove si legge: «*In addition to delegated legislation, of various kind, statutes increasingly provide for the making of "Codes of Practice" which have legal effect to the extent that their terms are usually laid before Parliament and must be taken into account by tribunals and courts where they are relevant to proceedings. Breach of their provisions is not in itself unlawful but may be evidence of failure to behave according to a requisite standard, whether that of the careful driver or the reasonable employer*». In questo senso, le disposizioni dei Codici di condotta assumono una valenza simile a quella che le *linee guida* non vincolanti dell'Anac sono astrattamente suscettibili di esercitare rispetto all'integrazione del vizio dell'eccesso di potere, nel corso di un giudizio per l'accertamento dell'illegittimità di un atto.

⁶⁰ Sull'assenza di vincolatività della contrattazione collettiva cfr. O. KAHN-FREUND, *Legal Framework*, in A. FLANDERS – H. CLEGG (a cura di), *The System of Industrial Relations in Great Britain*, Oxford, 1954; V.S. DEAKIN – G.S. MORRIS, *Labour Law*, Londra, 2005.

⁶¹ Al riguardo, v., ancora, E. MOSTACCI, *op. cit.*, p. 196, dove si legge: «*Il carattere più evidente e rilevante della contrattazione collettiva in Gran Bretagna, come detto, è la mancanza di carattere vincolante delle norme da essa poste, almeno dal punto di vista generale dell'ordinamento giuridico. Infatti, utilizzando la terminologia d'oltremania, il collective bargaining agreement non è da considerarsi legally enforceable. Si sceglie di partire dalla terminologia perché essa è una spia di primo rilievo del valore di questo strumento nel Regno Unito: esso è definito bargaining agreement proprio per evitare di utilizzare la parola "contract" che alluderebbe a uno strumento dotato di forza legale, al pari di qualunque altro contratto, e come tale passibile di applicazione giudiziale. Al contrario, la magistratura inglese ha sempre negato l'azionabilità in giudizio di questo tipo di strumenti.*».

⁶² Per una disamina dei fattori che rendono la contrattazione collettiva sufficientemente osservata, v., ancora, E. MOSTACCI, *op. cit.*, p. 197, dove si legge che: «*La generale mancanza di carattere immediatamente vincolante, sul piano delle fonti, del contratto collettivo britannico, tuttavia, non ne fa uno strumento privo di una sua concreta efficacia. Infatti, storicamente, la forza del sindacato inglese e la generale solidità delle relazioni industriali hanno reso possibile una applicazione generalizzata dei collective bargaining agreement, all'interno della grande maggioranza dei settori produttivi.*». Per una ricostruzione della disciplina in materia cfr., invece, P. CAVALIERI, *Nuovi orientamenti nella legislazione britannica sulle relazioni industriali*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 88, 1976; G. IOTTI, *La legge inglese sui sindacati e sui rapporti di lavoro del 1974*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 311, 1976.

Esempi come questi appaiono sintomatici di una certa fluidità del sistema delle fonti che ricorda quello che si è, in parte, visto rispetto al sistema statunitense e che, per certi versi, anticipa ciò che si dirà sulle influenze *soft* nel *civil law*.

Il generale atteggiamento di apertura nei confronti delle indicazioni di *soft-law* e degli strumenti di regolazione flessibile sembra, infatti, un'espressione trasversale dell'epoca giuridica nella quale ci si trova ad operare ed a questo riguardo, una delle elaborazioni concettuali che abbiano meglio descritto tale tendenza è quella che ha provato a sostenere l'esistenza di una nuova sfera del giuridico, attribuendole la definizione di *quasi-legislation*⁶³: un'espressione che delinea in modo evocativo la possibile posizione di inedita medietà nella quale possano trovarsi alcune statuizioni.

Gli estremi di questa relazione sono dati, da un lato, dalla vincolatività formale, e, dall'altro, dalla totale assenza di cogenza. Al centro: una serie di possibili situazioni in cui l'obbligatorietà di regole formalmente non cogenti si ricavi per via di fatto.

Espressioni di una tendenza alla *quasi-legislation* sono ricavabili, oltre che dai già citati esempi, da almeno tre casi, il primo dei quali è quello relativo ad un filone di controversie sviluppatosi a partire da uno *statute* in tema dell'immigrazione⁶⁴.

Al riguardo, diversi autori hanno espresso opinioni divergenti in ordine alla supposta vincolatività delle disposizioni contenute in un certo atto giuridico⁶⁵.

Al termine di un dibattito che ha visto contrapporsi i sostenitori della vincolatività dell'atto a coloro che ritenevano che si trattasse di una statuizione con mero valore orientativo, parte della dottrina⁶⁶ ha ritenuto di poter ascrivere tale

⁶³ G. GANZ, *Quasi-legislation: Recent Developments in Secondary Legislation*, Londra, 1987.

⁶⁴ *Immigration Act*, 1971.

⁶⁵ Nel caso *R. v. Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex p. Salamat Bibi*, 1976, in *Weekly Law Report*, 1, 979, 1976, Lord L.J. Roskill ha affermato che la disciplina le regole espresse dalla disciplina avrebbero avuto la medesima forza della legislazione delegata: «(...) *the rules had the force of delegated legislation*». Nel caso *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Hosenball*, in *Weekly Law Reports*, 1, 766, 1977, Lord Denning M.R. definisce, invece, queste stesse regole come: «*rules of practice laid down for the guidance of immigration officers and tribunals*», mentre Geoffrey Lane affermava: «*These rules are very difficult to categorise or classify. They are in a classe of their own*»

⁶⁶ P. JACKSON – P. LEOPOLD, *op. cit.*, p. 667 e ss.

disciplina al c.d. *quasi-law*: un'area del giuridico da interpretare in modo *meno tecnico* rispetto alle fonti del diritto vere e proprie⁶⁷.

Su questa scia, un altro pronunciamento giurisprudenziale ha ribadito la teoria dell'esistenza di una *quasi-legislation*, affermando che una circolare ministeriale, pur essendo collocata al di fuori degli atti che possano essere impugnati, possa comunque accertarsi come illegittima nel corso di un giudizio, a condizione che la stessa orienti l'esercizio del potere nel senso di un'aprioristica limitazione della funzione⁶⁸.

In un ultimo caso⁶⁹, la *House of Lords* ha, poi, affermato che una sua precedente decisione giudiziaria la legittimasse a dichiarare la contrarietà al diritto di una *consulenza* contenuta in un documento pubblico che, sebbene non ascrivibile agli *statutes*, dovesse comunque ritenersi spiegare degli effetti antiggiuridici.

Casi come questi mostrano che il dialogo tra gli interpreti, per un verso, e le decisioni giudiziali, per altro verso, possano aver rivelato l'esistenza di un'area intermedia tra *hard* e *soft-law*: un possibile spazio giuridico che appare interessante almeno nella stessa misura in cui appare problematico. L'eventuale moltiplicarsi di

⁶⁷ *Ibidem*, l'espressione originale recita: «*Differing views were initially expressed about the legal status of the immigration rules made under the Immigration Act 1971 but there can now be no doubt that they form a kind of "quasi-law", to be interpreted in a less technical way than statutes and delegated legislation*».

⁶⁸ *R. v. L.C.C., ex p. Corrie*, in *King's Bench Law Report*, 1, 68, 1918. Al riguardo, cfr., ancora, P. JACKSON – P. LEOPOLD, *op. cit.*, dove si afferma che qualora un ministro sia risultato assegnatario di un potere discrezionale previsto dalla legge non potrà esercitare tale discrezionalità prescindendo da una ponderazione degli interessi in gioco. In questo modo, qualora egli adotti una circolare con cui stabilisca, in via preventiva, delle limitazioni all'esercizio di discrezionalità, quella circolare sarebbe contraria al diritto (sebbene sprovvista di valore vincolante e non impugnabile in giudizio). L'espressione originale recita: «*For example, a minister entrusted with a discretion by statute cannot fetter that discretion but must in each case consider the relevant merits before reaching a decision. Hence if a minister issues a circular declaring how he is going to deal with individual cases in advance, a particular decision may be attacked on the ground that the minister had prejudged the issue*».

⁶⁹ Si tratta del caso *Gillick v. West Norfolk Area Health Authority*, in *Appeal Cases Report*, 800, 1981, rispetto al quale Lord Bridge affermò che un'opzione decisoria come quella espressa dalla House of Lords dovesse ritenersi senza dubbio salvifica e necessaria in determinate circostanze. Allo stesso tempo, lo stesso non mancava di precisare che un simile approccio decisorio dovesse esercitarsi con parsimonia. Il numero di casi in cui una pubblicazione *non giuridica* possa sollevare una questione di diritto chiaramente definita, non offuscata da sfumature politiche, sociali o morali, dovrebbe, infatti mantenersi basso. Per l'espressione originale, cfr. P. JACKSON – P. LEOPOLD, *op. cit.*, p. 668, dove si legge: «*Such a jurisdiction, according to Lord Bridge, was no doubt "salutary and indeed necessary one in certain circumstances", but it should be exercised sparingly. The number of cases, his Lordship thought, where a non-statutory publication by a department raised "a clearly defined issue of law, unclouded by political, social or moral overtones, [would] be rare*».

legislazioni informali potrebbe, infatti, aggirare il circuito parlamentare e risolversi in una prassi scarsamente presidiata dal sindacato giurisdizionale.

Il tutto con evidenti problemi dal punto di vista della sostenibilità costituzionale che, tanto nei sistemi di *common law* quanto nei sistemi di *civil law*, appaiono, invero, difficilmente superabili.

6. L'approdo delle linee guida (anche) presso i sistemi giuridici di civil law

Come già detto nel corso del presente lavoro, *linee guida* e documenti ad esse assimilabili hanno acquistato una dimensione considerevole anche nei sistemi di *civil law*. Gli strumenti di regolazione flessibile adottabili dall'Autorità nazionale anticorruzione italiana rappresentano un esempio di quanto si va affermando e discorsi in parte simili sembrano poter essere replicati con riguardo all'attività di altre autorità.

Rinviando ad un altro momento l'analisi dettagliata delle *linee guida* nazionali, il presente paragrafo cercherà di descrivere il possibile statuto che questi strumenti e quelli ad essi assimilabili possano avere nei sistemi francese e spagnolo.

6.1. Il droit souple dell'ordinamento francese

Uno dei sistemi nei quali la riflessione sull'incisività del *soft-law* sembra aver conosciuto degli sviluppi particolarmente significativi è senza dubbio la Francia.

Nel corso del 2013, il Consiglio di Stato francese ha, infatti, pubblicato uno studio annuale interamente dedicato al *droit souple* (espressione traducibile con *diritto flessibile*)⁷⁰, collegando i sistemi di indicazioni flessibili alle fonti del diritto⁷¹.

In questo modo, l'analisi delle principali manifestazioni del *soft-law* francese ha costituito un'occasione per riflettere sulla portata degli strumenti flessibili e per ipotizzare una classificazione delle varie statuizioni che appartengano alla categoria⁷².

⁷⁰ L'espressione è così tradotta anche in B. BOSCHETTI, *op. cit.*

⁷¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, Collana *Le rapports de le Conseil d'État*, Rapport 2013

⁷² Sul sito web del Consiglio di Stato, si legge del duplice obiettivo sotteso alla realizzazione dell'opera. Per un riscontro testuale, cfr. l'indirizzo: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple> (ultima consultazione d.d. 31 gennaio 2020), dove si legge: «*En publiant une étude sur ce thème, le Conseil*

Adottando le ricostruzioni teoriche sviluppate nello studio, dovrebbero potersi ricondurre al *droit souple* solo quegli atti che siano stati elaborati allo scopo di *influire* sul comportamento dei loro destinatari, sollecitando, per quanto possibile, la loro applicazione⁷³. Ragionando *a contrario*, dovrebbero, quindi, escludersi dalla categoria in esame tutti quegli atti che non abbiano l'attitudine di indicare opzioni comportamentali circostanziate e asseritamente opportune o doverose.

In prosieguo, la disamina dei caratteri attribuiti al *droit souple* rivelerebbe che nessun atto che appartenga a tale categoria possa *creare diritti* od *obblighi*. La vista *inattitudine* sarebbe, anzi, l'elemento che distinguerebbe il *droit souple* dal più classico *droit dur*: il diritto certamente generativo di posizioni soggettive⁷⁴.

In terzo luogo, gli strumenti ascrivibili al *droit souple* presenterebbero contenuti, modalità di elaborazione e struttura assimilabili alle fonti di *droit dur*⁷⁵.

Ebbene, ogni asserzione nel senso della mancanza di vincolatività sembrerebbero richiamare il già noto dualismo tra *precetti* e *consigli*, inducendo a concludere che le indicazioni inidonee a porre formalmente diritti ed obblighi non possano avere effetto sul sistema delle fonti⁷⁶.

d'État nourrit une double ambition. Il entend d'abord contribuer à la prise de conscience de la production et de l'utilisation croissantes du droit souple tant par les acteurs publics que par les entreprises en France et dans le monde». Sul tema v. anche, B. LAVERGNE, op. cit.; J.B. AUBY Prescription juridique et production juridique, in Revue de droit public, 1988; J. CHEVALLIER, Vers un droit postmoderne, in J. CLAM – G. MARTIN (a cura di), Les transformations de la régulation juridique, Parigi, 1998; C. THIBIERGE, Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, in Revue trimestrielle de droit civil, 2003, L. BOY, Normes techniques et normes juridiques, in Cahiers du Conseil constitutionnel, n. 21, gennaio 2007; M. ROULAND, La normalisation technique (instrument de concurrence à la loi, in E. CLAUDEL – B. THULLIER (a cura di), Le droit mou, une concurrence faite à la loi, Parigi, 2004

⁷³ La definizione è disponibile sul sito web del Conseil d'État francese, all'indirizzo: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple> (ultima consultazione d.d. 30 gennaio 2020).

⁷⁴ Al riguardo cfr. Conseil d'État, dove si legge: «ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires. Ce deuxième critère est le cœur de la distinction entre le droit dur et le droit souple. Le droit dur crée des droits et des obligations, il modifie l'ordre juridique dans lequel il s'inscrit, alors que le droit souple ne produit aucun de ces effets»

⁷⁵ Per un riscontro formale, cfr., ancora, Conseil d'État, op. cit., dove si legge: «ils présentent cependant, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. Ce critère a pour fonction de marquer la limite qui sépare le droit souple du non-droit. La distinction est en effet nécessaire: il n'est pas envisageable d'inclure dans le droit tout instrument non contraignant ayant pour objet d'influencer les comportements, et d'y faire ainsi entrer la morale, la religion, l'exhortation publique ou encore les messages de santé publique»

⁷⁶ Sulla differenza tra comandi e consigli cfr. G. MORBIDELLI, Comandi e consigli, in Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 1961, dove l'A., richiamando N. Bobbio, ricorda che la distinzione tra

Superando questa prospettiva, la teorizzazione del *droit souple* ha, però, escluso che l'assenza di vincolatività equivalga all'assenza di effetti giuridici rilevanti, lasciando ipotizzare che il diritto flessibile possa considerarsi un'area intermedia che, generandosi dal *soft-law*, sia oggi a metà strada tra il *droit dur* e la piena incoercibilità.

Riprendendo un'espressione che già si è provato ad utilizzare nel corso del presente lavoro, potrebbe quasi dirsi che il sistema francese abbia impostato una distinzione entro il *soft-law*, separando gli atti flessibili *a tendenza precettiva* dagli altri documenti (più neutri) elaborati per l'individuazione di *standard finali*⁷⁷.

Avallando questa interpretazione, alcuni casi giurisprudenziali hanno, infatti, individuato alcuni degli effetti riconducibili agli strumenti flessibili, giungendo a riconoscere la possibilità di ricorrere in giudizio per ottenerne l'annullamento.

La ricorribilità in giudizio nei confronti di atti che *non* siano formalmente vincolanti si è, però, detta subordinata ad almeno due ordini di condizioni. Il primo di essi consisterebbe nel fatto che gli strumenti flessibili (pareri, raccomandazioni, avvertenze e, probabilmente, anche *linee guida*) possano costituire un parametro alla stregua del quale valutare l'opportunità di irrogare delle sanzioni a chi se ne discosti.

Il secondo, prescrive che l'impugnazione degli strumenti flessibili dovrebbe essere consentita solo nel caso in cui essi producano effetti negativi dal punto di vista economico o esercitino un'influenza sul comportamento dei destinatari.

Ebbene, o principi appena enunciati hanno trovato concreta applicazione in diversi casi, laddove il Consiglio di Stato ha riconosciuto l'impugnabilità e la conseguente annullabilità di almeno due atti di *droit souple*.

Nel primo caso⁷⁸, il Giudice amministrativo ha riconosciuto l'annullabilità di un *comunicato stampa*, pubblicato sul sito *web* dell'*Autorité des Marchés*

praeceptum e *consilium* sia stata elaborata dalla dottrina morale cattolica, per distinguere tra le regole evangeliche il cui adempimento è necessario alla salvezza e quelle, invece, utili per una più alta perfezione spirituale.

⁷⁷ Per un riscontro diretto cfr. il testo originale del primo dei tre passaggi definitivi, il quale recita: «*ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, l'adhésion de ces derniers. Ce premier critère conduit à écarter les actes préparatoires intervenant dans le processus d'élaboration d'une norme dont objet est en effet de préparer la norme finale et non d'influencer par eux-mêmes les comportements*»

⁷⁸ Cfr. CONSEIL D'ÉTAT, 21 marzo 2016, nn. 368082, 368083, 368084, *Sté Fairvesta International GMBH et aa.*

Financiers, in quanto lo stesso, pur non avendo creato diritti ed obblighi in capo ad alcun soggetto, avrebbe fattivamente influenzato gli attori economici, fino a rendere inevitabile un riconoscimento della sua potenziale annullabilità.

In un secondo caso⁷⁹, si è registrata una pronuncia con riguardo a un procedimento di acquisizione tra società operanti nel settore televisivo, dove si è statuita l'annullabilità di uno strumento di diritto flessibile assunto dall'Autorità *antitrust* sulla base del fatto che questo avesse l'attitudine di influire in modo significativo sull'economia.

Sulla scorta di questa giurisprudenza, un'altra sentenza⁸⁰ ha, inoltre, precisato il contenuto delle condizioni di annullabilità, ascrivendo gli strumenti rilevanti per quel giudizio (si trattava di strumenti adottati dall'*Autorité de régulation des communications électroniques*) o alla categoria del *droit souple* o alle indicazioni quasi del tutto prive di effetti. Propugnando questa impostazione, le censure relative all'illegittimità di un progetto di *linee guida* sul *roaming* e la condivisione di reti mobili sono state intese come riferite ad un mero documento preparatorio, rispetto al quale non fosse possibile affermare alcuna annullabilità; gli orientamenti con i quali l'Autorità aveva inteso *guidare* la conclusione degli accordi di condivisione delle reti tra operatori telefonici sono stati, invece, ritenuti dotati di significativa influenza e ritenuti, pertanto, annullabili. Avendo, poi, riguardo ad un altro comunicato stampa (sempre relativo alle *linee guida* appena menzionate), il Giudice amministrativo francese ha escluso l'annullabilità dello strumento in quanto ritenuto inidoneo a pregiudicare gli interessi dei suoi possibili destinatari.

Ebbene, casi come questi mostrerebbero che il sistema francese non sia del tutto restio alla possibilità che alcune indicazioni acquistino efficacia giuridica per via di fatto. Al contrario, l'interpretazione giudiziale sembrerebbe aver regolamentato le condizioni di accesso a tale efficacia, disciplinando un fenomeno che, forse, non dovrebbe essere incoraggiato. In base a quanto è dato dedurre, il *droit souple* francese si sarebbe, infatti, affrancato dal più generico *soft-law*, includendo al proprio interno degli strumenti che, pur essendo privi di efficacia vincolante, possano

⁷⁹ Cfr. CONSEIL D'ÉTAT., [21 Marzo 2016, n° 390023](#), *NC Numericable Company*

⁸⁰ Cfr. CONSEIL D'ÉTAT, 13 dicembre 2017, n. 401799, *Bouygues Télécom*

vedersi riconoscere un'efficacia per via di fatto e conoscere, a certe condizioni, effetti giuridici tipici degli atti provvisti di autoritatività.

Restano fuori da questo schema gli atti che diremmo di semplice e puro *soft-law*, i quali *non* siano inseribili all'enclave del *droit souple*. Questi ultimi, differentemente dai primi, non acquisterebbero alcuna efficacia particolare⁸¹.

Al netto degli indubbi meriti definitivi della giurisprudenza, resta, tuttavia, evidente che le pronunce esaminate alimentino lo sviluppo di un modello che dovrebbe essere, forse, abbandonato. La conformazione dei sistemi di *civil law* (e forse anche quella dei sistemi di *common law*) non ammetterebbe, infatti, che le indicazioni elaborate in via autonoma da uno o più corpi deliberanti possano diventare regole vincolanti per via di fatto⁸².

6.2. L'atteggiarsi del soft-law nel sistema giuridico spagnolo

Le osservazioni svolte fino a questo momento rivelano che le *linee guida* e, più in generale, gli strumenti flessibili ad esse assimilabili, possano aver guadagnato una *chance* di vincolatività sostanziale in più di un'esperienza giuridica.

I pericoli derivanti dal riconoscimento di un'efficacia fattuale di tali strumenti sono, allo stato, evidenti. Uno dei più significativi sembra potersi riscontrare quando l'elezione del diritto flessibile a regola *de facto* vada ad integrare un problematico sviamento della funzione normativa in favore di autorità di dubbia legittimazione.

Con riferimento al sistema spagnolo, l'esame di questo e di altri aspetti rilevanti per i discorsi di questo lavoro può essere affidato allo studio di diverse pronunce della giurisprudenza e di alcune ricostruzioni di dottrina ispanica⁸³ che,

⁸¹ Secondo alcuni, il *soft-law* che non sia *droit souple*, pur non potendo esercitare un'efficacia di fatto, potrebbe essere tenuto in considerazione allorché si debba valutare se un atto od un comportamento dell'amministrazione integrino l'eccesso di potere. Per un approfondimento, v. B. SEILLER, *Le contrôle du juge administratif sur les actes composant le droit souple*; ID., *La recevabilité des recours contre les actes composant le droit souple*, entrambi in *Gazette du Palais*, 22, 2016; D. GIRARD, *Le recours pour excès de pouvoir confronté au «droit souple»: il plie mais ne rompt pas!*, in *Revue Générale du Droit*, 2016; P. DEUMIER, «*Quand le droit souple rencontre le juge dur*», *Revue trimestrielle de Droit civil*, 2016

⁸² Sulla sicurezza giuridica in Francia intesa come sicurezza e stabilità dei rapporti giuridici, v., tra gli altri CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 1991*, «*De la sécurité juridique*», in *La Documentation française*, 1991

⁸³ Cfr., ad esempio, J.C. COVILLA MARTÍNEZ, *El soft-law como instrumento para dirigir el gobierno local*. In *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, 12, 2019, p. 97. Con

indagando il rapporto che alcuni strumenti di *soft-law* intrattengono con la normazione tradizionale, consentono di concludere che anche il sistema in esame stia sperimentando parte della confusione che si ritrova presso il nostro ordinamento quando ci si indaghi il portato operativo di strumenti atipici e indeterminati.

Sembrano, ad esempio, sintomatiche di un'esigenza di razionalizzazione dell'uso del *soft-law* le *directrices*⁸⁴ che il *Consejo de Ministros* ha adottato, a partire dal 2005, per regolare il rinvio interpretativo che gli atti normativi operano con riguardo agli strumenti *soft-law*. Più di preciso, l'*apartado 67* della *Directrices* del 2005, afferma, infatti, che il rinvio al *soft-law* come strumento d'ausilio all'interpretazione dell'*hard law* dovrebbe essere corredato di un riferimento alle parti ed al contenuto degli atti che si intende richiamare, onde evitare che il rimando allo strumento *non* obbligatorio si traduca in un danno al principio della certezza del diritto⁸⁵.

L'introduzione di un'indicazione di questo tenore è evidentemente dettata dalla necessità di limitare il processo di eterointegrazione della regola al quale si può dare luogo ogni volta che una disposizione contenuta in un atto normativo rimetta ad uno strumento di *soft-law* la determinazione del proprio contenuto o di alcuni aspetti cruciali di esso. L'accorgimento consigliato serve, infatti, l'esigenza di fissare in modo previo e stabile i termini del richiamo e può ritenersi una buona indicazione di politica normativa, il cui utilizzo pare auspicabile anche in chiave futura.

A fronte della possibile importanza di tale indicazione, stupisce, però, che essa sia, a sua volta, espressione di un atto *non* vincolante⁸⁶, probabilmente di *soft-law*, e che il suo contenuto non possa, dunque, imporsi alla tecnica normativa successiva. Non solo, il fatto che un principio di così ampio respiro sia veicolato

riferimento, poi, ai pregiudizi che gli strumenti di *soft-law* che circolano tra le amministrazioni centrali e locali, v. H. BAUER, *¿Transformación radical en la doctrina del Derecho administrativo?*, in *Documentación Administrativa*, 234, 1993, 133; H. SANTAELLA QUINTERO, *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica administrativa*, in *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 5, 2011, p. 87.

⁸⁴ Le prime *Directrices de técnica normativa* sono state inserite nella *Resolución* del 28 luglio 2005 della *Subsecretaría* del Consejo de Ministros. Attraverso di esse si è provveduto a pubblicare i contenuti dell'*Acuerdo del Consejo de Ministros* del 22 giugno 2005.

⁸⁵ Il passaggio testuale recita: «(...) cuando la remisión resulte inevitable, ésta no se limitará a indicar un determinado apartado de un artículo, sino que deberá incluir una mención conceptual que facilite su comprensión; es decir, la remisión no debe realizarse genéricamente a las disposiciones, sino, en lo posible, a su contenido textual, para que el principio de seguridad jurídica no se resienta.»

⁸⁶ Così D. SARMIENTO, *El soft-law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Cizur Menor, 2008, *passim*.

attraverso uno strumento almeno in parte indefinito (una *directrices* è, infatti, solo una indicazione per l'organizzazione e non una fonte del diritto in senso proprio) rivela che persino gli organi del sistema centrale possano aver confidato nella capacità degli atti di *soft-law* di suscitare un'adesione spontanea, lasciando ad uno strumento organizzativo *non* pienamente vincolante il compito di informare la tecnica legislativa successiva.

Con il fine di operare una ricostruzione che sia, allo stesso tempo, sintetica e chiara, il prosieguo del presente paragrafo cercherà di dare atto delle principali manifestazioni e delle implicite ricadute normative del *soft-law* dell'ordinamento spagnolo, salvo poi segnalare quali siano i casi in cui l'indeterminatezza di questi strumenti sia stata ristretta dagli interpreti e quali siano, invece, quelli in cui l'espansione degli strumenti flessibili abbia dato luogo a fenomeni almeno in parte sovrapponibili a quelli analizzati in precedenza per altri sistemi.

6.2.1. Le directrices e le altre forme di manifestazione del soft-law dell'ordinamento spagnolo.

Una rapida scorsa degli strumenti giuridici che orbitano intorno al sistema delle fonti, rivela, in primo luogo, che anche in Spagna sia possibile riscontrare una non trascurabile produzione di atti di *soft-law*. Anche presso questo sistema, una significativa quantità di indicazioni viene, infatti, veicolata attraverso strumenti la cui natura non può dirsi del tutto pacifica. Ci si riferisce, senza pretesa di esaustività, ad una vasta gamma di atti variamente denominati, tra i quali figurano le *notas*, le *instrucciones*, le *circulares* e, soprattutto, le già richiamate *directrices*.

Tutte queste figure compongono una sorta di *soft-law* dell'organizzazione e sono, perlopiù, preordinate ad indicare comportamenti concreti ai funzionari delle amministrazioni. Le ultime, in particolare, sarebbero strumenti giuridici a vincolatività mediata, dotati di uno *status* non completamente pacifico. I tentativi di inquadramento dogmatico operati negli anni dalla dottrina hanno, infatti, consentito di chiarire posizione e ruolo delle *directrices* solo con efficacia limitata, collocando queste figure appena al di fuori della piena precettività ed affermandone un'efficacia

graduabile secondo le caratteristiche della situazione di fatto che vadano a regolare⁸⁷: una definizione non affatto soddisfacente, che sembra rievocare in modo significativamente efficiente lo schema delle direttive amministrative italiane.

Più in particolare, tale quota della produzione giuridica si caratterizzerebbe per il fatto di non prevedere sanzioni in caso di inosservanza e si differenzerebbe dai *principios in sentido estricto* ad efficacia inderogabile. Tuttavia, l'assenza di maggiori indicazioni in ordine alla natura di tali strumenti impedisce di confidare nella piena proponibilità di una distinzione tra *directrices* ed altre manifestazioni⁸⁸. In aggiunta, i tentativi di distinzione che si abbiano ad operare tra le due figure sembrano incontrare un ostacolo nella pratica, oltre che nella straordinaria frequenza con la quale si ricorre a questo *modello*: in altre parole, il continuo riferimento alle *directrices* per nominare atti così vari e diversi tra di loro, fa in modo che sia impossibile rintracciare, in ciascuno di essi, caratteristiche ricorrenti. Da qui l'impressione che il richiamo alle *directrices* non sottenda la volontà di evocare atti dotati di particolari caratteristiche, ma sia impiegato per riferirsi ad una qualunque determinazione *soft*, sprovvista di carattere vincolante⁸⁹. Alla stessa stregua, si potrebbe congetturare che il richiamo alle *directrices*, un po' come il richiamo alle *linee guida* in Italia, sia operato quando *non* sia possibile riferirsi ad alcunché di predefinito o quando si persegue l'intendimento di riferirsi ad una formula volutamente liquida e vaga.

⁸⁷ Una classificazione delle *directrices* è offerta da M. ATIENZA – J. RUIZ MANERO, *La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica*, in *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 24, 2001. Fondamentale in tema è, poi, ID., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcellona, 1996.

⁸⁸ Ricostruendo le *directrices* come disposizioni dal carattere programmatico, argomenta la distinguibilità delle indicazioni qui contenute con i *principi in senso stretto* ad efficacia non negoziabile J. AGUILÒ REGLA, *Tres preguntas sobre principios y directrices*, anch'esso in *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005. A partire da p. 332, l'A. lascia intendere che il confine tra queste due figure, pur sembrando definito nelle opere di dottrina spagnole, sia così diluito nella realtà concreta da sembrare, molto spesso, inafferrabile.

⁸⁹ J.C. COVILLA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 101, dove, con riferimento alle *notas*, si legge: «Una de las características del soft-law es la flexibilidad para su emisión. La posibilidad de crear estos instrumentos por parte de las administraciones públicas lleva a que en la práctica administrativa se denominen desde “directrices” hasta “notas” y la única forma de agruparlas sea su carácter no vinculante»

6.2.2. *Percorsi di effettività del soft-law ed esempi concreti*

Tralasciando, ora, le *forme* (apparentemente distinguibili solo in senso linguistico) attraverso cui sembra manifestarsi il *soft-law* spagnolo, si indagherà il livello di incisività che esso possa aver raggiunto in alcune sue apparizioni.

Fin dai primi anni Duemila, parte della dottrina spagnola ha razionalizzato le varie manifestazioni dell'avanzata degli strumenti di *soft-law* entro il sistema giuridico. Ne è derivata la ricostruzione secondo la quale sarebbero principalmente due i vettori attraverso cui le indicazioni contenute in atti di *soft-law* sono ammesse ad incidere il sistema⁹⁰. La prima via d'accesso attraverso cui il *soft-law* sembra essere ammesso ad operare entro l'ordinamento spagnolo sarebbe data dalle occasioni nelle quali le fonti (sia di rango *legal* che *reglamentario*) siano corredate da un *Anexo*⁹¹.

La formula d'ingresso più praticata sarebbe, però, quella nella quale le fonti dispongano un *rinvio* al contenuto degli strumenti di *soft-law*: un schema diffuso anche nel sistema italiano e che pone diversi problemi, specie con riguardo a quei casi in cui le fonti sembrano *delegare* agli strumenti in parola la determinazione di molti aspetti cruciali di una disciplina. In alcuni casi, la formula di delegazione è l'unico o il principale elemento dell'intera fonte: circostanza, questa, che alimenta l'impressione che l'unica ragione di esistenza delle fonti in parola sia proprio data dalla necessità di giustificare, sotto il profilo formale, la rimessione regolativa che il livello delle fonti opera, attraverso il rimando, agli strumenti di *soft-law*.

In questi casi, è come se l'adozione di strumenti vincolanti sia, infatti, disposta al solo scopo di munire di base giuridica degli strumenti che, altrimenti, resterebbero sospesi in ancor più inefficiente limbo di indeterminatezza. Prescindendo, però, dall'effettiva latitudine e rilevanza dei rinvii, un riferimento alla disciplina contenuta negli atti di *soft-law* è sicuramente svolto in diversi luoghi della

⁹⁰ D. SARMIENTO, *La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft-law*, en *Cuadernos de Derecho Público*, 28, maggio-agosto 2006

⁹¹ *Ibidem*, p. 246, dove si legge: «La forma más ortodoxa de incorporar soft-law en el sistema de fuentes consiste en su inclusión dentro de un texto de hard law, es decir: la inclusión del soft-law en el articulado de una norma con rango legal o reglamentario. Esta incorporación se manifiesta habitualmente mediante la inclusión del instrumento de soft-law en un Anexo a la Ley o reglamento correspondiente, dejando constancia de que se trata de un cuerpo normativo informal, posteriormente «asumido» por un cuerpo normativo formal.»

legislazione spagnola: esistono, infatti, alcuni settori normativi nei quali il rinvio agli strumenti flessibili è annunciato in modo piano e pacifico dalla legge⁹². Quanto, poi, questo rinvio possa tradursi in un trasferimento *top down* della potestà normativa è questione che merita di essere considerata con cura, partendo dalle specificità di ogni situazione concreta.

Secondo l'interpretazione di alcuni autori, uno dei settori nei quali il *rinvio* al *soft-law* potrebbe realizzare una sostituzione delle fonti flessibili in luogo di quelle tradizionali potrebbe essere quello dell'energia⁹³. Allo stesso modo, si sostiene che alcuni passaggi della *Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (la n. 3/2007), dispongano, per alcuni aspetti, un rinvio alle specificazioni di *soft-law*. All'interno di quest'ultimo corpo normativo sembra, infatti, realizzarsi un'interessante convivenza di norme di *hard law* e di indicazioni eminentemente programmatiche⁹⁴ (forse di *soft-law*), le quali rimettono a degli strumenti – questi sì – certamente di *soft-law* l'adozione di misure finalizzate a realizzare un'effettiva parità di genere⁹⁵.

⁹² Tra gli altri, si sono occupati delle manifestazioni del *soft-law* entro l'ordinamento giuridico spagnolo R. PALÁ LAGUNA, *Soft-law, moral suasion y autorregulación, ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?*, in *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, 1, 2010; Á. GALIANA SAURA, *Crisis de la capacidad regulatoria y flexibilidad del Derecho*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21, 2010; A. MAZUELOS, *Soft-law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, 2004; F. RUBIO LLORENTE, *Fuentes del Derecho*, in M. ARAGÓN REYES (a cura di), *Temas básicos de. Derecho Constitucional*, 1, Madrid, 2000

⁹³ Ricorrendo, forse, ad un'iperbole è stato anche affermato che la disciplina del settore sia interamente costituita da atti di *soft-law*. Al riguardo v. A. RUBIO CASTRO, *Los efectos jurídicos del soft-law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, 2014, p. 49, dove si legge: «Al ser el término *soft-law* un término creado por la doctrina a partir del análisis del derecho real, es lógico que los primeros debates se centraran en su dimensión, o no, de fuente del derecho y en sus caracteres propios. La primera dificultad a la hora de determinar qué debía entenderse por *soft-law* y qué elementos lo caracterizan era la diversidad de instrumentos jurídicos de *soft-law* –resoluciones, códigos de conducta, códigos deontológicos, normas técnicas, guías técnicas, buenas prácticas, etc.– que, como Sarmiento defiende, se incluyen bajo esta etiqueta. Una inclusión que en ocasiones sólo responde al hecho de no encajar en la estructura tradicional del derecho. Este dato ha conducido al error de entender al *soft-law* como un derecho «débil o suave», restándole importancia jurídica y valor normativo respecto al *hard law*. Pero calificar como débil a un derecho que alcanza en ciertos sectores un nivel de aplicabilidad cercano al 100% (sector energético), es claramente erróneo además de incorrecto, pues el *soft-law* es el único derecho en ciertos sectores y en otros amplía las formas de regulación jurídica».

⁹⁴ Si richiama, a titolo d'esempio, l'articolo 15 della menzionata legge, il quale stabilisce la che la parità di genere debba essere affermata con valenza trasversale in tutte le disposizioni e gli atti adottati dall'amministrazione.

⁹⁵ Questo accade, ad esempio, allorché si ponga mente alla disciplina che la legge in questione introduce nel suo Titolo III (artt. 36-41). Questa parte della normativa è dedicata ai mezzi di

Il dialogo tra formulazioni *hard* ed indicazioni *soft* sembra, però, svolgersi anche se si ha riguardo ai rapporti tra Stato centrale ed autonomie territoriali: il raccordo tra obiettivi legislativi ed esecuzione amministrativa sembra, infatti, assicurarsi anche attraverso l'adozione di indicazioni *soft*. Singolarmente, il ricorso alla debolezza del *soft-law* sembra essersi rivelato di grande utilità quando il legislatore centrale, nel tentativo di suscitare la spontanea adesione delle Comunità autonome, ha introdotto indicazioni e suggerimenti di portata *soft* nell'intelaiatura di atti e fonti⁹⁶: in questo modo è stato, infatti, possibile veicolare istruzioni di varia natura senza ricorrere all'imposizione e senza, soprattutto, incorrere nelle censure derivanti dall'aver invaso lo spazio di autonoma determinazione e competenza delle relative Comunità⁹⁷. Il peso e la rilevanza progressivamente acquisiti da questi strumenti lasciano, però, inevasi – in Spagna come anche nel nostro sistema – diversi interrogativi cruciali. In primo luogo, il rinvio operato alle indicazioni contenute in

comunicazione. Nell'imporre ai media di promuovere un'immagine egualitaria e non stereotipata dei generi, rimette all'adozione di codici di condotta la determinazione di misure che possano effettivamente promuovere il contenuto dell'eguaglianza.

⁹⁶ In questo senso, D. SARMIENTO, *La auctoridad del derecho*, cit., p. 252, dove si legge: «*Por tanto, puede afirmarse que las competencias compartidas surgidas del artículo 149 CE y de los Estatutos de Autonomía implican un mandato constitucional de cooperación, donde el Estado y las Comunidades Autónomas tienen la obligación de articular mecanismos de colaboración para la puesta en marcha de políticas públicas comunes. Este mandato puede traducirse en la adopción de acuerdos con distintos niveles de intensidad normativa, pero existen ocasiones en las que el recurso al soft-law se va a ligar a la intensidad competencial de cada parte. Así, el Estado hará uso de instrumentos o actos de soft-law cuando su título competencial se encuentre especialmente debilitado, tal como ocurre cuando se emplea un título horizontal (por ejemplo, las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) para introducirse en un título competencial exclusivo de una Comunidad Autónoma. Precisamente el respeto al terreno competencial de cada Comunidad Autónoma justifica el empleo de soft-law, pues permite la adopción de un criterio sin efectos jurídicos, pero con un claro elemento orientativo para todas las administraciones implicadas. Cuando esta forma de soft-law tiene carácter paccionado, como los casos vistos en el apartado II, el principio de subsidiariedad se refuerza igualmente gracias al plus de legitimidad que le atribuye la participación de todas las partes.*»

⁹⁷ Proprio con riferimento all'interazione dei due livelli, quello centrale e quello locale, altri sono gli esempi di impiego del *soft-law* che possono darci contezza di una sua sempre più affermata rilevanza. Descrive in modo più approfondito l'avanzata del *soft-law* nel governo locale J.C. COVILLA MARTINEZ, *op.cit.*, dove, a pagina 2, si dice: "*En la práctica administrativa se encuentran instrumentos de soft-law utilizados por la administración pública para ejercer un poder de dirección sobre un ente local. Aun cuando este tipo de instrumentos no son obligatorios, la capacidad de dirigir a los entes locales viene derivada de los motivos que llevan a que el ente local opte por seguir lo indicado en el instrumento. La realidad muestra que incluso este tipo de instrumentos pueden llegar a ser más eficaces que los mecanismos tradicionales de relación interadministrativa de coordinación, como los planes sectoriales del artículo 59 de la LRBRL*". Per una trattazione più approfondita si rinvia a ID., *La relación interadministrativa de coordinación y la garantía de la autonomía local*, *Tesi di dottorato dell'Autore*, difesa all'Università di Barcellona il 14 settembre 2017.

questi strumenti lascia insoddisfatti dal punto di vista della legittimazione democratica⁹⁸ tutte le volte in cui il rinvio agli atti di *soft-law* sia operato rispetto a strumenti che siano stati adottati da autorità che non abbiano un collegamento rappresentativo con l'elettorato. In secondo luogo, ed a tacer d'altro, la specificità del *soft-law* diretto ad orientare il livello locale può determinare un'indebita influenza a regolare in un senso piuttosto che in un altro, favorendo il restringimento delle prerogative delle autonomie territoriali e, più in generale, delle amministrazioni⁹⁹.

Stimate a fornire risposte in tal senso, alcune decisioni della giurisprudenza spagnola hanno, perciò, riflettuto sul rapporto tra legittimo esercizio del potere direttivo o indicativo e riparto di funzioni di governo, escludendo in più di un'occasione che indicazioni non espressamente vincolanti possano ridondare a sfavore dell'autonomia locale e comprimerla.

In una prima e risalente occasione¹⁰⁰, il Tribunale costituzionale ha, ad esempio, affermato che un atto di indirizzo obbligatorio e *non* vincolante, se ammesso ad esercitare una vincolatività fattuale in virtù della sua capacità persuasiva, risulterebbe essere un «*acto complejo resultado de la concurrencia de dos voluntades*»¹⁰¹. Nel caso di specie, il Giudice costituzionale ha riconosciuto ad

⁹⁸ J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho Administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, 2015; M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local, antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, 1990; ID., *Derecho administrativo parte general*, VIII ed., Madrid, 2012. Al riguardo, però, v. anche J.C. COVILLA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 102, dove si legge: «*Fruto de este debate salta a la vista otra preocupación. Consiste en la conexión entre eficacia y legitimidad democrática que tienen las decisiones de soft-law que servirán para que el gobierno local complete el contenido de una decisión discrecional. La razón es que el soft-law no proviene directamente de la misma Administración local que adopta la decisión sino de otra administración pública autónoma y diferente*»

⁹⁹ *Ibidem*, p. 108, dove si legge: «*El ejemplo de las medidas que se deben tomar en materia de desastres, tal como como el que se expuso atrás, es percibido, por lo general, de manera favorable por estar ligado a decisiones que prohijan intereses constitucionales reconocidos, como es el caso del medio ambiente (Brandsen, Boogers y Tops, 2006: 548). Con este caso hipotético se observa que este tipo de decisiones pueden restringir capacidad del ente local de tomar sus propias decisiones. Esto demuestra que el soft-law utilizado para coordinar a gobiernos locales puede ser efectivo y a su vez defender intereses legítimos*»

¹⁰⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sent. n. 36/1994 del 10 febbraio

¹⁰¹ V. punto 5 della citata sentenza, ultimo capoverso, dove si afferma: «*Y, por otra parte, respecto a la cuestión de fondo debe advertirse que, como se establece en la STC 149/1991, tantas veces citada, la facultad para aprobar los planes de ordenación territorial corresponde a las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en la materia. Es cierto que en el ejercicio de esta competencia las Comunidades Autónomas, al elaborar y aprobar los planes, deben respetar los condicionamientos que se deriven de las facultades estatales de protección y gestión del dominio público que integra físicamente su territorio y de otras competencias sectoriales del Estado como el medio ambiente, la*

alcune Comunità autonome l'esclusiva titolarità della competenza relativa alla pianificazione territoriale, escludendo che il suo esercizio possa essere inciso da un *atto* adottato dalle autorità centrali, benché l'adozione di tale atto sia prevista dalle norme sul procedimento del caso. Nella fattispecie, la determinazione tacciata di realizzare lo sconfinamento di competenza era un'informativa (un *informe*) dell'Amministrazione centrale, da richiedersi obbligatoriamente nel processo di adozione locale di atti di pianificazione e gestione territoriale: un'acquisizione endoprocedimentale che, secondo l'interpretazione del presente caso, doveva ritenersi ammessa solo ad assolvere il dovere di collaborazione tra i livelli di governo, senza potersi risolvere, neanche implicitamente, in un atto suscettibile di influenzare le decisioni locali.

Nello stesso senso, ma con esiti opposti in quanto ai risultati pervenuti in termini di riconoscimento delle competenze, un'altra pronuncia del Tribunale costituzionale spagnolo¹⁰² ha affermato che l'emissione di una relazione obbligatoria, ma non vincolante, pur essendo sufficiente ad assecondare l'opportuna consultazione delle Comunità autonome entro un processo decisionale e pur essendo congegnale a canalizzare la collaborazione obbligatoria tra Stato e Comunità autonome, non implica un'attività di *codecisione*, a causa della diversità degli strumenti adottati¹⁰³. Nel caso di specie, alcune Comunità autonome, rappresentate dai rispettivi organi

defensa nacional o la iluminación de las costas, que también tienen incidencia territorial. La necesidad de respetar estos actos de ejercicio de competencias estatales puede justificar el establecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación concretos que garanticen ese respeto. Sin embargo, de esto no se sigue que la aprobación autonómica de los planes o normas de ordenación territorial requieran un genérico informe preceptivo y vinculante del Estado, ya que con ello se convertiría un acto de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, en un acto complejo resultado de la concurrencia de dos voluntades, la del Estado y la de la Comunidad Autónoma. En definitiva, pues, si la aprobación de las Directrices de Ordenación Territorial es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, su ejercicio no puede verse mediatizado por la obligatoriedad de un informe previo de la Administración Central del Estado.»

¹⁰²TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sent. n. 182/2013 del 23 ottobre

¹⁰³ A questo proposito cfr. il penultimo capoverso di cui al n. 20, lett. c) della parte in diritto della citata sentenza, dove si legge: «*En todo caso, la Comunidad Autónoma podrá manifestar su criterio sobre tales cuestiones organizativas a través del mecanismo de informe preceptivo, sobre el que se alega cuanto ha quedado resumido en el antecedente 20.B.b), añadiendo que el Tribunal Constitucional ha distinguido claramente entre la incidencia competencial de ambos tipos de informe, preceptivo y vinculante (SSTC 103/1989, de 8 de junio, FJ 7, 36/1994, de 10 de febrero, FJ 5, 118/1996, de 27 de junio, FJ 22, 124/2003, de 19 de junio, FJ 4), debiendo prevalecer el título competencial del Banco de España, como organismo central específicamente diseñado para velar por la estabilidad del sistema financiero, que no puede resultar desplazado mediante el mecanismo codecesorio del informe vinculante, ni mucho menos con el mantenimiento de la autorización autonómica del plan de reestructuración.»*

esecutivi, avevano presentato un ricorso di incostituzionalità avverso alcune disposizioni di un regio decreto legge in tema di ristrutturazione bancaria degli istituti di credito, asserendo che l'intervento normativo in questione violasse il riparto competenziale desumibile dal regime delle Comunità autonome e dagli Statuti autonomici di riferimento. Il Giudice costituzionale, nell'attribuire al solo livello statale la competenza in materia, coglie l'occasione per rimarcare che le determinazioni amministrative sprovviste di espressa vincolatività non siano idonee a provare l'esistenza di una contitolarità decisionale¹⁰⁴.

Continuando la rassegna, la sentenza n. 14 del 13 febbraio 2004¹⁰⁵ dello stesso Giudice ha dichiarato contrario alla costituzione il punto n. 222 di una *directriz* contenuta all'interno di un allegato alla *Ley de las Cortes de Aragón* n. 7 del 16 luglio 1998. Le censure di incostituzionalità poi accolte si dolevano della *vincolatività* delle statuizioni contenute nella *directriz*, in quanto si riteneva che le stesse ledessero, anche in questo caso, il riparto della potestà normativa tra Stato e Comunità autonome¹⁰⁶. A difesa della legittimità dell'atto, le deduzioni del *Letrado de la Diputación General de Aragón* affermavano che il rinvio alla *directriz* contenuta nell'allegato potesse dare luogo ad una vincolatività delle previsioni qui contenute per le sole parti della direttiva con le quali si disponeva in materie di competenza della Comunità. Al contrario, le indicazioni non ascrivibili a questi

¹⁰⁴ Sulla contitolarità decisionale e, più in generale, sul riparto di competenze tra livello statale ed autonomico, si rinvia, per tutti, a L. MEDINA ALCOZ, *La participación de los entes locales en la elaboración de normas autonómicas y statale*, Madrid, 2009.

¹⁰⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sent. n. 14/2004 del 13 febbraio

¹⁰⁶ Secondo la tesi dell'Abodago del Estado, il carattere vincolante della *directriz recurrida* sarebbe stato desumibile in base al combinato disposto dell'art. 4 della già citata *Ley n. 7/1998* e degli artt. 14 e 25 della *Ley n. 11/1992 de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón*. Il primo dei tre articoli citati, disciplinando l'efficacia dello strumento contenente la gravata *directriz*, affermava l'espressa vincolatività delle disposizioni contenute in ogni *directriz*, rinviando per la specifica disciplina ai già menzionati artt. 14 e 25 («*Las directrices de ordenación territorial son vinculantes, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 11/1992, de 24 de noviembre, de Ordenación del Territorio (LOTA), en relación con el artículo 14.2 del citado texto legal*»). L'art. 14, dopo aver stabilito l'esistenza di strumenti vincolanti e strumenti con mero valore orientativo (*directriz orientativa*), si accinge a dettare lo specifico regime giuridico di ciascuna delle due categorie («*1. En los instrumentos de ordenación del territorio de Aragón se distinguirán con precisión quello de sus contenidos que tengan carácter de determinaciones vinculantes de ordenación territorial de quello otros que posean solamente naturaleza de directriz orientativa. 2. Las determinaciones vinculantes serán de estricta observancia y aplicación, obligando a particulares y administraciones públicas a su cumplimiento. Las directrices orientativas solo deberán ser tenidas en cuenta por las administraciones públicas en la configuración de sus propias políticas de incidencia territorial*»). L'articolo 25, infine, affermava la generale vincolatività delle viste *directriz* salvo che nei casi previsti dalla legge.

ambiti si sarebbero dovute intendere come direttrici meramente orientative¹⁰⁷. Il Tribunale costituzionale, dopo aver puntualizzato che i vari strumenti di pianificazione territoriale adottabili in base alle *Ley n. 7/1998* possano conoscere diversi gradi di efficacia ed essere, in alcune loro parti, anche meramente orientativi, ha riconosciuto la vincolatività trasversale delle statuizioni censurate, dichiarandole incostituzionali in quanto lesive del riparto competenziale.

Di qui una considerazione di fondo: l'incertezza relativa alla natura di uno strumento indefinito può sollevare problemi di inquadramento giuridico, coinvolgendo evidenti difficoltà di applicazione, dubbi in ordine alla sussistenza di una legittimazione decisoria, oltre che un rischio di sviamento della funzione normativa.

La *ratio* che sembra accomunare le decisioni appena passate in rassegna postula, infatti, che l'esercizio di funzioni di mero indirizzo non possa *non* ripercuotersi sul piano della cogenza se il suggerire assume un peso specifico pari o simile alla vincolatività (sia che essa si desuma da una statuizione, sia che la si ricavi implicitamente): un assetto interpretativo idoneo ad escludere che il tenore regolativo (e, talvolta, autenticamente precettivo) di *linee guida* e assimilati possa ricavarsi uno spazio di vincolatività fattuale attraverso percorsi carsici, in quanto non si ammette che esso possa ridondare a sfavore del riparto di competenze. Gli indirizzi interpretativi appena mostrati sembrano, infatti, dissipare almeno alcuni dei pericoli connessi ad un riconoscimento d'efficacia fattuale degli atti flessibili, rassicurando gli interpreti proprio come si ritiene opportuno avvenga anche in altri sistemi.

Al di fuori dei discorsi relativi al riparto competenziale tra livelli territoriali, altri svolgimenti registratisi presso il sistema spagnolo sembrerebbero, però, rivelare che nemmeno questo ordinamento possa dirsi del tutto al sicuro dagli effetti derivanti dal profluvio di strumenti indeterminati. In una pronuncia della fine degli anni

¹⁰⁷ Cfr. punto 8, lett. c), dove si legge: «*Así pues la Ley recurrida no ha desconocido o vulnerado las competencias statale, pues se ha dictado, en lo relativo precepto impugnado, de acuerdo con las competencias autonómicas en materia de "ordenación del territorio" y de "medio ambiente (arts. 35.1.7 y 37.3 EAAR) (...) De este modo nunca una directrix general de ordenación territorial podrá ser objeto adecuado de un conflicto de competencias por entender que su carácter vinculante vulnera competencias del Estado: pues, o bien nos encontramos ante materias que sean competencia de la Comunidad Autónoma, en cuyo caso nada podrá objetarse a su carácter vinculante, o bien, se si trata de materias de competencia estatal, la directrix no tendrá carácter vinculante sino meramente orientativo*»

Novanta, per esempio, il Tribunale costituzionale¹⁰⁸, insistendo sulla qualificazione tecnica di alcune *circulares* della Comisión Nacional del Mercado de Valores ha sostenuto in modo dubbio e sicuramente poco argomentato una sostanziale assimilabilità delle stesse alle fonti regolamentari. L'asserzione in parola è ricavabile dalla lettura di un *obiter dictum* che, basandosi sull'interesse generale che deriverebbe dall'adozione di indicazioni sufficientemente suffragate dal punto di vista *tecnico*, escluderebbe che le *circulares* possano sempre ritenersi estranee alla normazione¹⁰⁹.

In altre parole, si afferma che è il contenuto concreto delle *circulares* a determinare se esse siano o meno assimilabili all'esercizio del potere regolamentare. In caso affermativo, esse dovrebbero intendersi come regolamenti, atti vincolanti muniti di effetti *erga omnes*: se ne ricava che un atto dall'etichetta non certamente riconducibile alle fonti (le *circulares*, da alcuni autori ritenute atti di *soft-law*, ma in ogni caso estranee al sistema delle fonti) siano state considerate alla stregua di fonti regolamentari in virtù di un'assimilazione sostanziale e contenutistica.

Parimenti fondata su argomentazioni di carattere tecnico sembra, poi, l'emersione sostanzialmente normativa del *soft-law* adottato in materia di protezione dei dati personali. Anche in questo settore, la produzione di strumenti paranormativi è abbastanza diffusa e sembra essere stata ammessa a regolare, con efficacia sostanzialmente vincolante, molti aspetti concreti della materia¹¹⁰. In questo, come in

¹⁰⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sent. n. 133/1997, del 16 luglio.

¹⁰⁹ Confronta il punto 7 della parte in diritto, dove si legge: «*Conviene recordar aquí que, como hemos declarado en numerosas Sentencias, "no cabe descartar de antemano que las bases pueden comprender regulaciones detalladas de aspectos concretos de las materias o que, incluso, pueden incluir la potestad de realizar actos de ejecución... En la ordenación de sectores económicos como el crédito, la consecución de aquellos intereses generales perseguidos por la regulación estatal de las bases del crédito, exigirá que, atendiendo a circunstancias coyunturales y a objetivos de política monetaria y financiera, el Gobierno de la Nación proceda a la concreción e incluso a la cuantificación de medidas contenidas en la regulación básica del crédito, pues al Gobierno de la Nación le corresponde tanto la dirección de la política financiera nacional y de la política económica general, como la coordinación de las mismas con las que pueda tener cada Comunidad en su ámbito respectivo" (por todas, STC 178/1992, Fundamento jurídico 2º). Dicho eso, sólo a la luz del contenido concreto de las Circulares que dicte la Comisión Nacional del Mercado de Valores podremos preguntarnos si están o no dentro del ejercicio legítimo de las competencias que la Constitución ha reservado al Estado en la materia. Pero en abstracto y a priori no puede decirse que la atribución de potestad reglamentaria a la citada Comisión, dentro del ámbito material que le es propio, invada por sí sola las competencias de la Comunidad Autónoma recurrente.*».

¹¹⁰ A questo proposito si v., per tutti, M. ALMEIDA CERREDA, *Las entidades locales y la protección de*

altri casi già analizzati, l'incisività del *soft-law* adottato dall'amministrazione si espande o si restringe in ragione della specificità del suo contenuto.

Quando, infatti, propone argomentazioni atte a suffragare (e facilitare) l'affermazione di determinate soluzioni, può dirsi che si tratti di un *soft-law* effettivamente ispirato a fini di ausilio interpretativo e che non si riscontrino grandi problemi. Se, però, si tratta di un *soft-law* che introduce elementi di novità nel sistema, suggerendo soluzioni inedite e sostituendosi alla normazione, è evidente che si abbia a che fare con uno strumento paranormativo in grado di atteggiarsi a regola del caso.

In questo come nel primo caso, la formulazione in senso precettivo di strumenti inidonei a veicolare *comandi* si traduce in un rischio di certezza sull'operatività del sistema. Tale rischio è, naturalmente, favorito (se non proprio determinato) dal fatto che tali atti atipici siano ammessi, sempre più spesso ed in via del tutto implicita, ad operare effetti che non dovrebbero essere loro propri: un'emersione informale di comandi non legittimati e privi di regime giuridico che, in assenza di un intervento legislativo per la chiarezza, rimette alle decisioni ondivaghe della giurisprudenza la determinazione degli effetti concretamente riconducibili a tutta una serie di atti.

7. *Le linee guida come espressione di una tendenza espansiva del soft-law*

Gli esempi finora svolti hanno evidenziato che le indicazioni contenute all'interno di *linee guida* ed atti ad esse assimilabili siano state talvolta ammesse ad esplicare degli effetti che esorbitano dalle concrete potenzialità degli strumenti che le contengano. Allo stesso tempo, si registrano casi in cui l'impiego dell'etichetta *linee guida* o di dizioni ad essa assimilabili sia stato riferito ad atti certamente contenenti

datos, in Anuario de Derecho Municipal, 12, 2018, dove, a p. 5, si legge: «La normativa antescitada se complementa con un heterogéneo conjunto de instrumentos paranormativos. Estos se caracterizan por contener en los que se contienen indicaciones razonables de cómo interpretar la misma, pero, en principio, per se, carecen de fuerza obligatoria. No obstante, en la práctica, gozan de un notable nivel de vinculatoriedad, en la media en que los organismos administrativos de control y los tribunales los tienen en cuenta a la hora de adoptar y fundamentar sus decisiones. Es necesario destacar que la incorporación del principio de responsabilidad proactiva, en el acervo de principios de la protección de datos, sin duda alguna, va a incrementar la fuerza vinculante propia de estos documentos: la gestión respetuosa con los principios de protección de datos requiere, ontológicamente, el seguimiento prudente y ponderado de las indicaciones contenidas en los instrumentos de softlaw.»

regole vincolanti¹¹¹. Al di fuori di questi ultimi casi, la rassegna dei più significativi esempi di *linee guida* rivela, però, che la maggioranza degli atti che circolano sotto questa etichetta sia comunque costituita da indicazioni sprovviste di formale obbligatorietà. La maggior parte delle *linee guida* esistenti nei vari ordinamenti corrispondono, infatti: o ad atti formalmente inidonei ad esprimere un contenuto vincolante, ma provvisti di indicazioni strutturalmente simili a canoni obbligatori; o a strumenti del tutto inidonei ad essere intesi come contenitivi comandi per via della loro struttura, della loro formulazione discorsiva o di altri parametri.

Questi ultimi due gruppi di strumenti sono, forse, quelli che presentano le maggiori criticità in termini di sostenibilità giuridica¹¹². Contrariamente alle *linee guida* che possano ritenersi *atti generali* e vincolanti (se non proprio fonti del diritto), le *linee guida* solo formalmente indicative, ma potenzialmente (e, alle volte, anche *sostanzialmente*) obbligatorie¹¹³, possono infatti essere (e certe volte sono) riguardate da percorsi di implicita elezione a *fonti*, senza assecondare (o assecondando solo in parte) il sistema di garanzie tipico della produzione di norme giuridiche.

Gli esempi finora proposti sembrerebbero deporre in questo senso.

Anzi, l'impressione che sembra potersi ricavare dai casi presi in considerazione è che l'avanzata di questi strumenti stia riguardando più ordinamenti e più aree di questi, consolidando un orientamento estensivo dell'uso di strumenti flessibili che, più in generale, può ritenersi un'espansione degli strumenti *soft-law*¹¹⁴.

Sebbene l'assenza di obbligatorietà suggerirebbe di relegare questi strumenti ad un livello giuridico secondario e complementare, gli indirizzi interpretativi che lo

¹¹¹ Il riferimento corre, naturalmente, alle già accennate *linee guida* dell'Autorità nazionale anticorruzione

¹¹² Nel caso delle *linee guida* munite di precettività, i problemi riscontrabili consistono, in primo luogo, nell'assimilazione dello scritto ad un tipo di atto o di fonte, in modo che se ne possa ricavare il regime giuridico di riferimento. Nel secondo caso, invece, si assiste ad un implicito processo di traduzione di una indicazione elaborata, spesso, al di fuori dei circuiti di legittimazione del potere, che entra a far parte dell'ordinamento pur essendone, addirittura, dubbia la stessa natura di norma giuridica.

¹¹³ Questo effetto si riscontra, ad esempio, con il *droit souple* francese, il quale può ritenersi parte integrante dell'ordinamento pur essendo elaborato secondo processi che non rispondono ai criteri della produzione normativa e che si vorrebbe che si legittimino in via di fatto.

¹¹⁴ Si parla, invece, di avanzata del *soft-law* in T. GIARO, *Dal soft-law moderno al soft-law antico*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 83, dove si legge: «*Soft-law è una denominazione paradossale che significa diritto non vincolante, ma pur sempre non privo di conseguenze, per lo meno sul piano fattuale*».

ammettano, più o meno esplicitamente, ad un *acquisto* o a od un *riconoscimento* di efficacia per via fattuale, sembrerebbero voler fondare e legittimare nuovi processi di produzione delle norme giuridiche, mettendo in crisi la tradizionale distinzione tra *hard* e *soft-law* ed incentivando l'idea di una permeabilità tra diritto cogente e diritto non cogente che merita di considerarsi con attenzione.

7.1. L'avanzata del soft-law come fenomeno unitario

Per il momento, la c.d. avanzata del *soft-law* si è registrata rispetto ad *atti* e *sistemi* anche molto diversi tra loro, di tant'è che sembra particolarmente difficile indagare il fenomeno a partire dalle specifiche caratteristiche degli ordinamenti in cui si sia registrato o dagli elementi degli strumenti che l'abbiano realizzato.

Con buona approssimazione, si potrebbe, però, affermare che il complesso di determinazioni che siano state riguardate da questa tendenza sia verosimilmente sovrapponibile al gruppo di atti che (almeno) qualche legislatore ha indicato con la locuzione *strumenti flessibili*¹¹⁵: un'espressione che è indefinita e poco delimitante proprio come la locuzione *linee guida*.

L'evidente eterogeneità dei vari atti che possano essere (o possano essere stati) riguardati da un'implicita traduzione sul piano delle fonti non sembra, tuttavia, tale da impedire che le varie manifestazioni di questo fenomeno siano iscritte entro un disegno unitario. Privilegiando una visione d'insieme, sembra, infatti, possibile rintracciare una matrice comune a tutte le manifestazioni di questo tipo, in quanto il visto orientamento espansivo del *soft-law* (e, forse, la stessa proliferazione dei c.d. *strumenti flessibili*) sono verosimilmente espressione di una comune riserva mentale: quella di superare i tradizionali processi di elaborazione delle norme giuridiche, favorendo l'adozione di nuovi meccanismi di produzione normativa.

Alla base di un tentativo di questo tipo risiede spesso l'avvertita (e più o meno fondata) esigenza di rifuggire i classici meccanismi di produzione delle fonti (ritenuti obsoleti ed elefantiaci) e di regolare il traffico giuridico con strumenti nuovi, ritenuti maggiormente in grado di rispondere alle esigenze della modernità (e della

¹¹⁵ Lo ha fatto, per esempio, il legislatore italiano nel d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici).

regolazione dei settori tecnici, *in primis*)¹¹⁶. In questo panorama, il predicato della *flessibilità* (riferita agli strumenti indagati) si ritiene essere un carattere estremamente congegnale all'elaborazione di risposte elastiche, e l'elasticità è, a sua volta, ritenuta l'unico attributo in grado di governare la complessità (anche tecnica) del presente¹¹⁷.

Tuttavia, se è vero che molti di questi strumenti possano essere un veicolo di rapida elaborazione delle risposte, sembra altrettanto vero che molti di essi dischiudano un'insuperabile complicazione giuridica, quando non proprio un *rischio* per il funzionamento del sistema delle fonti. A questo riguardo è, infatti, difficile ritenere che esistano ordinamenti in cui l'espansione di questi strumenti non possa rappresentare un problema. Nel prossimo paragrafo si cercherà di darne conto.

¹¹⁶ Sulla necessità di strumenti elastici per regolare la complessità degli assetti sociali, v. ad esempio, S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999; ID., *Diritto, scienza e tecnologia*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004. Per uno sguardo, invece, all'adozione di strumenti flessibili entro il diritto del lavoro, v., tra gli altri, F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft-law*, in *Lavoro e Diritto*, 1/2003.

¹¹⁷ Sugli strumenti di *soft-law* come veicoli delle nuove esigenze di regolamentazione, sembra potersi condividere l'analisi di B. PASTORE, *Il Soft-law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*; D. THÜRER, *Soft-law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 2000; D.A. WIRTH, *Commentary: Compliance with Non-Binding Norms in the International Legal System*, in D. SHELTON (a cura di), *Commitment e Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, New York, 2000; H. HILLGENBERG, *A Fresh Look at Soft-law*, in *European Journal of International Law*, p. 1999; F. FRANCONI, *International «soft-law»: a contemporary assessment*, in V. LOWE – M. FITZMAURICE (a cura di), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, 1996; AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *A Hard Look at Soft-law*, in AA.VV., *American Society of International Law. Proceedings of the 82nd Annual meeting*, 1988. Sul ruolo e l'evoluzione del *soft-law* internazionale si rinvia a A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000; A.E. BOYLE, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft-law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1999; C.M. CHINKIN, *The Challenge of Soft-law: Development and Change in International Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1989; F. MÜNCH, *Non-Binding Agreements*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 1984; P. WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law?*, in *American Journal of International Law*, 77, 1983; R.R. BAXTER, *International Law in «Her Infinite Variety»*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1980; O. SCHACHTE, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, in *American Journal of International Law*, 1977; R.J. DUPUY, *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la «Soft-law»*, in *L'élaboration du droit international public. Colloque de la Société Française pour le Droit International*, Pargi, 1975; G. ARANGIO-RUIZ, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Development of Principles of Friendly Relations*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, III, 1972.

7.2. *Il soft-law delle linee guida e i principi dell'ordinamento: occasioni di dialogo e di frizione.*

Molte autorevoli ricostruzioni attribuiscono al *soft-law* ed agli atti che ne siano, variamente, espressione una o, addirittura, più funzioni di significativa rilevanza¹¹⁸.

In questo senso, c'è chi ritiene che il *soft-law* possa dischiudere una *giuridicità multilivello* anziché una consueta giuridicità *monofunzionale*¹¹⁹. E ciò in quanto, differentemente dall'*hard law*, non perseguirebbe l'obbligatorietà e si accontenterebbe di produrre un *orientamento sociale*, persuadendo i destinatari delle indicazioni ad una spontanea osservanza¹²⁰. Ed effettivamente, una simile ricostruzione sembrerebbe particolarmente riscontrabile rispetto al *soft-law* elaborato dalle istituzioni internazionali, nel caso delle quali l'impossibilità di ottenere una sicura adesione degli Stati può rendere il *soft-law* l'unico strumento concretamente praticabile¹²¹.

Non si riscontrano particolari problemi ad affermare che il diritto flessibile sia uno strumento giuridico utile ad introdurre delle indicazioni in contesti nei quali non sia possibile imporre obblighi formali, sia per la natura dei destinatari delle indicazioni, sia per la posizione di *non* supremazia (o di quasi parità) di chi ponga in essere queste stesse indicazioni. Ma, aldilà di questo aspetto, alcuni autori hanno ipotizzato che l'uso del *soft-law* potrebbe procurare altre e diverse utilità.

¹¹⁸ Cfr., per esempio, M.R. FERRARESE, *Soft-law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*, p. 72, dove si legge: «Dietro questa definizione paradossale – ci si riferisce alla definizione di *soft-law*, n.d.r. – si nasconde tuttavia una grande varietà di modi di essere della *soft-law*, nonché un ampio repertorio di funzioni da essa svolte» e, soprattutto, p. 77 e ss. (par. 4, *L'universo multifunzionale della soft-law*).

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 77.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 78, si imposta una distinzione tra la funzione prescizionale (corredata da sanzione), secondo l'insegnamento di Kelsen, e la funzione di *generalizzazione congruente alle aspettative*, teorizzata da Luhmann, secondo cui il diritto assolve alla capacità di produrre un orientamento sociale. Sulle funzioni del diritto v. anche, V. Ferrari, *Funzioni del diritto*, Roma-Bari, 1995 (come richiamato da M.R. Ferrarese, in *op. cit.*).

¹²¹ Così G. GÓMEZ – M. ISABEL, *El soft-law come fuente del derecho extranacional*, Madrid, 2018; F. FRANCONI, *International Soft-law*, in V. LOWE – M. FITZMAURICE (a cura di), *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge, 1996; D. THÜRER, *op. cit.*; J.J. KIRTON – M.J. TREBILCOCK (a cura di), *Hard Choices, Soft-law*, Aldershot, 2004. Per una storia sull'origine del *soft-law* internazionale, cfr., invece, R.R. BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, cit.; O. ELIAS – C. LIM, *General Principles of Law, Soft-law and the identification of International Law*, in *International Comparative Law Quarterly*, 28, 1997. Sulla varietà degli atti di *soft-law* v., invece, H. HILLGENBERG, *op.cit.*

Perseguendo questo *iter* argomentativo, si dice, infatti, che il *soft-law* dovrebbe ritenersi utile anche in quanto possa favorire il coinvolgimento dei consociati all'adozione di determinate decisioni. Qualcosa di simile accadrebbe, ad esempio, rispetto a quegli atti che esprimano indirizzi di *governance* e ambiscano a favorire la *partecipazione* della società civile (o di parti di essa) ai procedimenti decisionali¹²².

Ancora, il *soft-law* – si ritiene - può rivelarsi uno strumento utile per veicolare entro l'ordinamento dei *valori* e degli *standard comportamentali* che non si voglia (o non si possa) imporre come immediatamente obbligatori. In questo senso, le sue indicazioni assolverebbero ad una funzione *educativo-orientativa*, puntando alla realizzazione ed al radicamento delle condizioni ideali per l'adozione di norme¹²³.

Da ultimo, molti strumenti di *soft-law* sono ritenuti degli utili ausili per l'interpretazione dell'*hard law* (in questo senso, molti autori parlano di *soft-law-post law*, e cioè di un *soft-law* elaborato a supporto dell'applicazione giuridica)¹²⁴.

La disamina delle possibili funzioni del *soft-law* mostra come esso possa (o debba) essere tenuto in considerazione dagli operatori giuridici, se non altro per il fatto che possa dialogare, in modo più o meno espresso, con l'*hard law*. E d'altronde,

¹²² A questo riguardo basti pensare ai Green o White Papers, emanati dalla Commissione europea. A questo riguardo, si parla, molto spesso, di atti di *soft-law* del tipo del *pre-law* (inteso come *pre-soft-law*: un diritto flessibile che prepari l'adozione dell'*hard law*). Ad ogni buon conto, quella appena evidenziata non sembra un'ottima ragione per impiegare il *soft-law* e l'incertezza che ne deriva: il coinvolgimento dei consociati può, infatti, ottenersi anche prevedendo dei meccanismi di partecipazione per la formazione degli atti di *hard law*.

¹²³ Questo accade, ad esempio, rispetto a molto *soft-law* delle organizzazioni internazionali, laddove diverse istituzioni cercano di veicolare determinati valori entro la Comunità internazionale. Una traccia di questo è presente in U. LEANZA, *Il diritto internazionale*, Torino, 2002. Per l'affermazione della funzione educativa del *soft-law* v., invece, M.R. FERRARESE, *op. cit.*, p. 77; M. CINI, *The Soft-law Approach*, in *Journal of European Public Policy*, 8, 2001; K. JACOBSSON, *Soft Regulation and the Subtle Transformation of States*, in *Journal of European Social Policies*, 2004.

¹²⁴ Tra gli altri, si distingue il *soft-law* in *pre-law*, *para-law* e *post-law* in L. SENDEN, *Soft-law in European Community Law*, Oxford, 2004. Sembra potersi inquadrare nel *soft-law – pre-law* la vicenda di alcuni atti indagati dalla Corte di Giustizia CE nella sentenza Grimaldi (causa C-322/88), dove è stato affermato che le *raccomandazioni*, benché non vincolanti ex art. 189, co. 5 del Trattato CEE, non possano essere considerate prive «di qualsiasi effetto giuridico» in quanto i giudici nazionali sarebbero obbligati a tenerne conto per la risoluzione delle controversie, specie allorché possano rivelarsi d'aiuto per l'interpretazione di norme nazionali adottate per attuare il diritto europeo o completino il significato di norme comunitarie aventi natura vincolante. Con riferimento alla Convenzione di Oviedo, parla, poi di *funzione ausiliaria* all'interpretazione la Corte di cassazione italiana (sent. n. 21748/2007), dove si afferma che la mancanza di ratifica non esclude che i Giudici debbano fornire un'interpretazione che sia quanto più possibile conforme al dettato dall'accordo internazionale così stipulato.

il successo della produzione (giuridica) degli atti di *soft-law* sconsiglierebbe di relegarne l'analisi ad una dimensione totalmente e squisitamente extra-giuridica. Anche a voler condividere l'impostazione di coloro che collocano il *soft-law* al di fuori della giuridicità, sembra infatti innegabile che anche questa espressione del giuridico abbia ormai l'attitudine di incidere la conformazione degli ordinamenti¹²⁵.

In che misura ciò possa avvenire è uno degli aspetti che sicuramente interessa questo lavoro, almeno nella misura in cui le *linee guida* possano ritenersi una delle espressioni del *soft-law*. Prendendo le mosse da questo interrogativo, il prosieguo di questa parte del lavoro cercherà di mettere in relazione alcune delle elaborazioni che si sono susseguite con riguardo agli atti di *soft-law* per comprendere se sia possibile riscontrarle anche con riferimento alle *linee guida* e, se sì, con quali effetti¹²⁶.

Ai limitati fini di questo paragrafo, sembra, però, opportuno segnalare che ogni forma di riconoscimento o apprezzamento che si voglia tributare al *soft-law* deve, in ogni caso, misurarsi con le criticità che il suo uso può comportare, per vari motivi.

Allo stato attuale, adottando un punto di vista formalistico, si può dire che il *soft-law* non dovrebbe poter incidere gli ordinamenti proprio perché ontologicamente sprovvisto di ogni *efficacia* o *coercibilità*. Un suo eventuale riconoscimento entro il diritto potrebbe, però, rivisitare questa prospettiva ed incoraggiare altri episodi della già vista *risalita* verso il piano delle fonti del diritto (o, più in generale, dei comandi).

A ben guardare, l'espansione del *soft-law* non comporterebbe cioè la sola espansione delle sue (addotte) utilità, ma anche un ampliamento delle occasioni di frizione che esso possa determinare nei riguardi di alcuni principi che presidiano il funzionamento degli ordinamenti. Il ricorso al *soft-law* in luogo di strumenti giuridici tradizionali lascerebbe, infatti, irrisolti diversi problemi di grande momento.

In primo luogo, il *soft-law*, se ammesso in via giurisprudenziale alle regole formali o se influente al punto da potersi riconoscere vincolante *de facto*, può porre,

¹²⁵ Al riguardo cfr. T. GIARO, *Dal soft-law moderno al soft-law antico*; B. PASTORE, *Il soft-law nella teoria delle fonti*, entrambi in A. Somma (a cura di), *op.cit.* Non parlano di normatività attenuata del *soft-law*, ma sembrano presupporla in termini di non trascurabile incidenza U. MÖRTH, *Conclusion*, in ID. (a cura di), *Soft-law in Governance and Retulation*, Cheltenham, 2004; L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Torino, 1995.

¹²⁶ Per una definizione del *soft-law* cfr., tra tutti, M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft-law*, in *Lavoro e diritto*, 1/2003.

tra gli altri, un evidente problema di legittimazione all'esercizio della funzione normativa (con tutto quello che ne derivi anche in termini di separazione di poteri).

In secondo luogo, l'elezione di un qualsivoglia paradigma di *soft-law* a regola, *quasi-regola* o parametro integrativo della regola pone problemi di certezza del diritto (e, conseguentemente, dubbi sul regime giuridico applicabile o su quali debbano essere gli eventuali profili di responsabilità per le lesioni eventualmente cagionate).

A questo riguardo, alcuni autori hanno sostenuto che l'avanzata del *soft-law* farebbe sì che gli interpreti, prima ancora di trarre la *norma* dalle *fonti di produzione del diritto*, sarebbero chiamati ricostruire *cosa* possa essere considerata fonte di produzione del diritto: ad avviso di chi scrive, accettare una prospettiva di questo tipo significa, tuttavia, contraddire il nucleo duro del principio della certezza del diritto.

Per quanto l'individuazione delle fonti astrattamente utilizzabili per risolvere un caso concreto possa essere anche molto complicato, non si può ammettere che le stesse *non* siano determinate (o determinabili) entro un *numerus clausus* e che l'interprete possa rinvenire fonti di produzione dove, di volta in volta, gli sia più utile o comodo rintracciarle (*soft-law* compreso). Ad affermare il contrario, gli operatori potrebbero applicare tutto ed il contrario di tutto (visto che esistono strumenti di *soft-law* per ogni evenienza ed anche per quella contraria), senza contare che, così facendo, i consociati non saprebbero più dove poter reperire il diritto da dover rispettare.

Da ultimo, il *soft-law* è tendenzialmente non giustiziabile (proprio perché formalmente improduttivo di effetti vincolanti) ed i casi in cui se ne è stata ammessa la giustiziabilità hanno preso le mosse proprio dalla constatazione che vi fossero degli strumenti che avessero percorso la descritta *risalita* verso le fonti e che, pur essendo *formalmente* non vincolanti, dovessero intendersi come *sostanzialmente* tali.

In quarto luogo, la proliferazione di strumenti di questo tipo favorisce la fuga dalle fonti tradizionali e realizza un'implicita trasformazione della titolarità del

potere normativo, con evidenti e preoccupanti riflessi anche sul momento applicativo¹²⁷.

7.3. *Il soft-law come “nuova” espressione della produzione normativa*

Se le assunte funzionalità del *soft-law* impongano di ritenerlo possibile parte delle *fonti* è questione non da poco. Tuttavia (almeno alcuni de) i sostenitori della giuridicità del *soft-law* sembrerebbero dell’avviso che questo interrogativo non debba più essere poi così centrale, in quanto l’odierna appartenenza ai sistemi di produzione delle norme giuridiche non dovrebbe più ricavarsi solo in base alla coercibilità¹²⁸.

Secondo questa impostazione, la natura e le funzioni del *soft-law* dischiuderebbero un’area del giuridico così differente dallo *ius positum* da non poter essere valutata in modo adeguato se considerata alla stregua dei canoni tradizionali. Per tale ragione, la rilevanza delle funzioni svolte dal *soft-law* e la sua importanza imporrebbero che gli si riconosca giuridicità, benché lo stesso non ammetta di ricostruirsi secondo i canoni dell’obbligatorietà e della coercibilità¹²⁹.

¹²⁷ Per descrivere l’attitudine del *soft-law* a rifluire per via di fatto sul piano delle fonti si potrebbe usare un’espressione di B. Pastore in cui questa dimensione giuridica viene definita elusiva. A ben intendere, l’attribuzione di questo aggettivo potrebbe indicare che il *soft-law*, pur dovendosi ritenere sprovvisto della capacità di sancire diritti ed imporre obblighi sia, di fatto, una componente fondamentale dell’ordinamento, in quanto (più o meno auspicabilmente) capace di introdurre nuove regole nei sistemi giuridici.

¹²⁸ Si parla di mutamento del *modello di regolazione* in B. PASTORE, *Il soft-law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*, p. 122, dove si legge: «*Tali fenomeni – le odierne trasformazioni sociali, n.d.r., - segnano un mutamento del modello di regolazione che non è più centrato su norme rigide, che si impongono alla generalità dei cittadini, e su fattispecie analitiche, ma è attento all’esigenza di fare della normazione uno strumento capace di adattarsi alle dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad orientare verso particolari scopi il comportamento dei soggetti, senza costringerli a tenerne uno specifico. (...) In questo panorama, caratterizzato dalla relativizzazione del principio di tipicità delle forme e della fonte normativa, nonché dalla varietà crescente delle regole giuridiche, trova posto, con le sue molte facce, il soft-law. Esso rappresenta uno dei fattori con i quali prende oggi forma la normatività di un sistema giuridico.*».

¹²⁹ *Ibidem*, p. 79, dove si legge: «Con la globalizzazione, muta significativamente questo orizzonte che vedeva lo Stato in posizione di sovra ordinazione incontrastata nella gerarchia dei poteri e muta anche l’ordine di giustificazione del diritto, che non risponde più esclusivamente alla grammatica dell’obbedienza. Il diritto viene prodotto da soggetti». Tra gli altri, propugnano una normatività differenziata del *soft-law* anche P. WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law?*, cit.; U. FASTENRATH, *Relative Normativity in International Law*, in *European Journal of International Law*, 4, 1993; K.W. ABBOTT – D. SINDAL, *Hard and Soft-law in International Governance*, in *International Organizations Law Review*, 2000; G.F. HANDL – W.M. REISMAN – B. SIMMA – P.M. DUPUY – C. CHINKIN, *A Hard Look at Soft-law*, in *American Society of International Law Proceedings*, 82, 1988; D. SHELTON, *Introduction*, in ID. (a cura di), *Commitment and Compliance*, Oxford, 2003.

In senso contrario, un'altra e più formale ricostruzione, sostiene però che il *soft-law* non dovrebbe nemmeno ritenersi diritto, in quanto ogni espressione che lo rappresenti non conterrebbe comandi suscettibili di essere eseguiti in via coattiva. In questo modo, ogni sua manifestazione dovrebbe ritenersi estranea al giuridico almeno fintantoché non conosca un espresso recepimento sul piano del diritto cogente¹³⁰.

È noto che, per lungo tempo, si è affermato e ritenuto che il *soft-law* non potesse considerarsi diritto, in quanto lo stesso *non* presentava i caratteri di ciò che si riteneva e che, in parte, ancora si ritiene poter essere *giuridico*. Appellandosi a questa ricostruzione, non manca chi continui a concludere che il diritto, per definizione, non possa essere *soft* e che qualunque strumento *soft* non possa essere ritenuto diritto.

Evidenziando, però, l'attitudine del *soft-law* a possedere un'incidenza di tipo fattuale, si potrebbe sostenere che la concreta capacità di produrre alcuni effetti scongiurerebbe di privare il *soft-law* di ogni cittadinanza giuridica. Il temperamento di queste due visioni suggerirebbe, infatti, di riconoscere agli strumenti di *soft-law* una più o meno penetrante e implicita capacità di incidere sulla produzione e sull'applicazione del diritto: una capacità, oggi, in apparente pieno esercizio, se si considerino la grande quantità ed il successo di questi strumenti.

In questo senso, sembrerebbe infatti argomentabile che l'assenza di vincolatività e coercibilità del *soft-law* non corrisponda necessariamente all'assenza di effetti giuridici rilevanti sul piano delle fonti e che l'equazione secondo cui la non-vincolatività equivalga alla non-giuridicità debba forse superarsi.

Come si diceva, gli orientamenti che ammettono che il *soft-law* possa appartenere all'esperienza giuridica valorizzano, infatti, un'asserita ed evidente *diversità* di questo modello rispetto alle formulazioni giuridiche tradizionali¹³¹.

¹³⁰ V. LASSERRE, *Les directives européennes*, in R.M. KIESOW – D. SIMON (a cura di), *Vorzimmer des Rechts*, Francoforte sul Meno, 2006. In questo senso anche R. BIN, *Soft-law, no law*, cit. e B. PASTORE, *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione*, in *Ars interpretandi*, 2001.

¹³¹ Si parla, a questo proposito, di ordinamento *a rete*, anziché gerarchicamente orientato; di *diritto aperto*, dai moduli espressivi fluidi e reattivi. In tema cfr. G. ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto oggi*, in *Ragion pratica*, 2004; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, Roma-Bari, 2007; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, Torino, 2007; M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002; A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft-law*, in *American Journal of Comparative Law*, cit. Sul superamento del diritto in funzione gerarchica, v., inoltre, F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Parigi, 1988, ID., *De la pyramide au rosea?*, in *Revue internationale d'études juridiques*, 2000.

Più di preciso, mentre per le fonti del diritto sarebbe possibile parlare di *efficacia* od *inefficacia*, per il *soft-law* (che è per definizione *inefficace*) bisognerebbe, piuttosto, parlare di *effettività* od *ineffettività* e cioè della sua più o meno accentuata attitudine ad informare ed orientare la condotta dei consociati¹³².

Su queste premesse, la questione che si intende proporre in questa parte del lavoro è quella che si interroghi sul *se* e sul *quanto* la condivisione di questa nuova impostazione possa indurre ad un ripensamento del sistema delle fonti.

A questo riguardo, alcuni autori sono stati categorici nell'escludere che l'emersione del *soft-law* imponga una ridefinizione dei sistemi delle fonti¹³³, ma altre posizioni (sia giurisprudenziali che di politica normativa) sembrerebbero adottare un approccio completamente diverso¹³⁴. Quest'ultimo, superando gli schemi della *precettività* e della *verticalità* giuridica, ammetterebbe che una parte della produzione delle norme possa informarsi all'*effettività* piuttosto che all'*efficacia*, alla *persuasività* piuttosto che all'*obbligatorietà*, alla resa grafica delle fonti in termini di *rete* piuttosto che di *piramide* gerarchica¹³⁵. Ora, lasciando per un attimo da parte l'auspicabilità di un abbandono del modello verticale e la fondatezza di una

¹³² Sul *soft-law* come manifestazione giuridica da intendersi in termini di effettività piuttosto che di efficacia, cfr., tra tutti, B. PASTORE, *Il soft-law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*, p. 121, dove l'Autore, riferendosi al *soft-law*, afferma: «La cifra fondamentale – per valutare la giuridicità, n.d.r. – è costituita, qui, dall'effettività. E si può dire che la giuridicità di qualunque norma dipende, oltre che dalla sua riconoscibilità giuridico-procedurale, dal suo essere effettiva, ossia obbedita dai cittadini ed applicata dagli organi istituzionali».

¹³³ In questo senso, cfr., per tutti, R. BIN, *Soft-law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*; S. FERRERI, *Tipologia*, in A. PIZZORUSSO – S. FERRERI, *Le fonti del diritto italiano*, vol. 1, a sua volta in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, cit.; B. LEITER, *Legal Indeterminacy*, in *Legal Theory*, 1, 1995; G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006.

¹³⁴ In questo senso è esemplificativa la posizione espressa in B. PASTORE, *Il soft-law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*, p. 123, dove si legge: «Il coniugare un esiguo potenziale autoritativo ad un livello variabile di effettività e di rilevanza giuridica ha fatto sorgere l'impressione che il *soft-law* resti ai margini del campo delle "vere" fonti del diritto. La nozione rinvierebbe ad "atti non normativi di valore sub legale", a norme di contenuto vago e di scopo indefinito, ad un diritto debolmente obbligatorio, ma talvolta dotato di forza persuasiva, la cui giuridicità è ambigua o messa in dubbio. Alla base di tale approccio sta l'idea che, poiché la vincolatività e la coercibilità si pongono come connotati tipici del diritto, siffatte regole elastiche, la cui ottemperanza ha carattere (per lo più volontario), che insistono sulla persuasione piuttosto che sulla cogenza, non sarebbero norme giuridiche. Tali regole, però, trovano applicazione, divenendo efficaci. Funzionano come ragioni che entrano nella giustificazione delle decisioni. (...) Il *soft-law*, dunque, fa parte del corpus normativo ed entra nel processo di positivizzazione. È, pertanto, una fonte del diritto, nel senso che è ritenuto capace di generare, in qualche modo, regole giuridiche».

¹³⁵ Si parla, a questo proposito, di produzione giuridica *solidale*, poiché condivisa tra più attori. L'espressione è di B. PASTORE. In tema cfr. anche A. RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2002

ricostruzione del sistema delle fonti in termini di *rete*, sembra il caso di rilevare che alcuni degli svolgimenti dell'attuale esperienza giuridica possano anche voler incoraggiare una trasformazione di questo tipo, specie laddove manifestino un certo *favor* per il passaggio dalla centralità del diritto *gerarchizzato* alla centralità delle regole *funzionalizzate*¹³⁶.

Le *linee guida* possono essere espressione di tutto questo, almeno nella misura in cui la loro adozione non sembri (quasi) mai preoccuparsi di dover essere incanalata entro una *struttura* o di dover giustificare la propria obbligatorietà giuridica. La maggior parte delle *linee guida* sembrano, infatti, preoccuparsi solo del profilo dell'*efficienza*, come se il discorso giuridico necessariamente retrostante all'adozione di indicazioni (spesso comportamentali) fosse una questione secondaria al risultato.

Lo studio della realtà concreta, mostra, però ciò che era forse intuibile anche prima che si incoraggiasse il profluvio di queste indicazioni: il più o meno esplicito aggiramento della *struttura* si rivela un problema drammaticamente irrisolto nel momento si debba predisporre una tutela rispetto agli strumenti flessibili¹³⁷.

Un esempio di quanto si dice può essere costituito dal fatto che l'incidenza di questi strumenti li abbia alle volte eletti a parametri con cui valutare determinati comportamenti degli individui: in questi casi diventa, infatti, irrinunciabile interrogarsi sulla doverosità delle indicazioni e, in ultima analisi, sulla loro portata giuridica.

L'aggiramento degli schemi formali, determina, infatti, gravi perplessità, di tant'è che sembra oggi necessario chiedersi se il *favor* per la trasformazione delle procedure normative (in senso *soft*) possa ritenersi sufficiente ad accantonare i vecchi schemi di produzione del diritto, e con essi, anche le garanzie che li presidiano.

Ad avviso di chi scrive, la risposta non può che essere negativa.

Al netto di ogni (supposta) funzionalità del *soft-law*, tutte le "nuove" (e possibili) dimensioni del diritto dovrebbero, infatti, accettarsi solo nella misura in cui siano adeguatamente garantite, specie in termini di legittimazione del potere.

¹³⁶ Sul rapporto tra *struttura* e *funzione* M.R. FERRARESE richiama N. Bobbio. Per un riscontro cfr. M.R. FERRARESE, *cit.*, in A. SOMMA, *op. cit.*, p. 77.

¹³⁷ Si parla di un ritorno *dalla confusione al diritto* in U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, 2006.

8. *Linee guida* interpretative, integrative e additive della *regula iuris*

Una delle utilità che si è soliti predicare con riguardo agli strumenti flessibili è certamente quella secondo cui essi agevolerebbero l'interpretazione delle regole cogenti, configurando la c.d. funzione di *post-law*. Con ogni evidenza, appartiene a questo filone teleologico la produzione di *linee guida* (ed atti ad esse assimilabili) a cui si attribuisce (o riconosce) la capacità di attuare e/o integrare la disciplina cogente, contribuendo alla concreta individuazione delle norme applicabili. Diverso, ma simile, è poi il caso di quelle *linee guida* che sembrerebbero porre in via quasi del tutto autonoma nuove regole per determinate situazioni della realtà, accingendosi a regolare fattispecie od eccezioni non previste dalle norme vigenti, affiancandone i precetti.

Il primo gruppo di casi che si intende osservare è quello in cui gli strumenti flessibili rivolgono ai destinatari di determinati atti normativi un'autorevole interpretazione (anche sistematica) delle disposizioni che li riguardano. In casi come questi, la specificità delle soluzioni interpretative proposte è, però, così accentuata da cristallizzare la successiva attività interpretativo-applicativa su percorsi quasi del tutto precostituiti. Impropriamente, si potrebbe dire che alcune fonti operino dei rinvii simili a quelli che si registrano, in altri casi, rispetto alle norme di altri ordinamenti in vista della risoluzione di controversie o, semplicemente, ai fini dell'individuazione delle norme applicabili. Proprio come in quei casi, anche in quelli nei quali si assista ad un rinvio rispetto al contenuto delle *linee guida*, si può avere a che fare con rimandi al contenuto puntuale di un atto o, addirittura, all'intero corpo di indicazioni¹³⁸.

¹³⁸ Sull'assimilazione di linee guida e norme oggetto di rinvio, si v., tra tutti, C.M. MASIERI, *op. cit.*, p. 253, dove si legge: «*Jura novit curia, norme giuridiche e linee guida // Se si osserva il diritto a prescindere da una sua rigida compartimentazione per materie, si rileverà che le linee guida per la pratica clinica hanno seguito una parabola analoga a quella delle norme di diritto straniero, applicabili nel nostro ordinamento in forza della disciplina del diritto internazionale privato. Va osservato in primo luogo che le c.d. norme di rinvio impongono alla magistratura italiana l'applicazione di regole provenienti da sistemi giuridici nei quali essa non opera (...) In maniera analoga, il concetto di colpa o quello di inadempimento, rapportati all'imperizia nel particolare caso dell'obbligazione del medico, potrebbero svolgere il ruolo di "norme strumentali" – nel linguaggio del diritto internazionale privato – o di "meta-norme" – in quello della teoria generale del diritto – rispetto alle linee guida, le quali il giudice sarebbe tenuto a conoscere ed applicare secondo il*

Un secondo gruppo di casi è costituito dalle indicazioni che sembrano voler *aggiungere* alle regole desumibili dalla disciplina normativa *altre regole*, più o meno complementari, riassumendo talvolta entro un unico testo (dal tenore imperativo) tutte le indicazioni rilevanti per lo svolgimento di certe attività¹³⁹.

Da ultimo, sembrano anche darsi dei casi in cui la specificazione di alcune formule generiche impiegate dal legislatore sia espressa in modo estremamente dettagliato da strumenti flessibili di cui non sempre è facile individuare la natura. Questi corpi di indicazioni si assumono, spesso, l'onere di declinare la possibile fenomenologia applicativa dei precetti generali, senza che la normativa primaria disponga (o incoraggi) un rinvio ad esse a fini interpretativi e senza che i soggetti che redigano questi atti possano ritenersi muniti dell'autorità formalmente necessaria a dispiegare gli effetti che, in seguito, ed in via di mero fatto, vanno a prodursi: le declinazioni di senso che le linee guida vanno ad operare rispetto alle norme generali condizionano, infatti, l'interpretazione, limitando le virtualità applicative delle norme.

Esemplificando, le *Linee guida n. 1, di attuazione al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, adottate dall'Autorità nazionale anticorruzione con delibera n. 973 del 14 settembre 2016¹⁴⁰ ed intitolate *Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*, dopo aver specificato che la propria adozione sia avvenuta in base al comma 2 dell'art. 213 del Codice dei contratti pubblici (d'ora in poi *Codice*), si accingono: a dettare l'interpretazione sistematica di alcune disposizioni del Codice sulla materia di cui si occupano; a specificare il contenuto di oneri previsti in alcune disposizioni e, forse, ad introdurne di altri non desumibili altrove.

principio iura novit curia. Tuttavia, una differenza tra raccomandazione medica e norma giuridica straniera pare sussistere. In effetti, presupposto per l'applicazione alle linee guida del principio iura novit curia dovrebbe essere – in mancanza di altro indice normativo – la loro natura di norme giuridiche in senso stretto: le linee guida, però, non lo sono.» Sul funzionamento dell'istituto del rinvio, si rimanda, tra tutti a L. MURA, *Il diritto internazionale privato italiano nei rapporti con il diritto internazionale, europeo e straniero*, Torino, 2012. Rappresenta un'opera importante per il tema C. CERETI, *Il rinvio al diritto straniero. Prova, conoscenza e posizione della legge straniera richiamata*, in *Rivista di procedura civile*, 1936, 2, 102-103.

¹³⁹ In questo, tali strumenti, ricordano un po' la struttura dei testi unici.

¹⁴⁰ Aggiornate al d.lgs. 56/2017 con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 138 del 21 febbraio 2018, sono state oggetto di un altro intervento con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 417 del 15 maggio 2019.

Con riguardo al primo gruppo di casi, si può notare che, al punto 2.1 della sezione *Principi generali*, vi sia un riferimento alla disciplina di cui all'art. 23, comma 12, del Codice. Subito dopo si afferma che, tenuto conto del principio enunciato dall'art. 23, debba ritenersi ammissibile: «*la partecipazione alla gara per il servizio di programmazione definitiva ed esecutiva anche del progettista che ha redatto l'eventuale progetto di fattibilità tecnica ed economica*». Ancora dopo, al fine di corroborare la conclusione così enunciata, il testo contiene il rinvio ad un ulteriore luogo del Codice dal quale si potrebbe derivare conferma della bontà dell'argomentazione qui proposta.

Ora, un'asserzione di questo tipo appare inconfutabilmente specifica e sembra risultare da un'interpretazione sistematica tra più enunciati. Il modo di intenderla può, tuttavia, cambiare in modo considerevole a seconda che la si interpreti come contenuta in uno strumento vincolante o di mero indirizzo¹⁴¹. Nel primo caso, avremmo infatti a che fare con un'indicazione potenzialmente e formalmente integrativa della disciplina normativa, idonea a vincolare l'interpretazione delle disposizioni richiamate nel senso espresso dalla vista ricostruzione; nel secondo, avremmo invece a che fare con un atto di indirizzo (forse di *post law*) particolarmente incisivo, in quanto, più che orientato a facilitare l'individuazione di una *norma* specifica, finisce quasi con il dettarla¹⁴².

A ben guardare, l'utilizzo dell'espressione *indirizzi generali* nel titolo delle *linee guida* che analizziamo, lascerebbe concludere che lo strumento in oggetto possa iscriversi entro la terza categoria di *linee guida* adottabili dall'Autorità individuata, secondo la classificazione proposta dal Consiglio di Stato (per cui si rinvia alla parte dedicata). In altre parole, le *linee guida* ora considerate potrebbero ritenersi delle

¹⁴¹ Il fatto che, per espressa ammissione dell'Autorità, possano darsi *linee guida* miste (e cioè con enunciati a contenuto vincolante ed enunciati che non lo siano), ogni determinazione relativa alla vincolatività di un'indicazione resta obbligatoriamente circoscritta all'incertezza e potrà assumere connotazione (almeno parzialmente definitiva) solo all'esito di uno scrutinio giudiziale sulla natura dell'indicazione.

¹⁴² Resta inteso che, quand'anche tale indicazione si voglia intendere come strumento di *post-law*, l'influenza dell'Autorità, in uno con la funzione dissuasiva derivante dalla possibilità che la stessa infligga sanzioni per l'inosservanza, possa determinarne la probabile adesione ad opera di tutte le stazioni appaltanti.

linee guida non-vincolanti, con mero valore di indirizzo¹⁴³. Ed una conclusione di questo tipo sarebbe, peraltro, corroborata dal fatto che l'ambito tematico al quale queste afferiscano non sembri uno di quelli rispetto ai quali il legislatore ha espressamente affidato all'Autorità l'elaborazione di una disciplina di dettaglio. L'assenza di particolari indicazioni sulla natura delle *linee guida* in oggetto imporrebbe, quindi, di concludere per l'assenza di vincolatività, ma la formulazione degli enunciati in termini assertivi e l'indicazione del momento di *entrata in vigore* del documento lascerebbero concludere nel senso opposto.

Venendo, poi, al secondo gruppo di casi, il punto 2.2. della medesima sezione delle già richiamate *linee guida*, ribadisce quanto già stabilito dall'art. 24, comma 7, ultimo periodo, del Codice, stabilendo che, nel bando di gara per l'affidamento dei lavori, debba essere previsto che il concorrente già affidatario della *progettazione* dell'appalto, sia tenuto a produrre la documentazione atta a dimostrare che l'esperienza già acquisita nello svolgimento dell'incarico di progettazione non abbia falsato la concorrenza. Subito dopo, le *linee guida* declinano, però, quali siano le condizioni al ricorrere delle quali sia possibile confezionare questa dimostrazione.

Ed infatti si afferma che, al fine di tale dimostrazione, sia «*almeno necessario – in coerenza con quanto previsto per le consultazioni preliminari di mercato – mettere a disposizione di tutti gli altri candidati e offerenti le medesime informazioni messe a disposizione – anche in formato editabile – nella gara bandita per la progettazione e prevedere termini adeguati, nella gara relativa all'appalto dei lavori, per la ricezione delle offerte, in modo da consentire agli altri concorrenti di elaborare le citate informazioni*». Ecco, allora, che il visto passaggio delle *linee guida* riempie di contenuto il visto e generico obbligo di allegazione, determinando la forma del suo adempimento minimo e declinando oneri non previsti dalla legge.

Che peso abbia tutto questo per il concreto operare delle situazioni della realtà è quesito di non poco conto, perché: se intendessimo le *linee guida* come vincolanti ed *attuativo-integrative* della disciplina legislativa, allora dovremmo concludere che una dimostrazione con questo contenuto minimo sia certamente sufficiente dal punto di vista formale, in quanto prevista dalla normativa primaria per

¹⁴³ Per un riscontro sulla classificazione delle *linee guida* adottabili dall'Autorità cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 19 dicembre 2019, n. 03235/2019, del 27 dicembre 2019.

come integrata da un atto di regolazione; se, invece, intendessimo le *linee guida* come *non* vincolanti, dovremmo dire che ogni stazione appaltante potrebbe legittimamente discostarsi da questo indirizzo e ritenere che tale contenuto minimo formale *non* sia sufficiente, in quanto la vista allegazione possa anche non integrare la prova richiesta dalla legge.

Venendo, poi, al terzo ed ultimo gruppo di casi, sembra di qualche interesse che la precisazione di molti concetti indeterminati sia, oggi, rimessa alla puntuale definizione delle *linee guida*. Rimanendo in orbita Anac, si può, ad esempio, notare che ciò si avvenuto sia con riguardo alle *linee guida* che precisano il contenuto e l'uso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁴⁴, sia con riguardo alle *linee guida* relative, tra le altre cose, al rispetto del principio di rotazione nell'affidamento dei contratti pubblici¹⁴⁵.

Nel primo caso, le *linee guida* dell'Autorità si prefiggono di indirizzare le stazioni appaltanti nell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, proponendo due formule matematiche attraverso le quali poter individuare quale sia l'offerta più rispondente al criterio previsto dalla legge.

Il mancato utilizzo delle formule proposte non dovrebbe dare luogo a violazioni, in quanto le indicazioni contenute all'interno di queste *linee guida* sono state espressamente definite come *non* vincolanti dalla relazione illustrativa che ne ha accompagnato l'adozione. Venendo, però, al secondo caso, sembrerebbe doversi concludere in senso opposto: l'art. 36 del Codice, al comma 7, assegna, infatti, all'Autorità anticorruzione *il compito di declinare la normativa di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure del presente articolo*. Questo stesso articolo è indicato dalle *linee guida* in oggetto come base

¹⁴⁴ Si tratta delle Linee Guida n. 2, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 1005, del 21 settembre 2016, aggiornata al D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, con deliberazione del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018. A giudicare dalla relazione illustrativa che ha accompagnato l'adozione del provvedimento, queste linee guida non sono vincolanti. Per un riscontro cfr. l'indirizzo web: <http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/Delibere/2018/Rel.III.LineeGuida.n.2.OEPV.aggiornate.correttivo.pdf> (ultima consultazione d.d. 24 febbraio 2020).

¹⁴⁵ Queste linee guida sono state adottate in applicazione dell'art. 36, comma 7, del Codice degli appalti. Stando alle ricostruzioni del Consiglio di Stato, le *linee guida* in oggetto dovrebbero ritenersi atti amministrativi generali (nella specie, atti di regolazione), adottati dall'Autorità anticorruzione ad integrazione della disciplina prevista dal Codice degli appalti.

normativa che ne legittima l'adozione e sembra accordare all'Autorità una piena devoluzione della funzione attuativo-integrativa che basterebbe a farla ritenere, salvo clamorose sviste, una disciplina vincolante¹⁴⁶.

In casi come questo, il legislatore rimette, infatti, la precisazione di concetti indeterminati o, addirittura, di criteri, delegandola all'attività di determinazione di un'Autorità amministrativa di settore: in questo caso l'Autorità anticorruzione.

Da tutto questo si può allora notare che *linee guida* ed atti flessibili siano spesso individuati come strumenti idonei a *precisare* od *integrare* il contenuto più o meno generico di disposizioni formulate al livello normativo.

Nel primo caso, l'Autorità ha, infatti, ricavato l'introduzione di una regola, incanalando l'interpretazione di un enunciato entro un preciso significato.

Nel secondo, si è seguito uno schema simile a quello dell'interpretazione autentica, chiarendo il significato di un obbligo previsto solo genericamente dalla normativa, ma individuando (e forse aggiungendo) implicitamente nuovi oneri.

Nel terzo, le *linee guida* sono risultate strumento di espressione di una delega della funzione normativa per la precisazione di contenuti tecnici.

Ora, il fatto che delle indicazioni ora *interpretative*, ora *additive* di significati ed ora *integrativo-delegate* siano introdotte nell'ordinamento attraverso documenti che recano la medesima etichetta (quella, cioè, di *linee guida*) è significativo di come questo modello sia stato ritenuto strumentale ad assecondare diverse funzioni.

Ed in effetti, ogni ricostruzione che voglia ridurre ad unità la produzione di *linee guida*, sembra potersi spiegare solo in ragione del possibile sfruttamento del suo carattere polifunzionale. Nell'impossibilità di condurre discorsi generalistici su un qualche contenuto proprio del modello, l'unico elemento che sembra poter tenere insieme tutte le *linee guida* risiede, infatti, nella loro strumentalità ad introdurre nel sistema delle indicazioni, rifuggendo dai classici canali di elaborazione delle regole.

¹⁴⁶ Una formula simile si rinviene anche con riferimento al disposto dell'art. 31, co. 5, laddove è stabilito che: «L'ANAC, con proprio atto, da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Determina, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto. Fino all'adozione di detto atto si applica l'articolo 216, comma 8.»

9. *Linee guida tra post-law e deleghe in bianco*

Gli esempi proposti fino a questo momento hanno mostrato l'eterogeneità delle funzioni alle quali si ritiene possano prestarsi le *linee guida*, quantomeno con riguardo alla produzione di *linee guida* che ha riguardato l'Autorità nazionale anticorruzione.

Le *linee guida* adottate da questa Autorità (per cui v. *infra*) costituiscono un ottimo campo di indagine per chi intenda compiere uno studio sulle *linee guida*, in quanto la produzione di *linee guida* di Anac contiene, oggi, sia *linee guida-fonti normative* (le linee guida c.d. *ministeriali*), sia *linee guida vincolanti, ma non normative*, sia *linee guida non vincolanti* (forse fonti terziarie, forse non tutte).

Rinviando ad un momento successivo l'analisi della produzione di *linee guida* che si è registrata con riguardo a questa Autorità, sembra ora opportuno svolgere qualche ultima considerazione sul rapporto *post-law* e *law-making* che si è cercato di evidenziare parlando delle *linee guida* come strumento di integrazione delle norme.

A questo riguardo, sembra possibile constatare che l'attività di *post-law* di alcune *linee guida* possa risolversi in un ausilio così qualificato da condizionare eccessivamente l'interprete nell'applicazione dell'*hard law*: quando, infatti, gli strumenti flessibili non si limitano a chiarire alcuni aspetti dell'enunciato di *hard law*, ma compongono in modo fedele il possibile quadro delle singole posizioni, è evidente che lo spazio per l'interpretazione ne risulti oppresso e possa assottigliarsi di molto.

Certo, la capacità di incidenza di uno strumento non vincolante (e, nella fattispecie, di *post-law*) dovrebbe essere proporzionale alla persuasività del suo contenuto, facendoci concludere che se questo risulta in grado di incidere l'ordinamento è perché i consociati lo abbiano ritenuto meritevole di essere seguito.

Il discorso è però diverso quando si rimetta a delle *linee guida* il compito di *fornire la disciplina di dettaglio* di un determinato settore, in quanto una funzione di questo tipo sembrerebbe dover essere rimessa alla fonte secondaria, e con dei limiti.

In apparente contrasto con le ragioni che fondano questi limiti, alcune disposizioni normative delegano oggi l'elaborazione della disciplina di dettaglio a

strumenti che (almeno formalmente) non possono ritenersi (e non sono ritenuti dalla giurisprudenza) delle fonti. Il tutto senza che siano peraltro predeterminati i confini oltre i quali non dovrebbe spingersi la *regolazione* di dettaglio.

In questo, molte devoluzioni sembrerebbero, allora, rievocare il già noto problema delle c.d. *deleghe in bianco*, riscontratesi in diverse aree del diritto.

10. *Le linee guida tra inflazione paranormativa e polisemia della locuzione.*

Da ultimo, sembra di qualche utilità constatare che ogni eventuale incoraggiamento della funzione *integrativa* delle *linee guida* rischierebbe di trasferire sulle *linee guida* i problemi che già si riscontravano per la normativa secondaria.

La normativa secondaria ha, infatti, conosciuto una rapida espansione in tutti quei settori nei quali, a torto o a ragione, si riteneva che non potesse prontamente intervenire il Parlamento, vuoi per la natura tecnica degli stessi, vuoi per l'esigenza di addivenire ad una soluzione che fosse la più rapida possibile.

In questo modo, molta parte della produzione normativa si è necessariamente trasferita sull'esecutivo, finché l'evolvere dei tempi ha decretato che anche la normazione secondaria scontasse dei problemi di obsolescenza e macchinosità.

Ed infatti, uno dei motivi per i quali oggi si ritiene di non poter più prescindere dalla regolazione flessibile consiste proprio nel fatto che i suoi strumenti siano ritenuti più pronti e più elastici di quanto non lo siano, tendenzialmente, i regolamenti¹⁴⁷.

Ora che però si ritiene di poter governare la tecnica prescindendo, almeno in parte, dalla normazione secondaria (e dalle sue garanzie) ci si potrebbe, prima di tutto, chiedere se giungerà un momento in cui anche il ricorso alle *linee guida* sarà ritenuto eccessivamente gravoso e si passerà ad incoraggiare altri e più laschi strumenti¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Per una disamina delle caratteristiche della fonte regolamentare, si rinvia, in particolare, da L. COLACINO CINNATE, *Trasformazione dell'amministrazione e potere regolamentare*, in *Foro amministrativo*, 1998. Un'analisi più risalente è offerta da A. CODACCI PISANELLI, *Legge e Regolamento*, Città di Castello, 1900.

¹⁴⁸ L'adozione di molte linee guida è oggi presidiata da procedure che ne dovrebbero garantire la qualità e che dovrebbero ridurre l'impatto. Ci si potrebbe chiedere se questi adempimenti saranno ritenuti, un giorno, eccessivamente gravosi.

In secondo luogo, ci si potrebbe domandare se l'avallo all'utilizzo di questi strumenti non possa fare sì che se ne diffondano ancora di più di quanti già ce ne siano, trasferendo il problema dell'ipertrofia di indicazioni dal livello legislativo a al livello degli strumenti di regolazione flessibile¹⁴⁹.

In tutto questo, il rinvio a fonti come le *linee guida* per la precisazione di precetti normativi sembra offrire problemi particolarmente significativi anche per la polisemia della locuzione, almeno nella misura in cui i già rilevanti problemi che derivano da una delega di funzioni *in bianco* si sommino a quelli derivanti dall'assoluta indeterminazione di *cosa* siano le *linee guida*-strumenti *delegati*.

In altre parole, se è già abbastanza problematico ammettere ampie deleghe della funzione normativa, dovrebbe risultare ancora più critico (e quasi certamente illegittimo) delegare all'integrazione normativa strumenti che *non* dovrebbero essere delle fonti e che, in molti casi, nessuno ha ben capito cosa siano.

In questo senso, delegare alle *linee guida* può, infatti, significare delegare a qualunque determinazione che rechi questo nome, senza che questo stesso rimando abbia l'attitudine di spiegare un riferimento a qualcosa di delineato od affidabile.

¹⁴⁹ A questo proposito, resta inteso che sarebbe molto più semplice realizzare la stratificazione di strumenti di questo tipo, proprio perché più facili da adottare.

CAPITOLO III

Le linee guida nel pluralismo delle esperienze giuridiche extranazionali

1. Linee guida per la flessibilità extranazionale: un'introduzione

Come accennato, l'epoca giuridica nella quale ci troviamo ad operare ammette l'impiego e la circolazione di strumenti giuridici apparentemente nuovi e almeno parzialmente indefiniti. Le *linee guida* rappresentano una delle manifestazioni più significative di questo tipo di produzione giuridica, trovando frequente comparizione sia entro gli ordinamenti statali, sia in ambito sopranazionale.

Anzi, stando ad una prima impressione, sembrerebbe che l'elaborazione di *linee guida* nazionali dotate di *ricaduta normativa* sia in parte dipesa dal consolidamento che questo ed altri modelli abbiano conseguito nella prassi del diritto internazionale e, più in generale, nel diritto sovranazionale.

Al livello sovranazionale, comuni esigenze di regolazione favorite dalla globalizzazione dei mercati¹, in uno con le difficoltà che risiedono nel rivolgere comandi imperativi agli Stati², hanno contribuito ad un'incontrollata diffusione degli strumenti di *soft-law*, fino al punto che ogni attore sovranazionale ne fa, oggi, ricorso.

Se si ha riguardo al primo dei due fattori non si può, infatti, trascurare che l'affermazione di produzioni giuridiche elastiche possa essere stata incoraggiata dalla globalizzazione dell'economia. In questo contesto, la predicata malleabilità degli strumenti di *soft-law* sembra aver fatto ritenere che gli atti che ne siano, a vario titolo, espressione (*linee guida* comprese), rappresentino dei mezzi particolarmente idonei per fronteggiare le mutevoli esigenze del presente³.

¹ In tema v. F. SALERNO, *Globalizzazione e certezza del diritto*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Milano, 2002; M. CHEMILLER-GENDREAU – Y. MOULLIER-BOUTANG (a cura di), *Le droit dans la mondialisation*, Parigi, 2001.

² Una delle più complete disamine sulla diffusione del *soft-law* in ambito internazionale risale a F. FRANCONI, *International soft-law. International assessment*, Oxford, 1996.

³ Si parla, a tal proposito, di regolazioni dominate dal mercato. In proposito cfr. P.M. DUPUY, *L'Unité de l'ordre juridique international*, in *Recueil de cours de l'Académie de droit International*, vol. 297, 2002.

In scala, questa stessa aspirazione alla *flessibilità* ha trovato, probabilmente, espressione negli usi nazionali di linee guida e strumenti ad esse assimilati. Ed, in effetti, la proliferazione di atti di questo tipo anche al livello nazionale sembrerebbe confermare che le linee guida nazionali siano, in qualche modo, una filiazione del *soft-law* sopranazionale, fino al punto che alcune ricostruzioni hanno, ormai, ipotizzato che, anche nei sistemi dei vari Paesi, sia in atto un più generale processo di superamento del ruolo dell'*hard law*, dettato dagli svolgimenti dell'economia globalizzata⁴ e dalla conseguente necessità di regolare il cambiamento attraverso forme giuridiche nuove e più elastiche.

Prendendo le mosse da questa impostazione, l'analisi che si cercherà di condurre nel corso dei prossimi paragrafi proverà a mostrare, prima di tutto, quanto sia elevata la diffusione che le linee guida e gli atti ad esse assimilabili sperimentino, oggi, nel panorama giuridico sopranazionale.

Contestualmente, si cercherà di comprendere quale sia l'impatto che questi strumenti possano avere in orbita sopranazionale e, più in particolare, si cercherà di comprendere se questi strumenti, formalmente non vincolanti, restino verosimilmente confinati ad una dimensione giuridica ausiliaria, o se, anche in ambito sovranazionale, si siano registrati o possano registrarsi svolgimenti tali da poter parlare, anche in questo caso, di una risalita del *soft-law* nei confronti dell'*hard law*.

Da ultimo, una somma esposizione di aspetti critici connessi alla proliferazione di questi strumenti, consentirà di sviluppare qualche riflessione sull'apparente *crisi* della produzione giuridica tradizionale⁵.

2. Alcuni possibili caratteri delle linee guida extranazionali

Il fatto che le *linee guida* siano sprovviste di un inquadramento giuridico determinato anche entro l'ordinamento sopranazionale, imporrebbe di doverle considerare parte integrante dei non meglio identificati strumenti di *soft-law*. E difatti, la prima caratteristica che sembra possibile predicare rispetto alle *linee guida*

⁴ Tra gli altri, annovera la globalizzazione tra le ragioni della diffusione del *soft-law* A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft-law*, cit.

⁵ G. ABI-SAAB, *Eloge du droit assourdi*, in AA.VV., *Nouveaux itineraries en droit*, Bruxelles, 1993; J. BHAGWATI, *In Defense of Globalization*, Oxford, 2004.

internazionali è che le stesse condividano le caratteristiche e l'indeterminatezza degli atti di questo tipo. Al livello internazionale, l'assenza di istituzioni dotate di potere autoritario favorisce, inoltre, la creazione e l'attività di nuovi soggetti giuridici: presidi di influenza politica e nuovi centri di imputazione di produzioni giuridiche⁶.

Per quanto è possibile ricostruire, il fatto che sia le *linee guida* che, più in generale, gli atti di *soft-law* siano strumenti adottabili anche a prescindere dalla titolarità di un potere autoritario potrebbe lasciar concludere che l'ordinamento internazionale sia un terreno di coltura particolarmente favorevole alla loro diffusione.

Ed in effetti, il *soft-law* è, spesso, la parte più consistente della produzione giuridica di molti organismi internazionali. Le linee guida, dal canto loro, rappresentano, una quota irrinunciabile delle produzioni giuridiche di questo tipo

In base a quanto precede, si ricava che la prima caratteristica delle *linee guida extranazionali* possa essere rappresentata dal fatto che le stesse debbano, in ogni caso, ritenersi parte integrante della produzione giuridica di istituzioni non necessariamente munite di autorità o sovranità. E questo è, forse, così ovvio da apparire scontato.

In secondo luogo, la relativa facilità con la quale è possibile che siano istituiti nuovi organismi internazionali e la mancanza di particolari ostacoli alla diffusione di produzioni giuridiche che questi abbiano ad elaborare, fa sì che alcune linee guida extranazionali possano essere un importante strumento di espressione di molti nuovi attori (e di molte nuove istanze⁷). In uno scenario di questo tipo, eccettuato – dunque

⁶ Così P. MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, VII ed., New York, 1997; M. FRANCK, *Fairness in international Law and Institutions*, New York, 1995. Per una ricostruzione dei rapporti tra gli Stati nell'ordinamento internazionale si rinvia a A. CASSESE, *Diritto Internazionale, I. I lineamenti*, Bologna, 2003; B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2014; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2014; G. MORELLI, *Nozioni di Diritto Internazionale*, Padova, 1967; R. SAPIENZA, *Elementi di diritto internazionale*, Torino, 2002. In tema v. anche S.M. CARBONE – R. LUZZATTO – A. SANTA MARIA, *Istituzioni di Diritto internazionale*, Torino, 2011; A. TANZI, *Introduzione al Diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2006; T. TREVES, *Diritto internazionale – Problemi fondamentali*, Milano, 2005; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, II ed., vol. 2, Padova, 2012; P. DAILLIER – M. FORTEAU – A. PELLET, *Droit International public*, VIII ed., Parigi, 2009.

⁷ A questo riguardo, cfr., ad esempio, L. CONDORELLI, *Diritto internazionale* (voce), in *Enciclopedia giuridica – diritto online*, 2014, disponibile all'indirizzo: www.treccani.it, dove si legge: «Dare per scontato che la comunità internazionale è costituita dagli Stati sovrani, i quali ne sono i principali soggetti, può sembrare a prima vista non solo approssimativo, ma addirittura totalmente inesatto. È evidente, in effetti, che la comunità internazionale appare oggi molto più complessa che in altre

– il caso dei pochi strumenti giuridici espressamente vincolanti, la maggior parte delle indicazioni di ambito sopranazionale è, infatti, elaborata da organismi che, in molti casi, non possono fare altro che ricorrere a produzioni giuridiche di *soft-law*, non trovandosi nelle condizioni di elaborare strumenti vincolanti.

E difatti, una rapida osservazione del panorama attuale, rivela che quasi ogni organismo operante sul piano internazionale si sia dotato di un proprio arsenale di atti di *soft-law* e che quasi in ognuno di essi possano ritrovarsi delle *linee guida* o, più in generale, delle *guide*.

La proliferazione di atti di questo tipo appare, però, criticabile anche se registrata sul piano extranazionale, poiché i problemi legati all'indeterminatezza del modello *linee guida* – e, più in generale, all'indeterminatezza che contraddistingue la generale categoria del *soft-law* – si assommano alle difficoltà relative alla gestione dell'incontrollata e crescente produzione di atti di questo tipo, oltre che ad una sempre più critica frammentazione della platea degli organismi extranazionali operanti⁸.

Venendo, poi, ad una terza possibile caratteristica: le linee guida e, più in generale, gli strumenti *soft-law* internazionali, possono ritenersi espressione di un tentativo di superamento delle rigidità classicamente attribuibili alle fonti giuridiche tradizionali. In altre parole, l'impiego di strumenti di *soft-law* si ritiene, oggi, utile e – in alcuni casi – indispensabile in vista del perseguimento di una certa versatilità regolatoria⁹, consistente nell'elaborazione di indicazioni di pronta fruizione e di rapido consumo, facilmente approvabili e facilmente sostituibili.

epoche, dal punto della sua composizione. Certo, gli Stati continuano ad occupare la posizione centrale, ma numerose sono le entità presenti ed agenti accanto ad essi nel medesimo ambiente sociale, nonché gli esseri e le formazioni sociali che, per così dire, premono per penetrarvi se non l'hanno già fatto. Insomma la presenza e la proliferazione di attori internazionali ulteriori, rispetto agli Stati, si iscrive in una linea di tendenza innegabile, che contraddistingue la comunità internazionale di oggi». Al riguardo v. anche J.C. ALEXANDER, *Real Civil Society: Dilemma of institutionalization*, Londra, 1998; J. BOLI – G.M. THOMAS, *Constructing the World Culture: International nongovernmental organizations since 1875*, Stanford, 1999; M.E. KARNs – K.A. MINGST, *International Organizations. The politics and process of global governance*, Boulder, 2004.

⁸ In questo senso v., ad esempio, B. SIMMA, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, in *European Journal of International Law*, 20, 265, 2009; INTERNATIONAL LAW COMMISSION – MARTTI KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi*, A/CN.4/L.682, 2006.

⁹ M. CINI, *The Soft-law Approach*, in *Journal of European Public Policy*, cit.

L'immane assenza di vincolatività di questi strumenti consente, poi, di registrare un altro profilo di caratterizzazione: le indicazioni veicolate attraverso gli strumenti di *soft-law* si informano, infatti, allo schema della *persuasione* piuttosto che a quello dell'*obbedienza*¹⁰, realizzando un processo di affermazione della regola che prescinde dall'obbligatorietà e dalla coercibilità. Per tale ragione, un altro carattere che sembra possibile predicare con riguardo alle *linee guida* sopranazionali (e che è, per certi versi, comune alle linee guida nazionali che *non* siano vincolanti) è proprio dato dal rovesciamento del paradigma dell'obbedienza, il quale non risulta praticabile sia per la natura degli strumenti indagati, sia per la difficoltà al vincolare che è connaturata al funzionamento degli ordinamenti sopranazionali. Come si può notare, questo evidente elemento di divergenza consente di concludere che l'eventuale rafforzamento della produzione di *linee guida* possa realizzare una non trascurabile innovazione dei sistemi, attivando logiche, processi e modalità applicative che impongono una riconsiderazione di almeno alcuni degli elementi qualificanti dello strumentario giuridico attuale. L'abbandono del paradigma dell'obbedienza presuppone, inoltre, che ogni riflessione in ordine alla supposta *efficacia* di un dato strumento giuridico sembri relativizzarsi, lasciando il posto ad altre valutazioni, prima fra tutte quella che si interroghi sulla concreta capacità degli strumenti indagati di realizzare un'adesione persuadendo¹¹. In altre parole, quando si parla di linee guida, il vaglio relativo all'*efficacia* giuridica di uno strumento adottato è sostituito dall'analisi relativa alla sua *effettività*, da valutare in termini di incidenza sulla realtà, alla stregua della concreta capacità di suscitare un'osservanza.

Molte delle nuove regole di *soft-law* si informano, infatti, ad uno schema non imperniato sugli effetti giuridici dell'inosservanza, in quanto la loro circolazione, anche a prescindere da una formale investitura giuridica, è comunque assicurata dal fatto che l'adeguamento al loro contenuto possa essere considerato doveroso da parte degli operatori. Ne discende che il *soft-law* (linee guida comprese) possa realizzare la circolazione di regole superando alcuni classici schemi della produzione giuridica.

Ma non è tutto, l'assenza di formale obbligatorietà degli strumenti di *soft-law* e l'assenza di elementi che possano distinguere il *soft-law* degli organismi legittimati

¹⁰ Così anche M.R. FERRARESE, *Soft-law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*

¹¹ B. PASTORE, *Il soft-law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*

o legittimabili da quello di altri attori variamente coinvolti nelle dinamiche giuridiche, fa sì che le risposte flessibili per la cui elaborazione si ritiene necessario il *soft-law* possano provenire anche da attori non provvisti di una qualche legittimazione¹².

L'ordinamento internazionale, ad esempio, è attraversato da questioni che involgono persino la concreta determinabilità dei soggetti ammessi ad operare al suo interno¹³, e non sembra del tutto possibile attribuire piena e formale legittimazione a ciascuno degli attori con cui ci si trova ad avere a che fare quando lo si analizza¹⁴.

Una circostanza del genere può, forse, suggerire che l'istituzione di un così alto numero di attori internazionali debba, oggi, favorire una riconsiderazione dei criteri di attribuzione della legittimazione, inducendone un rimodellamento su base sostanziale. In questo modo, il riscontro relativo alla sussistenza di una legittimazione non sarebbe più rimesso alla sola individuazione di elementi formali e potrebbe rintracciarsi in modo diverso ed oggettivo, indagando, ad esempio, se l'attività e le fonti di determinati organismi internazionali siano in grado di suscitare un'adesione, indipendentemente dalla formale titolarità o dall'esercizio di un potere sanzionatorio.

¹² Per una disamina critica sui soggetti del diritto internazionale v. R.A. DAHL, *Can International Organizations Be Democratic?*, in I. SHAPIRO (a cura di), *Democracy's Edges*, ed. I, Cambridge, 1999; A. REINISCH, *The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State actors*, in P. ALSTON (a cura di), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, 2009; R. HOFMANN – N. GEISLER, *Non-state actors as new subjects of international law: international law - from the traditional state order towards the law of the global community: proceedings of an international symposium of the Kiel Walther-Schücking Institute of International Law, March 25 to 28, 1998*, Berlino, 1999; B. KINGSBURY, - L. CASINI, *Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law*, in *International Organizations Law Review*, 6, 2009; K. RAUSTIALA, *The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, in *Virginia Journal of International Law Association*, 43, 1, 2002.

¹³ H. CHIU, *The Capacity of International Organizations to Conclude Treaties, and the Special Legal Aspects of the Treaties So Concluded*, Leida, 1966; M. RAMA-MONTALDO, *International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations*, in *British Yearbook of International Law*, 44, 111, 1970; P.H.F. BEKKER, *The Legal Position of Intergovernmental Organizations. A Functional Necessity Analysis of their Legal Status and Immunities*, Leida, 1994

¹⁴ J.E. ALVAREZ, *The Impact of International Organizations on International Law*, in *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, vol. 7, 2017; K. ABBOTT – C. KAUFFMANN – J. LEE, *The contribution of trans-governmental networks of regulators to international regulatory cooperation*, in *OECD Regulatory Policy Working Papers*, 10, Parigi, 2018; A. STUTZER – B.S. FREY, *Making International Organizations More Democratic*, in *Review of Law & Economics*, vol. 1, 3, 2002.

3. *L'inquadramento delle linee guida tra le fonti del diritto ultrastatale.*

La particolare conformazione del panorama giuridico sopranazionale rivela che possa risultare problematico attribuire alle linee guida extranazionali una specifica collocazione all'interno delle fonti interstatali. Allo stesso tempo, non sembra possibile raggruppare gli strumenti e le indicazioni prodotte al livello sopranazionale in base e a criteri simili a quelli usati per classificare le fonti dei sistemi dei vari Paesi.

In orbita ultranazionale, i corpi di indicazioni istituzionalmente sprovvisti di cogenza, non sembrano, infatti, sottoporsi a particolari razionalizzazioni classificatorie. Al di sotto del livello costituito dalle fonti cui gli Stati decidano di attribuire natura vincolante, si rinviene, infatti, una caotica congerie di atti e strumenti: documenti rispetto ai quali l'attribuzione di un qualsivoglia *nomen iuris* non comporta né che si siano osservate particolari procedure per la loro adozione, né che la struttura degli atti in questione presenti particolari caratteristiche piuttosto che altre¹⁵.

In aggiunta, non sembra possibile rintracciare una variabile articolazione della *forza* delle singole fonti una volta che si superi il livello dei Trattati e degli accordi vincolanti. Una circostanza del genere non sembra, però, costituire una ragione sufficiente per relegare gli strumenti flessibili ad una dimensione giuridica secondaria. La stratificazione delle indicazioni *soft* d'ambito sopranazionale sembra, infatti, svolgersi con ininterrotta fluidità; la produzione dei vari strumenti sembra disporsi in modo da andare a costruire una rete, piuttosto che una scala imperativa; mentre i raggruppamenti tra le fonti sembrano dare vita ad un sistema di insiemi che si integrano tra loro, piuttosto che ad un rigido e verticale sovrapporsi di più blocchi.

Per tale ragione, ogni raggruppamento di indicazioni che esulino dal piano dell'espressa vincolatività, sembra possibile solo sulla scorta della *funzione* che le istruzioni in essi contenute possano condividere, senza che sembri possibile

¹⁵ Per una ricostruzione sul tema v. G.J.H. VAN HOOFF, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, 1983; H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, II ed., Oxford, 2019; V.D. DEGAN, *Sources of International Law*, The Hague, 1997; C. PARRY, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, 1965.

impostare delle classificazioni che si basino sulla capacità degli atti di ogni famiglia di incidere gli ordinamenti giuridici.

Sfugge, poi, una piena determinazione dei vari *tipi* di atti che possano circolare al di sotto del piano della vincolatività, dato dal diritto pattizio¹⁶.

Quanto appena visto consente, infatti, di ricostruire che il piano degli strumenti normativi operanti al livello internazionale si sviluppi in un articolato e orizzontale sistema di indicazioni¹⁷, in cui le istruzioni di volta in volta elaborate rifuggono una previa e strenua tipizzazione, sperimentando una moltitudine di modelli e soluzioni che varia secondo quanto si ritiene conforme alle esigenze dei singoli casi¹⁸. Proprio la capacità di elaborare risposte flessibili e calibrate alle necessità evidenziate dalle specifiche circostanze costituisce, forse, una delle maggiori leve di creazione e di sviluppo degli strumenti non vincolanti dell'ordinamento internazionale: le linee guida costituiscono, naturalmente, un'espressione di tale produzione elastica e sono, difatti, presenti nello strumentario d'azione di quasi tutti gli organismi che, a vario titolo, producono indicazioni di rango o aspirazione giuridici.

In base all'articolazione che si è soliti attribuire alle fonti che circolano al livello sovranazionale, le linee guida dovrebbero poter essere ascritte al filone dei c.d. *secondary instruments*¹⁹, ovverosia quello che si riferisce ad atti elaborati a

¹⁶ Lo si evince da ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *The Contribution of International Organizations to a Rule-Based International System*, 2019, p. 6, dove si legge: «*With the exception of treaties, which are defined by international law, there is no common denomination or definition of the various international instruments produced by IOs.*».

¹⁷ Al proposito si dice, ad esempio, che, considerato l'ordinamento internazionale, non sarebbe possibile disporre le sue varie fonti seguendo lo schema piramidale e che i vari strumenti adottati formerebbero, al contrario, una rete. In questo senso cfr. F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au roseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; M.G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovranazionali*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 2005.

¹⁸ Così F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 8: «*This results in multiple terms used to qualify sometimes similar instruments, while a single label may cover instruments with different attributes. It is nevertheless possible to identify patterns across various instruments adopted by IOs and to group them into broad families with shared characteristics. There is significant fluidity and overlaps between families. IO instruments form a continuum rather than a series of distinct elements: between legally binding and voluntary tools, between policy and technical standards, between normative and guidance documents. International rulemaking functions largely as a system and not just a collection of actors and rules. Instruments serve as building blocks of a broader framework aimed at "regulating" specific areas.*».

¹⁹ *Ibidem*, p. 9, dove si ricostruisce che: «*Some instruments are "primary", in that they provide the broad framework for operation (typically treaties). Other are "secondary" or "accessory to a*

supporto e/o a integrazione di strumenti considerati primari (come, ad esempio, i Trattati). Privilegiando, poi, uno schema classificatorio articolato sull'aspetto della prescrittività e della funzione degli strumenti, le *linee guida*, non potendosi annoverare tra i *Treaties*, i *Prescriptive Instruments*²⁰ o i *Mutual recognition agreements*²¹, devono, gioco forza, ritenersi un'etichetta perlopiù applicabile ad atti muniti di diversi scopi e funzioni, potendo esse prestarsi sia alla vocazione dei *Supporting Instruments*²², sia ai fini attribuiti ad altri raggruppamenti di atti provvisti di *softness*, come, ad esempio, i *Policy Instruments*²³, gli *Incentive Instruments*²⁴ o,

primary instrument” in that they either prepare the ground *ex ante* (for example by building the political momentum such as with declarations) or support implementation *ex post* (i.e. “supporting instruments”)). Sui *secondary instruments* del diritto internazionale v. anche D. COSTELLOE – M. FITZMAURICE, *Interpretation of Secondary Instruments in International Law*, in *Polish Yearbook of International Law*, vol. 35, 2015, p. 47; J. D'ASPREMONT, *Softness in International Law: a Self-Serving Quest for New Legal Materials*, in *European Journal of International Law*, 19, 5, 2008, p. 1075; M. BENZING, *International Organizations or Institutions, Secondary Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007; P. VAN DIJK, *Normative Force and Effectiveness of International Norms*, in *German Yearbook of International Law*, 30, 1987.

²⁰ Secondo alcune ricostruzioni, i *Prescriptive Instruments*, dovrebbero consistere in deliberazioni (assunte, solitamente, con il nome di *decisions* o *resolutions*) aventi natura vincolante. Si differenzierebbero dai Trattati per il fatto di non essere adottate direttamente dagli Stati, ma dalle Organizzazioni internazionali, attraverso l'intermediazione di apparati governativi costituiti da rappresentanti degli Stati membri che aderiscono all'Organizzazione precedente. Si tratta di strumenti indirizzati agli Stati. Il loro contenuto è preordinato a favorire l'adozione nazionale di misure interne idonee a mettere in atto gli obblighi assunti al livello internazionale. In tema v. C.L. MCNEELY, *The Nation-State. International Organization and Prescriptive Action*, Londra, 1995.

²¹ In seno alle Organizzazioni internazionali si può riscontrare l'adozione di accordi di questo tipo, conclusi al fine di abilitare il reciproco riconoscimento di norme giuridiche e standard che dovranno essere adoperati dai corpi amministrativi degli Stati che abbiano aderito all'accordo. Si tratta di strumenti generalmente vincolanti, anche se può ben darsi il caso in cui essi siano tali solo al livello nazionale. In argomento v. L. HORTON, *Mutual Recognition Agreements and Harmonization*, in *Seton Hall University Reviews*, 29, 1998; J.H. MATHIS, *Mutual Recognition Agreements. Transatlantic Parties and Limits to Non-tariff Barrier Regionalism in WTO*, in *Journal of World Trade*, 32, 6, 1998; H. ZUNIGA SCHRODER, *Harmonization, Equivalence and Mutual Recognition of Standards in WTO Law*, Frederick, 2011.

²² Si tratta di strumenti non vincolanti che, pur non avendo l'attitudine di obbligare i propri destinatari all'osservanza di determinati precetti, dettano, spesso, un quadro di indicazioni entro cui poter incanalare il recepimento delle indicazioni vincolanti. Questo gruppo di atti include, infatti, documenti strategico-programmatici di vario tipo e si può dire ne facciano parte tutti quegli atti che circolano con i nomi di *agenda*, *work plan*, *action plans*, *implementation plans*, *blueprints*, *frameworks*, *roadmaps*, *strategies*. Possono, verosimilmente, ascrivere a questo gruppo anche quegli atti che – almeno a giudicare dal significato che si è soliti attribuire ai nomi con cui circolano – sembrano più essere degli insiemi di indicazioni per la pronta applicazione che non già una raccolta di propositi per la futura applicazione: ci si riferisce alle *explanatory notes*, agli *explanatory reports*, alle *guides for the applications*, ai *toolkits* od anche ai *notices*, *vocabularies*, *glossaries* ed alle *classifications*.

²³ Quando si parla di *Policy* o *Political Instruments* si è soliti alludere a documenti che esprimono una forte vocazione politica, tracciando obiettivi di cui ci si auspica il raggiungimento rispetto a determinati settori. Si tratta di atti spesso indirizzati alle Organizzazioni internazionali. Tra di essi si possono annoverare i documenti che circolano con le etichette di *policies*, *statements*, *declarations*,

ancora, i *Technical Standards*²⁵. Tralasciando, infatti, gli strumenti a cui gli stessi Stati decidano di attribuire natura vincolante, il resto dei modelli appena elencati sembra potersi abbinare senza troppa difficoltà alle caratteristiche dei documenti che circolano sotto il nome di *linee guida* o *guidelines*. E ciò in quanto, anche al livello sovranazionale, è dato riscontrare l'esistenza di linee guida che supportino e facilitino l'implementazione di strumenti già adottati dai soggetti del diritto internazionale (e che siano, cioè, dei generici *Supporting Instruments*²⁶); che abbiano l'attitudine, più specifica, di esplicitare i fini perseguiti dagli organismi che le abbiano adottate, promuovendo determinate politiche d'azione (è il caso, questo, dei c.d. *Policy Instruments*)²⁷; che incoraggino, con intento persuasivo, alla messa in

communiqués, resolutions). I *policy instruments* presentano uno stretto collegamento con gli *incentive instruments* come le raccomandazioni, le linee guida (*guidelines* o *guidance documents*). Al riguardo v. H. BRESSERS – P. KLOK, *Fundamentals for a Theory of Policy Instruments*, in *International Journal of Social Economics*, 15, 3, 1988; M. HOWLETT, *Policy Instruments, Policy Styles and Policy Implementations - National Approaches to Theories of Instrument Choice*, in *Policy Studies Journal*, 19, 2, 1991.

²⁴ In ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *The Contribution of International Organisations*, cit., p. 7, le *guidelines* sono espressamente annoverate in questo raggruppamento di *secondary instruments*. In questa circostanza, infatti, si dice: «*Incentive instruments (e.g. recommendations, guidelines, best practices, best practice guidance, codes of practice, model treaties or laws) are the most common instruments among IOs (OECD, 2016). They encourage their addressees to behave in a certain way, without being legally binding, and leave some flexibility to adapt to specific member conditions. They share many traits with policy/political instruments but enter into greater levels of details in prescribing certain behaviours. Within this category, recommendations stand out because of their more formal and political nature (they are generally adopted at a higher level and demonstrate greater legitimacy).*».

²⁵ Con la locuzione *Technical Standards* si intende alludere ad un altro possibile raggruppamento di strumenti di soft-law, costituito da strumenti sviluppati in risposta al bisogno avvertito, in una particolare area, di elaborare delle regole tecniche seguendo un approccio *bottom up*. Questo genere di indicazioni tecniche è, spesso, recepito entro le legislazioni nazionali. Secondo i *Technical Barriers to Trade Agreements* stipulati in seno alla World Trade Organization, gli Stati che aderiscono all'Organizzazione sono, ad esempio, richiesti di adottare gli standard elaborati dall'organizzazione entro la propria legislazione domestica. Si tratta di indicazioni che possono, dunque, essere oggetto di implementazioni da parte degli Stati aderenti ad una determinata organizzazione. Allo stesso tempo è, però, possibile che queste indicazioni conseguano un'adesione diretta e spontanea da parte dei privati, senza l'intermediazione di alcuna normativa statale. I *Technical Standards* possono costituire l'oggetto di innumerevoli aree in cui si registra l'attività delle Organizzazioni internazionali.

²⁶ Per un esempio di *linee guida* a stretto contatto con l'esplicazione di indicazioni utili alla messa in pratica di altri strumenti v. GLOBAL NETWORK INITIATIVES, *Implementation Guidelines*, disponibili all'indirizzo: <https://globalnetworkinitiative.org/implementation-guidelines/> o, ancora, A.R. GAGLIARDI – C. MARSHALL – S. HUCKSON – R. JAMES – V. MOORE, *Developing a checklist for guideline implementation planning: review and synthesis of guideline development and implementation advice*, in *Implementation Science*, 10, 19, 2015.

²⁷ V., ad esempio, la Sezione *Policy Guidelines* della Commissione europea, disponibile al sito: https://ec.europa.eu/echo/what/humanitarian-aid/policy-guidelines_en (ultima consultazione d.d. 7 maggio 2020). Un altro esempio è, poi, dato da UNITED NATIONS EDUCATIONAL SCIENTIFIC AND

pratica di determinate condotte o all'astensione da altri comportamenti (come fanno gli *Incentive Instruments*); che, suggerendo l'adozione di misure tecnicamente suffragate, si risolvano in insiemi di *standard* più o meno vincolanti e più o meno superabili (atteggiandosi a mo' di norme tecniche²⁸).

Le linee guida rappresentano, infatti, una delle opzioni decisorie a cui si ricorre liberamente quando si intenda nominare un documento ad alto contenuto di flessibilità indicativa; sono inquadrabili in questo particolare quadrante della produzione giuridica sopranazionale e non richiedono la sussistenza di particolari caratteristiche per poter essere elaborate o ritenute tali (e questo poiché ogni atto di indirizzo può astrattamente farsi rientrare tra le *linee guida*, senza che si vada incontro a particolari contestazioni).

L'assoluta indeterminatezza di questa etichetta lascia, difatti, arguire che ogniqualvolta si impieghi l'espressione *linee guida* per indicare determinati documenti si intenda evocare un modello così fluido da essere tendenzialmente omnicomprensivo, partecipe di tutte le caratteristiche che si è soliti attribuire al *soft-law* e capace di svolgerne tutte le funzioni che si è soliti ricondurre ad esso (funzioni di *pre-law*, *post-law* e *para-law*).

In questo senso, il ricorso all'espressione *linee guida* non consente di rinviare con sicurezza ad alcuno dei raggruppamenti teleologici dei visti *Secondary Instruments* e si risolve in un'etichetta che può riguardare quasi ogni atto.

Per tale ragione, ogni studio sulle linee guida extranazionali non può che risolversi in uno studio sugli strumenti internazionali che siano stati dotati di questo nome. Come già accaduto per il livello nazionale, anche in questa sede ci si chiederà se i documenti che intendano riferirsi a questo modello possano, a loro volta, partecipare alla più generale avanzata del *soft-law* di cui si è parlato, alimentando il

CULTURAL ORGANIZATION, *Policy Guidelines on Inclusion in Education*, 2009; ID, *Unesco Policy Guidelines for Mobile Learning*, 2013.

²⁸ Basti pensare alle *linee guida* nazionali dell'Anac (ma, su questo, v. *ultra*). Sull'attitudine delle *linee guida* a contenere standard di carattere tecnico, v., da ultimo, la recentissima sezione della World Health Organization, denominata *Country & Technical Guidance – Coronavirus Disease (COVID-19)*, dove è possibile trovare più *technical guidances*, divise per *topic* o, ancora, UNITED NATIONS EDUCATIONAL SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION, *International Technical Guidance on Sexuality Education: an Evidence-Informed Approach*, 2018; UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *International Technical Guidance for Safety in Biotechnology*, 1996.

già visto rifluire delle indicazioni *soft* sul piano dell'*hardness*²⁹. Nel farlo, si indagheranno alcune significative manifestazioni di *linee guida* internazionali che abbiano mostrato una non trascurabile attitudine al contatto con le fonti di *hard law*, dando una scorsa sia alla produzione delle organizzazioni internazionali, sia alle iniziative multilaterali, sia, infine, alla produzione giuridica dell'Unione europea.

4. L'impiego delle linee guida presso le Organizzazioni internazionali. Esempi.

Come anticipato, le linee guida e gli strumenti che sembrano ad esse assimilabili in base ad un'immediata assonanza nominale, costituiscono una quota innegabile della produzione giuridica di quasi tutte le principali Organizzazioni internazionali. Procedendo ad una breve rassegna, un primo e semplice riscontro di quanto si è detto può essere rappresentato dalle *Procurement Guidelines*, elaborate dalla Banca mondiale in vista della realizzazione di progetti da essa finanziati³⁰.

Le *Procurement Guidelines* si compongono, infatti, di alcune disposizioni atte ad incanalare (ed a ridurre) il margine di discrezionalità di cui i destinatari dei finanziamenti possono beneficiare nella conclusione di contratti pubblici³¹. All'orbita delle *Procurement Guidelines* sembra, inoltre, possibile ricollegare una considerevole quantità di atti e documenti. In molti casi, questi strumenti presentano

²⁹ Su possibili riflessi di questo tipo v. H.H. KOH, *International Law as Part of Our Law*, in *American Journal of International Law*, 98, 1, 2004.

³⁰ La Banca mondiale stipula contratti di finanziamento per favorire lo sviluppo economico e per finanziare progetti di investimento per l'acquisto di beni e servizi, oltreché per la realizzazione di opere pubbliche. Per un riscontro sulle operazioni di finanziamento della Banca mondiale, v. K. LEIPOLD - J. KLEMOV - F. HOLLOWAY - K. VAIDYA, *The World Bank e-Procurement for the Selection of Consultants: Challenges and Lessons Learned*, in *Journal of Public Procurement*, 4, 3, 2004, p. 319; A.L.S. STAPLES, *The Birth of Development: How the World Bank, Food and Agriculture Organization and World Health Organization Changed the World, 1945-65*, Kent, 2006; D. KAPUR - J. LEWIS - R. WEBB, *The World Bank: Its First Half Century*, Washington, 1997; W.C. BAUM - S.M. TOLBERT, *Investing in Development: Lessons of World Bank Experience*, New York, 1985.

³¹ Per uno specchietto illustrativo sulla funzione di questi strumenti si rinvia al sito web <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-policies-and-guidance>, dove è possibile reperire innumerevoli informazioni a proposito di questi strumenti. Per una ricostruzione agile, si richiamano queste parole: «*When the World Bank provides financing to its member countries for investment projects, each project is governed by a legal agreement between the World Bank and the Borrower government agency who receives the funds. One of the key obligations in the "loan agreement" is that governments abide by the Bank's procurement policies, as detailed in the Guidelines for Procurement and the Consultant Guidelines. // The Procurement Guidelines establish the arrangements to be made for procuring the goods and works (including related services) required for the project. The Consultant Guidelines define the procedures for selecting, contracting, and monitoring consultants required for projects. The Borrower is responsible for advertising business opportunities arising from Bank-financed projects*».

indicazioni tecniche e dettagliate³², finalizzate a guidare la gestione delle somme concesse in modi che si ritiene possano limitare il verificarsi di frodi o fenomeni corruttivi³³.

Già oggetto di successivi rimaneggiamenti³⁴, le *Procurement Guidelines* sono state elaborate con lo scopo di incoraggiare la concorrenza sul mercato globale, attraverso l'individuazione e la promozione di alcune procedure selettive, ritenute più idonee dal punto di vista strettamente economico³⁵.

In base ad una rapida osservazione della formulazione di queste *guidelines* sembra possibile affermare che si tratti di un complesso di istruzioni altamente qualificate ed autorevoli che, integrando il contenuto degli accordi con i quali i beneficiari assumono degli obblighi nei confronti dell'Organizzazione concedente il finanziamento, riempiano di contenuto l'accordo stesso, componendo, con ogni probabilità, la parte più consistente della regolamentazione contrattuale.

Sono, difatti, le *guidelines* a stabilire quali debbano essere gli *standard* di etica professionale che i beneficiari dei finanziamenti debbano presentare per potervi accedere ed è proprio in base agli eventuali *scostamenti* che i beneficiari delle

³² Sul già menzionato sito sono, infatti, riportati innumerevoli collegamenti. Ciascuno di essi rinvia a documenti variamente ricollegabili al complesso di indicazioni che debbono osservarsi allorché si sottoscrive un accordo di finanziamento con l'Organizzazione.

³³ Sulle finalità anticorruzione delle *guidelines* in parola è possibile consultare, tra gli altri, H. CAROLI CASAVOLA, *La Globalizzazione dei Contratti*, Milano, 2012, p. 123. Al riguardo, l'A. richiama le dettagliate regole che le *guidelines* contengono in tema di trasparenza, rinviando, in particolare ai punti 2.17 e 2.18 del documento, dove si specificano alcune regole tecniche in ordine alle modalità con le quali debbono essere formulati i documenti di gara; ai contenuti che questi debbano presentare; ai rapporti che l'ipotetico destinatario del finanziamento debba intrattenere con i potenziali contraenti. Si rinvengono, poi, altre ed altrettanto specifiche disposizioni in tema di pubblicità (v., ad esempio, par. 2.7 e ss. della Guidelines) e prevenzione della corruzione (parr. 1.2 e 1.3). Ai fini della prevenzione della corruzione, un Dipartimento della Banca mondiale ha, altresì, approntato un sistema di individuazione dei casi di corruzione, nominato *Detailed Implementation Review*, descritto in molteplici documenti ed anche sul sito web della Banca mondiale. Sulle finalità anticorruzione della Banca mondiale v. anche M.A. AGUILAR - J.B.S. GILL - L. PINO, *Preventing Fraud and Corruption in World Bank Projects*, Washington, 2000.

³⁴ Se ne ha un riscontro in W. DEBEVOIS - C. YUKINS, *Assessing the World Bank Proposed Revision of Its Procurement Guidelines*, in *The Government Contractor*, 52, 21, 2010.

³⁵ Un esempio in tal senso è rappresentato dal fatto che, almeno a partire dai rimaneggiamenti intervenuti nel 2011, le Guidelines in oggetto abbiano operato un riconoscimento di procedure d'appalto prima escluse dal novero di quelle praticabili (questo è, ad esempio, accaduto con la procedura di *Local Competitive Bidding* - LCB o, ancora, con la *Limited International Bidding* - LIB). Al riguardo cfr. parr. 3 e ss.

somme abbiano a perpetrare a danno del disposto delle *guidelines* che l'Organizzazione si determina a revocare i benefici concessi o ad irrogare sanzioni³⁶.

Un rapporto di integrazione che si informi più o meno allo stesso schema è, inoltre, rinvenibile anche in strumenti adottati da altre Organizzazioni. Quanto si afferma ricorre, infatti, spesso con riguardo a tutte quelle *guidelines* che si adottano per fornire indicazioni in vista dell'implementazione di decisioni (od anche solo di principi) elaborati da strumenti vincolanti adottati da vari organismi. Molti sono i documenti che condividono questa impostazione, ma operando una cernita di alcuni degli esempi che si ritiene possano essere più significativi sembra qui interessante richiamare alcune delle *International Guidelines* della *Food and Agriculture Organization of the United Nations* (d'ora in avanti FAO), tra cui, *in primis*, le *International Guidelines on Bycatch Management and Reduction of Discards*, elaborate, ormai circa dieci anni fa, allo scopo di assistere gli Stati nell'implementazione della Risoluzione A/RES/64/72 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite³⁷. Ad un approccio molto simile si ispirano, poi, le *International Guidelines for the Management of Deep-Sea Fisheries in the High Seas*, adottate il 29 agosto del 2008 a seguito di due riunioni di consultazione tecnica svoltesi a Roma, tra il febbraio e l'agosto di quell'anno. Anche in questo caso, le *guidelines* si prefiggono di favorire l'applicazione di istruzioni già elaborate e trasfuse in altri strumenti³⁸, inscrivendosi, così, almeno formalmente, nello spettro d'azione degli strumenti di *post law*. Differenziandosi, infatti, da altre *guidelines* della stessa

³⁶ In questo senso H. CAROLI CASAVOLA, *op. cit.*, p. 125, la quale rinvia, a sua volta, al par. 1.14 delle *Procurement Guidelines*.

³⁷ Consultando, infatti, la sezione *Preparation of This Document*, p. 5, è possibile apprendere che: «*The Purpose of these guidelines is assist States and Regional fisheries management organizations and arrangements (RFMO/As) in implementino the eco system approach to fisheries and United Nations General Assembly (UNGA) Resolution A/RES/64/72*».

³⁸ Anche in questo caso si legge, infatti, «*This document contains the International Guidelines for the Management of Deep-sea Fisheries in the High Seas, adopted on 29 August 2008 through a Technical Consultation held in Rome in two sessions (4–8 February and 25–29 August 2008). The Technical Consultation was held to review and adopt the draft International Guidelines for the Management of Deep-sea Fisheries in the High Seas, which had been developed at the request of the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) Committee on Fisheries (COFI) at its twenty-seventh session (March 2007) in order to assist States and regional fisheries management organizations and arrangements (RFMO/As) in sustainably managing deep-sea fisheries and in implementing the United Nations General Assembly (UNGA) Resolution 61/105.*».

istituzione (denominate *voluntary*³⁹), i due esempi appena svolti sono, infatti, suscettibili di introdurre apporti innovativi dal punto di vista dell'elaborazione delle norme giuridiche, oltretutto di integrare, almeno dal punto di vista potenziale e sul versante dell'interpretazione, il contenuto di altri atti e documenti che siano, invece, muniti di efficacia vincolante.

Nella dicotomia tra *guidelines* elaborate in vista di un'implementazione o per l'integrazione di norme di principio (schemi rinvenibili, rispettivamente, nelle *International Guidelines* della FAO e nelle *Procurement Guidelines*) e *voluntary guidelines* della stessa FAO sembrerebbe potersi intravedere la diversa impostazione che possano presentare più atti che condividano la medesima etichetta.

Nei primi due casi sembra, infatti, che le *guidelines* assolvano a funzioni di *post law* (e, cioè di ausilio all'interpretazione in vista dell'applicazione) o, al più, di *para law* (a mo' di regolazioni indipendenti). Al contrario, nel caso delle *voluntary guidelines* sembra che si possa rintracciare in esse una mera funzione di *pre law* (un intento sensibilizzante).

Aldilà di ogni possibile classificazione sul piano funzionale, la diversità delle *guidelines* appena richiamate è, però, idonea a mostrare anche altri e particolari aspetti legati all'estrema flessibilità del modello, in quanto si ricava che la dizione *linee guida* sia stata adoperata con sorprendente facilità sia per riferirsi ad indicazioni di dettaglio che possono, verosimilmente, atteggiarsi *a* e trasformarsi *in* norme e fonti, sia per indicare meri propositi e consigli, anche di natura molto generica⁴⁰.

³⁹ Ci si riferisce, ad esempio, alle *Voluntary guidelines for flag State performance* od alle *Voluntary Guidelines for Securing Sustainable Small-Scale Fisheries in the Context of Food Security and Poverty Eradication*, le quali, pur non rinunciando ad utilizzare la parola *implementation* nella specificazione dei fini per i quali siano state elaborate, non si rifanno ad un testo preciso, prefiggendosi di mettere in pratica principi o, più in generale, obiettivi di portata generale (come quello di realizzare un'effettiva *implementation* delle responsabilità dello Stato di bandiera – con riferimento alle imbarcazioni che attingano alle risorse alimentari del mare secondo modalità non ecosostenibili). Tra le linee guida con finalità di *pre law* o di mera diffusione di *good practices* per la sensibilizzazione rispetto alle questioni più significative di un dato settore si annoverano anche le *UN Guidelines for Consumer Protection*, adottate dalle Nazioni Unite nel 1985. Di più ambigua formulazione sono, invece, le *UN Guidelines for the Use of Force by Military Components in Peacekeeping Operations*

⁴⁰ Con riferimento alla produzione giuridica della FAO questo accade, ad esempio, rispetto alle produzioni racchiuse dall'etichetta *Other FAO Guidelines*, quasi ad indicare che sia possibile tracciare una gerarchia anche tra le linee guida. Tra di esse annoveriamo, ad esempio, le *Guidelines to reduce sea turtle mortality in fishing operations*.

Le considerazioni che sono state svolte rispetto alle *guidelines* delle Organizzazioni appena richiamate sono, poi, replicabili, con maggiore o minore pertinenza, anche se si ha riguardo alla produzione giuridica di altri organismi. Un discorso in parte simile è, infatti, ripetibile con riguardo ad alcune *raccomandazioni* ed agli *International Labour Standards* adottati dall'Organizzazione internazionale del lavoro⁴¹ o da altre organizzazioni internazionali variamente dotate di altri e diversi fini istituzionali: un panorama vasto, articolato, non del tutto razionalizzabile.

Venendo, infatti, ad alcune ulteriori manifestazioni pratiche di quanto si sostiene, sembra possibile argomentare che una sostanziale vincolatività di indicazioni indiscutibilmente *soft* possa essersi registrata rispetto ad alcune indicazioni elaborate dall'Organizzazione internazionale del lavoro. Una parte della produzione di atti di *soft-law* dell'Organizzazione sembra, infatti, esplicare effetti tendenzialmente normativi⁴². Ci si riferisce, in particolare, al sistema delle *raccomandazioni* dell'Organizzazione, il quale, anziché essere preordinato all'esecuzione del diritto pattizio, si rivela uno strumento di forte indirizzo nei confronti degli Stati aderenti. Il recepimento delle indicazioni contenute nelle raccomandazioni è, infatti, oggetto di un procedimento di controllo di avvenuta attuazione delle raccomandazioni⁴³, in base al quale è previsto che le indicazioni elaborate dall'Organizzazione siano trasmesse alle autorità nazionali affinché queste provvedano a trasformarle in diritto interno o ad adottare tutte le misure necessarie per attuarne il contenuto.

In aggiunta è, peraltro, previsto che gli Stati aderenti all'Organizzazione abbiano l'obbligo di riferire al Direttore generale sulla legislazione nazionale e sulla

⁴¹ Al riguardo, v. S. CHARNOVITZ, *The Influence of International Labour Standards on the World Trading Regime*, in *International Labour Review*, 126, 565, 1987; K.A. ELLIOTT, *The ILO and Enforcement of Core Labor Standards*, in *Policy Briefs*, PB00-6, 2000; J. MAYER, *The Concept of the Right to Work in International Standards and the Legislation of ILO Member States*, in *International Labour Review*, 124, 225, 1985.

⁴² Così C. DI TURI, *Il rilievo del soft-law nella prassi dell'OIL in materia di tutela dei diritti economici e sociali*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*

⁴³ Il procedimento è disciplinato dall'art. 19, par. 6, lett. a-d della Carta OIL. Il rilievo che l'organizzazione conferisce al soft-law è stato, peraltro, confermato dall'adozione della Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali in materia di lavoro del 1998. In tema, cfr. F. MAUPAIN, *La "valeur ajoutée" de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux pour la cohérence et l'efficacité de l'action normative de l'OIT*, in I. DAUGAREILH (a cura di), *Mondialisation travail et droits fondamentaux*, Parigi, 2005; I. DUPLESSIS, *La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail*, in *Diritto delle Relazioni industriali*, 2004.

prassi attuativa dell'ILO lo stato di avanzamento del recepimento, segnalando le eventuali difficoltà che ne impediscano o ne differiscano l'adozione interna. Un caso come questo riscontra l'esistenza di raccomandazioni che, se inosservate, possono dare luogo ad una sorta di responsabilità politica particolarmente temibile: l'autorevolezza dell'Organizzazione proponente è, infatti, evidente.

Ora, se un meccanismo come quello appena descritto sembra riferire di una pressione procurata per via di autorevolezza e finalizzata all'immediata trasposizione legislativa degli *standard* internazionali, non mancano casi nei quali le indicazioni *soft* sembrano essersi trasformate in indicazioni di *hard law* assecondando procedimenti diversi, più impliciti ed indiretti. Un caso di questo filone può, infatti, essere rappresentato da quanto si è registrato rispetto alle indicazioni contenute nelle *OECD Due Diligence Guidelines for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*: un corpo di *linee guida*, per l'appunto, che detta una serie di regole in ordine alla diligenza che le imprese dovrebbero premurarsi di osservare quando instaurano rapporti di approvvigionamento di minerali con fornitori stanziati in aree di guerra o, comunque, caratterizzate da alto rischio. Questo particolare strumento, cui il sito web della stessa OECD dedica un'adeguata introduzione⁴⁴ sembra, oggi, assurgere al ruolo di *standard* internazionale, integrando il contenuto proprio di più atti e fonti di diritto internazionale cogenti che si occupano della materia⁴⁵.

Altri sono, poi, gli esempi che è possibile addurre.

Uno tra i più significativi è, infatti, quello che riguarda l'elaborazione e la diffusione dei *Principi UniDroit*⁴⁶, definiti da qualcuno *linee guida orientatrici della*

⁴⁴ Cfr. il sito web: <https://www.oecd.org/>

⁴⁵ Tra di essi, annoveriamo la *Mosi-oa Tunya Declaration*, adottata il 13 settembre 2018 in occasione della *International Conference on Artisanal and Small-scale Mining and Quarrying*, la quale impone ai privati operatori nazionali, regionali ed internazionali di assicurarsi che i procedimenti di approvvigionamento non vadano a detrimento dei diritti umani e non favoriscano la nascita o lo sviluppo di conflitti bellici. In aggiunta, un espresso riferimento alle *guidelines* considerate è contenuto nel Regolamento U.E. 2017/821, che impone agli operatori europei l'osservanza della necessaria diligenza ogniqualvolta si accingano a determinare l'ingresso, entro il territorio europeo, di determinate materie prime che provengano da determinate aree a rischio. Fuori dall'Europa, le *Chinese Due Diligence Guidelines for Responsible Mineral Supply Chains* contengono, a loro volta, un richiamo al modello OECD, ma, a meno di processi analoghi a quelli in analisi, non possono ancora ritenersi partecipi del già illustrato processo di progressivo acquisto della cogenza.

⁴⁶ M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, III ed., Leida, 2009; ID., *The Unidroit Principles of*

*prassi commerciale*⁴⁷. Si tratta di *standard* commerciali diffusi, oggi, in tutto il mondo e capaci di dettare soluzioni concrete per regolare i rapporti commerciali, per dirimere le controversie che abbiano ad insorgere tra gli operatori economici e per fornire criteri interpretativi per l'integrazione giuridica⁴⁸: un panorama, dunque, vasto e variegato, capace di rivelarci che il complesso di fonti che regola lo svolgimento della vita quotidiana sia ben più esteso di quanto concretamente riferibile alla produzione normativa nazionale.

Già una breve rassegna sulla diffusione delle *linee guida* in orbita extrastatale, sembra, infatti, evidenziare quanto grande sia il successo che il modello esaminato riscuote, oggi, nello stesso terreno di coltura da cui sembra essere derivato il ceppo giuridico cui esso fa riferimento: il *soft-law*.

Tuttavia, le difficoltà legate al possibile rinvenimento di tratti ricorrenti entro le varie manifestazioni ascrivibili alle linee guida delle Organizzazioni internazionali sembrano mostrare che l'impiego di questa etichetta sia abbastanza caotico anche al di fuori dei confini nazionali, in quanto l'espressione *guidelines* sembra avere la sola attitudine di ricomprendere entro un'unica sfera atti e documenti anche molto diversi tra loro. Una circostanza di questo genere non depone a favore di una sicura riconoscibilità di un modello *linee guida*. In base a quanto appena analizzato, si ritrae, infatti, l'impressione che l'elasticità di tale e supposto modello sia, forse, tale da farlo ritenere utilizzabile per indicare tutte le esternazioni orientative alle quali non si possa o non si intenda attribuire un preciso statuto giuridico e che lo stesso possa risolversi, in ultima analisi, in un *non* modello o in un diverso modo di riferirsi alla più generale categoria del *soft-law* (una sorta di *alter ego*).

International Commercial Contracts: Why? What? How?, in *Tulane Law Review*, 69, 5, 1995; S. VOGENAUER - J. KLEINHEISTERKAMP (a cura di), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, 2009; K.P. BERGER, *International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *The American Journal of Comparative Law*, 46, 1, 1998; J.M. PERILLO, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: the Black Letter Text and a Review*, in *Fordham Law Review*, 63, 1994;

⁴⁷ B. PASTORE, *Il soft-law nella teoria delle fonti*, cit., p. 119.

⁴⁸ In questo senso, M.J. BONELL, *I principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, in M.J. BONELL - F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali e internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 3, 1997.

6. Le linee guida nelle iniziative regionali o multilaterali. Esempi.

I passaggi appena delineati rivelano che le linee guida e gli atti che siano ad esse assimilabili sia dal punto di vista *nominale* che dal punto di vista orientativamente *sostanziale* siano riguardati da un discreto impiego anche in orbita ultrastatale. A questo discorso non sembra fare eccezione l'esperienza delle Organizzazioni regionali e delle iniziative multilaterali ed intergovernative.

Già la produzione giuridica della *EFTA Surveillance Authority*⁴⁹, organismo istituito al fine di monitorare l'adempimento degli impegni stretti dai Paesi aderenti all'Associazione europea di libero scambio⁵⁰, si compone, tra le altre cose, di una cospicua serie di *guidelines* per l'interpretazione e l'applicazione della disciplina elaborata dall'EFTA sugli aiuti di Stato (si tratta delle *State aid guidelines*⁵¹). Sul sito istituzionale dell'Autorità è, infatti, riportato che l'organismo di vigilanza adotti *guidelines* capaci di vincolare la stessa attività dell'ente⁵². Le stesse sono, poi, tradotte nelle lingue ufficiali dell'Unione europea contestualmente alla loro pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea⁵³. Si tratta di documenti piuttosto articolati, apparentemente preordinati a fornire un supporto tecnico-

⁴⁹ Sull'attività di questo organism v. F. BÜCHEL – X. LEWIS, *The EFTA Surveillance Authority*, in C. BAUDENBACHER (a cura di), *The Handbook of EEA Law*, New York, 2015; A. ANTONIADIS, *The EFTA Surveillance Authority's Practice in the Field of State Aid*, in *European State Aid Law Quarterly*, 1, 2, 2002; S.E. SVEDMAN, *The Enforcement of the EEA Agreement by the EFTA Surveillance Authority: Enhancing Welfare and Prosperity*, in G. SELVIK – M. CLIFTON – T. HAAS – L. LOURENÇO – K. SCHWIESOW, *The Art of Judicial Reasoning*, New York, 2019.

⁵⁰ H. VAN RANDWYCK, *EFTA or the EU*, Londra, 2011; V.D. NORMAN, *EFTA and the internal European market*, in *Economic Policy*, 4, 9, 1989; N.D. AITKEN, *The Effect of the EEC and EFTA on European Trade: a Temporal Cross-Section Analysis*, in *The American Economic Review*, 63, 4, 1973; V. CURZON, *The Essentials of Economic Integration. Lessons of EFTA Experience*, New York, 1974.

⁵¹ A questo riguardo cfr. la Sezione *State aid guidelines* del sito web dell'EFTA.

⁵² Sul portale dell'organismo, all'indirizzo: <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/>, è possibile leggere quanto segue: «ESA adopts guidelines on the interpretation and application of the state aid rules. The guidelines are binding on ESA».

⁵³ *Ibidem*. Per una descrizione più completa si rinvia a questo stralcio: «Translations into the official language versions of the EU are provided by the EU upon publication in the Official Journal of the European Union (the OJ). Translations into Icelandic and Norwegian are provided by the EFTA Secretariat upon publication in the EEA Supplement to the OJ, which follows on the same date as the publication in the OJ. The translations may be published with a (sometimes considerable) delay, and might not be available for all guidelines currently in force. Please also note that ESA does not verify the quality of the translations. When amendments are made to a set of guidelines, ESA provides a consolidated version on its website, in English only. Please note that the EU and the EFTA Secretariat do not maintain consolidated versions of their translations, and that no consolidated versions are published in the OJ or in the EEA Supplement to the OJ».

applicativo rispetto a più situazioni e questioni⁵⁴. Disponibili sul sito web dell'organismo, sono affiancate da altri strumenti, suddivisi in vari gruppi⁵⁵. Pur non rinvenendosi esplicite indicazioni in ordine alla loro capacità di vincolare i destinatari a cui sono rivolte, le *guidelines* sugli aiuti di Stato presentano, almeno in qualche caso, una terminologia ed una struttura tali da renderle molto simili a delle norme giuridiche a contenuto vincolante⁵⁶. Ricolme di indicazioni pratiche, le *guidelines* forniscono, inoltre, analitiche definizioni⁵⁷ di alcuni dei concetti richiamati negli strumenti cui danno attuazione e sono frequentemente aggiornate, in modo da presentarsi alla stregua di testi consolidati per la fruizione comune⁵⁸.

La breve descrizione di alcune delle caratteristiche che sembrano riguardare questi strumenti restituisce, dunque, l'impressione che essi presentino un livello di incisività probabilmente superiore a quello che si è soliti immaginare quando si discorre delle potenzialità degli atti di *soft-law*. E questo perché sembra che le linee guida in parola assolvano sia ad una funzione di indirizzo interna allo stesso ente⁵⁹, sia all'analitica e diffusa precisazione di concetti e regole definiti in modo solo generico dagli altri strumenti. Ciascuna di queste linee guida sembra, infatti, svolgere una funzione di supporto interpretativo così incisiva da lasciar supporre che siano, forse, le sue stesse indicazioni a riempire concretamente il contenuto delle norme

⁵⁴ Si rinvencono, ad esempio, documenti sugli aiuti di Stato per la tutela ambientale e l'energia (*Guidelines on State aid for environmental protection and Energy 2014-2020*) o strumenti sugli aiuti di Stato per i sottopassaggi ferroviari (*Guidelines for State aid for Railway Undertakings*).

⁵⁵ Al gruppo delle linee guida sulle *Procedural Rules* si affiancano, infatti, quello delle *Horizontal Rules* e quello delle *Sector Specific Rules*. Ci sono altri, poi, altri gruppi

⁵⁶ V., su tutte, Efta Surveillance Authority, *EFTA Authority Decision No 3/17/COL* of 18 January 2017, amending, for the one-hundred and second time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing new Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the Agreement on the European Economic Area [2017/2413].

⁵⁷ Un esempio su tutti può essere dato da EFTA Surveillance Authority, *EFTA Decision No 271/14/COL* of 9 July 2014 amending for the 97th time the procedural and substantive rules in the field of State aid by adopting new Guidelines for research and development and innovation [2015/1359], le quali, al par. 1.3, contengono uno specchio di *Definitions*.

⁵⁸ Al riguardo cfr. K. BACON QC, *European Union Law of State Aid*, Oxford, 2017, p. 127, dove si dice che le *State aid guidelines* sono adottate dalla EFTA Surveillance Authority al fine di consolidare entro un unico testo il contenuto di altre *linee guida* (sia procedurali che *sostanziali*), elaborate dalla Commissione europea. Le *guidelines* in parola sono, inoltre, oggetto di costante aggiornamento affinché tengano in considerazione gli sviluppi del Diritto e delle politiche eurounitarie.

⁵⁹ Al riguardo, è emblematico quanto affermato sull'indirizzo web sulle *State aid guidelines, cit.*, dove si legge: «*ESA adopts guidelines on the interpretation and application of the state aid rules. The guidelines are binding on ESA. ESA adopts its guidelines in English only, the working language of the Authority. In general, the guidelines are applicable and in force when published as such on ESA's website*».

giuridiche di cui dovrebbero supportare l'applicazione. Solo che, se questa impressione fosse confermata sarebbe, probabilmente, possibile (e forse opportuno) interrogarsi sull'effettiva utilità di ricostruire anche questa produzione in termini contrappositivi rispetto all'*hard law*, distinguendo, cioè, le fonti formalmente provviste di efficacia vincolante da quelle che non la presentino.

In molti casi, infatti, il contenuto delle norme concretamente adottate dall'autorità appare fortemente debitore delle specificazioni delle linee guida e degli altri strumenti, fino al punto che non sia più possibile stabilire se essi integrino la normativa o, invece, la dettino, essendo ogni riscontro sulle possibili violazioni degli accordi rimesso all'esame della rispondenza che le attività concretamente compiute abbiano rispetto a quanto prescritto dalle linee guida⁶⁰.

Maggiore certezza in ordine alla rilevanza di eventuali scostamenti rispetto a quanto disposto da alcune *guidelines* sembra, invece, rinvenirsi in altri casi. Questo sembra vero almeno allorché si faccia riferimento ad alcune *linee guida* adottate dagli organi del Consiglio d'Europa. Anche all'interno di questa istituzione multilaterale, l'uso delle *linee guida* e degli strumenti ad esse assimilabili è, infatti, piuttosto diffuso. Alcune *linee guida* del Consiglio d'Europa sono, infatti, annoverate

⁶⁰ Quanto si afferma trova riscontro nella decisione dei Casi riuniti E-5/04 ed E-6/04 del 1999, nella quale l'Autorità decidente si è interrogata in ordine a quali potessero essere le conseguenze che la EFTA Surveillance Authority potesse adottare a seguito del mancato adempimento di uno Stato facente parte dell'EFTA rispetto a specifiche misure da esso accettate. Nel caso in oggetto, le specifiche misure richieste dall'Autorità consistevano nell'applicazione delle *Environmental Guidelines* dell'EFTA (si tratta, anche in questo caso, di *linee guida* sugli aiuti di Stato), che erano, a loro volta, modellate sulle corrispondenti *Guidelines* adottate dalla Commissione europea. Più precisamente, l'Autorità aveva proposto agli Stati dell'EFTA di adeguare la propria legislazione nazionale alle *linee guida* in parola entro una certa data. Poiché, però, la Norvegia, pur avendo esternato la volontà di adeguarsi incondizionatamente alle indicazioni ricevute, non aveva rimaneggiato la sua legislazione in tema entro il termine prestabilito, l'Autorità giudiziaria ha ritenuto di poter applicare la disciplina prevista per il caso di inadempimento degli obblighi assunti, disponendo il ritiro degli aiuti già concessi. Al riguardo, una questione in parte simile è stata, altresì, oggetto di un altro caso (il caso *Fesil*, E-7/04). Per un'analisi sui casi in questione cfr. D. BUSCHLE, *The Case Law of the EFTA Court in the Field of State Aid*, in M.S. RYDELSKI (a cura di), *The EC State Aid Regime. Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, Londra, 2006, p. 773, il quale definisce le *guidelines* dell'EFTA nel modo che segue: «*Guidelines in the field of State aid law are characterized by their general nature and do not, in themselves, specify individual aid schemes in a given State. The adoption of Guidelines is common practice with both the Commission and the EFTA Surveillance Authority, not least because of their limited human resources. It constitutes a legitimate way for the Authority in order to structure its discretionary power to grant exemptions from the general State aid prohibition under Article 61(3) EEA. By adopting these Guidelines, the Authority displays a readiness to exercise its discretion within the limits of the Guidelines.*». Per un riscontro a più ampio raggio sul *case law* della EFTA Court, cfr., invece, C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court: an Actor in the European Judicial Dialogue*, in *Fordham International Law Journal*, 28, 2004-2005.

tra i *legal instruments*⁶¹ dell'organismo; sono presentate e caricate nella stessa sezione nella quale, solitamente, si inseriscono le *recommendations* ed hanno oggetti diversi⁶². Analogamente alle *linee guida* dell'EFTA, anche quelle del Consiglio d'Europa possono contenere definizioni in ordine agli oggetti cui si riferiscono e sono finalizzate al perseguimento degli obiettivi enunciati dai documenti e dagli strumenti (sia vincolanti che non vincolanti) adottati dall'organismo entro la cui orbita si iscrive la loro azione.

A differenza delle *linee guida* dell'EFTA, le *guidelines* del Consiglio d'Europa non sembrano, però, condividere il medesimo tenore precettivo; non danno l'impressione di voler dare luogo ad un'integrazione del contenuto di regole cogenti tale da tradursi in una sostituzione di esse e contengono, soprattutto, delle espressioni che rassicurano in ordine al fatto che debbano considerarsi cedevoli in caso di antinomia rispetto a quanto disposto da altre normazioni⁶³. In questo senso, è come se le stesse linee guida riconoscessero il loro carattere ausiliario e la loro dimensione orientativa, rinunciando, a priori, a prendere il posto delle norme vincolanti anche quando astrattamente idonee ad assolvere ad una funzione regolativa.

Al netto di queste osservazioni, anche nel caso del Consiglio d'Europa, il ricorso alle linee guida ed alle loro effettive o supposte utilità è, tuttavia, evidente⁶⁴ e testimonia il grande successo del modello indagato, oltre che, più in generale, quanto si è soliti, oggi, riscontrare rispetto agli strumenti flessibili complessivamente intesi.

⁶¹ Cfr. il sito web: <https://www.coe.int/en/web/cdcj/recommendations-resolutions-guidelines> (ultima consultazione d.d. 11 maggio 2020).

⁶² Al riguardo, si possono citare, tra le altre, le *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on electronic evidence in civil and administrative proceedings*, adottate il 30 gennaio 2019 o le *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, adottate il 17 novembre 2010.

⁶³ Cfr., al riguardo, le *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on electronic evidence in civil and administrative proceedings* in cui, già nella sezione introduttiva, intitolata *Purpose and Scope*, si specifica che: «*The guidelines are not to be interpreted as prescribing a specific probative value for certain types of electronic evidence and are to be applied only insofar as they are not in conflict with national legislation. The Guidelines aim to facilitate the use and management of electronic evidence within legal systems and in Court practices*».

⁶⁴ La European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) ha, ad esempio, elaborato una raccolta delle *guidelines* adottate nel corso del tempo, denominata *Comiplation of CEPEJ guidelines (booklet cointaining the guideilnes until December 2016)*, all'interno della quale si annoverano gli stralci di diverse *linee guida*. Tra di esse, meritano menzione: CEPEJ (2019) 15/6 Dicembre 2019, *Breaking up judges' isolation – Guideines to improve the judge's skills and competences, strengthen knowledge sharing and collaboragion, and move beyond a culture of judicial isolation* e CEPEJ (2019), 8E, 14 Giugno 2019, *Guidelines on designing and monitoring mediation training schemes*.

Anche in questo caso, le linee guida (o *guidelines*) sembrano, difatti, configurare un idoneo contenitore entro il quale poter imprimere e veicolare qualunque tipo di indicazioni, potendo esse contenere sia regole tecniche che specificchino, integrino o dettino il contenuto proprio di strumenti vincolanti, sia *standard* qualificati con fine orientativo o istruzioni procedurali per lo svolgimento di determinate operazioni⁶⁵.

6. Le linee guida nel sistema giuridico dell'Unione europea

L'impiego di *guidelines* o strumenti ad esse assimilabili cui si è finora accennato è, da ultimo, riscontrabile anche avendo riguardo alla produzione giuridica dell'iniziativa multilaterale più giuridicamente strutturata dell'attuale panorama: l'Unione europea. Anche presso questa istituzione è, infatti, possibile sperimentare una non trascurabile stratificazione di documenti che, nominalmente o sostanzialmente, impongono un rinvio al modello considerato in questo lavoro. Le attività attraverso le quali l'Unione europea persegue la realizzazione dei propri fini si estrinseca, infatti, anche attraverso strumenti sprovvisti di natura vincolante e, tra di essi, ve ne sono di ulteriori rispetto alle *raccomandazioni* ed ai *pareri*⁶⁶. Non è

⁶⁵ Questo sembra, ad esempio, il caso delle *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, elaborate dalla European Patent Organization. In tema cfr. I. MUIR – M. BRANDI-DOHRN – S. GRUBER, *European Patent Law. Law and Procedure under the EPC and PCT*, II ed., Oxford, 2002; J. EATON – S. KORTUM – J. LERNER, *International Patenting and the European Patent Office: a Quantitative Assessment*, New York, 2003. Per un riscontro di più ampio respiro in ordine alla diffusione di questo modello anche presso altre iniziative multilaterali, si ritiene di poter operare un rapidissimo riferimento ai Protocols ed alle Guidelines che, in uno con gli Administrative Arrangements, sono periodicamente pubblicati sul sito web dell'African Union.

⁶⁶ Per una rapida ricostruzione di tutti gli strumenti non vincolanti del diritto dell'Unione europea, v. <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vh75mdhkg4s0#p2> (ultima consultazione 12 maggio 2020). Per una consultazione manualistica si rinvia, invece, a A. TIZZANO – R. ADAM, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Milano, 2018; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020; R. MASTROIANNI – G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, VIII ed., Torino, 2019. Sul *soft-law* dell'Unione europea, v., invece: T. GIARO, *op. cit.*, p. 84, secondo cui il *soft-law* rappresenta un nuovo *mode of governance* europeo, basato in una misura più o meno grande sul meccanismo di autoregolazione; A. PETERS – I. PAGOTTO, *Soft-law as a New Mode of Governance: a Legal Perspective*, in *NEWGOV: New Modes of Governance*, 2006; A. POGGI, *Soft-law nell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, 2007, p. 232 e ss.; T. FAJARDO, *Soft-law*, in *Oxford Bibliographies*, Gennaio 2014; F. SNYDER, *Soft-law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, in *Società e diritto*, 1993; D.N. TRUBEK – M.P. COTTRELL – M. NANCE, "Soft-law", "Hard Law" and European Integration: *Toward a Theory of Hybridity*, in *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, No. 1002, 2005; K.C. WELLENS – G.M. BORCHARDT, *Soft-law in European Community Law*, in *European Law Review*, 14, 1989; L. SENDEN, *Soft-law in European Community Law*, cit.; M. BARBERA, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione europea?*, in *Diritto delle relazioni*

raro, infatti, imbattersi in documenti esplicativi con i quali le istituzioni dell'Unione intendano fornire supporto od assistenza agli operatori giuridici in vista dell'implementazione di fonti od indicazioni elaborate in ambito europeo⁶⁷ e sono molteplici i filoni di *guidelines* che si possono reperire in rete non appena ci si accinga ad indagare un po' più approfonditamente quanto sia diffusa, anche al livello europeo, la prassi di veicolare indicazioni pratiche usando, appunto, delle linee guida⁶⁸.

A questo riguardo si può, in primo luogo, constatare che, anche presso l'Unione europea, si siano adottate delle *guidelines* per orientare le attività degli operatori nel settore degli aiuti di Stato⁶⁹. Anche in questo caso, le indicazioni contenute all'interno di questi documenti sembrano condividere un tenore latamente precettivo, disponendo definizioni e regole operative che paiono, in alcuni casi, così circostanziate da poter imporre conclusioni simili a quelle svoltesi per l'EFTA⁷⁰.

Lo stesso intendimento orientatore è, poi, parzialmente riscontrabile rispetto alla produzione delle *Better Regulation Guidelines*, che esplicitano i principi cui la Commissione europea si ispira nella fase di elaborazione di iniziative e proposte⁷¹.

industriali, 2000; H. FRYKMAN – U. MÖRTH, *Soft-law and Three Notions of Democracy*, in ID. (a cura di), *Soft-law in Governance and Regulation*, Cheltenham, 2004; R. MANFRELLOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004.

⁶⁷ Sul sito web della Commissione europea è, ad esempio, riportato che: «*The European Commission provides a range of guidance documents to assist stakeholders in implementing directives related to medical devices.*». Indirizzo web: https://ec.europa.eu/growth/sectors/medical-devices/current-directives/guidance_en (ultima consultazione d.d. 12 maggio 2020).

⁶⁸ Per un complesso di strumenti di questo tipo basti qui riferirsi alla Sezione *Guidelines and Toolbox* del portale della Commissione europea, dove è possibile trovare molti documenti a titolo *guidelines* sulla *better regulation*. Indirizzo web: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en (ultima consultazione d.d. 12 maggio 2020).

⁶⁹ Per un riscontro v., ad esempio, European Commission, *Communication from the Commission. Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020*, 2014/C/ 200/1, disponibile sull'Official Journal of the European Union del 28 giugno 2014, oltre che all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0628%2801%29> (ultima consultazione d.d. 12 maggio 2020).

⁷⁰ La prima sezione del documento sopra menzionato recita, infatti, *Scope and Definitions*.

⁷¹ Sul sito web dello European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction si riporta, ad esempio, che le *Better Regulation Guidelines* elaborate dalla Commissione europea: «*(...) set out the principles that the European Commission follows when preparing new initiatives and proposals and when managing and evaluating existing legislation. It is considered a working document for Commission Staff. Note that there is also a companion resource, the Better regulation toolbox*» Indirizzo web: http://www.emcdda.europa.eu/document-library/better-regulation-guidelines-european-commission_en (ultima consultazione d.d. 12 maggio 2020).

Si tratta, in questo caso, di *guidelines* che, rivelando una concreta attitudine all'integrazione del contenuto di altri testi, sono ben calibrate su specifiche situazioni o questioni, appuntandosi – chirurgicamente – ad ogni fase del *law-making cycle*⁷².

Poi, e ancora, si rinviene il raggruppamento delle *guidelines* del *VAT Committee* (l'organismo deputato alla promozione dell'uniforme applicazione delle previsioni europee in tema di *value added tax*). Secondo quanto riportato sul portale internet dell'organismo, le *Commission guidelines on VAT* sono *explanatory notes* e *other documents* elaborate dai servizi della Commissione al fine di fornire una guida pratica ed informale sul modo attraverso cui le disposizioni UE in tema di i.v.a. debbano essere applicate⁷³. Segue la precisazione che non si tratti di strumenti vincolanti⁷⁴: una precisazione opportuna e, sicuramente, utile, vista la già esaminata attitudine di alcune linee guida a fungere da riferimento per la concreta individuazione di condotte antigiuridiche o di attività contrastanti con il diritto vincolante.

Al netto dell'indubbia utilità di una precisazione di questo tipo sembra, però, evidente che anche queste linee guida non possano classificarsi alla stregua di atti neutri dal punto di vista del proprio impatto ordinamentale e che, essendo preordinate a facilitare l'applicazione di strumenti vincolanti, possano condividere un peso diverso da quello che si sarebbe soliti attribuire a dei generici strumenti di *soft-law*.

Le *linee guida* in oggetto si inseriscono, infatti, in un quadro di cooperazione presidiato da strumenti atti ad assicurare l'adempimento degli obblighi imposti da fonti e rappresentano la quota di uno strumentario giuridico finalizzato ad obiettivi comuni⁷⁵. In molti casi, le raccomandazioni della Commissione e del Consiglio

⁷² È più o meno quanto si afferma sul portale della Commissione europea, all'indirizzo: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en (ultima consultazione d.d. 12 maggio 2020).

⁷³ Per un riscontro, cfr. quanto si dice all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/commission-guidelines_en (ultima consultazione d.d. 12 maggio 2020).

⁷⁴ All'indirizzo di cui sopra si legge, infatti: «*Guidelines issued by the Commission's Directorate General for Taxation and Customs Union only contain practical and informal guidance about how EU law should be applied and are not legally binding.*».

⁷⁵ Al riguardo, cfr. B. PASTORE, *Il soft-law nella teoria delle fonti*, cit., il quale, a p. 119, afferma che: «*Il soft-law è sempre più adoperato nell'Unione europea. Anche qui il riferimento va a regole di condotta che, in linea di principio, non sono dotate di forza giuridicamente vincolante, ma che, nondimeno, possono produrre effetti pratici. Un significativo esempio è rappresentato dalle raccomandazioni della Commissione europea e del Consiglio che, tracciando linee guida, possono*

dell'Unione europea tracciano, infatti, direttive, linee guida e documenti programmatici sulla strategia politica, al fine di coordinare i rapporti tra gli Stati europeizzati e di bilanciare l'uniformazione dei sistemi tra unità e diversità.

Anche queste linee guida sono, infatti, partecipi del più generale processo di integrazione europeo: circostanza in base alla quale può anche ritenersi che l'assenza di un espresso carattere vincolante non costituisca un disincentivo troppo significativo perché le indicazioni in esse contenute siano concretamente intese come da osservare.

Il diritto dell'Unione europea annovera, infatti, almeno altre due esperienze giuridiche prive di espressa vincolatività che, in tempi e modi diversi, si può ritenere abbiano comunque inciso la realtà giuridica: il primo di questi esempi è rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per lungo tempo sprovvista di espressa vincolatività; il secondo dai noti principi del diritto europeo dei contratti.

Nel primo caso, è possibile rammentare che la già menzionata Carta sia stata intesa, per diversi anni, come una dichiarazione di alto valore politico formalmente sprovvista di piena rilevanza e vincolatività: una condizione latamente ascrivibile alle caratteristiche degli strumenti di *soft-law* che non deve, però, lasciar intendere che la stessa fosse inidonea ad esercitare ogni influenza⁷⁶. Lo strumento in parola ha,

riguardare ampie aree di strategia politica, nella prospettiva del coordinamento dei rapporti tra gli Stati "europeizzati" e del bilanciamento tra unità e diversità. Ma non vanno dimenticati i codici di condotta, i libri verdi e i libri bianchi, le azioni di programma, le comunicazioni, le risoluzioni, gli orientamenti, le dichiarazioni, i pareri, le istruzioni che operano nella prassi delle istituzioni comunitarie e nel contesto delle loro interrelazioni. Talvolta si tratta di indicazioni che possono essere trasformate, attraverso decisioni giudiziali, amministrative o legislative, in hard law.»

⁷⁶ L'esempio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non rappresenta l'unico caso in cui un documento a vocazione costituzionale e contenitivo di principi sia stato ammesso a riconoscere degli effetti più vasti di quelli tradizionalmente attribuibili agli strumenti di *soft-law*, pur essendo esso stesso espressione del *soft-law*. Qualcosa di parzialmente simile è, infatti, avvenuto con la già menzionata Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali in materia di lavoro, in quanto, ad avviso di alcuni autori, tra cui C. DI TURI, *op. cit.*, p. 66, la Dichiarazione, «(...) Anche se formalmente strumento di *soft-law* (...) produce nondimeno rilevanti effetti giuridici. Anzitutto, essa rende visibili in un unico strumento i principi e diritti fondamentali in materia di lavoro, definendoli per la prima volta espressamente tali e contribuendo al consolidamento di un'opinione circa il loro valore consuetudinario; inoltre, essa vincola gli Stati membri ad osservare norme giuridiche contenute in convenzioni anche se essi non le hanno ratificate, affermandone la natura "costituzionale"; infine, la Dichiarazione prevede un meccanismo di controllo che, anche se definito "promozionale", in realtà costituisce un *quid novi* rispetto alle procedure esistenti, poiché ne organizza differentemente le modalità». Per una conferma relativa alla concreta capacità di incidenza che questo documento ha avuto sul piano del diritto cogente, si segnala l'avvenuta trasposizione di almeno alcune delle sue

infatti, dischiuse un proprio contributo di rilevanza ed autorevolezza sia se considerato dal punto di vista del suo apporto al processo di integrazione europea⁷⁷, sia se riguardato con riferimento al suo alto valore persuasivo e monitorio⁷⁸.

Rilevanza, influenza e vincolatività non sembrano, infatti, caratteri destinati a dover convivere, in tutti i casi, entro le fonti, in quanto la concreta osservanza delle indicazioni in esse contenute può sperimentare, oggi, nuovi, diversi ed interessanti processi di affermazione.

Quanto si afferma pare, infatti, vero anche rispetto al secondo degli esempi appena richiamati, quello dei *Principi europei del diritto dei contratti*⁷⁹: un complesso di indicazioni, a sua volta, sprovvisto di un esplicito contenuto di cogenza, ma caratterizzato da una notevole ricaduta pratica, che si estrinseca nel suo impiego durante la fase di stipulazione dei contratti o nel richiamo che ne fanno molte decisioni giudiziali e molti luoghi della normazione cogente.

8. L'orientamento espansivo di linee guida e soft-law extranazionali

Sebbene le *linee guida* di orbita extranazionale non possano non annoverarsi tra gli strumenti sprovvisti di efficacia vincolante, le considerazioni svolte fino a

formulazioni in altre fonti, sia di *hard law* che di *soft-law*. Tra di esse si vedano, ad esempio, l'Accordo di libero scambio nord-americano (ALENA), il c.d. *Global Compact* dell'Onu, le *guidelines* dell'OECD. In tema si richiamano C. DOUMBIA-HENRY – E. GRAVEL, *Accords de libre-échange et droits des travailleurs: évolution récente*, in *Revue Internationale du travail*, 2006; V.A. LEARY – D. WARNER (a cura di), *Social issues, Globalisation and International Institutions*, Leiden, 2005.

⁷⁷ L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2002; R. MANFRELLOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004; A. SPADARO, *Sulla "giuridicità" della Carta europea dei diritti*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001.

⁷⁸ Per approfondire si rinvia a M. PANEBIANCO, *La Carta europea dei diritti nel soft-law costituzionale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2001; E. MOSTACCI, *op. cit.*

⁷⁹ C. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001; O. LANDO - H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Londra, 2000; L. ANTONIOLLI - A. VENEZIANO (a cura di), *Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary*, Frederick, 2005; M.W. HESSELINK, *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission*, in *Global Jurist*, 1, 1, 2001. Per un'analisi più approfondita sui principi del diritto privato europeo v., invece, S. MAZZAMUTO, *Diritto privato europeo*, in S. MARTUCCELLI – V. PESCATORE (a cura di), *Dizionario di diritto civile*, a sua volta in N. IRTI (diretta da), *Dizionari del diritto privato* (collana), Milano, 2011; G. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016; C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007; G.A. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2011; R. SCHULZE – R. ZIMMERMANN, *Testi fondamentali di diritto privato europeo*, Milano, 2001

questo momento lasciano desumere che, anche rispetto ad esse, sia possibile rinvenire dei casi in cui la formale assenza di cogenza si sia attestata ad una dimensione solo eminentemente teorica e formale. Un'affermazione del genere non contiene, naturalmente, aspirazioni generalistiche e vorrebbe fondarsi sulle varie manifestazioni discusse, ciascuna delle quali si ritiene possa aver rivelato che anche al livello internazionale si sperimenti il richiamato processo di risalita del *soft-law*⁸⁰.

Le occasioni giuridiche maggiormente riguardate da questo fenomeno si rintracciano in molti di quei casi in cui è lo stesso testo di un atto normativo a disporre un'espressa ratifica del contenuto di strumenti *non* vincolanti adottati in orbita internazionale. In altri casi, il processo di risalita sembra, invece, alimentarsi in via non altrettanto esplicita, penetrando le aree della prassi e dell'interpretazione e favorendo l'elezione di indicazioni *soft* a norme di regolazione di una materia⁸¹.

Sulla scorta della rassegna di esempi atti suffragare la praticabilità di questa tesi, sembra, allora, possibile svolgere almeno un paio di affermazioni di carattere generale rispetto alla capacità di penetrazione che le linee guida extrastatali possano, oggi, esercitare sui vari ordinamenti.

In primo luogo, si può notare che ogni eventuale attitudine all'incidenza che possa riguardare tali produzioni sia in qualche modo proporzionata all'influenza che l'istituzione da cui provengono sia in grado di esercitare sul piano internazionale⁸².

In secondo luogo, sembra di qualche utilità rimarcare che il transito delle indicazioni *soft* sul piano dell'*hard law* possa essere favorito dalla prassi, in uso presso molte istituzioni sopranazionali, di dotarsi di strumenti per monitorare l'implementazione delle proprie indicazioni.

Strumenti di questo tipo sono rappresentati da tutti quei meccanismi elaborati al fine di controllare il concreto livello di recepimento che le indicazioni abbiano

⁸⁰ V. Cap. II, par. 7.1, *L'avanzata del soft-law come fenomeno unitario*.

⁸¹ Un fenomeno del genere sembra essersi verificato con riguardo al diritto dei contratti, v. *infra*.

⁸² Si rinvia, al riguardo a J. TALLBERG - L.M. DELLMUTH - H. AGNÉ - A. DUIT, *NGO Influence in International Organizations: Information, Access and Exchange*, in *British Journal of Political Science*, 48, 1, 2018; B.A. SIMMONS - L.L. MARTIN, *International Organizations and Institutions*, in W. CARLSANES - T. RISSE - B.A. SIMMONS (a cura di), *Handbook of International Relations*, Londra, 2002; A.M. CLARK, *Non-Governmental Organizations and their Influence on International Society*, in *Journal of International Affairs*, 48, 2, 1995.

avuto al livello nazionale⁸³: sistemi di controllo suscettibili di favorire un adeguamento, anche laddove non sia obbligatorio.

I meccanismi predisposti per monitorare l'attuazione delle indicazioni raccomandate, in uno con la persuasività degli strumenti e con la capacità di incutere una pressione all'applicazione delle indicazioni che derivi dall'autorevolezza dei loro ideatori, fanno sì che il contenuto degli strumenti di *soft-law* possa conoscere una ratifica normativa che li introduca nel sistema delle fonti di un determinato ordinamento o vagare, sotto forma di standard qualificati, nella prassi applicativa dei vari sistemi, senza che si riscontrino formali trasposizioni nelle fonti scritte.

Tralasciando, però, ogni aspetto legato al ruolo che l'influenza dei vari organismi sia in grado di esercitare rispetto alla risalita degli strumenti *soft* nell'universo dell'*hard law*, c'è, forse, un altro profilo che lo studio appena condotto sembra in grado di mettere in luce: il profluvio di linee guida ed atti ad esse assimilabili è, infatti, un serbatoio di indicazioni ad influenza variabile non meno di quanto non sia uno strumentario stratificatosi in base all'esigenza di flessibilità.

Proprio l'aspirazione ad essa sembra, infatti, alimentare la produzione di linee guida e potrebbe essere l'elemento da cui partire per sviluppare un'ultima riflessione.

In molti casi, le linee guida costituiscono lo strumento attraverso il quale si ritiene di poter ovviare alle difficoltà derivanti dall'approvazione o dall'aggiornamento di fonti vincolanti (e vincolate nelle procedure), piuttosto che ai problemi che si riscontrerebbero appesantendo di contenuti tecnici la normazione tradizionale. Ad oggi, il ricorso all'estrema fluidità del modello linee guida sembra essere stato individuato quale soluzione ideale per il governo della complessità e

⁸³ A questo riguardo cfr. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *The Contribution of International Organisations*, cit., p. 9, dove si legge: «*IOs instruments need to be adopted or used domestically to have a practical effect. The ways in which this is done depend on each country's constitutional systems, and adoption is often done without any involvement of IOs. Nevertheless, IOs may track the use of their instruments, and provide related support and guidance to their Members to implement them*». In questo contesto si inseriscono, ad esempio: la *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption*, adottata dal Segretariato delle Nazioni Unite, nel 2006 (il documento in esame contiene, infatti, alcune indicazioni pratiche per l'implementazione di uno strumento vincolante, rivolte agli Stati); l'istituzione di organismi preposti a favorire l'attuazione del diritto cogente (v., ad esempio la Conference of State Parties to the United Nations Convention against Corruption, prevista dall'art. 68 della medesima Convenzione con lo scopo di fornire un supporto agli Stati per l'attuazione del diritto cogente); l'istituzione di meccanismi di valutazione del livello di adeguamento che gli Stati abbiano realizzato rispetto alle indicazioni contenute in uno o più strumenti vincolanti (tra cui l'*Implementation Review Mechanism*, un *peer-review process* di valutazione dei progressi conseguiti, simile a quelli già in forza presso l'OECD).

delle problematiche appena analizzate, ma l'estrema indeterminatezza di una simile produzione giuridica sembra portare con sé più di qualche dubbio e potrebbe dare luogo a problemi anche più significativi di quelli che si ritiene possa risolvere.

L'approdo ad un costrutto *a maglie larghe* e quasi onnicomprensivo (le linee guida, per l'appunto) si rivela, infatti, una scelta in favore della semplicità solo rispetto ad un momento iniziale: quello relativo all'individuazione della veste giuridica da attribuire alle indicazioni che si vogliono immettere nell'ordinamento. Superata questa fase, ogni apparente approdo alla semplificazione flessibilizzante sembra lasciare spazio alle difficoltà che derivano dall'esistenza di moltitudini di regolazioni flessibili, tramutando il rinvio agli strumenti di questo tipo in un rimando al *caos*. Le linee guida sono, infatti, eccessivamente numerose e molte di esse non rinunciano a fornire indicazioni circostanziate, dando vita a corpi di regole tecniche altamente sofisticati e complessi.

La cifra fondamentale del cambiamento rinvenibile nell'uso delle *linee guida* non sembra, peraltro, risiedere nel diverso contenuto che presentino le regole da esse enunciate, in quanto i più evidenti elementi di novità che esse presentano sembrano piuttosto rappresentati dal *chi* le adotti e dalle procedure con cui ciò avvenga. Già una circostanza di questo tipo potrebbe evidenziare che l'affermazione del modello linee guida sembri uno strumento idoneo a superare le difficoltà derivanti dalla regolazione dei fenomeni complessi solo in virtù del fatto che il rinvio ad esso consenta di trasferire queste stesse difficoltà dal circuito della produzione normativa istituzionale ad altri tipi di produzioni, più malleabili e ripensabili.

Discorsi analoghi sembrano, poi, riscontrarsi anche avendo riguardo alle produzioni di *soft-law* interamente costituite di principi. In alcuni casi, le norme dell'odierna realtà giuridica operano, infatti, rinvii a costruzioni più ampie e capienti (come i principi, appunto), lasciando inevaso un bisogno di dettaglio che è, poi, colmato da strumenti secondari spesso delegittimati.

Quando, infatti, ci si accinge a dettare discipline interamente o prevalentemente costituite da principi e clausole generali, il bisogno di individuare regole di dettaglio per la concreta applicazione delle disposizioni darà avvio a carsiche precisazioni del contenuto delle regole, per il tramite dell'interpretazione e

della prassi⁸⁴. In questo modo, le difficoltà regolatorie dalle quali si è cercato di rifuggire facendo ricorso a *clausole generali, principi e rinvii* si rifletteranno sull'universo delle indicazioni flessibili e il momento di individuazione delle soluzioni richiesto dalla complessità dei vari fenomeni sarà traslato dalle forme e dai luoghi della normazione a quelli dell'elaborazione di tali strumenti.

Se ne ricava che molte norme giuridiche, rinunciando a regolare il dettaglio, agevolino l'affermazione di meccanismi scarsamente controllabili e non, in ogni caso, più efficienti dal punto di vista dell'elaborazione delle soluzioni. Il ricorso alle linee guida non sembra, infatti, una soluzione in sé capace di risolvere i problemi derivanti dal disciplinare le realtà complesse e molte linee guida non presentano caratteristiche e aspetti innovativi tali da farle ritenere il modello d'efficienza con cui poter regolare meglio certi fenomeni. Il successo della formula linee guida sembra, piuttosto, spiegarsi con il fatto che la loro adozione, più che dissipare le difficoltà regolatorie (che, invero, persistono a tutti i livelli) consenta di scaricare queste stesse difficoltà al piano informale o, in ultima analisi, alla gestione di altri soggetti.

A corredo, l'esigenza di avviare un recupero almeno parziale delle inevase indicazioni di dettaglio (esigenza che si avverte nella prassi) è assolta attraverso la formulazione delle stesse linee guida, realizzando (o completando) la sostituzione del momento decisorio che, dal piano della produzione normativa, trova ricollocazione nell'elaborazione di strumenti flessibili. A fronte di indicazioni sempre più di principio e di normazioni sempre più in affanno rispetto alla regolazione del dettaglio, la produzione giuridica sembra, infatti, rifugiarsi nell'evoluzione interpretativa che si svolga rispetto al contenuto minimo delle norme di principio e, in ultima analisi, nelle precisazioni degli strumenti ausiliari.

Le *linee guida* sono espressione di tutto questo, poiché, più spesso di quanto si sia disposti a riconoscere, integrano il contenuto di altri precetti; soddisfano il bisogno di introdurre complessi di indicazioni più precisi e compensano la scelta di

⁸⁴ Sul ricorso ai principi come scelta che non si risolve in un'assoluta opzione per la genericità v. A.S. HARTKAMP, *The General Principles of EU Law and Private Law*, in ID, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 75, Nijmegen, 2011; J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, in AA.VV., *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, a sua volta in *Études générales – droit de la famille*, Parigi, 1950.

genericità che si è compiuta quando si è deciso di limitare la specificità di un determinato atto per svariate (e magari anche opportune) ragioni.

In questo senso, le linee guida sono, allora, un'opzione utile sia qualora si intenda rifuggire le procedure di produzione delle fonti tradizionali, sia quando si cerchi un ottimo contenitore entro cui poter ricollocare le regole che un tempo si sarebbero inserite nelle normazioni tradizionali. Un così caotico prorompere delle linee guida non sembra, però, fornire particolari contributi in termini di semplificazione del sistema e, oltre a realizzare una trasformazione (per certi versi) anche molto pericolosa della normazione può fare sì che l'incontrollato flusso di indicazioni per la pratica si traduca in un problematico arretramento di molte delle garanzie poste a presidio della produzione giuridica.

PARTE SECONDA

Le linee guida nella concretezza dell'esperienza giuridica

CAPITOLO IV

Le linee guida dell'ordinamento nazionale

SEZIONE I

Linee guida come atti di indirizzo ed altre proposte: tentativi di razionalizzazione classificatoria

1. Premessa

Esperiti i tentativi d'indagine di orbita ultrastatale, il prosieguo di questo lavoro cercherà di circoscrivere lo studio che intende operare intorno alle linee guida, verificando se il presunto modello qui indagato possa, almeno rispetto ad una parte delle sue manifestazioni, attagliarsi ad alcune e già consolidate costruzioni giuridiche.

L'analisi che ci si accinge a svolgere si prefigge, infatti, di individuare quali possano essere gli atti ai quali le linee guida possano ricondursi od assimilarsi con maggiore facilità, o, quantomeno, quali siano quelli rispetto ai quali l'impiego della dizione *linee guida* si preferisce rispetto ad indicazioni terminologiche più classiche.

In una seconda parte del Capitolo si analizzeranno, poi, alcuni tra i più significativi esempi di linee guida del nostro ordinamento.

2. Il possibile rapporto tra linee guida ed atti di indirizzo: un'introduzione

Tenendo fede al proposito appena illustrato, nel corso dei prossimi paragrafi si cercherà di verificare la sostenibilità di un confronto tra il modello *linee guida* ed alcune e consolidate categorie di atti, tutte appartenenti agli *atti di indirizzo politico*¹.

¹ Sulla categoria dell'indirizzo politico cfr., *in primis*, T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957. Per altri contributi v. A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, su *Quaderni costituzionali*, 1/2018; S. PARISI, *La gerarchia delle fonti. Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli, 2012, p. 93 e ss.; G.M. SALERNO, *Presidente della Repubblica, evoluzione, criticità e prospettive*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, p. 3278, dove si legge che, in occasione delle crisi istituzionali più evidenti, *l'esercizio dei poteri pubblici di indirizzo dell'intera collettività si è vieppiù concentrato nelle mani del Capo dello Stato*; M. D'ORSOGNA, *Individuazione e gestione degli obiettivi nell'attività di indirizzo politico*, in A. CONTIERI – F. FRANCIOSI – M. IMMORDINO – A. ZITO (a cura di),

L'interesse pubblico tra politica e amministrazione, I, Napoli, 2010; A. PREDIERI, *Mediazione e indirizzo politico nel Parlamento italiano*, in *Rivista italiana di Scienza politica*, 5(3), 1975. Con il passare degli anni, la nozione di indirizzo politico sembra essersi legata a doppio filo con i dibattiti e le teorie sviluppatesi con riguardo al rapporto tra gli organi costituzionali e, più in generale, alla forma di governo. E ciò è tanto vero che, oggi, si è soliti parlare di *atti di indirizzo* o di *funzioni di indirizzo* sia con riferimento all'attività del Governo, sia con riferimento all'attività parlamentare (ma, su questi aspetti, v. *infra*, nel testo e nelle note). Altri studiosi, poi, si riferiscono, talvolta, ad un *indirizzo politico costituzionale*, di cui sarebbero titolari sia il Presidente della Repubblica che la Corte costituzionale. Questa forma di *indirizzo politico* potrebbe essere distinta dall'indirizzo politico governativo (o della maggioranza parlamentare) e consisterebbe nell'attività di promozione dei fini direttamente desumibili dal testo o dall'interpretazione della Costituzione. Per qualche spunto sull'*indirizzo politico-costituzionale* si rinvia, tra gli altri, a G. DI GASPARE, *Contributo allo studio della direzione, dell'indirizzo e del coordinamento amministrativo*, Napoli, 1988; G. REPETTO, *Appunti per uno studio sui rapporti tra garanzie costituzionali e indirizzo politico nell'esperienza repubblicana*, su *Diritto pubblico*, 3/2018; A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza degli organi di garanzia costituzionale*, Napoli, 2013; A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, su *Quaderni costituzionali*, 2/2013; P. PINNA, *L'errata distinzione tra l'indirizzo politico e la garanzie costituzionale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 11/2011; O. CHESSA, *Il ruolo presidenziale e la distinzione tra funzioni di garanzia e funzioni d'indirizzo politico*, in *Diritto@Storia*, 9/2010. Avuto riguardo alla funzione di indirizzo politico-costituzionale del Presidente della Repubblica, si può affermare che tra i mandati nei quali l'attività istituzionale del Capo dello Stato sembra aver influito in modo particolarmente significativo sulle dinamiche relative alla forma di governo e sugli equilibri nel rapporto tra gli organi costituzionali è stato il primo settennato della Presidenza Napolitano. Per una visione ricostruttiva degli eventi di quel settennato si rinvia, tra gli altri, a D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano*, Milano, 2013. Avendo, invece, riguardo alla funzione di indirizzo politico-costituzionale rintracciabile nell'attività della Corte costituzionale, cfr., T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, cit. e A. SAIITA, *Le conseguenze politiche delle decisioni della Corte costituzionale nei conflitti tra poteri dello Stato*, su *Quaderni costituzionali*, 4/2014, p. 1, che richiama lo stesso T. Martines, affermando: «La "forza politica" delle decisioni della Corte costituzionale era stata osservata con grande lungimiranza da Temistocle Martines nel suo celebre Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche del 1957. Martines, com'è risaputo, aveva sviluppato lo stringente sillogismo secondo il quale se ogni legge è espressione, e in una certa misura attuazione, di un determinato indirizzo politico generato dal connubio maggioranza parlamentare-Governo, allora la dichiarazione di incostituzionalità toccherà anche l'indirizzo di cui la norma è il frutto: "il controllo di costituzionalità della Corte, quindi, se da un lato si esercita direttamente sulla norma sottoposta al giudizio della stessa, dall'altro si estende, sia pure in maniera indiretta, anche a quel settore dell'indirizzo politico della maggioranza del quale la norma è espressione" (Martines 1957, 208)». In argomento v., poi, A. RUGGERI, *Gli "effetti politici" delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi*, su *Consulta online*, 2014; C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013; E. CHELI, *Il ruolo "politico" della Corte costituzionale nella prospettiva comparatistica*; T.F. GIUPPONI, *La Corte dei conflitti, al crocevia tra giustizia e politica*; A. CATELANI, *Indirizzo politico e giusnaturalismo nelle interpretazioni della Corte costituzionale*, tutti e tre disponibili su *Percorsi costituzionali*, 2/3-2012; C. TRIPODINA, *Il «potere politico» della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta. Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, 2011; A. SIMONCINI, *Corte e concezione della forma di governo* e C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, entrambi in V. TONDI DELLA MURA – M. CARDUCCI – R.G. RODIO, *Corte costituzionale e processi di decisione politica. Atti del Seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005; M. AINIS – A. RUGGERI – G. SILVESTRI – L. VENTURA (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, 1998.

La dizione *atti di indirizzo* costituisce un lemma generico², apparentemente in grado di attagliarsi alle più svariate forme di esternazioni rivolgibili a terzi, ed è efficacemente rintracciabile riguardando gli atti adottabili da più organi e organismi³.

Secondo una prima accezione, l'*indirizzo politico* dovrebbe poter genericamente consistere nell'attività di fissazione dei fini perseguibili attraverso la politica, con l'apparente conseguenza che titolari di tale funzione possano essere sia la società civile (riflessa, più o meno fedelmente, nell'istituzione statale) sia gli enti infrastatali.

Già in epoca risalente, la locuzione *indirizzo politico* è stata, però, oggetto di un processo di inquadramento teorico-giuridico sempre più delineato, al punto che, negli anni, è stato possibile registrare diverse impostazioni in ordine all'estensione⁴

² In G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, 1988, p. 130, si afferma, ad esempio, che: «*Fin dalle prime formulazioni intorno allo Stato di diritto, si è avuta, infatti, la netta sensazione dell'esistenza di un'attività che offre resistenze ad un deciso inquadramento nella tripartizione tradizionale, proprio perché sembra porsi in una prospettiva di "governo" dell'intera realtà statale*». Per altri riscontri, v. L.A. MACAREL, *Cours de droit administratif*, Parigi, I, 30, 1859; A. ESMEIN, *Elements de droit constitutionnel*, Parigi, 1896, p. 14; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Primo Trattato Completo di Diritto amministrativo*, III, 1952.

³ Attraverso l'impiego di questa espressione si intende, qui, riferirsi ad una delle diverse accezioni che può presentare la locuzione esaminata. La nozione di indirizzo politico sembra, difatti, in grado di ricomprendere entro la propria orbita semantica una moltitudine di istituti giuridici. Ai limitati fini di questo scritto, quando ci si occupa degli atti di indirizzo politico si vogliono indicare quegli atti che siano espressione di un'attività giuridicamente rilevante, attraverso la quale gli organi preposti all'esercizio della funzione di indirizzo pongono degli obiettivi da raggiungere, dettando criteri d'azione che altri organi dovranno attuare adottando altri atti giuridici. Tra di essi, alcuni potranno essere, a loro volta, ascrivibili ad ulteriori e più specifiche forme di indirizzo. Questi ultimi saranno tendenzialmente vincolanti per tutti i soggetti dell'ordinamento, mentre le più generali manifestazioni di indirizzo sembrerebbero poter vincolare solo gli organi ai quali esse sono destinati, senza produrre – cioè – particolari effetti sui consociati. Per una definizione dell'attività di indirizzo politico, v., su tutti, G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., p. 129, dove si legge che l'attività di indirizzo politico è un «*mezzo giuridico di coordinamento delle molteplici spinte che investono i centri dotati di autorità nello Stato, i soggetti, si potrebbe dire, della legislazione e dell'amministrazione (...). Ecco allora assumere importanza e rilievo, fino a pretendere configurazione concettuale e pratica del tutto autonoma, l'attività di indirizzo politico, come mezzo (giuridico) di coordinamento delle molteplici spinte che investono i centri dotati di autorità nello Stato, i soggetti, si potrebbe dire, della legislazione e dell'amministrazione. L'operazione, dal punto di vista dottrinale, è portata avanti essenzialmente in termini piuttosto intellettualistici, facendo consistere l'indirizzo in una preventiva determinazione dei fini ultimi e generali dello Stato, in corrispondenza dei valori risultati vittoriosi nel corso della lotta politica e sociale*». In quest'ultimo passaggio, l'A. richiama C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975.

⁴ Non solo, l'indagine relativa all'estensione della funzione/nozione di indirizzo politico sembra essersi accompagnata al processo di individuazione degli elementi giuridicamente rilevanti, in quanto la ricompressione dell'*indirizzo politico* nel novero degli argomenti di studio è equivalsa, almeno a partire da una certa epoca storica, ad un'inclusione entro il *giuridicamente rilevante* di tutta una serie di argomenti, per lungo tempo solo parzialmente indagati, perché non avvertiti come giuridicamente

ed alle caratteristiche proprie della funzione che si è soliti sottendere con il lemma indagato.

Ben presto, la funzione di indirizzo politico ha, infatti, conquistato uno spazio di autonoma trattazione e considerazione negli scritti giuridici, al punto da conoscere declinazioni di vario tipo ed essere oggetto di dibattiti ancora in parte attuali.

Una delle prime ricostruzioni della nozione di indirizzo politico può, ad esempio, riscontrarsi negli scritti di quegli autori che fanno coincidere l'attività di indirizzo politico con il disegno complessivamente deducibile dai vari atti adottati dal governo⁵. Secondo questa impostazione, quasi ogni manifestazione di volontà riconducibile all'esecutivo o, più in generale, alla maggioranza politico-rappresentativa, potrebbe considerarsi espressione dell'*indirizzo politico*, di modo che lo stesso possa essere inteso alla stregua di una linea direttrice delle scelte di politica pubblica, evincibile anche *dopo* che esse siano state compiute, in base all'osservazione di un complesso di atti e comportamenti già adottati o conclusi.

fondati e contesi con gli studiosi della politica e di altre discipline. In questo senso Y.M. CITINO, *Considerazioni sull'indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vezio Crisafulli*, in *Nomos*, 2/2016.

⁵ In questo senso, almeno apparentemente, E. BONAUDI, *Principii di diritto pubblico*, Torino, 1936; C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e ministri*, Roma, 1942. Successivamente a tali scritti, e risalendo fino ai giorni nostri cfr. G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, come richiamato da Y.M. CITINO, *Considerazioni sull'indirizzo*, *op. cit.*, p. 8, il quale affermava che l'indirizzo politico non «(...) è quello che deve essere seguito dall'organo nel compimento dei suoi atti politici, ma quello effettivamente seguito da un organo particolare, nel complesso degli atti politici da lui compiuti»; G. CUOMO, *Unità ed omogeneità nel Governo parlamentare*, Napoli, 1957; L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958; W. LEISNER, *La funzione governativa di politica estera e la separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/3-1960; G. FERRARA, *Il presidente di assemblea*, Milano, 1965; G. AMATO, *L'indirizzo degli enti di gestione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1969; S. MERLINI, (a cura di), *Indirizzo politico e collegialità del Governo: miti e realtà nel Governo parlamentare italiano*, Torino, 2011. Per una ricostruzione estremamente lucida della declinazione di indirizzo politico appena illustrata, si rinvia alla descrizione della c.d. *teoria esistenziale* dell'indirizzo politico contenuta in Y.M. CITINO, *Considerazioni sull'indirizzo*, *op. cit.*, p. 9 e ss., dove si legge: «Tale ricostruzione, in altre parole, muove dalla necessaria preesistenza di atti giuridici, politici o di alta amministrazione privi di alcun legame giuridico, ma unificabili solo successivamente in quanto incardinati su di un preciso e storicamente determinato indirizzo politico». In senso contrario v., invece, M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Digesto di diritto pubblico*, VIII, Torino, 1993; T. MARTINES, *Indirizzo politico* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971. Porta alle estreme conseguenze questa teoria, giungendo ad asserire l'irrelevanza giuridica dell'indirizzo politico il risalente contributo di L. MICHOU, *Des actes de gouvernement*, in *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, Parigi, 1899, I, come richiamato da C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, 2000, p. 9.

In un secondo momento, si cominciò, però, ad ipotizzare che l'indirizzo politico degli atti non dovesse costruirsi in base al vaglio teleologico delle determinazioni, di volta in volta, adottate e che non dovesse, cioè, ricavarsi indagando, *a posteriori*, la *ratio* sottesa ai vari interventi dell'esecutivo. Progressivamente sembrò farsi strada l'idea secondo la quale la dizione *indirizzo politico* consentisse un rinvio agli atti attraverso i quali si desumessero i limiti all'esercizio dei poteri riservati agli organi costituzionali: in questo senso, gli atti di indirizzo politico avrebbero potuto costituire un contenitore di principi generali di variabile normatività o giuridicità⁶.

Le riflessioni sviluppatasi in ordine alla possibile funzione di vincolo che gli atti di indirizzo politico avrebbero, in ipotesi, esercitato sui rispettivi destinatari condusse, nel corso del Novecento, ad un ribaltamento dell'impostazione iniziale, fino a veicolare l'idea, tutt'ora diffusa, che l'indirizzo politico non sia, necessariamente, da intendersi alla stregua di un dato meramente politico o metagiuridico e che possa anche essere ricostruito in termini di *prescrizione*, oltre che contenuto in atti di diritto pubblico facenti modello a sé perché provvisti di autonoma caratterizzazione⁷.

Tutto ciò premesso, il proposito di questa breve parte del lavoro consiste nel domandarsi se ed in che misura alcune delle linee guida che circolano nell'attuale esperienza giuridica possano ricostruirsi nei termini di atti di indirizzo o, quantomeno, presentare delle affinità formali e funzionali rispetto agli atti di tale categoria.

In altre parole, e più semplicemente, sembra di qualche utilità domandarsi se ed in che misura gli atti che circolano sotto il nome di *linee guida*, o almeno alcuni di

⁶ Se ben si ricostruisce, un'apertura di questo genere potrebbe già essere rinvenuta in C. LAVAGNA, *Contributo*, cit., p. 68, dove l'A. attribuisce all'indirizzo politico una rilevanza giuridica *indiretta*, affermando che, esercitate le funzioni di indirizzo politico, i destinatari dell'atto di indirizzo si sarebbero dovuti ritenere vincolati ai principi generali ivi desumibili.

⁷ Sembrano appartenere a questo secondo filone, sovente definito della *teoria normativa*, E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, pp. 3-22 ma anche p. 28 e ss.; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983; E. SICA, *Del potere e degli atti politici*, in *Rassegna di diritto pubblico*, II, 1948, ma, soprattutto, V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione, con premessa di F. Modugno e introduzione di M. Dogliani e G. Silvestri*, Napoli, 2015, in particolare p. 42.

essi, possano considerarsi atti di indirizzo politico od un'atipica estrinsecazione di esso.

Nel farlo, sembra opportuno notare che gli esempi più eclatanti di atti recanti il nome *linee guida* non sembrerebbero presentarsi come atti che ricostruiscano, *ex post*, l'indirizzo politico desumibile da manifestazioni istituzionali (diversamente, si sarebbe potuta ipotizzare l'esistenza di linee guida elaborate per ricostruire e comprendere un'azione politica già avviata in più atti governativi). Al contrario, il ricorso alla dizione *linee guida* sembra molto più diffuso se riferito ad atti dotati dell'apparente attitudine di regolare (od orientare) un'attività futura⁸, presentando – almeno in questo senso – evidenti affinità con l'indirizzo degli atti della c.d. *teoria normativa*⁹.

3. Le linee guida in rapporto alle varie manifestazioni dell'indirizzo politico

Una volta accennatosi alla probabile irrilevanza di atti recanti l'espressione *linee guida* che siano eventualmente muniti della mera attitudine di ricognire l'indirizzo espresso dagli atti del governo o di altre istituzioni, sembra di qualche utilità soffermarsi sul rapporto che può insistere tra le linee guida e gli atti che siano

⁸ Quanto si va affermando sembra, ad esempio, desumibile in base all'attuale esperienza post-pandemica, poiché il riferimento alle *linee guida* o a dizioni – ufficiali od ufficiose - altrettanto generiche si è riscontrato avendo riguardo alla riprogrammazione e, in un certo senso, all'indirizzo (politico o politico-amministrativo) che i vertici dei dicasteri hanno deciso di rivolgere alle singole autorità amministrative. A questo proposito si cfr., ad esempio, il *Documento per la pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative in tutte le Istituzioni del Sistema nazionale di Istruzione per l'anno scolastico 2020/2021* (R.0000039.26-06-2020), approvato con decreto del Ministro dell'Istruzione e noto, sia nel gergo giornalistico che in base alle dichiarazioni dei suoi stessi ideatori, come documento contenente *linee guida* per la ripartenza scolastica (per un riscontro in tale ultimo senso si v., ad esempio e per tutti, il sito web: <http://www.flcgil.it/leggi-normative/documenti/decreti-ministeriali/decreto-ministeriale-39-del-26-giugno-2020-piano-scuola-2020-2021-linee-guida-per-settembre.flc>; le *linee guida* sistematicamente adottate dall'INAIL, le quali, stando alla stessa definizione che se ne offre sul sito web, sono *atti di indirizzo e coordinamento* per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza predisposti dai ministeri, dall'ISPESL e dall'INAIL, approvati in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano. Per un ulteriore riscontro in tal senso, cfr., poi, l'art. 2, co. 1, lett. z) del D.lgs. n. 81/2008 e ss.mm.ii. Il sito dell'INAIL, alla pagina <https://www.inail.it/cs/internet/attivita/prevenzione-e-sicurezza/promozione-e-cultura-della-prevenzione/linee-guida.html>, sempre con riferimento alle *linee guida*, così conclude: «Le linee guida, pertanto, seguono un iter istituzionale di approvazione che porta alla emanazione di atti di indirizzo certificati a livello istituzionale.».

⁹ Con la dizione *teoria normativa* si intende, di solito, alludere alla ricostruzione dottrinale secondo la quale gli atti di indirizzo politico avrebbero una propria prescrittività. Per maggiori riferimenti, si rinvia alle note precedenti.

espressione della nuova interpretazione della funzione di indirizzo: vale a dire le linee guida ipoteticamente idonee ad esprimere un indirizzo *pro futuro*.

Proprio rispetto agli atti dotati di questa valenza predittiva, sembra, infatti, ipotizzabile la maggiore rilevanza di eventuali linee guida.

Prima di svolgere delle riflessioni conclusive sull'assimilabilità di atti di indirizzo e linee guida sembra, però, opportuno individuare e considerare singolarmente le principali fonti per mezzo delle quali si esprimono gli atti di indirizzo, in modo da verificare, rispetto a ciascuna di esse, quale sia il possibile livello di inquadramento che la dizione impiegata possa aver sviluppato.

A questo riguardo, la tangibile capienza dell'espressione *atti di indirizzo* fa sì che, attraverso la stessa, sia possibile riferirsi ad atti di svariato tipo¹⁰: la classificazione che si propone qui di seguito si prefigge di semplificare l'indagine, procedendo a dei raggruppamenti, ed è animata dal proposito di vagliare l'effettiva sostenibilità del confronto proposto. Gli atti di indirizzo si esprimono, infatti, in vari modi: ve ne sono alcuni che sembrano declinabili in atti di indirizzo-*fonti*, mentre altri costituiscono espressione dell'esercizio di poteri collegati a funzioni di impulso politico¹¹, piuttosto che all'attività amministrativa.

4. Linee guida ed atti di indirizzo parlamentari

In primo luogo, l'indirizzo politico che si estrinseca attraverso le determinazioni parlamentari¹² può rinvenirsi anche rispetto ad atti che siano, al

¹⁰ Sulla varietà di forme che possono assumere le direttive politiche v. S. TOSI, *La direttiva parlamentare*, Milano, 1962. Sul fatto che la dizione *atti di indirizzo* sembra contraddistinta da una pluralità di accezioni, probabilmente causata dell'incertezza terminologica della distinzione tra Governo e amministrazione, esemplificata v. D. SORACE, *Amministrazione pubblica* (voce), in *Enciclopedia Treccani*, 2016.

¹¹ Fin dalla lezione crisafulliana, si ritiene che gli organi titolari del potere di indirizzo debbano essere dotati di poteri accessori che ne consentano l'effettiva realizzazione: si tratta del potere di adottare atti di impulso, di coordinamento e di direzione. Al riguardo cfr. V. CRISAFULLI, *cit.*, p. 19. In tema, però, v. anche F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1916, p. 58 e ss.; G. JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, Parigi, II, 1913, pp. 330-331; B. LIUZZI, *Sulla nozione di atto di Governo*, in *Foro amministrativo*, IV, 1927, p. 51; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1937, p. 265; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1928, p. 316.

¹² Sulla funzione di indirizzo politico del parlamento cfr., A. MANNINO – S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, Milano, 2019; F. BIONDI – S. LEONE, *Il Governo "in" Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivista AIC*, 1/2012; D. GIROTTO, *Parlamenti e diritto comunitario: gli atti parlamentari di indirizzo politico in Italia e in Francia*, su *Quaderni costituzionali*, 3/2002; T.

contempo, fonti: quanto si afferma è riscontrabile rispetto alla legge finanziaria¹³, alle leggi di approvazione del bilancio preventivo ed alle leggi di autorizzazione alla ratifica dei Trattati internazionali, da alcuni definite leggi di indirizzo politico¹⁴.

Posto che nessuno di questi tipi di legge sembri mai aver recato la dizione *linee guida* entro il proprio titolo, si può sostenere che ogni tentativo di assimilazione che si abbia a condurre tra il modello indagato e questo tipo di atti di indirizzo andrebbe incontro a sicuro fallimento. E ciò è, naturalmente, attestato anche dal fatto che, quand'anche una legge abbia a presentare, nel proprio titolo, una dizione come questa, il suo procedimento d'adozione non lascerebbe particolari dubbi in ordine alla sua natura di fonte primaria o, ancora, rispetto al suo regime giuridico.

Largamente sovrapponibile è, poi, il discorso che si potrebbe condurre rispetto ad altri atti di indirizzo di orbita parlamentare: le mozioni, le risoluzioni e gli ordini del giorno¹⁵. Rispetto a ciascuno di questi atti appare, invero, difficile che essi possano contenere un rinvio al modello linee guida, a meno di non riscontrare l'esistenza di risoluzioni d'assemblea recanti, nel proprio titolo o nel corpo del testo scritto, un'indicazione che consenta di ricavare che ci si riferisca ad esse come a

MARTINES – G. SILVESTRI – C. DE CARO – V. LIPPOLIS – P. MORETTI, *Diritto parlamentare*, II ed., Milano, 1992; A. PREDIERI, *op. cit.*

¹³ In argomento cfr. N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2011; L. LORELLO, *La legge finanziaria e gli equilibri della forma di governo in Italia*, in S. PAJNO – G. VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto – Le relazioni tra Parlamento e Governo*, Milano, 2010; G.M. SALERNO, *Alcune riflessioni sulla nuova costituzione finanziaria della Repubblica*, in *Federalismo Fiscale*, 2007.

¹⁴ In questo senso, ad esempio, A. MUSUMECI, *La legge finanziaria*, Torino, 2001.

¹⁵ Mozioni, risoluzioni ed ordini del giorno sono classificati tra gli atti di indirizzo politico del Parlamento. Per un riscontro in tal senso cfr., ad esempio, la voce *Indirizzo politico* dell'*Enciclopedia Treccani* o, ancora, E. RIGHI, *Atti di indirizzo politico delle assemblee di tipo parlamentare: mozione, risoluzione e ordine del giorno: differenze. Analisi per una prospettiva di revisione del regolamento del Consiglio regionale della Toscana*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 21, 2007. Per un'osservazione più vasta si rinvia, poi, ad alcuni contributi che si occupano degli istituti considerati nell'ottica della funzione di controllo del Parlamento. Al riguardo, cfr., per tutti, N. LUPO, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in *Amministrazione in cammino*, 2010; R. MORETTI, *Attività informative, di ispezione, di indirizzo e di controllo*, in T. MARTINES – G. SILVESTRI – C. DE CARO – V. LIPPOLIS – R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, II ed., Milano, 2005; A. MANZELLA, *La funzione di controllo*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti. Annuario 2000. Il Parlamento*, Padova, 2001; M. CARDUCCI, *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Padova, 1996; S. SICARDI, *Controllo e indirizzo parlamentare* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, p. 94; C. CHIMENTI, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano, 1974. Più in generale, sugli atti di indirizzo del Parlamento si rinvia alla principale manualistica di Diritto parlamentare e, in particolare, a S.M. CICCONE, *Diritto parlamentare*, III ed., Torino, 2019; A. MANNINO – S. CURRERI, *op. cit.*; L. GIANNITI – N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, III ed., Bologna, 2018; V. DI CIOLO – L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Milano, 2013.

linee guida: un fenomeno che non sembra essersi mai registrato e che, anche qualora fosse riconoscibile, difficilmente potrebbe porre gli stessi problemi che si rinvencono, solitamente, quando si parla di *linee guida*.

Anche in questo caso, un uso improprio del *nomen iuris* dell'atto non sembrerebbe in grado di produrre incertezze troppo gravi, dal momento che le particolari caratteristiche di tali atti sembrerebbero in grado di dissipare facilmente eventuali difficoltà di inquadramento dell'atto considerato.

Le riflessioni condotte sinora rivelano, dunque, una scarsa sovrapponibilità del modello *per linee guida* rispetto agli atti di indirizzo politico variamente adottati dal Parlamento. Nel prosieguo della presente parte del lavoro si noterà che a risultati contrari sembrerebbe doversi pervenire nel caso in cui si considerino gli atti di indirizzo politico o politico-amministrativo adottati nell'orbita della funzione esecutiva, dove si riscontrano implicazioni difficilmente districabili, la cui complessità è alimentata da un uso indifferenziato del lemma *linee guida*. In alcuni casi, infatti, l'impiego della dizione in parola si è registrato sia con riferimento a fonti che con riferimento ad atti formalmente (e spesso anche sostanzialmente) neutri se considerati dal punto di vista delle conseguenze per la loro inosservanza¹⁶.

5. *Linee guida ed atti di indirizzo di orbita esecutivo-amministrativa*

Come si è avuto modo di affermare, il riferimento agli atti di indirizzo politico consente di operare un rinvio ad un raggruppamento di orientamenti composito, le cui manifestazioni possono essere ricondotte all'attività di più organi costituzionali. Il carattere trasversale della categoria dell'indirizzo politico consente,

¹⁶ Non si registrano sovrapposizioni di questo tipo rispetto ai pochi atti recanti l'etichetta *linee guida* che siano stati variamente adottati dal Parlamento. Al riguardo si richiamano, a titolo esemplificativo, la voce *Social media policy* del sito della Camera dei deputati (indirizzo specifico: <https://www.camera.it/leg17/69?testostrumenti=10>), dove si legge che nel documento considerato (il documento corrisponde al testo dell'intera pagina), sono definite le *linee guida* per l'utilizzo dei social media. La Camera dei deputati utilizza, infatti, i principali *social media* per comunicare con i cittadini attraverso la Rete. Per un esempio di *linee guida* parlamentari adottate dall'altro ramo del Parlamento, si rinvia, invece, alle *Linee guida per le consultazioni pubbliche promosse dal Senato della Repubblica*. In questo caso, si tratta di un documento esplicativo attraverso il quale il Senato precisa quali siano le modalità attraverso le quali avvierà le consultazioni pubbliche funzionali all'iniziativa legislativa. Com'è possibile notare: le *linee guida* parlamentari di cui è dato riscontrare l'esistenza sono documenti rispetto ai quali non è possibile predicare un preciso statuto giuridico e per i quali l'impiego dell'etichetta non sembra né anomalo, né dissimulante contenuti che si è soliti ravvisare nelle formulazioni di atti cogenti o fonti.

infatti, di individuare un'azione di indirizzo svolta dal Parlamento, proprio come un indirizzo rapportabile alla sfera governativa o all'attività amministrativa.

Quando, infatti, si considera l'*indirizzo politico* riconducibile all'orbita del potere esecutivo, sembra che sia possibile distinguere almeno due accezioni o modi d'essere dello stesso: ad un indirizzo politico di carattere più generale, che corrisponde all'attività di individuazione delle direttrici che la politica rivolge alle amministrazioni centrali, può affiancarsi una declinazione dell'indirizzo politico almeno in parte diversa¹⁷, ossia quella che si fonde, in alcuni casi, con l'indicazione gerarchica e che è in grado di orientare in modo più specifico le varie autorità sottordinate¹⁸.

Perciò, sulla scorta di quanto detto, sembra possibile affermare che l'attività di indirizzo politico di orbita governativa possa rintracciarsi su almeno due livelli: l'uno proveniente dalle sfere della più alta amministrazione; l'altro più o meno coincidente con l'attività di orientamento che si ritenga di dover rivolgere alle singole autorità.

Come si cercherà di mostrare, alcuni degli atti espressione del fenomeno *linee guida* potrebbero coincidere sia con gli atti di indirizzo del primo livello che con gli atti di indirizzo del livello ad esso inferiore, restituendo l'impressione che alcune tra le più significative manifestazioni del modello qui considerato possano essersi riscontrate proprio con riguardo all'attività esecutivo-amministrativa.

Dal punto di vista costituzionale, l'attività di indirizzo politico assegnata alla sfera dell'esecutivo trova i propri limiti ed il proprio principale ancoraggio negli

¹⁷ In questo senso, si rinvia, per tutti, a D. SORACE, *Amministrazione pubblica*, cit., dove si legge: «Dalla Costituzione si desume anche in cosa consista la funzione di governo. L'art. 95, co. 1, menziona la «politica generale» del Governo ed altresì l'«indirizzo politico e amministrativo». In estrema sintesi, cioè, governare, da un lato, consiste nell'esercitare una funzione di indirizzo politico in senso molto ampio e, d'altro lato, più specificamente e per la gran parte, nell'indirizzare l'amministrazione, cioè nell'assegnare all'amministrazione finalità e obiettivi da raggiungere, ovverosia indicarle quali interessi debba curare». In tema v. anche Y.M. CITINO, *op. cit.*, p. 11, dove l'A., riferendosi all'opera di V. Crisafulli (V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, cit., p. 85), afferma: «Inoltre, se quanto finora detto era valido nei rapporti fra gli organi costituzionali, per l'Illustre autore lo è ancora di più man mano che si scende verso il basso nella piramide amministrativa, giacché in quel caso il principio di indirizzo politico viene incorporato nel principio gerarchico, utile a conferire maggiore effettività ed efficacia al primo»; C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel novo diritto pubblico italiano*, cit.

¹⁸ M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009.

articoli 95¹⁹ e 97²⁰ Cost. Avendo, invece, riguardo alle indicazioni sull'indirizzo politico rintracciabili in fonti primarie, molti sono gli esempi di disposizioni che rimettono ad altri organismi l'attività di fissazione degli obiettivi da perseguire con l'azione amministrativa²¹. In generale, è possibile ammettere che ciascuna delle determinazioni preordinate allo svolgimento di attività di indirizzo politico debba ritenersi formalmente vincolante e tendenzialmente giustiziabile²². Ciò sembra, infatti, riscontrabile anche ponendo mente alle indicazioni organizzative di cui le amministrazioni si dotino per lo svolgimento delle proprie attività istituzionali²³.

¹⁹ In tema, cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Presidente del Consiglio*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano; M.C. GRISOLIA, *Il potere di indirizzo e coordinamento del Presidente del Consiglio*, in S. MERLINI (a cura di), *Indirizzo politico e collegialità del governo: miti e realtà del governo parlamentare italiano*, Torino, 2011; J. BUCCISANO, *Premesse per uno studio sul Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, 31 ss.;

²⁰ Per approfondire, cfr. R. CARIDÀ, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in www.giurcost.org, 2014; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, II ed., Milano, 2003; R. CARANTA, *Politica e amministrazione nella Costituzione*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993; P. CARETTI, *Art. 97 1° comma, parte I Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994; C. PINELLI, *Art. 97 1° comma, parte II Cost.*, in G. BRANCA, *op. cit.*, Bologna-Roma, 1994a; ID., *Art. 97, 2° comma Cost.* e in G. BRANCA, *op. cit.*, 1994b e *Art. 97 3° comma, sezione I Cost.*, sempre in G. BRANCA, *op. cit.*, 1994c, 320 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Art. 97 3° comma, sezione II Cost.*, in G. BRANCA, *op. cit.*, 1994, 361 ss. R. LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino*, Milano, 1952. Relativamente agli atti di indirizzo per l'efficienza della p.a., cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, IV ed., Firenze, 1910, p. 57. Sull'efficienza nel diritto amministrativo v. anche R. URSI, *Efficienza [dir. amm.]*, voce, in *Enciclopedia giuridica – diritto on line*, 2018, il quale, a sua volta, richiama M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; ID., *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988.

²¹ Si rinvia, per tutti, agli artt. 4 e 14 del d. lgs. n. 165/2001.

²² Sul rapporto tra le diverse forme di indirizzo amministrativo cfr. V. CERULLI IRELLI – D. COLAROSSO, *L'Amministrazione e il potere politico. Ordinamenti a confronto*, Torino, 2018.

²³ Un esempio in tal senso potrebbe essere rappresentato dal piano che le Città metropolitane devono, ai sensi dell'art. 24 del TUEL. Al riguardo, cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Organizzazione amministrativa. 3. Regioni ed enti locali* (voce), in *Enciclopedia giuridica – diritto on line*, 2015, dove si legge: «Con ogni evidenza, la ratio della istituzione di una Città metropolitana resta quella in qualche modo esplicitata dall'art. 23 TUEL, dal quale si inferisce che essa risiede in una «contiguità territoriale» così particolarmente intensa da generare «rapporti di stretta integrazione in ordine all'attività economica, ai servizi essenziali, ai caratteri ambientali, alle relazioni sociali e culturali» tra il Comune capoluogo e quelli contermini. Ciò spiega la maggiore pregnanza, rispetto a quelle attribuite alle Province, delle funzioni assegnate alle Città metropolitane. Ed infatti, oltre a quelle «fondamentali delle province» ed a «quelle attribuite alla città metropolitana nell'ambito del processo di riordino delle funzioni delle province», ad esse spettano «le seguenti funzioni fondamentali: a) adozione e aggiornamento annuale di un piano strategico triennale del territorio metropolitano, che costituisce atto di indirizzo per l'ente e per l'esercizio delle funzioni dei comuni e delle unioni di comuni compresi nel predetto territorio, anche in relazione all'esercizio di funzioni delegate o assegnate dalle regioni, nel rispetto delle leggi delle regioni nelle materie di loro

Ricostruito, dunque, il quadro si può affermare che sia riscontrabile un'attività di indirizzo più calibrata sull'azione delle singole amministrazioni (e largamente coincidente con l'attività di indirizzo politico amministrativo²⁴) ed un raggruppamento di atti di indirizzo politico di taglio diverso, calibrato sull'alta amministrazione. Mentre l'attività di indirizzo di quest'ultimo tipo può, infatti, ritenersi un'attribuzione immediatamente riconducibile agli organi politici di più alto livello (in quanto indiretta espressione della sovranità popolare), l'indirizzo politico amministrativo si distingue dal primo (sebbene ne sia concettualmente accomunato) per via del carattere degli atti attraverso i quali si esprime. La produzione di atti per l'indirizzo politico amministrativo è, infatti, successiva e subordinata alla normazione, in quanto precisa le direttive sull'azione amministrativa, declinandola in prescrizioni, criteri ed obiettivi per l'azione delle singole autorità.

competenza». Avendo, poi, riguardo alla funzione di indirizzo politico amministrativo *decentrata* v., ancora, il passaggio che recita: «[...] *La terza grande tipologia organizzatoria in cui si articola il sistema delle PP.AA. in Italia è quella del pluralismo istituzionale e autonomistico, cui fa capo l'insieme delle strutture amministrative degli enti territoriali infranzionali, i quali, al pari dello Stato, sono ad investitura democratica, hanno vocazione politica perché titolari dell'indirizzo politico della comunità di riferimento, e dunque sono a fini generali- Da ciò consegue che essi sono titolari della capacità di determinare, non soltanto l'entità, ma anche l'identità degli interessi da perseguire. Questa particolare forma di autonomia si definisce, appunto, autonomia di indirizzo politico-amministrativo, è esclusiva degli enti territoriali e va tenuta distinta dalla mera autonomia amministrativa di cui godono quelli istituzionali. Ed infatti, diversamente da questi, gli enti territoriali sono dotati di autarchia in via originaria e non derivata: è la investitura democratica, che ne caratterizza l'essenza definitoria, a qualificare l'autarchia come connotato naturale e proprio degli enti territoriali infranzionali*». Quanto, da ultimo, affermato è, naturalmente, subordinato al rispetto del principio di legalità, cui nemmeno gli atti di indirizzo possono sfuggire, secondo quanto desumibile, tra gli altri, in D. SORACE, op. cit., il quale afferma: «*Peraltro, il principio di legalità vige anche per gli atti di indirizzo dell'amministrazione, così che la specificazione degli interessi da curare e delle relative modalità deve operarsi nell'ambito delle leggi e, in primo luogo, della Costituzione e del diritto dell'UE. Ai fini così individuati, risultato dell'attività di un complesso sistema istituzionale costituito da una rete di apparati con poteri legislativi e di altri con poteri di indirizzo politico-amministrativo, corrispondono degli interessi che l'amministrazione deve curare e che sono quelli cui spetta la qualifica giuridica di "interessi pubblici (...)"*».

²⁴ L'indirizzo politico amministrativo (o amministrativo, senz'altro) consiste, come dispone efficacemente la legge (artt. 4 e 14, d. lgs. n. 165/2001) e viene ribadito in giurisprudenza, nella definizione degli obiettivi da perseguire, con l'indicazione dei tempi necessari, dei criteri e delle modalità, anche in ordine alla valutazione degli interessi coinvolti, dei risultati complessivi della gestione in termini finanziari nonché in termini di soddisfazione degli utenti. In tema, cfr., per tutti, N. GRECO, *L'indirizzo politico-amministrativo*, in *Il Politico*, 38, 2, 1973; A. BRANCASI – F. MERLONI, *Politiche statali, politiche regionali e autonomia politico-amministrativa e finanziaria degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 1/2009; G. CORSO, *Manuale di Diritto amministrativo*, VIII ed., Torino, 2017; F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2017.

Articolando, quindi, i nostri ragionamenti sui due livelli, potrebbe essere di qualche utilità chiedersi se la proliferazione di atti a nome *linee guida* possa riguardarli od averli riguardati entrambi. Con questo intento, gli sforzi dei prossimi passaggi cercheranno di evidenziare la praticabilità di un'assimilazione tra linee guida ed atti di indirizzo di entrambi i tipi, descrivendo, dove possibile, alcuni casi.

6. *Linee guida esecutivo-amministrative per l'indirizzo multilivello*

Avendo, dunque, in mente la distinzione tra atti di indirizzo *per la politica generale* ed atti redatti allo scopo di *indirizzare* l'amministrazione, ci si può domandare quale sia il livello di incidenza che il continuo ricorso alla figura delle linee guida abbia od abbia avuto rispetto a tutti e due i raggruppamenti di atti di indirizzo di orbita esecutiva che intendano perseguire una funzione orientativa.

A questo proposito, si potrebbe cominciare con il dire che alle linee guida sembra, spesso, riconosciuta la capacità di divulgare gli *standard* alla stregua dei quali si intende informare un'attività in divenire: a questo stato di cose non sembrano fare eccezione nemmeno alcuni atti che siano espressione della funzione di governo, adottati o richiamati dal Consiglio dei ministri per illustrare in che modo intenda orientare la gestione della cosa pubblica in un prossimo futuro. In questo senso, alcune linee guida sembrano, quindi, risolversi in esternazioni dalle quali poter desumere la direzione che abbia inteso imporre il Governo. Prendendo in considerazione alcune manifestazioni di estrema attualità, sembra di qualche interesse riferire che uno dei principali documenti ai quali il Governo ha affidato la redazione di raccomandazioni per la ripartenza post-pandemica (*Iniziativa per il rilancio "Italia 2020-2022". Rapporto per il Presidente del Consiglio dei ministri*²⁵) presenti, già nel nome – e come sempre accade per le linee guida – un certo margine di ambiguità in ordine a che tipo di documento possa essere. In aggiunta, in più di un'occasione, il documento considerato rinvia ad alcune *linee guida*, rimettendo la

²⁵ Come esplicitato in *Premessa*, il Comitato di esperti in materia economica e sociale (autore del documento) è un organismo istituito dal d.P.C.M. del 10 aprile 2020). Il *rapporto* qui analizzato contiene, per sua espressa ammissione, *un insieme di raccomandazioni in merito alla metodologia da seguire e le condizioni da realizzare per decidere sulle riaperture produttive del mese di maggio*. Per sua stessa ammissione, *il Rapporto a riguardo sia un "modello" decisionale da seguire per valutare quali settori di attività economiche riaprire, sia raccomandazioni specifiche sui diversi aspetti di cui tenere conto nel processo decisionale*.

definizione degli obiettivi governativi al contenuto di atti chiamati, appunto *linee guida*²⁶ ed elaborati da organi od organismi che si ritiene possano meglio assolvere alle funzioni regolatorie.

Ancora, le *Linee guida del Presidente del Consiglio dei Ministri per l'individuazione di indirizzi ed obiettivi strategici e operativi ai fini dell'emanazione delle direttive per l'azione amministrativa e la gestione delle strutture generali della Presidenza del Consiglio dei ministri per l'anno 2020*²⁷, contengono un apparato di indicazioni generalissime in ordine alla direzione che si è ritenuto di voler imprimere all'esperienza di governo e costituiscono un indubbio esempio di *atto di indirizzo* in stretta relazione con il fenomeno delle linee guida, oltre che con le *direttive*.

La relativa facilità con la quale è stato possibile tracciare un collegamento tra la definizione dell'attività governativa ed il fenomeno *linee guida* sembra, poi, rinvenirsi anche avendo riguardo all'indirizzo politico amministrativo e ad altre linee guida che dovrebbero costituire espressione. In perfetto accordo con la funzione solitamente riconosciuta agli atti di indirizzo politico amministrativo²⁸ (ovverosia quella di declinare *criteri ed obiettivi* per indirizzare l'attività amministrativa e per realizzare le direttive politiche), il testo del Decreto del Ministro dell'Istruzione, il n. 39 del 26 giugno 2020²⁹, affida proprio a delle *linee guida*³⁰ la definizione di *proposte e indicazioni finalizzate alla pianificazione metodologica, funzionale anche*

²⁶ Uno degli obiettivi del documento (*Definire una strategia di medio-lungo termine per il turismo e aumentare l'efficacia della governance del settore*), al punto 44.III, stabilisce: «*Creare un coordinamento permanente con tutti gli attori coinvolti (Ministeri, strutture diplomatiche, Regioni, ENIT, associazioni di categoria, operatori dei diversi comparti) con meccanismi di regolare condivisione delle informazioni e delle linee guida*» rimette a delle *linee guida* il compito di concorrere alla definizione di una strategia turistica, mentre l'obiettivo XXIII, al punto 95.II, si prefigge di «*Promuovere l'empowerment delle donne al lavoro, nelle istituzioni e nella società attraverso incentivi, norme che prevedano quote di genere, programmi e linee guida*».

²⁷ Le *linee guida* appena richiamate sono disponibili all'indirizzo: http://presidenza.governo.it/AmministrazioneTrasparente/Performance/direttive/2020/LINEE%20GUIDA_txt.pdf (ultima consultazione d.d. 6 giugno 2020).

²⁸ Per uno sguardo complessivo sulle varie funzioni svolte dalle autorità amministrative, v. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016; M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, II ed., Bologna, 2014; G. GUARINO, *L'amministrazione pubblica*, I, Milano, 1977; V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, Milano, 1977; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990;

²⁹ Il decreto è stato inserito al n. R.0000039. del Registro Decreti, ed ha data 26-06-2020. Il suo testo è disponibile all'indirizzo: <http://1.flcgil.stgy.it/files/pdf/20200626/decreto-ministeriale-39-del-26-giugno-2020-piano-scuola-2020-2021-linee-guida-per-settembre.pdf> (ultima consultazione d.d. 7 luglio 2020).

³⁰ Si tratta delle *Linee guida per la Didattica digitale integrata*.

alla gestione dell'emergenza sanitaria. Ad una funzione in parte simile si ispirano, poi, le varie e già richiamate linee guida pubblicate sul portale web dell'INAIL e realizzate³¹ dal Ministero della Salute, in collaborazione con il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, con l'Istituto Superiore per la Prevenzione e la Sicurezza del Lavoro (ISPESL), oltreché con alcune sigle sindacali.

Anche in questo caso, le linee guida considerate si atteggiano ad atti contenenti un'indubbia funzione di indirizzo e sono, più o meno direttamente, riconducibili all'attività complessivamente svolta dalla compagine di governo. Perciò, stante tutto ciò che è stato descritto finora e visti i possibili intrecci tra la funzione di indirizzo ed il ricorso alla locuzione *linee guida* per nominare (o riferirsi a) atti che esprimano un indirizzo politico (generale o amministrativo), è possibile concludere che le linee guida, in almeno alcune delle loro manifestazioni, siano da intendersi come atti di indirizzo ai quali si è ritenuto di dover assegnare un nome diverso da quelli solitamente impiegati, forse anche sulla scorta di una tendenza terminologica che trova indubbia soddisfazione nell'impiego di questa espressione.

Quale sia, poi, il livello di incidenza che le *linee guida d'indirizzo* possano esercitare nell'ordinamento costituisce un discorso a parte, quasi del tutto rimesso all'individuazione dello statuto giuridico riferibile all'atto che le contenga (o al quale quelle linee guida debbano essere ricondotte, all'esito di una classificazione).

Ogni discorso intorno agli *effetti* degli atti che esercitano una funzione d'indirizzo non può, infatti, che dipendere dalla più o meno concreta forza che è possibile riconoscere ad un determinato atto, anche se alcune tendenze apparentemente in atto entro il sistema delle fonti sembrerebbero rivelare che l'incisività delle indicazioni variamente veicolate non possa (o non debba) più misurarsi alla stregua della mera obbligatorietà e sia da ricostruirsi anche sulla scorta di altre valutazioni (v. *infra*, Sezione II³²).

³¹ È in questo modo che si esprime il documento cui si fa riferimento. Per un riscontro si rinvia al collegamento: <https://www.inail.it/cs/internet/docs/linee-guida-rivolte.pdf?section=attivita> (ultima consultazione d.d. 6 giugno 2020).

³² Rinviano ai prossimi paragrafi l'esposizione di alcune riflessioni relative al concetto di base che si è cercato, appena sopra, di illustrare, si richiama, qui, un esempio, tratto dal già citato *Iniziativa per il rilancio*, dove sembra che possa evincersi in modo chiaro che il rapporto tra *linee guida* ed atti di indirizzo potenzialmente vincolanti o, se si vuole, tra atti di indirizzo e, più in generale, *normazione* vada ben oltre la ricognizione dell'esistenza dell'obbligatorietà e si informi a degli schemi più complessi. Il riferimento alle *linee guida* che, infatti, risulta più significativo ai nostri fini, almeno

7. *Linee guida esecutivo-amministrative per l'indirizzo multiforme.*

Proseguendo l'analisi relativa al rapporto nel quale potrebbero ritrovarsi *linee guida* ed atti di indirizzo, si cercherà, ora, di restringere il campo d'indagine, esaminando i tipi di atti attraverso i quali si ritiene che si possa esprimere la funzione di indirizzo politico e non si mancherà di confrontarli con il fenomeno *linee guida*.

Gli atti di esercizio della funzione di indirizzo politico, sono, infatti, «*di vario tipo ed hanno diversa efficacia giuridica*»³³. Adottando una classificazione degli atti di indirizzo riportata al co. 1 dell'art. 1 del d.lgs. 30.03.2001³⁴, gli atti di indirizzo sono individuabili in piani e programmi, direttive, atti di definizione di obiettivi e priorità o di criteri per determinate attività, nonché in atti normativi³⁵.

Valorizzando questa ipotesi classificatoria, i paragrafi che seguiranno cercheranno di mettere in relazione le linee guida con piani e programmi, direttive ed atti normativi (Cap. IV, Sezione II), tenendo in considerazione, per quanto possibile, anche gli atti amministrativi generali, che più di una volta hanno manifestato di poter presentare interessanti punti di contatto con l'emersione e il profluvio di linee guida ed atti ad esse assimilati.

8. *Linee guida, piani e programmi*

Come anticipato, il presente paragrafo cercherà di mettere in relazione piani e programmi con l'oggetto di indagine dell'intero lavoro: il presunto modello delle

limitatamente al documento qui indagato, è quello di p. 51, dove si legge: «*Si invita il Governo ad incontrare le parti sociali per valutare se questi possano rapidamente costituire la base per un'integrazione di quanto previsto dal protocollo del 14/03/2020. Si segnala al Governo l'opportunità di prendere in considerazione anche un intervento normativo diretto in materia, sia in via sussidiaria rispetto alle parti sociali sia, comunque, per dare coerenza generale alle linee guida individuate come necessarie*». Un'affermazione del genere lascia presagire che nell'attuale epoca giuridica le *linee guida* siano ammesse a ricoprire un ruolo orientativo che può andare ben oltre le concrete potenzialità del contenitore giuridico in cui siano trasfuse.

³³ D. SORACE, *op. cit.*

³⁴ Ai sensi del co. 1 dell'art. 4 del d.lgs. 30.03.2001, gli organi di indirizzo politico sono, infatti, tenuti a verificare «la rispondenza delle risultanze dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti», oltre muniti del potere di annullare gli atti illegittimi («*sulla cui pertinenza con la funzione di governo si potrebbe, invero, nutrire qualche dubbio*», in questo senso D. SORACE, *op. cit.*) ed altri poteri diretti a supplire la mancata adozione di atti e provvedimenti, oltre che la grave inosservanza delle direttive (art. 14, co. 3).

³⁵ *Ibidem*. Riferendosi agli *atti normativi*, l'A. rinvia, in particolare, ai regolamenti esecutivi ed a quelli attuativi. I discorsi sviluppati in questo pezzo si ritrovano (più articolati ed approfonditi) in ID., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010.

linee guida. L'intendimento che si persegue in questa sede è, naturalmente, quello di indagare la sovrapponibilità o l'affinità di queste particolari manifestazioni della produzione giuridica: un proposito che appare, fin da subito, potenzialmente difficile da assecondare, visto che *piani* e *programmi* non fanno riferimento ad un solido impianto definitorio e sembrano riguardati da un'ambiguità semantica che ricorda, almeno in parte, ciò che si è già cercato di affermare con riguardo alle linee guida.

Al fine di sgombrare il campo da un possibile equivoco iniziale, si ritiene di qualche utilità affermare, quasi in esordio, che l'impiego della dizione *piani e programmi* (in questo come nei cenni di cui ai precedenti paragrafi) non è operato allo scopo di riferirsi a due istituti diversi (i piani, da un lato; i programmi, dall'altro), ma è determinato dalla considerazione per cui *piani* e *programmi* siano due termini con i quali è quasi sempre possibile indicare uno stesso oggetto od atto³⁶.

Venendo, però, all'indagine relativa ad una presunta sovrapponibilità di *piani*, *programmi* e *linee guida*, sembra doveroso riflettere, almeno per qualche passaggio, sui tratti caratterizzanti³⁷ degli atti di pianificazione, onde verificare una somiglianza, più o meno accentuata, tra questi ed almeno alcuni dei caratteri più frequentemente riconducibili alle linee guida. Al riguardo, gioverà, prima di tutto, ricordare che i tentativi di definizione che hanno riguardato *piani* e *programmi* non sembrano aver mai superato od approfondito la generica nozione secondo cui entrambi costituirebbero manifestazioni giuridiche atte a regolare *ex ante* una certa attività di

³⁶ In proposito v. G. AMATO, *La discussione sui principi*, in G. AMATO (a cura di), *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972, p. 91 ss., il quale riferisce che, in Assemblea costituente, socialisti e democristiani discussero per introdurre una parola piuttosto che l'altra nel secondo comma dell'art. 41 Cost. A questo riguardo, si dice, infatti che, benché Einaudi avesse affermato che, nel Dizionario del Tommaseo, non potesse rinvenirsi alcuna differenza tra piani e programmi, alla fine si scelse di inserire la parola programmi (ancora oggi presente), perché la parola *piani* evocava un non unanimemente apprezzato richiamo alle esperienze di governo socialiste.

³⁷ In tema, F. PELLIZZER, *La programmazione e la progettazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017; A. PAVAN - E. REGINATO, *Programmazione e controllo nelle Amministrazioni pubbliche. Gestione per obiettivi e contabilità integrata*, Milano, 2012; P. MILAZZO, *I processi di programmazione e i livelli di pianificazione dell'amministrazione*, in G. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e prospettive. Approfondimenti sistematici e interdisciplinari*, Napoli, 2010; C. CHIAPPINELLI - L. CONDEMI - M.C. CIPOLLONI, *Programmazione, Controlli, Responsabilità nelle pubbliche amministrazioni*, II ed., Milano, 2010; M. ANDREIS, *Attività di programmazione e conclusione del procedimento*, in *Urbanistica e Appalti*, 1.1, 2006; E. CRISTIANO, *Il sistema dei controlli e la valutazione nella pubblica amministrazione*, Cosenza, 2006; G. VARRIALE, *I processi di programmazione strategica nello Stato*, in *Liuc Papers* n. 191, Serie Economia e Istituzioni, 2006; F. DONATO, *La programmazione ed il controllo della qualità negli enti locali*, Milano, 2000.

durata, determinandone gli obiettivi entro un quadro spazio-temporale solitamente definito³⁸. In questo senso, le determinazioni trasfuse in atti denominati *piani* o *programmi* dovrebbero ritenersi indicazioni elaborate allo scopo di indirizzare e, per quanto possibile, limitare³⁹ un'attività futura: gli stessi sono, infatti, atti di indirizzo.

Piani e programmi si rinvencono, frequentemente, in svariati ambiti dell'attività amministrativa (gli esempi più noti si riscontrano, senza dubbio, nell'ambito della pianificazione economica⁴⁰ e per ciò che concerne la gestione del territorio⁴¹) e sono in certa misura strumentali alla concretizzazione di un approccio improntato al raggiungimento dell'efficienza, nonché latamente aziendalistico, in quanto le determinazioni contenute all'interno dei piani possono combinare la dimensione giuridica propria del vincolo posto per l'attività futura, con quanto si è già detto a proposito della capacità di veicolare indicazioni sulla scorta di una leva diversa dall'obbligatorietà: quella dell'apparente efficienza delle misure indicate.

In questo, *piani-programmi* e *linee guida* sembrano porsi in continuità, in quanto i primi possono contenere (e spesso contengono) un richiamo all'*efficienza*, che è, allo stesso tempo, l'elemento attraverso il quale il contenuto di alcune linee

³⁸ Al riguardo cfr. V. MAZZARELLI, *Passato e presente delle pianificazioni*, disponibile su *Pausania.it* (ultima consultazione 16 luglio 2020), p. 11, dove si legge che: «M.S. Giannini sostenne che l'attività di pianificazione "non ammette definizioni, né giuridiche, né economiche, ma solo una nazionalizzazione logica: è un'attività di durata, proiettata nel futuro, consistente nella determinazione: a) dell'ordinata spaziale o di quella temporale o di ambedue; b) dell'oggetto; c) dell'obiettivo.». Il passaggio originale si rinviene in M.S. GIANNINI, *Pianificazione* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIII, Milano, 1983. Sulla programmazione come procedimento composto v., poi, ID., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1959, p. 321 e ss.

³⁹ Sulla pianificazione come autolimita v. M.P. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, e F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996. A questo riguardo v. M. NIGRO, *Lineamenti generali dell'azione dei pubblici poteri*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 275, il quale definisce piani e programmi «atti che precedono e anticipano l'azione concreta, prefigurandola globalmente per intere materie o per interi oggetti».

⁴⁰ A partire dagli anni '50, la pianificazione è ritenuta un'attività tipizzata dell'azione statale, attraverso la quale è possibile operare il coordinamento dei diversi interventi statali adottati per favorire l'economia. Al riguardo v. N. RANGONE, *Le programmazioni – L'intervento pubblico in economia tra piani e regolazioni*, Bologna, 2007; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 25 e *passim*.

⁴¹ Al riguardo si rinvia, *ex multis*, a V. MAZZARELLI, *Urbanistica e pianificazione territoriale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano, 2003. Sulla possibilità che gli atti di pianificazione territoriale abbiano statuto giuridico non sempre del tutto certo, v. P. STELLA RICHTER, *Il sistema delle fonti nella disciplina urbanistica*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1989, 609, dove si legge: «L'idea di partenza del presente lavoro è [...] che la disciplina urbanistica sia costituita da una complessa serie di precetti che non sono – o meglio non sono sempre e necessariamente – norme giuridiche».

guida non vincolanti può ispirare una doverosità d'adesione assimilabile (o, alle volte, forse superiore) ad altre norme dell'ordinamento⁴² (quand'anche espressamente vincolanti).

Ed è, forse, proprio a causa di questa comune e possibile vocazione che non si ravvisano particolari difficoltà ad immaginare che l'attività di pianificazione possa manifestarsi anche attraverso atti che rechino la dizione *linee guida*⁴³, elaborati dell'amministrazione per l'attuazione delle politiche comuni e generalmente corredati dall'indicazione dei tempi previsti per la realizzazione degli obiettivi programmati, oltre che degli *standard* (qualitativi e quantitativi) ai quali si intende adeguarsi⁴⁴.

⁴² V. MAZZARELLI, *op. cit.*, p. 3: «*Piani e programmi si caratterizzano dunque per un aspetto che viene messo in risalto dalla aziendalistica, ma che la scienza giuridica fa proprio: «Sono disegni ordinati di condotte future composte di più elementi combinati, e aventi durata temporale non breve». In questo passaggio, l'A. rinvia, ancora, a M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1985, p. 297. Proseguendo, l'A. contrappone alla visione aziendalistica un'altra visione: «Vi è una nozione di pianificazione proveniente dalla aziendalistica, che ne evidenzia i caratteri funzionali (combinazione di più elementi in un disegno coordinato, destinato a durare nel tempo); e una nozione che ne evidenzia invece i caratteri formali (le pianificazioni sono procedimenti destinati a produrre atti generali). Anteriormente alla emanazione della legge 241/1990 tra i due aspetti non sembra esservi contraddizione, ma complementarità.».*

⁴³ A questo proposito si richiama, ad esempio, il già citato *Piano scuola 2020-2021*, indicato, nel gergo comune e sui siti web specializzati, come *linee guida* per la riapertura delle Scuole. Per un riscontro, cfr. la pagina: <https://www.orizzontescuola.it/apertura-scuola-a-settembre-2020-ecco-le-linee-guida-definitive-pdf/>. Per un esempio ancora più calzante si v., poi, le *Linee guida per il Piano della performance*, realizzate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Funzione pubblica (e disponibili all'indirizzo: https://performance.gov.it/system/files/LG-Piano%20della%20performance-giugno%202017_0.pdf), ultima consultazione d.d. 20 luglio 2020. Queste linee guida sono, infatti, «redatte ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del d.P.R. n. 105/2016, il quale attribuisce al Dipartimento della Funzione Pubblica (DFP) le funzioni di indirizzo, coordinamento e monitoraggio in materia di ciclo della performance, avvalendosi del supporto tecnico e metodologico della Commissione Tecnica per la Performance (CTP) di cui all'articolo 4 del citato decreto». Come riferito nell'introduzione delle stesse, *sostituiscono* delle delibere precedenti: «Le presenti linee guida definiscono, a partire dal ciclo 2018-2020, la nuova struttura e modalità di redazione del Piano della performance e, per i ministeri, sostituiscono le seguenti delibere: 1. Delibera 112/2010 2. Delibera 1/2012, paragrafo 5 3. Delibera 6/2013, paragrafi 3.1 e 3.6.1. A Qualora le indicazioni qui riportate dovessero essere in contrasto con quelle di altre delibere CIVIT/ANAC le presenti linee guida debbono ritenersi prevalenti». La lettura di questo breve passaggio rivela che a queste linee guida è riconosciuta la capacità di derogare delle precedenti delibere, alle quali i rispettivi destinatari si sarebbero dovuti adeguare (esattamente come dovranno adeguarsi al contenuto delle *linee guida* in atto). Adottando le categorie tipiche del diritto, l'unica spiegazione per questo fenomeno è che anche queste linee guida debbano essere ricostruite alla stregua di documenti muniti di vincolatività (nella specie, piani o programmi) cui è stato dato il diverso nome di *linee guida*.

⁴⁴ I parametri appena menzionati sono alcuni di quelli alla stregua dei quali è possibile valutare la responsabilità dirigenziale. Ne consegue che, qualora un'amministrazione nomini *linee guida* un piano od un programma, potrebbe darsi l'ipotesi in cui la sussistenza di un profilo di responsabilità dirigenziale sia valutata in base ad atti, in questo caso propriamente amministrativi, che recano, però,

La possibile relazione tra *piani*, *programmi* e *linee guida* sembrerebbe, però, ricostruirsi anche in termini parzialmente diversi da quanto si è appena visto, in quanto il lemma *linee guida* sembra essere stato riferito più ad atti che completino o concretizzino i *piani* od i *programmi* che non per *sostituire* la dizione *piano* o *programma* con la quale si nominano, solitamente, gli atti di pianificazione. Ed in effetti, il già richiamato *Piano sanitario nazionale 1998-2000*, annunciando la redazione di linee guida, non si qualifica alla stregua di un corpo di linee guida, per l'appunto, ma affida a questo strumento (le *linee guida*) l'individuazione *delle migliori strategie diagnostico-terapeutiche*⁴⁵.

Una simile funzione di *precisazione* dei contenuti del singolo piano è, poi, ravvisabile anche avendo riguardo ad altri esempi, facilmente reperibili anche solo navigando in rete. Il *Piano territoriale di Coordinamento della Provincia di Torino* annunciava, ad esempio, la predisposizione di specifiche *Linee guida per il sistema del verde e delle aree libere*, poi approvate dalla giunta provinciale⁴⁶: una famiglia di *linee guida* dedicate a specifici ambiti d'intervento, in cui ciascun documento che rechi questa dizione contiene disposizioni orientative aventi lo scopo di contenere il

una dizione ambigua (la dizione *linee guida*, appunto). Al riguardo, cfr. E. CASSETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., p. 177 dove si legge: «L'oggetto della valutazione è così individuato: l'attuazione delle politiche attivate sulla soddisfazione finale dei bisogni della collettività; l'attuazione di piani e programmi, ovvero la misurazione dell'effettivo grado di attuazione dei medesimi, nel rispetto delle fasi e dei tempi previsti, degli standard qualitativi e quantitativi definiti, del livello previsto di assorbimento delle risorse; la rilevazione del grado di soddisfazione dei destinatari delle attività e dei servizi anche attraverso modalità interattive; la modernizzazione e il miglioramento qualitativo dell'organizzazione e delle competenze professionali e la capacità di attuazione di piani e programmi; lo sviluppo qualitativo e quantitativo delle relazioni con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti e i destinatari dei servizi, anche attraverso lo sviluppo di forme di partecipazione e collaborazione; l'efficienza nell'impiego delle risorse, con particolare riferimento al contenimento ed alla riduzione dei costi, nonché all'ottimizzazione dei tempi dei procedimenti amministrativi; la qualità e la quantità delle prestazioni e dei servizi erogati; il raggiungimento degli obiettivi di promozione delle pari opportunità». Sul ruolo di piani e programmi per l'esercizio delle funzioni di controllo amministrativo, v. anche S. CASSESE, *Istituzioni di Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2015.

⁴⁵ Cfr. Piano Sanitario Nazionale 1998-2000, p. 5. Moltissimi sono, però, gli esempi che si potrebbero fare avendo riguardo a tale piano. Tra i più significativi, si passano, qui, brevemente in rassegna: il testo di p. 10, secondo cui «Ulteriori precisazioni tecnico-operative sui traguardi da raggiungere (...) saranno oggetto di documenti di indirizzo, sotto forma di Linee guida (...)»; p. 11, dove il conseguimento di alcuni standard nutrizionali è affidato alle indicazioni rimesse a delle *linee guida* (le *Linee guida per una sana alimentazione italiana*, redatte dall'Istituto Nazionale della Nutrizione, nel 1997).

⁴⁶ Delibera della Giunta Provinciale n. 550-23408/2014.

consumo del suolo, preservando la biodiversità⁴⁷. Tra i molti altri esempi che si potrebbero proporre, uno di quelli che si ritiene, qui, più significativo è poi quello che si può fare rispetto a delle linee guida di cui si annuncia l'*emanazione* nell'ambito del *Piano Regionale Amianto*, approvato con Decreto del Presidente della Regione Friuli-Venezia Giulia al fine di rafforzare ed aggiornare in modo informatizzato la mappatura dei siti regionali in cui vi è questo materiale. La consultazione dell'area dedicata del sito istituzionale della Regione restituisce l'impressione che alle linee guida sia stata affidata la *precisazione* di molti aspetti relativi alla messa in pratica delle indicazioni contenute nel piano, di tant'è che si afferma, espressamente, che i cittadini debbano rifarsi ad esse⁴⁸. Quella considerata sembra, infatti, un'area di intervento entro la quale si è, ormai, stratificata, una non trascurabile produzione di strumenti di tale tipo, in quanto è possibile constatare che vi sia più di un corpo di indicazioni recanti l'espressione *linee guida*⁴⁹ e che essi contengano buona parte delle regole osservabili.

Sono, infatti, le linee guida⁵⁰ a disciplinare la micro-raccolta comunale e l'autorimozione dei manufatti contenenti amianto, prescrivendo che i cittadini debbano osservare delle condotte tipizzate quando si accingono a maneggiare questo materiale. Non solo, il testo della delibera rinvia espressamente alle linee guida elaborate in materia, imponendo di attenersi alle procedure lì indicate⁵¹.

⁴⁷ Le *linee guida* per il Sistema del verde sono costituite dalle *Linee guida per la Rete ecologica (LGRE)*, dalle *Linee guida per le migrazioni e compensazioni (LGMC)* e dalle *Linee guida per le aree periurbane (LGAP)* – al momento in corso di redazione. Le prime due contengono indicazioni anche abbastanza specifiche relative alla gestione territoriale

⁴⁸Cfr. l'indirizzo web: <https://www.regione.fvg.it/rafvfg/cms/RAFVG/ambiente-territorio/tutela-ambiente-gestione-risorse-naturali/FOGLIA44/> (ultima consultazione d.d. 17 luglio 2020), dove si legge: «Le linee guida costituiscono anche documento di riferimento per i cittadini, per le imprese, per le Aziende del servizio sanitario regionale ed altri Enti istituzionali, per la tracciabilità di manufatti contenenti amianto. Infatti, ogni edificio segnalato con presenza accertata di amianto verrà inserito nell'Archivio regionale amianto (ARAM) e sarà associato ad un codice che lo identifica univocamente.»

⁴⁹ Tra le più importanti si richiamano le *Linee guida per la segnalazione, la tracciabilità e la valutazione dello stato di conservazione e di pericolosità di manufatti contenenti amianto*, allegate alla delibera n. 2229 del 20 dicembre 2019 e le *Linee guida finalizzate alla micro raccolta di amianto da parte dei comuni e dei proprietari di edifici di abitazione civile*, allegate alla delibera precedente, della stessa data.

⁵⁰ Adottate con delibera di Giunta n. 2228 del 20 dicembre 2019

⁵¹ Per il testo della delibera (e le *linee guida* sulla raccolta, disponibili online), v. https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=21695:fv2228_19&catid=27&Itemid=137

La relazione tra *linee guida* e *piani*, non si esaurisce, però, nelle sole ipotesi della sostituzione terminologica (un *piano* chiamato *linee guida*) o nell'ipotesi di una *precisazione* (più o meno specifica e, talvolta, *atipica*⁵²) degli obiettivi delineati in via generale da documenti di più ampio respiro, quali sono i piani (e i programmi). Il versatile (e supposto) *modello* delle linee guida costituisce, infatti, un così ampio contenitore entro cui poter inserire indicazioni che è possibile constatare l'esistenza di linee guida per redigere (o realizzare) dei *piani*⁵³. Ecco, allora, che anche in questo caso, il presunto modello *per linee guida*, non potendo annoverare delle caratteristiche che lo distinguano, in ogni caso, da un qualunque altro tipo di manifestazione giuridica che contenga indicazioni, può confondersi con i piani e programmi (atti d'indirizzo, a loro volta, riguardati da una notevole ambiguità definitoria⁵⁴); essere lo strumento attraverso cui si individuano, in modo atipico e poco sorvegliato, le regole che si riterrà, di volta in volta, di poter declinare in base a generici contenitori di obiettivi (i piani); ancora, costituire un insieme di indicazioni su come poter redigere questi stessi piani. Tre cose diverse, nessuna in particolare.

Fin dall'inizio di questo lavoro, quando si è cercato di indagare le prime manifestazioni di rilevanza normativa (e nazionale) del fenomeno, si è, però, parlato

⁵² Negli esempi che abbiamo visto il contenuto proprio delle regole poi impostesi in materia è sostanzialmente dettato dalle formulazioni di un allegato, anziché dall'atto (nel caso una delibera) che contiene la determinazione dell'autorità decidente.

⁵³ Un esempio in tal senso è costituito dalle *Linee guida per la redazione dei piani comunali di Protezione civile*, diramate dalla Regione Piemonte, nelle quali vengono fornite diverse indicazioni su come redigere un corpo di indicazioni atto a regolare, in via generale, una fattispecie futura. Per maggiore informazioni si rinvia all'indirizzo: <https://www.regione.piemonte.it/web/temi/protezione-civile-difesa-suolo-opere-pubbliche/protezione-civile/programmazione-pianificazione/linee-guida-per-redazione-dei-piani-protezione-civile> (ultima consultazione d.d. 20 luglio 2020).

⁵⁴ Sulla collocazione degli atti di pianificazione entro il panorama degli atti amministrativi bisogna, in primo luogo, evidenziare che, ai sensi dell'art. 13 della l. n. 241/1990 sembrerebbe che i *programmi* costituiscano categoria a sé. Se riguardati, però, dal punto di vista del regime giuridico loro concretamente applicabile deve ritenersi che *piani* e *programmi* siano assimilabili agli atti amministrativi generali e che, presentando i caratteri della generalità, dell'astrattezza e – in ipotesi – dell'innovatività, potrebbero, addirittura qualificarsi come fonti secondarie. S. Cassese ascrive questi atti agli atti amministrativi generali, v. S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 438. Prima di lui, in questo senso e quasi sicuramente, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 1291 ss. Riferisce, infatti, MAZZARELLI, *op. cit.*, p. 3, che «Precedentemente, nella prima edizione del *Diritto Amministrativo*, pubblicata nel 1970, lo stesso Giannini inserì le pianificazioni nel quadro generale delle attività amministrative proceduralizzate, riconducendole tra i procedimenti precettivi, definiti come quei procedimenti con cui le amministrazioni pubbliche adottano atti normativi e atti amministrativi generali. Pianificazioni e programmazioni in particolare sono tra i procedimenti destinati a produrre atti amministrativi generali, per atti generali intendendosi quelli che si rivolgono a gruppi indeterminati di figure soggettive, in quanto titolari di situazioni soggettive che l'amministrazione vuol regolare con efficacia generale».

di un impiego delle linee guida relativamente ad un'attività di programmazione. Alla luce di quello che si è cercato di illustrare in questa sede, quasi si potrebbe affermare che uno degli aspetti che potrebbero caratterizzare il modello considerato risieda, allora, proprio nella sua attitudine alla pianificazione. Sembra, infatti, evidente che le linee guida presentino generosi punti di contatto con la funzione programmatica (o per disciplinare *ex ante* obiettivi e progetti, o per declinarli nel pratico), ma, come già si è affermato in altri luoghi di questo lavoro, le istanze di semplificazione che sembrerebbero poter assecondare si rivelano, in molti casi, fattori di complicazione⁵⁵.

Perciò, a considerazioni di massima invariate, gli apporti che si ritiene di poter proporre all'esito del raffronto operato in questo paragrafo consistono proprio

⁵⁵ Un buon esempio è rappresentato da quanto riferito in *Ibidem.* p. 85, dove si dice: «Al momento della riforma del sistema ministeriale, il legislatore ha ritenuto opportuno sancire espressamente, con l'art. 4 del d.lgs. n. 300/1999, che l'organizzazione, la dotazione organica, l'individuazione degli uffici di livello dirigenziale generale e il loro numero, le relative funzioni e la distribuzione dei posti di funzione dirigenziale, l'individuazione dei dipartimenti e la definizione dei rispettivi compiti debbano essere stabiliti con regolamenti o decreti del ministro emanati ai sensi dell'art. 17, comma 4-bis, della l. n. 400/1988. Malgrado questa previsione di carattere generale, il problema del rapporto tra legge e regolamento non è stato chiarito definitivamente. L'esperienza maturata sino ad oggi, infatti, dimostra che non risulta ancora ben delineato il confine tra l'ambito di applicazione della normazione primaria e di quella secondaria. Di recente, inoltre, il quadro delle fonti in materia di organizzazione si è variamente complicato. Sotto il primo aspetto, possono essere considerati due esempi, espressione di orientamenti in contrasto tra loro. Il primo è quello dell'art. 8 della l. n. 30/2003, che ha disposto direttamente l'istituzione di una direzione generale con compiti di direzione e di coordinamento delle strutture periferiche del Ministero del lavoro e delle politiche sociali: in tal modo, si è realizzata una incursione della legge nell'ambito riservato al regolamento, in quanto con la prima si è regolato un aspetto specifico e di dettaglio della disciplina degli uffici, quale è quello della costituzione di una struttura organizzativa. Un secondo esempio, si ha con il d.lgs. n. 3/2004, di riorganizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali, il quale ha devoluto a una successiva regolamentazione di rango secondario l'individuazione e l'ordinamento degli uffici del Ministero per i beni culturali il quale ha devoluto a una successiva regolamentazione di rango secondario l'individuazione e l'ordinamento degli uffici del Ministero e di quelli che operano in sede regionale, nonché i compiti e le funzioni spettanti ai dirigenti, malgrado nessuna disposizione della legge delega n. 137/2002 lo avesse previsto espressamente. In questa ipotesi, vi è stato un eccessivo ricorso alla normazione regolamentare, ben oltre i limiti definiti dal citato art. 4 del d.lgs. n. 300/1999. Sotto il secondo aspetto, un buon esempio è costituito dalle norme della legge finanziaria per il 2007 (l. n. 296/2006). Queste, infatti, allo scopo di conseguire economie di spesa, prevedono la revisione degli assetti organizzativi dei ministeri, vincolandola a una serie di principi, e stabiliscono sia che il Presidente del Consiglio adotti linee guida per dare attuazione a queste disposizioni (si veda, ad esempio, il d.P.C.M. 13 aprile 2007), sia che le direttive generali per l'attività amministrativa e la gestione, emanate attualmente dai ministri, contengano appositi piani e programmi specifici sui processi di riorganizzazione. Quindi, alle misure adottate con le leggi e i regolamenti si aggiungono quelle stabilite con atti di indirizzo del Presidente del Consiglio e direttive dei ministri. Un altro esempio si ha nel d.l. n. 85/2008, nel quale, con riferimento ai ministeri per i quali sono previsti accorpamenti, si stabilisce che, seppur in via provvisoria, nelle more di approvazione dei relativi regolamenti, la struttura degli uffici è definita con d.P.C.M., emanato su proposta del ministro competente, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze.»

nell'aver evidenziato l'attitudine di alcune linee guida ad assecondare la pianificazione.

9. Linee guida e direttive amministrative

Proseguendo la disamina degli eventuali rapporti che abbiano a riscontrarsi tra linee guida ed atti di indirizzo, si ritiene che uno dei passaggi obbligati della trattazione debba consistere in una disamina delle affinità eventualmente esistenti tra l'istituto della direttiva amministrativa ed il presunto modello delle linee guida. A questo riguardo, si potrebbe cominciare con il dire che le *direttive*, più o meno come i piani e programmi, condividano, in via generale e nonostante la grande varietà di contenuti che possano assumere, la natura di *atti di prefigurazione dell'agire amministrativo*⁵⁶. Non solo, rievocando un'immagine già impiegata da altri autori, si potrebbe affermare che tanto le direttive quanto i piani si collochino in un *momento di snodo tra il disporre ed il provvedere*⁵⁷.

Accettato questo presupposto, è possibile affermare, anche per le direttive, qualcosa che si è già detto nel paragrafo precedente. Segnatamente, le direttive, condividendo l'aspetto prefigurativo dei piani⁵⁸, rappresentano una manifestazione dell'attività di programmazione dell'amministrazione che non sembra incontrare particolari ostacoli ad essere svolta attraverso atti che rechino la dizione *linee guida*. E difatti, si registrano casi di *linee guida* sovrapponibili alle *direttive* (v. *infra*). Analizzando, però, i tratti salienti dell'istituto in esame, si ritrae l'impressione che alcune delle conclusioni svolte con riferimento al rapporto tra *piani, programmi e linee guida* non siano del tutto praticabili all'esito un raffronto tra le linee guida e le direttive, ragione per la quale appare di qualche utilità operare un distinguo, a partire da due differenti concezioni di *direttiva*, succedutesi nel tempo.

⁵⁶ Così G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (profili generali)*, Milano, 1993, *passim*.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁸ Tra gli altri, un riferimento al rapporto tra *piani e direttive* è operato in G. AMATO, *Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970, p. 158. Nello stesso senso anche G. MARONGIU, *cit.*, *passim*.

Stando alle risultanze di alcuni dei primi studi condotti sull'argomento⁵⁹, la prima accezione di direttiva amministrativa diffusasi negli ordinamenti continentali non presenterebbe, infatti, tutte le caratteristiche che si è soliti predicare oggi rispetto a questo istituto. E ciò in quanto la direttiva, almeno in un primo momento, più che essere intesa come un atto destinato a produrre effetti all'esterno dell'organo che la adottasse, era intesa come una determinazione attraverso la quale la stessa autorità emanante restringesse, autolimitandolo, il futuro esercizio di un proprio potere discrezionale⁶⁰. Se ne ricava che, anche se ci limitassimo a considerare le direttive adottate come atti asserviti alla sola funzione di auto-vincolo, potremmo concludere che non si ravvisino particolari difficoltà ad immaginare che una determinazione autolimitante di questo genere possa essere adottata anche attribuendole il nome di *linee guida*. Anche in questo caso, l'impiego dell'etichetta *linee guida* in luogo di dizioni più tradizionali coltiverebbe il già descritto effetto disorientante, rimettendo all'interpretazione il concreto inquadramento degli atti che la rechino. Nel caso di specie, bisognerebbe risalire dall'atto alla funzione di auto-vincolo e prendere in considerazione il documento a titolo *linee guida* come parametro per valutare l'adeguamento che l'azione amministrativa abbia riservato alle indicazioni lì poste.

A ben intendere, una considerazione di questo tipo ci consente di replicare alcune parti del discorso già svolto per i piani, ferma restando la diversa portata che, in termini contenutistici, sembra riguardare i due tipi di atti: le direttive,

⁵⁹ Per una disamina completa dell'istituto giuridico della direttiva amministrativa si rinvia, tra tutti, a G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo italiano (profili generali)*, Milano, 1993. In questo testo, l'A. individua in M. HAURIUO, *La Jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, II, Parigi, 1929 la prima *teorizzazione* della direttiva amministrativa in Francia e, *a quanto consta, nei Paesi a sistema amministrativo*. A questo proposito cfr., in particolare, p. 1 dell'Introduzione, dove si riferisce che, in un commento ad una sentenza del Conseil d'Etat (dopo trasfuso nell'opera sopra richiamata) – C.E. 17 juillet 1925 (*Association amicale du personnel de la Banque de France*), il termine *directive* fu utilizzato «per qualificare una dichiarazione d'intenti con la quale il Governatore della Banca di Francia precisava i caratteri secondo cui avrebbe esercitato il potere discrezionale spettante gli in materia di nomina del personale ai più alti livelli dell'istituto»

⁶⁰ Così, tra gli altri, M. WALINE, *L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des «directives»*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1971, 1229; P. DEVOLVÉ, *La notion de directive*, in *Actualité juridique. Edition droit administratif*, 1974, 459; J. BOULOIS, *Sur una catégorie nouvelle d'actes juridiques: les «directives»*, in *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Parigi, 1977, 191; P. PAVLOPOULOS, *La directive en droit administrative*, Parigi, 1978, 150. Per un contributo più recente, v. P. GONOD, *L'administration et l'élaboration des normes*, in P. GONOD - F. MELLERAY - P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Parigi, 2011

differentemente dai piani, sembrerebbero, infatti, capaci di evocare contenuti più circostanziati.

Tuttavia la direttiva c.d. *autonoma*, cioè quella preordinata a dispiegare effetti nella sola amministrazione che la adotti, non è l'unico tipo di direttiva diffusasi. Anzi, potrebbe dirsi che l'istituto in esame non si risolve quasi mai nel solo preannuncio del contenuto delle successive misure attuative. E difatti, problemi di più consistente momento sembrano ravvisarsi laddove l'etichetta *linee guida* si impieghi per riferirsi ad atti riconducibili all'accezione di direttiva che si è maggiormente diffusa nell'ordinamento: quella, cioè, relativa a determinazioni a valenza esterna, provviste di un contenuto tendenzialmente vincolante che lasciano, però, intatto un margine di discrezionalità applicativa ai destinatari⁶¹. Discostarsi dal contenuto di alcune linee guida alle quali è necessario riferire il regime giuridico proprio delle *direttive* può, infatti, produrre degli effetti più immediati (può, ad esempio, costituire un indice sulla base del quale riscontrare l'esistenza di un eccesso di potere) e dare vita ad altri problemi di inquadramento e di rinvenimento del pertinente regime giuridico, in parte sovrapponibili a quelli sperimentati per altri atti (piani inclusi). In altre parole, per poter rinvenire la facoltà di scostamento dall'indicazione dipesa dal residuo di un margine di discrezionalità, è necessario riportare la genericità della dizione *linee guida* alla categoria della direttiva ed applicarvi la facoltà di disattendere motivando.

Secondo l'autorevole lezione di molta parte della dottrina, la direttiva costituisce, infatti, un atto di indirizzo perlopiù *eteronomo*, destinato, cioè, a determinare delle conseguenze giuridiche nei confronti di determinati destinatari⁶²,

⁶¹ Per v. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, I, Napoli, 1962, 35, la direttiva costituisce una *predeterminazione unitaria d'una linea di condotta*, mentre, singolarmente, per G. MARONGIU, *Il riordinamento dell'amministrazione pubblica*, Milano, 1974, una direttiva è un *atto contenente linee guida* (cfr. p. 82 e ss.).

⁶² Sul fatto che il riferimento alla direttiva sia praticabile solo con riguardo ad atti che possano guidare l'altrui condotta, cfr., ad esempio, R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1978, 252; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in ID. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, 203. Entrambi gli autori lasciano intendere che l'impiego della dizione *direttive* sia da riferirsi ad atti destinati ad incidere sull'altrui condotta, preferendo altre dizioni (*criteri di massima* o *criteri direttivi interni*), l'individuazione delle indicazioni che un'autorità dia per se stessa. Sulla tematica degli auto-vincoli (definiti da G. SCIULLO, *cit.*, p. 15, nota 46, *la problematica delle linee guida fissate da un organo a sé medesimo*) è ricostruita in N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di*

ricostruibili nei termini di un vincolo *non* assoluto⁶³. Ricorrendone le condizioni, il destinatario delle indicazioni ricevute potrebbe, infatti, disattenderle, esplicitando le ragioni per le quali non ritenga possibile o necessario aderirvi⁶⁴. Più precisamente, la direttiva si caratterizzerebbe per essere una misura da rivolgere a terzi, derivata dalla direttiva politica⁶⁵ e, per tale ragione, appartenente agli *atti di indirizzo*, oltre che a quelli dotati di accentuata nominatività (in quanto prevista da molte disposizioni)⁶⁶.

Venendo, poi, al suo contenuto: la direttiva si presta, da sempre, a svariati usi, di tant'è che, secondo le varie ricostruzioni, consisterebbe «nella prefissione di “fini”, “scopi”, “obiettivi”, “compiti”, “risultati”, “principi” o “programmi”, nella specificazione di “interessi”, nella prescrizione di “mezzi”, nell’indicazione di “criteri” o “regole finali”, nell’individuazione di “ordini di priorità”, “modalità di

Stato, II, Roma, 1932, 464; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 98.

⁶³ Per una ricostruzione dei tratti caratterizzanti dell’istituto si rinvia, oltre che a G. SCIULLO, *op. cit.*, a A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell’Organizzazione dello Stato*, Padova, 1931, I, 277; S. D’ALBERGO, *Direttiva* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, 606; F. MERUSI – M. CLARICH, *Direttiva* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989; E. CATELANI, *Direttiva* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006; M. ASPRONE, *Le direttive amministrative*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 23-24, 2010. In riferimento al rapporto che la direttiva possa intrattenere con altre determinazioni amministrative, si rinvia, invece, alle ricostruzioni a più ampio raggio, tra le quali V. BACHELET, *L’attività di coordinamento nell’amministrazione pubblica dell’economia*, Milano, 1957; A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963; G. TREVES, *L’organizzazione amministrativa*, Torino, 1975; F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell’organizzazione amministrativa*, Padova, 1970; G. BARONE, *Aspetti dell’attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1980; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989; V. ANGIOLINI, *Direzione amministrativa* (voce), in *Digesto IV (discipline pubblicistiche)*, Torino, 1990, 115. Per una ricostruzione più recente dello stato dell’arte dell’istituto, in Francia, v. M. CLIQUENNOIS, *Que reste-t-il des directives?*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 1992, 3.

⁶⁴ Sugli obblighi di motivazione rafforzata e, più in generale, sulla motivazione del provvedimento amministrativo, si rinvia, tra gli altri, M.S. BONOMI, *La motivazione dell’atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, Roma, 2020; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, cit.

⁶⁵ Così soprattutto G. SCIULLO, *cit.*, *passim* e ID., *Tre variazioni in tema di direttiva amministrativa*, in *Jus – Rivista di scienze giuridiche*, 2-3, 1990, 339.

⁶⁶ Sia consentito precisare che la nozione di direttiva cui ci si intende, qui, riferire è quella maggiormente diffusa e praticata. Per esigenze di semplificazione, non sembra, infatti, utile rimarcare la labilità dei confini dell’istituto e tenere accentuatamente conto delle posizioni in base alle quali bisognerebbe ritenere che sia impossibile parlare unitariamente di direttiva. Ai limitati fini di questo scritto, si prenderà in considerazione il solo modello prevalente di direttiva che è stato costruito nel corso degli anni, abbandonando l’idea di poter ricomprendere, entro una rapida trattazione, tutte le sfumature e peculiarità che possono assumere gli atti che circolano sotto questo nome. Sulla sfuggevolezza della *direttiva* quale istituto giuridico si rinvia, però, agli scritti di G. AMATO, *L’indirizzo degli enti di gestione*, cit.; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, 183; F. MIGLIARESE TAMBURINO, *Il coordinamento nell’evoluzione dell’attività amministrativa*, Padova, 1979, 44; V. ANGIOLINI, *Direzione* (voce), cit., p 117.

*realizzazione” o “tempi”, ovvero, più genericamente, nella fissazione di “linee guida”, di “condotta”, di “indirizzo”, oppure di “comportamenti da tenere o di attività da svolgere”⁶⁷». Ecco, allora, che, almeno se riguardate sotto questo aspetto, le *direttive* presentano un elevato grado di adattabilità agli usi contingenti, assomigliando, in ciò, alle odierne *linee guida* od almeno a ciò che si vorrebbe che esse siano. C'è, però, almeno un aspetto che distingue profondamente direttive e linee guida: il profilo, più volte teorizzato, della vincolatività condizionata, ovvero sia quello della tendenziale obbligatorietà del contenuto. L'elemento qui considerato non è, infatti, predicabile con sicurezza avendo riguardo alle linee guida, a meno di non ammettere che, attraverso la dizione *linee guida*, si intenda adottare direttive.*

Gli esempi che si cercherà di proporre nel paragrafo appena successivo a questo mirano a mostrare un uso caotico di queste dizioni, evidenziando, per quanto possibile, che, almeno in alcune manifestazioni del fenomeno indagato, il lemma *linee guida* sia stato usato, indifferentemente, in luogo del ricorso alle *direttive*.

Se ciò sia espressione di un preciso disegno o di una tendenza più generalizzata, sicuramente in parte legata alle mode linguistiche del momento, è questione sulla quale meriterà interrogarsi ancora. Ciò che, però, sembra possibile concludere in questa parte del lavoro è che il passaggio dal modello della direttiva a quello (presunto) delle linee guida potrebbe spiegarsi in termini evolutivi, come se l'apertura alla genericità della direttiva (impostasi in una certa epoca e motivata dall'esigenza di ricorrere ad una costruzione già abbastanza omnicomprensiva di suo) si sia rivelata, d'improvviso, insufficiente ad assecondare il bisogno di elasticità avvertito in diversi ambiti del diritto, favorendo l'odierna affermazione di un contenitore ancora più ampio ed omnicomprensivo del precedente: le linee guida.

In altre parole, si potrebbe quasi dire che se la qualificazione di un atto come direttiva abbia avuto, in passato, la principale funzione di «*screditarne l'efficacia*

⁶⁷ Così G. SCIULLO, *op. cit.*, p. 137, il quale, per affermare che le direttive possano avere svariati contenuti richiama, tra gli altri: U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1992, 355; F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965. Per affermare che possano contenere scopi, l'A. richiama: M. CLARICH, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Studi in onore di V. Palazzolo*, Milano, 1986, p. 555; F. A. ROVERSI MONACO, *Gli enti*, cit., p. 348. Per affermare che possano contenere obiettivi e compiti si rinvia a: F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1984, 168; S. D'ALBERGO, *op. cit.*, p. 605; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969, 237.

vincolante»⁶⁸, postulandone una *obbligatorietà depotenziata* o *condizionata*⁶⁹, il profluvio delle linee guida rappresenti un ulteriore e problematico avanzamento di questa (supposta) esigenza di indeterminatezza, in quanto le linee guida, sistematicamente, non statuiscono alcunché sulla propria vincolatività (quand'anche, sostanzialmente, la esercitino) e costituiscono un contenitore capace di sfumare in modo ancor più marcato (e preoccupante) le poche certezze giuridiche pure rinvenibili nelle produzioni normative precedenti (direttive ed atti simili ad esse). Anzi, sono esse stesse il contenitore privilegiato cui potersi rivolgere ogniqualvolta si intenda lasciare inevasa (o dubbia) ogni questione relativa all'esistenza di un'obbligatorietà che, dopo essersi *depotenziata* nella stagione delle direttive, è passata così ad essere *componibile* in base alle interpretazioni prevalenti.

9.1 Linee guida e direttive amministrative: esempi

Tra gli esempi che si potrebbero considerare per illustrare l'avanzata che le linee guida hanno fatto registrare anche con riguardo al rapporto con le direttive, se ne sono qui scelti tre.

Il primo mira ad evidenziare l'intercambiabilità terminologica che, almeno nella prassi, sembra aver riguardato questi due modelli; il secondo tradisce in maniera ancora più esplicita la diffusa intenzione di operare una sovrapposizione tra i due tipi di determinazioni; il terzo, estrapolato da uno dei settori nei quali le linee guida hanno fatto più parlare di sé (il sottosistema dell'Anticorruzione), ambisce ad individuare un collegamento tra i due istituti sulla scorta di una riflessione, condotta a partire dagli elementi cardine della nozione di direttiva eteronoma.

Procedendo con ordine, l'area del sito web della Regione Sardegna dedicata all'Autorità di bacino regionale, nell'affermare che il Comitato istituzionale dell'Autorità propone ed adotta *normative* omogenee relative a standard, limiti e divieti, statuisce pure che lo stesso predispone *linee guida e direttive*⁷⁰.

⁶⁸ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, p. 90

⁶⁹ *Ibidem*, 93 e 94.

⁷⁰ Per un riscontro, si rinvia all'indirizzo: <https://www.regione.sardegna.it/autoritadibacino/atti/direttiveecircolari/> (ultima consultazione d.d. 28 luglio 2020).

Segue l'elencazione delle *direttive* e delle *circolari* di riferimento, con i relativi allegati: tra di essi, le *Linee guida per l'adeguamento dei P.U.C. al P.A.I.*⁷¹, allegata alla delibera n. 3 del 18 luglio 2007 ed adottate dal Comitato Istituzionale dell'Autorità di Bacino, contengono – per implicita, ma deducibile ammissione – *le norme di attuazione* da osservare in materia⁷². Il tenore chiaramente precettivo di alcune indicazioni contenute in questo documento non lascerebbe dubbi in ordine al fatto che la determinazione in oggetto intenda regolare la materia. E ciò è vero anche se si consideri la generica formula con la quale l'introduzione di queste stesse linee guida è annunciata dalla delibera con la quale le si è approvate: qui, infatti, si dice che le linee guida in parola costituiscano uno «*strumento di riferimento per i Comuni che hanno sottoscritto i protocolli di intesa di cui alle premesse e che devono effettuare l'adeguamento del Piano urbanistico comunale ai contenuti del P.A.I.*»⁷³.

Di qui una prima considerazione: l'aver trasfuso delle indicazioni entro linee guida adottate con delibera di un organo munito di potere direttivo, può rivelare che le stesse possano iscriversi pienamente nello schema della direttiva, sebbene il principale riferimento all'istituto considerato che si abbia, qui, a rinvenire, si riscontra solo nel nome che dà il titolo alla sezione della pagina web (*direttive e circolari*) e non anche nel documento considerato, dove mai si dice si tratti di una *direttiva*.

Similmente, il sito web del Ministero della Giustizia, alla sezione *Decreti, circolari, direttive, provvedimenti e note*, perseguendo un minimo di maggiore ed apparente chiarezza, riporta una serie di collegamenti web, ciascuno dei quali rinvia – a sua volta – ad atti e determinazioni, in cui la già accennata intercambiabilità nominale di *linee guida e direttive* è ancora più evidente.

⁷¹ Per *P.U.C.* si intendono i *Piani urbanistici comunali*, mentre per *P.A.I.*, il piano dell'assetto idrogeologico. Le *linee guida* in parola sono disponibili all'indirizzo: <http://www.regione.sardegna.it/index.php?xsl=510&s=148393&v=2&c=8388&t=1&tb=8374&st=13> (ultima consultazione d.d. 28 luglio 2020).

⁷² La descrizione delle *linee guida* in parola, sul sito, comincia con le parole: «*Le Norme di Attuazione del P.A.I. prescrivono che i Comuni e le altre Amministrazioni interessate provvedano a riportare alla scala grafica della strumentazione urbanistica vigente i parametri della aree a rischio idraulico e geomorfologico e delle aree a pericolosità idraulica e geomorfologica, e ad adeguare contestualmente le norme dello strumento urbanistico*». La previsione appena qui riportata (e virgolettata), è riportata, più o meno negli stessi termini, ma sempre mediante l'utilizzo di una formula che sottende un adempimento doveroso, a pagina 2 del documento allegato (per cui v. nota precedente), dove si utilizza, addirittura, il termine *prescrivono*.

⁷³ V. delibera n. 3 del 18 luglio 2007, p. 4.

Appena sotto la dizione *Direttive* (che da il titolo alla sezione), segue l'elencazione di diversi atti, chiamati, senza un criterio immediatamente evincibile, *linee guida* o *direttive*⁷⁴. L'inserimento di questi atti entro la sezione *direttive* lascerebbe presupporre che gli stessi debbano essere ritenuti provvisti del medesimo regime giuridico che si è soliti riconoscere alle direttive e che, dunque, un eventuale discostarsi dalle indicazioni qui contenute possa dispiegare conseguenze giuridiche non affatto trascurabili, integrando i parametri della responsabilità disciplinare o costituendo un possibile sintomo di un'attività viziata da eccesso di potere.

È proprio sulla scorta di discorsi come questo che sembra, ora, possibile introdurre il terzo esempio (qui solo accennato): quello relativo ad una possibile riconduzione delle linee guida non vincolanti dell'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in avanti Anac) allo schema della direttiva. Secondo l'interpretazione che i giudici del Consiglio di Stato hanno dato delle linee guida non vincolanti dell'Anac⁷⁵, tali *atti di indirizzo*⁷⁶, 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 prassi⁷⁷.

Certo, l'espressa affermazione di un'assenza di vincolatività costituisce un dato apparentemente confortante, se non altro se si ha riguardo ai problemi classificatori più consistenti che hanno, invece, riguardato le altre linee guida dell'Autorità (quelle che, nel gergo poi adottatosi, sono state definite *ministeriali* o *vincolanti*). Tuttavia, il fatto che tali atti siano dichiaratamente sprovvisti di efficacia

⁷⁴ Delle prime si menzionano, qui, le *Nuove Linee Guida 19 marzo 2020 – Sullo svolgimento dell'attività lavorativa per il personale dell'Amministrazione giudiziaria al fine di attuare le misure di contenimento del contagio da COVID-19 – ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA* e la loro versione precedente (recante lo stesso titolo, ma datata 10 marzo),

⁷⁵ 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

⁷⁶ Sono definiti espressamente tali già nella legge di delega del successivo Codice dei contratti pubblici. 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».

⁷⁷ In questo senso, ancora P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit. p. 265, laddove l'autore riprende il contenuto di Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. B.2

vincolante e che ciò attenui le difficoltà classificatorie che, invece, caratterizzano le linee guida compiutamente prescrittive, non risolve, in via soddisfacente, le questioni che possono sorgere in ordine alla loro attitudine a suscitare degli effetti.

Sebbene, in via di prima approssimazione, si potrebbe essere tentati di ascrivere tale gruppo di linee guida agli atti di *soft-law*⁷⁸, un'attenta considerazione del ruolo svolto dall'Autorità nel settore dei contratti pubblici impone di vagliare se le stesse non possano essere considerate delle *direttive*. Al riguardo, deve essere premesso che la formulazione discorsiva di tali atti, in uno con il dato letterale che li vuole espressamente *non* vincolanti, ne sconsiglierebbero ogni l'inquadramento entro i provvedimenti amministrativi, specie in quanto sprovvisti del carattere dell'autoritatività⁷⁹. In senso contrario, l'argomento delle possibili relazioni tra linee guida non vincolanti ed atti di *soft-law*⁸⁰ non pare, comunque, troppo convincente⁸¹: l'esigenza solitamente sottesa all'adozione di atti di *soft-law*, intrinsecamente deboli e, quasi sempre, atipici, 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, ma è altrettanto sostenibile che esistano partizioni concettuali più efficaci per inquadrare in modo più appropriato l'istituto.

In particolare, se si ha riguardo alla *mission* istituzionale che Anac riveste nell'ordinamento giuridico italiano⁸², il generico riferimento alle fonti di *soft-law* potrebbe, almeno in parte, sminuire la portata fortemente persuasiva degli atti

⁷⁸ Per una descrizione delle manifestazioni del *soft-law* entro l'ordinamento amministrativo si rinvia, per tutti, A M. RAMAJOLI, *Soft-law e ordinamento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 1/2017; ID., *Self regulation, soft regulation e hard regulation*, cit.

⁷⁹ Sui caratteri del provvedimento amministrativo v., su tutti, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. Vol. I: l'attività*, Padova, 2016.

⁸⁰ 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 d.d. 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.

⁸¹ 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.

⁸² 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.

adottati dall'Autorità che, in quanto vertice e centro di controllo di un sistema molto complesso, esercita un potere direttivo permanente su tutto il settore. In questo senso, le linee guida in parola, proprio come le direttive, potrebbero risentire – in termini di effetti dispiegati – della caratura istituzionale del soggetto che le emani, nonché del rapporto che sussista tra questo e i destinatari finali dell'atto. Quanto affermato ci consente di affermare che le linee guida non vincolanti potrebbero avere un'efficacia interna, assimilabile a quella delle direttive; circostanza che sembrerebbe, peraltro, confermata dalla loro diretta impugnabilità⁸³. 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.

Perciò, quanto sembra potersi ricavare in base ai discorsi svolti è che tali atti *non* siano vincolanti, ma, esprimendo indicazioni fortemente qualificate, possano essere disattesi solo all'esito di una fruttuosa 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 per la loro ipotetica inidoneità a regolare una fattispecie particolare).

In questo senso, le *linee guida* in parola eserciterebbero un'efficacia assimilabile alla *direttiva*, adombrando l'idea, qui più volte richiamata, che il *non* vincolante non sia, comunque, in grado di escludere la rilevanza degli atti giuridici.

10. Linee guida, circolari e istruzioni

Concludendo questa breve parte del lavoro, si è ritenuto meritasse un ultimo cenno il possibile rapporto tra le linee guida e le altre manifestazioni dell'attività amministrativa. A questo proposito, si precisa che non si ravvisano particolari rapporti di contiguità tra *linee guida* e *circolari amministrative*, in quanto i due

⁸³ 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 pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2017.

modelli sembrano occupare aree che si sviluppano ispirandosi ad uno schema di reciproca autonomia, senza che si registrino particolari sovrapposizioni.

Ciò può, forse, dipendere dal fatto che le *circolari* evocano un contenuto di obbligatorietà gerarchizzata ormai recessivo in tutto l'ordinamento e che i contenuti che si intende veicolare attraverso questo strumento siano, di solito, introdotti negli ordinamenti assecondando finalità in parte diverse da quelle riguardanti le linee guida⁸⁴.

La genericità del lemma *linee guida* è, però, tale da renderlo perfettamente sovrapponibile ad altre dizioni parimenti generiche come, ad esempio, le *istruzioni*.

⁸⁴ Fermo restando che le circolari amministrative, proprio come le direttive e, più in generale, come tutte le norme interne, postulano un'obbligatorietà mediata, l'impiego di un atto denominato circolare sembra dischiudere un significato diverso da quello che si può precisare rispetto alla direttiva, in quanto rinvia, in primo luogo, ad un indirizzo gerarchicamente orientato. Per un'efficace definizione di circolare, cfr. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità*, cit., pp. 720 e 721: «La circolare costituisce un parametro che vincola l'amministrazione, ma è privo della rigidità del regolamento, lasciando pur sempre, con una sorta di clausola generale, un margine, beninteso motivato e non arbitrario, di apprezzamento discrezionale del caso concreto e della possibilità dunque di derogare all'atto generale». Per una ricostruzione sull'istituto della circolare si rinvia all'evoluzione interpretativa di F. Cammeo, il quale, all'esito di un processo di riflessione durato circa dieci anni, passa dal ritenere che le circolari debbano essere ascritte, in quasi ogni caso, ai regolamenti, ad una concezione diversa (e molto simile a quella oggi più largamente adottata). I suoi contributi in tema sono F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano. Con la collaborazione di altri giureconsulti italiani. Vol. III*, Milano, 1901; ID., *Valore regolamentare di atti e istruzioni ministeriali*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1900; ID., *La violazione delle circolari come eccesso di potere*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1912. , ID., *A proposito di circolari e istruzioni*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1920. Per altri contributi sul tema si rinvia, poi, a A. BOZZI, *Circolare amministrativa*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1938; A. AMORTH, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, in *Rivista italiana di diritto finanziario*, II, 1941; M. PIACENTINI, *Le circolari come fonti di diritto obiettivo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 2, 1941; R. RAGGI, *Le circolari come norme giuridiche*, in *Rivista di diritto finanziario*, 2, 1954; F. BASSI, *Circolari amministrative* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1958; A. ROMANO, *In tema di circolari amministrative*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2, 1959; M.S. GIANNINI, *Circolare* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960; R. SCHIAVINA, *Le circolari e le istruzioni amministrative*, cit.; A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione*, cit.; M. MARINO, *In tema di natura ed efficacia delle circolari amministrative*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2, 1970; F. GARRÌ, *Le circolari amministrative*, in *Amministrazione italiana*, 1972; A. RUGGERI, *Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973; M.P. CHITI, *Circolare* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988; C. TUBERTINI, *Circolari amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006. Per una disamina sull'attività interna della p.a. si rinvia, invece, a G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Rivista di diritto pubblico*; E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950; O. TENTOLINI, *Circolari e istruzioni* (voce), in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959; F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963; G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, cit.; G. BOTTINO, *Norme interne*, in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007 e, da ultimo, M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020.

Ed un esempio in tal senso è rappresentato dalle *Istruzioni e linee guida per la fornitura e posa in opera di segnaletica stradale. Aggiornamento direttiva prot. n. 4867 del 5 agosto 2013*⁸⁵: un complesso di indicazioni elaborate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti *ad integrazione ed aggiornamento* di altre *istruzioni* recanti, a loro volta, l'espressione *linee guida*⁸⁶ ed adottate a corredo di altre indicazioni ancora. Le *linee guida* in parola sono definite *volontarie* e si suggerisce di fare loro riferimento.

Nell'esempio menzionato sono molti gli aspetti rilevanti che si intrecciano: l'adozione di un provvedimento da parte di un'amministrazione centrale; l'impiego di termini come *istruzioni*, *linee guida* e *direttiva*; la precisazione del carattere raccomandato (e non anche imposto) di quanto contenuto; una diversa manifestazione del fenomeno *linee guida* che rivela, ancora una volta, l'attitudine che il presunto modello possa avere a configurarsi in atti prefigurativi con funzione di indirizzo e che conferma l'incerta latitudine entro la quale tale attitudine possa declinarsi. Anche questo esempio avalla, infatti, l'idea che non si possano ravvisare elementi ricorrenti rispetto ad ogni atto rechi la dizione *linee guida* e che il contenitore così scelto sia così fluido da non poter ospitare niente di sufficientemente caratterizzato.

⁸⁵ Le istruzioni e linee guida in questione costituiscono l'allegato di un provvedimento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, prot. n. 5373 del 7 settembre 2017, rinvenibile all'indirizzo: http://www.mit.gov.it/sites/default/files/media/normativa/2017-09/decreto_ministeriale_5373_del_07-09-2017.pdf (ultima consultazione d.d. 4 agosto 2020).

⁸⁶ Ci si riferisce alle *Istruzioni e linee guida per la fornitura e posa in opera di segnaletica stradale*, prot. n. 4867, del 5 agosto 2013.

SEZIONE II

*Esempi significativi di linee guida ed altre possibili classificazioni**1. Le linee guida nell'esperienza della codificazione della disciplina dei contratti pubblici: un'introduzione*

La recente codificazione della disciplina dei contratti pubblici, avvenuta con il d.lgs. n. 50/2016⁸⁷, ha consentito di avviare una nuova serie di riflessioni intorno al fenomeno delle linee guida. Proprio nel settore delle commesse pubbliche, il rinvio normativo agli strumenti di regolazione flessibile adottabili dall'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in avanti *Anac*) ha, infatti, dischiuso un vistoso e preoccupante orizzonte di crisi, ponendo, tra gli altri, problemi classificatori ancora in parte irrisolti ed evidenziando, in modo straordinariamente significativo, che il ricorso a formule letterali ambigue per indicare strumenti regolatori, se non accompagnato dalla precisazione dei caratteri che si intende loro riconoscere, rischia di tramutare la supposta esigenza di flessibilità in una preoccupante e contestuale perdita della certezza giuridica, oltre che di prospettare il cedimento di altri valori sottesi alla produzione normativa. Sebbene la sistematizzazione codicistica mirasse, *inter alia*, a dissipare le incertezze interpretative riscontratesi in fase di applicazione della disciplina previgente, alcune delle formulazioni letterali contenute all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici sembrano aver consolidato l'effetto contrario, al

⁸⁷ 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. Il Codice dei contratti pubblici ha sostituito il precedente intervento di trasposizione della disciplina europea, con cui il legislatore italiano aveva adempiuto agli obblighi di recepimento (ci si riferisce al D.lgs. n. 163/2006, con il quale sono state recepite le Direttive nn. 17 e 18/2004). Il decreto delegato è stato adottato in base alle indicazioni contenute nella 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.

punto che alcuni dubbi legati all'interpretazione dei nuovi passaggi testuali hanno sollevato un significativo ed inconcluso dibattito dottrinale⁸⁸ e favorito lo stratificarsi di letture divergenti, solo in parte ricondotte a sintesi attraverso il raggiungimento di un insoddisfacente assestamento interpretativo, operato in via, *lato sensu*, giurisprudenziale: un effetto decisamente opposto rispetto a quello astrattamente perseguito dalle varie istanze di semplificazione per cui le linee guida (e gli altri strumenti di regolazione flessibile) dovrebbero essere elaborati⁸⁹.

Entrando, però, nel merito dei problemi posti dalle linee guida dell'Anac, deve, prima di tutto, affermarsi, che uno dei profili sui quali le stesse hanno fatto registrare i maggiori dubbi è proprio quello relativo alla natura concretamente attribuibile a tali atti attuativi⁹⁰. L'art. 1, comma 1, lett. t) della legge delega che ha preceduto la codificazione in materia 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». A completamento del quadro, i commi 4 e 5 della citata legge di delega riconoscono all'Anac il potere adottare *linee*

⁸⁸ Sul tema, oltre agli autori già citati nelle note precedenti, si rinvia a G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 3/2016; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri di c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, cit.; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2017; M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle Linee guida ANAC*, su *Federalismi.it*, 3, 2019.

⁸⁹ L'espressione in oggetto riproduce in altri termini quanto più efficacemente detto da Chiti in M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 439.

⁹⁰ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, 2016, (ultima consultazione 22/12/2018); 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; V. ITALIA, *Le linee guida dell'Anac per il codice dei contratti pubblici. Un primo bilancio*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1, 2017; ID., *Le situazioni giuridiche soggettive e le "linee guida"*, in *Giustamm.it*, 7, 2018; G. D'URGOLO, *Le linee guida Anac e la loro efficacia*, in *Giustamm.it*, 9/2018; M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'Anac nei settori speciali*, in *Giustamm.it*, 2, 2018.

guida di carattere generale, approvabili con decreto ministeriale⁹¹, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

Altri luoghi della decretazione attribuiscono, inoltre, all’Autorità la potestà di emanare *linee guida* di carattere *non* vincolante, senza spiegare se e in che cosa tali atti differiscano da quelli evocati nelle precedenti disposizioni. Nel limitato caso delle linee guida dell’Autorità, ma come già in altre occasioni precedentemente esaminate, uno stesso *nomen iuris* sembra, dunque, potersi riferire a modelli o, finanche, istituti giuridici tra loro diversi⁹²: la misura di tale diversità costituirà uno degli argomenti che si prenderanno qui in considerazione.

Preliminarmente, resta di qualche interesse considerare che il rinvio operato dal passaggio normativo di cui sopra, riferendosi alle *linee guida* in uno con altri strumenti apparentemente dotati di funzioni orientative e di indirizzo, già restituisce l’idea per cui il rimando in oggetto sia stato disposto avendo in mente un modello fluido, non delineato nelle sue caratteristiche essenziali ed apparentemente riconoscibile solo sulla scorta delle poche indicazioni relative alla funzione che si intende assegnare a tali atti.

⁹¹ 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”.

⁹² 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_previgenti/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, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 440 – che altre verifiche sugli atti attuativi hanno dato come risultato numeri diversi.

E ad oggi, nonostante l'Autorità abbia concretamente adottato un cospicuo numero di *linee guida*⁹³, le perplessità immediatamente derivabili dall'impiego di dizioni così ambigue permangono in tutta la loro evidenza. Tra di esse, la più significativa rimane, forse, quella che si interroga sulla natura giuridica delle linee guida indagate, in quanto lascia inevaso il bisogno di comprendere quale regime giuridico poter concretamente riferire a questi atti (se quello delle fonti o meno), con tutto ciò che ne consegue anche avendo riguardo a profili di rilevanza processuale.

In tal senso, nemmeno le spiegazioni fornite al riguardo dal Consiglio di Stato sembrerebbero aver superato le incertezze applicative derivanti dall'originaria incertezza di tali atti⁹⁴, di tant'è che alcuni autori si sono rivelati poco o per nulla persuasi dalle posizioni espresse dal Giudice amministrativo⁹⁵.

La natura dei nuovi atti attuativi di Anac continua, dunque, a dividere gli interpreti che, cimentandosi con un dato normativo obiettivamente incerto, hanno provato a razionalizzare i caratteri dei singoli modelli degli atti, ascrivendo le linee guida dell'Autorità, di volta in volta e senza troppo successo, ad una categoria dogmatica piuttosto che ad un'altra⁹⁶. L'inquadramento degli atti adottabili dall'Anac non costituisce, tuttavia, un'attività politicamente *neutra* o priva di conseguenze.

Imputare tali atti ad un genere di determinazioni anziché ad un altro significa, infatti, riconoscere loro valenze ed attribuzioni sensibilmente diverse, con evidenti

⁹³ Per una panoramica sulle linee guida già adottate dall'Autorità, si rinvia al sito web dell'Anac e, segnatamente, alla sezione *Atti dell'autorità*, consultabile collegandosi all'indirizzo: <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita>

⁹⁴ Il parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato, nel tentativo di dissipare i dubbi insorti in ordine alla controversa natura delle *linee guida* dell'Autorità ha, dapprima, tracciato una distinzione delle stesse in più categorie (ma, su questo, v. *ultra*), stabilendo che le *linee guida* vincolanti non trasfuse in decreti ministeriali non sarebbero fonti secondarie, ma atti amministrativi. Della stessa natura sarebbero, poi, le *linee guida* sprovviste di efficacia vincolante. Più di preciso, il parere in analisi ha escluso che le *linee guida* dell'Autorità possano essere dotate di natura *normativa*, in quanto, in caso contrario, *non poche*, sarebbero le *perplessità di tipo sistematico e ordinamentale* che si avrebbero a riscontrare. Per tale ragione, le *linee guida* in parola, pur avendo una *valenza certamente generale*, complice la natura e la posizione del soggetto che le adotti, dovrebbero essere ricondotte alla «categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, 'di regolazione'».

⁹⁵ Adombrano più chiaramente questo profilo: G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac*, cit.; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti*, cit.; F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*

⁹⁶ 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.

riflessi sul piano della legittimità costituzionale, sui risvolti processuali e, non da ultimo, sulla gerarchia delle fonti. Per tale ragione, l'esempio illustrato in questa parte del lavoro mirerà a mostrare i principali problemi legati all'uso di questo supposto modello, evidenziando, in particolare, come l'impiego del lemma *linee guida* per indicare, indistintamente, atti espressamente vincolanti ed atti *non* vincolanti ponga significativi problemi giuridici, specie dal punto di vista della certezza del diritto⁹⁷.

1.1. Problemi di classificazione delle linee guida dell'Anac

Nel caso in cui non sia specificato, la necessità insita nell'individuare, strumento per strumento, se si abbia a che fare con delle *linee guida vincolanti* o meno comporta, in primo luogo, un'asperità interpretativa di non poco conto per l'interprete, specie perché, in assenza di indicazioni espresse, ogni riserva in ordine alla vincolatività di un corpo di linee guida potrà sciogliersi solo all'esito di una decisione giudiziale⁹⁸. All'inverso, la mancata indicazione del carattere *vincolante* in riferimento ad un corpo di linee guida non sembra dare particolari garanzie in ordine al fatto che le indicazioni in esso contenute non siano obbligatorie, posto che non vi sono particolari ragioni per escludere un'interpretazione sostanzialistica del suo contenuto, in modo da ricavare la *vincolatività* dell'atto dal tenore delle sue formulazioni. In casi come questi, rimettere la soluzione di un problema così significativo alle aule dei Tribunali resta, naturalmente, poco consigliabile: le varie decisioni in materia potrebbero, in primo luogo, differire tra loro e potrebbe, dunque, aversi che determinate linee guida siano intese come vincolanti da un certo indirizzo giurisprudenziale, mentre non tali da altri orientamenti.

In aggiunta, anche se immaginassimo che non si abbiano conflitti interpretativi e che l'indirizzo decisionale sia, dunque, unitario, le sentenze sul punto

⁹⁷ 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*, cit.; F. LÓPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, cit.

⁹⁸ Così M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

definirebbero la questione solo con efficacia *ex post*, e cioè dopo che sia già stata lesa in maniera straordinariamente significativa l'esigenza dei destinatari delle linee guida di prevedere anzitempo le conseguenze giuridiche delle proprie azioni od omissioni⁹⁹. In altre parole, i destinatari di tali eventuali *comandi* potrebbero apprendere che essi fossero tali solo nel momento in cui gli si contesterebbe di averli violati.

Tale grave incertezza in ordine alla vincolatività delle fonti si unisce, poi, alla difficoltà di isolare, entro ogni atto prescrittivo, la sua parte eventualmente *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 partecipi di tale precettività e parti di testo che non debbano o non possano essere ritenute capaci di vincolare¹⁰⁰. 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 previo e necessario 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*.

Gli elementi di indeterminatezza appena descritti lasciano più di qualche perplessità sulla tenuta del sistema¹⁰¹, alimentando dubbi che sembrano molto lontani dall'essere risolti. Questi stessi dubbi hanno indotto ad un ripensamento della regolazione *per linee guida* (ma, su questo, v. *infra*). In aggiunta, la complessità delle nuove attribuzioni dell'Anac sembra abbinare nuove difficoltà interpretative ad

⁹⁹ R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, cit.

¹⁰⁰ I problemi legati all'eterogeneità delle indicazioni contenute all'interno delle linee guida è stata riscontrata 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.

¹⁰¹ Proprio al fine di risolvere i problemi derivanti dal neointrodotta sistema delle *linee guida*, il decreto legge n. 32 del 18 aprile 2019 (il c.d. decreto *Sblocca Cantieri*), poi convertito in legge dalla l. n. 55/2019 ha annunciato il superamento dell'attuale sistema ed il contestuale ritorno alla normativa secondaria. Il nuovo Regolamento Unico Appalti, atto di cui si attende l'introduzione, provvederà ad eseguire, attuare ed integrare il Codice dei contratti pubblici, sostituendosi alle determinazioni vincolanti dell'Autorità.

alcuni mai sopiti dubbi in ordine a tutta una serie di questioni, prima fra tutte la difficile qualificazione del regime giuridico della regolazione. Indugiando su tale aspetto, i problemi interpretativi legati ad una sicura classificazione delle *linee guida* e, più in generale, degli atti di regolazione, potrebbero verosimilmente indicare che l'introduzione legislativa in commento abbia dato luogo ad una manifestazione particolarmente significativa di un fenomeno giuridico già in atto: quello del progressivo abbandono delle tradizionali forme di produzione del diritto, in favore di modelli indefiniti, non delineati ed asseritamente più efficienti. Anche in questo caso, il ricorso alla dubbia figura delle linee guida non sembra, infatti, determinata dalla volontà di ideare un nuovo modello per la migliore regolazione di una data materia, quanto piuttosto dall'intenzione di assecondare l'indeterminatezza, diluendo la portata caratteristica di strumenti ed istituti già esistenti e rendendoli così blandi ed elastici da poter assecondare qualsivoglia esigenza di semplicità.

In maniera del tutto anomala, le nuove *linee guida* sembrano, infatti, collocarsi a metà strada tra la general-astrattezza delle norme secondarie e il dispositivo a fattispecie chiusa dei provvedimenti amministrativi di carattere generale, senza che si possa ascriverle all'una o all'altro.

Le perplessità espresse in ordine al regime giuridico applicabile a questi strumenti non sembrano, poi, trovare conforto nei frequenti (e probabilmente impropri) richiami che le linee guida dell'Anac abbiano fatto registrare rispetto al *soft-law*, adombrando una sovrapposibilità tra tali atti ed il diritto flessibile.

Ma prescindendo, almeno per ora, dalla correttezza di un possibile raffronto con tale universo giuridico, sembra comunque sostenibile che linee guida in parola, almeno nella misura in cui non siano trasfuse in *fonti*, possano porre problemi più seri di quelli legati all'ambiguo utilizzo di un *nomen iuris* pressoché sprovvisto di significato. Progressivamente, le linee guida stanno conquistando uno spazio di grande importanza entro l'anomalia giuridica: la condizione in cui versano questi strumenti, indipendentemente dall'angolo visuale che si voglia privilegiare, li rende, infatti, sfuggibili alle tipizzazioni entro compartimenti già esistenti e, allo stesso tempo, non abbastanza caratterizzati per fare categoria a sé.

1.2. Caratteristiche delle linee guida dell'Anac

Differentemente da quanto accade per gli altri atti che ne condividono il *nomen*, le linee guida dell'Anac sembrano presentare degli aspetti tali da distinguerle da molti altri atti che pure recano la stessa dizione. E ciò in quanto le linee guida che non appartengono all'universo della contrattualistica pubblica non sembrano poter essere assimilate al sottosistema di indicazioni stratificatosi presso l'Autorità.

In primo luogo, gli atti attuativi dell'Autorità trovano fondamento espresso in una fonte primaria¹⁰². Secondo alcuni¹⁰³, una circostanza del genere sgombrerebbe il campo dalle diatribe in tema di poteri innominati ed eviterebbe ogni richiamo alle ricostruzioni in tema di attribuzioni implicite delle amministrazioni indipendenti¹⁰⁴. Oltre che per la norma attributiva del potere, gli atti attuativi dell'Anac si caratterizzerebbero per la difficile composizione tra l'invocato carattere di flessibilità¹⁰⁵ 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 conciliazione¹⁰⁶. 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 loro

¹⁰² Il riferimento normativo è, ancora, alla legge delega n. 11/2016

¹⁰³ Al riguardo cfr. G. MORBIDELLI, *Linee guida: comandi o consigli?*, cit.

¹⁰⁴ 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*, 1990; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1999; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; M. FOGLIA, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2008; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012

¹⁰⁵ 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 ID. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, cit.

¹⁰⁶ 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*, cit.

formazione o, ancora, la concreta modulazione dei loro effetti¹⁰⁷. 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, questo sì legato alle fonti di *soft-law*, sembra, infatti, ispirarsi ad una *ratio* totalmente diversa (quando non proprio opposta) a quella che presidia la regolazione indipendente.

Da ultimo, proprio l'efficacia vincolante dichiarata dalla legge, costituisce un ulteriore argomento per affermare che le linee guida in oggetto possano avere davvero poco a che fare con ciò che, di solito, circola sotto questo nome¹⁰⁸. La maggioranza delle linee guida esistenti nel nostro ordinamento non sono, infatti, atti espressamente 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'Anac¹⁰⁹, rievocando ben note teorie sul difetto di legittimazione democratica dell'Autorità, sulle matrici della

¹⁰⁷ Quanto da ultimo osservato riprende un'idea adombrata da P. Pantalone in P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit.

¹⁰⁸ 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, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, 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).

¹⁰⁹ Al riguardo cfr. S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2016.

legalità e, non da ultimo, su di un possibile riassetto degli equilibri tra le fonti del potere.

1.3. Linee guida c.d. ministeriali – fonti secondarie

Prima di proseguire la riflessione sulla natura giuridica attribuibile alle linee guida in esame, si ritiene necessario specificare che questa nuova ed indefinita congerie di atti, sembrava – e, per certi aspetti, ancora sembra – ideata allo scopo di sostituire in modo efficiente la vecchia normativa secondaria (normativa di attuazione), candidandosi, perciò, a ricoprire un ruolo sempre più preponderante in fase attuativa (complice anche il crescente *favor* nei confronti della regolazione c.d. flessibile¹¹⁰). In questo senso, le linee guida dell'Anac partecipano, pro parte loro, al fenomeno della c.d. *fuga* dalle fonti formali (nel caso, quelle secondarie).

Fanno eccezione a questo schema le c.d. linee guida ministeriali, di cui pure qui ci si occupa, in quanto le stesse non determinano una torsione con i meccanismi di funzionamento del piano delle fonti e sono, univocamente, fonti secondarie.

Secondo la classificazione che ne ha fornito il Consiglio di Stato, gli atti attuativi del Codice dei contratti pubblici¹¹¹ sarebbero raggruppabili entro tre grandi categorie, ognuna delle quali presenterebbe caratteristiche sue proprie, rispondendo ad un regime giuridico differente. Avendo riguardo alla prima delle tre categorie, quella delle *linee guida c.d. ministeriali*, dottrina e giurisprudenza sembrano abbastanza concordi nell'attribuire a tali atti natura regolamentare¹¹². 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*

¹¹⁰ Al riguardo cfr. V. ITALIA, *Norme “forti” e norme “deboli”*, Milano, 2016.

¹¹¹ F. SAITTA, *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Padova, 2016

¹¹² In questo senso G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit. il quale, a sua volta, richiama C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.; V.B. BONANNO, *ANAC legislatore uber 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.

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 materia¹¹³. 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 ufficiale¹¹⁴.

La procedura di adozione, pur essendo in parte diversa da quella¹¹⁵ 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. L’inquadramento entro tale categoria sembra, poi, confortato anche da un’argomentazione di carattere letterale. In questo senso, l’accostamento dell’aggettivo “generale”¹¹⁶ 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

¹¹³ 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.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ 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).

¹¹⁶ 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».

generalità, l'astrattezza, e la capacità di innovare l'ordinamento giuridico di riferimento¹¹⁷. Discorso analogo può farsi rispetto al carattere della *ripetibilità*.

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 fa 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 precetti¹¹⁸.

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 sulla sua opportunità, né pare sufficientemente spiegato perché il MIT possa adottare atti sulla cui formazione abbia impulso propositivo pari a zero¹¹⁹.

1.4. Linee guida non ministeriali (anche) vincolanti – atti generali.

Gli esiti del triplice vaglio sulle caratteristiche tipiche dei regolamenti (generalità, astrattezza ed innovatività) costituisce uno degli argomenti che alcuni autori¹²⁰ 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

¹¹⁷ Un riscontro di questo tipo è condotto in G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, 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.

¹¹⁸ Di questo avviso Cons. Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2882, par. 1.3

¹¹⁹ Queste perplessità sono state espresse da M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 441.

¹²⁰ In questo senso, ancora, M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli*, cit.

questione gli stessi caratteri delle regolazioni solitamente adottate dalle varie Autorità amministrative indipendenti. Così argomentando¹²¹, 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 a partire 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 regolamentare¹²². 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. 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*¹²³. 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 procedimentali e di qualità della regolazione che caratterizzano i procedimenti condotti entro le altre Amministrazioni indipendenti¹²⁴. 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

¹²¹ Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.

¹²² Sul punto M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli*, cit.

¹²³ Così, ancora, M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

¹²⁴ Le garanzie procedimentali 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.

fase di decretazione) avrebbe definito (e limitato) in maniera straordinariamente significativa lo spazio di manovra astrattamente riconoscibile all'Anac¹²⁵. 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, inadeguati a fondare allarmismi sulla legittimità dei suoi atti di attuazione o, ancora, sull'opportunità di una così estesa devoluzione di attribuzioni¹²⁶. 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 perplessità¹²⁷. 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 autori¹²⁸ 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*.

¹²⁵ 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.

¹²⁶ Di questo avviso, Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4

¹²⁷ Nel senso qui sostenuto v. anche M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 436, nonché C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit., p. 12.

¹²⁸ G. MORBIDELLI, *Linee guida: consigli o comandi?*, cit., *passim*.

In secondo luogo, alcuni punti della decretazione assegnano la potestà di adottare linee guida vincolanti anche al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti¹²⁹, sebbene il dicastero non possa ritenersi un'Autorità indipendente. 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 controverso¹³⁰. 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 Stato¹³¹ 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 generalizzata a tutti i casi – non prevedibili, *ex ante* o *ex post* – che possano ipoteticamente presentare

¹²⁹ Quanto appena detto è riferito, tra gli altri, da M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 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 l'art. 201, co. 5, il quale richiama, a sua volta, l'art. 8 del d.lgs. n. 228/2011.

¹³⁰ Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, III, 1953. Di diverso angolo visuale è, poi, ID., *Regolamento (in generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988. Per altri contributi sul tema si rinvia, *ex multis*, a A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit.; ID., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit.; M. RAMAJOLI – B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi*, cit.; M.C. ROMANO, *Atti amministrativi generali*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

¹³¹ Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9.

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 atti¹³². 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 linee guida a fattispecie definite 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

¹³² In tal senso P. PANTALONE, 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.

devoluzione di una potestà regolamentare all'Anac e, più in generale, l'ennesimo atto dell'ormai nota saga della c.d. *fuga dal regolamento*¹³³. 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.

1.5. *Linee guida non vincolanti, ma non senza effetto*

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 vincolante¹³⁴. Secondo la prospettiva dei Giudici di Palazzo Spada¹³⁵, 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 prassi¹³⁶. Il fatto stesso che tali atti siano dichiaratamente sprovvisti di efficacia vincolante consente di ricondurli entro la congerie degli *atti di indirizzo*, 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

¹³³ In questo senso Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4; comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920.

¹³⁴ Per una migliore esplicitazione di questo concetto cfr. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., p. 265

¹³⁵ 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

¹³⁶ In questo senso, ancora P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit. p. 265, laddove l'autore riprende il contenuto di Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. B.2

linee guida vincolanti, atti amministrativi generali¹³⁷. 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*¹³⁸. Ad oggi, la contraddizione sembrerebbe superata¹³⁹, 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 regolamentare¹⁴⁰.

La tipica formulazione discorsiva di tali atti, in uno con il dato letterale che li vuole espressamente *non* vincolanti, ne scongiurerebbero, invero, anche l'inquadramento entro i provvedimenti amministrativi, specie in quanto sprovvisti del carattere dell'autoritatività¹⁴¹. 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*¹⁴² non pare, comunque, molto più chiaro¹⁴³. Esemplificando: l'esigenza solitamente sottesa all'emanazione di atti di *soft-law*,

¹³⁷ 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.

¹³⁸ 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.

¹³⁹ 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).

¹⁴⁰ Ciò è, infatti, escluso dalla legge. Lo ricorda G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit.

¹⁴¹ Sui caratteri del provvedimento amministrativo v., su tutti, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. Vol. I: l'attività*, Padova, 2016.

¹⁴² 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 d.d. 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.

¹⁴³ 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.

intrinsecamente deboli e, quasi sempre, atipici¹⁴⁴, 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 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 frettoloso¹⁴⁵, 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 di altro tipo, le linee guida in oggetto sembrano, poi, presentare delle affinità con l'istituto della *direttiva*¹⁴⁶: suggestione ampiamente confortata anche dal lessico della legge delega, dove si parla, appunto, di *atti di indirizzo*. Complice anche il ruolo istituzionale che Anac riveste nell'ordinamento giuridico italiano¹⁴⁷, 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

¹⁴⁴ In tema V. COCOZZA, *Profili della delegificazione*, Napoli, 1992.

¹⁴⁵ 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, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit. p. 271.

¹⁴⁶ In tema G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (profili generali)*, Milano, 1993.

¹⁴⁷ Sull'argomento G. PIZZANELLI, *op. cit.*

suggerimenti¹⁴⁸. 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 inquadramento dogmatico non meno gravi di quelle richiamate per altri istituti¹⁴⁹. 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 vincolante¹⁵⁰. Tuttavia, la tesi prevalente ne afferma la derogabilità previa motivazione rafforzata¹⁵¹, 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'atto¹⁵². 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 impugnabilità¹⁵³. 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

¹⁴⁸ Così L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico: aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Padova, 1984.

¹⁴⁹ F. MERUSI, *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972.

¹⁵⁰ 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. MARTINO, *La direttiva nell'ordinamento giuridico*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 19-20, 1989; M. CLARICH, *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990.

¹⁵¹ N. BOBBIO, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1960; per una panoramica sul dovere di motivazione v. A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione della pubblica amministrazione*, Padova, 2013.

¹⁵² Sul tema cfr. anche L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit.

¹⁵³ 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 pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2017.

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 contrastanti¹⁵⁴; dall'altro obbligano alla motivazione rafforzata chi se ne voglia discostare¹⁵⁵. 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.

¹⁵⁴ Sul tema cfr. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità*, cit.. 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».

¹⁵⁵ Sul concetto di *obbligatorietà condizionata* cfr. N. BOBBIO, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, cit.

Per tale ragione, pur non essendo dubbia la *moral suasion* che questi possano, eventualmente, esercitare, ogni riconduzione alla figura della direttiva appare in realtà inappropriata¹⁵⁶.

1.6. L'incerta compatibilità delle linee guida Anac 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.

Al netto delle argomentazioni che ne sottolineano il *deficit* di democraticità e legittimazione¹⁵⁷, 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 precisa¹⁵⁸. Sul punto si scontrano, infatti, diverse visioni¹⁵⁹.

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ In argomento G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, pubblicato su *Nomos*, 1/2017.

¹⁵⁸ Per un riscontro su questa suggestione cfr., ancora, C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, 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.*

¹⁵⁹ Sul punto, ancora, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, 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*, cit.. Ad

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*¹⁶⁰ della funzione regolamentare è, d'altronde, solo una delle interpretazioni costituzionalmente ammissibili¹⁶¹. 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, oltretutto delle prerogative dell'amministrazione. La devoluzione di potestà normative alle *authorities* è sempre stata giustificata nell'ottica di una migliore *regolazione tecnica* della materia, 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 arrechino 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 regionali¹⁶², 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 loro¹⁶³.

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

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.

¹⁶⁰ Anche questo passaggio è evidenziato in C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.,

¹⁶¹ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, 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.

¹⁶² 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.

¹⁶³ AA.VV., *Regolazione e garanzie del pluralismo*, Milano, 1997.

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 tra l'integrazione e l'innovazione dell'ordinamento è, quasi sempre, incerto¹⁶⁴. Nel caso che ci occupa, la linea di demarcazione sarebbe, poi, straordinariamente incerta. Le norme attributive del potere si esprimono, infatti, mediante meri obiettivi¹⁶⁵, rischiando di tradurre ogni attività integrativa in un'attività creativa: un riempimento di una sorta di delega in bianco¹⁶⁶. 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 normativo¹⁶⁷. 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. L'attuale conformazione del potere attuativo non sembra, infatti, assecondare le più basilari esigenze di certezza del diritto.

¹⁶⁴ 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.

¹⁶⁵ 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 *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, Milano, 2007.

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, XV, Torino, 2004.

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 giudizio¹⁶⁸. 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 regolamenti¹⁶⁹, le fonti normative emanate dall'amministrazione sono assoggettate ai criteri propri delle fonti (su tutti, le norme sulla pubblicazione, sulla *vacatio*, sulla disapplicazione, sulla revocazione, il principio del *iura novit curia* o quello per cui *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

¹⁶⁸ M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

¹⁶⁹ In punto v., tra gli altri, A. AMORTH, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, in *Consiglio di Stato*, III, 1964; E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di ufficio di norma regolamentare illegittima*, in *Foro italiano*, III, 1993; C. FERRARI – M. AIROLDI, *La disapplicazione del regolamento da parte del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa (ovvero del conflitto tra il principio di gerarchia delle fonti e il principio dispositivo)*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999; C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della p.a.*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 1999; R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005; V. LOPILATO, *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo*, Milano, 2007; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011; E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, su *Federalismi.it*, 2/2017; V. NERI, *Disapplicazione Linee Guida ANAC davanti al giudice amministrativo e rilevanza penale della loro violazione*, su *Urbanistica e Appalti*, 2/2018.

obblighi contenuti negli atti di regolazione potrebbero, infatti, determinarne l'immediata lesività, integrando il requisito dell'interesse a ricorrere¹⁷⁰. All'opposto, una 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 operatori¹⁷¹.

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 legittimità¹⁷², 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.

1.7. Gli sviluppi più recenti: l'abbandono delle linee guida?

Le perplessità sollevate in ordine alla sostenibilità ordinamentale di un sistema regolatorio rimesso ad atti formalmente amministrativi e sostanzialmente normativi ha, probabilmente, indotto ad un ripensamento del sistema degli atti attuativi corrispondenti allo schema delle *linee guida*. Con decreto legge n. 32 del 18 aprile 2019, convertito in legge dalla l. n. 55/2019, si annuncia il superamento delle linee guida di Anac¹⁷³, predisponendo un ritorno alla normativa secondaria

¹⁷⁰ 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.»

¹⁷¹ TAR LAZIO, sent. n. 1735/2018

¹⁷² F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, cit.

¹⁷³ All'art. 4 del nuovo D.L. 32/2019 è previsto che un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sostituisca le Linee Guida ANAC in una serie di materie previste dal Codice. Più in particolare, si legge: «4) dopo il comma 27-septies, è aggiunto il seguente: "27-octies. Nelle more dell'adozione, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di

(rappresentata, in questo caso, dall'adottando Regolamento unico appalti), sulla scorta del quale si eseguirà, attuerà ed integrerà il Codice dei contratti pubblici¹⁷⁴.

Il ritorno alla normativa secondaria parrebbe essere segnato dalle difficoltà applicative riscontrate dagli operatori in sede di applicazione delle *linee guida*¹⁷⁵. In particolare, gli aspetti di maggiore complessità che paiono legarsi all'ambigua

concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273. Ai soli fini dell'archiviazione delle citate procedure di infrazione, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e l'ANAC sono autorizzati a modificare rispettivamente i decreti e le linee guida adottati in materia. Il regolamento reca, in particolare, disposizioni nelle seguenti materie: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali. A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento cessano di avere efficacia le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al precedente periodo nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento.»».

¹⁷⁴ Per una sintesi in materia v. C. VITALE, *Luci ed ombre della riforma sblocca cantieri sul Codice degli appalti pubblici*, in *amministrativ@mente*, 3/2019; I. CAVALLINI – M. ORSETTI, *I reali effetti del c.d. "Sblocca cantieri" sulle Linee Guida ANAC: un'occasione mancata per il tramonto del sistema di soft-law*, in *Azienditalia*, 3/2020; M. CLARICH – G. FONDERICO, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019;

¹⁷⁵ TAR PUGLIA – LECCE, sent. n. 519/2019. Nello specifico, il Tribunale amministrativo si è pronunciato sulla potenziale illegittimità dell'esclusione di un'impresa che non abbia indicato, al momento di presentazione della domanda, di avere subito l'applicazione di clausole penali nel corso dell'esecuzione di un precedente contratto. Nel caso, l'impresa ricorrente (non aggiudicataria), richiamandosi alle *linee guida* n. 6 dell'Anac (pubblicate nella G.U. n. 2 del 3 gennaio 2017 in materia di grave illecito professionale), affermava la rilevanza, a fini esclusivi, dell'applicazione di clausole penali che superino l'1% del valore lordo dell'appalto. Le linee guida in parola, specificando il disposto dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, ha stabilito che l'applicazione di clausole penali e l'escussione di garanzie rientrino tra le *altre sanzioni comparabili* di cui alla disposizione appena menzionata. Ad avviso del Giudice amministrativo, le *linee guida* dell'Anac non sarebbero, però, in grado di determinare l'obbligo del concorrente di dichiarare l'avvenuta applicazione a suo danno delle viste penali, in quanto le *linee guida* in oggetto, non essendo state approvate con decreto ministeriale od interministeriale, sono prive di forza normativa, non sono in grado di eseguire od attuare il disposto della normativa primaria, né – tantomeno – di sostituirla) e sarebbero assimilabili ad atti espressione della mera prassi amministrativa. La mutevolezza della prassi amministrativa, che non è da intendersi alla stregua di una fonte, non soddisferebbe il requisito della certezza dei rapporti giuridici, che deve qui ritenersi prevalente, né il principio eurounitario del *clare loqui*, espresso, tra le altre, dalla decisione C-27/15, Pippo Pizzo, della Corte di Giustizia UE.

integrazione regolatoria delle *linee guida* si registrano proprio in ragione della dubbia natura delle stesse. E ciò in quanto il mancato riconoscimento dello *status* di norme secondarie pare dissuadere la giurisprudenza da un'applicazione generalizzata delle indicazioni contenute nelle *linee guida*, quand'anche vincolanti. In una recente sentenza del TAR Puglia, ad esempio, si è ritenuto che sia illegittimo disporre l'esclusione di un concorrente da una gara pubblica, se ciò avvenga sulla scorta di un obbligo di comunicazione introdotto da un passaggio delle *linee guida* n. 6 dell'Anac.

Più in particolare, si è disconosciuta la capacità di tali *linee guida* di integrare in via generale il disposto dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, argomentando che le *linee guida* in esame, quand'anche espressamente dotate di efficacia vincolante, costituiscono atti espressione della mutevole ed incerta prassi amministrativa, non potendo – per il fatto di *non* essere delle fonti – soddisfare il requisito della certezza dei rapporti, esattamente come il requisito del *parlare chiaro* (c.d. *clare loqui*) previsto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE.

Sulla scorta di quanto appena riferito, e considerato che l'intervento correttivo di recente annunciazione nulla sembra disporre in ordine alla permanenza delle *linee guida* non vincolanti, si può ricostruire che il fenomeno in parola, almeno con riguardo all'esperienza che ha fatto registrare di sé nel settore dei contratti pubblici, abbia determinato un'impareggiabile entropia di indicazioni laddove si è inteso predicare la natura *vincolante* di strumenti sostanzialmente generali ed astratti. Allo stesso tempo, dove l'attività indicativa dell'Anac ha potuto integrarsi con le caratteristiche tipiche delle *direttive* e delle altre determinazioni ad obbligatorietà condizionata, non si sono registrati né i problemi di inquadramento dogmatico avutisi per le *linee guida vincolanti*, né legittimi rigetti giurisprudenziali della nuova figura. Perciò, ed in estrema sintesi, dove l'adozione delle *linee guida* abbia inteso assecondare – o si sia, di fatto, tramutata – in un tentativo di sostituzione della normativa secondaria, aggirandone l'esigenza di legittimazione e lasciando invariati i dubbi in ordine alla sussistenza delle garanzie tipiche della normazione – il sistema giuridico, inteso nel suo complesso, ha reagito determinando un ritorno ai modelli precedenti. Dove, invece, il ricorso alle *linee guida* sembra essersi risolto nel mero

impiego di una tendenza linguistica (adoperata per non riferirsi alla categoria delle *direttive*), l'ordinamento ha superato, per via interpretativa, i problemi determinati dall'ambiguità del loro *nomen iuris* per ricondurli entro un'area sì indefinita, ma dotata di un'incisività (e di una capacità di penetrazione dell'ordinamento) almeno formalmente limitata

2. *Le linee guida d'ambito medico*

I tentativi di ricostruzione cronologica operati rispetto alle comparse normative del lemma *linee guida* entro l'ordinamento giuridico nazionale hanno già consentito di dedicare qualche passaggio alla produzione di linee guida d'ambito medico. Già in quell'occasione si è ipotizzato che il successo del *nomen* considerato possa discendere dal tentativo, forse non sempre del tutto conscio, di *esportare* la flessibilità delle linee guida d'ambito medico anche in altri settori dominati da un incessante fabbisogno di indicazioni. In questo senso, le linee guida d'ambito medico assurgerebbero ad una sorta di prototipo di un nuovo ed agile modello regolativo, ritenuto proficuamente replicabile anche presso altri sistemi di regole. Prendendo le mosse da questa considerazione di partenza, nei passaggi successivi si proverà a svolgere qualche ulteriore riflessione sulle linee guida d'ambito medico, considerandone, però, la produzione dal punto di vista degli effetti che esse producano, oggi, sull'ordinamento giuridico in termini di influenza e probabile integrazione dei precetti normativi di rango primario.

2.1. *Linee guida e responsabilità medica, quale relazione?*

Riproponendo una frase del linguaggio comune, si può quasi dire che le linee guida d'ambito medico rappresentino l'eccezione che conferma la regola. Nel caso che ci occupa, la regola potrebbe essere data dal fatto che l'impiego dell'espressione *linee guida* si accompagni, quasi sempre, ad un'indeterminatezza giuridica e, forse, ancora prima, linguistica; l'eccezione potrebbe essere rappresentata dal fatto che l'impiego di questa stessa etichetta linguistica, se riferito alle linee guida mediche, assume una connotazione sufficientemente determinata. E questo perché, le linee guida d'ambito medico, pur condividendo il medesimo *nomen* dell'atipico complesso di produzioni scritte che qui indaghiamo, sono, in quasi tutti i casi, ascrivibili ad un

genere scientifico-letterario sufficientemente definito; sono spesso provviste di un contenuto informato a finalità indicative, in quanto contengono istruzioni per la pratica clinica; sono dotate di caratteristiche ricorrenti sia per quanto riguarda la procedura di elaborazione che le riguardi sia per ciò che concerne la loro formulazione e struttura.

Ne discende che il richiamo all'indeterminatezza che, spesso, discende dall'attribuzione dell'etichetta linee guida ad un determinato documento e che, almeno in alcuni casi, sembra costituire la ragione precipua dell'impiego di questa stessa espressione per definire i complessi di indicazioni, assume, qui, connotazioni più tipizzate e, sicuramente, meno problematiche. Che le linee guida mediche vadano ad integrare un modello indicativo sempre più delineato sembrerebbe, poi, confermato dal ruolo che il legislatore e la giurisprudenza italiani hanno, progressivamente, assegnato a questi complessi di regole. Se si ha, infatti, riguardo alla funzione che le linee guida di ambito medico assolvono, oggi, nei giudizi relativi alla sussistenza di responsabilità da parte del personale sanitario, si può facilmente notare come tali documenti abbiano assunto, forse già dai loro primi manifestarsi¹⁷⁶, un peso sempre maggiore nella definizione dei parametri al ricorrere dei quali si ritiene che si configurino ipotesi di imperizia. La mancata osservanza delle linee guida mediche costituisce, infatti, uno degli indici alla stregua dei quali si è soliti valutare la violazione delle regole cautelari la cui osservanza è richiesta nella pratica medica. In altre parole, le linee guida d'ambito medico costituiscono, oggi, il parametro integrativo in base al quale verificare la sussistenza o l'insussistenza del requisito di cui all'art. 1176, co. 2, c.c. e possono assumere rilievo anche per ciò che

¹⁷⁶ Già i documenti antesignani delle *linee guida* mediche, ossia i percorsi diagnostico-terapeutici di cui alla legge finanziaria per l'anno 2007 (la l. 23 dicembre 1996, n. 662), sulla scorta del disposto della normativa primaria, ponevano, in capo ai medici, l'obbligo di conformare le proprie ed autonome decisioni tecniche a tali percorsi, al fine di assicurare l'uso appropriato delle risorse sanitarie e garantire l'equilibrio delle gestioni. Gli obblighi in esame erano, peraltro, rafforzati dalla previsione di sanzioni amministrative per il caso di inosservanza delle indicazioni riportate, ma la definizione del sistema sanzionatorio era rimesso all'adozione di un atto successivo che non è stato mai emanato. Ad ogni modo, percorsi diagnostico-terapeutici e *linee guida* sono qui assimilati in ragione del fatto che il menzionato testo di legge riconduceva le *linee guida* ai percorsi diagnostici e terapeutici, suddividendo, però, questi ultimi in *linee guida*, da un lato, e *percorsi* dall'altro: un sistema di classificazione che si prestava ad essere oggetto di fraintendimenti e che apparve, fin da subito, poco chiaro probabilmente perché frutto di rapide integrazioni normative, avvenute con lo stratificarsi di varie modifiche delle formulazioni originarie.

concerne la determinazione dell'entità dei danni, individuando la misura dell'obbligazione risarcitoria¹⁷⁷.

2.2. Le linee guida come oggetto di rinvio della normativa cogente.

Riprendendo l'immagine del *rinvio* al contenuto delle linee guida¹⁷⁸ in funzione di integrazione ordinamentale, si rende, in primo luogo, necessario riferire del disposto dell'art. 3, comma 1 del d.l. 9 novembre 2012, n. 189 (il c.d. *Decreto Balduzzi*¹⁷⁹), convertito, con modificazioni, in l. 8 novembre 2012, n. 189, ai sensi del quale si disponeva che l'operatore sanitario che si fosse attenuto al contenuto di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non avrebbe risposto penalmente per colpa lieve¹⁸⁰. Per espressa disposizione del

¹⁷⁷ Al riguardo, si rinvia, in primo luogo, alla ricostruzione di C.M. MASIERI, *op. cit.*, 321 ss. Per altri contributi sul tema si v., poi, C. GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in *I Contratti*, 4/2017; F. DI LELLA, *Leges artis e responsabilità civile sanitaria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2, 2018; C. COLOMBO, *Profili civilistici della riforma della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2, 2017. Per alcune ricostruzioni a più ampio raggio sulle questioni di diritto sanitario si rinvia, poi, a R. BALDUZZI – G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013 ed al più recente F. GIGLIONI, *Manuale di diritto sanitario. Con espansione online*, Molfetta, 2018.

¹⁷⁸ Per questo rinvio, si è debitori a C.M. MASIERI, *op. cit.*, 272 e *passim*.

¹⁷⁹ Per esigenze di completezza, si intende rammentare che il Decreto Balduzzi non costituisce la prima manifestazione di diritto positivo con la quale si è imposto agli operatori sanitari di osservare il contenuto delle linee guida. Questo era, infatti, già avvenuto con l'individuazione dei protocolli diagnostico terapeutici annunciati dal già citato d.P.R. 13 agosto 1981. Il Decreto Balduzzi rappresenta, però, la prima fonte di diritto positivo con la quale l'osservanza delle linee guida è stata ammessa a svolgere un ruolo nei giudizi relativi alla responsabilità (sia civile che penale) degli esercenti le professioni sanitarie.

¹⁸⁰ La formulazione definitiva del comma in menzione recita: «*L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo*». Per esigenze di completezza, si rammenta che la formulazione originaria della disposizione in commento, anziché porre in relazione l'osservanza delle linee guida e la punibilità per colpa lieve, stabiliva un nesso tra rispetto delle linee guida ed accertamento della responsabilità civile: «*Fermo restando il disposto dell'articolo 2336 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale*». Questa stessa formulazione è stata, poi, modificata in sede di conversione, in quanto si riteneva che limitare la responsabilità civile per danni ai soli casi di dolo e colpa grave nei confronti degli esercenti la professione sanitaria che si fossero attenuti, nello svolgimento delle proprie attività, a linee guida e buone pratiche, non costituisse una soluzione ragionevole in quanto avrebbe determinato che uno stesso soggetto avrebbe potuto rispondere penalmente, ma non anche civilmente per la medesima condotta. A questo riguardo cfr. il Bollettino

legislatore (v. art. 3, co. 1, ultima parte), aver osservato il contenuto delle linee guida e delle buone pratiche avrebbe, poi, costituito un indice alla stregua del quale poter valutare la determinazione dell'obbligazione risarcitoria. Stando, dunque, al tenore della disposizione di cui si è appena riferito, l'aver osservato le linee guida per la pratica medica, pur non costituendo una condotta in ogni caso idonea ad escludere la sussistenza di profili di colpa lieve (e la conseguente obbligazione risarcitoria sul piano civilistico), non avrebbe dato luogo a responsabilità penale¹⁸¹.

A meno di cinque anni dall'approvazione del Decreto Balduzzi, un nuovo intervento normativo, la l. 8 marzo 2017, n. 24, intitolata *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, e meglio conosciuta come legge Gelli-Bianco¹⁸², ha riformato la materia, prevedendo, al comma 1 dell'art. 3, che: «*Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione di prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del*

delle Giunte e delle Commissioni parlamentari della Camera dei Deputati – XVI legislatura – Giustizia (II), 11 ottobre 2012, 15.

¹⁸¹ Per un commento al Decreto Balduzzi si rinvia, tra gli altri, a P. PICCIALLI, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in *Contratto e impresa*, 3/2015; L. MATTINA, *“Legge Balduzzi”: natura della responsabilità civile del medico*, in *Danno e responsabilità*, 6, 2014; M. DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi. Aggiornato alla l. 8 novembre 2012, n. 1989, recante disposizioni urgenti per la tutela della salute*, Roma, 2012.

¹⁸² Al riguardo v. G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impresa*, 3, 2017; A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 7-8, 2017; R. BREDA, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno e responsabilità*, 3, 2017; V. CARBONE, *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corriere giuridico*, 6, 2017; C. COLOMBO, *Profili civilistici della riforma della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in cit.; A. DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia “guidata”*, in *Giurisprudenza italiana*, 4, 2018; M. FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. “Legge Gelli-Bianco”): profili civilistici (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 6, 2017; M. FERRARI, *La rilevanza della sicurezza delle cure e della persona assistita nel quadro della responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 4/2017; M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e responsabilità*, 3, 2017; C. GRANELLI, *op. cit.*; A. PALMIERI, *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Questione giustizia*, 1, 2018; U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, in *Giustizia civile*, 2/2018; G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli*, in *Contratto e impresa*, 2, 2017; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corriere giuridico*, 6, 2017.

caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 (...). In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali».

La formulazione in parola assegna alle linee guida mediche un ruolo privilegiato nel processo di valutazione della condotta osservata dal sanitario, in quanto è espressamente previsto che, salve le specificità dei casi concreti e salvo il caso di mancanza di suddette raccomandazioni (ipotesi, quest'ultima, che consente di rifarsi alle sole buone pratiche), le linee guida per la pratica clinica rappresentino l'elemento centrale nella ricostruzione delle regole tecniche dell'arte medica.

2.3. Stato dell'arte e problemi aperti (accreditamento, legittimazione, disorganicità, contraddittorietà)

Come si diceva, il richiamo normativo al contenuto delle linee guida ha reso questi strumenti indici alla stregua dei quali valutare la sussistenza della colpa professionale. In questo senso, le linee guida sono state progressivamente accostate alle regole tecniche ed incluse nelle *leges artis* delle professioni sanitarie. Di qui una prima criticità.

Fin dalle prime applicazioni giurisprudenziali delle disposizioni del Decreto Balduzzi, si sono, infatti, registrate pronunce con le quali si è affermato che l'osservanza delle linee guida potesse essere un elemento fondamentale al fine di integrare la valutazione giudiziale relativa alla sussistenza del dovere di diligenza, perizia e prudenza enunciato dall'art. 1176 c.c.¹⁸³.

Sviluppando questa interpretazione, si è andati incontro alla conclusione per cui il contenuto delle linee guida per la pratica clinica coincidesse con quello delle

¹⁸³ Per una rassegna giurisprudenziale relativa all'applicazione delle disposizioni del Decreto Balduzzi si rinvia a M.L. RUFFINI GANDOLFI, *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi*, in *Giustizia civile*, II, 7-8, 2013; R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contratto e impresa*, 1/2014. Tra gli altri, propone una lettura critica delle disposizioni di cui al Decreto Balduzzi L. NOCCO, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" nella "legge Balduzzi": un opportuno strumento di "soft-law" o un incentivo alla medicina difensiva*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2/2013.

norme tecniche della pratica medica¹⁸⁴ e che in esso si potessero rinvenire le regole cautelari da osservare nello svolgimento delle professioni sanitarie, senza che fosse più necessario che la determinazione di queste ultime avvenisse in base alle ricostruzioni interpretative del giudice¹⁸⁵. Adottando una conclusione di questo genere, il criterio in base al quale riscontrare la sussistenza di profili di responsabilità civile del sanitario sarebbe in larga parte coinciso con l'accertamento dell'inosservanza delle indicazioni contenute nelle singole linee guida: una conclusione che è parsa, fin da subito, probabilmente eccessiva, in quanto accordava a questi documenti, spesso ritenuti incompleti, poco chiari o, addirittura, contraddittori, una preponderante funzione di accertamento processuale della

¹⁸⁴ Sembra ragionevole sostenere che le *linee guida* d'ambito medico non siano delle norme giuridiche, ma delle semplici norme tecniche. Così, ad esempio, L. MANCINI, *La colpa nella responsabilità civile*, Milano, 2015. In generale, le linee guida non sarebbero da ritenersi norme giuridiche in sé, ma regole attraverso le quali è possibile individuare – ricorrendone le condizioni – le regole cautelari relative al caso di specie. Questo, però, non comporta che le raccomandazioni contenute nelle linee guida coincidano con l'intero insieme delle regole cautelari relative all'attività medica. Al riguardo, cfr. C.M. MASIERI, *op. cit.*, 256, dove si legge: «*In quanto raccomandazioni mediche, le guidelines possono indicare ciò che è suggerito dalle evidenze scientifiche per la miglior cura del paziente. Secondo una prima ricostruzione, potrebbero essere dunque definite regole tecniche, non norme giuridiche in senso stretto. Mentre le leggi della scienza esprimono un rapporto tra classi di eventi naturali, la regola tecnica "prescrive una condotta in quanto mezzo per il conseguimento d'un fine dell'agente". Se il fine perseguito dall'agente è un evento naturale (ad es. la guarigione del paziente), si può notare una sorta di derivazione della regola tecnica dalla legge scientifica, poiché due eventi naturali tra loro connessi (una determinata condotta medica e l'evento-guarigione) diventano i predicati di una regola tecnica (per ottenere l'evento-guarigione, si dovrebbe mantenere una certa condotta)*». In tema di regole tecniche si rinvia a G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008; M.F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, 1990; A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963; e, prima ancora, a A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, 8, il quale, con riguardo al *genus* di norme qui descritto, afferma: «*Queste norme, che a ragione sono state chiamate tecniche, perché proprie delle professioni, dei mestieri e delle arti (tékne), sono evidentemente una derivazione diretta delle leggi di natura, e quasi un'inversione di esse a scopo pratico. La legge di natura dice: tutte le volte che si verifica A, si verifica B; la norma tecnica inverte e dice: se vuoi che si verifichi B, procura di far verificare A. Un insieme di norme tecniche è ciò che costituisce appunto le scienze applicate o scienze d'applicazione, mentre le scienze teoretiche della natura sono composte di leggi naturali*». A ciò si deve, poi, aggiungere che le linee guida d'ambito sanitario si discostano dalle altre norme, sia giuridiche che deontologiche, anche per il fatto di non preveder alcuna conseguenza per il caso di loro inosservanza. Sposando una determinata concezione di *giuridicità* (per cui si rinvia ai paragrafi precedenti), l'assenza di obbligatorietà sarebbe sufficiente a relegare le linee guida d'ambito medico al di fuori delle norme, lasciando come praticabile il solo inserimento di esse entro le raccomandazioni. Sulla normatività delle norme deontologiche v., tra gli altri, E. MOSTACCI, *op. cit.*, 144-145 e, in senso contrario, B. PASTORE, *Soft-law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, 1, 9.

¹⁸⁵ Svolgono riflessioni dalle quali si potrebbe dedurre la conclusione qui illustrata O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1, 2013; M. ROSSETTI, *La responsabilità del medico*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013.

responsabilità medica. A profili di scetticismo come questo si è, poi, aggiunta la considerazione che le linee guida per la pratica medica, per quanto ben redatte, non potessero sussumere, entro il proprio contenuto, tutte le regole operazionali idonee alla gestione dei casi che possano darsi nella pratica. Per tale ragione, la considerazione di una potenziale incompletezza delle linee guida, in uno con il fatto che le stesse siano, in qualche misura, superabili – per via dello stratificarsi di nuove tecniche e conoscenze – ha consentito di concludere che le stesse non potessero sostituire il vaglio giudiziale sulle regole tecniche, limitando l'accertamento processuale relativo alla responsabilità al mero riscontro della loro osservanza.

Notazioni critiche di questo genere hanno, dunque, temperato l'impatto applicativo delle linee guida mediche, evidenziando che le stesse potessero contenere solo alcune delle *leges artis* della pratica medica¹⁸⁶; che il contenuto della regola cautelare violata, caso per caso, non fosse sempre determinabile *a priori* ed in base a quanto esse disponessero¹⁸⁷; che le valutazioni operate dal giudice in fase di ricostruzione della responsabilità non potessero essere assorbite da un mero controllo in ordine alla rispondenza tra condotta del sanitario e prescrizioni indicate.

Anche a causa di difficoltà come queste, a distanza di qualche anno dall'adozione del Decreto Balduzzi, si è assistito alla già menzionata approvazione del successivo intervento normativo, rappresentato dalla legge Gelli-Bianco. Come si è notato, anche nell'impianto della nuova normativa, le linee guida risultano attributarie di un ruolo di primissimo piano all'interno dei processi di valutazione

¹⁸⁶ Così, ad esempio, M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o Flauto Magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2012, p. 893; A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Milano, 2012.

¹⁸⁷ Lo afferma molto chiaramente C.M. MASIERI, *op. cit.*, 279 e 280, dove si legge: «*In realtà, pare più convincente la ricostruzione per cui esse – le linee guida, n.d.r. – contengano solo alcune delle leges artis o regole tecniche della scienza medica, poiché non sempre forniscono quella adatta al caso concreto. La responsabilità medica, infatti, non è un ambito regolato dalla colpa specifica, ma – come si è anticipato – è caratterizzata dal riferimento all'imperizia, che rientra nella colpa generica, per cui la regola cautelare potrebbe coincidere sia con le raccomandazioni contenute nelle linee guida, sia con altre condotte più appropriate per il caso concreto. Si dovrebbe, dunque, predicare l'esistenza di diverse tipologie di leges artis o regole tecniche della medicina, alcune racchiuse in linee guida – secondo differenti gradi di formalizzazione – ed altre no. Ciò è suffragato dal fatto che la successiva legge Gelli-Bianco, all'art. 6, fa riferimento alla sola "imperizia", e lascia ferma dunque la possibilità di individuare profili di responsabilità diversi da essa in capo al professionista, e che all'art. 5 richiama – accanto al dovere generale di attenersi alle "linee guida" – che siano fatte "salve le specificità del caso concreto".*».

della condotta medica, in quanto le stesse, fatte salve le specificità del caso concreto, assurgono a parametro alla stregua del quale può valutarsi la sussistenza della responsabilità del sanitario. L'adesione alle indicazioni qui contenute è, infatti, postulata in termini di tendenziale obbligatorietà (*tendenziale* in quanto subordinata all'esistenza di specificità del caso concreto che depongano nel senso di una possibile inosservanza delle linee guida). Fin dalla prima lettura, l'approccio ad obbligatorietà condizionata contenuto nella nuova normativa sembra aver tenuto in considerazione i rilievi critici già svolti all'indomani dell'approvazione del Decreto Balduzzi, quando si evidenziò che l'applicabilità generalizzata delle linee guida non fosse possibile in molti casi, sia per il fatto che le linee guida non possano ritenersi provviste di ogni regola necessaria per la gestione dei fenomeni che si presentano nella pratica medica (profilo, invero, già evidenziato poc'anzi), sia per il fatto che la previsione di una loro applicazione generalizzata sembrasse non considerare che le stesse potessero rivelarsi inadeguate al caso concreto, a causa delle condizioni particolari dei pazienti.

Al netto della meritorietà dell'intervento, che ha comunque relativizzato in via normativa la staticità del rinvio operato alle linee guida in tema di responsabilità medica, il richiamo normativo che, anche la nuova normativa, dispone in favore di questi strumenti continua, però, a porre dei problemi. La condizione di peculiarità nella quale le odierne linee guida mediche si pongono fa, però, sì che i problemi che le riguardano siano, in parte, differenti rispetto a quelli che si pongono rispetto ad altri documenti a loro volta contraddistinti dal *nomen* linee guida: analizziamone alcuni.

Considerando lo stato dell'arte delle linee guida mediche, una delle questioni più dibattute e problematiche è rappresentata dalla disciplina prevista per l'accreditamento dei redattori di linee guida. Solo a seguito del conseguimento dell'iscrizione entro un registro ministeriale, le linee guida elaborate da determinati soggetti sono ammesse entro il sistema ufficiale di indicazioni cliniche¹⁸⁸ e conseguentemente ritenute indici di integrazione della perizia richiesta ai sanitari.

¹⁸⁸ CI si riferisce al Sistema nazionale delle linee guida, di cui si è già parlato in altri luoghi del presente lavoro e, soprattutto, nel Cap. I.

Com'è noto, il comma 1 dell'art. 5 della legge Gelli-Bianco prevede, infatti, che le linee guida per la pratica clinica siano elaborate da *enti ed istituzioni*, pubblici e privati, nonché dalle *società scientifiche* e dalle *associazioni tecnico-scientifiche* delle professioni sanitarie *iscritte* in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della Salute¹⁸⁹. Secondo l'interpretazione prevalente, sembrerebbe che solo *società scientifiche* e *associazioni tecnico-scientifiche* debbano essere inserite nell'apposito elenco istituito e regolamentato con decreto ministeriale e che, per converso, lo stesso *non valga* per gli *enti e istituzioni pubblici e privati*.

Tale ricostruzione interpretativa sembrerebbe confermata al co. 2 dello stesso articolo, che regola l'iscrizione all'elenco. Resta, tuttavia, non del tutto comprensibile perché l'iscrizione in oggetto sia prevista per le sole società ed associazioni e non anche per tutti gli enti di diritto privato¹⁹⁰.

In particolare, l'iscrizione all'elenco ministeriale è volta ad evitare che la redazione delle linee guida sia sostanzialmente rimessa a gruppi di professionisti eccessivamente ristretti e presuppone che i soggetti ammessi agli elenchi vantino requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale. In aggiunta, è previsto che i professionisti aventi titolo a partecipare alle decisioni dell'ente abbiano libero accesso ad esse. Come si può intuire, la *ratio* della disciplina mira a evitare situazioni di conflitto di interessi che possano coinvolgere i redattori delle linee guida¹⁹¹.

¹⁸⁹ Il testo recita: «*Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali*».

¹⁹⁰ Non si riproduce questo stesso discorso per ciò che concerne gli enti di diritto pubblico perché, quando ci si riferisce ad essi, si dà per scontato che vantino requisiti di affidabilità.

¹⁹¹ Sull'annoso problema della configurabilità di conflitti di interessi nella redazione delle linee guida mediche, si rinvia all'editoriale pubblicato su *The Lancet*, intitolato *Managing conflicts of interests in clinical guidelines*, in *The Lancet*, 394, 10200, 2019. Se ne occupano anche: N. DIRINDIN – C. RIVOIRO – L. DE FIORE, *Conflitti di interesse e saluti: come industria e istituzioni condizionano le scelte del medico*, Bologna, 2018; BOARD OF TRUSTEES OF GUIDELINES INTERNATIONAL NETWORK, *Disclosure e gestione dei conflitti di interesse nelle linee guida: i principi del Guideline International Network*, in *Evidence*, 3(3), 2016; R. GRILLI – N. MAGRINI – A. PENNA – G. MURA – A. LIBERATI, *Practice guidelines developed by specialty societies: the need for a critical appraisal*, in *The Lancet*, 355, 2000. Si rinvia, infine, ad un articolo pubblicato su *Adnkronos*, intitolato «GIMBE: “Conflitti di interesse influenzano le linee guida. Operazione trasparenza”» disponibile all'indirizzo:

A corredo di tali requisiti, la *lett. b)* del co. 2 dell'art. 5 prevede che la qualità della produzione tecnico-scientifica sia assicurata da sistemi di verifica e controllo interni, volti ad evitare abusi nell'elaborazione delle indicazioni per la pratica clinica.

La dicotomia instaurata dalla lettera *b)* dell'evocato comma 1, in uno con i requisiti ai quali la normativa ricollega l'iscrizione all'elenco ministeriale, compongono, però, un quadro almeno in parte problematico, in quanto non sembra del tutto ragionevole che un ente privato diverso da una società scientifica o da un'associazione medico-scientifica possa elaborare linee guida, pur non presentando i requisiti necessari all'iscrizione all'elenco ministeriale. Una formulazione come questa sembra, infatti, consentire che degli enti privati diversi dalle società scientifiche o dalle associazioni tecnico-scientifiche possano partecipare all'elaborazione di linee guida sebbene non presentino i requisiti che sono, invece, richiesti a questi altri due soggetti¹⁹². Di qui alcune conseguenze. In primo luogo, quanto descritto espone il sistema delle linee guida¹⁹³ alle critiche di chi ritenga che la differenza di disciplina desumibile dalle disposizioni in parola non sia giustificata e ponga, anzi, problemi di disparità. In aggiunta, la possibilità che enti privati possano elaborare linee guida anche se non siano loro richiesti i medesimi requisiti che la legge impone, invece, ad altri soggetti (tra di essi, si pensi, ad esempio, all'esistenza sistemi di verifica e controllo interni), espone il sistema delle linee guida ad almeno uno dei rischi che la stessa istituzione del registro intendeva scongiurare: e cioè che si possano verificare più facilmente abusi nell'elaborazione di questi documenti¹⁹⁴.

https://www.adnkronos.com/salute/sanita/2016/03/21/gimbe-conflitti-interesse-influenzano-linee-guida-operazione-trasparenza_zjN871xm9kCQmjB0RnItDI.html (ultima consultazione d.d. 18 ottobre 2020);

¹⁹² Al riguardo si rinvia, ancora, a C.M. MASIERI, *op. cit.*, p. 303, dove si legge: «*Ora, mentre si comprende che gli enti e istituti pubblici non debbano essere sottoposti a tutti questi adempimenti – stante per l'appunto la loro natura pubblicistica – appare irragionevole esimere un ente privato diverso da un'associazione medico-scientifica da almeno alcuni dei requisiti necessari all'iscrizione all'elenco di cui al decreto ministeriale. Si prenda il caso di una fondazione privata avente come scopo la ricerca scientifica che – sebbene presenti alcuni dei requisiti richiesti dalla novella come l'istituzione per atto pubblico – sia priva di un sistema interno di “verifica e controllo” della qualità della propria produzione scientifica*»

¹⁹³ In questo caso l'espressione *sistema delle linee guida* può usarsi anche senza che ci si riferisca necessariamente al complesso istituzionale instaurato in questi anni.

¹⁹⁴ Gli abusi temuti sono, in questo caso, quelli legati alla possibile mancanza di qualità nella produzione tecnico scientifica.

Rischi come quelli, da ultimo, paventati sono, allo stato, ridimensionati dalla previsione che accorda all'Istituto superiore di Sanità un vaglio finale in ordine all'approvazione di tutte le linee guida, anche quelle che provengano anche da soggetti non iscritti. Ma aldilà della possibile stortura di sistema che si è appena evidenziata, sembra che si possano riscontrare anche difficoltà di altro tipo: la previsione di requisiti troppo stringenti per il conseguimento dell'iscrizione nel registro di cui al decreto ministeriale è stata ritenuta, spesso, un ostacolo all'aggiornamento delle linee guida e, conseguentemente, un limite alla concreta utilizzabilità delle stesse anche in ambito processuale. Di contro, allentare il controllo in ordine alla sussistenza dei requisiti posti a garanzia della scientificità e della imparzialità delle indicazioni per la pratica clinica può esporre al rischio che siano ufficializzate elaborazioni parziali o che assumano un significativo valore pratico anche le linee guida che dovessero essere state realizzate in modo non del tutto scrupoloso o che possano essere finalizzate al perseguimento di interessi diversi dalla fissazione dei migliori standard clinici.

Il verificarsi di un'ipotesi come questa priverebbe le linee guida ordinamentali dell'unica leva di legittimazione sulla quale sembra potersi fondare il loro ruolo entro l'ordinamento giuridico: quella della fondatezza e dell'affidabilità scientifica delle loro indicazioni e che è, allo stesso tempo, la ragione della loro diffusione.

Aldilà del loro valore scientifico, le linee guida mediche rappresentano, però, parametri integrativi delle norme in tema di responsabilità, pur essendo corpi di indicazioni decisamente più ridotti rispetto al complesso delle regole tecniche che si cerca di ricostruire nei giudizi sulla responsabilità di altre categorie professionali. Mentre le valutazioni in ordine alla responsabilità dei singoli appartenenti a molte delle categorie professionali è spesso rimessa all'accertamento della violazione di regole che si ricostruiscono anche in base alle circostanze del caso, la consistente elaborazione di linee guida per la pratica medica e per altri tipi di pratiche professionali riguardate dalla stessa possibile situazione¹⁹⁵, rischia di ridurre il margine valutativo in ordine all'imperizia degli agenti e di appiattirlo sulle sole virtualità applicative delle linee guida: documenti che, per quanto ben redatti, non

¹⁹⁵ Possono darsi altri ambiti nei quali l'avvenuto rispetto delle linee guida pare ammesso

dovrebbero ritenersi fungibili rispetto al complesso delle regole tecniche di una professione; si presentano limitati ad alcuni aspetti della pratica medica; sono elaborate da gruppi ristretti di professionisti, favorendo la possibilità che le regole dettate da pochi si risolvano, forse senza adeguata condivisione, in regole cogenti per tutti gli operatori sanitari e, non da ultimo, per gli stessi operatori giuridici, che dovranno integrare le norme giuridiche del caso con il disposto delle linee guida.

Da ultimo, le difficoltà legate alla lentezza dell'inserimento delle linee guida entro il sistema pure delineato, unita alla necessità di una loro revisione almeno su base triennale¹⁹⁶, fa sì che il numero di linee guida alle quali si possa applicare lo schema della Gelli-Bianco sia, in buona sostanza, limitato e che la maggior parte delle linee guida mediche diffuse presso la comunità sanitaria, nell'attesa di un riconoscimento entro il sistema, assuma, in termini processuali, il valore che si riconosce alle *buone pratiche* accreditate dalla Comunità scientifica. In molti casi, l'impossibilità di disporre, entro la vasta produzione di linee guida, quelle sicuramente affidabili perché definitivamente accolte dal sistema e quelle solo potenzialmente accoglibili, può porre i giudicanti nella pessima condizione di dover operare un giudizio sul contenuto delle varie linee guida che le parti invocano, a proprio vantaggio, nei giudizi sulla responsabilità sanitaria. Ora, sebbene le valutazioni di questo tipo possano essere svolte anche dopo aver consultato consulenti esperti e sebbene in alcuni casi possa risultare relativamente semplice ascrivere o non ascrivere una certa *linea guida* alle buone pratiche riconosciute, possono darsi casi in cui questo accertamento sia poco praticabile, date anche le circostanze del caso.

Ulteriori difficoltà possono, poi, riscontrarsi laddove le parti processuali (od anche il giudice stesso, nello svolgimento della sua attività) introducano nel giudizio il contenuto di più linee guida non accreditate a sistema, le quali dispongano

¹⁹⁶ Il problema dell'aggiornamento delle linee guida è, forse, quello che, più degli altri, finisce per minacciare il buon funzionamento del sistema di rinvii normativi disposti nei riguardi delle linee guida. Si occupano del problema della rapida obsolescenza delle linee guida per la pratica clinica P.G. SHEKELLE – E. ORTIZ – S. RHODES – S.C. MORTON – M.P. ECCLES – J.M. GRIMSHAW – S.H. WOOLF, *Validity of the Agency for Healthcare Research and Quality clinical practice guidelines: how quickly do guidelines become outdated?*, in *Journal of the American Medical Association*, 286, 12, 2001; M.D. NEUMANN – J.D. GOLDSTEIN – M.A. CIRULLO – J.S. SCHWARTZ, *Durability of class I American College of Cardiology/American Heart Association clinical practice guideline recommendations*, in *Journal of American Medical Association*, 311, 20, 2014.

comportamenti diversi al ricorrere delle medesime situazioni. In casi di linee guida confliggenti che paiano parimenti fondate dal punto di vista scientifico, il mancato accreditamento degli enti redattori dell'una o dell'altra non lascerebbe al giudice alcuna opzione applicativa facilitata e sarebbe, in ultima analisi, il giudicante a dover risolvere il conflitto. Per i problemi visti prima, ipotesi come queste sembrano, invero, frequenti (come si diceva, le linee guida ufficialmente inserite nel sistema nazionale sono, ad oggi, relativamente poche: circostanza che fa sì che la maggior parte di esse sia, perciò, considerabile al mero livello delle buone pratiche riconosciute dalla Comunità scientifica). I giudici si trovano, infatti, a dover maneggiare l'enorme quantità delle linee guida disponibili ed a doverle ascrivere, anche quando disorganiche o tra loro confliggenti, alle buone pratiche *ex art. 5* o al di fuori di esse: una situazione che rivela, in primo luogo, come, almeno per ora, il collegamento normativo tra linee guida e condotta medica non abbia portato grandi vantaggi in termini di certezza applicativa, e che, in secondo luogo, favorisce la diversità di orientamenti decisorii per casi analoghi (mentre un giudice può ritenere una certa *linea guida* rientrante nelle buone pratiche, un altro può, infatti, fare il contrario, a tutto detrimento della certezza del diritto e della sicurezza dei rapporti giuridici.).

2.4. Linee guida, discrezionalità tecnica e possibili scenari.

Le riflessioni condotte fino a questo momento consentono di svolgere alcune brevi conclusioni in ordine al rapporto che l'emersione ed il consolidamento del *modello* linee guida intrattengano con lo svolgimento di attività che presuppongono la padronanza di conoscenze tecniche e con l'adozione di scelte che sono espressione di valutazioni tecnicamente fondate.

Come si è visto, il giudizio sulla diligenza osservata dal sanitario nello svolgimento della sua attività professionale è, oggi, costruito anche in base alla rispondenza della condotta concretamente osservata con il modello comportamentale previsto dalle linee guida. A temperamento degli automatismi sottesi ad un tale raffronto è, però, previsto che la condotta del medico debba comunque essere valutata in relazione alle circostanze nelle quali lo stesso si sia trovato a operare ed una conclusione del genere è supportata dal fatto che la doverosità di adesione alle

linee guida lasci, comunque, salve le diverse opzioni decisorie imposte dal caso concreto.

Al livello normativo, il riconoscimento di uno spazio di autonomia valutativa dei sanitari sembra ribadire che l'avvento delle linee guida e, più in generale, la stratificazione di indicazioni per lo svolgimento delle attività professionali, non consenta di ritenere che tutte le regole tecniche siano contenute all'interno di questi documenti, né che la correttezza delle valutazioni operate dai sanitari possa risolversi in un vaglio sulla loro rispondenza o non rispondenza al contenuto delle linee guida.

L'approccio situazionale che informa la redazione delle linee guida e che, in buona sostanza, si risolve nell'elaborazione di vere e proprie codificazioni del caso concreto sembra, però, minacciare la sopravvivenza di un margine valutativo tecnicamente fondato¹⁹⁷ a favore del singolo sanitario¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Per la definizione del margine valutativo in oggetto e, più precisamente, per una soddisfacente declinazione del concetto di discrezionalità tecnica, si rinvia, per ciò che concerne i contributi più recenti, a F. G. COCA, *Diritto amministrativo*, cit.; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II-2, Milano, 2008; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche della p.a. (voce)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001; F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2000; D. DE PRETIS, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 4/1998; A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 11/1997; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989; G. BARONE, *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma, 1989; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; Per una ricostruzione storica ed in parte manualistica del concetto in esame, si ritiene di poter rinviare a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, ora in ID., *Scritti*, I, Milano, 2000; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; C. MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941; O. RANELLETTI, *Attività amministrativa e attività tecnica della pubblica amministrazione*, in *Rivista della Corte dei conti*, I, 1911, ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1/1957; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/1910.

¹⁹⁸ A ben guardare, l'attuale ruolo svolto dalle linee guida sembra incidere due volte sullo svolgimento della realtà giuridica: da un lato, le linee guida riducono lo spazio di discrezionalità del sanitario, che sarà condizionato nello svolgimento della sua professione, in quanto un eventuale giudizio sulla sussistenza di suoi profili di responsabilità si avvierà proprio dal confronto tra la condotta che avrà tenuto ed il contenuto delle linee guida; dall'altro, proprio l'esistenza di linee guida potrebbe condizionare le valutazioni giudiziali in ordine alla sussistenza di profili di responsabilità da attribuire al sanitario, in quanto l'estensione del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni operate dai sanitari potrebbe accrescersi ulteriormente proprio alla luce del fatto che il giudice avrà a disposizione le linee guida, ovvero sia complessi di regole tecniche codificate sulla base delle quali sarà più semplice

Se è, infatti, vero che la discrezionalità tecnica del sanitario si restringe all'aumentare del livello di precisazione che riguarda la declinazione delle regole tecniche, l'eccessiva specificità delle linee guida, il progressivo accrescimento della loro rilevanza ed il fatto che i recenti riconoscimenti normativi abbiano conferito a questi documenti un ruolo evidentemente centrale nel processo di individuazione dei profili di responsabilità, rischiano di sacrificare quasi del tutto i residui spazi di discrezionalità del sanitario. L'impressione che si ricava dallo studio della disciplina relativa all'applicazione dei documenti qui considerati sembra, infatti, riferire di una progressiva erosione della libertà di scelta del sanitario. Le valutazioni relative alle opzioni di trattamento disponibili sembrano, difatti, assorbite da quelle trasfuse nelle linee guida, dettando un evidente ridimensionamento della discrezionalità medica.

Alla luce di ciò, bisogna, allora, chiedersi se sia davvero possibile facilitare la decisione dei giudizi rivolti all'accertamento di responsabilità, riducendo la valutazione sull'esercizio della discrezionalità medica ad un automatico, sebbene derogabile, raffronto tra condotta tenuta e condotta consigliata (dalle linee guida).

La risposta che, in questa sede, si ritiene di poter proporre è che la complessità delle situazioni che riguardano la pratica medica e, più in generale, la complessità delle valutazioni che riguardano le scelte operate in ambito di discrezionalità tecnica, impedisca, quasi sempre, di predeterminare normativamente (o con rinvio normativo) la fondatezza o l'opportunità delle scelte operate dai professionisti.

Per tale ragione, non bisognerebbe lasciarsi tentare dagli stessi semplicismi (e dalla stessa fascinazione) che, nel corso del tempo, hanno accompagnato la creazione di meccanismi asseritamente idonei a risolvere – in via legislativa e, quindi, *ex ante* –

operare un giudizio sul fatto tecnico e contestare l'avvenuto discostamento della prestazione fornita dalla prestazione eseguita a regola d'arte. Nella probabile consapevolezza di questa possibile deriva, il già citato *Manuale metodologico per il Programma nazionale linee guida*, a pagina 78, afferma: «Si può, quindi, affermare che le “regole dell'arte” – l'arte medica, n.d.r. – *condivise e generalmente applicate in un determinato contesto storico costituiscono il criterio per valutare, nelle controversie giudiziarie, la correttezza tecnica della condotta del medico nella cura del paziente. È evidente, peraltro, che la diligenza deve essere valutata in relazione alle circostanze concrete nelle quali il medico si è trovato a operare e, quindi, la giurisprudenza riconosce al sanitario pur sempre uno spazio di discrezionalità tecnica nella scelta del metodo di cura da proporre al singolo paziente, purché fondata correttamente su dati oggettivi riscontrati durante il processo di cura. L'ambito della discrezionalità tecnica è, pertanto, correlato alla natura delle regole dell'arte: quanto più sono precise e condivise queste regole, tanto meno ampia è la discrezionalità del medico nell'applicarle*»

i problemi derivanti dal governo della quotidianità. Anzi, bisognerebbe riconoscere che, proprio come non funziona l'idea di un giudice *bouche de la loi* che applichi in modo meccanico il disposto di norme chiare, non funzionerebbe nemmeno un medico che sia *bouche* delle linee guida e che, quindi, esegua le prescrizioni elaborate dalla migliore scienza medica senza apporvi il filtro della sua esperienza, della sua sensibilità e della sua capacità di lettura della situazione. L'assoluta imprevedibilità delle circostanze della vita quotidiana impone, infatti, il continuo sforzo adeguatore dell'interpretazione caso per caso ed è, forse, ingenuo ridurre allo schema *dentro/fuori* (osservanza/inosservanza delle linee guida) la definizione di aspetti cruciali come la sussistenza di una responsabilità civile o di una rimproverabilità penalistica.

3. Linee guida come collettori di consuetudini o trascrizioni di fonti-fatto

Dopo aver dato menzione del modo attraverso il quale alcuni strumenti denominati linee guida possano esercitare dei non trascurabili effetti sugli ordinamenti, si ritiene di poter dedicare qualche breve passaggio a descrivere un'altra possibile modalità di interazione tra linee guida e fonti. Nel farlo, si cercherà di argomentare che le linee guida possano insediarsi negli ordinamenti anche sfruttando le caratteristiche dell'istituto della consuetudine. Già da qualche tempo, è stato, infatti, ipotizzato che alcuni documenti di *soft-law* possano contenere prescrizioni o, più genericamente, indicazioni comportamentali destinate a partecipare alla formazione delle fonti-fatto¹⁹⁹. In altre parole, c'è chi ha correttamente supposto che un documento di *soft-law* nel quale siano prescritte determinate condotte possa risolversi in un contenitore all'interno del quale sia possibile rinvenire la formulazione scritta di regole destinate a conquistare l'*opinio iuris sive necessistatis* tipica delle consuetudini.

¹⁹⁹ M. DISTEFANO, *op. cit.*, p. 26, dove si legge: «Dall'esame delle principali categorie di atti riconducibili al soft-law, dall'atteggiamento della prassi degli Stati e della giurisprudenza internazionale, oltre che dagli orientamenti espressi dalla dottrina è possibile tracciare alcune considerazioni riassuntive sulla funzione di tali strumenti nel diritto internazionale. In primo luogo, il soft-law svolge un ruolo importante, anche se non decisivo, nella ricostruzione del contenuto di una norma consuetudinaria, ora ribadendo principi già acquisiti nella comunità internazionale; ora contribuendo alla cristallizzazione di una norma in fieri; ora anticipando e promuovendo la nascita di una regola nuova». Osservazioni in parte simili possono condursi a partire dallo studio di E. CANTARELLA, *Tra diritto e prediritto. Un problema aperto*, in *Dialogues d'histoire ancienne*, 1987.

Ad avviso di chi scrive, questo discorso è perfettamente replicabile anche per ciò che concerne le linee guida che non appartengono alle fonti o che non sono, comunque, munite di una espressa efficacia vincolante (un gruppo di strumenti che, come si è visto, costituisce la cifra più considerevole dell'intera produzione di linee guida). Riflettendo sulla questione, non sembrano rinvenirsi particolari ragioni per escludere che alcune delle linee guida sprovviste di vincolatività possano essere costruite in modo da racchiudere comportamenti che lo svolgimento dei rapporti giuridici ha fatto sì che si percepissero come doverosi (in questo senso, si potrebbe parlare di linee guida come di strumenti che contengano la trascrizione di consuetudini autonomamente formatesi nello svolgimento della vita associata)²⁰⁰.

Allo stesso modo, non sembra impossibile ipotizzare che possa essere proprio la produzione di linee guida ad accelerare questi processi e che le indicazioni contenute all'interno di questi strumenti possano conoscere un così elevato grado di diffusione e persuasività da fare in modo che i comportamenti qui consigliati comincino ad essere percepiti come doverosi dalla società civile, fino a riempire il contenuto di regole formatesi in via consuetudinaria²⁰¹.

Il collegamento tra il possibile contenuto delle linee guida ed il processo di formazione delle norme giuridiche per via consuetudinaria sembrerebbe, peraltro, favorito da una certa sovrapposibilità dei caratteri che appartengono alle regole individuate dalle linee guida e dalle fonti-fatto. E difatti, molte delle regole contenute nelle linee guida, proprio come quelle che si formano in via consuetudinaria, indicano come doverosi comportamenti pratici anche abbastanza delineati, presentando formulazioni calibrate sul caso concreto, oltre che utili per risolvere i problemi di ordine pratico che si pongono nella prassi.

²⁰⁰ Sull'istituto della consuetudine si rinvia, per i contributi più recenti, a D. CANALE, *Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività.. Ovvero, Deleuze e il problema della ripetizione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, XIX, 2019; B. CELANO, *Consuetudine: un'analisi concettuale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, XIV, 2014; S. ZORZETTO (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, in *Jura. Temi e problemi di diritto*, III, Pisa, 2008. Per delle ricostruzioni più classiche, si rinvia a N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942 e, prima ancora, a I. VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, Perugia, 1877;

²⁰¹ In buona sostanza, sembra che possa valere anche l'inverso: l'elaborazione e la conseguente affermazione di strumenti di soft-law possono favorire il convincimento della collettività in ordine alla doverosità di determinati comportamenti e dare vita alla formazione di linee guida.

Di qui una prima considerazione: se si ammettesse che alcune delle indicazioni contenute nelle linee guida possano intendersi come la trascrizione di norme consuetudinarie o, ancora, che le norme consuetudinarie abbiano cominciato ad essere percepite come doverose proprio perché previste e poi, diffuse dalle linee guida, si potrebbe ipotizzare che le regole contenute all'interno degli strumenti qui indagati possano ricavarci un accesso alla cogenza proprio servendosi dell'istituto della consuetudine e delle sue caratteristiche.

Anzi, a ben intendere, una ricostruzione di questo tipo sembrerebbe già mostrarsi in controtela rispetto ad alcuni fenomeni in atto: molte delle linee guida elaborate per le situazioni pratiche della vita quotidiana possono essere percepite come collettori di comportamenti tendenzialmente doverosi (*opinio iuris seu necessitatis?*) e possono funzionare in modo molto simile alle norme giuridiche, almeno nella misura in cui si noti che l'aver violato il loro contenuto produca, se non una sanzione, almeno la conseguenza dell'instaurazione di un processo valutativo atto a rinvenire una giustificazione della loro inosservanza.

L'idea che le linee guida possano favorire il consolidamento delle norme consuetudinarie (od essere l'espressione di un processo di affermazione delle stesse che trovi, nella loro elaborazione, il suo prodotto finale) è certamente predicabile in un'epoca in cui sembra difficile che le regole originatesi negli ordinamenti non trovino, prima o poi, forma scritta.

In aggiunta, la possibile codificazione (per linee guida) di regole tendenzialmente doverose al ricorrere di certe situazioni (e situate in alcuni quadranti dell'esperienza giuridica) può ritenersi una interessante manifestazione della capacità auto-regolativa dei gruppi sociali che, dopo aver fissato per iscritto le regole da osservarsi in un determinato ambito per la risoluzione dei casi pratici, potrebbero avviare il processo di recepimento giuridico delle stesse fino a favorirne la percezione in termini di doverosità.

A fronte, però, dell'inarrestabile processo di creazione normativa che si svolge anche in via di fatto, e che potrebbe inverarsi anche coinvolgendo la duttilità degli strumenti che chiamiamo linee guida, resta fondamentale monitorare i possibili transiti dal livello *soft* al livello della cogenza tipico delle norme consuetudinarie

(vere e proprie *fonti*) e ragionare, con consapevolezza, sulla riconoscibilità delle linee guida quali collettori di precetti vincolanti.

4. Linee guida nelle fonti dell'attuale emergenza sanitaria: introduzione

L'emergenza pandemica di questi mesi ha favorito l'adozione di una moltitudine di fonti preordinate al contrasto ed al contenimento degli effetti pregiudizievoli derivanti dalla diffusione del virus SARS-CoV-2.

Non senza stimolare le riserve di molti costituzionalisti ed addetti ai lavori²⁰², la risposta normativa dello Stato si è articolata in una folta serie di decreti-legge ed

²⁰² Molti autori, pur manifestandosi consapevoli della difficoltà del momento, hanno evidenziato che l'impossibilità di gestire la crisi secondo canoni di piena fisiologia giuridica potrebbe prestare (od aver prestato) il fianco a violazioni più o meno gravi, determinando, almeno in qualche caso, il cedimento di alcuni dei principi su cui si fonda l'intero ordinamento. In questo senso, cfr., ad esempio, le interviste a S. CASSESE, pubblicate sul *Corriere dello Sport* del 30 marzo 2020, (titolo: *Il Governo in linea con la Carta, ma soltanto dopo il 25 marzo*) e su *ILDubbio.it* del 14 aprile 2020 (dal titolo: *Cassese – Il premier ha sbagliato a firmare quei decreti*), oltre che l'intervista intitolata *Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti*, rilasciata a *Radio radicale* il 6 marzo 2020 e disponibile all'indirizzo: <http://www.radioradicale.it/scheda/600293/emergenza-coronavirus-sospensione-dei-diritti-intervista-al-professor-fulco-lanchester> (ultima consultazione d.d. 30 maggio 2020). In senso critico v. anche il breve commento di F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto-legge che un D.p.c.m.*, pubblicato su *IlSole24Ore* del 13 marzo 2020. Si soffermano più diffusamente su questi aspetti E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*; L. FABIANO, *La catena della normativa emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del CoViD-19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*; E. FALETTI, *La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza CoViD-19 in Italia*, tutti su *Federalismi.it*. Sulla tenuta costituzionale della normativa d'emergenza v., in particolare, F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*; G. MENEGATTO, *Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione*; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*; R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*; M. DE NES, *Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza CoViD-19*; A. PALMA, *Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza CoViD-19*; L. DELL'ATTI – G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, tutti su *BioLaw Journal*, 1S/2020. Condividono più o meno lo stesso approccio anche A. BARTOLINI, *#Torna il coprifuoco?# Alcune riflessioni sul #D.P.C.M. (Decreto Presidente Consiglio dei Ministri)# #coronavirus# dell'8 marzo 2020*, disponibile su *ridiam.it*; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*. Molto più severo sembra, invece, L.A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, disponibile, a sua volta, su *Federalismi.it*. Più o meno dello stesso avviso sembrano, poi, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del Coronavirus*, sempre in *Federalismi.it* e G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistemapenale.it*. Altri, valorizzando la portata innovativa delle deroghe che accompagnano e, verosimilmente, accompagneranno la transizione del Paese, hanno evidenziato che lo stato di crisi possa costituire una preziosa occasione per ripensare al

atti attuativi adottati nella forma di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d'ora in avanti d.P.C.M.). Molti delle fonti dell'emergenza hanno incluso, nel proprio articolato, dei riferimenti ad atti e documenti denominati *linee guida*, i quali, come spesso si è registrato anche rispetto ad altre occasioni di richiamo che si appuntino sullo stesso lemma, sono da intendersi, secondo i casi, come rinvii a decreti ministeriali, indicazioni tecniche o provvedimenti amministrativi di carattere generale.

funzionamento di molti istituti e procedure, tacciati – a torto o a ragione – di obsolescenza od inadeguatezza. In questo senso si v., ad esempio, quanto sembra potersi riscontrare rispetto alle riflessioni condotte, in tema di appalti, in G. DELLA CANANEA - M. DUGATO - A. POLICE - M. RENNA, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può: meglio agire subito*, pubblicato su *Il Foglio* del 2 aprile 2020. Si occupano, a loro volta, di emergenza sanitaria ed appalti, G. LEONE, *Coronavirus, sorte del paese e... appalti a sorte*; U. FRANGIPANE, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, entrambi su *Federalismi.it*. Sempre con riferimento al rapporto tra emergenza sanitaria ed appalti, affronta la questione con approccio critico V. SCARPA, *Emergenza sanitaria CoViD-19: possibili derive corruttive degli impianti derogatori in materia di appalti pubblici*, sempre su *Federalismi.it*. Per quanto concerne, poi, il tema dell'inadeguatezza dell'apparato burocratico, cfr. S. CASSESE, *Salti a ostacoli contro la burocrazia, ma le colpe non sono sempre sue*, intervista pubblicata su *Il Foglio* del 24 giugno 2020; F. FRANCIANO, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, su *Federalismi.it*. Sull'emergenza sanitaria come generale occasione di rinnovazione sulla disciplina dello stato d'emergenza v., poi, S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni mediate*, su *BioLaw Journal*, 2/2020. In tema di ripartenza, si rinvia, poi ed ancora, S. CASSESE, *Da dove ricominciare. I pesi reciproci di centro e periferia si sono rivelati squilibrati e il virus e la speranza. Governo e regioni si sono mossi ai limiti della Costituzione. Ma la democrazia esce rafforzata*, interviste rilasciate per *Il Foglio*, rispettivamente del 31 e del 24 marzo 2020. Sui problemi evidenziati dall'emergenza ed ancora in parte irrisolti si rinvia, invece, a A. D'ALOIA, *Postilla. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, su *BioLaw Journal*, 1S/2020. Si esprime, poi, in termini di legittimità, quantomeno rispetto al ricorso alla decretazione d'urgenza, F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, mentre argomenta il carattere necessitato degli interventi adottati dal Governo S. LICCIARDELLO, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*. Entrambi i contributi da ultimo citati sono, a loro volta, disponibili su *Federalismi.it*. In tema v. anche M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, su *Questione giustizia*, 2020. Si interroga, invece, sulla natura dei d.P.C.M. adottati per la gestione dell'emergenza E. RAFFIOTTA, *cit.*, p. 4, il quale annovera gli atti presidenziali tra le *ordinanze normative* previste da fattispecie aperte. Per uno studio sul tema si rinvia, tra gli altri, a G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 1-2/2016. Sul rapporto tra potere d'ordinanza ed emergenza si rinvia, invece, a A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011. Per un approfondimento sui caratteri dell'atto amministrativo generale si v., invece, M. RAMAJOLI – B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, *cit.*, 2013; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, *cit.*; C. TUBERTINI, *I regolamenti e gli atti amministrativi generali*, *cit.*; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003 ed altri classici contributi in tema, tra cui: M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, *cit.*; A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, ne *Il Foro Italiano*, 74, IV, 1951; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, *cit.*; ID., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, *cit.*

Alle linee guida richiamate sono state, poi, assegnate, diverse funzioni (o, almeno, questo è ciò che sembra di potersi dedurre). Nel corso di questi brevi paragrafi si cercherà di dare rapidamente conto dei richiami che la principale normativa emergenziale ha operato nei confronti delle *linee guida*, per sottolineare, negli spunti finali, che l'impiego di questa dizione sia usato, anche nell'emergenza, in modo fungibile, per rinviare all'apporto di atti anche completamente diversi tra loro; che l'ordinamento, in misura proporzionale all'urgenza di regolazione, abbia assegnato alle linee guida un complesso di funzioni vasto, eterogeneo, ma non sempre del tutto legittimabile; che sembrano potersi intravedere, almeno in controluce, i segnali di un più profondo processo di mutazione della normazione che, valorizzando le caratteristiche precipue delle formulazioni di *hard* e *soft-law*, cerca di assecondare la profonda esigenza di regolazione avvertita nella realtà giuridica, senza ingessare l'ordinamento sulla nettezza e l'inderogabilità delle soluzioni.

4.1. Rassegna dei rinvii normativi alle linee guida.

La rassegna dei richiami emergenziali alle linee guida può, qui, cominciare con il decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 (*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), che, all'art. 21, rubricato *Misure per la profilassi del personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco*, stabilisce che, al fine di prevenire il contagio tra gli appartenenti ai corpi menzionati in rubrica, si adotteranno misure precauzionali stabilite con apposite *linee guida*, da adottarsi d'intesa tra le amministrazioni²⁰³. In altre parole, le misure atte a scongiurare la diffusione dei contagi entro i menzionati corpi sono, qui, normativamente rimesse alle soluzioni che saranno individuate dalle linee guida.

²⁰³ Il testo integrale recita: «Al fine di garantire la profilassi degli appartenenti alle Forze di polizia, alle Forze armate e al Corpo nazionale dei vigili del fuoco impiegati per le esigenze connesse al contenimento della diffusione del COVID-19 o in altri servizi d'istituto, comprese le attività formative e addestrative, le misure precauzionali volte a tutelare la salute del predetto personale sono definite dai competenti servizi sanitari, istituiti ai sensi del combinato dell'articolo 6, primo comma, lettera z), e dell'articolo 14, terzo comma, lettera q) della legge 23 dicembre 1978, n. 833, nonché dell'articolo 181 del decreto legislativo, 15 marzo 2010, n. 66, secondo procedure uniformi, stabilite con apposite linee guida adottate d'intesa tra le Amministrazioni da cui il medesimo personale dipende». Al comma 2 dello stesso articolo, si afferma che le linee guida saranno applicate anche al personale dell'Amministrazione civile impiegato presso le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale.

Nel decreto-legge successivo, il d.l. 8 marzo 2020, n. 11 (*Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*), all'art. 2, rubricato *Misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia*, al comma 2, si descrivono alcune possibili misure per assicurare le finalità di cui al comma 1 (contrastare l'epidemia e contenere gli effetti negativi della stessa sullo svolgimento dell'attività giudiziaria). Tra di esse, quella di cui alla lett. d), impone «l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze». A meno di, pure possibili, sviste, si può dire che il testo di questo decreto-legge riproponga una dizione (*linee guida vincolanti*) che non si leggeva su un testo normativo almeno dall'approvazione delle disposizioni con le quali sono stati previsti i c.d. poteri di regolazione flessibile dell'Anac. Nel caso che ci occupa, l'adozione di linee guida *vincolanti* per lo svolgimento delle attività di udienza, ripropone il controsenso terminologico che già aveva fatto interrogare gli interpreti del Codice dei contratti pubblici (tracciare delle linee guida evoca, infatti, un significato diverso rispetto al *vincolare*). Oggi, le difficoltà interpretative che derivano dall'accostamento della locuzione linee guida al termine *vincolanti* possono essere parzialmente superate in virtù delle riflessioni che si sono già svolte nello studio e nell'analisi delle linee guida dell'Anac e, più in generale, del fenomeno della regolazione *per linee guida*. L'esperienza accumulata consente, infatti, di inferire che l'esistenza di linee guida che siano definite *vincolanti* sia spiegabile alla luce del fatto che la locuzione *linee guida* non debba essere intesa in base al significato che sembra attribuirle il linguaggio comune, ma evochi una *non-categoria* di elementi giuridicamente rilevanti entro il cui spettro semantico è possibile ricomprendere una moltitudine di oggetti anche profondamente diversi tra loro. Nel caso di specie, la previsione della facoltà, riconosciuta a ciascun ufficio giudiziario, di autoregolare la propria attività d'udienza diramando istruzioni che siano inderogabili per coloro che vi operino rende tali linee guida come fossero circolari.

In prosieguo, nello stesso d.l. si detta una disposizione simile per ciò che concerne la giustizia amministrativa²⁰⁴, ma in questa circostanza si precisa che le linee guida in parola debbano anche risultare *coerenti* con le indicazioni eventualmente adottate dal Presidente del Consiglio di Stato. Si adotta, invece, lo schema di cui al primo esempio (linee guida sì, ma senza *vincolo di coerenza* con eventuali indicazioni verticistiche) per le linee guida (pure definite vincolanti) previste come adottabili per regolare l'attività di udienza presso il giudice contabile²⁰⁵.

Ancora, con il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, i riferimenti alle linee guida ripropongono quanto già affermato dalla precedente decretazione d'urgenza²⁰⁶, sia per quanto riguarda le linee guida adottabili d'intesa per la profilassi delle forze dell'ordine²⁰⁷; sia per quanto riguarda la disciplina relativa allo svolgimento

²⁰⁴ Cfr. l'art. 3 (*Misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia amministrativa*), il quale, al comma 3, stabilisce che «I provvedimenti di cui al comma 2 possono prevedere una o più delle seguenti misure: (...) d) l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze, coerenti con le eventuali disposizioni dettate dal presidente del Consiglio di Stato»

²⁰⁵ Cfr. art. 4 (*Misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia contabile*), il quale, al comma 3, stabilisce, a sua volta, che: «Per assicurare le finalità di cui al comma 2, i vertici degli uffici possono adottare le seguenti misure: (...) d) l'adozione di linee guida vincolanti per la trattazione delle udienze o delle adunanze».

²⁰⁶ Per esigenze di completezza, si segnala come il decreto in parola contenga il riferimento a delle linee guida che non risultano, invece, evocate nella precedente decretazione. Al comma 3 dell'art. 72 (*Misure per l'internazionalizzazione del sistema Paese*), si legge, infatti, che: «Le iniziative di cui al presente articolo sono realizzate nel rispetto delle linee guida e di indirizzo strategico in materia di internazionalizzazione delle imprese adottate dalla Cabina di regia di cui all'articolo 14, comma 18-bis, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. Il Fondo di cui al comma 1 è ripartito tra le diverse finalità con decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con proprio decret, le occorrenti variazioni di bilancio». A queste stesse linee guida fa, poi, riferimento anche la decretazione d'urgenza successiva. Il d.l. 8 aprile 2020, n. 23, alla lett. f) del comma 2 dell'art. 3 (*SACE S.p.A.*), stabilisce che SACE S.p.A., nella predisposizione del piano annuale di attività, *tiene conto delle linee guida e di indirizzo strategico in materia di promozione e internazionalizzazione delle imprese, assunte dalla cabina di regia co-presieduta dal Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale e del ministro dello sviluppo economico*: un esempio di correlazione tra linee guida ed atti di indirizzo.

²⁰⁷ Cfr. l'art. 73-bis, rubricato, a sua volta, *Misure per la profilassi del personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco*, il quale, proprio come la disposizione già analizzata, afferma che, al fine di garantire la profilassi degli appartenenti ai corpi menzionati in rubrica, si adotteranno misure precauzionali con apposite linee guida, adottate d'intesa tra le Amministrazioni da cui il medesimo personale dipende

dell'attività giudiziaria, operandosi, in ben due casi, un analogo richiamo alla facoltà di adottare linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze²⁰⁸;

La decretazione d'urgenza immediatamente successiva, contiene, poi, un riferimento alle *linee guida per gli istituti tecnici e professionali*²⁰⁹ per ciò che concerne lo svolgimento degli esami di Stato e la valutazione dell'anno scolastico 2019/2020, oltre che un riferimento alle *Linee Guida per l'istituzione e l'accreditamento delle biobanche, prodotte dal Comitato Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie della Presidenza del Consiglio dei ministri*, alle quali si rinvia la specificazione delle modalità attraverso le quali debba avvenire la consegna dei campioni biologici raccolti dai centri di prelievo²¹⁰.

Ai d.l. appena menzionati fa, poi, eco, il d.P.C.M. 26 aprile 2020, il quale, all'art. 5 (*Transiti e soggiorni di breve durata in Italia*), al comma 3, stabilisce che vettori ed armatori sono tenuti ad adottare misure organizzative in conformità alle indicazioni di cui all'allegato 8 (nominato *Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nel settore del trasporto e della logistica*) e, soprattutto, all'allegato 9, vale a dire le *Linee guida per l'informazione*

²⁰⁸ Cfr. l'art. 83 (*Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare*), il quale, alla lett. d) del co. 7, inserisce tra le misure adottabili dagli uffici giudiziari anche l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze; l'art. 85 (*Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia contabile*), il quale, alla lett. d) del comma 3, inserisce tra le misure approntabili anche l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze o delle adunanze, sempreché esse siano coerenti con le disposizioni di coordinamento dettate dal presidente della Corte dei conti, ivi inclusa la eventuale celebrazione a porte chiuse.

²⁰⁹ Cfr. l'art. 1, comma 2 del d.l. 8 aprile 2020, n. 22 (*Misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato*), il quale stabilisce quanto segue: «Le ordinanze di cui al comma 1 definiscono le strategie e le modalità dell'eventuale integrazione e recupero degli apprendimenti relativi all'anno scolastico 2019/2020 nel corso dell'anno scolastico successivo, a decorrere dal 1° di settembre 2020, quale attività didattica ordinaria. L'eventuale integrazione e recupero degli apprendimenti di cui al primo periodo tiene conto delle specifiche necessità degli alunni delle classi prime e intermedie di tutti i cicli di istruzione, avendo come riferimento il raggiungimento delle competenze di cui alle indicazioni nazionali per il curriculum della scuola dell'infanzia e del primo ciclo di istruzione, alle indicazioni nazionali per i licei e alle linee guida per gli istituti tecnici e professionali»

²¹⁰ Cfr. il d.l. 10 maggio 2020, n. 30, all'art. 1, comma 6, dove si legge: «I campioni raccolti presso gli appositi punti di prelievo vengono analizzati e refertati dai laboratori individuati dalle regioni e dalle province autonome, che comunicano i risultati delle analisi svolte all'interessato e, per il tramite della piattaforma di cui al comma 2, ai soggetti di cui al comma 1. I campioni raccolti sono consegnati, a cura della Croce Rossa Italiana, alla banca biologica dell'Istituto Nazionale Malattie Infettive "L. Spallanzani", istituita con la delibera n. 320 del 20 luglio 2009, nel rispetto delle Linee Guida per l'istituzione e l'accreditamento delle biobanche, prodotte dal Consiglio Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie della Presidenza del Consiglio dei ministri il 19 aprile 2006.»

agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del COVID-19²¹¹. A ruota, l'art. 7 contiene un doppio riferimento alle linee guida di cui all'allegato 9. Al comma 1 è, infatti, previsto che, al fine di favorire il contenimento del contagio, le attività di trasporto si svolgeranno *anche sulla base* di quanto previsto da protocolli e, soprattutto, linee guida²¹²: ecco, dunque, un primo richiamo alla capacità regolativa delle linee guida che, in base alla lettera della normativa primaria, sono esplicitamente indicate come strumenti da tenere in considerazione per la regolazione dei trasporti.

Al comma 2²¹³, invece, si stabilisce che: il Ministro possa aggiornare, con proprio decreto, sia il visto *Protocollo* che le linee guida: affermazione che ci lascia intendere che le linee guida in parola possano, in realtà, essere contenute entro decreti ministeriali di cui, qui, si annuncia l'adozione.

Venendo, poi, agli allegati di questo d.P.C.M., si scopre che l'allegato 6 (denominato *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro fra il Governo e le parti sociali*) contiene, a sua volta, linee guida: nella premessa al documento c'è, infatti, scritto: «*Il documento, tenuto conto dei vari provvedimenti del Governo e, da ultimo, del D.P.C.M. 10 aprile 2020, nonché di*

²¹¹ Cfr. art. 5 (*Transiti e soggiorni di breve durata in Italia*), co. 3: «*I vettori e gli armatori acquisiscono e verificano prima dell'imbarco la documentazione di cui al comma 1, provvedendo alla misurazione della temperatura dei singoli passeggeri e vietando l'imbarco se manifestano uno stato febbrile o nel caso in cui la predetta documentazione non sia completa. Sono inoltre tenuti ad adottare le misure organizzative che, in conformità alle indicazioni di cui al "Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19" di settore sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 8, nonché alle "Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del COVID-19", di cui all'allegato 9, assicurano in tutti i momenti del viaggio una distanza interpersonale di almeno un metro tra i passeggeri trasportati, nonché l'utilizzo da parte dell'equipaggio e dei passeggeri dei mezzi di protezione individuali, con contestuale indicazione delle situazioni nelle quali gli stessi possono essere temporaneamente ed eccezionalmente rimossi. Il vettore provvede, al momento dell'imbarco, a dotare i passeggeri, che ne risultino sprovvisti, dei mezzi di protezione individuale»*

²¹² Cfr. comma 1: «*Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19, le attività di trasporto pubblico di linea terrestre, marittimo, ferroviario, aereo, lacuale e nelle acque interne, sono espletate, anche sulla base di quanto previsto nel "Protocollo condiviso del COVID-19 nel settore del trasporto e della logistica" di settore sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 8, nonché delle "Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del COVID-19" di cui all'allegato 9».*

²¹³ Cfr. comma 2: «*In relazione alle nuove esigenze organizzative o funzionali, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con proprio decreto, può integrare o modificare le "Linee guida (...) - di cui all'allegato 9, n.d.r - (spazio)", nonché, previo accordo con i soggetti firmatari, il Protocollo condiviso (...) - di cui sopra, ancora n.d.r. -"».*

quanto emanato dal Ministero della Salute, contiene linee guida condivise tra le Parti per agevolare le imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio (...)». In buona sostanza, sembra potersi ricavare che il *Protocollo*, forse munito di un proprio carico di obbligatorietà, contenga *linee guida* (e quindi delle indicazioni che, da sole, sarebbero tendenzialmente non vincolanti). Il dubbio relativo alla possibile portata di obbligatorietà del documento è, però, alimentato dal prosieguo stesso del *protocollo* che, due periodi dopo, afferma che: «*La prosecuzione delle attività produttive può infatti avvenire solo in presenza di condizioni che assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione. La mancata attuazione del Protocollo che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza (...)*».

Proseguendo, dopo il riferimento all'espressione linee guida nel testo della premessa e dopo il periodo che abbiamo citato per interrogarci su una possibile portata obbligatoria dello stesso, il seguito dell'allegato non presenta altri impieghi della locuzione, apprestandosi a determinare le modalità attraverso le quali dovrà essere organizzato il lavoro. Nel farlo, non manca di dettare regole specifiche relativamente a diversi aspetti dell'attività lavorativa, precisando: obblighi di informazione, fissati in capo all'impresa ed a beneficio del personale impiegato (punto 1, denominato *Informazione*); misure sulle modalità di ingresso in azienda (punto 2); previsioni sulle modalità d'accesso all'azienda dei fornitori esterni (punto 3); indicazioni sulle operazioni di sanificazione in azienda (punto 4); precauzioni igieniche personali coincidenti, in sostanza, in un misto di obblighi (si dice, ad esempio, che certe cose sono obbligatorie - "*è obbligatorio che le persone presenti in azienda adottino tutte le precauzioni igieniche, in particolare per le mani*") e raccomandazioni (si dice anche, ad esempio, che certe cose sono solo raccomandate - "*è raccomandata la frequente pulizia delle mani con acqua e sapone*"); indicazioni sui dispositivi di protezione individuali (il cui uso è definito "fondamentale" ancorché non formalmente imposto, in quanto il contenuto comportamentale delle condotte individuate - nel caso, l'adozione di misure di igiene e dispositivi di protezione - non ricalca perfettamente lo schema linguistico con il quale si

impongono gli obblighi²¹⁴); indicazioni sulla gestione degli spazi comuni (Punto 7); soluzioni prospettate come possibili per l'organizzazione aziendale e relative alla turnazione, alle trasferte, al lavoro agile e ad altri aspetti (punto 8); raccomandazioni sulla gestione dell'entrata e dell'uscita dei dipendenti (Punto 9); misure sugli spostamenti interni, le riunioni, gli eventi interni e formativi (punto 10); prescrizioni relative alla gestione di una persona sintomatica in azienda²¹⁵ (punto 10); altre misure di sorveglianza sanitaria (punto 12) e relative all'aggiornamento del protocollo di regolamentazione (punto 13), tra cui quella che prescrive la costituzione di un Comitato aziendale per l'applicazione e la verifica delle regole e del protocollo.

Allegato allo stesso d.P.C.M. c'è, poi, l'Allegato 7, denominato *Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nei cantieri*, il quale, proprio come il protocollo di cui all'allegato 6, autodefinisce le proprie indicazioni come linee guida²¹⁶. Anche questo documento, proprio come quello che lo precede, contiene un interessante intreccio di misure certamente obbligatorie, soluzioni apparentemente imposte e opzioni solo raccomandate. Nel farlo, il testo ricorre a formulazioni elastiche che appaiono, da un lato, efficacemente rivelatrici della propria *ratio* ispiratrice e, dall'altro, pienamente partecipi della difficoltà di temperare l'adozione di indicazioni di carattere generale con la previsione di deroghe, in quanto contenenti il riferimento a possibili eccezioni, dovute alla diversità delle situazioni che possono presentarsi ed alla difficoltà di regolare compiutamente ogni aspetto dello svolgimento delle attività considerate. Anche in questo caso si prevedono, infatti, obblighi di informazione a capo del

²¹⁴ All'esordio del Punto 6 si legge, infatti «l'adozione delle misure di igiene e dei dispositivi di protezione individuale indicati nel presente Protocollo di Regolamentazione è fondamentale e, vista l'attuale situazione di emergenza, è evidentemente legata alla disponibilità in commercio (...);»

²¹⁵ Al principio del punto 11 si afferma, infatti, che, nel caso in cui una persona presente in azienda sviluppi febbre e sintomi da infezione respiratoria «si dovrà procedere al suo isolamento in base alle disposizioni dell'autorità sanitaria». All'ultimo punto si prescrive, poi, che il datore di lavoro "deve" munire il lavoratore di mascherina chirurgica dopo aver provveduto al suo isolamento (nel caso in cui, ovviamente, già non ne fosse dotato);

²¹⁶ Lo fa nel suo ultimo periodo, dove afferma: «Le presenti linee guida sono automaticamente integrate o modificate in materia di tutela sanitaria sulla base delle indicazioni o determinazioni assunte dal Ministero della Sanità e dall'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) in relazione alle modalità di contagio del COVID-19»

datore di lavoro²¹⁷ (punto 1); l'obbligo di individuazione di procedure di ingresso, transito ed uscita dei lavoratori (Punto 2), con la precisazione che alcune delle condotte qui specificate debbono essere garantite solo *se possibile*²¹⁸; obblighi di sanificazione del cantiere (Punto 3); obblighi relativi alle precauzioni igieniche (Punto 4); raccomandazioni sull'uso di dispositivi di protezione individuale (Punto 5) non ancora formulate in termini di obbligo per via della penuria, allora riscontrata, di dispositivi; obblighi di contingentamento degli ingressi negli spazi comuni (punto 6), con precisazioni in ordine ad alcune modalità attraverso le quali realizzarlo²¹⁹; soluzioni consigliate in ordine all'organizzazione del cantiere (Punto 7); misure relative alla gestione di persone sintomatiche in cantiere (Punto 8), oltre che altre previsioni in materia di sorveglianza medico-sanitaria dei lavoratori e aggiornamento dei protocolli.

Dopo l'allegato 7, il numero 8, relativo ai trasporti, si definisce, a sua volta, un complesso di *linee guida* pur presentando, nel suo nome, la dizione *protocollo*²²⁰, e contiene misure dirette al contrasto della diffusione del virus nel settore aereo (prima parte) e in quelli dell'autotrasporto delle merci (seconda parte); del trasporto pubblico locale stradale e delle ferrovie concesse (terza parte); del settore ferroviario generale (quarta parte); del settore marittimo e portuale (quinta parte); dei servizi di trasporto non di linea. Anche in questo caso, le misure approntate presentano

²¹⁷ Il punto comincia affermando che «*Il datore di lavoro, anche con l'ausilio dell'Ente Unificato Bilaterale formazione/sicurezza delle costruzioni, quindi attraverso le modalità più idonee ed efficaci, informa tutti i lavoratori e chiunque entri nel cantiere circa le disposizioni delle Autorità, consegnando e/o affiggendo all'ingresso del cantiere e nei luoghi maggiormente frequentati appositi cartelli visibili che segnalino le corrette modalità di comportamento*». Segue la specificazione di altri obblighi (come quello di rilevazione della temperatura corporea degli addetti ai lavori, adempimento rispetto al quale il documento presenta, addirittura, una nota a piè di pagina; o quello di dichiarare che ci si impegna a rispettare altre disposizioni).

²¹⁸ Al primo capoverso del Punto 2 si legge, infatti: «*Se possibile, gli autisti dei mezzi di trasporto devono rimanere a bordo dei propri mezzi (...)*». Nello stesso punto si declina, inoltre, l'obbligo di individuare servizi igienici dedicati per fornitori e trasportatori; l'obbligo di garantire il distanziamento interpersonale tra i lavoratori.

²¹⁹ All'inizio del punto 6 si prevede, infatti, che è preferibile non utilizzare gli spogliatoi per evitare il contatto tra i lavoratori, e sempreché non sia obbligatorio utilizzarli

²²⁰ Anche in questo caso, si specifica quanto detto al termine del documento, dove si legge: «*Le presenti linee guida sono automaticamente integrate o modificate in materia di tutela sanitaria sulla base delle indicazioni o determinazioni assunte dal Ministero della Sanità e dall'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) in relazione alle modalità di contagio del COVID-19*»

formulazioni miste, adottando dizioni sfumate come “*se possibile*²²¹” ed obblighi che, per via della situazione concreta, non potevano essere costruiti in termini di pienezza²²². Non mancano, però, obblighi più pieni²²³, come già si era visto nel precedente allegato.

Da ultimo, l'allegato 9, che rinvia espressamente alle *linee guida* sia nel proprio titolo (*Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del covid-19 in materia di trasporto pubblico*), sia nel proprio testo²²⁴, contiene, sia una parte denominata *Misure "di sistema"*, con la quale si sottolineano alcuni aspetti organizzativi di massima, come l'importanza di articolare l'orario di lavoro in modo differenziato; sia altre parti dal tenore più precettivo come, ad esempio, le successive *Misure di carattere generale*. Queste, ad esempio, prevedono la sanificazione degli ambienti ed altri obblighi analoghi, sebbene, comunque, non rinuncino al "dialogo" con formulazioni più *soft*. Tra di esse quelle che, senza disporre espressamente degli obblighi, ricordano come sia *necessaria* (e non già obbligatoria) l'installazione di dispenser contenenti soluzioni disinfettanti o, ancora, l'incentivazione della vendita dei biglietti di viaggio con sistemi telematici.

In una terza parte, le linee guida in parola pongono, poi, delle raccomandazioni, le quali, pur essendo espressamente definite come tali (il titolo di questa parte delle linee guida è, infatti, *Raccomandazioni per tutti gli utenti dei servizi di trasporto pubblico*), hanno un tenore, alle volte, più precettivo dei protocolli²²⁵, cioè i precedenti allegati (e ciò sebbene il genere dei *protocolli* rimandi

²²¹ Lo si fa, ad esempio, nella seconda parte, quella relativa al settore dell'autotrasporto di merci, dove si dice che gli autisti, se possibile, devono rimanere a bordo dei propri mezzi

²²² Questo sembra accadere, ad esempio, nella prima parte, quando si prevede che gli addetti ai lavori che dovessero necessariamente entrare a più stretto contatto, anche fisico, con il passeggero, "dovranno indossare" mascherine e guanti monouso

²²³ Sembra riconoscersene uno tra le previsioni dedicate alla terza parte, quella relativa al settore del trasporto pubblico locale, dove si dice che l'azienda "procede" all'igienizzazione, sanificazione e disinfezione di treni e mezzi pubblici

²²⁴ Quasi in esordio si legge: «(...) *Le presenti linee guida stabiliscono le modalità di informazione agli utenti nonché le misure organizzative da attuare nelle stazioni, negli aeroporti e nei porti, al fine di consentire il passaggio alla successiva fase del contenimento del contagio, che prevede la riapertura scaglionata delle attività industriali, commerciali e di libera circolazione delle merci e delle persone*»

²²⁵ Qui si dice, infatti, di "non usare" il trasporto pubblico se si hanno sintomi; di seguire la segnaletica ed i percorsi indicati nelle stazioni; di utilizzare le porte di accesso ai mezzi indicate per la salita e la discesa

ad una forma che evoca una maggiore doverosità dei comportamenti in essi contenuti, quantomeno per gli operatori). Non mancano, poi, indicazioni che, per il proprio contenuto, si ritiene, forse, sconsigliato formulare in termini assolutamente netti (si dice, ad esempio, di evitare di avvicinarsi al conducente o di igienizzare spesso le mani durante il viaggio) e si mantiene, dunque, il visto dialogo tra formulazioni di diversa estrazione.

Al d.P.C.M. in parola ne fa, poi, seguito un altro, di poco successivo. L'incalzare dell'emergenza e le esigenze di pronto reperimento di indicazioni istituzionali per la gestione delle attività in progressiva ripresa, sembrano, infatti, aver imposto l'adozione di nuove indicazioni, parimenti atipiche ed altrettanto rapide e flessibili. Così, con il d.P.C.M. 17 maggio 2020, il ricorso alle linee guida subisce, addirittura, un incremento e ciò avviene, probabilmente, per via della necessità di declinare in modo flessibile tutte le indicazioni avvertite come necessarie per l'ordinato svolgimento delle attività nuovamente consentite. Prova di quanto si afferma è, in primo luogo, il fatto che delle linee guida siano richiamate già nella premessa dell'atto²²⁶ Premessa a parte, i riferimenti testuali alle linee guida all'interno del decreto sono poi, quarantacinque. Molto velocemente: alla lett. b) del primo comma dell'art. 1 (*Misure urgenti di contenimento del contagio sull'interno territorio nazionale*), si afferma che l'accesso dei minori ad aree di gioco all'interno di parchi, ville e giardini pubblici debba avvenire "*nel rispetto delle linee guida*" del Dipartimento per le politiche della famiglia di cui all'allegato 8; alla lett. c) dello stesso comma si prevede che sarà consentito l'accesso di bambini e ragazzi a luoghi destinati allo svolgimento di attività ludiche, ricreative ed educative, ma "*con*

²²⁶ Al penultimo periodo delle Premessa si prevede, infatti, che, «*Su proposta del Ministro della salute, sentiti i Ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze, nonché i ministri degli affari esteri e della cooperazione internazionale; dell'istruzione, della giustizia; delle infrastrutture e dei trasporti, dell'università e della ricerca; delle politiche agricole, alimentari e forestali; dei beni e delle attività culturali e del turismo; del lavoro e delle politiche sociali; per la pubblica amministrazione; per le politiche giovanili e lo sport; per gli affari regionali e le autonomie; per le pari opportunità e la famiglia, nonché sentito il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome, che in data 17 maggio 2020 ha espresso il proprio parere condizionato, tra l'altro, alla necessità che le linee guida condivise dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome siano richiamate nelle premesse e allegate al provvedimento e viste - anche, n.d.r. - le linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 16 maggio 2020 di cui all'allegato 17, trasmesse in data 17 maggio 2020 unitamente al parere del Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome, - si, n.d.r. - decreta: (...)*»

obbligo di adottare appositi protocolli di sicurezza, predisposti in conformità alle linee guida" di cui all'allegato 8²²⁷. Qui si prevede anche che le Regioni e le Province autonome possano *stabilire una diversa data anticipata o posticipata* – di riapertura, n.d.r. -, *ma a condizione che (...) individuino i protocolli o le linee guida applicabili idonei a prevenire il rischio di contagio, nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali*; alla lett. e) si fa riferimento a linee guida redatte a cura dell'Ufficio per lo Sport della Presidenza del Consiglio dei ministri, su proposta del Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) e del Comitato Italiano Paralimpico (CIP), sentita la Federazione Medico Sportiva Italiana (FMSI), le Federazioni Sportive Nazionali, le Discipline Sportive Associate e gli Enti di Promozione Sportiva. Il contenuto delle linee guida in parola sembrerebbe finalizzato alla puntualizzazione degli aspetti relativi allo svolgimento di attività sportive di interesse nazionale (le uniche alle quali era concesso lo svolgimento al momento di adozione del d.P.C.M. in commento); alla lett. f) c'è un riferimento alle linee guida da adottare, sempre dall'Ufficio per lo Sport, sempre sentita la FMSI, per l'attività sportiva di base presso palestre, piscine, centri e circoli sportivi. Anche qui si prevede che le Regioni e le Province autonome possano fissare diverse date di ripresa di queste attività dopo aver individuato linee guida o protocolli (e sempreché essi siano rispettosi delle linee guida nazionali); alla lett. g) si prevede che "*per l'attuazione delle linee guida di cui alle lett. e) ed f)*", le Federazioni adottino, per gli ambiti di rispettiva competenza, degli "*appositi protocolli attuativi*": ecco, quindi, che dopo le linee guida *in gerarchia*, abbiamo anche le *linee guida attuative delle linee guida* o, ancora, i *protocolli* - e, cioè, atti caratterizzati da un nome capace di evocare un'obbligatorietà del proprio contenuto - che attuano *linee guida*, vale a dire strumenti che, salvo alcuni casi, sfuggono ad ogni tipo di previa classificazione e non rientrano in alcun tipo di inquadramento; alla lett. m) si prevede che gli spettacoli aperti al pubblico in sale teatrali, sale da concerto, sale cinematografiche e in altri spazi anche all'aperto possano riprendere ad essere svolti e che "*l'attività degli*

²²⁷ Nei passaggi successivi si precisa, inoltre, che Regioni e Province autonome possono stabilire date di riapertura diverse (ed anticipate) rispetto a quelle previste dal d.P.C.M., a condizione che individuino dei protocolli o - in alternativa - delle linee guida (impossibile non ritrarre l'impressione che i termini vengano usati come sinonimi) che siano idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio. La possibilità di adozione di queste linee guida è, peraltro, condizionata al rispetto delle linee guida nazionali: una gerarchia tra linee guida

spettacoli" sarà organizzata "secondo e linee guida di cui all'allegato 9"; la lett. p) contiene, per quanto riguarda la riapertura dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura, un riferimento alle linee guida che la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome adotteranno per l'organizzazione del servizio; alla lett. q), dopo la menzione di tutta una serie di servizi sospesi a causa dall'emergenza, si dice che sono esclusi da tali sospensioni i corsi abilitanti e le prove teoriche e pratiche effettuate dagli uffici della motorizzazione civile, ma che tali attività si svolgeranno sempre "secondo le modalità individuate" in linee guida, nella fattispecie quelle "adottate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti"; alla lett. dd) si dice che le attività commerciali ed al dettaglio potranno riprendere *nel rispetto di protocolli o linee guida* idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio, adottati dalle Regioni o dalla Conferenza di cui sopra; alla lett. ee) si afferma lo stesso per le attività di ristorazione; alla lett. gg) si ripropone quanto detto nell'lettere dd) ed ee) per i servizi alla persona e si condiziona lo svolgimento delle attività connesse alla prestazione di tali servizi al fatto che siano individuati protocolli o linee guida applicabili; alla lett. mm), infine, si fa svolgere lo stesso schema regolatorio, ma con riferimento al le attività degli stabilimenti balneari.

Altri riferimenti simili sono, poi, contenuti rispetto alle attività svolte nelle strutture ricettive (anche qui si subordina la ripresa delle stesse all'adozione ed al rispetto di protocolli o linee guida, anche qui adottati dagli organi di governo degli enti territoriali e salvo che tali strumenti non contrastino con quelli - parimenti flessibili - adottati dal livello centrale). Linee guida differenti sono, invece, evocate al comma 2 dell'articolo 4, dove si afferma che vettori ed armatori sono tenuti ad adottare le misure organizzative che, in conformità alle indicazioni di cui al *Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del covid-19 nel settore del trasporto e della logistica* di settore sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 14, nonché alle *Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del covid-19* di cui all'allegato 15. Queste stesse linee guida sono, poi, riportate in entrambi i commi dell'articolo 8 (*Misure in materia di trasporto pubblico di linea*).

Esaurito l'elenco dei riferimenti alle linee guida entro il testo del decreto, veniamo agli allegati: più di uno di essi si presenta (già nel proprio titolo) come un

complesso di *linee guida*. Il numero 8, ad esempio, è "a firma" della Presidenza del Consiglio dei ministri e del Dipartimento per le politiche della famiglia²²⁸ e si intitola *Linee guida per la gestione in sicurezza di opportunità organizzate di socialità e gioco per bambini ed adolescenti nella fase 2 dell'emergenza covid-19*. Si tratta di linee guida con formule discorsive, munite di introduzione, certamente costituite da passaggi nei quali sono declinati gli obiettivi da perseguire attraverso la fissazione di indicazioni generiche, ma ad esse si accompagnano previsioni più specifiche²²⁹. A disposizioni come queste si accompagnano, poi, previsioni che, secondo i casi, integrano gli standard di prevenzione per più di un aspetto (il rapporto numerico tra personale e bambini od adolescenti presenti nel parco ne costituisce un esempio) o contengono indicazioni fortemente raccomandate, relative a comportamenti che non si possono imporre attivamente (v. 2.4, Principi generali di igiene e pulizia).

A seguire, l'Allegato 12, riecheggiando l'idea di una possibile sovrapposibilità tra *protocolli* e *linee guida*, si intitola *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro fra il Governo e le parti sociali*, ma, in chiusa, si autodefinisce come un complesso di linee guida²³⁰. Anche queste indicazioni presentano gli stessi caratteri dei protocolli-linee guida già considerati, alternando formulazioni apparentemente prescrittive con soluzioni terminologiche a doverosità sfumate. Non mancano luoghi testuali nei quali si usano, senza troppo equivoco, le voci del verbo *raccomandare* per indicare comportamenti consigliati e non imposti.

L'Allegato 15, intitolato *Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del covid-19 in materia di trasporto pubblico*, è un aggiornamento del *Protocollo* di cui al precedente d.P.C.M. e ne ricalca, con qualche aggiunta, il contenuto, mentre l'Allegato 17 (*Linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 16 maggio 2000*), in apparente ossequio alle

²²⁸ Le istituzioni sono indicate all'intestazione del documento, in esordio

²²⁹ Nel loro testo si fissano, ad esempio, i compiti del gestore dei parchi (v. 1.2)

²³⁰ Qui si legge «*Le presenti linee guida sono automaticamente integrate o modificate in materia di tutela sanitaria sulla base delle indicazioni o determinazioni assunte del Ministero della Sanità e dell'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) in relazione alle modalità di contagio del COVID-19*».

tradizioni redazionali delle linee guida mediche, declina, già in apertura, scopo del documento e principi generali, dettando, poi, tutta una serie di disposizioni (riassunte in schede tecniche) per la riapertura degli esercizi commerciali. Il grado di specificità delle sue previsioni, alle volte, significativamente profondo. Nel settore della ristorazione si prevede, ad esempio, che *si applichino* (è proprio “*applicare*” il verbo che si utilizza) alcune misure, tra cui, a scopo esemplificativo, si richiamano: la rilevazione della temperatura corporea; l'ingresso contingentato; la disposizione dei tavoli nel rispetto del distanziamento interpersonale; il divieto di consumazione a buffet. Per il settore delle attività turistiche (in cui si ricomprendono la gestione di stabilimenti balneari e spiagge), si prevede, poi, più o meno lo stesso (tra gli esempi proponibili: rilevazione della temperatura, mantenimento del distanziamento interpersonale, mantenimento del distanziamento tra gli ombrelloni e le altre strutture in dotazione allo stabilimento; divieto di attività ludico-sportive di gruppo). Seguono disposizioni simili per le strutture ricettive, per il commercio al dettaglio su aree pubbliche e per altre attività come la manutenzione del verde.

Proseguendo la disamina dei luoghi della normazione d'emergenza nei quali si faccia rinvio alle linee guida, bisogna, poi, dedicare qualche passaggio al d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), nel quale i riferimenti alle linee guida non cessano di essere trascurabili, in quanto si fanno nuovi, in parte diversi, e leggermente più numerosi. Evidenziando le introduzioni più significative, si nota che l'art. 1-ter del d.l. in parola è, infatti, rubricato *Linee guida per la gestione dell'emergenza epidemiologica presso le strutture per anziani, persone con disabilità e altri soggetti in condizione di fragilità*. Il testo dell'articolo non declina, però, delle *linee guida*, ma ne annuncia l'adozione, predeterminandone (in parte) il contenuto. Più precisamente, si afferma che, entro un certo termine, saranno disponibili delle linee guida, allo scopo di fornire agli operatori un supporto che non si ritiene di poter apprestare attraverso l'adozione di una normativa secondaria, di atti amministrativi generali o, ancora, di altri corpi di indicazioni già precisamente incasellati entro le costruzioni giuridiche tradizionali²³¹.

²³¹ Il testo dell'articolo recita: «Entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del

In buona sostanza, il legislatore rimette alla definizione delle linee guida e, nel caso concreto, agli esperti del Comitato tecnico-scientifico, la fissazione delle regole operazionali da osservare per la gestione ed il controllo di una certa quota delle situazioni bisognose di interventi regolatori. Nel farlo, pone, però, una riserva di contenuto²³², in modo che la cessione dell'onere regolatorio in favore dei soggetti individuati si concreti solo nella definizione dei mezzi di contrasto, e non anche nell'individuazione dei suoi fini, in quanto gli stessi sembrano restare definiti in base alle indicazioni elaborate dalla maggioranza Parlamento-Governo.

In prosieguo, l'art. 211-*bis*, al comma 3, in combinato con il contenuto del comma 2²³³, stabilisce che l'aggiornamento dei piani di sicurezza relativi alle infrastrutture critiche che erogano servizi pubblici anche in tempo di Covid sia redatto d'intesa con i rappresentanti delle amministrazioni, *tenendo conto* delle linee guida sulla gestione dell'emergenza emanate, di volta in volta, dai Ministeri competenti: ecco, dunque, una sorta di invito generale a prestare attenzione al possibile livello delle linee guida, come se lo stesso, quando presente, fosse un affidabile collettore di indicazioni di cui dover tenere conto e con il quale *fare*

dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, adotta linee guida per la prevenzione, il monitoraggio e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 presso le residenze sanitarie assistite e le altre strutture pubbliche o private, accreditate, convenzionate e non convenzionate, comunque denominate dalle normative regionali, che durante l'emergenza abbiano erogato prestazioni di carattere sanitario, socio-sanitario, riabilitativo, socio-educativo, socio-occupazionale o socio-assistenziale per anziani, persone con disabilità, minori, persone affette da tossicodipendenza o altri soggetti in condizione di fragilità»

²³² I vincoli di contenuto, specificati, al comma 2, sono i seguenti: «*Le linee guida di cui al comma 1 sono adottate nel rispetto dei seguenti principi: a) garantire la sicurezza e il benessere psico-fisico delle persone ospitate o ricoverate presso le strutture di cui al comma 1 // b) garantire la sicurezza di tutto il personale, sanitario e non sanitario, impiegato presso le strutture di cui al comma 1, anche attraverso la fornitura di dispositivi medici e dispositivi di protezione individuale idonei a prevenire il rischio di contagio; // c) prevedere protocolli specifici per la tempestiva diagnosi dei contagi e per l'attuazione delle conseguenti misure di contenimento; // d) disciplinare le misure di igiene fondamentali alle quali il personale di servizio è obbligato ad attenersi; // e) prevedere protocolli specifici per la sanificazione periodica degli ambienti.*»

²³³ La normativa richiamata recita: «L'aggiornamento dei piani di sicurezza è redatto d'intesa con i rappresentanti delle amministrazioni di cui all'articolo 11, comma 3, del decreto legislativo 11 aprile 2011, n. 61, e recepisce il contenuto di eventuali direttive emanate ai sensi dell'articolo 14 dello stesso decreto legislativo. Le misure adottate sono comunicate ai Ministeri competenti per materia e al Ministero dell'interno, anche per gli aspetti di sicurezza informatica connessi alla protezione delle infrastrutture critiche informatizzate di cui all'articolo 7-bis del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, e alla Segreteria infrastrutture critiche di cui all'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo 11 aprile 2011, n. 61; // 3. L'aggiornamento dei piani di sicurezza con riferimento all'emergenza da COVID-19 tiene conto delle linee guida sulla gestione dell'emergenza emanate dai Ministeri competenti e dei principi precauzionali emanati dalla Segreteria infrastrutture critiche»

sistema anche nella fase di aggiornamento di *piani*, ovverosia di atti amministrativi adottati con provvedimenti generali e, perciò, muniti di caratteri che le linee guida non dovrebbero possedere.

Il comma 4 assegna, poi, alle linee guida una funzione ancora più esiziale: mentre prima ci si era limitati a segnalare l'importanza di considerare le linee guida come strumenti con i quali l'adozione di atti successivi debba, in qualche modo, coordinarsi, con il comma 4 si afferma che i Ministeri dell'Interno e della Salute, ciascuno nel proprio ambito di riferimento, emaneranno *direttive* per attuare le *linee guida*²³⁴: una formulazione del genere assume, infatti, che una determinazione amministrativa che, secondo le ricostruzioni dottrinali già citate, beneficia di una tendenziale obbligatorietà (la direttiva, per l'appunto), sia preordinata all'applicazione di *linee guida* (e cioè alla concretizzazione di atti assolutamente indeterminati e, soprattutto, non vincolanti). Anche in questo caso, un uso poco esplicitato di alcune espressioni terminologiche costringe gli interpreti a rilevare una evidente possibilità di confusione, oltre che ad ipotizzare interpretazioni conciliative (non per questo necessariamente soddisfacenti), atte a comporre sistematicamente le difficoltà riscontrate. Nel caso, un'interpretazione di questo tipo potrebbe suggerire che, nell'aggiornamento dei visti piani (comma 3) si debba non considerare le indicazioni dei tecnici (contenute in linee guida), mentre ciascun ministero adotterà delle *direttive* per dare attuazione ai piani o programmi aggiornati al livello generale (comma 4).

Da ultimo, l'art. 224-ter (*Sostenibilità delle produzioni agricole*), prescrive, al comma 4, che il disciplinare di produzione di cui al comma 1 si basi sulle *linee guida nazionali di produzione integrata per la filiera vitivinicola* (anche qui, dunque, si afferma che un documento procedurale ed obbligatorio debba tenere conto del livello flessibile e non vincolante delle linee guida); mentre l'art. 229-bis (*Disposizioni per lo smaltimento dei dispositivi di protezione individuale*), stabilisce che “Per fare

²³⁴ Il testo del co. 4 recita: «I Ministeri dell'interno e della salute, nell'ambito delle attività connesse con la gestione dell'emergenza da COVID-19, informando i Ministeri competenti, emanano, per gli aspetti di rispettiva competenza, proprie direttive per favorire l'attuazione delle misure previste nelle linee guida di cui al comma 3 e per garantire il funzionamento delle infrastrutture critiche, la protezione del personale operativo dal contagio e la mobilità sul territorio nazionale per esigenze di continuità operativa e attività manutentive, anche se effettuate da soggetti terzi, compresi coloro che provengono dall'estero.»

fronte all'aumento dei rifiuti derivanti dall'utilizzo diffuso di mascherine e guanti monouso da parte della collettività”, la determinazione di soluzioni utili possa rimettersi al contenuto di linee guida elaborate dal Ministero dell'ambiente, sentiti altri soggetti²³⁵.

Sulla scia della decretazione d'urgenza, il d.P.C.M. 11 giugno 2020 ripropone, in premessa, il riferimento alle linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome; si riferisce, in più luoghi testuali (v. art. 1, comma 1, lettere *b* e *c*) alle linee guida del Dipartimento per le politiche della famiglia, riportate (ed aggiornate) nell'allegato 8; fa lo stesso per le linee guida emanate dall'Ufficio per lo Sport (riferendosi ad esse alle lettere *f* e *g* dello stesso comma); subordina la ripresa delle attività dei comprensori sciistici alla previsione, da parte di Regioni e Province autonome, di protocolli e linee guida (che sempre rispettino le linee guida nazionali e - novità – sempre che le stesse siano comunque in coerenza con l'allegato 10²³⁶); alla lett. *l*) assoggetta la ripresa delle attività di sale giochi, sale scommesse e sale bingo allo stesso schema di cui alle attività precedenti (riapertura programmata ed anticipabile previa adozione di protocolli e linee guida locali, nel rispetto delle linee guida nazionali); ripropone il riferimento alle linee guida per spettacoli aperti al pubblico in sale teatrali, sale da concerto, sale cinematografiche (lett. *m*), musei (lett. *p*), attività commerciali al dettaglio (lett. *dd*), servizi di ristorazione (lett. *ee*), attività inerenti ai servizi alla persona (lett. *gg*), attività degli stabilimenti balneari (lett. *mm*), attività delle strutture ricettive (lett. *nn*); ricalca, con qualche aggiunta, il contenuto dei rinvii relativi alle attività della motorizzazione civile; assoggetta allo schema sopra

²³⁵ Il testo della disposizione in oggetto recita: «*Per fare fronte all'aumento dei rifiuti derivanti dall'utilizzo diffuso di mascherine e guanti monouso da parte della collettività, ai sensi dell'articolo 15 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, con una o più linee guida del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentiti l'Istituto superiore di sanità e l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale per quanto di competenza, sono individuate misure da applicare durante il periodo dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e comunque non oltre il 31 dicembre 2020, volte a definire: a) specifiche modalità di raccolta dei dispositivi di protezione individuale usati presso gli esercizi della grande distribuzione, le pubbliche amministrazioni e le grandi utenze del settore terziario; // b) specifiche modalità di raccolta dei dispositivi di protezione individuale utilizzati dagli operatori per le attività economiche produttive mediante installazione di box dedicati presso i propri impianti.*»

²³⁶ Vale a dire i *Criteri per protocolli di settore elaborati dal Comitato tecnico-scientifico in data 15 maggio 2020*

enucleato anche la riapertura di centri benessere e termali (lett. z), mentre anche gli altri riferimenti si inscrivono nell'aggiornamento delle previgenti disposizioni.

Nell'intervento successivo (il d.P.C.M. del 14 luglio 2020), il riferimento alle linee guida è confermato nella premessa²³⁷ ed anche nella sostanza, visto che si dispone la proroga delle misure già adottate con il precedente decreto.

Continuando la rassegna dei richiami, il d.l. n. 76 del 16 luglio 2020, dopo aver inserito alcuni aggiornamenti, per il vero, non troppo rilevanti, al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (*Codice dell'amministrazione digitale*), contiene, all'art. 38-bis²³⁸ (*Semplificazioni per la realizzazione di spettacoli dal vivo*), comma 1, un riferimento alle *linee guida adottate per la prevenzione ed il contrasto della diffusione del contagio da COVID-19*²³⁹. Attraverso questo riferimento sembra che si condizioni l'operatività delle soluzioni consentite dall'articolo al fatto che non vi siano disposizioni od anche *linee guida* che non depongano in senso contrario²⁴⁰. Proseguendo, l'art. 49 dello stesso testo (*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali*), rimette alle *linee guida in materia di programmazione ed esecuzione delle attività di indagine sullo stato di conservazione delle gallerie esistenti*, la precisazione delle operazioni atte ad assicurare

²³⁷ Qui, infatti, si legge: «Viste le linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome dell'11 giugno 2020, di cui all'allegato 9, trasmesse in data 11 giugno 2020 unitamente al parere del Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome, come aggiornate in data 9 luglio 2020 e trasmesse in pari data»

²³⁸ Introdotta in fase di conversione

²³⁹ Cfr. il comma 1: «Fuori dei casi di cui agli articoli 142 e 143 del regolamento di cui al regio decreto 6 maggio 1940, n. 635, al fine di far fronte alle ricadute economiche negative per il settore dell'industria culturale conseguenti alle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, in via sperimentale fino al 31 dicembre 2021, per la realizzazione di spettacoli dal vivo che comprendono attività culturali quali il teatro, la musica, la danza e il musical, che si svolgono in un orario compreso tra le ore 8 e le ore 23, destinati ad un massimo di 1.000 partecipanti, ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, richiesto per l'organizzazione di spettacoli dal vivo, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, è sostituito dalla segnalazione certificata di inizio attività di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, presentata dall'interessato allo sportello unico per le attività produttive o ufficio analogo, fermo restando il rispetto delle disposizioni e delle linee guida adottate per la prevenzione e il contrasto della diffusione del contagio da COVID-19 e con esclusione dei casi in cui sussistono vincoli ambientali, paesaggistici o culturali nel luogo in cui si svolge lo spettacolo in oggetto»

²⁴⁰ Il testo dell'articolo è, infatti, da intendersi «(...) fermo restando il rispetto delle disposizioni e delle linee guida adottate per la prevenzione e il contrasto della diffusione del contagio da COVID-19 e con esclusione dei casi in cui sussistono vincoli ambientali, paesaggistici o culturali nel luogo in cui si svolge lo spettacolo in oggetto.»

l'omogeneità della classificazione e gestione del rischio, l'omogeneità delle valutazioni sulla sicurezza, nonché quella relativa al monitoraggio delle gallerie esistenti lungo le reti stradale ed autostradale. Si annuncia, poi, che queste linee guida saranno adottate dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, forse nella forma di decreto ministeriale, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici²⁴¹.

Una disposizione simile accompagna, poi, il riferimento alle linee guida immediatamente successivo, vale a dire quello che, al secondo comma dello stesso articolo, annuncia l'adozione di altre linee guida, sempre per la programmazione ed esecuzione delle attività di indagine sullo stato di conservazione delle gallerie esistenti, ma lungo le infrastrutture stradali *diverse* da quelle di cui al comma 1²⁴². Alla medesima *ratio* sono, poi, ispirate le linee guida menzionate ai commi 2 e 3 dello stesso, articolo: quelle, cioè, dedicate alla rilevazione dello stato di conservazione di ponti, viadotti, rilevati, cavalcavia e opere similari esistenti lungo infrastrutture stradali gestite da enti diversi da Anas S.p.A. o da concessionari autostradali. Anche rispetto a queste linee guida si annuncia che saranno contenute entro un decreto ministeriale²⁴³.

Da ultimo, il decreto-legge in parola rimette all'adozione di linee guida (apparentemente, a loro volta, da inserirsi entro il testo o tra gli allegati di un decreto

²⁴¹ Il testo completo recita: «*Al fine di assicurare l'omogeneità della classificazione e gestione del rischio, della valutazione della sicurezza e del monitoraggio delle gallerie esistenti lungo la rete stradale e autostradale, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, adottato entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono approvate apposite linee guida in materia di programmazione ed esecuzione delle attività di indagine sullo stato di conservazione delle gallerie esistenti lungo le strade statali o autostrade gestite da Anas S.p.A. o da concessionari autostradali, di esecuzione di ispezioni e di programmazione degli interventi di manutenzione e di messa in sicurezza delle stesse.*»

²⁴² Qu si legge: «*Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottarsi, per le medesime finalità di cui al comma 1, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici e previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono adottate apposite linee guida in materia di programmazione ed esecuzione delle attività di indagine sullo stato di conservazione delle gallerie esistenti lungo le infrastrutture stradali diverse da quelle di cui al comma 1, nonché di esecuzione delle ispezioni e di programmazione degli interventi di manutenzione e di messa in sicurezza delle stesse.*»

²⁴³ Ed infatti si afferma: «*Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, adottato, per le medesime finalità di cui al comma 1, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, sentito il Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri e previa intesa in sede di conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono adottate le linee guida applicabili su ponti, viadotti, rilevati, cavalcavia e opere similari esistenti lungo infrastrutture stradali gestite da enti diversi da Anas S.p.A. o da concessionari autostradali, nonché le modalità della loro partecipazione, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente, alla sperimentazione di cui al comma 1.*»

ministeriale) la semplificazione delle procedure autorizzative per ciò che concerne la realizzazione degli impianti di distribuzione elettrica²⁴⁴. In altre parole, si rimette al contenuto di linee guida la definizione di scelte cruciali in ordine alle procedure da imporre agli operatori economici; si demanda alle linee guida – nella loro attività di individuazione delle procedure – l'attuazione dei principi di cui alla legge sul procedimento amministrativo; si prevede che le Regioni vi si debbano attenere entro un termine dalla loro *entrata in vigore*: affermazioni di questo genere consentono di concludere che le linee guida in parola altro non siano che un altro nome che si sia voluto dare ad un decreto ministeriale, in quanto nessun altro documento avrebbe l'attitudine di inseguire il compimento degli obiettivi enunciati, né l'efficacia che gli si attribuisce.

Ancora dopo, con il d.P.C.M. del 7 agosto 2020, si confermano i riferimenti in premessa degli altri d.P.C.M. e quelli relativi a: accesso ai parchi pubblici (lett. *b*); accesso di bambini e ragazzi in spazi destinati allo svolgimento di attività ludiche, ricreative ed educative (lett. *c*); attività sportiva di base (lett. *g*); svolgimento di sport di contatto (lett. *h*); attività di sale giochi, sale scommesse e sale bingo (lett. *m*); spettacoli aperti al pubblico (lett. *n*). A ben intendere, è, poi, in questo decreto che, per la prima volta, si opera un rinvio alle linee guida del Ministero dell'Università e della Ricerca (poi inserite nell'allegato 18) per la ripresa delle attività didattiche e curricolari. Invariato, con qualche aggiornamento, lo scenario dei rinvii alle linee guida per le attività di centri benessere e termali (lett. *z*); servizi di ristorazione (lett.

²⁴⁴ E difatti si afferma: «1. Al fine di agevolare lo sviluppo di sistemi di distribuzione elettrica sicuri, resilienti, affidabili ed efficienti, nel rispetto dell'ambiente e dell'efficienza energetica, il Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo e con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, acquisita l'intesa della Conferenza Unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta le linee guida nazionali per la semplificazione dei procedimenti autorizzativi riguardanti la costruzione e l'esercizio delle infrastrutture appartenenti alle reti di distribuzione // 2. Le linee guida di cui al comma 1 assicurano la semplificazione delle procedure autorizzative, tramite l'adozione di una autorizzazione unica comprendente tutte le opere connesse e le infrastrutture indispensabili all'esercizio delle infrastrutture secondo i principi della legge 7 agosto 1990, n. 241. Sono, inoltre, individuati i casi per i quali può trovare applicazione una procedura autorizzativa semplificata tramite denuncia di inizio lavori e i casi in cui, per gli interventi legati al rinnovo, alla ricostruzione ed al potenziamento di reti elettriche esistenti di qualunque tipologia, può trovare applicazione il meccanismo dell'autocertificazione, in ragione del imitato impatto sul territorio nonché sugli interessi dei privati, in virtù della preesistenza dell'impianto e delle limitate modifiche apportate alla tipologia di impianto o al tracciato, essendo le stesse contenute entro 50 metri rispetto al tracciato originario. // Le regioni adeguano le rispettive discipline entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore delle linee guida (...)»

ee); attività inerenti ai servizi alla persona (lett. gg); attività degli stabilimenti balneari (lett. mm) ed attività delle strutture ricettive (lett. nn).

Nulla di particolarmente rilevante si deve, poi, segnalare rispetto al decreto presidenziale successivo, quello del 7 settembre 2020, il quale, nella sua relativa brevità, mantiene inalterato l'impianto dei precedenti interventi e, con esso, i loro richiami. Nel decreto-legge 8 settembre 2020, n. 111, invece, all'articolo 1 (*Disposizioni in materia di trasporto pubblico locale*), si svolge un brevissimo riferimento alle *Linee Guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del COVID 19 in materia di trasporto pubblico* e alle *Linee Guida per il trasporto scolastico dedicato, ove i predetti servizi nel periodo ante COVID abbiano avuto un riempimento superiore all'80% della capacità*, nella misura in cui si stabilisce che alcuni fondi già stanziati per altre finalità possano essere utilizzati anche per il funzionamento dei servizi aggiuntivi di trasporto che debbono essere garantiti in loro attuazione (in attuazione, cioè, del contenuto delle linee guida).

E poi, ancora, il d.l. 7 ottobre 2020, n. 125 (*Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione delle direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020*, all'art. 1 (*Misure urgenti strettamente connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza da COVID-19*, al comma 1, lett. b), aggiunge alla legge di conversione del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (la l. 22 maggio 2020, n. 35), la lettera *hh-bis*), che prescrive *l'obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie*²⁴⁵: una previsione importante ai fini delle riflessioni che si proverà a svolgere nei prossimi paragrafi.

²⁴⁵ B) al comma 2, dopo la lettera hh) è aggiunta la seguente “hh-bis) obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, con possibilità di prevederne l'obbligatorietà dell'utilizzo nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto a eccezione de casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi, e comunque con salvezza dei protocolli e delle linee guida anti-contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande, restando esclusi da detti obblighi (...)»

4.2. Considerazioni generali sulla normazione d'emergenza

Dopo aver brevemente riportato i principali richiami alle linee guida operati dalla normativa d'emergenza, sembra, ora, il caso di svolgere qualche riflessione di carattere più generale sulla normazione emergenziale e sul rapporto che questa ha intrattenuto con il livello degli strumenti flessibili.

L'osservazione delle caratteristiche che presentano le linee guida richiamate dall'esperienza in corso e, più in generale, gli strumenti flessibili elaborati in occasione della crisi sanitaria o, ancora, i rinvii ad essi operati dalle normative primaria e secondaria, consentono di ricavare elementi straordinariamente utili sia per comprendere le ragioni della diffusione di linee guida e degli strumenti ad esse assimilati, sia per riflettere sulle difficoltà che derivano dal loro impiego. L'emergenza rappresenta, infatti, uno straordinario laboratorio per lo studio dei mutamenti della normazione, oltre che un interessante campo di interazione tra spinte giuridiche di segno diverso²⁴⁶.

L'estrema complessità della situazione che abbiamo vissuto (e che, per molti aspetti, è ancora in corso) mostra, prima di tutto, quanto sia diventato insopprimibile e pressante il bisogno di rinvenire regole specifiche per ogni minuto aspetto della vita

²⁴⁶ L'emergenza epidemiologica di questi mesi ha determinato stravolgimenti di non poco momento in svariati ambiti della realtà quotidiana ed il mondo del diritto, pro parte sua, non sembra fare eccezione a questo stato di cose. Con il trascorrere delle settimane, sono stati molti i quesiti giuridici che la crisi ha proposto agli studiosi del diritto e sono state, conseguentemente, numerose le voci che si sono levate per fornire una spiegazione od una ricostruzione giuridica dei vari cambiamenti in atto. Per tutti, si richiamano, qui, i contributi di M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*; M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*; S. PRISCO - F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, tutti disponibili in *Osservatorio Emergenza Covid-19*, n. 1, pubblicato su *Federalismi.it*; L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*; G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da CoViD-19*; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del CoViD-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*; tutti in *BioLaw Journal*, 1/2020, Special Issue (d'ora in avanti 1S/2020). Con riguardo agli effetti che l'emergenza sanitaria ha determinato rispetto ad alcuni e specifici temi si rinvia, poi, a titolo esemplificativo, a P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri* o, ancora, a G.M. CAPORALE – L. TRAPASSI, *La libertà di esercizio del culto cattolico in Italia in epoca di COVID-19. Una questione di diritto internazionale*; C. GENTILE, *L'epidemia di Covid-19, la libertà di culto ed il rapporto Stato-Chiesa*, tutti su *Federalismi.it*. Per altri spunti su temi specifici si richiamano, poi, i contributi di C. CIARDO, *Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell'emergenza CoViD-19: il rischio di una sanità diseguale*; C. CROCETTA, *Diritti sociali e prossimità alla prova del Coronavirus. Una "prima analisi" antropologico-giuridica*; C.M. REALE, *La dimensione costituzionale dell'emergenza: come l'epidemia moltiplica le disuguaglianze*, tutti su *BioLaw Journal*, 1S/2020.

associata. All'aumentare delle difficoltà dovute all'evoluzione della situazione complessiva, si è, infatti, accompagnato lo smodato accrescimento del bisogno di disporre di regole precise, a cui è seguito il tentativo di regolare in modo chirurgico il più elevato numero possibile di situazioni concrete²⁴⁷. Le disposizioni primarie atte a regolare l'emergenza sono state, così, elaborate in modo, spesso, dettagliato, mentre la normativa di applicazione è stata frequentemente affiancata da un terzo ordine di indicazioni: quello – appunto – degli strumenti flessibili, spesso oggetto di rinvii anche da parte della normazione primaria (come si è visto, non mancano luoghi della decretazione d'urgenza in cui si specifica che la gestione della crisi e l'adozione di soluzioni dovranno avvenire tenendo conto di protocolli e linee guida).

Di qui una prima conclusione: le difficoltà sottese all'elaborazione di risposte normative per la gestione della crisi non hanno favorito – come pure si sarebbe potuto verificare – l'elaborazione di clausole generali tendenzialmente omnicomprensive o, più semplicemente, con la previsione di norme astratte da affidare all'interpretazione. Al contrario, le soluzioni anticrisi privilegiate sono state individuate nella specificità delle indicazioni di ogni livello, in un moto di specificazione casistica di regole ed eccezioni alle volte decisamente frenetico.

In secondo luogo, l'osservazione delle fonti della crisi sembra evidenziare la circostanza per cui, all'aumentare delle difficoltà legate all'individuazione di regole generali per il governo delle situazioni, aumenti, contestualmente, la *quantità* delle indicazioni flessibili od il rinvio alle soluzioni che esse possano disporre. In altre parole, il bisogno di specificità richiesto ai titolari della funzione normativa non

²⁴⁷ Un esempio che si ritiene possa illustrare, in modo – forse – interessante quale sia il livello che possa raggiungere il descritto *bisogno del dettaglio* potrebbe essere rappresentato dalla recente vicenda del titolare di un bar di Catanzaro che, dopo aver chiuso il proprio esercizio commerciale entro le ore 24:00 in applicazione dell'art. 1, co. 1, lett. *ee*) del d.P.C.M. 13 ottobre 2020, ha riaperto il proprio esercizio quindici minuti dopo la mezzanotte, adducendo l'esistenza di una lacuna nel testo del d.P.C.M. il quale, pur avendo specificato l'orario di chiusura degli esercizi, non specificava, contestualmente, quello di riapertura. Se non si è inteso male, la giustificazione addotta dall'esercente dovrebbe aver convinto le forze dell'ordine a non elevare una multa per l'avvenuta infrazione del decreto ed ha stimolato un dibattito in ordine all'opportunità di aggiornare lo stesso, indicando, nello stesso, una soglia oraria a partire dalla quale si possano riaprire gli esercizi. Ebbene, stante l'evidente *ratio* delle restrizioni imposte del provvedimento in esame, si può, forse, notare come l'accresciuto bisogno di specificità nella fissazione delle regole richieda di indicare, minutamente gli aspetti che debbano riguardare lo svolgimento di ogni singola attività, anche quando sarebbe sufficiente ricorrere ad un'interpretazione sistematica o teleologica per inferire che una riapertura come quella del caso di specie contrasta con la *ratio* della norma e potrebbe, verosimilmente, ritenersi illegittima anche senza modificare il testo del decreto.

sembra assecondato attraverso l'elaborazione di fonti, e trova piuttosto soddisfazione nelle precisazioni di numerosissimi altri strumenti. Il fenomeno, da ultimo, citato è probabilmente da spiegarsi per il fatto che gli strumenti flessibili sono ritenuti in grado di disciplinare gli aspetti di dettaglio con maggiore facilità e con maggiore rapidità.

In terzo luogo, una delle chiavi di lettura che sembrano potersi ricavare dallo studio della normazione emergenziale sembra rappresentata dal fatto che la normativa d'emergenza abbia dovuto affiancare l'adozione di evidenti e generalizzati divieti all'attività del porre raccomandazioni rispetto a comportamenti che sembra, materialmente, difficile (o sproporzionato) vietare o imporre e rendere oggetto di coercizione. In altre parole, nel tentativo di elaborare una risposta organica alle svariate esigenze di regolazione poste dalla crisi, il legislatore ha introdotto formulazioni *soft* nell'*hard law* o ha inserito, nelle disposizioni cogenti, un rinvio alle specificazioni operate dagli strumenti flessibili o *soft*. Nel primo caso, abbiamo, dunque, raccomandazioni e divieti *entro* le norme; nell'altro norme cogenti che ammettono di essere integrate nel proprio contenuto proprio attraverso il rinvio agli strumenti flessibili.

Di qui una seconda conclusione: la ricomprensione di tratti di *hard* e *soft-law* entro le medesime fonti è, forse, un fenomeno più inconsueto del rinvio che gli strumenti *hard* possono rivolgere alle indicazioni *soft*. E questo perché è insolito rinvenire entro i testi normativi sia *comandi* che *consigli*, sia obblighi che raccomandazioni: indicazioni accomunate dal fatto di poter potenzialmente condividere il medesimo contenuto sostanziale, ma irrimediabilmente opposte dal punto di vista degli effetti derivanti dalla loro eventuale inosservanza. Anzi, nella maggior parte dei casi, il titolo e la struttura degli atti che contengono tali due tipi di indicazioni (le raccomandazioni, da un lato, ed i divieti od obblighi, dall'altro) consentono di ascrivere le formulazioni qui variamente elaborate ad un *contenitore* giuridico predeterminato, escludendo che si registrino commistioni tra il complesso delle istruzioni nate per il *consigliare* e l'*obbligare* all'osservanza di specifici precetti. L'emergenza di questi mesi ha, però, avallato una tendenza già in parte riscontrabile in altre occasioni normative, e – come si diceva – ha favorito la ricomprensione entro testi unitari di entrambi i tipi di indicazioni: i comandi

certamente provvisti di vincolatività e le istruzioni comportamentali fortemente raccomandate²⁴⁸.

4.3. Il dialogo tra hard e soft-law nella normativa d'emergenza

Le difficoltà derivanti dalla gestione dell'emergenza hanno indotto il legislatore ad elaborare soluzioni di estrema flessibilità e ad inserire nell'intelaiatura dei testi cogenti anche altri tipi di soluzioni (obblighi relativi²⁴⁹, deroghe alla normativa generale perché legittimate da linee guida²⁵⁰, rose di suggerimenti qualificati dalle quali poter attingere per il caso di espansione dell'emergenza²⁵¹ ed

²⁴⁸ Come si è mostrato nel paragrafo precedente, alcuni decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (atti certamente vincolanti, ma il cui inquadramento entro il sistema delle fonti appare ancora in parte discusso) contengono, infatti, sia precetti che raccomandazioni. Per un ulteriore esempio si v., da ultimo, l'espressione *è fortemente raccomandato* contenuta al comma 5 dell'art. 1 del d.P.C.M. del 18 ottobre 2020

²⁴⁹ Se ne rinvencono dove, ad esempio, si impiega l'espressione *se possibile*.

²⁵⁰ Questo è accaduto in tutte le occasioni normative nelle quali si è previsto che la riapertura delle attività commerciali fosse fissata per un determinato momento, a meno che non fossero stati adottate linee guida locali che disponessero diversamente. Per un riscontro, v., ad esempio, il già richiamato d.P.C.M. del 17 maggio 2020.

²⁵¹ Questo sembra accadere già con il d.l. n. 6/2020 (*Misure urgenti per evitare la diffusione del COVID-19*), il quale, dopo aver affermato, già al comma 1 dell'art. 1, che le *autorità competenti* fossero tenute all'adozione di *ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*, ha elencato, al comma successivo, una serie di possibili misure. Il comma 2, infatti, recita: «Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti: // a) divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; // b) divieto di accesso al comune o all'area interessata; // c) sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico; // d) sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza; // e) sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi; // f) sospensione dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero, trovando applicazione la disposizione di cui all'articolo 41, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79; // g) sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; // h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva; // i) previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva; // j) chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità; // k) chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali di cui agli articoli 1 e 2 della

altro ancora). Man mano che la situazione si è andata evolvendo, la normazione d'emergenza ha, infatti, individuato in modo più o meno esplicito diverse soluzioni flessibili, modulando il diverso ricorso ad obblighi e raccomandazioni secondo quanto si è ritenuto fosse richiesto dalle concrete esigenze del momento ed affermando l'idea per cui quando non bastano più il *nudge*²⁵², la *moral suasion* o la persuasività di raccomandazioni esplicite a è necessario ricorrere all'imposizione giuridica più netta²⁵³. Anzi, proprio nel diverso dosaggio di obblighi e raccomandazioni sembrano potersi leggere i miglioramenti ed i peggioramenti della situazione sanitaria, in quanto, se i primi provvedimenti adottati prediligono la linea

legge 12 giugno 1990, n. 146, specificamente individuati; // l) previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente; // m) limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3; // n) sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare; // o) sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3.» Si tratta, con buona approssimazione, di un'elencazione esemplificativa: di una lista di misure che, se adeguate e proporzionate secondo i casi, si indicavano come adottabili dalle amministrazioni competenti; una di rosa di soluzioni consigliate, inquadrabili nella (discussa e) generica formulazione del comma precedente.

²⁵² Al riguardo, cfr. P. JOHN, *Nudge, nudge, think, think: experimenting with way sto change civic behaviour*, Londra-New York, 2011; R.H. TALER – C.R. SUNSTEIN, *Nudge: la spinta gentile: la nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, trad. it. a cura di A. OLIVERI, Milano, 2019; A. CASU, *Fare meglio con meno: nudge per l'amministrazione digitale*, Milano, 2015. Mette in rapporto il *nudging* alle linee guida S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2017.

²⁵³ Con riguardo all'ampia letteratura sul grado di adesione spontanea agli atti di *moral suasion* ed alla sua variabilità rispetto a parametri come l'autorevolezza della fonte, la fondatezza delle argomentazioni logico-giuridiche utilizzate, la cultura di legalità dei destinatari o le sanzioni reputazionali che potrebbero discendere dal mancato rispetto di questi atti si rinvia, tra gli altri, a J.T. ROMANS, *Moral Suasion as an Instrument of Economic Policy*, in *The American Economic Review*, 56, 5 ed a E. DAL BÓ – P DAL BÓ, "Do the right thing": *The effects of moral suasion on cooperation*, in *Journal of Public Economics*, 117, 2017. Avendo, poi, riguardo alla *moral suasion* delle Autorità di regolazione, v., ad esempio C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012; S. MORETTINI, *Il soft-law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio AIR*, 4/2011; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il Diritto dell'Economia*, 64, 97, 3/2018; A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, 23/2017; F. DURANTE, *L'attività di moral suasion della CONSOB*, in *Notiziario Giuridico Telematico*, disponibile all'indirizzo: http://www.notiziariogiuridico.it/durante_consob_1.html. Per una ricostruzione a tutto campo si rinvia, invece, a R. CHIEPPA – G.P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.

morbida delle raccomandazioni²⁵⁴, quelli adottati nei periodi più critici contengono un maggior numero di obblighi. Allo stesso tempo, se i provvedimenti adottati per la c.d. *fase 2* sembrano riflettere il generale rilassamento dei costumi che è seguito al miglioramento della situazione sanitaria, in quanto non contengono formulazioni

²⁵⁴ A questo proposito, già il D.P.C.M. dell'1 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, all'Allegato 4 (rubricato Misure igieniche)*) contiene una serie di indicazioni che non possono che ritenersi *raccomandazioni*. Tra di esse vi è quella – che qui compare per la prima volta – di *lavarsi spesso le mani* o, ancora, quella di *pulire le superfici con disinfettanti a base di cloro o alcol*: comportamenti fortemente raccomandati nell'interesse di tutti i cittadini, rispetto ai quali risulterebbe, però, difficile, se non proprio impossibile e irragionevole, prevedere delle sanzioni per il caso di inosservanza. Nei decreti successivi, il dialogo tra precetti e raccomandazioni si fa, poi, ancora più frequente (oltre che più interessante). Il D.P.C.M. del 4 marzo 2020, ad esempio, all'art. 2. (*Misure di informazione e prevenzione sull'intero territorio nazionale*) stabilisce che si applichino all'intero territorio nazionale le misure indicate alle lettere successive. Tra di esse, la lett. b), afferma, ad esempio, che: «è fatta espressa raccomandazione a tutte le persone anziane o affette da patologie croniche o con multi morbidità, ovvero con stati di immunodepressione congenita o acquisita, di evitare di uscire dalla propria abitazione o dimora fuori dai casi di stretta necessità e di evitare comunque luoghi affollati nei quali non sia possibile mantenere la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro, di cui all'allegato 1» La stessa disposizione, alla lett. d), prescrive, invece, che «è raccomandato ai comuni e agli altri enti territoriali, nonché alle associazioni culturali e sportive, di offrire attività ricreative individuali alternative a quelle collettive interdette dal presente decreto, che promuovano e favoriscano le attività svolte all'aperto, purché svolte senza creare assembramenti di persone ovvero svolte presso il domicilio degli interessati». Subito dopo, l'art. 4, perseguendo la spontanea adesione dei cittadini, stabilisce che: «Allo scopo di massimizzare l'efficacia della procedura sanitaria è indispensabile informare sul significato, le modalità e le finalità dell'isolamento domiciliare». Segue una lista di raccomandazioni più o meno specifiche, tutte accomunate da una non piena attitudine a poter diventare oggetto di coercizioni. Si va, infatti, dal *mantenimento dello stato di isolamento per quattordici giorni dall'ultima esposizione*, al più generico *divieto di contatti sociali*; dal *divieto di spostamenti e viaggi all'obbligo di rimanere raggiungibile per le attività di sorveglianza*. L'allegato 1 di questo decreto arricchisce, poi, le misure igieniche già specificate in calce al precedente provvedimento, raccomandando di *evitare abbracci e strette di mano*, oltre che di *evitare l'uso promiscuo di bottiglie e bicchieri*, specie durante l'attività sportiva: altri due esempi di comportamento che mal si prestano a formare l'oggetto di un divieto e che non possono essere riguardati da alcuna ipotesi di controllo astrattamente ipotizzabile.

In prosieguo, il d.P.C.M. 8 marzo 2020, all'art. 1, dispone che *nella regione Lombardia* ed in altre province specificamente indicate, sono adottate diverse misure. Alla lett. b), in particolare, si afferma, ad esempio, che è *fortemente raccomandato* che i soggetti *con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5° C)* rimangano presso il proprio domicilio, limitando al massimo i contatti sociali. Poco dopo, alla lett. e), *si raccomanda* ai datori di lavoro, sia pubblici che privati, di *promuovere, durante il periodo di efficacia del presente decreto, la fruizione da parte dei lavoratori dipendenti dei periodi di congedo ordinario e di ferie*; mentre, alla lett. u), che dispone alcune misure per il contrasto dell'epidemia nelle strutture del circuito penitenziario, si *raccomanda di limitare i permessi e la libertà vigilata o di modificare i relativi regimi in modo da evitare l'uscita e il rientro dalle carceri, valutando la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare*. Lo stesso decreto, all'art. 3 (*Misure di informazione e prevenzione sull'intero territorio nazionale*), detta, poi, la lett. b), la quale riprende vecchie formulazioni già contenute in altri decreti, per ribadire che «è fatta espressa raccomandazione a tutte le persone anziane o affette da patologie croniche (...) di evitare di uscire dalla propria abitazione (...)» e che *si raccomanda* – ancora una volta – di limitare gli spostamenti. Seguono altre ripetizioni. Da ultimo, il D.P.C.M. 11 marzo 2020, all'art. 1. (*Misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale*), comma 7, elenca una serie di comportamenti raccomandati per indirizzare le attività produttive e professionali

troppo stringenti e si limitano, spesso, al livello della raccomandazione, lo stesso non può dirsi per gli interventi, da ultimo, adottati, che sono tornati stringenti e dei quali la previsione dell'obbligo di indossare i dispositivi di protezione delle vie respiratorie rappresenta, con ogni probabilità, l'esempio più significativo²⁵⁵.

Una tale alternanza di imposizioni e divieti, da un lato, e di raccomandazioni, dall'altro, sembra proporre uno schema logico che si ritiene di poter condividere e ricostruire in termini positivi, almeno nella maggior parte dei casi. La struttura di alcuni degli atti adottati per fronteggiare l'emergenza si rivela, infatti, utile nella sua bivalenza e riflette l'esigenza di articolare, in testi normativi unici ed organici, la risposta istituzionale che sia, di volta in volta, richiesta rispetto ad un singolo settore di intervento: ecco un fenomeno, in parte, nuovo e meritevole di considerazione. L'occasione di studio e riflessione che si pone davanti a noi, ed il fatto che si sia, cioè, ricorsi ad una combinazione di *comandi* e *consigli*²⁵⁶ anche entro la trama di normazioni emergenziali potrebbe rivelare alcune inedite positività delle formulazioni composite, oltre che indurre una riflessione più generale sulle potenzialità degli strumenti flessibili²⁵⁷. Le disposizioni richiamate evidenziano, infatti, che i confini tra raccomandazioni e regole cogenti possano essere molto più mobili di quanto non si sia portati a pensare e che ogni ricostruzione che contrapponga eccessivamente i due termini qui considerati non tenga adeguatamente in conto che possono darsi situazioni nelle quali appaia più utile, se non proprio necessario, sfruttare le potenzialità di entrambi i modelli giuridici, anziché accordare prevalenza ad uno solo di essi.

Come accennato, ci sono, infatti, dei comportamenti che non sembra possibile o conveniente vietare in assoluto (ai nostri fini, l'esempio più significativo è dato dal

²⁵⁵ In altre parole, all'aumentare delle difficoltà regolatorie (che possono, banalmente, dipendere anche da un aumento delle situazioni che si presentino come necessariamente da regolare), o si ritorna alla specificazione normativa flessibile (*si raccomanda fortemente di*); o si rinvia normativamente a strumenti flessibili (*secondo le modalità previste da protocolli e linee guida*); o agli obblighi sfumati (e spiegati)

²⁵⁶ L'uso dell'espressione si deve a un'intuizione di G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 3/2016.

²⁵⁷ Sulla vocazione e le potenzialità degli strumenti flessibili si rinvia, tra tutti, a B. PASTORE, *Il soft-law nella teoria delle fonti* e M.R. FERRARESE, *Soft-law: funzioni e definizioni*, entrambi in A. SOMMA (a cura di), *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009; B. BOSCHETTI, *Soft-law e normatività: un'analisi comparata*, cit. In tema v. anche E. MOSTACCI, *La soft-law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

divieto di abbracci e strette di mano); mentre altri non possono essere imposti (lo è, ad esempio, quello attivo del lavarsi frequentemente le mani): il fatto che l'adeguamento a certi standard sia, però, raccomandato all'interno di un testo nel quale siano presenti anche misure cogenti, non significa che le due anime dell'atto siano destinate ad esercitare i propri e classici effetti in modo separato o, peggio ancora, a confliggere.

Le diverse matrici che convivono entro fonti miste potrebbero, infatti, dialogare tra loro; alimentare in modo parzialmente nuovo i processi di flessibilizzazione della normazione e consolidare nuovi ed interessanti progressi sul piano dell'effettività delle indicazioni. La complessità di alcune situazioni sembra, d'altronde, sconsigliare una strenua ed aprioristica predeterminazione della vincolatività o non vincolatività delle indicazioni, essendo possibile che l'opportunità di prevedere uno standard comportamentale come obbligatorio o raccomandato sia, in ultima analisi, da calibrarsi sulla situazione concreta, a seconda di quanto essa sia più o meno grave o urgente. Proprio a tale proposito, la Corte costituzionale ha già avuto modo di evidenziare l'estrema contiguità che i due modelli possano raggiungere quando si abbia a che fare con scelte altamente tecnicizzate ed ha stabilito che le indicazioni disposte per garantire l'effettività di un determinato intervento possano anche realizzare un diverso dosaggio di raccomandazioni ed obblighi, secondo ciò che sembri più opportuno prevedere in base al caso concreto²⁵⁸. In situazioni come queste, la discrezionalità che determina la scelta di un modello può, infatti, esercitarsi sulla scorta di specifiche valutazioni iniziali²⁵⁹, in modo che l'autorità preposta ad elaborare la risposta istituzionale per un certo tipo di problema possa scegliere se optare per la ricerca di una spontanea adesione²⁶⁰ (è il caso delle raccomandazioni) o imporre degli obblighi. Quando, poi, un unico testo è, almeno in parte, preordinato al perseguimento di un obiettivo, una raccomandazione

²⁵⁸ CORTE COSTITUZIONALE, sent. n. 5/2018, punto 8.2.1 della parte in diritto.

²⁵⁹ CORTE COSTITUZIONALE, sent. n. 268/2017

²⁶⁰ CORTE COSTITUZIONALE, sent. n. 5/2018, punto 1.3.2 della parte in fatto, dove si legge: «Di conseguenza, optando per una strategia basata sull'informazione e sulla persuasione e orientata a una maggiore qualità dei servizi vaccinali, si è consentito alle Regioni di sperimentare una sospensione dell'obbligo vaccinale, purché in presenza di un adeguato sistema informativo, di una copertura vaccinale già adeguata e di un efficace monitoraggio degli eventi avversi»

saldamente ancorata all'evidenza scientifica²⁶¹ potrebbe apparire ai suoi destinatari non troppo diversa da un obbligo²⁶².

Se un intervento normativo è, infatti, inscritto in un disegno complessivo e si basa su indicazioni elaborate da una scienza, le raccomandazioni e gli obblighi che questo abbia a dettare potrebbero non essere marcatamente (od utilmente) distinguibili da chi partecipi all'applicazione delle indicazioni, ed apparire distanti solo dal punto di vista dei rapporti e dei riflessi giuridici che possano generare. In altre parole, la diversità dei modelli potrebbe stemperarsi negli sforzi profusi per il raggiungimento dello scopo comune, riacquistando rilevanza nel solo caso di violazioni²⁶³.

²⁶¹ Sulla costituzionalizzazione della rivoluzione biomedica v. N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Milano, 2017.

²⁶² Quanto si va affermando traspare in A. IANNUZZI, *Leggi "science-driven" e CoViD-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, su *BioLaw Journal*, 1S/2020. Per altri scritti sul tema v., invece, L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*; G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*; V. ZAMBRANO, *Il «diritto umano alla scienza» e l'emergenza da CoViD-19*; M. TOMASI, *La solidarietà come vettore per uscire dalla crisi: prospettive dall'angolo di osservazione della medicina e della ricerca scientifica*, ancora su *BioLaw Journal*, 1S/2020; G. BISCOTTINI - M.E. COMBA - E. DEL PRATO - L.A. MAZZAROLLI - A. POGGI - G. VALDITARA - F. VARI, *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, su *Federalismi.it*

²⁶³ CORTE COSTITUZIONALE, sent. n. 5/2018, punto 8.2.4, dove si legge: «*Indubbiamente, il vincolo giuridico si è fatto più stringente: ciò che in precedenza era raccomandato, oggi è divenuto obbligatorio. Ma nel valutare l'intensità di tale cambiamento – ai fini del giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore con il decreto-legge n. 73 del 2017 e della conseguente compressione dell'autonomia regionale – occorre peraltro tenere presenti due ordini di considerazioni. Il primo è che nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017). In quest'ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l'autorevolezza propria del consiglio medico. Il secondo è che nel nuovo assetto normativo, basato, come si è detto sull'obbligatorietà (giuridica), il legislatore in sede di conversione ha ritenuto di dover preservare un adeguato spazio per un rapporto con i cittadini basato sull'informazione, sul confronto e sulla persuasione: in caso di mancata osservanza dell'obbligo vaccinale, l'art. 1 comma 4 del decreto-legge n. 73 del 2017, come convertito, prevede un procedimento volto in primo luogo a fornire ai genitori (o agli esercenti la potestà genitoriale) ulteriori informazioni sulle vaccinazioni e a sollecitarne l'effettuazione. A tale scopo, il legislatore ha inserito un apposito colloquio tra le autorità sanitarie e i genitori, istituendo un momento di incontro personale, strumento particolarmente favorevole alla comprensione reciproca, alla persuasione e all'adesione consapevole. Solo al termine di tale procedimento, e previa concessione di un adeguato termine, potranno essere inflitte le sanzioni amministrative previste, peraltro assai mitigate in seguito agli emendamenti introdotti in sede di conversione.*»

Ora, se quanto precede può essere condivisibile, non sembra assurdo sostenere che l'incidenza di raccomandazioni ed obblighi possa essere, in alcuni casi, abbastanza sovrapponibile e che la persuasività di una raccomandazione, proprio come il carattere eventualmente esiziale di un comune discostarsi da essa, possa fare sì che sia percepita come un obbligo che non è stato possibile rendere tale anche in via formale: un obbligo mancato, insomma.

Quelle appena svolte sono solo alcune delle riflessioni che è possibile condurre a partire dagli avvenimenti di questi mesi. Il duro banco di prova al quale è stato sottoposto l'intero universo giuridico ha fornito più di un'occasione per riflettere sui limiti ordinamentali e per predicare la flessibilità in vista della ripartenza economica. Pur essendo vero che le novità più consistenti non sembrano essersi registrate con riguardo al singolo aspetto che si esamina in questa sede²⁶⁴, gli esempi di composizione mista restano un aspetto capace di incuriosire, se non altro perché la loro ridotta diffusione entro l'ordinamento potrebbe rivelare che non sia stato, forse, del tutto indagato quali possano essere i vantaggi e gli svantaggi derivanti dal loro impiego.

Le linee guida rappresentano una delle più evidenti espressioni del bisogno di sovrapporre i livelli *hard* e *soft*, in quanto orientano l'interpretazione del primo ai bisogni pratici raccolti dai documenti che appartengono all'altro e partecipano, ciascuno secondo le proprie caratteristiche, ad informare la realtà giuridica di ogni ordinamento.

4.4. Formule miste: possibili cause, potenzialità e limiti

Negli ultimi anni, la flessibilità degli strumenti giuridici è stata uno dei caratteri più invocati per la migliore regolazione delle fattispecie complesse²⁶⁵. E

²⁶⁴ Sembra di potersi ricostruire che l'unico che si occupi compiutamente del rapporto tra emergenza e produzioni di *soft-law* sia L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Osservatorio emergenza Covid-19 aggiornato al 31 marzo 2020*, in *Federalismi.it*, p. 39.

²⁶⁵ Basti pensare a ciò che si è soliti predicare con riguardo alla flessibilità degli strumenti adottati dalle Autorità di regolazione. Per una riflessione critica sulla flessibilità, v. M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft-law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, su *DirittiFondamentali.it*, 1/2020; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft-law*, Torino, 2018; M. RAMAJOLI, *Pretesa precettività e flessibilità delle linee guida ANAC*, cit.; M. PASSALACQUA, *Soft-law per la regolazione*

dopo gli ultimi mesi, è facile immaginare che il ricorso alla flessibilità potrà avvertirsi in modo più insistente di quanto non accadesse prima. La situazione che si è delineata sembra, infatti, mostrare che l'elasticità di forme e regole possa essere, alle volte, l'unica soluzione per risolvere alcuni problemi.

Le esigenze di flessibilità che, a più riprese, indirizzano la regolazione delle attività complesse condividono, quasi in ogni caso, gli intenti ed i caratteri della produzione normativa di *soft-law* e dettano, come visto, l'affermazione di nuovi modelli giuridici²⁶⁶. Molto spesso, le produzioni che derivano da questo genere di percorsi paiono, però, difficilmente ascrivibili ad un preciso regime giuridico e sembrano essere contraddistinte da problemi di legittimazione, determinatezza, giustiziabilità e costituzionalità (tra gli altri).

Ora, il fatto che i presunti caratteri costitutivi del *soft-law* abbiano invaso con apparente facilità il contenuto di atti cogenti (che si presentano, così, *misti*), potrebbe rivelarci che le spinte per l'elaborazione di soluzioni flessibili possano aver trovato nuove vie per imporsi nell'ordinamento giuridico, senza che si debba necessariamente assecondare lo schema in base al quale, a fronte di norme cogenti

del mercato dei contratti pubblici, Milano, 2017; ancora M. RAMAJOLI., *Self regulation, soft regulation e hard regulation*, cit.. In argomento, v. R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit.; F. MERUSI – S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017; A.C. AMATO MANGIAMELLI, *Tecnoregolazione e diritti. Brevi note su limiti e differenze*, su *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1/2017; P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012; M. VATIERO, *Valutazione delle autorità di regolazione: una nuova introduzione*, in *Economia pubblica*, 5-6, 2009; L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato, Concorrenza Regole*, 2/2008; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica: tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, su *Quaderni costituzionali*, 2/2005; A. PERA, *Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza*, in *Mercato, Concorrenza Regole*, 2/2002; M. POLO, *Le Autorità indipendenti: un'analisi economica e una proposta di riordino*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2/2002; A. BOITANI, *Costi e benefici dei diversi modelli di regolazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2/2002; V. ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Politica del diritto*, 1/2000; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, Bologna, 1996;

²⁶⁶ Declina questo aspetto riguardo alle linee guida C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019. Sulla necessità di strumenti elastici per regolare la complessità degli assetti sociali, cfr., poi, S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit.; ID., *Diritto, scienza e tecnologia*, cit.; Per uno sguardo, invece, all'adozione di strumenti flessibili entro il diritto del lavoro, v., tra gli altri, F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft-law*, cit.

molto generiche, debbano essere elaborate altre e separate indicazioni, più specifiche e, spesso, *non* vincolanti, per l'applicazione delle prime.

Lo schema redazionale di alcune delle fonti dell'emergenza evidenzia, infatti, che ci sono dei comportamenti che non è possibile imporre, rispetto a cui è, allo stesso tempo, necessario (o, forse, vitale) ottenere la spontanea adesione a quanto prescritto, anche attraverso la persuasività delle comunicazioni ufficiali²⁶⁷. In questo senso, molte formulazioni emergenziali rappresentano un modello ibrido da poter tenere in considerazione per la risoluzione di problemi futuri. Alcune fonti sono, infatti, espressione di un'interessante coesistenza giuridica e sembrano sintetizzare in modo parzialmente nuovo le classiche ragioni che risiedono nel carattere imperativo delle norme con le esigenze che si è soliti ricondurre alla nascita ed alla diffusione del *soft-law*, prima fra tutte la necessità di veicolare comportamenti attraverso il conseguimento di un'adesione spontanea. L'esempio di convivenza che ci è dato di rintracciare nelle soluzioni normative di questi mesi mette a punto le potenzialità di entrambi i modelli e lascia aperta la possibilità che il rapporto tra le sfere dell'*hard law* e del *soft-law* possa anche svilupparsi in modo da valorizzare le potenzialità e le peculiarità tipiche delle rispettive aree giuridiche, senza che le interazioni tra i due piani debbano necessariamente ricostruirsi termini di assoluta incomunicabilità.

Se, però, il ricorso alle formulazioni miste potrebbe essere inteso come una positiva manifestazione dell'interazione tra due universi giuridici e, quindi, come il coronamento di un percorso di progressivo avvicinamento tra due schemi regolatori solitamente ricostruiti in termini opposti, è, allo stesso tempo, necessario evidenziare come tale interazione sia, allo stato, caotica e necessiti, conseguentemente, di un'opera di precisazione interpretativa che possa valorizzarne il funzionamento e limitarne le caratteristiche potenzialmente negative.

Tutto ciò premesso, e senza alcuna pretesa di esaustività, le considerazioni che seguono cercheranno di evidenziare: quali possano essere le conseguenze più immediate di una diffusione di atti questo tipo, se le soluzioni elaborate durante la

²⁶⁷ Al riguardo, cfr. L. CUOCOLO, *cit.*, p. 39, dove, al secondo periodo, afferma: «Non sono mancati, tuttavia, strumenti di *soft-law*, che hanno integrato e rafforzato il messaggio normativo del Governo. Correttamente, infatti, si è inteso che la mera imposizione di divieti non avrebbe avuto la medesima efficacia fattuale della persuasione della popolazione ad adottare stili di comportamento conformi a quanto ritenuto necessario dalle autorità.»

gestione dell'emergenza possano aver fornito, almeno in qualche caso, un contributo per il miglioramento della tecnica normativa, mentre, da ultimo, si prenderanno in considerazione gli aspetti più problematici del dialogo tra normativa primaria e strumenti flessibili, evidenziando come l'indeterminatezza dei modelli regolatori sotto esame ingeneri, alle volte, problemi di non poco conto.

4.5. Rischi e benefici dell'interazione di *hard* e *soft-law*.

Cominciando dai vantaggi, sulla scorta di quanto precede, sembra possibile notare che la composizione mista evidenzia, prima di tutto, che anche ciò che non può essere imposto o vietato per la via giuridica formale sia, comunque, ammesso a giocare un ruolo per l'efficienza complessiva di un testo normativo.

Se non altro, l'inserimento di condotte consigliate entro la trama di testi giuridici formali e cogenti può rendere i destinatari degli atti normativi *misti* maggiormente consapevoli del disegno complessivo di un intervento. In altre parole, una più o meno diffusa esplicitazione delle condotte funzionali al perseguimento di un certo obiettivo, può fare in modo che chi si ritrovi a dover rispettare il contenuto di un testo normativo, possa ricavare un quadro d'insieme della portata dell'intervento, sia sulla scorta dei comandi imperativi in esso contenuti, sia in base alle indicazioni esemplificative ed alle raccomandazioni.

In secondo luogo, un'esemplificazione che sia già contenuta all'interno di un atto normativo potrebbe evitare che la funzione paradigmatica del comportamento ordinato sia assolta da altri soggetti (o da altri strumenti, come quelli flessibili che, come visto e come si vedrà *infra* pongono dei problemi). In molti casi sembra, infatti, preferibile che la funzione esemplificativa atta ad incanalare l'applicazione pratica di un determinato precetto sia già riscontrabile in base ad un esempio presentato dal testo che pone la regola, piuttosto che sulla scorta di un altro atto che si assuma di spiegare la regola senza averla, però, dettata (e d'altronde è proprio questo ciò che accade, ad esempio, con molte delle viste linee guida).

In terzo luogo, l'immediata portata pratica che caratterizza le esemplificazioni *soft* entro gli atti *hard* potrebbe, in alcuni casi, favorire la comprensione anche di chi non sia del tutto avvezzo a ragionare in soli termini generali ed astratti. In altre parole, una più o meno diffusa esplicitazione delle condotte funzionali al

perseguimento di un certo disegno, potrebbe fare in modo che chi si ritrovi a dover eseguire il sistema di precetti racchiuso all'interno di una normativa, possa più facilmente metterli in pratica proprio sulla scorta di quel *quid pluris* dato dal principio di spiegazione esemplificativa: un'integrazione di questo tipo potrebbe non registrarsi in eguale misura se il testo contenesse soli obblighi.

Certo, un modello come questo non lascia intravedere solo aspetti positivi ed il fatto che sia, in qualche modo, inscrivibile entro i discorsi e i problemi che riguardano, più in generale, l'universo del *soft-law*, consente di intravedere anche dei possibili svantaggi legati al suo uso.

In prima battuta, c'è da rilevare che i testi adottati per la gestione dell'emergenza siano già stati tacciati di scarsa chiarezza²⁶⁸: una formulazione mista potrebbe anche aver accentuato o accentuare un simile difetto.

In secondo luogo, la ricaduta pratica delle esemplificazioni potrebbe avallare l'idea che la fonte regoli solo determinate fattispecie concrete e che non abbia, invece, l'attitudine di essere generale ed astratta (anche quando, effettivamente, lo sia). In questo senso, il processo di sviluppo e mutazione normativa potrebbe piegarsi così tanto sulla pratica da ridimensionare le potenzialità delle formulazioni generali (anzi, a ben intendere questo sembra essersi già verificato nella pratica, favorendo l'idea per cui la general-astrettezza sia sempre un problema per la risoluzione di casi concreti e sempre meno una risorsa).

In terzo luogo, lo sviluppo di un modello di questo genere potrebbe avallare l'idea che ogni testo normativo futuro od anche solo buona parte di essi debba contenere al proprio interno un'esemplificazione delle norme poste in via generale o un corredo di raccomandazioni. In questo senso, la prassi di un eventuale esemplificazione infra-normativa potrebbe favorire un'eccessiva attenzione per le manifestazioni pratiche, magari in base al principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, e ridurre l'attitudine a ragionare per astratto, coltivando l'interpretazione.

Da ultimo, un modello misto che presenti formulazioni ambigue potrebbe rendere difficile distinguere tra comandi e consigli, con evidenti riflessi in termini di certezza del diritto e con tutto ciò che ne consegue sul piano delle garanzie²⁶⁹.

²⁶⁸ Al riguardo v. S. CASSESE, *Il dovere di essere chiari*, pubblicato su *Il Corriere della Sera* del 24 marzo 2020. Critico, in proposito, è, poi, A. VENANZONI, *La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2*, in *Federalismi.it*.

Fisiologiche esigenze di affidamento e sicurezza dei traffici giuridici richiedono, infatti, che i cittadini siano messi nelle condizioni di comprendere *se e quando* potersi discostare da una o più indicazioni trasfuse in atti misti, oltre che con quali conseguenze: questo è, ovviamente, anche un problema delle linee guida (che si inseriscono, a pieno titolo, nell'esigenza di flessibilità).

Una perdurante incertezza sulla natura e lo statuto giuridico di un atto misto potrebbe, poi, riverberarsi anche su altri piani rendendo, in ipotesi, poco chiaro se un determinato complesso di indicazioni possa essere portato all'attenzione di un giudice o, ancora, se possa essere, eventualmente, disapplicato (come *regolamento* o come atto amministrativo); se gli si possa applicare il regime giuridico proprio delle fonti e, più in generale, se si ripropongano, anche in questo caso, alcuni dei problemi che si sono già registrati rispetto alle linee guida dell'Anac²⁷⁰.

4.6. Criticità particolari dell'approccio misto della normativa d'emergenza

Esaurita la possibile ricostruzione dei problemi generali posti dal richiamo agli strumenti flessibili, si ritiene di poter concludere questa parte del lavoro evidenziando alcuni aspetti critici che la normativa d'emergenza presenta in alcuni dei luoghi nei quali essa opera un richiamo in favore degli strumenti flessibili. A questo riguardo può, in primo luogo, dirsi che una soluzione di questo genere consente di rinviare la specificazione di aspetti cruciali a complessi di indicazioni tecnicamente fondati, ma espone a rilievi critici di grande rilevanza per ciò che concerne l'opportunità di delegare l'individuazione o l'integrazione dei precetti a complessi di regole elaborate da soggetti sprovvisti di rappresentatività e legittimazione. Problemi di questo tipo possono essere, in parte, superati attraverso la considerazione che molti di questi strumenti flessibili potrebbero vantare una legittimazione tecnica così

²⁶⁹ V., per tutti, G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2/2018; S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2001; F. LÓPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, op. cit.; G. LORENZI, *La certezza del diritto*, ne *Il Foro Italiano*, 79, IV, 1956

²⁷⁰ Al riguardo, si rinvia, soprattutto, a M.P. CHITI, op. cit.. In argomento v. anche F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, cit. Riguardo, invece, al problema della disapplicazione, cfr., ad esempio, E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti*, cit.

fondata da poter giustificare il loro *deficit* sul versante della legittimazione democratica, ma un'affermazione di questo tipo non è valida in ogni caso e non presuppone che l'esistenza di una legittimazione debba necessariamente corrispondere all'integrale soppressione dell'altra.

In secondo luogo, se il rinvio agli strumenti flessibili consente una regolazione agile e, per certi aspetti, soddisfacente di ogni minuto aspetto che sia ritenuto bisognoso di regolazione, l'impiego di nomenclature promiscue per definire gli strumenti di volta in volta adottati rischia di spiazzare gli interpreti più di quanto non accada normalmente quando essi si imbattano in linee guida. Anzi, adottare soluzioni d'impatto per risolvere i problemi dell'emergenza ricorrendo a strumenti deboli è un'opzione evidentemente sconsigliabile anche perché più esposta al rischio d'ineffettività e inefficacia.

In terzo luogo, nelle fonti dell'emergenza non si assiste solo al già descritto *dialogo* tra *hard* e *soft-law* (prescrizioni e raccomandazioni), ma si da luogo anche sovrapposizioni scarsamente presidiate e caotiche: questo accade, ad esempio, quando i *protocolli* si autodefiniscono *linee guida*. In questi casi, le soluzioni interpretative praticabili sembrano, in realtà, due: o si ha a che fare con complessi di regole tendenzialmente obbligatori per gli operatori di un settore che, per ritenute esigenze di migliore comunicatività, sono stati definiti *linee guida*; o si ha a che fare con linee guida la cui osservanza è così fortemente raccomandata da evocare l'idea che li si debba intendere come se fossero dei protocolli diagnostici.

Tralasciando, poi, le complicazioni derivanti dalle attribuzioni nominali – e siamo al quarto punto – non meno significative sono quelle che si pongono dal punto di vista del contenuto delle formulazioni concretamente adottate, dove, accanto ad obblighi sfumati, condizionati o derogabili²⁷¹, si affiancano

²⁷¹ Ai fini del contenimento della diffusione del virus COVID-19, è fatto obbligo sull'intero territorio nazionale di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, nonché obbligo di indossarli nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto a eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi

altre costruzioni, a loro volta espressione di un diverso dosaggio di *hard e soft-law*. Giusto per fare alcuni esempi, si registrano, infatti, *linee guida vincolanti*²⁷²; linee guida da adottare *d'intesa* con altre amministrazioni²⁷³, linee guida che sono, al contempo, *protocolli*²⁷⁴; linee guida che vengono applicate od implementate da *direttive*²⁷⁵; disposizioni che subordinano la ripresa di certe attività all'adozione di linee guida²⁷⁶; linee guida che specificano le condizioni al ricorrere delle quali sono nuovamente consentite certe condotte²⁷⁷; linee guida locali che non possono contraddire linee guida nazionali; linee guida che *attuano* linee guida²⁷⁸; linee guida che attuano protocolli; e, infine, disposizioni di decreti-legge applicabili a condizione che non vi siano *linee guida* che dispongano in senso contrario²⁷⁹.

Come si nota, il panorama è straordinariamente vasto e confuso, in quanto le linee guida vincolanti per l'attività giudiziaria condividono sostanzialmente la natura delle circolari amministrative e sembrano, quindi, vincolanti nei confronti degli operatori degli uffici nei quali siano, di volta in volta, adottate; le linee guida da adottare d'intesa si atteggianno, con ogni probabilità, allo stesso modo di quei provvedimenti amministrativi adottabili previa acquisizione di accordi endoprocedimentali; le linee guida *protocollari* potrebbero assomigliare, secondo i casi, a protocolli veri e propri o ad

²⁷² V. par. 4.1 del presente Capitolo, in particolare la parte relativa al d.l. 8 marzo, n. 11, art. 2;

²⁷³ Per un esempio cfr. il d.l. 2 marzo 2002, n. 9, all'art. 21.

²⁷⁴ Cfr., tra gli altri, gli allegati al d.P.C.M. del 26 aprile.

²⁷⁵ Cfr. il co. 4 dell'art. 211-bis (*Continuità dei servizi erogati dagli operatori di infrastrutture critiche*) del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, il quale recita: «I Ministeri dell'interno e della salute, nell'ambito delle attività connesse con la gestione dell'emergenza da COVID-19, informando i Ministeri competenti, emanano, per gli aspetti di rispettiva competenza, proprie direttive per favorire l'attuazione delle misure previste nelle linee guida di cui al comma 3 – le linee guida sulla gestione dell'emergenza medesima, emanate dai Ministeri competenti, n.d.r. – e per garantire il funzionamento delle infrastrutture critiche, la protezione del personale operativo dal contagio e la mobilità sul territorio nazionale per esigenze di continuità operativa e attività manutentive, anche se effettuate da soggetti terzi, compresi coloro che provengono dall'estero.»

²⁷⁶ V., ad esempio, quanto dispongono il d.P.C.M. 17 maggio ed il d.P.C.M. 11 giugno

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ V. il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, all'art. 211-bis, al co. 4.

²⁷⁹ V. nota n. 579

indicazioni di *soft-law* caratterizzate da una più accentuata declinazione delle istruzioni operazionali consigliate²⁸⁰; le linee guida a cui è subordinata la ripresa di certe attività o alle quali è rimessa la specificazione delle modalità attraverso le quali potranno riprendere certe attività sembrano riecheggiare le determinazioni amministrative all'adozione dei quali si condizionano gli effetti di un atto od al cui contenuto si rimette l'individuazione degli aspetti di dettaglio relativi allo svolgimento di alcune attività; le linee guida che non possono contraddire le equivalenti nazionali sembrano essere state munite della natura di fonti (ed in effetti, a meno di non considerare l'idea di una gerarchia tra le linee guida, è anche possibile che delle fonti siano, impropriamente, definite *linee guida*: al riguardo basti considerare che, spesso, i decreti ministeriali recano, già nel proprio titolo, la dizione *linee guida*); le linee guida che applicano altre linee guida si atteggianno, con ogni probabilità, a provvedimenti, più o meno generali, che declinano fonti (anche se, per gli stessi rilievi svolti poc'anzi, ciò resta ovviamente spiegabile solo nella misura in cui le linee guida da applicare siano fonti e le altre siano, quelle che applicano, costituite da interventi di attuazione delle prime); le disposizioni dei decreti-legge che si dichiarano applicabili a condizione che non contrastino il contenuto delle linee guida è come se operassero un rinvio anomalo a delle norme tecniche, ma sono egualmente partecipi della duttilità di forme che, durante l'emergenza, ha assunto il rinvio alle linee guida, oltre che della sua evidente confusione. Nella stragrande maggioranza dei casi, se non proprio in tutti, molti dei documenti chiamati *linee guida* sembrerebbero evocare le caratteristiche tipiche di istituti giuridici diversi, circostanza che induce a domandarsi perché non si sia fatto uso di dizioni tradizionali.

²⁸⁰ Nel caso dei protocolli, ci si potrebbe chiedere: se questi evocano l'obbligatorietà, perché confonderli con le linee guida? Una possibile risposta a questa domanda sta nel fatto che, nel caso, l'intenzione privilegiata è stata quella di dettare, per le attività di contrasto alla diffusione del virus, sia indicazioni operazionali fisse e tendenzialmente obbligatorie tipiche dei protocolli, sia indicazioni più sfumate (e munite, cioè, di una diversa e più blanda carica di doverosità). Questa può essere una soluzione, ma nel caso in cui si voglia privilegiare la normazione ibrida sembra necessario specificare quali siano i comportamenti solo consigliati

Gli esempi svolti fino a questo momento cercano di ricostruire le funzioni che potrebbero essere state assegnate alle linee guida sulla scorta degli elementi che si possono trarre, in via sistematica, dall'interpretazione della normativa d'emergenza. Le difficoltà già descritte sono, però, acuite da alcuni passaggi svolti in questi stessi richiami, in quanto, eccettuate le ipotesi nelle quali le prescrizioni delle linee guida sembrano più chiare o, direttamente, vincolanti, una non trascurabile quantità di espressioni non sempre del tutto intelligibili impedisce di comprendere pienamente l'incidenza di questi strumenti all'interno dell'ordinamento. In alcuni casi è, infatti, previsto che l'amministrazione sia tenuta ad *applicare*²⁸¹ le linee guida; in altri che, invece, ne debba solo *tenere conto*: un'affermazione, quest'ultima, che, se da un lato appare più generica, dall'altro è certamente più aderente alla (non) natura delle linee guida, documenti che dovrebbero ritenersi ammessi più ad integrare le valutazioni di appropriatezza tecnica di certe condotte che non a dettare il contenuto specifico di obblighi e divieti²⁸².

²⁸¹ L'espressione *applicare* le linee guida non appartiene a chi scrive: è, spesso, usata dal legislatore che si riferisca alle linee guida, come se le stesse fossero un testo normativo da mettere in pratica.

²⁸² Nel caso dell'obbligatorietà condizionata (quella, per intenderci, delle *directive* amministrative ed in un certo qualmodo anche delle linee guida mediche), la conseguenza derivante dall'inosservanza non è tanto una responsabilità diretta, quanto, piuttosto, l'instaurazione di un processo valutativo atto a verificare se ricorreranno le condizioni che abbiano giustificato un discostamento dal contenuto delle stesse. Nel caso di riscontro negativo, l'inosservanza delle linee guida può integrare profili di responsabilità (o, secondo i casi, integrare in modo sintomatico l'eccesso di potere della pubblica amministrazione). Da ultimo, oltre al problema dell'incertezza derivante dall'indeterminatezza del modello *linee guida* sono, anche altre le questioni poste dalle linee guida d'emergenza. Nel d.l. 19 maggio 2020, n. 34, all'art. 211-bis, ci si imbatte, ad esempio, in una formula alquanto ambigua con la quale il legislatore d'urgenza afferma il dovere di considerare le linee guida che saranno, comunque, emanate dai Ministeri, senza specificare quali esse siano né a cosa si riferiscano. Ecco, dunque, una determinazione legislativa costruita per orientare l'attenzione degli operatori al contenuto di questi documenti, senza che gli stessi siano ancora stati adottati. Un'affermazione di questo genere lascerebbe dedurre che, almeno nel modo di pensare del legislatore, la gestione della pandemia passi anche attraverso le specificazioni di questi strumenti e che, oltre ai decreti-legge ed ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (si citano, qui, gli atti ai quali si è ricorso di più, anche se – ovviamente – ve ne sono di altri tipi) ci sia, quindi, anche il livello delle linee guida: una sorta di stadio regolativo ulteriore.

4.7. Linee guida, soluzioni flessibili ed emergenza: profili conclusivi

In conclusione, nello spaccato offerto dalla condizione emergenziale c'è un po' di tutto quello che serve per svolgere dei discorsi tendenzialmente completi sul fenomeno delle linee guida e sui suoi problemi: c'è l'elemento del ricorso e del possibile abuso della flessibilità²⁸³, accentuato dallo scenario pandemico; quello del vantaggio che le linee guida garantiscono in termini di rapidità regolativa; il problema della legittimazione (anche legato all'incontrollato espandersi di questi strumenti in più aree dell'ordinamento ed alla loro correlata assunzione di un numero sempre più vasto di funzioni); c'è il tema del dialogo tra *hard* e *soft-law* e c'è da ultimo, il tema della mutazione della normazione (molte scelte sono oggi concretamente rimesse alle linee guida²⁸⁴), unito alla contestuale mutazione dei *normatori* (che, oggi, non sono quasi più i Parlamenti, ma soggetti sempre diversi, muniti di legittimazione sempre più tecnica e sempre meno democratica). In questo scenario, l'evoluzione del sistema delle fonti potrebbe aver causato o avallato un parziale

²⁸³ L'imponente produzione di strumenti flessibili sembra restituire l'impressione che la stragrande maggioranza delle regole oggi disponibili non sia rinvenibile interpretando la normativa primaria o quella preposta alla sua attuazione (vale a dire la normativa secondaria). Il rinvenimento delle regole del caso concreto, essendo sempre meno ricavabile in via interpretativa si rinviene, oggi, nei complessi di regole che sembrano condensare l'interpretazione della normativa primaria o in quelli che sono stati ideati dagli stessi legislatori per canalizzare l'opera di interpretazione successiva. In questo senso è come se i problemi legati all'ipertrofia legislativa si fossero risolti scaricando l'esigenza regolativa sugli strumenti flessibili i quali sono divenuti, a loro volta, ipertrofici.

²⁸⁴ Si v., ad esempio, il già richiamato art. 229-bis (*Disposizioni per lo smaltimento dei dispositivi di protezione individuale*) del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, il quale, al comma 1, rimette la definizione di soluzioni *per fare fronte all'aumento dei rifiuti derivanti dall'utilizzo di mascherine guanti monouso ad una o più linee guida* del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentiti – però – l'Istituto superiore di sanità e l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale per quanto di competenza. I passaggi in esame restituiscono l'impressione che le linee guida in parola siano provvedimenti amministrativi di carattere programmatico adottabili previa intesa tra amministrazioni o previa acquisizione, da parte dell'autorità procedente, di un parere. In apparente ossequio all'esigenza di legittimare il possibile provvedimento enunciato alla stregua del principio di legalità, il prosieguo dell'articolo pone, inoltre, una riserva di contenuto dell'atto adottando, specificando che esso debba precisare le modalità di raccolta dei dispositivi sia presso gli esercizi della grande distribuzione (lett. a), sia presso le altre attività economiche. Un altro esempio si rinviene, poi, all'art. 19 maggio 2020, n. 34, il quale rimette alle linee guida per la prevenzione, il monitoraggio e la gestione dell'emergenza epidemiologica presso le residenze sanitarie assistite e le altre strutture pubbliche e private, la definizione delle regole operazionali da osservare per la riduzione del contagio.

ripensamento della classica dicotomia tra *precetti* e *raccomandazioni*, incoraggiando la formazione o, quantomeno, il consolidamento di nuove aree di ibridazione tra le indicazioni che fanno capo all'*hard law* ed il complesso delle formulazioni *soft*.

In modo in parte nuovo, l'esperienza giuridica in atto rivela, infatti, l'estrema concretezza ed attualità dei cambiamenti che interessano, oggi, il sistema delle fonti, evidenziando che il vaglio relativo all'assenza di vincolatività di una regola non costituisca più l'unico o principale indice in base a cui poter verificare l'effettiva incidenza della stessa. L'apparente nettezza della bipartizione tra precetti ed indicazioni semplicemente persuasive sembra, infatti, perdere quota ed importanza, diluendosi nella caotica conformazione che assumono oggi i circuiti di produzione giuridica e stemperandosi nella più o meno intensa capacità di suscitare un'adesione presso i propri destinatari.

Gli inviti all'uniformazione o all'adempimento di condotte standardizzate veicolano i canoni comportamentali in modo, almeno in parte, nuovo e sono elaborati sulla scorta di una logica di funzionalità ed efficienza che, abbandonando in larga parte i classici schemi della produzione giuridica, conferisce alle proprie indicazioni una percepibilità così immediata da sembrare assimilabile a quella delle norme vincolanti. In questo contesto, la spontanea osservanza delle indicazioni contenute nei vari strumenti *non* vincolanti sembra, infatti, raggiungersi con frequenza e significatività anche in assenza di contenitori giuridici tradizionali e dotati, cioè, di obbligatorietà.

Se ne ricava che un'indicazione apparentemente provvista della mera capacità di *orbitare* attorno ai sistemi e di ispirare, senza poter indurre, le condotte materiali, sembri, alle volte, ammessa a beneficiare della concreta capacità di incidere gli ordinamenti, esercitando un'influenza fattuale decisamente *hard* e certamente sproporzionata rispetto alla capacità d'azione che le si attribuirebbe in base a criteri formali. Una tale e maggiore incidenza sembra potersi sviluppare sia in ragione della straordinaria complessità di

alcune delle situazioni regolate (l'elevata qualificazione tecnica di un'indicazione può, infatti, renderla percepibile come un obbligo fattuale, un vincolo giuridico mancato), sia nella speculare assenza (o vaghezza) di indicazioni di *hard law* che possano essere riferite alle fattispecie concretamente regolate. L'emergenza sanitaria in corso presenta, certamente, entrambi gli aspetti, al punto che sembra legittimo chiedersi se lo scenario pandemico costituisca l'unico terreno per lo sviluppo e l'eventuale riproposizione di fenomeni assimilabili a quello indagato. Alcune delle caratteristiche che è possibile rinvenire avendo riguardo alla normazione di emergenza sembrano, però, rivelare che le soluzioni elaborate in questi mesi non siano necessariamente ascrivibili alla sola crisi sanitaria e che le trasformazioni della normazione riscontrate in questa fase storica possano porsi in continuità con le dinamiche ad esse precedenti così come costituire la base sulla quale si innesteranno le nuove ed eventuali produzioni che si riterrà di elaborare nell'immediato futuro. I tentativi di inquadramento attraverso i quali si è cercato di collegare la normativa emergenziale al più generale contesto di trasformazioni della normazione potrebbero, infatti, rivelare che alcune delle manifestazioni dell'attuale scenario giuridico siano destinate a sopravvivergli e che il modello *misto* che si è cercato di descrivere in queste pagine possa trovare diffusione anche nel prossimo futuro.

Le ricostruzioni operate a partire dalle indubbe potenzialità persuasive del *soft-law*, in uno con la consapevolezza di una difficile distinguibilità di *comandi* e raccomandazioni in aree dominate dalla tecnica e della scienza, potrebbero, infatti, mostrare che alcuni dei processi attualmente in corso abbiano indotto od accentuato un processo di trasformazione della normazione non ancora del tutto indagato. Il labile confine che può intercorrere tra una raccomandazione qualificata ed un obbligo e la facilità (già teorizzata dalla Corte costituzionale) con cui il concreto evolversi delle situazioni può determinare il passaggio da una previsione di un certo tipo all'altra (e viceversa), sembrano, infatti, mostrare che le difficoltà legate alla gestione

dell'odierna complessità giuridica necessitano di articolarsi in base a schemi più estesi di quelli che, storicamente, contrappongono comandi e consigli. Proprio la necessità di rintracciare estensioni giuridiche anche oltre le strutture più tradizionali, richiama l'idea di un processo di determinazione delle regole giuridiche grandemente più vasto di quanto si è soliti immaginare, perché «*costituito – anche, n.d.r – da elementi che sono comunque giuridici pur non essendo formalmente identificabili come tali*²⁸⁵».

Anche questi elementi sembrano, infatti, in grado di partecipare alle evoluzioni in atto, dando corso ad un processo di mutazione della funzione normativa che è inevitabilmente influenzato dagli svolgimenti fattuali e che sperimenta, anche nelle difficoltà, nuovi percorsi per la trasformazione, l'innovazione o l'estinzione di alcuni modelli giuridici²⁸⁶.

²⁸⁵ F. CORTESE, «*Le défaut est un élément de la perfection possible*». *Dinamiche e ruolo delle trasformazioni informali della Costituzione italiana*, in A. MANGIA – R. BIN (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, pubblicato su *Diritto costituzionale*, n. 1, vol. III, 2020, p. 47 e ss., il quale continua: «*Addirittura, queste ultime, in qualche modo, precedono le prime, e nella prospettiva dello sviluppo dell'ordinamento, così considerato, il valore della sostanza è così forte, rispetto a quello della pura forma, che spesso, per quello stesso motivo, anche nel contesto dei rapporti tra gli elementi formali dell'ordinamento, forme gerarchicamente subordinate possono offrire concretezza a forme gerarchicamente sovraordinate*»

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 48, dove si legge: «*Addirittura, queste ultime, in qualche modo, precedono le prime, e nella prospettiva dello sviluppo dell'ordinamento, così considerato, il valore della sostanza è così forte, rispetto a quello della pura forma, che spesso, per quello stesso motivo, anche nel contesto dei rapporti tra gli elementi formali dell'ordinamento, forme gerarchicamente subordinate possono offrire concretezza a forme gerarchicamente sovraordinate*»

CAPITOLO V

Profili problematici del ricorso alle linee guida

1. Le linee guida e il processo di produzione normativa

Dopo aver esaminato l'origine dei richiami normativi al lemma *linee guida* entro la legislazione dell'ordinamento giuridico italiano e dopo aver ampliato il campo di indagine all'osservazione del fenomeno delle linee guida anche al di fuori del sistema di diritto interno, quest'ultima parte del lavoro si occuperà di declinare più in dettaglio alcuni degli aspetti problematici connessi all'uso di strumenti così denominati.

In un primo momento si cercherà, infatti, di indagare se il ricorso al livello regolativo delle linee guida sia giustificabile sotto il profilo della legittimazione a porre in essere norme giuridiche per la collettività.

In un secondo momento, svolgendo alcune considerazioni in ordine all'estensione della regolazione *per linee guida*, si cercherà di evidenziare che l'ipertrofia legislativa lamentata con riferimento alla produzione legislativa si stia riproponendo rispetto alla produzione di altri strumenti e fonti (tra cui rientrano, probabilmente, anche molte produzioni denominate *linee guida*).

Ancora dopo, si descriverà in che modo il ricorso alle linee guida riproponga i problemi già riscontrati rispetto allo studio della c.d. *fuga* dalla normativa secondaria e quali potrebbero essere i problemi connessi all'esistenza di linee guida ipoteticamente *indipendenti*, vale a dire linee guida che costituiscano gli unici corpi di indicazioni in base a cui poter ricostruire la disciplina di alcune situazioni di fatto.

Da ultimo, si proverà a riflettere sulla portata di linee guida che dispongano in modo contrario a norme giuridiche o ad altre linee guida.

In una seconda parte del presente Capitolo, si cercherà, poi, di ricostruire in che rapporti si pongano, oggi, le linee guida e l'attività amministrativa e giurisdizionale, evidenziando gli aspetti maggiormente problematici.

1.1. Linee guida, legittimazione tecnica e legittimazione democratica

In più passaggi di questo lavoro si è affermato che gli atti che circolano sotto il nome di *linee guida* sembrano, alle volte, sprovvisti della legittimazione richiesta per poter produrre gli effetti ad essi imputabili.

Ed in effetti, entro il nostro ordinamento, legittimati alla normazione sembrano solo quegli atti cui sia riconosciuto, in modo consolidato, lo *status* di fonti del diritto, in quanto solo in presenza di tale condizione può ritenersi fondato il potere di innovare l'ordinamento giuridico. Più in particolare, l'attribuzione di potestà normative si è sempre fatta discendere da un'investitura democratica o da una più o meno immediata riconducibilità degli organi produttori delle norme al circuito politico-rappresentativo¹.

L'equazione in base alla quale la produzione normativa debba accompagnarsi alla sussistenza di una legittimazione democratica di coloro che la realizzino è stata, però, messa fortemente in crisi dallo svilupparsi del sottosistema delle Autorità indipendenti² e, più in generale, dal fiorire di

¹ Con riferimento alle concezioni di legittimazione democratica cfr. G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Archivio giuridico*, 1922; R. TREVES (a cura di), *Diritto e legittimazione*, Milano, 1986; A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella l. n. 400 del 1988*, cit.; L. RIZZI, *Il problema della legittimazione democratica in Kelsen e Rousseau*, in *Il Politico*, 57, 2, 1992; L. PALADIN, *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1996; G. DUSO, *La democrazia e il problema del governo*, in *Filosofia politica*, 3/2006; L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2013. Sul più generale concetto di legittimazione democratica si rinvia, invece, tra gli altri, a P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica*, Torino, 2015. Sull'insufficienza della democrazia popolare a legittimare qualunque decisione pubblica cfr., invece, S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2018.

² Al riguardo v., fra tutti, M. SANINO, *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti ad oltre vent'anni dalla loro istituzione*, Padova, 2015, p. 12 e s., dove si legge: «La proliferazione delle Autorità indipendenti, in realtà, viene ricondotta ad un complesso di fattori giuridici, sociali ed economici. Si sottolinea talora l'incapacità del Parlamento e del Governo nell'assumere in taluni ambiti decisioni sapienti a beneficio della comunità. In altri casi si accenna all'affermazione (dietro alle direttive comunitarie) del "mercato" come insieme di regole da introdurre in certi settori e di cui garantire l'osservanza e addirittura come superiore meta – valore capace di sollecitare nuove forme di regolazione pubblica. Altre volte, infine, l'avvento delle Autorità indipendenti è ricollegato alla categoria degli interessi diffusi, la quale sfuggirebbe ad un inquadramento nelle tradizionali classificazioni pubblicistiche e invocherebbe strumenti di tutte le trasversali e "tutori" all'interno della società. Ai nuovi bisogni non sarebbero più in grado di rispondere: a) né gli organi del "circuito politico", dominati da logiche partitiche; b) né la pubblica amministrazione, gravata da inadeguatezze tecnico-professionali; c) né la magistratura, soffocata da procedure lente e non

produzioni giuridiche di dubbia legittimazione, pur dotate di singolare influenza³. Con particolare riferimento alle Autorità di regolazione si, può, infatti, evidenziare come le stesse siano state istituite anche allo scopo di munire alcuni specifici settori di intervento di regolazioni tecniche, adeguate alla gestione dei casi concreti⁴. La rapida elaborazione di regole caratterizzate

sempre attrezzata per intervenire in materie che richiedono prontezza e assiduità di intervento ed attendono all'occorrenza, sfumate indicazioni di "opportunità". In definitiva, l'avvento delle Autorità indipendenti è imputato ad una crisi del modello democratico-rappresentativo dello Stato di diritto e ad una perdita di "credibilità" delle sue istituzioni. Viene messo in discussione il principio per cui le decisioni della collettività spettano ai suoi rappresentanti democraticamente eletti. Ma tramonta anche l'idea dello Stato amministrativo" a connotazione verticistica ed accentratrice, ed al suo posto si delinea un ordinamento dalla struttura "policentrica" e composita delle sedi decisionali».

³ Il problema così delineato si pone anche rispetto all'incidenza che gli strumenti giuridici sovranazionali (molto spesso di *soft-law*) sono concretamente ammessi ad operare entro i singoli sistemi di diritto interno, pur essendone dubbia la legittimazione. Riguardo alle questioni poste dal prorompere di questo tipo di fonti v., ad esempio, A. ALGOSTINO, *La soft-law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016; G. CERRINA FERONI, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica*, in *Federalismi.it*, 20/2016; C. PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016; R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, 4/2014; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, Milano, 2008. Oltre all'espansione degli strumenti giuridici elaborati dagli attori internazionali, rientrano nel visto quadro le pressioni che esercitano sull'ordinamento le regole per il funzionamento del mercato. Al riguardo cfr. W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo*, trad. it, Milano, 2013; R. BIFULCO, *Il dilemma della democrazia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2012; M. SALVATI, *Capitalismo, mercato e democrazia*, Bologna, 2009; R.B. REICH, *Supercapitalismo. Come cambia l'economia globale e i rischi per la democrazia*, trad. it, Roma, 2008; J.P. FITOUSSI, *La democrazia e il mercato*, trad. it., Milano, 2004; S. BOWLES – H. GINTIS, *Divorzio tra capitalismo e democrazia?*, in *Le Monde Diplomatique*, 2, Torino, 1979; C. OFFE, *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Milano, 1977.

⁴ Sulla nascita delle Autorità indipendenti v., tra gli altri, G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1977. Per un'esaustiva ricostruzione dei problemi che riguardano la devoluzione del potere normativo alle Autorità indipendenti si rinvia, qui, a R. MANFRELLOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Torino, 2012; M. D'ALBERTI. – A. PAJNO, *Gli arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, in *Quaderni di Astrid*, Bologna, 2009; G.P. CIRILLO – R. CHIEPPA, *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti*, Milano, 1999; V. CAIANELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amministrativo*, 1997; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI, *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, e G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, entrambi in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1996; F. BASSI – F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; N. LONGOBARDI, *Amministrazioni indipendenti e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto della banca e del mercato*

da un elevato tasso di tecnicismo si è ritenuta inconciliabile con le discussioni operabili entro le assemblee elettive ed ha favorito il parziale abbandono della legittimazione fondata sul consenso democratico in luogo dell'emersione di una legittimazione fondata sull'elevata qualificazione tecnica dei decisori⁵.

Ne è, così, derivata, la c.d. *legittimazione tecnica* delle autorità di regolazione, alternativa all'investitura democratica classicamente intesa e giustificata dell'elevata complessità delle materie e dei mercati da regolare: una forma di legittimazione che, di tutta evidenza, impone una parziale deroga al principio di generale democraticità dell'ordinamento e che dovrebbe ritenersi ammissibile solo nella misura in cui sia effettivamente complesso (o, addirittura, impossibile) assicurare che le scelte adoperate per il governo delle situazioni possano avvenire attraverso strumenti adottati da organi individuati in base a procedure elettive e democratiche⁶.

Contrariamente a quanto dovrebbe essere, alcune delle regole introdotte entro gli ordinamenti provengono, però, da soggetti rispetto ai quali l'attribuzione di una legittimazione tecnica è, invero, dubbia⁷, in quanto i

finanziario, 1993; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive*, cit.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, 1995; C. FRANCHINI, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1988.

⁵ Espone questa idea già dalla seconda metà degli anni Novanta A. PREDIERI, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, IV, Modena, 1996. Per altri contributi in tema si rinvia, poi, a P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, 1/2017; G. PASQUINO, *Deficit democratico*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 3/2012; R. BICORCIO, *Trasformazioni della democrazia e declino delle forme tradizionali di legittimazione politica*, in L. SCIOLLA (a cura di), *Processi e trasformazioni sociali. La società europea dagli anni Sessanta a oggi*, Roma-Bari, 2009. Sulla legittimazione tecnica v., in particolare, G. GRASSO, *op. cit.*; § M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in *Gruppo di Pisa*, 2015; L. BAZZICALUPO, *Paradossi della responsabilità di governare, tra autorità e legittimazione tecnica*, in *Etica & Politica*, 2/2020.

⁶ A questo proposito merita evidenziare che la produzione di strumenti giuridici che avviene in seno alle Autorità indipendenti, non potendosi svolgere attraverso procedimenti che coinvolgano le strutture rappresentative, presenta, nella maggior parte dei casi, stringenti garanzie di partecipazione al procedimento dei portatori di interessi. Gli atti adottati sono, poi, motivati. Misure come queste fanno sì che il *deficit* di legalità sostanziale derivante dall'attribuzione alle Autorità di poteri di normazione indefiniti sia compensato dal rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio. In tema v. M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit.;

F. FRACCHIA – C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Foro italiano*, III, 2000; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.

⁷ Dell'Autorità nazionale anticorruzione si dice, ad esempio, che non vanta una legittimazione tecnica idonea a che le sia riconosciuto un potere normativo (per la via esplicita od anche implicita).

settori di intervento in cui essi operano non sembrano presentare le caratteristiche di complessità tecnica che fondano, di solito, la necessità di devolvere il potere normativo⁸, qui assolto dalla funzione di *regulation*⁹.

Ricostruito il quadro, chiediamoci ora come il discorso sulle linee guida possa inserirsi in questa trama. A questo riguardo si può, in primo luogo, dire

A questo proposito si rinvia a N. PAOLANTONIO, *Tipicità della determinazione amministrativa e fonti*, in *P.A., Persona e amministrazione*, 1/2018; P. PANTALONE, *op. cit.*, *passim* e, soprattutto, p. 54; C. BENETAZZO, *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso di ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 5/2018; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull’intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell’Anac*, in *Federalismi.it*, 2/2017; F. MARONE, *L’atipicità dei poteri di regolazione dell’Anac nelle linee guida sugli obblighi di trasparenza della p.a.*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, 25/2016; N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche: l’Autorità nazionale anticorruzione*, in *giustamm.it*, 5/2016. In senso contrario O.M. CAPUTO, *Linee guida, attribuzioni precontenziose e potere sanzionatorio dell’ANAC*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2018.

⁸ La devoluzione di poteri normativi in favore delle Autorità amministrative indipendenti è stata dichiarata compatibile con l’ordinamento già dalla sent. n. 11603/2004 del Consiglio di Stato. Per una ricostruzione dottrinale relativa al potere normativo delle Autorità indipendenti v., invece, R. TITOMANLIO, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in www.ius-publicum.com, 2013; V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D’ALBERTI – A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit.; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit.; P. CARETTI (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2005; G. DE MINICO, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, 2004; S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2003; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; M.A. RUSSO, *Le autorità amministrative indipendenti e, in particolare, i loro poteri regolamentari*, in *Diritto & Formazione*, 12/2002; M.A. CABIDDU – D. CALDIROLA, *L’attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000; A. LA SPINA – G. MAJONE (a cura di), *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000; S.A. FREGO LUPPI, *L’amministrazione regolatrice*, cit.; G. MOINI, *Amministrazioni indipendenti e nuove forme di regolazione pubblica*, in *Rivista trimestrale di scienza dell’amministrazione*, 1999; G. VARRIALE, *Le amministrazioni indipendenti ed il principio di regolazione*, in *Nuovo diritto*, 1998; M. MANETTI, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1997.

⁹ A tutte le Autorità indipendenti è riconosciuto il potere di regolazione del settore di riferimento. Al riguardo v., ad esempio, M. SANINO, *op. cit.*, p. 388, dove si legge: «La giurisprudenza amministrativa non dubita della legittimità in sé dell’attribuzione di poteri normativi alle Autorità indipendenti. L’attribuzione di poteri normativi alle Autorità appare ineliminabile, in quanto alle stesse connaturata, trattandosi di Autorità preposte alla regolazione di un settore economico sociale (preposte al “governo” di un settore). Ma occorre, ovviamente, una espressa attribuzione legislativa che espliciti l’ambito di operatività del potere medesimo e i criteri di fondo cui si deve ispirare.». Al riguardo v. anche, Consiglio di Stato, sez. consultiva atti normativi, provv. n. 11603/2004, specialmente ai parr. 6.1 e ss. Per ciò che concerne, invece, il rapporto tra funzione di regolazione e funzione normativa v., tra gli altri, N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Bologna, 2009; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.

che le linee guida che *non* derivino da soggetti muniti di poteri normativi debbano immancabilmente ritenersi sprovviste di qualsivoglia legittimazione ad influire in modo formale sull'ordinamento giuridico e sull'applicazione delle sue norme. A questo schema fa, in parte eccezione, il caso delle linee guida che siano rese oggetto di un rinvio, operato in loro favore, da parte di *fonti*: cosa che accade, ad esempio, rispetto alle linee guida mediche (richiamate, nei visti termini, dal legislatore, in quanto ritenute in grado di integrare il contenuto delle regole cautelari di diligenza) o con riguardo ad alcune linee guida più o meno tecniche a cui si rifà la (vista) normativa emergenziale. Alcuni luoghi della legislazione di contrasto alla diffusione pandemica contengono, infatti, il rinvio alle precisazioni svolte dalle linee guida in quanto si suppone che le stesse, essendo espressione di indicazioni altamente qualificate sotto il punto di vista tecnico, possano integrare il contenuto dei precetti affermati dalla normativa generale.

Se ne ricava che le linee guida prodotte da soggetti sprovvisti di un potere normativo o del potere di porre in essere atti muniti di autoritatività, potranno tenersi in considerazione ai fini dell'interpretazione delle norme giuridiche e contribuire, così, anche formalmente, alla definizione delle regole o dei concetti giuridici, ma solo nella misura in cui siano richiamate da fonti. Le linee guida che non appartengano ad un soggetto munito di potere normativo (si tratti del Governo o delle Autorità indipendenti), pongono, infatti, un problema di legittimazione tutte le volte in cui si atteggino, *de facto*, a regole della situazione concreta, in quanto difettano della potestà di introdurre norme entro l'ordinamento e si pongono in aperto contrasto con i principi di legalità e riserva di legge, con il principio della separazione dei poteri¹⁰ e, per riflesso, con l'assetto costituzionale e la forma di governo.

¹⁰ Sulla legittimazione a porre in essere norme giuridiche, sulla necessità di aver ricevuto una investitura democratica in tal senso e, più in generale, sull'attribuzione della potestà legislativa e sui suoi riflessi sul principio di separazione dei poteri cfr., tra gli altri, G. SCACCIA, *Presupposti per l'attuazione in via sussidiaria della funzione legislativa ed esercizio della funzione regolamentare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2005; A. MEALE, *La funzione regolamentare nel sistema dei poteri*, Bari, 2000; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Milano, 1969; A. DE VALLES, *Il fondamento del potere regolamentare*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930. Descrive l'orientamento espansivo delle funzioni dell'esecutivo, invece, N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit.

Una volta compreso che non c'è, dunque, legittimazione al di fuori del circuito delle fonti, altri problemi possono porsi per ciò che concerne la concreta individuazione delle linee guida che possano effettivamente definirsi fonti o atti vincolanti: l'indeterminatezza del lemma *linee guida* consente, infatti, che siano nominabili con tale espressione sia gli atti normativi delle autorità indipendenti, sia altri atti da esse adottabili, magari sprovvisti dell'attitudine a vincolare il comportamento dei destinatari cui sono rivolti.

Oltre al problema dell'assenza di ogni legittimazione in capo alle linee guida che *non* siano fonti o *non* siano atti generali vincolanti (la cui adozione sia prevista dalla legge), ed oltre al problema di individuare quali *linee guida* presentino tali caratteristiche vi è, poi, almeno un altro problema di fondo: come visto, si danno, infatti, dei settori rispetto a cui alcuni autori ritengono che la regolazione della autorità indipendenti sembrerebbe non essere necessitata. E ciò in quanto, in queste materie, l'esercizio della potestà normativa potrebbe svolgersi anche senza cedere il potere regolamentare ad organismi ad *hoc*.

Alla luce di tutto quanto detto, si ricava, perciò, una conclusione probabilmente desumibile già da alcuni passaggi del testo, a tenore della quale, quando si parla di linee guida senza specificare altro, è sempre necessario indagare se l'attitudine ad incidere gli ordinamenti che esse, spesso, sperimentano, sia giustificabile dal punto di vista della legittimazione.

Perciò, nel caso in cui le linee guida possano ritenersi espressione del potere normativo o del potere di regolazione eccezionalmente conferito alle autorità, sembra si possa parlare di una legittimazione tecnica delle linee guida, nella stessa misura in cui si può parlare di una legittimazione tecnica dei regolamenti (o degli atti di regolazione) dell'amministrazione indipendente.

Se, poi, si faccia riferimento a linee guida adottate con norme secondarie, si potrà discorrere di linee guida legittimate democraticamente perché legate al circuito rappresentativo. Al di fuori di questi casi, ogni atto denominato *linee guida* che sperimenti l'attitudine ad essere percepito come doveroso o che affermi di essere tale pur non essendo una fonte deve ritenersi delegittimato. Proseguendo, nei casi di dubbia tecnicità del regolatore o

dell'oggetto regolato è sconsigliabile ricavare una sicura legittimazione tecnica degli strumenti adottati dalla regolazione indipendente, in quanto l'impiego delle linee guida può qui ritenersi generativo di regole che non trovano fondamento né nella volontà dei rappresentanti della collettività, né in ragioni di ordine eminentemente tecnico.

1.2. Dall'ipertrofia legislativa all'ipertrofia delle linee guida

Indefinite dal punto di vista teorico e sfuggenti ad ogni inquadramento, le linee guida pongono problemi interpretativi che minano la sicurezza dei traffici e dei rapporti giuridici, in quanto sono ammesse a svolgere ruoli di grande rilevanza e, conseguentemente, ad incidere sul funzionamento degli ordinamenti, pur non provenendo da soggetti inconfutabilmente legittimati a produrre norme giuridiche.

Quello appena descritto è il quadro con cui deve misurarsi chiunque intenda indagare il possibile *status* che presentano, oggi, le linee guida dell'ordinamento: una disordinata stratificazione di atti di natura e funzioni diverse, contraddistinta da inquadramenti classificatori incerti.

L'assenza di significati certi predicabili con riguardo all'espressione *linee guida* e la mancanza di elementi ricorrenti che possano contribuire ad individuarle come modello sconsiglierebbe di introdurre, entro gli ordinamenti, dei richiami a questi atti o di fondare veri e propri sistemi di documenti recanti questo nome per regolare situazioni concrete o per supportare l'interpretazione del diritto. Eppure, l'impiego delle *linee guida* è così immanente all'attuale cultura giuridica che già si può ragionare di un'ipertrofia degli strumenti che presentino questo nome o si presentino tali.

Negli anni, il caotico accumularsi di legislazioni disorganiche per la disciplina di diversi ambiti della realtà giuridica ha avviato istanze di delegificazione e semplificazione della produzione giuridica¹¹. L'attribuzione di funzioni normative in capo alle Autorità indipendenti o, se si preferisce, il

¹¹ Al riguardo v., ad esempio, C. BARBATI, *Delegificazione, semplificazione amministrativa e ruolo del legislatore regionale*, in *Le Regioni*, 6/1997; F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1989.

riconoscimento di tali funzioni, si inserisce parzialmente in quest'ottica, in quanto è stato correttamente ritenuto che un oculato esercizio del potere di normazione che discenda dalla regolazione possa anche evitare usi distorti delle fonti e favorire lo stratificarsi di discipline efficienti¹².

L'erompere del modello linee guida e, più in generale, il consolidarsi delle regolazioni informali ha attenuato il ricorso all'inflazione legislativa come strumento di governo delle discipline particolari. Ad oggi, l'esigenza regolatoria si soddisfa, con ogni evidenza, anche attraverso l'adozione di una moltitudine di atti spesso indefiniti, i quali molto spesso si presentano come linee guida. Come visto, il tenore precettivo di molte delle indicazioni contenute in questi atti non si accompagna ad una veste formale tale da farli ritenere delle fonti o degli atti vincolanti, ma nella pratica possono essere percepiti come tali sia per la latitudine di funzioni loro assegnate, sia per l'autorevolezza dei propri autori o delle soluzioni da essi proposte.

Perciò, se, da un lato, l'ipertrofia legislativa sembra, oggi, attenuata dal contestuale emergere di tale disordinata serie di strumenti di supporto, dall'altro lato sembrano porsi problemi in ordine al fatto che tali visti strumenti siano sempre più usati (ed asserviti a nuovi scopi): l'espansione di ruoli e funzioni che tali strumenti stanno conoscendo si accompagna, però, ad un'espansione dei problemi strutturali che li connotano, dischiudendo un quadro di profonda incertezza capace di avvolgere l'intero sistema giuridico.

Quando, infatti, si rimette alle linee guida la definizione di concetti giuridici generali, la fissazione di comportamenti standardizzati, l'integrazione dei parametri alla stregua dei quali valutare la sussistenza di una responsabilità o, ancora, il monopolio nella definizione delle regole tecniche si realizza un

¹² Sul punto v., ad esempio, M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in *Historia et Ius*, 9/2016; ID. – M. MARTELLI – N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011; B.J. WIENER, *Better Regulation in Europe*, in *Duke Law School Research Paper*, 130/2006; F. BASSANINI – S. PAPARO – G. TIBERI, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in L. TORCHIA – F. BASSANINI, *Sviluppo e declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005; C. PINELLI, *Le regole sulla qualità della regolazione e il principio di sussidiarietà*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000. Più in generale, sull'inflazione normativa cfr., invece, B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

trasferimento della funzione normativa in capo a strumenti che, differentemente dalle leggi o dalle altre fonti, non appaiono egualmente garantiti¹³, non si adottano in base a procedure disciplinate dalla legge, non possono dirsi espressione della volontà di organi rappresentativi e sfuggono a più di un tentativo di inquadramento giuridicamente rilevante, costringendo gli interpreti a comprendere, di volta in volta, che tipo di trattamento o considerazione possano accordare alle regole in essi contenute.

Le istanze di semplificazione generatesi per contrastare l'eccesso di legislazione¹⁴ potrebbero aver ingenerato un eccesso di regolazione¹⁵ o, più precisamente, un'eccessiva devoluzione integrativo-regolatoria in favore di atti e centri decisionali sempre più agili e più ristretti, ma meno garantiti.

Se, dunque, il quadro è quello appena descritto si può sostenere che, a fronte di un'ipertrofia di fonti informali (e, per ciò stesso, prive di garanzia), sia sempre preferibile un'ipertrofia di fonti precisamente inquadrate e rispetto alle quali si possa desumere quali siano i rimedi concretamente azionabili.

1.3. Le linee guida nella c.d. fuga dal regolamento

¹³ Al riguardo v., ad esempio, T. MARTINES, *Note sul procedimento di formazione delle fonti del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Milano, 1987.

¹⁴ Affronta il tema da una prospettiva più generale L. TORCHIA, *La modernizzazione del sistema amministrativo: semplificazione e decentramento*, in *Le Regioni*, 2-3/1997. Sul tema v., ancora, A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, 2002; S. BATTINI, *La legge di semplificazione 1999*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001; V. CERULLI IRELLI – F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 8/2000; F. PATRONI GRIFFI, *Codificazione, delegificazione, semplificazione: il programma del governo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2000; ID., *La "fabbrica delle leggi" e la qualità della normazione in Italia*, in *Diritto amministrativo*, 8/2000; M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella "legge annuale di semplificazione"*, in *Diritto pubblico*, 2/2000; L. VANDELLI – G. GARDINI (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Rimini, 1999; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/1998; L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione normativa*, in *Diritto amministrativo*, 3-4/1998; ID., *La conferenza di servizi e l'accordo di programma, ovvero della difficile semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7/1997; A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/1997; ID., *La semplificazione amministrativa*, in G. VESPERINI (a cura di), *I Governi del maggioritario*, Roma, 1998; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/1998; ID., *Le nuove misure di semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/1997; D. SORACE, *Le riforme del funzionamento e delle procedure della pubblica amministrazione: il progetto e le condizioni per la sua realizzazione*, in *Le Regioni*, 1995.

¹⁵ Sull'eccesso di regolazione v. S. CASSESE – B.G. MATTARELLA, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in S. CASSESE – G. GALLI (a cura di), *L'Italia da semplificare: 1. Le istituzioni: ricerca del Centro Studi Confindustria*, Bologna, 1998.

Come visto, il frequente richiamo alle linee guida come agile strumento regolativo può ritenersi espressione di un più generale fenomeno di trasformazione della normazione. Entro tale processo, la definizione degli aspetti di dettaglio della disciplina dei fenomeni appare sempre più rimessa alle specificazioni di atti che non appartengono alla normazione secondaria e la cui concreta capacità di incidenza nella ricostruzione e nell'applicazione del diritto sembrerebbe giustificarsi alla stregua dell'autorevolezza tecnico-scientifica delle loro indicazioni o a causa della persuasività e dell'effettività delle soluzioni operazionali in essi contenute.

In questo senso, il rinvio alle linee guida come ulteriore livello di precisazione del contenuto delle norme racchiuse entro le fonti può rappresentare un ulteriore episodio del fenomeno che è stato più volte chiamato *fuga dal regolamento*¹⁶: in questa come in altre sue manifestazioni, la tendenza in oggetto appare problematica sotto più punti di vista.

I problemi si acuiscono, naturalmente, quando gli elementi in base a cui si ricostruisce il contenuto delle norme giuridiche o i dati che fissano gli aspetti di una condotta doverosa o vietata sono ripartiti in modo sproporzionato tra la fonte che rinvia alle linee guida e le linee guida stesse.

Quando la distribuzione di indicazioni tra il livello della fonte ed il livello delle linee guida è sbilanciata in favore dello strumento informale, la definizione delle regole è affidata alle precisazioni delle linee guida e l'attività di produzione normativa è, di fatto, rimessa a centri decisionali che sfuggono ad un'investitura democratica e che non osservano particolari garanzie di

¹⁶ Al riguardo, oltre alla bibliografia già menzionata, che deve intendersi qui richiamata, si fa riferimento ai problemi evidenziati in N. PAOLANTONIO, *Tipicità della determinazione amministrativa e fonti*, in *P.A., persona e amministrazione*, 1/2018; B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo*, AIPDA. *Annuario 2015*, Napoli, 2016; M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo*, Napoli, 2011; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Diritto pubblico*, 1-2/2010; M. AVVISATI, *Il potere regolamentare fra tensioni centripete e competenze delle Regioni*, in *Politica del diritto*, 2/2005; F. MODUGNO – A. CELOTTO, *Un "non regolamento" statale nelle competenze concorrenti*, cit.. Se ne occupa, pur declinando anche altri aspetti, S. CASSESE, *L'attività consultiva del Consiglio di Stato in materia di norme*, in *La Revue Administrative*, 52, 8, 1999.

trasparenza e democraticità nell'adozione delle decisioni¹⁷. In questo modo, l'adozione di strumenti eterointegrativi della normativa primaria ed il rinvio alle precisazioni in essi contenuti rischia di dare adito ad un parziale trasferimento della funzione normativa, ammettendo che atti non garantiti e non assoggettati a controlli definiscano regole ordinamentali.

L'espansione di linee guida e strumenti ad esse assimilabili costituisce un fenomeno incontrollato, capace di ridondare a scapito della normazione secondaria. Le devoluzioni che le fonti primarie operano in favore delle linee guida *saltano*, alle volte, il livello della normazione secondaria per rimettere alla diretta regolazione di tali ed indefiniti strumenti la disciplina dei casi¹⁸.

Conferma di quanto detto è data dal fatto che vi siano molte fonti che rinvino direttamente al contenuto di linee guida (senza specificare se esse siano fonti secondarie – spetterà poi all'interpretazione declinarle nei termini di atti di regolazione/normazione secondaria¹⁹, di norme tecniche²⁰ o altro). Vi sono, poi, linee guida allegate a normazioni secondarie vacanti (cosa che si ha quando un decreto ministeriale recepisce il contenuto di linee guida poi allegate) ed atti che subordinano all'adozione di linee guida lo svolgimento di un'attività: i tre visti casi sono solo alcuni esempi in cui l'implementazione degli obiettivi enunciati dalla legge e l'adozione di misure attuativo-esecutive per assicurarli ha del tutto evitato il livello della normazione secondaria, per trovare affidamento in strumenti adottati con procedure, spesso, ignote e, sicuramente, non partecipate, elaborati da soggetti a cui non sembra potersi ricondurre alcuna legittimazione (se non la solita autorevolezza tecnica).

¹⁷ Parla, al riguardo, di *nuove dimensioni* della normazione secondaria G.A. GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle linee guida dell'Anac*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2018. Al riguardo cfr. N. LUPO, *Normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, 3/2017; ID., *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2012.

¹⁸ Come già accennato in esordio al presente lavoro, il ricorso alle linee guida in luogo dei regolamenti o, più in generale, delle fonti secondarie, potrebbe trovare spiegazione anche alla luce del riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni e, segnatamente, nella circostanza per cui allo Stato è preclusa l'adozione di regolamenti se non nelle materie di sicura competenza esclusiva. Un'evenienza come questa costituisce, con ogni probabilità, un incentivo al ricorso alle linee guida.

¹⁹ È quello che è successo con l'Anac.

²⁰ È quello che succede con le linee guida mediche.

Alla luce della generosità delle devoluzioni che si riscontrano nella pratica c'è, dunque, da segnalare come anche questo episodio di fuga dalla normazione tradizionale appaia, allo stesso tempo, frequente e preoccupante.

1.4. Linee guida indipendenti per la disciplina di materie non regolate

La configurabilità di *linee guida indipendenti* per la disciplina di materie non regolate è un'ipotesi che mutua la terminologia qui impiegata dalla classificazione dei regolamenti dell'esecutivo²¹. Anche nel presente paragrafo, i discorsi che si proveranno a svolgere aderiscono alla realtà delle autorità indipendenti, in quanto le amministrazioni in parola, probabilmente più spesso di altre amministrazioni, intervengono in via regolamentare su settori altamente

²¹ Riguardo la classificazione dei regolamenti governativi cfr., in primis, U. DE SIERVO, *Alla ricerca della effettiva tipologia degli atti governativi di direzione dell'amministrazione*, in P. CARETTI – U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1991; ID., *Il complesso universo degli atti normativi secondari del Governo*, in ID., *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1992; ID., *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti al livello nazionale*, in *Osservatorio sulle fonti 1998*, XV, Torino, 1999. In tema v. anche A. LUCARELLI, *op. cit.*; D. MONE, *Il regolamento indipendente regionale tra unità e pluralismo delle fonti*, in *Politica del diritto*, 2/2003; G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2013; A. RUGGERI, *Cedevolezza, autonomia regolamentare e composizione delle fonti in sistema*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2007; M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, 1/2008; A. CERRI, *Regolamento* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, 1994; F. CERRONE, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti. La tipologia dei regolamenti governativi nella legge n. 400 del 1988*, Torino, 1991; L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, cit.; ID., *Il diritto vivente di origine regolamentare*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990; ID., *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990; ID., *Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla l. n. 400 de 1988 a confronto col principio di legalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 9/1988; ID., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; G. PUCCINI, *La potestà regolamentare del Governo nell'esperienza italiana: osservazioni e spunti critici sugli sviluppi del dibattito scientifico*, in P. CARETTI – U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti*, cit.; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993; E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Milano, 1988; G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400*, cit.; A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di Governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1986. Per un contributo più risalente si rinvia a O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del Governo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926.

²² L'idea in parola è resa in modo soddisfacente da M. SANINO, *op. cit.*, p. 81, dove si legge: «(...) le Autorità adottano misure generali che, volte agli operatori, intervengono in settori connotati da alto tecnicismo e privi di una puntuale disciplina legislativa, in applicazione, quindi, di un criterio di separazione delle fonti più che di gerarchia».

tecniche, nei quali non si riviene sempre una puntuale disciplina legislativa²². Descritto il quadro, si ricava che l'amministrazione indipendente possa trovarsi a normare in modo, appunto, indipendente, settori in cui non insiste nessun'altra disciplina di rango primario.

La domanda che ci si pone in questo paragrafo è che cosa accadrebbe nel caso in cui, assente una disciplina primaria, l'Autorità indipendente intervenga con *linee guida* anziché con regolamenti o atti di regolazione.

In questo caso, bisognerebbe, in primo luogo, sciogliere l'incertezza interpretativa che giace nell'impiego dell'espressione linee guida, perché – come visto – può ben darsi che alcune linee guida dell'amministrazione indipendente siano regolamenti o, comunque, espressione di un potere normativo riconosciuto e (forse) legittimato. In quest'ultimo caso, i problemi posti da una regolazione indipendente *per linee guida* si sostanzierebbero nella consueta incertezza sull'operatività (e vincolatività) delle regole in esse contenute e sulle ambiguità che potrebbero ingenerarsi quando ancora non sia chiaro se una certa linea guida possa ascrivarsi o meno al *genus* delle fonti.

Nel caso opposto, quello, cioè, in cui si diano delle linee guida non regolamentari che disciplinano direttamente una materia le criticità sarebbero, però, più evidenti e si verificherebbe il già descritto abbandono del livello secondario di cui già si è parlato nel presente capitolo (cfr. parr. 1.2 e 1.3).

L'impressione che si ricava dall'osservazione dei fenomeni in atto è, peraltro, che già si riscontrino dei casi in cui alle linee guida formalmente sprovviste di carattere regolamentare sia stata devoluta la definizione delle regole concretamente operanti nelle situazioni considerate, estromettendo l'impiego della normazione secondaria. Questo è accaduto nella misura in cui, attraverso alcune linee guida, si è inteso fornire elementi capaci di incanalare l'interpretazione di concetti giuridici annunciati dalla normativa primaria, ma da essa non declinati. Le linee guida redatte per precisare concetti indeterminati o clausole generali hanno, infatti, costruito discipline “indipendenti” degli

²² L'idea in parola è resa in modo soddisfacente da M. SANINO, *op. cit.*, p. 81, dove si legge: «(...) le Autorità adottano misure generali che, volte agli operatori, intervengono in settori connotati da alto tecnicismo e privi di una puntuale disciplina legislativa, in applicazione, quindi, di un criterio di separazione delle fonti più che di gerarchia».

oggetti su cui si sono appuntate. In altre parole, si danno dei casi in cui le linee guida costituiscono gli unici luoghi testuali (o, se si vuole gli unici strumenti giuridici) entro cui poter rinvenire i possibili significati dei concetti impiegati ed accennati da legislatore. In questi casi, i luoghi testuali appena menzionati si addossano, infatti, l'onere di dettare dei sistemi di norme relativi agli oggetti, di volta in volta, regolati. Se ne ricava che gli interpreti e gli operatori che si accingano a maneggiare questi concetti (gli stessi che sono stati precisati dalle linee guida) ne siano, con ogni probabilità, influenzati e comincino a considerare questi strumenti con grande attenzione in quanto siano gli unici atti contenenti una disciplina degli oggetti richiamati ed in quanto siano dotati di autorevolezza.

Ciò fa sì che gli spazi interpretativi lasciati (volutamente od inconsciamente) aperti dal legislatore non siano più riempiti dallo stratificarsi delle interpretazioni, ma siano in parte stretti entro gli argini interpretativi issati da strumenti di precisazione come le linee guida.

Ora, sebbene le *linee guida* non dovrebbero avere l'attitudine di incidere sugli ordinamenti quando non siano provviste dei caratteri delle fonti, sembra possibile che la persistente attività di cristallizzazione dell'interpretazione cui esse danno luogo favorisca il fissarsi di sottosistemi di regole indipendenti che, declinando il contenuto delle formulazioni elastiche, inibiscono le virtualità applicative della normativa primaria ed ingessano l'interpretazione. Per tale ragione, l'accentuazione del ricorso a questi strumenti ed il possibile e conseguente incremento del livello delle linee guida *indipendenti* a scapito della normazione secondaria può essere un problema e può incoraggiare un implicito processo di trasferimento di quote della funzione normativa. Anzi, questo processo appare, invero, già in atto ed attraversa, dall'alto verso il basso, la disposizione piramidale del sistema delle fonti cui siamo abituati. Al passaggio dalla legge al regolamento realizzato attraverso la delegificazione²³ potrebbe, infatti, essere seguito, il brusco transito dal

²³ Per una disamina sull'argomento si rinvia, tra gli altri, a G. MOCAVINI, *Decreti-legge, delegificazione e attribuzione di potere regolamentare al Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016; A. IANNUZZI, *La delegificazione statale e regionale*, in AA.VV., *La funzione legislativa oggi*, Atti del Convegno, Camerino, 2006; V. COCOZZA, *La delegificazione, modello legislativo* –

regolamento al livello degli strumenti informali, in una sorta di *de-regolamentazione*, che affidi alle linee guida tecniche (o suppostamente tali) la definizione delle regole concretamente individuabili caso per caso²⁴, scavalcando la produzione normativa secondaria.

In uno scenario di questo genere, una delle soluzioni proponibili per lenire le criticità derivanti dall'esistenza di linee guida "normative", potrebbe, allora, consistere nell'estendere anche alle linee guida le conclusioni che la giurisprudenza amministrativa ha formulato quando ha accolto la nozione sostanziale di atto normativo. In quella circostanza, elaborando i c.d. indici di normatività, il giudice amministrativo ha applicato il regime giuridico degli atti normativi ad atti formalmente amministrativi, ma sostanzialmente normativi²⁵.

1.5. Linee guida *contra ius* e linee guida in contrasto tra loro

attuazione, Napoli, 2003; G. DEMURO, *La delegificazione come strumento di semplificazione: una difficile coesistenza* in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti* 1999, Torino, 2000; Id., *Delegificazione: modelli e casi*, Torino, 1995; Id., *Le tecniche e gli strumenti utilizzati per attuare la delegificazione*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Bologna, 1992; Id., *La delegificazione*, in *Il Foro Italiano*, parte V, Bologna, 1989, L. CAPPUCCIO, *Principio di sussidiarietà, regolamenti di delegificazione e competenza residuale: una verifica incerta?*, in *Le Regioni*, 2/2007; N. LUPO, "Dal regolamento alla legge". *Semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?*, in *Diritto e società*, 2006; G. DI COSIMO, *La proteiforme cedevolezza: il caso dei regolamenti di delegificazione nelle materie concorrenti*, in *Le Regioni*, 1/2003; Id., *Delegificazione e tutela giurisdizionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2002; A. BARBERA, *Un ribaltone nel sistema delle fonti?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2002; S. MABELLINI, *Osservazioni in tema di regolamenti statali di delegificazione nelle materie regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001; P.M. VIPIANA, *La delegificazione: profili teorici ed esperienze pratiche*, in *Politica del diritto*, 2/1994; G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti di delegificazione e giudizio di legittimità costituzionale: verso nuovi orizzonti?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/1988; A. BARBERA, *Appunti sulla delegificazione*, in *Politica del diritto*, 3/1988; A.A. CERVATI, *Osservazioni in tema di potestà regolamentare dell'esecutivo e di "delegificazione"*, in *L'educazione giuridica*, V, Perugia, 1987. Più in generale, sul rapporto tra norme primarie e secondarie cfr. P. CALANDRA, *Problemi di equilibrio nei rapporti Governo-Parlamento*, in *Queste istituzioni*, 1991; S. BARTOLE, *Una prospettiva di rivalutazione dei poteri normativi del Governo. A proposito della legge n. 400 del 1988*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1988; T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Milano, 1987; B. CARAVITA DI TORITTO – M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Politica del diritto*, 2/1986; G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (aspetti problematici)*, Milano, 1962.

²⁴ Restituisce un'idea della fluidità dei rapporti tra gli ordini di fonti A. RUGGERI, "Fluidità" dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi di inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione), in *Diritto pubblico*, 2/2000.

²⁵ A questo riguardo cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Ad. Plen. 9/2012 ed il commento di N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, cit. In argomento cfr., poi, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit.

Dopo aver ricavato dai regolamenti indipendenti lo spunto per ipotizzare l'esistenza di linee guida contenenti la disciplina di materie non regolate, si proverà, ora, ad ipotizzare l'esistenza di linee guida che si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico, prendendo in prestito le coordinate concettuali delle consuetudini *contra legem* o *ius*.

Lasciando da parte il caso di linee guida che si pongano in contrasto con il contenuto espresso di *leggi* od altre fonti – caso che, come si intuisce, non porrebbe particolari problemi – ci si chiede cosa possa accadere nel caso in cui le linee guida (o, magari, le già evocate linee guida indipendenti) dettino disposizioni che contravvengano ai principi ordinamentali o propongano di essi una declinazione differente, condizionando il loro sviluppo (anche solo concettuale) entro l'ordinamento giuridico.

Questo è, ad esempio, ciò che sembra accadere rispetto ad alcune linee guida mediche (prevalentemente di altre esperienze statuali), le quali, essendo perlopiù incentrate sulla riduzione delle spese mediche, potrebbero anche ritenersi in contrasto con i principi di cura ed assistenza dei pazienti o con il modo in cui essi sono declinati entro l'ordinamento giuridico nazionale.

Al caso delle linee guida aventi propositi in eventuale contrasto con i principi ordinamentali si aggiunge, poi, il caso delle linee guida che contrastino tra di loro: caso, questo, reso oltremodo possibile a causa della straordinaria inflazione di questi strumenti. Ora, i problemi che potrebbero porsi rispetto a casi di “antinomia²⁶” delle linee guida sarebbero, per forza di cose, relativi o, comunque, fortemente condizionati dalla natura delle linee guida che si stiano considerando (potrebbe, infatti, trattarsi di fonti e, se così fosse, bisognerebbe applicare loro i criteri di risoluzione delle antinomie sviluppati per esse).

Nel caso, però, si tratti di fonti informali, capaci cioè di incidere gli ordinamenti senza che sia espressamente riconosciuta tale capacità e sebbene ciò non possa ritenersi ammissibile in base all'assetto costituzionale, va da sé che si porrebbero diversi problemi.

²⁶ In tema di risoluzione delle antinomie v. A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomia*, II ed., Torino, 2014; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008; P. CHIASSONI, *Materiali per una teoria delle antinomie*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2006.

In primo luogo, si potrebbe argomentare che, se una delle ragioni di successo delle linee guida risiede nella loro capacità di adottare soluzioni agili per superare ed aggiornare i sistemi, tra due linee guida che vertono sulla stessa materia e che dispongono in senso opposto possa anche applicarsi un criterio di prevalenza cronologica al momento di scegliere se seguire l'una o l'altra.

In secondo luogo, la possibile legittimazione tecnica che si fa discendere da alcune linee guida potrebbe indurci a ritenere che ci siano delle linee guida più affidabili di altre (e, d'altronde, durante l'emergenza abbiamo anche visto le linee guida in apparente gerarchia²⁷).

Resta, però, il fatto che, in un sistema in cui le linee guida sono talvolta ammesse ad incidere profondamente sulla produzione giuridica e sull'individuazione delle regole concretamente applicabili ai singoli rapporti, è intollerabile che ciascun individuo che si asserisca lesa dagli effetti (formali od informali) prodotti da una linea guida (come visto, può anche trattarsi di un'opera di condizionamento dell'interpretazione avvenuta a suo danno) sia costretto a ricostruirne il possibile inquadramento classificatorio prima di poter capire quali strumenti di tutela impiegare.

Parimenti intollerabile è, poi, che gli sforzi di riconduzione classificatoria eventualmente profusi dal singolo possano anche non andare incontro ad un esito certo ed inconfutabile: in alcuni casi, il ricorso alle linee guida si spiega, d'altronde, proprio in ragione del fatto che gli ideatori di tali atti intendano sfuggire ad una classificazione degli stessi, inserendo entro gli ordinamenti dei contenitori fluidi e privi di caratteristiche definite.

Se ne ricava che alcune linee guida non possano essere ascritte con sicurezza a nessuna tipologia degli atti esistenti. In questo modo, ai vantaggi derivanti dall'impiego dell'indeterminatezza (la quale solleva i redattori dall'onere di specificare cosa stiano realizzando) corrisponde l'integrale pregiudizio del cittadino che intenda tutelarsi dalle linee guida, in quanto lo stesso potrebbe non comprendere con che strumenti farlo, né come individuarli.

Le linee guida pongono, dunque, problemi di tutela e non meno vero è che le stesse introducono entro gli ordinamenti un indefinito livello di

²⁷ Cfr. Cap. IV., par. 4.1.

istruzioni, capace di ripercuotersi sul piano della certezza o sicurezza giuridica dei rapporti. Sempre più spesso i singoli sono, infatti, chiamati a confrontarsi con il dato letterale che emerge da atti denominati *linee guida* (glielo si chiede anche affinché informino le proprie condotte a quanto da esse prescritto). Nel farlo, gli stessi sono tenuti ad orientarsi entro il *caos* di una produzione potenzialmente sconfinata di strumenti (rispetto alle linee guida è, infatti, arduo rinvenire fonti di cognizione di sorta): oggi esistono, linee guida per quasi ogni cosa ed il problema dell'inflazione delle stesse costringe chi intenda conformarsi al loro contenuto a risolvere le eventuali antinomie che si abbiano a riscontrare tra una linea guida e l'altra.

Ora, se questi strumenti esercitassero gli effetti che dovrebbero essere loro propri (vale a dire il persuadere senza produrre conseguenze di qualche tipo per la loro inosservanza), il problema appena analizzato potrebbe ritenersi, in un certo qual modo, relativo, ma la realtà mostra che le cose stanno diversamente e che l'inosservanza delle linee guida sia considerata come indice di una negligenza o come elemento rilevante per valutare la sussistenza di altre situazioni previste dalla legge. Stando così le cose, la contraddittorietà delle linee guida si può risolvere in uno stato di incertezza a tutto scapito del cittadino. Tale stato, pur non potendo essere definito in ogni caso come uno *stato di incertezza del diritto* (visto che non di tutte le linee guida si impone l'osservanza) si può, però, definire come una sorta di stato di incertezza relativo ai presupposti valutativi di una responsabilità (o di altre circostanze giuridicamente rilevanti). E questo perché, come osservato, questi documenti vengono sempre più considerati per valutare l'appropriatezza delle condotte: una condizione che appare, di per sé, deterioro e che impone di essere considerata con attenzione.

1.6. Le linee guida come fattore di incertezza del diritto: sintesi

Le considerazioni svolte fino a questo momento, in uno con le criticità evidenziate rispetto a casi di linee guida particolari, consentono di concludere che l'affidamento di quote di regolazione al fenomeno delle linee guida e, più

in generale, il richiamo operato dal legislatore nei confronti delle stesse, attentino, tra gli altri, il valore della certezza del diritto²⁸.

Come si è mostrato, ogniqualvolta si assegnino funzioni agli strumenti qui indagati, il carico di incertezza sprigionato dal loro impiego (l'unico carattere connaturato all'attuale stato di definizione delle linee guida) si traduce in un'incertezza giuridicamente trasversale, perché coinvolge: il regime di norme applicabile a questi atti; la configurabilità di conseguenze per il caso di inosservanza del loro contenuto; l'esperibilità dei rimedi nel caso ci si assuma lesi da essi; i tentativi di ricostruzione classificatoria che si abbiano ad operare nei casi concreti e, probabilmente, anche altro.

I singoli non sono nelle condizioni di comprendere quale sia la portata concreta di molti strumenti denominati *linee guida*, mentre gli operatori non sono in grado di inscrivere questi strumenti entro il diritto o di razionalizzarne in qualche modo l'impiego. L'estrema indeterminatezza che contraddistingue il ricorso a questi strumenti dovrebbe, pertanto, sconsigliare ogni riferimento alle linee guida, e promuovere l'abbandono dell'idea (affermatasi, forse, inconsciamente) che di linee guida si possa parlare come di un modello.

Ad eccezione di sistemi di linee guida regolati nel proprio ambito di interazione interna (si pensi, ad esempio, alle linee guida mediche), questi strumenti non costituiscono un tipo di produzione determinata e si risolvono in un'etichetta così omnicomprensiva da essere senza perimetro. L'assenza di punti fermi in ordine a cosa siano o cosa possano essere le linee guida lascia inevase fondamentali esigenze di certezza del diritto. Ed infatti se ne ricava che, eccezion fatta per alcuni e limitatissimi casi, non sembra auspicabile evocare le linee guida per la gestione dei rapporti giuridici. Anzi, le incertezze dispiegate dall'improprio riferimento a tale *non-genere* di atti dovrebbe indurci ad abbandonare le tendenze nominalistiche che sperimentano l'agio dell'incertezza definitoria e a riaffermare la necessità di nominare e tipizzare nel modo corretto le produzioni giuridiche.

²⁸ Oltre alle opere già citate si richiamano, qui, S. BERTEA, *Certezza del diritto ed argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002; L. LUVOIS FULLER, *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, ed. italiana a cura di A. Porciello, Pisa, 2016.

2. Le linee guida e l'amministrazione

L'analisi svolta fino a questo momento consente di evidenziare come l'impiego delle linee guida possa rivelarsi un fattore problematico anche relativamente all'esercizio dell'attività amministrativa.

L'elaborazione di regole operazionali per il governo delle situazioni concrete – che è uno degli elementi più trasversali entro l'eterogeneo panorama delle linee guida – rischia, infatti, di risolversi in una sbilanciata attività di eterointegrazione del contenuto degli atti generali o dei singoli provvedimenti, riducendo il margine valutativo delle p.a.

In aggiunta, l'intervento del carico dispositivo dispiegato (in via, perlopiù, informale) dalle linee guida può influire sul rapporto tra politica ed amministrazione. La produzione di linee guida configura un eterogeneo complesso di indicazioni ad effettività variabile, capace di incidere sul perseguimento degli obiettivi fissati dal livello politico e perseguiti dall'attività amministrativa, senza che sia chiaro in che misura ciò avvenga.

2.1. Le linee guida tra eterointegrazione della regola e prerogative della pubblica amministrazione

Come accennato, la produzione di linee guida si sostanzia, in molti casi, nell'elaborazione di indicazioni tecniche o soluzioni operative per il governo di una determinata situazione. In misura variabile secondo la precipua capacità di incidenza fattuale, la linea guida ideata per la gestione di un problema o di un fascio di situazioni può assumere un valore di autorevolezza od un'utilità effettiva tali da renderla un collettore di regole percepito come affidabile e considerato alla stregua di una fonte contenente parte della disciplina applicabile ai casi.

La pioggia di strumenti informali di cui le linee guida sono, di certo, espressione, integra il livello delle indicazioni che le fonti apprestano per disciplinare i casi concreti, esercitando un'attività di precisazione od orientamento delle letture della disciplina primaria, capace di ridurre lo spazio valutativo degli interpreti.

Ebbene, l'osservazione della produzione di linee guida sembrerebbe mostrarci che qualcosa di simile e – al contempo – di diverso potrebbe riscontrarsi con riferimento all'attività amministrativa.

Nella misura in cui l'attività di precisazione dei concetti enunciati dalla normativa primaria (o secondaria) riempia in modo così penetrante gli spazi che potrebbero essere colmati delle valutazioni dell'amministrazione, l'esercizio di ciò che chiameremmo *discrezionalità tecnica* sembrerebbe essere assorbito da questi strumenti, segnando il recedere delle prerogative della p.a.²⁹

In altre parole, l'incessante attività di cristallizzazione delle indicazioni tecniche, delle soluzioni operazionali o degli *standard* qualificati, in uno con la predisposizione di sottosistemi atti a declinare i più minuti aspetti di costrutti giuridici lasciati volutamente ampi³⁰, riduce il margine di apprezzamento dell'amministrazione, ne coarta la libertà valutativa e fa sì che gli apprezzamenti

²⁹ Sulla valutazione amministrativa cfr., tra gli altri, R. CAVALLO PERIN – B. GAGLIARDI, *Discrezionalità, discrezionalità tecnica e impiego pubblico*, in E. MALARET GARCIA (a cura di), *Discrezionalità, discrezionalità tecnica e impiego pubblico*, Cizur Menor, 2019; F. MERUSI *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; M. DELSIGNORE, *La valutazione tecnica e i suoi riflessi sul procedimento*, in *Foro amministrativo*, Consiglio di Stato, 5, 2010; M. ASPRONE – M. MARASCA – A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, cit., 2008; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 4/2008; S. VINTI, *Valutazioni comparative e sindacato giurisdizionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2002; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1992; G. BARONE, *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, cit.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987. Per una ricostruzione più classica, cfr. V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, cit.; E. PRESUTTI, *op.cit.*; F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1902.

³⁰ Si pensi, ad esempio, al concetto di *villa di particolare bellezza* o ad altri costrutti linguistici di questo genere, molto frequenti nella disciplina relativa alla protezione di beni culturali o tutela del paesaggio, e formulati in modo da essere riempiti dall'attività valutativa dell'amministrazione. Tra gli altri, si occupano di discrezionalità tecnica e valutazioni collegate alla tutela di patrimonio storico-culturale ed ambientale v. G. SIGISMONDI, *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi* e G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, entrambi in *Aedon*, 3/2016; A. ROTA, *La tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità*, in *Aedon*, 3/2002; . Sul concetto giuridico indeterminato e la discrezionalità tecnica entro il diritto amministrativo v., in particolare, H. EHMKE, *"Discrezionalità" e "concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo*, Napoli, 2011. Sul rapporto tra discrezionalità ed esercizio del potere regolamentare v., tra gli altri, L. RAGGI, *Il potere discrezionale e la facoltà regolamentare*, Milano, 1923.

ipoteticamente devoluti alla capacità di scelta dell'amministrazione siano, in un certo qual modo, appaltati al livello definitivo di altri strumenti³¹.

In questi come in altri casi, la cessione di spazi di questo genere in favore delle linee guida o degli atti ad esse assimilabili costituisce un problema sia nella misura in cui non tutte le linee guida presentino gli stessi caratteri di garanzia degli atti amministrativi (senza contare che, quand'anche fossero atti amministrativi, sarebbe necessario avviare un processo di indagine per poterle ascrivere a questo *genus*), sia per il fatto che i redattori delle linee guida non presentino la stessa affidabilità e legittimazione delle amministrazioni.

In aggiunta, i soggetti a cui si affida la redazione delle linee guida potrebbero non coltivare l'interesse ad operare un giudizio di ragionevolezza nell'elaborazione delle soluzioni consigliate, oltre che non essere animati dal perseguimento dell'interesse pubblico che coltiva, invece, l'amministrazione.

2.2. *Le linee guida e il rapporto tra politica e amministrazione*

Come visto, lo spettro semantico dischiuso dall'impiego dell'espressione *linee guida* può ricomprendere anche gli atti attraverso i quali gli organi del circuito politico-rappresentativo individuano formalmente gli obiettivi al cui perseguimento è orientata l'azione della pubblica amministrazione.

Per converso, *linee guida* possono essere anche altri documenti che gli stessi organi politici od organi diversi abbiano ad adottare per declinare il contenuto degli *indirizzi* di cui al rapporto tra politica e amministrazione³².

³¹ Un esempio di quanto si afferma può essere tratto dall'impiego che si fa, oggi, di alcune linee guida dell'Anac. Nella recente sent. n. 4627/2020, il Consiglio di Stato ha, ad esempio, affermato la violazione del principio di rotazione nell'affidamento dei contratti pubblici sostenendo che la fattispecie posta sotto la sua attenzione replicasse una delle ipotesi di violazione contemplate dalle linee guida in parola. In un'altra sentenza, lo stesso Giudice ha, poi, affermato qualcosa di simile anche rispetto ad altre linee guida, sempre emanate dall'Autorità nazionale anticorruzione. Al riguardo è stato stabilito che la predeterminazione degli obblighi informativi gravanti sugli operatori economici pone questi ultimi in condizione di cooperare con l'amministrazione per il corretto svolgimento della procedura, tenendo conto del carattere esemplificativo delle ipotesi previste nelle linee guida a ciò dedicate. Moltissimi altri sono gli esempi a tal fine svolgibili.

³² Al riguardo v., tra gli altri, M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in *Rivista italiana di public management*, II, 1, 2019; E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, in *Diritto pubblico*, 3/2018; S. DE GÖTZEN, *La distinzione tra politica e amministrazione: funzioni di*

In questo senso, si può dire che le linee guida possano sia determinare in modo diretto la fissazione degli obiettivi perseguiti, sia consistere in atti collaterali che partecipino all'esplicazione degli stessi, integrando o supportando l'interpretazione di altri atti di indirizzo che appaiano tali in via più formale.

Nel primo caso, l'impiego dell'espressione *linee guida* per nominare (od indicare) gli atti attraverso cui si esprime direttamente la funzione di indirizzo politico potrebbe rivelarsi problematico. E questo, in primo luogo, perché, il fatto che l'enunciazione degli obiettivi affidati all'amministrazione sia svolta da atti che recano il nome *linee guida*, potrebbe evocare l'idea che essi contengano un indirizzo cedevole o derogabile: un orientamento meno stringente, rispetto al quale sembra possibile ispirare l'azione amministrativa in modo più flessibile di quanto non accada con piani, programmi od atti con altre dizioni.

Nel secondo caso, quello delle linee guida che specificano gli obiettivi già enunciati da altri atti di indirizzo, possono porsi altri problemi. In misura variabile in base alla propria autorevolezza e capacità di influenza, le linee guida in parola possono condizionare l'azione amministrativa, dettare parametri od indirizzi che invadono la sfera di competenza degli organi gestionali e contravvenire il divieto di intromissione degli organi politici nella gestione³³.

In altre parole, l'esistenza di sistemi di indicazioni che, come le linee guida, appaiono preordinati ad imbrigliare le virtualità applicative delle norme di principio dettate dagli atti di indirizzo politico possono condizionare l'azione amministrativa, fino a ridurre ai massimi termini ogni capacità di esercizio della discrezionalità gestionale. In questo senso, un'eccessiva influenza di linee guida od atti ad esse assimilabili e parimenti capaci di incidere in via informale sullo svolgimento

indirizzo, funzioni di gestione e potere deliberativo dell'organo politico, in *Le Regioni*, 4/2013; S. BATTINI, *La separazione fra politica e amministrazione in Italia: ieri, oggi e domani*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012; M.C. CAVALLARO, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, in A. CONTIERI – M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, Napoli, 2012; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1/2009; P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005;

³³ In argomento v. P. COLOMBO, *L'intervento del ministro sugli atti di gestione*, Rimini, 2004. Sull'indipendenza del funzionario, v., più in generale, B. PONTI, *La nozione di indipendenza nel diritto pubblico come condizione del funzionario*, in *Diritto pubblico*, 1/2006; G. MELIS, *La dirigenza pubblica in Italia: anello di congiunzione tra politica e amministrazione*, in *Scienza e politica*, 26, 2014.

dell'attività amministrativa potrebbe segnare un limite all'esercizio di poteri discrezionali previsti e tutelati dalla legge e riscrivere, in modo problematico, il rapporto tra politica ed amministrazione.

Più in particolare, le linee guida potrebbero erodere la capacità dell'amministrazione di determinarsi nella gestione e nel perseguimento degli obiettivi fissati dagli organi rappresentativi. Se, poi, una simile attività di restringimento del margine valutativo delle p.a. avvenisse ad opera di linee guida adottate da plessi e centri decisionali non politici, la riduzione dell'autonomia gestionale delle p.a. sarebbe, con ogni probabilità, ancora più problematica³⁴.

Le ragioni illustrate inducono, quindi, a concludere quanto segue: sarebbe consigliabile che gli atti di indirizzo continuino a recare dizioni nominali più sicure o, quantomeno, più delineate, in modo che il loro contenuto di indirizzo rimanga intatto e non assuma contorni sfumati. Allo stesso tempo, sembrerebbe appropriato monitorare con attenzione la capacità di incidenza fattuale delle linee guida anche avendo riguardo al rapporto tra politica ed amministrazione.

E questo perché non è possibile escludere che alcuni degli atti che recano la dizione *linee guida* possano imbrigliare l'attività amministrativa, condizionare le scelte dei dirigenti e riflettere il proprio valore di autorevolezza entro i giudizi per la responsabilità dei funzionari, secondo uno schema simile a quello relativo alle linee guida mediche. L'elevata qualificazione di non meglio precisate *linee guida* (in astratto addirittura derivabili da organi politici, da organi supportati da un'affidabile conoscenza tecnica o investiti di autorevolezza perché oggetto di rinvio da parte dei legislatori) potrebbe fare ritenere che tali strumenti siano indispensabili o, comunque, rilevanti per lo svolgimento della gestione amministrativa: circostanza che potrebbe suggerire che gli stessi siano da considerarsi per individuare i parametri alla stregua dei quali valutare la condotta eventualmente tenuta dal singolo funzionario.

2.3. *Linee guida e amministrazioni indipendenti: un nuovo approccio*

³⁴ Per un quadro sul tema cfr. M. MIDIRI, *I rapporti tra politica e amministrazione nella giurisprudenza costituzionale e la riforma della dirigenza*, in *Il diritto dell'economia*, 3-4/2009.

La rassegna relativa al ruolo delle linee guida entro l'amministrazione non può, ora, che concludersi con un cenno relativo al fenomeno delle linee guida entro l'esperienza della regolazione indipendente.

Come visto, alcune di queste amministrazioni adottano atti contraddistinti dalla dizione *linee guida* e, rispetto a questi atti, si pongono molti dei problemi analizzati nel presente lavoro. L'incapacità o, comunque, la difficoltà di ricondurre molte di queste produzioni ad un inquadramento categoriale (o, se si vuole, dogmatico), induce buona parte degli interpreti a considerare con sospetto l'impiego di questa dizione per denominare gli strumenti giuridici.

Le tendenze in atto presso l'ordinamento interno e, come si può notare, anche oltre di esso, rivelano, però, che il ricorso all'indeterminatezza ed a strumenti che rifuggono da ogni inquadramento classificatorio sia un tratto comune a molte esperienze. La diffusione di questo approccio pone diversi problemi di ordine pratico, ma, prima ancora di rivelarsi critica rispetto alla gestione dei particolari fenomeni della realtà pratica, sembra espressiva di trasformazioni di portata più generale, perché propone un approccio alla regolazione nuovo ed in evidente contrapposizione con i modelli del passato.

Entro l'amministrazione indipendente, l'affermarsi di produzioni giuridiche informali, ma autorevoli, settoriali, aggiornate e contenenti soluzioni operative utili ha favorito lo stratificarsi di un livello di indicazioni estraneo ai caratteri tipici delle fonti, ma nondimeno efficiente in termini di gestione delle situazioni concrete.

In particolare, l'osservazione dell'attività di regolazione rivela che essa sia, oggi, orientata alla riduzione delle formulazioni generali (e, quindi, alla riduzione della capacità di autodeterminazione ed interpretazione dei destinatari delle regole) ed alla contestuale circoscrizione o parcellizzazione dei singoli sistemi di indicazioni³⁵. Un'impalcatura di indicazioni così fitta, precisamente calibrata sulla gestione di singoli casi e situazioni, riduce gli spazi occupati dalle formulazioni generali, standardizza i comportamenti degli operatori e si rivela particolarmente confacente all'individuazione di parametri comportamentali determinati: gli stessi

³⁵ Sulla discrezionalità delle scelte dell'amministrazione indipendente v. M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amministrativo*, 2002; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.

parametri cui vengono, poi, rapportate le condotte concretamente osservate dai singoli operatori.

L'opera di integrazione e precisazione di concetti e condotte che svolge, oggi, la regolazione per linee guida fa, infatti, sì che il contenuto di questi strumenti definisca sempre più spesso il complesso di regole in base a cui valutare il comportamento effettivamente tenuto da un singolo in una determinata circostanza.

E ciò sebbene tali atti siano formalmente sprovvisti di un'efficacia in tal senso. Quanto detto sembra, peraltro, confermato dal fatto che, in molti casi, i parametri fissati dagli strumenti che sono espressione di tale e nuovo approccio regolatorio rappresentano i principali elementi alla stregua delle quali si ricostruisca l'appropriatezza delle condotte osservate.

Una constatazione, quella appena svolta, che ci lascia concludere per l'innegabile capacità delle linee guida di influire sullo svolgimento della realtà giuridica, oltre che per l'avvenuto radicamento di un'impostazione regolatoria che preferisce la produzione di una moltitudine di regole pratiche all'approvazione di poche regole generali.

2.4. *Linee guida multi-autore: quale accountability?*

Oltre alle criticità già considerate, il rilievo assunto dalle linee guida entro e fuori l'amministrazione impone agli interpreti di comprendere in che modo i redattori di questi strumenti possano rispondere degli effetti da essi prodotti.

Utilizzando la costruzione concettuale dell'*accountability*³⁶, sembra di qualche interesse riflettere sulla possibilità che l'impiego delle linee guida ponga

³⁶ In modo molto generale, si ricorre a questa costruzione quando si intende delineare l'obbligo dei soggetti di rendicontare le decisioni prese. In molte delle sue varie declinazioni, il concetto di *accountability* si estende alla soggezione a responsabilità per le conseguenze derivanti dalle scelte compiute. Possono essere oggetto di un giudizio relativo alla sussistenza di un'*accountability* sia i soggetti pubblici che i soggetti privati i cui atti abbiano degli effetti per la collettività. In sintesi, essere *accountable* significa essere in condizione di rendere conto delle scelte effettuate e di rispondere delle conseguenze da esse prodotte. Oltre agli aspetti di rendiconto, l'*accountability* presuppone che i decision-makers pubblicizzino i modi attraverso i quali adottano le proprie decisioni e che garantiscano la partecipazione di coloro che abbiano degli interessi coinvolti entro la situazione oggetto delle decisioni. Per una bibliografia in tema, si rinvia, tra gli altri, a M. BOVENS – R.E. GOODIN – T. SCHILLEMANS (a cura di), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford, 2014; R. MULGAN, "*Accountability': An Ever-Expanding Concept?*", in *Public Administration*, 78,

problemi di rendicontabilità delle scelte in esse trasfuse: una questione che, come si intuisce, può assumere più o meno rilievo secondo la concreta capacità di linee guida o atti assimilati di dispiegare un'incidenza fattuale sulla realtà giuridica.

Sembra, infatti, evidente che più è accentuata la capacità di penetrazione ordinamentale di questi strumenti, più si renda necessario individuare i canali attraverso i quali i decisori (o soggetti individuatori delle regole) siano chiamati a rispondere delle scelte effettuate ed a descriverne i processi di adozione.

Ora, problemi di riscontrabilità delle scelte simili a quelli qui accennati si pongono, più in generale, in tutti i contesti in cui, a fronte dello stratificarsi di strumenti indeterminati, non si rinvergono mezzi di tutela attraverso cui sindacare in via diretta gli effetti prodotti dalle varie regole del livello normativo informale³⁷.

Il mancato riconoscimento dell'efficacia fattuale dispiegata da molte linee guida esclude o complica l'esperibilità di tutele azionabili avverso fonti od atti cogenti ed innesca una corrispondenza difettosa tra il piano dell'effettività dell'incidenza ordinamentale di tali strumenti e quello dell'effettività delle tutele.

La dimensione della concreta capacità di incidenza delle linee guida sfugge, infatti, all'osservazione giuridica e rivela che forse non si sia adeguatamente riflettuto sulla necessità che gli ideatori delle stesse possano essere chiamati a rispondere delle valutazioni qui effettuate. Il tenore precettivo di alcune linee guida in circolazione e la significativa latitudine di ruoli e funzioni assegnati a questi strumenti impongono, infatti, di considerare il livello di indicazioni da esse prodotte come *quasi-fonti*³⁸. Di qui due considerazioni.

3, 2000; A. PRZEWORSKI – S.C. STOKES – B. MANIN (a cura di), *Democracy, Accountability and Representation*, Cambridge, 1999; A. SCHEDLER, *Conceptualizing Accountability*, in A. SCHEDLER – L. DIAMOND – M.F. PLATTNER, *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, London, 1999; A. SINCLAIR, *The Chameleon of Accountability: Forms and Discourses. Accounting, Organizations and Society*, 20, 2/3. 1995.

³⁷ Naturalmente, l'ordinamento rispetto al quale tale problema è più noto e discusso è proprio quello internazionale. Al riguardo, cfr., tra gli altri, G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012, recensito in B. MARCHETTI, *Su Rule of law e legalità globale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020; A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.

³⁸ In tema di regole che si producono in via di fatto cfr. già M.S. GIANNINI, *Sui regolamenti ministeriali (a proposito degli ammassi dell'olio e dei vincoli dei prezzi)*, in *Foro Italiano*, I, 1950, p. 664, il quale evocava *fatti che possono apparire di illegalismo formale*, ma che *prorompono in misura incontenibile*. Il passaggio appena richiamato è reso oggetto di rinvio da M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti terziarie*, cit., p. 5, il quale, a sua volta, richiama, L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., p. 461, il quale riferisce che «*ciò che conta è la soluzione che un determinato tipo di*

Nel caso in cui *linee guida* sia l'etichetta che si usi per indicare documenti che siano, in realtà, riconoscibili come fonti o come atti giuridici determinati, i soggetti che le abbiano elaborate potrebbero essere chiamati a rispondere per il loro contenuto nei modi a tal fine previsti dall'ordinamento, dopo che siano stati azionati i mezzi di tutela predisposti per la contestazione di tali atti.

Quando, però, attraverso le linee guida si esprimano complessi di regole che non possano essere ascritti ad atti giuridici di riferimento, o ancora, corpi di indicazioni elaborati dai privati, può essere difficile comprendere in che modo farne rispondere i rispettivi redattori. Rispetto ad atti che siano formalmente sprovvisti di ogni capacità di produrre effetti giuridici (atti, pertanto, impossibilitati ad incidere negativamente sulla sfera giuridica dei singoli), ma *de facto* capaci di atteggiarsi a *quasi-fonti*, sembra, infatti, arduo tutelarsi dagli effetti da essi concretamente spiegati o intraprendere azioni che ne possano lenire le conseguenze pregiudizievoli.

Se ne ricava che, mentre le linee guida di orbita istituzionale, a seguito di un processo di loro riconduzione entro una categoria di atti e con i mezzi previsti per contestare tali atti, sembrerebbero poter essere oggetto di formale contestazione, le linee guida elaborate al di fuori dell'orbita pubblica sembrano sottrarsi anche a questo meccanismo, rivelandosi ancor più sfuggevolmente pregiudizievoli.

2.5. *Linee guida come fonti, norme interne o indicazioni di terzo livello*

Concludendo la rassegna delle questioni relative al rapporto tra *linee guida* e produzioni giuridiche ascrivibili all'amministrazione, si ritiene necessario svolgere ancora un paio di riflessioni per, poi, fare il punto sugli aspetti finora trattati e trarre almeno una considerazione di massima.

Come visto, alcune delle linee guida che circolano entro il nostro ordinamento presentano i caratteri di generalità, astrattezza ed innovatività tipici delle fonti e potrebbero essere ritenute espressione dell'esercizio di poteri normativi (non sempre di pacifica legittimazione). In altri casi, alcune linee guida sono state

problemi giuridici riceve ad opera del diritto vivente. Assumere il contrario significherebbe, infatti, ipostatizzare le regole sulla creazione del diritto, ritenendole precostituite nei loro contenuti, indipendentemente da ogni momento interpretativo, altro essendo lo sforzo di fare valere le proprie convinzioni, altro la loro traduzione in ragioni vincenti nella lotta quotidiana per il diritto»

ritenute manifestazioni della funzione di regolazione delle *authorities* o, più in generale, atti amministrativi generali. Altre volte ancora, si è assistito a linee guida idonee ad essere ritenute norme interne e, più specificamente, circolari. Un discorso simile può, poi, essere operato anche rispetto a linee guida apparentemente identificabili come direttive od altre espressioni della funzione di indirizzo politico.

Se ne ricava che *linee guida* siano, in molti casi, atti che condividono i caratteri propri di produzioni giuridiche determinate. Per tale ragione, il ricorso alla dizione in oggetto appare, nella maggior parte dei casi, fuorviante e sembra, più che altro, dettato dall'intenzione di rendere in qualche modo più rarefatta la portata applicativa degli atti che si vadano, di volta in volta, ad adottare con questo nome.

Fuori dall'equivoco nominalistico ingenerato dalle linee guida che sono, in realtà, fonti od atti amministrativi generali, resta, però, evidente che linee guida siano anche atti non precisamente inquadrabili entro le varie costruzioni che, negli anni, si sono date per descrivere l'atteggiarsi della produzione giuridica.

Alle linee guida, per così dire, *coercitive* fanno, infatti, da contraltare altri raggruppamenti di strumenti che – complice l'estrema latitudine semantica dell'espressione considerata – presentano lo stesso nome: si tratta di linee guida che *non* sono riconducibili né alle fonti tradizionali, né agli atti che possano ritenersi tali in senso obiettivo³⁹, ma che appaiono, nondimeno ammesse ad esercitare effetti fattuali di significativa rilevanza. Come noto, si tratta, perlopiù, di atti vario genere, immersi nell'alone di indeterminatezza del *soft-law*, elaborabili tanto da soggetti pubblici quanto da soggetti privati e recanti sistemi di istruzioni interpretative, suggerimenti qualificati, raccomandazioni e molto altro.

Partendo dall'assunto per cui molti di questi strumenti siano in grado di dispiegare un'incidenza significativa sugli ordinamenti, è opportuno riconoscere come essi formino una sorta terzo livello di indicazioni rilevanti per la pratica giuridica⁴⁰: un fenomeno che impone che ne sia misurata l'estensione, in modo da

³⁹ Evidente, anche in questo caso, il riferimento alla teoria di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, cit., *passim*.

⁴⁰ Come ricorda M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti terziarie*, cit., p. 12, riprendendo, a sua volta, la dottrina tedesca: «*In tutti gli ordinamenti c'è un terzo livello di regolamenti amministrativi, guide lines, noteso prodotti similari della produzione normativa interna esecutiva*», che sono di grande importanza non solo quantitativa, ma anche perché strumento di attuazione del principio di eguaglianza, sicché appare necessaria la configurazione di una "terza categoria di

riconoscere o predisporre l'esperimento di eventuali rimedi che consentano di tutelarsi dagli effetti che essi possano produrre in via fattuale.

Perciò, al netto delle linee guida che, solo apparentemente, rappresentano un elemento di novità per la realtà giuridica e che si collocano al livello delle già battute fonti (secondarie e terziarie), si riscontra l'esistenza di un terzo livello di indicazioni (di cui possono, naturalmente, fare parte anche atti denominati *linee guida*) che sembra essere ammesso ad incidere in via implicita ed informale gli ordinamenti, senza che l'adozione degli strumenti che lo compongono osservi le regole di legittimazione delle fonti e degli atti coercitivi.

Razionalizzando, le linee guida dell'attuale panorama giuridico possono fare capo sia ai livelli di indicazioni già ricostruiti ed ammessi in termini di funzionamento, gerarchia e tutela; sia dischiudere un'incidenza implicita rispetto a cui non si è provvisti di protezione, con tutto ciò che questo può comportare dal punto di vista delle garanzie per i singoli⁴¹ e della sostenibilità costituzionale.

Le linee guida sono, infatti, le indiscusse protagoniste di un processo di confusione e sovrapposizione delle categorie giuridiche e concettuali che sembra quasi non avere precedenti nella storia giuridica degli ultimi cinquant'anni. Il ricorso alle *linee guida* si registra, infatti: per tradire l'esercizio di un potere regolamentare (alcuni regolamenti sono, probabilmente, denominati *linee guida*); per realizzare la produzione di atti amministrativi generali e precettivi; per predisporre l'adozione di strumenti attraverso cui si esprima la funzione di regolazione delle autorità indipendenti; per dispiegare un contenuto di vincolatività piena o sfumata (secondo che le linee guida considerate siano riconducibili alle circolari – e siano quindi obbligatorie per i funzionari – od alle direttive amministrative); per andare a rinfoltire un possibile terzo livello di indicazioni, ideato a sostegno (ed a condizionamento) dell'attività amministrativa.

regolamenti giuridici”, e ciò in contrapposizione all’orientamento tradizionale che tradisce tale aspettativa».

⁴¹ Secondo una ricostruzione, quando il visto terzo livello è ammesso ad operare con gli stessi effetti che sono tributabili alle fonti, è necessario riconoscere che possano attivarsi, anche rispetto ad esso, i mezzi di tutela previsti per contestare le fonti e più in generale, le regole facenti capo al regime giuridico delle fonti. Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, cit., p. 6., E. SCHMIDT ASSMAN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tubinga, 2013; R. WAHL, *Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts*, in *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003.

Queste considerazioni ci lasciano concludere quanto sia oltremodo auspicabile che l'impiego di questa dizione sia abbandonato almeno laddove la stessa celi il rinvio ad atti diversamente individuabili.

3. *Le linee guida e la giurisdizione*

Come evidenziato, il ricorso alla figura delle linee guida si rivela problematico sotto più punti di vista. In particolare, l'eterogeneità e l'indeterminatezza degli strumenti che rechino questo nome impone agli interpreti di operare degli sforzi ricostruttivi e classificatori per ricondurre le linee guida che vengano, secondo il caso, in evidenza ad una partizione concettuale piuttosto che ad altre.

Nei passaggi che seguiranno si cercherà di dare conto di alcuni tentativi di inquadramento delle linee guida operati dalla giurisprudenza. L'intento di questa parte del lavoro è, ancora una volta, quello di argomentare la problematicità che, anche in sede giudiziale, contraddistingue il ricorso alle linee guida ed agli strumenti ad esse assimilabili. In particolare, l'estrema indeterminatezza della costruzione in parola rischia di istituire un'area contenente strumenti a dubbia e scarsa contestabilità giudiziale, attentando in modo significativo il principio di effettività della tutela⁴².

3.1. *La giustiziabilità delle linee guida dinanzi al giudice amministrativo*

In più luoghi di questo lavoro ci si è chiesti che tipo di tutela processuale si possa, eventualmente, azionare avverso le linee guida. Complice l'estrema

⁴² Per una ricostruzione sul principio cfr., tra gli altri, M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017; M. MIDIRI, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Rivista AIC*, 3/2015; L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2010; E. PICOZZA, *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Il Corriere giuridico*, 26(5), 2009; F. PATRONI GRIFFI, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in *La Revue administrative*, 52, 8, 1999. Per una ricostruzione dagli albori della giurisdizione amministrativa all'attualità cfr. M. MAZZAMUTO, *L'Allegato E e l'inafasto mito della giurisdizione unica tra ideologia ed effettività della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2/2017.

eterogeneità di ciò che può ricadere entro la dizione *linee guida*, la risposta che si proverà a fornire sarà necessariamente articolata.

Come noto, il problema della giustiziabilità delle linee guida si è posto in modo esplicito rispetto alle linee guida dell'Anac⁴³. Ad oggi, la questione ha trovato un assetto a seguito dei pareri⁴⁴ con i quali il Consiglio di Stato ha suddiviso e classificato le dette linee guida. Più in particolare, le linee guida cc.dd. ministeriali, essendo state classificate tra le fonti secondarie, devono ritenersi contestabili con le stesse forme attraverso cui è possibile giustiziare un regolamento; le linee guida vincolanti, essendo state assimilate agli atti di regolazione delle autorità indipendenti dovrebbero ritenersi ascrivibili al regime di impugnazione degli atti amministrativi generali ed essere, quindi, sindacate secondo le regole previste per la contestazione di questi strumenti (e senza che si possa, cioè, applicare loro il regime di sindacabilità delle fonti⁴⁵); le linee guida non vincolanti, ferma restando l'espressa impugnabilità affermata in via legislativa⁴⁶, dovrebbero essere contestabili secondo le consuete regole per il sindacato sugli atti amministrativi⁴⁷.

Lo schema ricostruttivo appena svolto non trova, tuttavia, d'accordo tutti gli interpreti, in quanto, come già affermato in più passaggi di questo lavoro, il concreto atteggiarsi delle linee guida vincolanti dell'Anac suggerirebbe che si tratti di regolamenti più che di atti amministrativi generali: questa circostanza imporrebbe, secondo alcuni, di adottare, anche per esse, le regole di impugnazione dei regolamenti e delle altre fonti secondarie⁴⁸.

⁴³ Per una bibliografia in tema si rinvia alle opere già citate nel Cap. IV e, soprattutto, a F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di Anac*, cit.

⁴⁴ Cfr., in particolare, il noto parere n. 855/2016, già citato in questo lavoro.

⁴⁵ In altre parole, non si potrà ricorrere per cassazione in caso di loro violazione, non dovranno essere conosciute dal giudice (*iura novit curia*), non vi si applicherà il principio per cui *ignorantia legis non excusat*, non saranno assoggettati alla pubblicazione ed entrata in vigore previa *vacatio* e non saranno disapplicabili al modo dei regolamenti.

⁴⁶ L'art. 213 del Codice dei contratti pubblici, avendo riguardo alle linee guida non vincolanti stabilisce che *resta ferma* la loro *impugnabilità innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*.

⁴⁷ Impugnazione immediata in caso di diretta lesività ed impugnazione dell'atto applicativo per il caso inverso.

⁴⁸ In questo senso, ancora e soprattutto, F. CINTIOLI, op. ult. cit., dove si legge: «*Dal momento che le linee guida sono altrettanti regolamenti, il giudizio amministrativo su di esse dovrà svolgersi secondo le forme tipiche del sindacato su questi speciali atti amministrativi. Nei soli casi eccezionali in cui il regolamento fosse da considerarsi una volizione-azione, in quanto in grado di produrre un'efficacia immediatamente lesiva verso il privato, quest'ultimo sarà tenuto a impugnarlo entro il termine di decadenza. In tutti gli altri e più frequenti casi in cui il regolamento è una*

Al di fuori delle linee guida dell'Anac, le linee guida eventualmente adottate da altre amministrazioni (ivi comprese quelle indipendenti) dovrebbero ritenersi impugnabili nella misura in cui se ne riconosca una lesività in sede giudiziale. Anche in questo caso, il sindacato su tali strumenti avverrà nelle forme che l'ordinamento prevede per contestare il tipo di atti al quale il giudice del caso concreto ascriverà sostanzialisticamente le linee guida considerate.

Diverso è, poi, il caso delle linee guida che non siano espressione dell'amministrazione. In quest'ultima ipotesi, dovendosi escludere ogni contestabilità giudiziale del contenuto da esse dispiegato, potrà tenersi eventualmente conto di tali linee guida solo in quanto le stesse siano in grado di integrare parametri rilevanti per le valutazioni da compiere nel caso concreto.

Di qui due considerazioni: affinché la portata lesiva di una linea guida sia oggetto di intervento da parte del giudice amministrativo è necessario che quest'ultimo le attribuisca un rilievo esterno (e, quindi, la capacità di incidere sulle posizioni dei singoli) e che la stessa superi un processo di inquadramento classificatorio al termine del quale sarà possibile comprendere che tipo di regime giuridico applicarle: due passaggi, quelli enucleati, interamente affidati alla sensibilità interpretativa del giudice del caso concreto, che rendono inutilmente più gravoso il processo di contestazione degli atti giuridici considerati.

In un'epoca nella quale una quota determinante delle regole di cui si richiede l'osservanza è affidata al livello delle linee guida, il fatto che non sussista un meccanismo unico che consenta di operare un sindacato sul loro significato rende, ancora una volta, sconsigliabile ricorrervi. In altre parole, l'impiego dell'etichetta linee guida per indicare le regole immesse entro gli ordinamenti costringe gli interpreti a chiedersi: se anche questi strumenti, dotati di un *nomen iuris*

volizione-preliminare l'impugnazione andrà rivolta contro l'atto esecutivo del regolamento, entro il termine di decadenza che decorre dalla conoscenza di quest'ultimo, nonché contro la norma regolamentare. In caso di illegittimità del regolamento, il g.a. dovrà annullarne con effetti erga omnes la relativa disposizione. Sarà anche possibile, in tal caso, invocare l'applicazione analogica della norma che, a proposito del ricorso straordinario, prevede la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della decisione di annullamento. Parimenti, troverà spazio quella disapplicazione dei regolamenti che il g.a., in una serie di precedenti piuttosto stabili, ormai ammette; finanche nella giurisdizione di legittimità, allorché il ricorrente assuma la legittimità di un regolamento, non impugnato in via incidentale, che a sua volta si ponesse in contrasto con la legge; e questo per l'applicazione del principio di gerarchia delle fonti.»

assolutamente inidoneo ad incidere le posizioni dei singoli, abbiano una rilevanza esterna; se gli stessi siano riconducibili ad una categoria di atti di riferimento, in modo da poterne ricavare le regole per il loro sindacato.

Come si nota, una situazione di questo genere può rivelarsi estremamente problematica sotto il profilo dell'effettività della tutela, in quanto costringe il giudice amministrativo ad un doppio ed insidioso scrutinio, complicato, tra le altre cose, dalla contiguità che le linee guida hanno con il mondo del *soft-law* e dalla molteplicità di forme che gli strumenti di questo tipo possono assumere anche entro le produzioni giuridiche di singoli enti (come visto, una stessa autorità può adottare sia linee guida lesive che linee guida che non siano tali).

A questi ordini di problemi si somma, poi, quello – non meno rilevante – delle linee guida che non siano classificabili entro alcuna espressione amministrativa o che abbiano un carattere davvero scarsamente formale: in questi ultimi casi potrebbe essere estremamente difficoltoso addurne la lesività in sede giudiziale, sebbene possa trattarsi di strumenti che inducano un'evidente predisposizione alla conformazione, incidendo in modo concreto sulla realtà.

3.2. L'uso delle linee guida da parte del giudice civile e penale

Venendo, poi, all'uso delle linee guida presso il giudice ordinario, si può, anzitutto, ricordare come le stesse possano assurgere al rango di norme tecniche per la definizione delle regole di un'arte o di una disciplina e, conseguentemente, fungere da parametri per la valutazione delle condotte concretamente osservate dai singoli. Il valore informativo che le linee guida possono dispiegare rispetto ad un settore di riferimento può essere, infatti, impiegato per ricostruire la rimproverabilità di una condotta osservata, il suo disvalore, la misura della negligenza ed altri aspetti.

Anche presso i giudici ordinari, eccettuati i casi in cui alle linee guida debba essere riconosciuto il carattere di atti amministrativi di qualche tipo⁴⁹ (con loro

⁴⁹ Tali sono, ad esempio, le linee guida adottate con d.m. 28 luglio 2004, in forza dell'art. 22, comma 4, del D.Lgs. 152/1999, per la predisposizione del bilancio idrico di esercizio, contenenti criteri per la definizione del deflusso minimo vitale, richiamate ed applicate dalla Cassazione civile (a Sezioni Unite) in attuazione del principio eurounitario di precauzione (cfr. Cass. civ. Sez. Unite Sent., 04/02/2020, n. 2502). Sempre al riguardo, è interessante riferire del caso che ha condotto alla

conseguente attribuzione del regime giuridico proprio del tipo di atti di appartenenza), le varie linee guida non formali costruiscono corpi di indicazioni capaci di supportare l'interpretazione, incidendo, in misura variabile sulla concreta conformazione del diritto vivente.

Oltre agli esempi già svolti nel corso del presente lavoro, anche altri casi tratti dalla giurisprudenza più recente confermano la vitalità e la ricorrenza del richiamo alle linee guida per la definizione delle questioni, evidenziando, ancora una volta, il visto sbilanciamento eterointegrativo disposto in favore degli strumenti flessibili od informali e lo stretto collegamento che intercorre tra le precisazioni contenute nelle linee guida ed il mondo delle norme tecniche.

È, ad esempio, di qualche mese fa un'ordinanza⁵⁰ con la quale la Cassazione civile ha richiamato alcune linee guida adottate dall'OCSE⁵¹ per *integrare*⁵² l'art. 110 del Testo unico delle imposte sul reddito in tema di *transfer pricing*. La concreta incidenza che i complessi di indicazioni a nome *linee guida* possono esercitare nell'applicazione giudiziale non si misura, infatti, solo attraverso il rilievo che le linee guida mediche abbiano nei giudizi sulla responsabilità civile del sanitario⁵³.

In un caso del 2015⁵⁴, la Cassazione ha, infatti, affermato, che, nelle indagini genetiche disposte nell'ambito dei procedimenti di accertamento degli *status*, il

disapplicazione di un regolamento, in quanto lo stesso non era previsto come necessario da alcune *linee guida* contenute, a loro volta, in decreto ministeriale. Il caso è stato risolto con Cass. civ. Sez. Unite Sent., 21/05/2015, n. 10452. Al riguardo, il giudice ha stabilito che, in materia di concessione di derivazione per uso idroelettrico, in ossequio ai principi di proporzionalità, speditezza e semplificazione del procedimento amministrativo per il rilascio, previsti dalla normativa comunitaria, dovesse essere disapplicato l'art. 9 del regolamento della Regione Piemonte 29 luglio 2003, n. 10/R, che comminava la sanzione della improcedibilità della domanda di concessione allorché la stessa non fosse corredata dalla presentazione del documento di "sintesi non tecnica". E questo in virtù del fatto che il documento in parola non rientrasse tra quelli previsti come necessari dalle "Linee Guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili", adottate con d.m. del Ministro per lo sviluppo economico del 10/09/2010.

⁵⁰ Cass. civ. Sez. V Ord., 18/06/2020, n. 11837. A tre anni fa risale, invece, un'altra *applicazione* delle linee guida OCSE, sempre da parte dello stesso giudice. V. Cass. civ. Sez. V, 15/11/2017, n. 27018

⁵¹ le linee guida OCSE del 2010 sui prezzi del trasferimento per le imprese multinazionali e le Amministrazioni fiscali, il metodo transazionale di ripartizione degli utili (cd. "transactional profit split method", TPSM o PSM

⁵² Cfr. punto 5.4, ultimo cpv.

⁵³ Il ruolo delle linee guida mediche per l'accertamento della responsabilità del sanitario sembra aver oggi trovato un assetto stabile (per cui si rinvia alla parte di questo lavoro dedicata alle linee guida mediche – Cap. IV). L'equilibrio in parola sembra essere stato affermato in modo soddisfacente già con Cass. civ. Sez. III Sent., 09/05/2017, n. 11208

⁵⁴ Cass. civ. Sez. I Sent., 31/07/2015, n. 1622

consulente tecnico d'ufficio che proceda alle verifiche sia tenuto ad osservare alcune linee guida (assurte, in questo modo, ad integrante disciplina della materia).

In tema di benefici previdenziali dovuti a malattie professionali od infortuni sul lavoro⁵⁵, è stato, invece, affermato che gli *atti di indirizzo* emanati dal Ministero del Lavoro per dettare all'INAIL le *linee guida* generali in materia di maggiorazione contributiva per l'esposizione all'amianto, avrebbero efficacia *presuntiva* ai fini della prova dell'esposizione qualificata ed anche ai fini della concessione della rendita per asbestosi⁵⁶.

Per quanto riguarda, invece, l'incidenza che le linee guida possono esercitare nell'ambito dei giudizi penali, le pronunce nelle quali si è fatto riferimento a questi strumenti sono, come intuibile, quelle nelle quali si è discusso di eventuali responsabilità penali degli esercenti le professioni sanitarie.

Come noto, sul versante penalistico, le linee guida per la pratica clinica sono considerate ai fini della ricostruzione del profilo della colpa, da cui discende la già menzionata rimproverabilità delle condotte tenute. Il ruolo delle linee guida entro questo settore è, ormai, piuttosto noto e si può quasi dire che abbia realizzato uno schema di funzionamento ormai diffuso, il cui impiego appare decisamente collaudato. Prova di quanto si afferma è data dal fatto che la Cassazione penale sembra aver impiegato questo modello anche al di fuori dei casi di responsabilità strettamente medica, escludendo l'applicabilità del criterio di non punibilità di cui alla nota legge Gelli-Bianco al caso di uno psicoterapeuta accusato di aver cagionato

⁵⁵ Nel caso di specie la normativa rilevante era data dall'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257

⁵⁶ Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, Sent.14-08-2014, n. 18008, in particolare il punto 3.2, dove si legge: «Si è poi ribadito che gli atti di indirizzo del Ministero del lavoro non possono essere utilizzati direttamente come prova dell'esposizione qualificata, esprimendo criteri di tipo generale e astratto forniti all'Inail ai fini dell'accertamento in concreto della misura e della durata dell'esposizione e del rilascio della relativa certificazione, ma possono costituire elementi di valutazione nell'ambito della prova in giudizio dell'esposizione attraverso gli ordinali mezzi (Cass. 3095/2007). Si è quindi giunti alla conclusione che un atto di indirizzo ministeriale contenente l'accertamento che presso un determinato impianto produttivo sia stata superata l'esposizione qualificata per gli operai con determinate qualifiche e addetti a determinate mansioni, integra la prova presuntiva riguardo all'esposizione all'amianto necessaria per il conseguimento del beneficio contributivo per esposizione ultradecennale, in difetto di allegazione e prova da parte dell'Inps di ragioni ostative circa l'operare degli elementi indiziati gravi forniti appunto dall'atto di indirizzo ministeriale, che deve ritenersi redatto sulla base di adeguate conoscenze e pertinenti massime di esperienza circa le condizioni di lavoro prese in considerazione, e dall'accertamento in giudizio compiuto circa la specifica posizione individuale».

delle lesioni ad un suo cliente. Nel caso di specie si è detto che non si potesse ricorrere al meccanismo di esclusione della responsabilità previsto dalla legge in questione perché non esistessero linee guida dell'Ordine degli psicologi che si potessero riferire al caso esaminato⁵⁷.

In un altro caso⁵⁸, il Giudice penale ha confermato una sentenza di primo grado con la quale è stato ritenuto integrato il reato di maltrattamento di animali, in quanto l'attività di allevamento di cani destinati alla sperimentazione scientifica o ad altri scopi (pure consentiti dalla legge) era avvenuto in contrasto con delle asserite *linee guida*⁵⁹ per il trattamento degli animali, allegate ad un decreto legislativo⁶⁰, ma definite, entro l'allegato stesso, *linee di indirizzo*.

Da ultimo, in tema di trattamento di dati personali, è stato affermato che la richiesta di oscuramento delle generalità e degli altri dati identificativi dell'interessato, riportati sulla sentenza o altro provvedimento penale⁶¹, debba fondarsi su motivi legittimi, per tali intendendosi anche quelli ricostruibili in base alle indicazioni rese dalle linee guida dettate dal Garante della privacy⁶².

Ebbene, casi come questi mostrano, una volta di più, l'evidente grado di penetrazione che le linee guida e, più in generale, la congerie di indicazioni informali a variabile qualificazione tecnico-pratica, possano esercitare sulle norme applicabili ai casi concreti. Le linee guida possono, infatti, incanalare l'interpretazione delle norme di principio o dei concetti giuridici indeterminati ed imprimere un indirizzo particolare all'evoluzione interpretativa, senza che sia in ogni caso chiaro se sia consentito o giustificabile che ciò possa avvenire e, se sì, in base a quali criteri. Tra le altre cose non è, ad esempio, sempre chiaro per quale ragione alcune linee guida siano ammesse alla considerazione giudiziale, quali siano le caratteristiche che le stesse debbano, eventualmente, presentare per poter rientrare entro le valutazioni operate in sede processuale e quali siano, da ultimo, gli indici alla stregua dei quali un soggetto che operi nella realtà concreta possa avvedersi della rilevanza di una

⁵⁷ Cass. pen. Sez. IV, sent. 08/11/2017, n. 822

⁵⁸ Cass. pen. Sez. III, sent. 06/03/2018, n. 10163

⁵⁹ Si usa l'espressione *linee guida* nel punto 5.1.2.

⁶⁰ Decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 116 (*Attuazione della direttiva n. 86/609/CEE in materia di protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici*)

⁶¹ La disciplina rilevante in materia è data, tra gli altri, all'art. 52, comma primo, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196

⁶² Cass. pen. Sez. VI Sent., 15/02/2017, n. 1195

certa linea guida, comprendere che la stessa possa essere impiegata per condurre delle valutazioni sulla sua condotta ed eventualmente attenersene: uno scenario che replica, anche in ambito processuale, le difficoltà già riscontrate in altri luoghi.

3.3. *Le linee guida nella giurisprudenza costituzionale*

Già si è detto che linee guida e *soft-law* sono stati oggetto di attenzioni da parte della Corte costituzionale⁶³. Rispetto alle prime – si trattava, nella specie, delle linee guida dell'Anac – la Corte ha preso implicitamente atto della possibilità che le stesse possano spiegare una valenza sostanziale superiore a quella formalmente ascrivibile al tipo di atti cui potrebbero ricondursi.

Rispetto al secondo, il Giudice costituzionale ha, invece, elaborato diversi passaggi (in più di una sentenza). Ai nostri fini, lo snodo testuale che, forse, più interessa è proprio quello di cui si riferisce anche nel presente lavoro⁶⁴ e nel quale la Corte argomenta la sostenibilità di un diverso dosaggio di formulazioni di *hard* e *soft-law* per il governo della complessità.

In questo paragrafo conclusivo non si intende riprendere le considerazioni già svolte rispetto alla giurisprudenza costituzionale già richiamata. In funzione di raccordo sistematico, quest'ultima parte del lavoro svolgerà una constatazione di ordine generale sulla rilevanza che le linee guida potrebbero aver assunto nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale, salvo poi svolgere qualche esempio.

In questo senso, l'evidente conclusione alla quale si può giungere mettendo in relazione linee guida e giudizi costituzionali è che le prime possano essere oggetto dei secondi solo a fini interpretativi o in funzione valutativa di qualche aspetto rilevante. Di tutta evidenza le stesse non possono, infatti, fondare l'oggetto di una pronuncia di incostituzionalità nemmeno quando siano delle fonti.

Diverso è, invece, il discorso relativo alla contestabilità di linee guida cui si attribuiscono (o che si attribuiscono) funzioni che dovrebbero, diversamente, spettare

⁶³ Cfr. Cap. II, par. 4, specie nella parte relativa alla sent. n. 20/2019, per il cui studio si rinvia a M.E. BUCALO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019*, cit.; M. CHIARELLI, *L'ANAC e gli obblighi di trasparenza dopo la sentenza n. 20 del 2019*, su Federalismi.it

⁶⁴ Cfr. Cap. IV, Sezione II, Par. 4 e ss.

ad altri atti, ingenerando una violazione del riparto di competenze o, ancora, un'antinomia rispetto a quanto previsto al livello legislativo.

Con la sent. n. 121/2018, la Corte costituzionale ha, ad esempio, affermato che fosse illegittimo, per violazione dell'art. 117 Cost., un articolo di una legge regionale⁶⁵ che rimetteva a delle *linee guida* elaborate dalla Giunta regionale e da un'istituita Consulta regionale la disciplina specifica della segnaletica da applicare all'interno di aree protette. Secondo la ricostruzione della Corte, una disposizione di questo tenore contrastava con quanto previsto al livello legislativo, che rimetteva, invece, alla fonte regolamentare la disciplina delle attività nel parco.

Di segno opposto è, invece, l'effetto concretamente dispiegato da altre linee guida, approvate con decreto interministeriale. In un'altra pronuncia⁶⁶, la Corte ha, infatti, stabilito che le disposizioni di una legge regionale dovessero ritenersi violare l'art. 117, in quanto, introducendo dei vincoli specifici, contrastassero la *normativa statale di cui al paragrafo 14.5 delle linee guida interministeriali*⁶⁷.

Le due sentenze di cui si è appena riferito mostrano in maniera abbastanza evidente che, a seconda di ciò che si celi dietro la dizione linee guida, possono o meno registrarsi degli scostamenti dalla fisiologia giuridica o variazioni significative in termini di potenziale dannosità delle indicazioni in esse contenute.

I rischi connessi all'uso dell'indeterminato modello delle linee guida sono minimi laddove si operino ricostruzioni sistematizzanti. Per restare sul Giudice costituzionale, ciò è accaduto quando la Corte ha riconosciuto che le linee guida abbiano una vera e propria funzione attuativo-esecutiva, costituendo il contenuto di determinazioni ascrivibili al livello secondario (decreti ministeriali ed interministeriali, decreti del Presidente del Consiglio dei ministeriali, etc.⁶⁸).

⁶⁵ Si trattava., nella fattispecie, dell'art. 13 della legge regionale Campania, n. 2/2017.

⁶⁶ Corte cost., 05/04/2018, n. 69

⁶⁷ Le linee guida introdotte con decreto interministeriale del 10 settembre 2010.

⁶⁸ La Corte ammette, ad esempio, la valenza integrativa delle linee guida. Cfr. punto. 5.2, dove si legge: « *L'art. 117, sesto comma, Cost., infatti, preclude allo Stato, nelle materie di legislazione concorrente, non già l'adozione di qualsivoglia atto sub-legislativo, come assume la Regione, bensì dei soli regolamenti, che sono fonti del diritto, costitutive di un determinato assetto dell'ordinamento. Viceversa, la giurisprudenza di questa Corte ha già identificato nelle linee guida atti esecutivi, secondo alcuni di alta amministrazione, che, in particolari circostanze, "vengono strettamente ad integrare la normativa primaria che ad essi rinvia", affidando loro quelle specificazioni dei suoi principi, di cui esige un'applicazione uniforme (sentenza n. 11 del 2014).*

Discorso simile vale per i casi in cui il livello delle linee guida istituzionali è insignito della valenza di parametro alla stregua del quale dover conformare una determinata attività⁶⁹. Al di fuori di questi casi, però, i rischi sarebbero evidenti.

Dove le linee guida non siano richiamate dal legislatore in ragione di una capacità informativa di tipo tecnico o non assumano la forma di atti alla stregua dei quali sia formalmente pensabile un qualsivoglia adeguamento obbligatorio, le stesse non dovrebbero trovare riconoscimento ed accoglienza, né dovrebbero essere tributate di una implicita capacità di incidenza degli ordinamenti.

La Corte costituzionale sembra, d'altronde, condividere questo schema, nella misura in cui considera solo le linee guida riducibili alla normazione secondaria. La mancata considerazione di linee guida di altro genere dovrebbe indurci a concludere che non sia opportuno riconoscere effetto ad atti rispetto ai quali non si possa apprestare una tutela determinata (od una tutela di qualche tipo) e che la considerazione delle linee guida debba passare, di volta in volta, attraverso l'attribuzione sostanzialistica di un regime giuridico di riferimento.

Sovente esse implicano conoscenze specialistiche proprie del settore ordinamentale in cui si innestano, e per tale caratteristica mal si conciliano con il diretto contenuto dell'atto legislativo.».

⁶⁹ Questo accade, ad esempio, in Corte cost., 09/07/2015, n. 143, dove viene affermato che il rendiconto dei gruppi consiliari delle Regioni debba essere strutturato in base alle linee guida adottate dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, recepite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

CONCLUSIONI

Linee guida e assetto costituzionale

Come si è cercato di mostrare nel corso del presente lavoro, l'attuale realtà giuridica può dirsi invasa di riferimenti più o meno circostanziati ad atti e documenti denominati o intitolati *linee guida*. Oltre che da richiami di questo tipo, l'universo delle linee guida qui analizzato è, poi, evocato anche da strumenti giuridici che, pur recando una veste formale determinata o determinabile, si dice contengano, appunto, linee guida anziché norme o precetti.

L'esame di alcuni tra i più significativi richiami che la prassi giuridica rivolge, oggi, alla figura qui analizzata rivela, in particolare, che il ricorso a tali strumenti ha raggiunto dimensioni e latitudini così ampie da complicare oltremisura ogni tentativo di efficiente razionalizzazione del fenomeno.

Già dal suo primo prorompere, il rinvio operato in favore di questa etichetta, così come la sua incessante adozione in luogo di più sicuri riferimenti ad istituti giuridici tradizionali, ha, infatti, stratificato una così ampia varietà di forme e manifestazioni da rendere difficoltosa ogni ipotetica *reductio ad unum* delle sue varie espressioni o caratteristiche (Cfr. Cap. I ed esempi del Cap. IV).

La diversità delle varie linee guida a ricaduta giuridica impone, difatti, l'adozione di un approccio differenziato, calibrato, per forza di cose, caso per caso e rende ogni occasione di studio della figura un'irriducibile questione di interpretazione (si v., in particolare, la rassegna di cui al Cap. IV).

Lo scenario dei rinvii a questa costruzione appare, inoltre, sistematicamente vasto e composito in tutti gli ordinamenti in cui se ne ravvisi l'esistenza: circostanza che induce a sconsigliare la praticabilità di efficienti sintesi classificatorie anche rispetto alla specifica realtà di altri ordinamenti giuridici singolarmente considerati (sulle linee guida nel diritto comparato, extra e transnazionale cfr. Cap. II e III).

Difficoltà come queste si sommano, inoltre, ad un dato, per il vero, insopprimibile: il novero delle linee guida giuridicamente rilevanti non corrisponde, in ogni caso, a quello delle linee guida richiamate, in via formale, dagli atti giuridici, essendo possibile che alcune linee guida non espressamente considerate dalla

normazione possano produrre degli effetti entro la realtà giuridica senza che vi siano luoghi della stessa da cui poter desumere la loro rilevanza.

Allo stato attuale, la figura delle linee guida si risolve, pertanto, in un contenitore giuridico di largo e frequente impiego, a cui possono fare capo sia fonti (soprattutto decreti ministeriali e interministeriali), sia atti o provvedimenti amministrativi, sia altre e più generiche determinazioni scritte, la cui adozione appare, spesso, esente dall'osservanza di vincoli formali o procedurali.

Una situazione simile delinea, come intuibile, i caratteri di un'attitudine all'omnicomprensività della figura in esame: caratteristica che sembra manifestarsi sin dai primi impieghi normativi della locuzione *linee guida* e che rappresenta, con ogni probabilità, la cifra più caratteristica della produzione qui analizzata.

Fin dalle prime pagine di questo lavoro, l'indagine sull'origine di ciò che si è supposto poter essere un *modello* – le linee guida, per l'appunto – ha, infatti, rivelato che l'assoluta indeterminatezza di tale figura sia stata, con ogni probabilità, una delle principali cause del suo così frequente impiego (Cap. I e II).

Più o meno negli stessi termini, alcune delle riflessioni successive, interrogandosi sulla diffusione di tale costruzione, hanno, poi, mostrato come il ricorso a tale nuovo strumentario possa spiegarsi anche nei termini di un tentativo di trasposizione giuridica di categorie semplificanti, elaborate in contesti in parte estranei al diritto e supportati da soddisfacenti tendenze terminologiche.

Con ogni evidenza, il frequente impiego dell'espressione *linee guida* deve, infatti, ritenersi dipendere anche dal successo di una formula terminologica in piena espansione. L'attribuzione dell'etichetta *linee guida* ad un complesso di indicazioni consente, infatti, a chi la impieghi di sfruttare l'indeterminatezza di tale costrutto linguistico per omettere ogni precisazione in ordine all'inquadramento categoriale delle formulazioni in esse contenute, anche quando le stesse siano concretamente ascrivibili ad atti giuridici determinati o determinabili.

L'operazione in parola è, naturalmente, possibile in ragione del fatto che, quando ci si riferisce alle linee guida, non si rinvia ad un modello che presenti uno schema predefinito o delle caratteristiche ricorrenti.

Al di fuori dei rari casi in cui le stesse possono dirsi, infatti, abbozzare un sistema di indicazioni vagamente coordinato, il resto dei riferimenti alle linee guida

sperimenta un caos decisamente assorbente e generalizzato, l'impressione per cui l'espressione *linee guida* disegni un contenitore semantico talmente fluido da poter essere riempito con qualunque cosa.

Con questa consapevolezza, le riflessioni condotte nel corso della trattazione mostrano, in modo coerente, quanto sia difficile predicare una generale giuridicità delle linee guida e come sia, forse, impossibile, ascrivere il supposto modello alla costruzione classica dell'istituto giuridico (Cap. II).

Il richiamo all'eterogeneo strumentario delle linee guida dischiude, infatti, uno scenario così frammentato e magmatico da rendere pressoché impraticabile l'elaborazione di una sintesi giuridica capace di racchiudere, in modo dogmaticamente efficiente, i vari atti che ne compongono la sterminata produzione.

L'irrinunciabile indeterminatezza che riguarda gli atti che presentano la dizione linee guida impedisce, infatti, ogni loro riconduzione entro uno spettro semantico od un regime giuridico determinati.

Se ne ricava che delle linee guida si può solo affermare come, nella maggior parte dei casi, esse *non* siano fonti in senso formale: circostanza che le rende, come intuibile, o degli atti ad etichetta fuorviante o probabili espressioni del *soft-law* (con funzioni, secondo i casi, di *pre*, *para* o *post law*).

Ecco allora che, in base agli elementi finora forniti, si ricava che l'indagine sulle linee guida possa anche condurre ad una certa quota di insoddisfazione sul piano ricostruttivo, in quanto la stessa conduce all'affermazione secondo cui le linee guida sarebbero, in base ai casi: il nome che si attribuisce ad atti giuridici diversamente determinabili o l'etichetta di strumenti che non possono ritenersi giuridicamente delineati.

Ed in effetti, l'analisi di diversi aspetti del tema rende l'impressione che *linee guida* sia, oggi, il nome che la pratica giuridica abbia inteso assegnare al *nulla* del determinato o, se si preferisce, alla più sistematica incertezza di forme ed espressioni.

L'esistenza di linee guida o varianti di esse in tutti i principali sistemi e ordinamenti giuridici impone, però, di considerare che il rinvio a questi strumenti sia espressivo di qualcosa di più complesso di un trasversale esercizio di indeterminatezza nella normazione: qualcosa di giuridicamente rilevante e, forse, fondamentale. Il fatto che le questioni relative all'impiego di questi strumenti si

ripropongano in modo analogo e, potenzialmente, anche più critico, in altri ordinamenti (Cap. II e III) impone, infatti, di considerare l'ipotesi che il rinvio all'incertezza delle linee guida non sia, semplicemente, espressione di una deriva della normazione o, se si vuole, di un'emorragia della produzione giuridica.

Al contrario, l'avanzata delle linee guida e, prima ancora, del *soft-law* sembrano, piuttosto, da intendersi come l'aspetto più evidente di un profondo processo di trasformazione del diritto. L'impressione che si ricava dall'osservazione congiunta dei vari sistemi (sia di *common law*, che di *civil law*, sia nazionali che extra e transnazionali) rivela, infatti, che il ricorso all'indeterminatezza di linee guida ed atti assimilati assolve, con ogni probabilità, a un'esigenza trasversale, servendo uno scopo avvertito in tutte le principali esperienze giuridiche.

Come si è provato a mostrare, all'estero, l'impiego di strumenti a precettività indefinita incide in modo significativo sull'architettura degli ordinamenti giuridici, rimettendo alle linee guida l'integrazione, la specificazione o, addirittura, l'individuazione dei contenuti fondamentali di discipline cruciali (cfr. Cap. II, par. 5 e ss.). In misura minore, i sistemi in cui il rinvio alle linee guida non si accompagna ad affermazioni di sorta in ordine alla loro possibile e diretta precettività, non mancano, comunque, di riconoscere, per la via legislativa o giudiziale, che l'accentuata incidenza di questi strumenti finisca per avere, almeno in alcuni casi, una vera e propria efficacia fattuale (Cap. II, par. 6 e 7).

Di qui l'impressione che il richiamo a questi strumenti, in Italia come anche all'estero, tradisca la profonda consapevolezza che i più tradizionali istituti giuridici per la produzione di norme non siano, ormai, gli unici a cui poter fare riferimento e che, laddove essi appaiano in crisi, è possibile utilizzarne di nuovi per rispondere alla complessità delle sfide contemporanee.

Assecondando questa possibile linea di tendenza, l'attenuazione del rigore delle forme giuridiche espressa dalle linee guida è oggi intesa come un'opzione (forse necessitata) ed ha facilitato sia l'individuazione di risposte giuridiche anomale, sia il diffondersi di nuove formule per l'assolvimento delle funzioni fondamentali del diritto. L'analisi svolta a partire dallo studio degli ordinamenti rivela, d'altronde, come in quasi tutti contesti ed a quasi tutti i livelli, sia stato avvertito in modo

pressante un bisogno di *fuga* dagli schemi tradizionali, tacciati, a torto o a ragione, di obsolescenza o scarsa efficienza.

Le linee guida, in quanto espressione atipica ed indefinita, hanno consentito il superamento dei rigorismi della produzione giuridica assecondando, in misura più o meno accentuata, un conclamato (e forse necessitato) impulso all'abbandono dei vincoli delle forme giuridiche (delle fonti o degli atti amministrativi generali).

Di qui il successo di una tendenza, quella a regolare la realtà attraverso le linee guida o gli strumenti informali che, sebbene non ricostruibile in via unitaria alla stregua delle categorie del diritto, appare marcatamente univoca se considerata nei termini di un'aspirazione alla trasformazione dei sistemi di produzione delle regole.

Approfittando dell'emersione di nuovi modelli in seno alla scienza medica, le esigenze di flessibilizzazione dei sistemi giuridici hanno operato un'impropria trasposizione delle linee guida mediche nell'ambito del diritto, inaugurando un percorso di lunga durata che affonda le proprie radici alla fine del secolo scorso e che dura sino ad oggi (Cfr. Cap. I e IV, par. 2 e ss.).

Come visto, il successo del ricorso (anche solo terminologico) a questa figura sembra essersi, infatti, consolidato con l'affermarsi delle linee guida per la pratica clinica: complessi di istruzioni operazionali oggi considerati, nella più parte dei casi, norme tecniche delle professioni sanitarie (Cap. IV).

Più di preciso, le regole declinate all'interno di questi documenti dettano, come noto, soluzioni pratiche per la gestione di situazioni complesse o casi problematici e sono elaborate da organismi dotati, in molti casi, della più alta ed affermata autorevolezza tecnico-scientifica.

L'accentuato fondamento scientifico di questi documenti e, soprattutto, l'espresso richiamo che ad essi si opera in via legislativa, hanno reso le viste linee guida dei complessi di regole a vincolatività tendenziale, facendole assomigliare più a dei protocolli motivatamente derogabili che non a delle regole alla stregua delle quali i sanitari possano *orientare* la propria condotta.

È opinione di chi scrive che il modello delineato dalle linee guida mediche, affermatosi entro esperienze giuridiche estranee all'ordinamento italiano (e, più in generale, agli ordinamenti continentali), sia stato trapiantato – con sostanziali differenze – entro la disciplina della responsabilità sanitaria per poi inaugurare un filone di produzioni normative e para-normative in parte ispirato a nuovi criteri.

Insinuandosi entro la relazione tra tecnica e diritto o, se si vuole, entro il complesso rapporto che intercorre tra aggiornamento scientifico e necessario adeguamento ad esso delle risposte giuridiche, l'idea di una regolazione di supporto delle discipline che si attuasse attraverso linee guida si è diffusa così rapidamente entro gli ordinamenti da non consentire neppure una piena maturazione concettuale del presunto schema logico in esse rinvenibile.

In modo assolutamente sproporzionato rispetto ad ogni concreta capacità di previsione, il “modello” delle linee guida è stato, infatti, reso espressione privilegiata di una tendenza alla semplificazione ed all'eterointegrazione tecnica degli ordinamenti ed ha sperimentato una rapida esportazione verso altri saperi ancor prima di giungere a piena e soddisfacente definizione.

Ad oggi, a fronte di una colossale quantità di rinvii alle linee guida e ad altre espressioni ad esse, più o meno, assimilabili, si sperimenta la quasi totale assenza di teorizzazioni capaci di descrivere a che cosa ci si riferisca quando si parli di linee guida e di atti ad esse assimilabili. Uno scenario di questo tipo restituisce l'impressione che il desiderio di impossessarsi delle capacità semplificative predicate rispetto alle linee guida abbia favorito un rinvio quasi frenetico a questa categoria, senza che fosse chiaro da cosa fosse costituita e come poterla impiegare.

Fondandosi su questo equivoco e spinto dal desiderio di sperimentare nuove e più flessibili forme di produzione del diritto, lo stratificarsi di produzioni sempre diverse, ma impropriamente accomunate da un medesimo ed indeterminato riferimento (quello, per l'appunto, alle linee guida), ha inaugurato un caos senza precedenti, costringendo ogni studio sul tema all'analisi di una costellazione di esempi concreti, tutti diversi e tutti diversamente problematici.

Tra l'eterogeneo manifestarsi delle sue forme ed il comune ricorrere di funzioni e cause d'origine, l'universo delle linee guida si atteggia, oggi, in modo diverso a seconda del contesto di riferimento ed il suo uso comporta rischi e benefici.

Ipotizzando di suddividere l'universo delle linee guida in macro-partizioni, è, infatti, possibile distinguere le linee guida a più stretto contatto con la scienza o la tecnica da quelle che recano questo nome senza presentare un evidente collegamento con i saperi specializzati. Le prime sembrano meno problematiche delle seconde, in quanto sperimentano l'attitudine a stratificarsi in forma di sistema; sono più controllabili; si apprestano – nella più parte dei casi – ad integrare il complesso delle *leges artis* di un settore di riferimento e dischiudono un variabile contenuto di autorevolezza tecnicamente o scientificamente fondata.

Nei casi in cui ricorrano le caratteristiche appena delineate, le indicazioni di alcune linee guida possono, infatti, assurgere a regole ad elevata persuasività o assomigliare a delle vere e proprie norme giuridiche (quasi delle norme giuridiche *de facto*), con tanto di effetto: rispetto ad esse, la conseguenza giuridica per il caso di loro inosservanza non può ritenersi quasi mai costituita da una sanzione (peraltro quasi mai prevista), ma dall'attivarsi di un procedimento di accertamento atto a valutare se sussistessero le ragioni giustificative per discostarsi dall'indicazione trasfusa entro la linea guida di riferimento (Cap. IV).

Al profilo da ultimo delineato si collega, poi, un altro aspetto: un elemento dominante entro l'universo delle linee guida sembra, infatti, rappresentato dal fatto che esse dischiudano metodologie tecnico-scientifiche apparentemente fondate. La circostanza in parola fa sì che le linee guida abbiano l'attitudine di influire sull'interpretazione delle norme giuridiche anche a prescindere da specifici richiami.

Al di fuori di questi casi, il richiamo alle linee guida si rende, però, straordinariamente impervio, per tutta una serie di ragioni.

In particolare, l'assenza di elementi che possano definire, anche solo con relativa precisione, le caratteristiche al ricorrere delle quali ci si trovi in presenza di linee guida piuttosto che di altri strumenti, rende, prima di tutto, pericolosamente vago (ed inutile) il continuo ricorso a tale costruzione. Come visto, il rinvio alle linee guida non sembra, infatti, ricostruibile nei termini del richiamo ad un istituto giuridico, mentre il fatto che la dizione in oggetto sia oggi impiegata per riferirsi ad

atti profondamente diversi tra loro, sia nella forma che nel contenuto, consente di concludere che dietro l'impiego dell'espressione *linee guida* non si celi il rinvio ad una categoria definita, ma il tentativo, più o meno consapevole, di impostare rinvii normativi a discipline e saperi esterni al diritto (Cfr. in particolare, Cap. V, par. 2).

In secondo luogo, si nota come, nella più parte dei casi, il ricorso alle linee guida coincida con il tentativo di sfumare in modo poco chiaro la precettività delle indicazioni veicolate entro gli ordinamenti. Ciò può avvenire per varie (e più o meno intelligibili) esigenze¹, ma pone, nondimeno, dei problemi di certezza.

In terzo luogo, si danno casi in cui l'uso dell'espressione *linee guida* sembra risolversi nell'espedito attraverso il quale introdurre regole ad alta capacità di incidenza pratica, senza che sussista il corrispondente potere di porre quelle stesse regole per la via formale. In casi come questi si riscontra, naturalmente, uno squilibrio tra le potenzialità giuridicamente riconducibili alla veste formale di un atto e la sua effettiva portata in termini di contenuto (e di concreta capacità di suscitare un'adesione). Sono, d'altronde, questi i casi in cui le linee guida provvedono, *de facto*, a normare l'ordinamento senza che ciò sia riconoscibile dal punto di vista formale (Cfr. gli esempi dei Cap. III e IV).

In quarto luogo, vi sono linee guida che esprimono una vincolatività piena, desumibile sia dalla veste formale cui sono riconducibili, sia dall'effettiva valenza che possono spiegare, le quali, complice l'improprio utilizzo dell'etichetta di riferimento, possono scambiarsi per atti informali: linee guida possono, ad esempio, essere le varie espressioni degli atti di indirizzo, i piani, i programmi e le altre determinazioni concretamente adottabili dall'amministrazione: uno scenario gratuitamente complesso, che forse sarebbe il caso di relegare al tramonto.

Criticità come queste si sommano, poi, ad altri ordini di considerazioni, più calibrati sull'opportunità stessa di un ricorso all'indeterminazione delle linee guida.

L'uso dell'espressione *linee guida* per nominare le indicazioni contenute nelle fonti, rischia, ad esempio, di indebolire la percezione di precettività del documento-

¹ Un richiamo del genere si può, ad esempio, giustificare in ragione dell'opportunità di dosare indicazioni di *soft-law* con indicazioni precettive, secondo la concretezza della situazione o, ancora, al fine di realizzare una persuasività a zero comandi (sul dialogo tra *hard* e *soft-law* cfr. Cap. IV, Parte II).

fonte, mentre l'acritica trasposizione di linee guida entro il contenuto di decreti od allegati è un'opzione da considerarsi con estrema attenzione.

In quest'ultimo caso, la definizione contenutistica di una norma secondaria (peraltro non sempre assoggettata agli stessi controlli previsti sui regolamenti) può ritrovarsi, infatti, rimessa alle determinazioni assunte da organi diversi, spesso non rappresentativi (e forse non legittimati), i quali potrebbero perseguire interessi diversi da quelli pubblici ed osservare procedure decisorie a scarsa o nulla partecipazione, senza che sia chiaro in che modo possano risponderne (Cap. V).

Venendo ad un altro caso, le linee guida a più stretta relazione con il complesso delle indicazioni tecniche, ivi comprese – dunque – quelle delle Autorità indipendenti, dovrebbero essere oggetto di uno stringente sistema di controlli in ordine all'assenza di cause di conflitti di interesse dei loro redattori (oltre che rispetto ad altre situazioni). In questo senso, le garanzie procedurali che caratterizzano la produzione di strumenti giuridici entro molte *authorities* lasciano abbastanza soddisfatti per ciò che concerne la sussistenza di adeguati livelli di protezione degli interessi coinvolti, ma l'attività regolatoria per legittimazione tecnica e l'accentuazione della legalità procedurale per supplire, rispettivamente, l'assenza di una piena legittimazione democratica ed il parziale cedimento della legalità sostanziale, devono ritenersi, in tutti i casi, *extremae rationes* non riproponibili in settori poco (o solo in parte) dominati dalla tecnica.

Di qui la conseguenza per cui le linee guida dell'amministrazione indipendente dovrebbero giocare un ruolo nella definizione dei concetti giuridici indeterminati solo nella misura in cui: se ne definiscano, previamente, gli effetti; se ne riconosca la necessaria adozione in vista dell'integrazione a base tecnica.

Continuando la rassegna, l'elevata qualificazione di molte linee guida e l'estrazione del soggetto dal quale esse provengano sconsigliano l'utilizzo di tale ideale figura per tutti gli atti di orbita pubblica a tendenziale vincolatività. Anche in questo caso, infatti, si ritiene poco confacente impiegare delle linee guida per definire gli atti di indirizzo interno o le determinazioni endo-amministrative (cosa che è pure avvenuta). E ciò specie perché, negli anni, sono andate definendosi sia le categorie generali degli atti di indirizzo, sia le varie specie di norme interne dell'amministrazione: figure che escluderebbero il rinvio alle linee guida.

Certo, il ricorso all'atipicità e all'indeterminatezza delle determinazioni pubbliche sembra essere, invero, un bisogno ciclico della pratica giuridica, la quale, ad intervalli più o meno regolari, rifugge dalle predeterminazioni di schemi e modelli consolidati per assecondare il ricorso a categorie più ampie e indefinite.

In un'epoca non troppo risalente, il bisogno di stratificare indicazioni non pienamente o espressamente cogenti si è tradotto nella progressiva elaborazione della figura della direttiva. Operando un paragone con il presente, si può dire che, nell'epoca attuale, la probabile percezione di insufficienza della flessibilità raggiungibile attraverso la direttiva ed altre figure possa aver suggerito di ricorrere alle larghissime maglie della linea guida. Ora come allora si coglie, però, un *gap* tra l'immediatezza dei risultati raggiunti con le nuove, possibili, soluzioni e il contestuale arrancare del livello teorico, ancora fermo a prima dell'innovazione.

In questo, come nel più risalente caso della direttiva, la presunta adozione di un modello più omnicomprensivo non si è, infatti, accompagnata alla sua teorizzazione: circostanza che rende, a tutt'oggi, la *linea guida* un atto a geometria variabile a cui non è possibile imputare alcuno specifico effetto.

Premesso, quindi, che un supposto modello per *linee guida* non appaia troppo confacente neanche se impiegato per indicare le determinazioni interne all'amministrazione, si può affermare che gli strumenti che gli appartengano siano privi di un'identità precisa anche se inquadri tra le norme interne.

Gli stessi si collocano, infatti, a metà strada tra le tradizionali formulazioni degli atti di indirizzo ed il più blando dei consigli (che è quasi un nulla giuridico).

Una situazione di questo genere lascia, infatti, tali atti a metà strada tra l'efficacia propria degli strumenti che potrebbero celarsi dietro il loro impiego e la potenziale assenza di effetti diretti: uno scenario che favorisce incertezze e difficoltà anche presso gli interpreti, costretti ad attribuire un regime giuridico di riferimento a ciascuna *linea guida*, considerando, caso per caso, l'esistenza di possibili sfasature tra il piano formalistico (o nominalistico) di questi strumenti e quello degli effetti loro concretamente attribuibili².

² Come si intuisce, un'opera di raffronto di questo tipo può rendersi straordinariamente ostica quando le linee guida si presentano schermate da un più o meno avvolgente alone di inefficacia, ma non rinuncino a declinare in modo precettivo o puntuale concetti giuridici indeterminati o, ancora, modalità di svolgimento di determinate attività.

Utilizzando un'immagine che si spera essere efficace, si può dire che, in tutti questi casi, l'esistenza stessa di un complesso di linee guida, in assenza di particolari specificazioni in ordine alla sua natura o capacità di concreta incidenza, possa inaugurare una sorta di livello normativo sospeso: secondo l'interpretazione cui si darà luogo, un atto che contenga linee guida potrà, infatti, ascrivere ad una categoria giuridica definita (della quale, assumerà, a questo punto, gli effetti) o ad un'indicazione incapace di produrre effetti formali: un'alternativa netta e dall'esito troppo incerto che impone il ripensamento di simili espressioni normative.

Negli anni, la proliferazione di linee guida così diverse e così diversamente problematiche ha, infatti, conferito a questo e ad altri problemi una dimensione ormai scarsamente controllabile, in quanto l'apparente neutralità delle linee guida non formalmente obbligatorie, esattamente come la doverosità *sfumata* delle linee guida formali (e, quindi, tendenzialmente obbligatorie), ha moltiplicato le incertezze applicative ed acuito i dubbi di costituzionalità di un ricorso a tali strumenti.

Sia che si tratti di norme adottate da organi istituzionali (e sostanzialisticamente riconoscibili come atti di un certo tipo), sia che si tratti di indicazioni ordinamentali originatesi in via di fatto, le regole che fanno capo a molte linee guida non sono elaborate in un contesto di piena legittimazione, realizzano una distorsione della funzione normativa (od un implicito trasferimento della stessa), non sono spesso adottate rispettando le garanzie previste dall'ordinamento e scontano dubbi di inquadramento dogmatico che si riverberano, a cascata, su tutta una serie di profili (non da ultimo, la loro contestabilità – cfr. Cap. V).

In questo contesto, i destinatari delle indicazioni contenute nelle linee guida non si trovano nelle condizioni di comprendere se le regole prodotte (e spesso ritenute oggetto di doverosa osservanza) siano delle indicazioni legittimate, munite di portata obbligatoria e generative di conseguenze per la loro inosservanza.

Una situazione di questo tipo contrasta in modo problematico il valore cardine della certezza del diritto ed intacca in modo significativo la capacità di autodeterminazione dei singoli, i quali possono essere chiamati a rispondere della violazione di regole che essi ignorassero essere tali.

Non solo, la problematicità di uno scenario di questo genere sembra accentuata anche dal fatto che il ricorso alle linee guida non accenni a diminuire e sia

stato, anzi, oggetto di nuovi e fantasiosi sviluppi. L'attuale situazione emergenziale ha, infatti, conferito alle linee guida nuove funzioni, accentuando, in almeno alcuni casi, un già in parte descritto trasferimento della potestà normativa, capace di assegnare al livello delle linee guida e degli atti ad esse assimilabili il ruolo esecutivo-attuativo che dovrebbe, di contro, spettare alla normazione secondaria.

In base a quanto precede si può, dunque, notare che la grande esperienza della regolazione per linee guida, pur avendo affondato le proprie radici in condivisibili istanze di semplificazione della realtà giuridica e pur essendosi, alle volte, risolta in un'interessante espressione del processo di adeguamento del diritto all'evolversi delle scienze e dei mercati, sia, oggi, un fattore di incertezza di cui si dovrebbe, forse, fare a meno.

Lo svolgersi della realtà giuridica ha affidato all'indeterminatezza di un'espressione particolare (l'espressione *linee guida*, appunto) il compito di sfumare il rigore delle costruzioni giuridiche e di risolvere i problemi formali connessi all'elaborazione di soluzioni tradizionali.

A distanza di tempo si può, però, constatare, che il generale tentativo di semplificazione delle forme normative a cui le linee guida e l'espansione del *soft-law* hanno provato a dare corso sia, per molti aspetti, gravemente carente dal punto di vista delle garanzie costituzionali e debba essere, perciò, ridimensionato.

Il fenomeno delle linee guida giuridiche si rivela, infatti, complessivamente, insostenibile dal punto di vista costituzionale in quanto, in ciascuna delle sue principali espressioni, realizza degli effetti sproporzionati rispetto alle capacità di efficacia che gli sembrerebbero proprie ed una circostanza del genere fa sì che le linee guida giuridicamente rilevanti incidano l'ordinamento e le posizioni dei singoli senza che sia chiaro che ciò stia avvenendo; senza che sia possibile rilevare la misura dei cambiamenti in atto ed in che modo tutelarsene; senza, soprattutto, che ciò sembri tollerabile alla luce delle disposizioni costituzionali che disciplinano e limitano il conferimento della potestà normativa.

Come intuibile, il trasferimento di funzioni realizzato attraverso questi strumenti ridefinisce l'equilibrio tra poteri, riduce la capacità di gestione o di accertamento proprie, rispettivamente, dell'amministrazione e degli organi giudiziari ed incide, in ultima analisi, sull'assetto della forma di governo.

L'introduzione di regole dal dubbio statuto si rivela, poi, scarsamente tollerabile anche rispetto ad insopprimibili esigenze di tutela e può assecondare forme di esercizio del potere delegittimate e non apertamente riconoscibili.

Sotto il primo aspetto, lo scarto tra il piano formale e sostanziale che si registra rispetto alle regole poste dalle linee guida, priva chi sia esposto agli effetti da esse prodotti della concreta possibilità di contestarne pienamente la portata: una situazione in aperto contrasto con le disposizioni che accordano il diritto di difesa e non ammettono limitazioni alla tutela giurisdizionale.

Riguardo, infine, l'altro aspetto: ogni riconoscimento dell'efficacia fattuale di linee guida e assimilati restituisce l'idea per cui l'esercizio del potere normativo possa anche attuarsi attraverso percorsi alternativi. Ora, sebbene un'idea di questo tipo consideri nella giusta misura l'effettiva incidenza che la realtà può avere sulla normazione, non sembra il caso di incoraggiare più di tanto questo genere di percorsi. Il ricorso alle linee guida per il governo della realtà giuridica impedisce, infatti, il formarsi di una piena consapevolezza in ordine allo svolgimento della funzione normativa ed affievolisce quel pieno controllo sull'esercizio del potere che è la fondamentale causa di nascita di tutto il costituzionalismo moderno.

BIBLIOGRAFIA

- **K.W. ABBOTT – C. KAUFFMANN – J. LEE**, *The contribution of Trans-governmental Networks of Regulators to International Regulatory Co-operation*, in *OECD Regulatory Policy Working Papers*, 10, Parigi, 2018;
- **K.W. ABBOTT – D. SINDAL**, *Hard and Soft-law in International Governance*, in *International Organizations Law Review*, 2000;
- **G. ABI-SAAB**, *Eloge du droit assourdi*, in AA.VV., *Nouveaux itineraries en droit*, Bruxelles, 1993;
- **J. ADLER**, *Constitutional and Administrative Law*, Newcastle, 1999;
- **M.A. AGUILAR - J.B.S. GILL - L. PINO**, *Preventing Fraud and Corruption in World Bank Projects*, Washington, 2000;
- **J. AGUILO REGLA**, *Tres preguntas sobre principios y directrices*, in *DOXA, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, 28, 2005;
- **M. AINIS – A. RUGGERI – G. SILVESTRI – L. VENTURA** (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, 1998;
- **N.D. AITKEN**, *The Effect of the EEC and EFTA on European Trade: a Temporal Cross-Section Analysis*, in *The American Economic Review*, 63, 4, 1973;
- **E. ALBANESI**, *I decreti del governo “di natura non regolamentare”. Un percorso interpretativo*, in M. CARTABIA – E. LAMARQUE – P. TANZANELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, Torino, 2011;
- **R. ALESSI**, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1978;
- **J.C. ALEXANDER**, *Real Civil Society: Dilemma of institutionalization*, Londra, 1998;

BIBLIOGRAFIA

- **A. ALGOSTINO**, *La soft-law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016;
- **U. ALLEGRETTI**, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993;
- **M. ALMEIDA CERREDA**, *Las entidades locales y la protección de datos*, in *Anuario de Derecho Municipal*, 12, 2018;
- **G. ALPA**, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impresa*, 3/2017;
- **G. ALPA**, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016;
- **J.E. ALVAREZ**, *The Impact of International Organizations on International Law*, in *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, vol. 7, 2017;
- **G. AMATO** (a cura di), *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972;
- **G. AMATO**, *Le Autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1977.
- **G. AMATO**, *L'indirizzo degli enti di gestione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1969;
- **G. AMATO**, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (aspetti problematici)*, Milano, 1962;
- **A.C. AMATO MANGIAMELI**, *Tecno-regolazione e diritto. Brevi note su limiti e differenze*, su *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1/2017;
- **AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW**, *A Hard Look at Soft-law*, in AA.VV., *American Society of International Law. Proceedings of the 82nd Annual meeting*, 1988;
- **A. AMORTH**, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, in *Rivista italiana di diritto finanziario*, II, 1941;

BIBLIOGRAFIA

- **A. AMORTH**, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, in *Consiglio di Stato*, III, 1964;
- **M. ANDREIS**, *Attività di programmazione e conclusione del procedimento*, in *Urbanistica e Appalti*, 1.1/2006;
- **V. ANGIOLINI**, *Direzione amministrativa (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV, Torino, 1990;
- **A. ANTHONY**, *Interpretative rules, Policy Statements Guidances, Manuals and The Like: should Federal Agencies use them to bind the public?*, in *Duke Law Journal*, 1311-1312, 1992;
- **A. ANTONIADIS**, *The EFTA Surveillance Authority's Practice in the Field of State Aid*, in *European State Aid Law Quarterly*, 1, 2, 2002;
- **L. ANTONIOLLI - A. VENEZIANO** (a cura di), *Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary*, Frederick, 2005;
- **G. ARANGIO-RUIZ**, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Development of Principles of Friendly Relations*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, III, 1972;
- **L. ARCIDIACONO**, *La vigilanza nel diritto pubblico: aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Padova, 1984;
- **D. ARMSTRONG**, *Clinical Autonomy, Individual and Collective: a Qualitative Study of Changing' GPs' and Terminology Committees*, in *Social Science and Medicine*, 2002;
- **A. ASCOLI**, *Nicola Coviello*, in *Rivista di Diritto civile*, V, 1913;
- **M. ASPRONE**, *Le direttive amministrative*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 23-24, 2010;
- **M. ASPRONE – M. MARASCA – A. RUSCITO**, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009;
- **A. ASTONE**, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 7-8, 2017;

BIBLIOGRAFIA

- **M. ATIENZA – J. RUIZ MANERO**, *La dimensión institucional del Derecho y la Jus. Revista di scienze giuridichetificacion juridica*, in *DOXA, Cuadernos de Filosofia del Derecho* 24, 2001;
- **L. ATIENZA – J. RUIZ MANERO**, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcellona, 1996;
- **J.B. AUBY**, *Prescription juridique et production juridique*, in *Revue de droit public*, 1988;
- **A. AUST**, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000;
- **M. AVVISATI**, *Il potere regolamentare fra tensioni centripete e competenze delle Regioni*, in *Politica del diritto*, 2/2005;
- **B. MARCHETTI**, *Su Rule of law e legalità globale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020;
- **V. BACHELET**, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, Milano, 1977;
- **V. BACHELET**, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957;
- **V. BACHELET**, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967;
- **R. BALDUZZI – G. CARPANI**, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013;
- **F. BANO**, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft-law*, in *Lavoro e Diritto*, 1/2003;
- **C. BARBATI**, *Delegificazione, semplificazione amministrativa e ruolo del legislatore regionale*, in *Le Regioni*, 6/1997;
- **A. BARBERA**, *Appunti sulla delegificazione*, in *Politica del diritto*, 3/1988;
- **A. BARBERA**, *Un ribaltone nel sistema delle fonti?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2002;
- **A. BARBERA – C. FUSARO**, *Corso di diritto pubblico. Con espansione online*, Bologna, 2018;

BIBLIOGRAFIA

- **M. BARBERA**, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione europea?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2000;
- **G. BARONE**, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1980;
- **G. BARONE**, *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, 1989;
- **S. BARTOLE**, *Una prospettiva di rivalutazione dei poteri normativi del Governo. A proposito della legge n. 400 del 1988*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1988;
- **A. BARTOLINI**, *#Torna il coprifuoco?# Alcune riflessioni sul #DPCM (Decreto Presidente Consiglio dei Ministri)# #coronavirus# dell'8 marzo 2020*, disponibile su ridiam.it;
- **F. BASSANINI – S. PAPARO – G. TIBERI**, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in L. TORCHIA – F. BASSANINI, *Sviluppo e declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005;
- **F. BASSI**, *Circolari amministrative (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1958;
- **F. BASSI**, *La norma interna*, Milano, 1963;
- **F. BASSI – F. MERUSI** (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993;
- **F. BATISTONI-FERRARA**, *Una nuova fonte di produzione normativa: i decreti ministeriali non aventi natura regolamentare*, in AA.VV. *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso. Pisa 3-4 maggio 2005*, Pisa, 2006;
- **S. BATTINI**, *La legge di semplificazione 1999*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001;

BIBLIOGRAFIA

- **S. BATTINI**, *La separazione fra politica e amministrazione in Italia: ieri, oggi e domani*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012;
- **H. BAUER**, *¿Transformación radical en la doctrina del Derecho administrativo?*, in *Documentación Administrativa*, 1993;
- **W.C. BAUM – S.M. TOLBERT**, *Investing in Development: Lessons of World Bank Experience*, New York, 1985;
- **R.R. BAXTER**, *International Law in “Her Infinite Variety”*, in *International Comparative Law Quarterly*, 29, 1980;
- **L. BAZZICALUPO**, *Paradossi della responsabilità di governare, tra autorità e legittimazione tecnica*, in *Etica & Politica*, 2/2020;
- **P.H.F. BEKKER**, *The Legal Position of Intergovernmental Organizations. A Funcitonal Necessity Analysis of their Legal Status and Immunities*, Leida, 1994;
- **G.A. BENACCHIO**, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2011;
- **C. BENETAZZO**, *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso di ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 5/2018;
- **F. BENNION**, *Statutory Interpretation*, Londra, 1992;
- **F. BENNION**, *Understanding Common Law Legislation: Drafting and Interpretation*, Oxford, 2009;
- **M. BENZING**, *International Organizations or Institutions, Secondary Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007;
- **M. BERG – K. HORSTMAN – S. PLASS – M. VAN HEUSDEN**, *Guidelines, Professionals and the Production of Objectivity: Standardization and the Professionalism of Insurance Medicine*, in *Sociology of Health and Illness*, 2000;

BIBLIOGRAFIA

- **K.P. BERGER**, *International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *The American Journal of Comparative Law*, 46, 1, 1998;
- **S. BERTEA**, *Certezza del diritto ed argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002;
- **S. BERTEA**, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2001;
- **E. BERTI – L. CASOLARI – R. GRILLI**, *Governo clinico e linee guida*, in R. GRILLI – F. TARONI (a cura di), *Governo clinico. Governo delle organizzazioni sanitarie e qualità dell'assistenza*, Roma, 2004;
- **G. BERTI**, *La giuridicità pubblica e la riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche. Rivista di Scienze giuridiche*, 2/2002;
- **E. BETTI**, *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, XXXIX, 1931;
- **J. BHAGWATI**, *In Defense of Globalization*, Oxford, 2004;
- **R. BICORCIO**, *Trasformazioni della democrazia e declino delle forme tradizionali di legittimazione politica*, in L. SCIOLLA (a cura di), *Processi e trasformazioni sociali. La società europea dagli anni Sessanta a oggi*, Roma-Bari, 2009;
- **E.R. BIERLING**, *Juristische Prinzipienlehre*, I, Friburgo in Brisgovia, 1894;
- **E.R. BIERLING**, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, II, Gotha, 1877;
- **R. BIFULCO**, *Il dilemma della democrazia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2012;
- **R. BIFULCO**, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, 4/2014;

BIBLIOGRAFIA

- **M. BIGNAMI**, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, su *Questione giustizia*, 2020;
- **P. BILANCIA**, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, 1/2017;
- **P. BILANCIA** (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012;
- **P. BILANCIA**, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1990;
- **R. BIN**, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988;
- **R. BIN**, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, su *Federalismi.it*, 17/2018;
- **R. BIN**, *Soft-law no law*, in A. SOMMA, *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009;
- **R. BIN – G. PITRUZZELLA**, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019;
- **R. BIN – G. PITRUZZELLA**, *Diritto pubblico*, Torino, 2019;
- **R. BIN – G. PITRUZZELLA**, *Le fonti del diritto*, Torino, 2019;
- **B. BINTLIFF**, *Mandatory v. Persuasive Cases*, Eagan (USA), 2001;
- **F. BIONDI – S. LEONE**, *Il Governo “in” Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivista AIC*, 1/2012;
- **G. BISCOTTINI - M.E. COMBA - E. DEL PRATO - L.A. MAZZAROLLI - A. POGGI - G. VALDITARA - F. VARI**, *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, su *Federalismi.it*. – Osservatorio emergenza Covid-19
- **BOARD OF TRUSTEES OF GUIDELINES INTERNATIONAL NETWORK**, *Disclosure e gestione dei conflitti di interesse nelle linee guida: i principi del Guideline International Network*, in *Evidence*, 3(3), 2016;

BIBLIOGRAFIA

- **N. BOBBIO**, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1960;
- **N. BOBBIO**, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942;
- **W. BOENTE**, *Nebeneinander und Einheit in Burgerlichen Recht*, Heidelberg, 2013;
- **A. BOITANI**, *Costi e benefici dei diversi modelli di regolazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2/2002;
- **J. BOLI – G.M. THOMAS**, *Constructing the World Culture: International nongovernmental organizations since 1875*, Stanford, 1999;
- **V.B. BONANNO**, *ANAC legislatore uber 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;
- **E. BONAUDI**, *Principii di diritto pubblico*, Torino, 1936;
- **M.J. BONELL**, *An International Restatement of Contract Law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, , Leida, 2009;
- **M.J. BONELL**, *I principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, in M.J. BONELL – F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali e internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 1997;
- **M.J. BONELL**, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?*, in *Tulane Law Review*, 69, 5, 1995;
- **P. BONETTI**, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *BioLaw Journal*, 1/2020;
- **M.S. BONOMI**, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, Roma, 2020;

BIBLIOGRAFIA

- **B. BOSCHETTI**, *Soft-law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2/2016;
- **G. BOTTINO**, *Norme interne*, in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007;
- **J. BOULANGER**, *Principes généraux du droit et droit positif*, in AA.VV., *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, a sua volta in *Études générales – droit de la famille*, Parigi, 1950;
- **P. BOULOIS**, *Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les «directives»*, in *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Parigi, 1977;
- **M. BOVENS – R.E. GOODIN – T. SCHILLEMANS** (a cura di), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford, 2014;
- **S. BOWLES – H. GINTIS**, *Divorzio tra capitalismo e democrazia?*, in *Le Monde Diplomatique*, 2, Torino, 1979;
- **L. BOY**, *Normes techniques et normes juridiques*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 21, 2007;
- **E.A. BOYD – L.A. BERO**, *Improving the use of research evidence in guideline development. Managing conflicts of interests*, in *Health Research Policy and Systems*, 2006;
- **A.E. BOYLE**, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft-law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1999;
- **A. BOZZI**, *Circolare amministrativa*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1938;
- **A. BRANCASI – F. MERLONI**, *Politiche statali, politiche regionali e autonomia politico-amministrativa e finanziaria degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 1/2009;
- **U. BRECCIA**, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, 2006.

BIBLIOGRAFIA

- **R. BREDÀ**, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno e responsabilità*, 3, 2017;
- **H. BRESSERS - P. KLOK**, *Fundamentals for a Theory of Policy Instruments*, in *International Journal of Social Economics*, 15, 3, 1988;
- **M. BRUTTI**, *Ordinamento giuridico (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, 1980;
- **M. BRUTTI**, *Storiografia e critica del sistema pandettistico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, VIII, 1979;
- **M.E. BUCALO**, *Autorità indipendenti e soft-law*, Torino, 2018;
- **M.E. BUCALO**, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. Autorità indipendenti, soft-law e giudizio di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019;
- **J. BUCCISANO**, *Intesa e concerto: analogie e differenze*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1982;
- **J. BUCCISANO**, *Premesse per uno studio sul Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972;
- **F. BÜCHEL – X. LEWIS**, *The EFTA Surveillance Authority*, in C. BAUDENBACHER (a cura di), *The Handbook of EEA Law*, New York, 2015;
- **L. BUSCEMA**, *Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **M.A. CABIDDU – D. CALDIROLA**, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000;
- **V. CAIANELLO**, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amministrativo*, 1997;
- **P. CALAMANDREI**, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Milano, 1942;

BIBLIOGRAFIA

- **P. CALANDRA**, *Problemi di equilibrio nei rapporti Governo-Parlamento*, in, *Queste istituzioni*, 1991;
- **M. CAMMELLI**, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2014;
- **F. CAMMEO**, *A proposito di circolari e istruzioni*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1920;
- **F. CAMMEO**, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1916;
- **F. CAMMEO**, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano. Con la collaborazione di altri giureconsulti italiani*, III, Milano, 1901;
- **F. CAMMEO**, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1902;
- **F. CAMMEO**, *Valore regolamentare di atti e istruzioni ministeriali*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1900;
- **F. CAMMEO**, *La violazione delle circolari come eccesso di potere*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1912.
- **D. CANALE**, *Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività. Ovvero, Deleuze e il problema della ripetizione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 19/2019;
- **E. CANNADA BARTOLI**, *Disapplicazione di ufficio di norma regolamentare illegittima*, in *Foro italiano*, III, 1993;
- **E. CANNIZZARO**, *Diritto internazionale*, Torino, 2014;
- **E. CANTARELLA**, *Tra diritto e prediritto. Un problema aperto*, in *Dialogues d'histoire ancienne*, 1987;
- **C. CAPORALE – L. TRAPASSI**, *La libertà di esercizio del culto cattolico in Italia in epoca di COVID-19. Una questione di diritto internazionale*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **P.A. CAPOTOSTI**, *Presidente del Consiglio*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano;

BIBLIOGRAFIA

- **M. CAPPELLETTI**, *The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law. A Fundamental Difference – Or no difference at all?*, Heidelberg, 1981;
- **L. CAPPuccio**, *Principio di sussidiarietà, regolamenti di delegificazione e competenza residuale: una verifica incerta?*, in *Le Regioni*, 2/2007;
- **M. CAPUTO**, *Filo d’Arianna o Flauto Magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2012;
- **O.M. CAPUTO**, *Linee guida, attribuzioni precontenziose e potere sanzionatorio dell’ANAC*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2018;
- **R. CARANTA**, *Politica e amministrazione nella Costituzione*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002;
- **B. CARAVITA DI TORITTO**, *L’Italia ai tempi del Coronavirus*, in *Federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **B. CARAVITA DI TORITTO – M. LUCIANI**, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Politica del diritto*, 2/1986;
- **S.M. CARBONE – R. LUZZATTO – A. SANTA MARIA**, *Istituzioni di Diritto internazionale*, Torino, 2011;
- **V. CARBONE**, *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corriere giuridico*, 6/2017;
- **A. CARDONE**, *La «normalizzazione» dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011;
- **M. CARDUCCI**, *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Padova, 1996;
- **P. CARETTI**, *Art. 97 1° comma, parte I Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994;
- **P. CARETTI**, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, XV, Torino, 2004;

BIBLIOGRAFIA

- **P. CARETTI** (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2005;
- **P. CARETTI – U. DE SIERVO** (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, Bologna, 1991;
- **R. CARIDÀ**, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in *Consulta online*, 2014;
- **L. CARLASSARE**, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974;
- **L. CARLASSARE**, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, 2008;
- **L. CARLASSARE**, *Il diritto vivente di origine regolamentare*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990;
- **L. CARLASSARE**, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 10/1990;
- **L. CARLASSARE**, *Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla l. n. 400 de 1988 a confronto col principio di legalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 9/1988;
- **L. CARLASSARE**, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966;
- **L. CARLASSARE**, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990;
- **H. CAROLI CASAVOLA**, *La Globalizzazione dei contratti*, Milano, 2012;
- **A. CARTABELLOTTA – A.S. LAGANÀ – P. IANNONE – W. RICCIARDI**, *Quality and trustworthiness of clinical practice guidelines developed by Italian medical specialty societies: a cross sectional study*, in *Evidence Live*, Oxford, 2017;

BIBLIOGRAFIA

- **M. CARTABIA**, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella “legge annuale di semplificazione”*, in *Diritto pubblico*, 2/2000;
- **M. CARTABIA – E. LAMARQUE – P. TANZANELLA** (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, Torino, 2011;
- **E. CASETTA**, *Manuale di Diritto amministrativo.*, Milano, 2011;
- **A. CASSATELLA**, *Il dovere di motivazione della pubblica amministrazione*, Padova, 2013;
- **A. CASSESE**, *Diritto Internazionale, I. I lineamenti*, Bologna, 2003;
- **S. CASSESE**, *Da dove ricominciare. I pesi reciproci di centro e periferia si sono rivelati squilibrati*, intervista rilasciata per *Il Foglio* il 31 marzo 2020;
- **S. CASSESE**, *Il dovere di essere chiari*, pubblicato su *Il Corriere della Sera* del 24 marzo 2020;
- **S. CASSESE**, *Il virus e la speranza. Governo e regioni si sono mossi ai limiti della Costituzione. Ma la democrazia esce rafforzata*, intervista rilasciata per *Il Foglio*, il 24 marzo 2020;
- **S. CASSESE**, *Istituzioni di Diritto amministrativo*, Milano, 2015;
- **S. CASSESE**, *L’attività consultiva del Consiglio di Stato in materia di norme*, in *La Revue Administrative*, 52, 8, 1999;
- **S. CASSESE**, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2018;
- **S. CASSESE**, *La semplificazione amministrativa e l’orologio di Taylor*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/1998;
- **S. CASSESE**, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, Milano, 2003;
- **S. CASSESE**, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989;

BIBLIOGRAFIA

- **S. CASSESE**, *Salti a ostacoli contro la burocrazia, ma le colpe non sono sempre sue*, intervista pubblicata su *Il Foglio* del 24 giugno 2020;
- **S. CASSESE – B.G. MATTARELLA**, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in **S. CASSESE – G. GALLI** (a cura di), *L'Italia da semplificare: 1. Le istituzioni: ricerca del Centro Studi Confindustria*, Bologna, 1998;
- **P. CASTEL**, *Normaliser les pratiques, organiser les médecins: la qualité comme stratégie de changement, le cas les Centre de lute contre le cancer*, Parigi, 2002;
- **C. CASTRONOVO** (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001;
- **C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO** (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007;
- **A. CASU**, *Fare meglio con meno: nudge per l'amministrazione digitale*, Milano, 2015;
- **A. CATELANI**, *Indirizzo politico e giusnaturalismo nelle interpretazioni della Corte costituzionale*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3-2012;
- **A. CATELANI**, *Le circolari della pubblica amministrazione*, Milano, 1984;
- **E. CATELANI**, *Direttiva* (voce), in **S. CASSESE** (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006;
- **P. CAVALIERI**, *Nuovi orientamenti nella legislazione britannica sulle relazioni industriali*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 88, 1976;
- **M.C. CAVALLARO**, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, in **A. CONTIERI – M. IMMORDINO** (a cura di), *La dirigenza locale*, Napoli, 2012;

BIBLIOGRAFIA

- **I. CAVALLINI – M. ORSETTI**, *I reali effetti del c.d. “Sblocca cantieri” sulle Linee Guida ANAC: un’occasione mancata per il tramonto del sistema di soft-law*, in *Azienditalia*, 3/2020;
- **R. CAVALLO PERIN – B. GAGLIARDI**, *Discrezionalità, discrezionalità tecnica e impiego pubblico*, in E. MALARET GARCIA (a cura di), *Discrezionalità, discrezionalità tecnica e impiego pubblico*, Cizur Menor, 2019;
- **M. CAVINO**, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19;
- **S. CECCANTI**, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni mediate*, in *BioLaw Journal*, 2/2020;
- **B. CELANO**, *Consuetudine: un’analisi concettuale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 14/2014;
- **C. CELONE**, *La funzione di vigilanza e regolazione dell’Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012;
- **A. CELOTTO**, *Fonti del diritto e antinomia*, Torino, 2014;
- **C. CERETI**, *Il rinvio al diritto straniero. Prova, conoscenza e posizione della legge straniera richiamata*, in *Rivista di procedura civile*, 2, 1936;
- **A. CERRI**, *Regolamento (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, 1994;
- **G. CERRINA FERONI**, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica*, in *Federalismi.it*, 20/2016;
- **F. CERRONE**, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti. La tipologia dei regolamenti governativi nella legge n. 400 del 1988*, Torino, 1991;
- **V. CERULLI IRELLI**, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D’ALBERTI – A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010;

BIBLIOGRAFIA

- **V. CERULLI IRELLI – D. COLAROSSO**, *L'Amministrazione e il potere politico. Ordinamenti a confronto*, Torino, 2018;
- **V. CERULLI IRELLI – F. LUCIANI**, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, III-IV, 2000;
- **A.A. CERVATI**, *Osservazioni in tema di potestà regolamentare dell'esecutivo e di "delegificazione"*, in *L'educazione giuridica*, V, 1987;
- **W. CESARINI SFORZA**, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Parma, 1913;
- **W. CESARINI SFORZA**, *Principi filosofici di una nuova teoria del diritto*, Pistoia, 1911;
- **R.A. CHAPMAN**, *Ethics in Public Service*, in R.A. CHAPMAN (a cura di), *Ethics in Public Service*, Edimburgo, 1993;
- **S. CHARNOVITZ**, *The Influence of International Labour Standards on the World Trading Regime*, in *International Labour Review*, 126, 565, 1987;
- **E. CHELI**, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961;
- **E. CHELI**, *Il ruolo "politico" della Corte costituzionale nella prospettiva comparatistica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3-2012;
- **E. CHELI**, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 10/1990;
- **M. CHEMILLER-GENDREAU – Y. MOULLIER-BOUTANG** (a cura di), *Le droit dans la mondialisation*, Parigi, 2001;
- **O. CHESSA**, *Il ruolo presidenziale e la distinzione tra funzioni di garanzia e funzioni d'indirizzo politico*, in *Diritto@Storia*, 9/2010;
- **J. CHEVALLIER**, *Vers un droit postmoderne*, in J. CLAM – G. MARTIN (a cura di), *Les transformations de la régulation juridique*, Parigi, 1998;

BIBLIOGRAFIA

- **C. CHIAPPINELLI - L. CONDEMI - M.C. CIPOLLONI**, *Programmazione, Controlli, Responsabilità nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2010;
- **M. CHIARELLI**, *La soft regulation e il caso delle Linee guida ANAC*, su *Federalismi.it*, 3/2019;
- **P. CHIASSONI**, *Materiali per una teoria delle antinomie*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2006;
- **R. CHIEPPA – G.P. CIRILLO**, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.
- **R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI**, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018;
- **C. CHIMENTI**, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano, 1974.;
- **C.M. CHINKIN**, *The Challenge of Soft-law: Development and Change in International Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1989;
- **M.P. CHITI**, *Circolare* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988;
- **M.P. CHITI**, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 4/2016;
- **H. CHIU**, *The Capacity of International Organizations to Conclude Treaties, and the Special Legal Aspects of the Treaties So Concluded*, Leida, 1966;
- **C. CIARDO**, *Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell'emergenza CoViD-19: il rischio di una sanità diseguale*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **S.M. CICONETTI**, *Diritto parlamentare*, Torino, 2019;
- **M. CINI**, *The Soft-law Approach*, in *Journal of European Public Policy*, 8/2001;
- **F. CINTIOLI**, *A proposito dei decreti ministeriali «non aventi natura regolamentare»*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2003;

BIBLIOGRAFIA

- **F. CINTIOLI**, *Discrezionalità tecnica (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II-2, Milano, 2008;
- **F. CINTIOLI**, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2017;
- **F. CINTIOLI**, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007
- **F. CINTIOLI**, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19;
- **F. CIPRIANI – A. BALDASSERONI – S. FRANCHI**, *Lotta alla sedentarietà e promozione dell'attività fisica. Linee guida SNLG*, 2011, disponibile su <https://www.ars.toscana.it>;
- **G.P. CIRILLO – R. CHIEPPA**, *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010;
- **Y.M. CITINO**, *Considerazioni sull'indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vezio Crisafulli*, in *Nomos*, 2/2016.
- **J. CLAM – G. MARTIN** (a cura di), *Les transformations de la régulation juridique*, Parigi, 1998;
- **M. CLARICH**, *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, 1990;
- **M. CLARICH**, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Studi in onore di V. Palazzolo*, Milano, 1986;
- **M. CLARICH**, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amministrativo*, 2002;
- **M. CLARICH – G. FONDERICO**, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019;

BIBLIOGRAFIA

- **P. CLARIZIA – K. PECI**, *Il mercato dei contratti pubblici*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017;
- **A.M. CLARK**, *Non-Governmental Organizations and their Influence on International Society*, in *Journal of International Affairs*, 48, 2, 1995;
- **M. CLEGG – K. ELLENA – D. ENNIS – C. VICKERY**, *The Hierarchy of Laws. Understanding and Implementing the Legal Frameworks that Govern Elections*, Arlington (USA), 2011;
- **G. CLEMENTE DI SAN LUCA**, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003;
- **G. CLEMENTE DI SAN LUCA**, *Organizzazione amministrativa. 3. Regioni ed enti locali* (voce), in *Enciclopedia giuridica – diritto on line*, 2015;
- **F. CLEMENTI**, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto-legge che un D.p.c.m.*, pubblicato su *Il Sole 24 Ore* del 13 marzo 2020;
- **M. CLIQUENNOIS**, *Que reste-t-il des directives?*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 3, 1992;
- **A. COCHRANE**, *Effectiveness and Efficiency: Random Reflections on Health Services*, Londra, 1972;
- **V. COCOZZA**, *La delegificazione, modello legislativo – attuazione*, Napoli, 2003;
- **V. COCOZZA**, *Profili della delegificazione*, Napoli, 1992;
- **A. CODACCI PISANELLI**, *Legge e Regolamento*, Città di Castello, 1900;
- **E. CODINI**, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008;
- **L. COLACINO CINNATE**, *Trasformazione dell'amministrazione e potere regolamentare*, in *Foro amministrativo*, 1998;

BIBLIOGRAFIA

- **C. COLOMBO**, *Profili civilistici della riforma della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2/2017.
- **P. COLOMBO**, *L'intervento del ministro sugli atti di gestione*, Rimini, 2004;
- **G. COMAZZETTO**, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, 1/2020;
- **L. CONDORELLI**, *Diritto internazionale* (voce), in *Enciclopedia giuridica – diritto on line*, 2014;
- **B. CONFORTI**, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2014;
- **A. CORPACI**, *Gli organi di governo e l'autonomia organizzativa degli enti locali. Il rilievo della fonte statutaria*, in *Le Regioni*, 5/2002.
- **G. CORREALE**, *Contributo allo studio del concerto*, Padova, 1974;
- **M. CORSALE**, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1978;
- **G. CORSO**, *Manuale di Diritto amministrativo*, Torino, 2017;
- **F. CORTESE**, «*Le défaut est un élément de la perfection possible*». *Dinamiche e ruolo delle trasformazioni informali della Costituzione italiana*, in A. MANGIA – R. BIN (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, pubblicato su *Diritto costituzionale*, n. 1, vol. III, 2020;
- **F. CORTESE**, *Il diritto pubblico nella manualistica italiana*, in M. MALO – B. MARCHETTI – D. DE PRETIS, *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, 2015;
- **L. COSSU**, *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

BIBLIOGRAFIA

- **D. COSTELLOE – M. FITZMAURICE**, *Interpretation of Secondary Instruments in International Law*, in *Polish Yearbook of International Law*, 35, 2015;
- **N. COVIELLO**, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Roma-Milano-Napoli, 1910;
- **J.C. COVILLA MARTÍNEZ**, *El soft-law como instrumento para dirigir el gobierno local*. In *Revista de estudios de la Administración Local y Autónoma*, 12, 2019;
- **G. CREPALDI**, *La potestà regolamentare nell'esperienza regionale*, Milano, 2009;
- **V. CRISAFULLI**, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 1959;
- **V. CRISAFULLI**, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1978;
- **V. CRISAFULLI**, *Prima e dopo la Costituzione, con premessa di F. Modugno e introduzione di M. Dogliani e G. Silvestri*, Napoli, 2015;
- **E. CRISTIANO**, *Il sistema dei controlli e la valutazione nella pubblica amministrazione*, Cosenza, 2006;
- **C. CROCETTA**, *Diritti sociali e prossimità alla prova del Coronavirus. Una "prima analisi" antropologico-giuridica*; in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **R. CROSS**, *Cross, Harris and Hart, Precedent in English Law*, Oxford, 1991;
- **C. CUDIA**, *L'efficacia dimensionale dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 4/2016;
- **M. CUNIBERTI**, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007;
- **M. CUNIBERTI**, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in *Gruppo di Pisa*, 2015.
- **L. CUOCOLO**, *Concerto (atti di)*, in *Enciclopedia giuridica*, VII, 1988;

BIBLIOGRAFIA

- **L. CUOCOLO**, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **G. CUOMO**, *Unità ed omogeneità nel Governo parlamentare*, Napoli, 1957;
- **V. CURZON**, *The Essentials of Economic Integration. Lessons of EFTA Experience*, New York, 1974;
- **S. D'ALBERGO**, *Direttiva* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964;
- **M. D'ALBERTI**, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica*, 1995;
- **M. D'ALBERTI – A. PAJNO**, *Gli arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, in *Quaderni di Astrid*, Bologna, 2009;
- **A. D'ALOIA**, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **A. D'ALOIA**, *Postilla. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **E. D'ALTERIO**, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2015;
- **E. D'ALTERIO**, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016;
- **J. D'ASPREMONT**, *Softness in International Law: a Self-Serving Quest for New Legal Materials*, in *European Journal of International Law*, 19, 5, 2008;
- **M. D'ORSOGNA**, *Individuazione e gestione degli obiettivi nell'attività di indirizzo politico*, in A. CONTIERI – F. FRANCARIO

BIBLIOGRAFIA

- M. IMMORDINO – A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, 2010;
- **G. D'URGOLO**, *Le linee guida Anac e la loro efficacia*, in *Giustamm.it*, 9/2018;
 - **R.A. DAHL**, *Can International Organizations Be Democratic?*, in I. SHAPIRO (a cura di), *Democracy's Edges*, Cambridge, 1999;
 - **P. DAILLIER – M. FORTEAU – A. PELLET**, *Droit International public*, Parigi, 2009;
 - **E. DAL BÓ – P DAL BÓ**, “Do the right thing”: *The effects of moral suasion on cooperation*, in *Journal of Public Economics*, 117, 2017;
 - **L. DANIELE**, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018;
 - **J. DAVID MURPHY – R. REUTER**, *Stare decisis in Commonwealth appellate courts*, Oxford, 1981;
 - **P. DAY – R. KLEIN – F. MILLER**, *A comparative study of Guidelines*. London: Nuffield Trust Series No. 4, Londra, 1998;
 - **M. DE BENEDETTO**, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in *Historia et Ius*, 9/2016;
 - **M. DE BENEDETTO. – M. MARTELLI – N. RANGONE**, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011;
 - **C. DE FIORES**, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, in V. TONDI DELLA MURA – M. CARDUCCI – R.G. RODIO, *Corte costituzionale e processi di decisione politica. Atti del Seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005;
 - **P. DE FRANCISCI**, *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica*, in *Rivista italiana di sociologia*, XX, 1916;
 - **S. DE GÖTZEN**, *La distinzione tra politica e amministrazione: funzioni di indirizzo, funzioni di gestione e potere deliberativo dell'organo politico*, in *Le Regioni*, 4/2013;
 - **F. DE LEONARDIS**, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il Diritto dell'Economia*, 64, 97, 3/2018;

BIBLIOGRAFIA

- **M. DE LUCA**, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi. Aggiornato alla l. 8 novembre 2012, n. 1989, recante disposizioni urgenti per la tutela della salute*, Roma, 2012;
- **R. DE MATTEIS**, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contratto e impresa*, 1/2014;
- **G. DE MINICO**, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, 2004;
- **M. DE NES**, *Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **D. DE PRETIS**, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 4/1998;
- **D. DE PRETIS**, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995;
- **D. DE PRETIS**, *Valutazioni tecniche della p.a.* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;
- **U. DE SIERVO**, *Alla ricerca della effettiva tipologia degli atti governativi di direzione dell'amministrazione*, in P. CARETTI – U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1991;
- **U. DE SIERVO**, *Il complesso universo degli atti normativi secondari del Governo*, in ID., *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1992;
- **U. DE SIERVO**, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della l. n. 400 del 1988*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1996;
- **U. DE SIERVO**, *Il potere regolamentare dell'amministrazione centrale*, Bologna, 1991;
- **U. DE SIERVO**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1992;
- **U. DE SIERVO**, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 l. n. 400*

BIBLIOGRAFIA

- del 1988, in Scritti per Mario Nigro. Stato e Amministrazione, Milano, 1991;*
- **U. DE SIERVO**, *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti al livello nazionale*, in *Osservatorio sulle fonti 1998*, XV, Torino, 1999;
 - **A. DE VALLES**, *Il fondamento del potere regolamentare*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930;
 - **A. DE VALLES**, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963;
 - **A. DE VALLES**, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Il Foro Italiano*, IV, 1951;
 - **A. DE VALLES**, *Teoria giuridica dell'Organizzazione dello Stato*, I, Padova, 1931;
 - **V.S. DEAKIN – G.S. MORRIS**, *Labour Law*, Londra, 2005;
 - **W. DEBEVOIS - C. YUKINS**, *Assessing the World Bank Proposed Revision of Its Procurement Guidelines*, in *The Government Contractor*, 52, 21, 2010;
 - **V.D. DEGAN**, *Sources of International Law*, The Hague, 1997;
 - **L. DEL CORONA**, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
 - **C. DELL'ACQUA**, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983;
 - **L. DELL'ATTI – G. NAGLIERI**, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
 - **G. DELLA CANANEA**, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000;
 - **G. DELLA CANANEA - M. DUGATO - A. POLICE - M. RENNA**, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può: meglio agire subito*, pubblicato su *Il Foglio* del 2 aprile 2020.

BIBLIOGRAFIA

- **M. DELLE FOGLIE**, *Verso un “nuovo” sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, su *giustamm.it*, 2016;
- **M. DELSIGNORE**, *La valutazione tecnica e i suoi riflessi sul procedimento*, in *Foro amministrativo*, Consiglio di Stato, 2010;
- **G. DEMURO**, *Delegificazione: modelli e casi*, Torino, 1995;
- **G. DEMURO**, *La delegificazione*, in *Il Foro Italiano*, V, Bologna, 1989;
- **G. DEMURO**, *La delegificazione come strumento di semplificazione: una difficile coesistenza* in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1999*, Torino, 2000;
- **G. DEMURO**, *Le tecniche e gli strumenti utilizzati per attuare la delegificazione*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell’amministrazione centrale*, Bologna, 1992;
- **C. DEODATO**, *Le linee guida dell’Anac: una nuova fonte del diritto?* in *giustamm.it*, 2016;
- **C. DEODATO**, *Nuove riflessioni sull’intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell’Anac*, in *Federalismi.it*, 2/2017;
- **P. DEUMIER**, «*Quand le droit souple rencontre le juge dur*», in *Revue trimestrelle de Droit civil*, 2016
- **P. DEVOLVÉ**, *La notion de directive*, in *Actualité juridique. Edition droit administratif*, 1974;
- **V. DI CIOLO – L. CIAURRO**, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2013;
- **G. DI COSIMO**, *Delegificazione e tutela giurisdizionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2002;
- **G. DI COSIMO**, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, Milano, 2005;
- **G. DI COSIMO**, *Il regolamento nel sistema delle fonti: vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Milano, 2005;

BIBLIOGRAFIA

- **G. DI COSIMO**, *La proteiforme cedevolezza: il caso dei regolamenti di delegificazione nelle materie concorrenti*, in *Le Regioni*, 1/2003;
- **G. DI GASPARE**, *Contributo allo studio della direzione, dell'indirizzo e del coordinamento amministrativo*, Napoli, 1988;
- **O. DI GIOVINE**, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1/2013;
- **A. DI LANDRO**, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Milano, 2012.
- **F. DI LELLA**, *Leges artis e responsabilità civile sanitaria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2/2018;
- **A. DI MAJO**, *Il giudizio di responsabilità del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata"*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 2018;
- **A. DI ROBILANT**, *Genealogies of soft-law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 54, 3, 2006;
- **C. DI TURI**, *Il rilievo del soft-law nella prassi dell'OIL in materia di tutela dei diritti economici e sociali*, in A. SOMMA, *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009;
- **K. DICKERSIN – S.E. STRAUS – L. BERO**, *Evidence based Medicine. Increasing, not dictating choice*, in *British Medical Journal*, 2007;
- **B. DIJULBEGOVIC – G.H. GUYATT**, *Progress in evidence-based medicine a quarter century on*, in *The Lancet*, 390, 2017;
- **R. DIPACE**, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011;
- **N. DIRINDIN – C. RIVOIRO – L. DE FIORE**, *Conflitti di interesse e saluti: come industria e istituzioni condizionano le scelte del medico*, Bologna, 2018;
- **M. DISTEFANO**, *Origini e funzioni del soft-law in diritto internazionale*, in *Lavoro e Diritto*, 1/2003;

BIBLIOGRAFIA

- **M. DOGLIANI**, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, 1/2008;
- **M. DOGLIANI**, *Indirizzo politico*, in *Digesto di diritto pubblico*, VIII, 1993;
- **M. DOGLIANI**, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell'attività di governo*, in A.I.C., *Annuario 2010. Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2012;
- **R. DOLEZALEK**, *Stare decisis. Persuasive force of precedent and old authority (12th-20th century)*, Città del Capo, 1989;
- **F. DONATO**, *La programmazione ed il controllo della qualità negli enti locali*, Milano, 2000;
- **C. DOUMBIA-HENRY – E. GRAVEL**, *Accords de libre-échange et droits des travailleurs: évolution récente*, in *Revue Internationale du travail*, 2006;
- **D.A. DRIPPS - L.J. DUKE**, *Delegation and Due Process*, 1988;
- **L. DUGUIT**, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1928;
- **I. DUPLESSIS**, *La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail*, in *Diritto delle Relazioni industriali*, 2004;
- **R.J. DUPUY**, *Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la «Soft-law»*, in *L'élaboration du droit international public. Colloque de la Société Française pour le Droit International*, Parigi, 1975;
- **P.M. DUPUY**, *L'Unité de l'ordre juridique international*, in *Recueil de cours de l'Académie de droit International*, 297, 2002;
- **I. DURAND-ZALESKI – C. COLIN – C. BLUM-BOISGARD**, *An attempt to Save Money Using Mandatory Practice Guidelines in France*, in *British Medical Journal*, 1997;

BIBLIOGRAFIA

- **F. DURANTE**, *L'attività di moral suasion della CONSOB*, in *Notiziario Giuridico Telematico*, disponibile all'indirizzo: http://www.notiziariogiuridico.it/durante_consob_1.html.
- **G. DUSO**, *La democrazia e il problema del governo*, in *Filosofia politica*, 3/2006;
- **J. EATON – S. KORTUM – J. LERNER**, *International Patenting and the European Patent Office: a Quantitative Assessment*, New York, 2003;
- **M. ECCLES – N. ROUSSEAU – N. FREEMANTLE**, *Updating evidence-based clinical guidelines*, in *Journal of Health Services Research and Policy*, 2002;
- **H. EHMKE**, *“Discrezionalità” e “concetto giuridico indeterminato” nel diritto amministrativo*, Napoli, 2011;
- **E. EHRLICH**, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Monaco-Lipsia, 1913;
- **O. ELIAS – C. LIM**, *General Principles of Law, Soft-law and the identification of International Law*, in *International Comparative Law Quarterly*, 28, 1997;
- **K.A. ELLIOTT**, *The ILO and Enforcement of Core Labor Standards*, in *Policy Briefs*, PB00-6, 2000;
- **W. ESKRIDGE**, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, 1994;
- **A. ESMEIN**, *Elements de droit constitutionnel*, Parigi, 1896;
- **L. FABIANO**, *La catena della normativa emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del CoViD-19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19;
- **M. FACCIOLI**, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. “Legge Gelli-Bianco”): profili civilistici (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 6/2017;
- **T. FAJARDO**, *Soft-law*, in *Oxford Bibliographies*, 2014;

BIBLIOGRAFIA

- **G. FALCON**, *Le potestà normative regionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1979;
- **G. FALCON**, *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività*, Padova, 2017;
- **G. FALCON**, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2017;
- **E. FALETTI**, *La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza CoViD-19 in Italia*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19;
- **U. FASTENRATH**, *Relative Normativity in International Law*, in *European Journal of International Law*, 4, 1993;
- **L. FERRAJOLI**, *Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2013;
- **L. FERRAJOLI**, *Principia iuris*, vol. 1, Roma-Bari, 2007;
- **G. FERRARA**, *Il presidente di assemblea*, Milano, 1965;
- **M.R. FERRARESE**, *Soft-law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA, *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009;
- **C. FERRARI – M. AIROLDI**, *La disapplicazione del regolamento da parte del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998;
- **M. FERRARI**, *La rilevanza della sicurezza delle cure e della persona assistita nel quadro della responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 4/2017;
- **S. FERRERI**, *Tipologia*, in A. PIZZORUSSO – S. FERRERI, *Le fonti del diritto italiano*, vol. 1, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998;
- **M.J. FIELD – K.N. LOHR** (a cura di), *Guidelines for Clinical Practice: from development to use*, in *Institute of Medicine*, Washington DC, 1992;
- **F. FIGORILLI**, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996;

BIBLIOGRAFIA

- **A. FINK – J. KOSECOFF – M. CHASSIN – R.H. BROOK**, *Consensus methods: characteristics and guidelines for use*, in *American Journal of Public Health*, 1984;
- **E. FINZI**, *Le teorie degli istituti giuridici*, in *Rivista critica di scienze sociali*, 1914;
- **J.P. FITOUSSI**, *La democrazia e il mercato*, trad. it., Milano, 2004;
- **S. FOÀ**, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002;
- **C. FOCARELLI**, *Diritto internazionale*, Padova, 2012;
- **M. FOGLIA**, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2008;
- **P. FORTE**, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005;
- **F.G. FOWKES – C.J. ROBERTS**, *Introducing Guidelines into Clinical Practice. Effective Health Care*, 1984;
- **F. FRACCHIA – C. VIDETTA**, *La tecnica come potere*, in *Foro italiano*, III, 2000;
- **E.N. FRAGALE**, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?* in *Diritto pubblico*, 3/2018;
- **F. FRANCIARIO**, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, su *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **F. FRANCIARIO**, *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*;
- **C. FRANCHINI**, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/1988;
- **F. FRANCONI**, *International «soft-law»: a contemporary assessment*, in V. LOWE – M. FITZMAURICE (a cura di), *Fifty Years of the International Court of Jus. Rivista di scienze*

BIBLIOGRAFIA

- giuridichetice. *Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, 1996;
- **F. FRANCONI**, *International Soft-law. International assessment*, Oxford, 1996;
 - **F. FRANCONI**, *International Soft-law*, in V. LOWE – M. FITZMAURICE (a cura di), *Fifty Years of the International Court of Jus. Rivista di scienze giuridichetice*, Cambridge, 1996;
 - **M. FRANCK**, *Fairness in international Law and Institutions*, New York, 1995
 - **U. FRANGIPANE**, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it* – Osservatorio emergenza Covid-19;
 - **D.L. FRANKLIN**, *Legislative Rules, Nonlegislative Rules, and the Perils of the Short Cut*, in *Yale Law Journal*, 120, 2, 2010;
 - **M. FRANZONI**, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e responsabilità*, 3/2017;
 - **S.A. FREGO LUPPI**, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999;
 - **H. FRYKMAN – U. MÖRTH**, *Soft-law and Three Notions of Democracy*, in ID. (a cura di), *Soft-law in Governance and Regulation*, Cheltenham, 2004;
 - **W. FUNK**, *Legislating for non-legislative rules*, in *Administrative Law Review*, 2004;
 - **E. FURNO**, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, su *Federalismi.it*, 2/2017;
 - **A.R. GAGLIARDI – C. MARSHALL – S. HUCKSON – R. JAMES – V. MOORE**, *Developing a checklist for guideline implementation planning: review and synthesis of guideline development and implementation advice*, in *Implementation Science*, 10, 19, 2015;
 - **A. GALIANA SAURA**, *Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del Derecho*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21, 2010;

BIBLIOGRAFIA

- **D. GALLIANI**, *I sette anni di Napolitano*, Milano, 2013;
- **G. GANZ**, *Quasi-legislation: Recent Developments in Secondary Legislation*, Londra, 1987;
- **D.W. GARNICK – A.M. HENDRICKS – T.A. BRENNAN**, *Can Practice Guidelines Reduce the Number and Costs of Malpractice Claims?* in *Journal of the American Health Association*, Novembre 27, 266(20), 1991;
- **F. GARRÌ**, *Le circolari amministrative*, in *Amministrazione italiana*, 1972;
- **T. GARVEY**, *A Brief Overview of Rulemaking and Judicial Review*, in *Congressional Research Service Reports*, in *Congressional Research Service Papers*, 2017;
- **G.L. GATTA**, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistemapenale.it*;
- **M.P. GENESIN**, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009;
- **C. GENTILE**, *L'epidemia di Covid-19, la libertà di culto ed i rapporti Stato-Chiesa*, su *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **J. GERSON – E.A. POSNER**, *Soft-law: Lessons from Congressional Practice*, in *Stanford Law Review*, 573, 2008;
C.R. SUNSTEIN, *Interpreting Statutes in The Regulatory State*, in *Harvard Law Review*, 103, 2, 1989;
- **F. GHEZZI – G.D. PINI**, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cura*, disponibile agli indirizzi: <https://ssrn.com/abstract=2675716>;
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2675716>
- **L. GIANFORMAGGIO**, *Certezza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, II, Torino, 1988;

BIBLIOGRAFIA

- **L. GIANFORMAGGIO**, *Filosofia e critica del diritto*, Torino, 1995;
- **L. GIANI**, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002;
- **M.S. GIANNINI**, *Circolare* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960;
- **M.S. GIANNINI**, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1985;
- **M.S. GIANNINI**, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, ora in ID., *Scritti*, I, Milano, 2000;
- **M.S. GIANNINI**, *Pianificazione* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983
- **M.S. GIANNINI**, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, III, 1953;
- **M.S. GIANNINI**, *Regolamento (in generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988;
- **M.S. GIANNINI**, *Sui regolamenti ministeriali (a proposito degli ammassi dell'olio e dei vincoli dei prezzi)*, in *Foro Italiano*, I, 1950;
- **M.S. GIANNINI**, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1959;
- **L. GIANNITI – N. LUPO**, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2018;
- **T. GIARO**, *Dal soft-law moderno al soft-law antico*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009;
- **F. GIGLIONI**, *Manuale di diritto sanitario. Con espansione online*, Molfetta, 2018;
- **D. GIRARD**, *Le recours pour excès de pouvoir confronté au «droit souple»: il plie mais ne rompt pas!* in *Revue Générale du Droit*, 2016;

BIBLIOGRAFIA

- **D. GIROTTO**, *Parlamenti e diritto comunitario: gli atti parlamentari di indirizzo politico in Italia e in Francia*, su *Quaderni costituzionali*, 3/2002;
- **G.A. GIUFFRÈ**, *Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle linee guida dell’Anac*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2018;
- **N. GIUFFRÈ**, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, 25/2016;
- **T.F. GIUPPONI**, *La Corte dei conflitti, al crocevia tra giustizia e politica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3-2012;
- **T.F. GIUPPONI**, *La potestà regolamentare regionale*, in *Le Regioni*, 3/2004;
- **A. GIUSTI**, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007;
- **G. GOMETZ**, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008;
- **G. GÓMEZ – M. ISABEL**, *El soft-law come fuente del derecho extranacional*, Madrid, 2018;
- **P. GONOD**, *L’administracion et l’élaboration des normes*, in P. GONOD - F. MELLERAY - P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Parigi, 2011;
- **C. GRANELLI**, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?* in *I Contratti*, 4/2017;
- **G. GRASSO**, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006;
- **G. GRECO**, *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2013;
- **N. GRECO**, *L’indirizzo politico-amministrativo*, in *Il Politico*, 38, 2, 1973;

BIBLIOGRAFIA

- **T. GREENHALGH – J. HOWICK – N. MASKREY**, *Evidence based medicine: a movement in crisis?*, in *British Medical Journal*, 2014;
- **R. GRILLI – N. MAGRINI – A. PENNA – G. MURA – A. LIBERATI**, *Practice guidelines developed by specialty societies: the need for a critical appraisal*, in *The Lancet*, 355, 2000;
- **M.C. GRISOLIA**, *Il potere di indirizzo e coordinamento del Presidente del Consiglio*, in S. MERLINI (a cura di), *Indirizzo politico e collegialità del governo: miti e realtà del governo parlamentare italiano*, Torino, 2011;
- **T. GROPPI – A. SIMONCINI**, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Torino, 2019;
- **P. GROSSI**, *Premesse per uno studio sistematico delle fonti del diritto*, Torino, 2008;
- **G. GUARINO**, *Atti e poteri amministrativi*, in ID. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983;
- **G. GUARINO**, *L'amministrazione pubblica*, Milano, 1977;
- **G. GUARINO**, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro italiano*, I, 1953;
- **R. GUASTINI**, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA – P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993;
- **R. GUASTINI**, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI – P. SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2010;
- **E. GUICCIARDI**, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1937;
- **G. GUYATT – J. CAIRNS – D. CHURCHILL**, *Evidence-Based Medicine: A New Approach to Teaching the Practice of Medicine*, in *Journal of the American Medical Association*, 1992, 268(17), 2450;

BIBLIOGRAFIA

- **I. HACHEZ**, *Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft-law”*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010;
- **M.A. HALL**, *The Defensive Effect of Medical Practice Policies in Malpractice Litigation*, in *Law and Contemporary Problems*, 54, 119, n. 39, 1991;
- **G.F. HANDL – W.M. REISMAN – B. SIMMA – P.M. DUPUY – C. CHINKIN**, *A Hard Look at Soft-law*, in *American Society of International Law Proceedings*, 82, 1988;
- **A.S. HARTKAMP**, *The General Principles of EU Law and Private Law*, in *Id, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 75, Nijmegen, 2011;
- **M. HAURIOU**, *La Jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, II, Parigi, 1929;
- **M. HAURIOU**, *Police juridique et fond du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926;
- **C. HENEGAN – K.R. MAHTANI – B. GOLDACRE – F. GODLEE – H. MACDONALD – D. JARVIES**, *Evidence based medicine manifesto for better healthcare*, in *British Medical Journal*, 2017;
- **M.W. HESSELINK**, *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission*, in *Global Jurist*, 1, 1, 2001.
- **H. HILLGENBERG**, *A Fresh Look at Soft-law*, in *European Journal of International Law*, 1999;
- **T.C. HOFMANN – N. GEISLER**, *Non-state actors as new subjects of international law: international law - from the traditional state order towards the law of the global community: proceedings of an international symposium of the Kiel Walther-Schücking-Institute of International Law, March 25 to 28, 1998*, Berlino, 1999;

BIBLIOGRAFIA

- **T.C. HOFFMANN – V.M. MONTORI – C. DEL MAR**, *The connection between evidence-based medicine and shared decision making*, in *Journal of the American Medical Association*, 2014;
- **L. HORTON**, *Mutual Recognition Agreements and Harmonization*, in *Seton Hall University Reviews*, 29, 1998;
- **M. HOWLETT**, *Policy Instruments, Policy Styles and Policy Implementations - National Approaches to Theories of Instrument Choice*, in *Policy Studies Journal*, 19, 2, 1991;
- **D. IACOVELLI**, *I regolamenti nel disordine delle fonti*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche. Rivista di scienza giuridiche*, 2/2004;
- **D. IACOVELLI**, *Regolamenti e illegittimità*, Padova, 2007;
- **P. IANNONE – N. MONTANO – M. MINARDI – J. DOYLE – P. CAVAGNARO – A. CARTABELLOTTA**, *Wrong guidelines. Why and how often they occur*, in *Evidence Based Medicine*, 2017;
- **A. IANNUZZI**, *I regolamenti nella dottrina italiana tra ambiguità e sfiducia*, in *Diritto e società*, 2004;
- **A. IANNUZZI**, *La delegificazione statale e regionale*, in AA.VV., *La funzione legislativa oggi*, Atti del Convegno, Camerino, 2006;
- **A. IANNUZZI**, *Leggi “science-driven” e CoViD-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **C. INGENITO**, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019;
- **INTERNATIONAL LAW COMMISSION – MARTTI KOSKENNIEMI**, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi*, A/CN.4/L.682, 2006;

BIBLIOGRAFIA

- **J.P.A. IOANNIDIS**, *Why most clinical research is not useful*, in *Public Library of Science Medicine*, 2016;
- **G. IOTTI**, *La legge inglese sui sindacati e sui rapporti di lavoro del 1974*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 311, 1976;
- **V. ITALIA**, *Le linee guida dell'Anac per il codice dei contratti pubblici. Un primo bilancio*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1, 2017;
- **V. ITALIA**, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016;
- **V. ITALIA**, *Le situazioni giuridiche soggettive e le "linee guida"*, in *Giustamm.it*, 7, 2018
- **G. ITZCOVICH**, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006;
- **P. JACKSON – P. LEOPOLD**, *O. Hood Phillips and Jackson. Constitutional and Administrative Law*, Londra, 2001M
- **K. JACOBSSON**, *Soft Regulation and the Subtle Transformation of States*, in *Journal of European Social Policies*, 2004;
- **G. JELLINEK**, *L'Etat moderne et son droit*, Parigi, II, 1913;
- **A.C. JEMOLO**, *Istituto giuridico*, in *Enciclopedia italiana*, 1933;
- **P. JOHN**, *Nudge, nudge, think, think: experimenting with ways to change civic behaviour*, Londra-New York, 2011;
- **O. KAHN-FREUND**, *Legal Framework*, in A. FLANDERS – H. CLEGG (a cura di), *The System of Industrial Relations in Great Britain*, Oxford, 1954;
- **D. KAPUR – J. LEWIS – R. WEBB**, *The World Bank: Its First Half Century*, Washington, 1997;
- **M.E. KARNS – K.A. MINGST**, *International Organizations. The politics and process of global governance*, Boulder, 2004;
- **H. KELSEN**, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1970;
- **B. KINGSBURY - L. CASINI**, *Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law*, in *International Organizations Law Review*, 6, 2009;

BIBLIOGRAFIA

- **J.J. KIRTON – M.J. TREBILCOCK** (a cura di), *Hard Choices, Soft-law*, Aldershot, 2004;
- **H.H. KOH**, *International Law as Part of Our Law*, in *American Journal of International Law*, 98, 1, 2004;
- **N.M. KORNUKOV**, *General Theory of Law*, Cornell, 1909;
- **J. KUNG – R.R. MILLER – P.A. MACKOWIAK**, *Failure of clinical practice guidelines to meet Institute of Medicine Standards*, in *Archives of Internal Medicine*, 2012;
- **A. LA SPINA – G. MAJONE** (a cura di), *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000;
- **S. LABRIOLA** (a cura di), *Le autorità indipendenti*, Milano, 1999;
- **O. LANDO - H. BEALE**, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Londra, 2000;
- **C LANZA**, *De Francisci, Pietro*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 36, 1988;
- **V. LASSERRE**, *Les directives européennes*, in R.M. KIESOW – D. SIMON (a cura di), *Vorzimmer des Rechts*, Francoforte sul Meno, 2006;
- **A. LAURO**, *Urgenza e legalità ai tempi del CoViD-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*; tutti in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **C. LAVAGNA**, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e ministri*, Roma, 1942;
- **B. LAVERGNE**, *Recherche sur la soft-law en droit public francais*, Tolosa, 2011
- **P. LAZZARA**, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001;
- **U. LEANZA**, *Il diritto internazionale*, Torino, 2002;
- **V.A. LEARY – D. WARNER** (a cura di), *Social issues, Globalisation and International Institutions*, Leiden, 2005;

BIBLIOGRAFIA

- **F. LEDDA**, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987;
- **K. LEIPOLD - J. KLEMOW - F. HOLLOWAY - K. VAIDYA**, *The World Bank e-Procurement for the Selection of Consultants: Challenges and Lessons Learned*, in *Journal of Public Procurement*, 4, 3, 2004, p. 319;
- **W. LEISNER**, *La funzione governativa di politica estera e la separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/3-1960;
- **B. LEITER**, *Legal Indeterminacy*, in *Legal Theory*, 1, 1995;
- **S. LICCIARDELLO**, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **N. LIPARI**, *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006;
- **M. LIPARI**, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'Anac nei settori speciali*, in *Giustamm.it*, 2, 2018;
- **N. LIPARI**, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008;
- **B. LIUZZI**, *Sulla nozione di atto di Governo*, in *Foro amministrativo*, 1927;
- **N. LONGOBARDI**, *Amministrazioni indipendenti e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1993;
- **N. LONGOBARDI**, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Bologna, 2009;
- **N. LONGOBARDI**, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche: l'Autorità nazionale anticorruzione*, in *giustamm.it*, 5/2016.
- **F. LÓPEZ DE ONATE**, *La certezza del diritto*, Milano, 1968;
- **L. LORELLO**, *La legge finanziaria e gli equilibri della forma di governo in Italia*, in S. PAJNO – G. VERDE (a cura di), *Studi sulle*

fonti del diritto – Le relazioni tra Parlamento e Governo, Milano, 2010;

- **G. LORENZI**, *La certezza del diritto*, in *Foro Italiano*, IV, 1956;
- **V. LOPILATO**, *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo*, Milano, 2007;
- **M.G. LOSANO**, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 2005;
- **S. LUBBERS**, *A guide to Federal Agency Rulemaking*, Chicago, 2012;
- **A. LUCARELLI**, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Padova, 1995;
- **M. LUCIANI**, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020;
- **R. LUCIFREDI**, *Elementi di Diritto pubblico. Premessa una parte introduttiva «Principii generali del Diritto»*, Roma, 1983;
- **R. LUCIFREDI**, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino*, Milano, 1952;
- **R. LUCIFREDI**, *Osservazioni sull'efficacia delle circolari amministrative*, in *Rassegna di diritto pubblico*, II, 1947;
- **N. LUPO**, *“Dal regolamento alla legge”. Semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?*, in *Diritto e società*, 2006;
- **N. LUPO**, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003;
- **N. LUPO**, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2012.

BIBLIOGRAFIA

- **N. LUPO**, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in *Amministrazione in cammino*, 2010;
- **N. LUPO**, *La potestà regolamentare del governo dopo il nuovo Titolo V della Costituzione: sui primi effetti di una disposizione controversa*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, 2003;
- **N. LUPO**, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2011;
- **N. LUPO**, *Normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, 3/2017;
- **L. LUVOIS FULLER**, *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, ed. italiana a cura di A. Porciello, Pisa, 2016.
- **S. MABELLINI**, *Osservazioni in tema di regolamenti statali di delegificazione nelle materie regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2001;
- **L.A. MACAREL**, *Cours de droit administratif*, Parigi, I, 30, 1859;
- **H. MACCORNICK**, *Legal Rules and Legal Reasoning*, Oxford, 1978;
- **P. MALANCZUK**, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, New York, 1997;
- **M. MALO**, *L'esercizio dei poteri regolamentari negli ordinamenti regionali: riflessioni sulla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2/1991.
- **B. MAMELI**, *La successione delle fonti atipiche del Governo e il principio del contrarius actus*, in *Giurisprudenza italiana*, XI, 2012;
- **L. MANCINI**, *La colpa nella responsabilità civile*, Milano, 2015;
- **M. MANETTI**, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1997;

BIBLIOGRAFIA

- **M. MANETTI**, *Fonti senza forma e presunto soft-law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, su *DirittiFondamentali.it*, 1/2020;
- **M. MANETTI**, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994;
- **R. MANFRELOTTI**, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Torino, 2012;
- **R. MANFRELOTTI**, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004;
- **A. MANNINO – S. CURRERI**, *Diritto parlamentare*, Milano, 2019;
- **A. MANZELLA**, *La funzione di controllo*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti. Annuario 2000. Il Parlamento*, Padova, 2001;
- **V. MARCENÒ**, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto normativo tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2011;
- **B. MARCHETTI**, *Su Rule of law e legalità globale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020;
- **C. MARGO**, *Quality Care and Practice Variation: The Roles of Practice Guidelines and Public Profiles. Survey of Ophthalmology*, 2004;
- **F.S. MARINI**, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **M. MARINO**, *In tema di natura ed efficacia delle circolari amministrative*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2, 1970;
- **H.M. MARKS**, *Until the Sun of Scienza... the True Apollo of Medicine Has Risen: Collective Investigation in Britain and America, 1880-1910*, in *Medical History*, 2006;
- **F. MARONE**, *L'atipicità dei poteri di regolazione dell'Anac nelle linee guida sugli obblighi di trasparenza della p.a.*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2017;

BIBLIOGRAFIA

- **F. MARONE**, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico.*, 3/2017;
- **G. MARONGIU**, *Il riordinamento dell'amministrazione pubblica*, Milano, 1974;
- **G. MARONGIU**, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, 1988;
- **T. MARTINES – G. SILVESTRI – C. DECARO – V. LIPPOLIS – P. MORETTI**, *Diritto parlamentare*, Milano, 1992;
- **T. MARTINES**, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957;
- **T. MARTINES**, *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Milano, 1987;
- **T. MARTINES**, *Indirizzo politico* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971;
- **T. MARTINES**, *Note sul procedimento di formazione delle fonti del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Milano, 1987;
- **M. MARTINO**, *La direttiva nell'ordinamento giuridico*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 19-20, 1989;
- **L. MARUOTTI**, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2010;
- **N. MARZONA**, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, Bologna, 1996;
- **N. MARZONA**, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996;
- **C. MARZUOLI**, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985;
- **C.M. MASIERI**, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla Legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019;

BIBLIOGRAFIA

- **M. MASSA**, *Regolamenti amministrativi e processo*, Napoli, 2011;
- **R. MASTROIANNI – G. STROZZI**, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2019;
- **J.H. MATHIS**, *Mutual Recognition Agreements. Transatlantic Parties and Limits to Non-tariff Barrier Regionalism in WTO*, in *Journal of World Trade*, 32, 6, 1998;
- **B.G. MATTARELLA**, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011;
- **U. MATTEI**, *Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988;
- **L. MATTINA**, “Legge Balduzzi”: natura della responsabilità civile del medico, in *Danno e responsabilità*, 6, 2014;
- **F. MAUPAIN**, *La “valeur ajoutée” de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux pour la cohérence et l’efficacité de l’action normative de l’OIT*, in I. DAUGAREILH (a cura di), *Mondialisation travail et droits fondamentaux*, Parigi, 2005;
- **J. MAYER**, *The Concept of the Right to Work in International Standards and the Legislation of ILO Member States*, in *International Labour Review*, 124, 225, 1985;
- **A. MAZUELOS**, *Soft-law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, 2004;
- **M. MAZZAMUTO**, *L’Allegato E e l’infausto mito della giurisdizione unica tra ideologia ed effettività della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2/2017.
- **M. MAZZAMUTO**, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 4/2015;
- **M. MAZZAMUTO**, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000;
- **S. MAZZAMUTO**, *Diritto privato europeo*, in S. MARTUCCELLI – V. PESCATORE (a cura di), *Dizionario di diritto civile*, a sua volta

BIBLIOGRAFIA

- in N. IRTI (diretta da), *Dizionari del diritto privato* (collana), Milano, 2011;
- **V. MAZZARELLI**, *Passato e presente delle pianificazioni*, disponibile su *Pausania.it*, 2008;
 - **V. MAZZARELLI**, *Urbanistica e pianificazione territoriale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano, 2003;
 - **L.A. MAZZAROLLI**, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, disponibile, a sua volta, su *Federalismi.it* – Osservatorio emergenza Covid-19;
 - **I. MAZZEO – L. DE PAULI**, *Le linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2018;
 - **M. MAZZIOTTI DI CELSO**, *Norma giuridica* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, XXI, 1990;
 - **C.L. MCNEELY**, *The Nation-State. International Organization and Prescriptive Action*, Londra, 1995;
 - **A. MEALE**, *La funzione regolamentare nel sistema dei poteri*, Bari, 2000;
 - **L. MEDINA ALCOZ**, *La participación de los entes locales en la elaboración de normas autonómicas y statale*, Madrid, 2009;
 - **G. MELIS**, *La dirigenza pubblica in Italia: anello di congiunzione tra politica e amministrazione*, in *Scienza e politica*, 26, 2014.
 - **G. MENEGATTO**, *Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
 - **P. MERCADO**, *Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del Derecho*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46, 2012.

BIBLIOGRAFIA

- **S. MERLINI**, (a cura di), *Indirizzo politico e collegialità del Governo: miti e realtà nel Governo parlamentare italiano*, Torino, 2011;
- **F. MERLONI**, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1/2009;
- **F. MERUSI**, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011;
- **F. MERUSI**, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000;
- **F. MERUSI**, *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972;
- **F. MERUSI**, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965;
- **F. MERUSI – S. ANTONIAZZI** (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017;
- **F. MERUSI – M. CLARICH**, *Direttiva* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989;
- **L. MICHOD**, *Des actes de gouvernement*, in *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, Parigi, 1899;
- **M. MIDIRI**, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Rivista AIC*, 3/2015;
- **M. MIDIRI**, *I rapporti tra politica e amministrazione nella giurisprudenza costituzionale e la riforma della dirigenza*, in *Il diritto dell'economia*, 3-4/2009;
- **F. MIGLIARESE TAMBURINO**, *Il coordinamento nell'evoluzione dell'attività amministrativa*, Padova, 1979;
- **P. MILAZZO**, *I processi di programmazione e i livelli di pianificazione dell'amministrazione*, in G. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e prospettive. Approfondimenti sistematici e interdisciplinari*, Napoli, 2010;

BIBLIOGRAFIA

- **G. MINGARDO**, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **G. MOCAVINI**, *Decreti-legge, delegificazione e attribuzione di potere regolamentare al Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016;
- **F. MODUGNO**, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973;
- **F. MODUGNO – A. CELOTTO**, *Un “non regolamento” statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2003;
- **F. MODUGNO – D. NOCILLA**, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1989;
- **G. MOINI**, *Amministrazioni indipendenti e nuove forme di regolazione pubblica*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1999;
- **A. MONACO**, *Concerto (atti di)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961;
- **D. MONE**, *Il regolamento indipendente regionale tra unità e pluralismo delle fonti*, in *Politica del diritto*, 2/2003;
- **V.M. MONTORI – G.H. GUYATT**, *Corruption of the evidence as threat and opportunity for evidence-based medicine*, in *Harvard Health Policy Review*, 2007;
- **G. MORBIDELLI**, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 1-2/2016;
- **G. MORBIDELLI**, *Il potere regolamentare di Isvap dopo il Codice delle assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, Milano, 2007;
- **G. MORBIDELLI**, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005;

BIBLIOGRAFIA

- **G. MORBIDELLI**, *Il Tar Lazio e gli atti amministrativi generali*, in A. AMOROSINO – G. MORBIDELLI – M. MORISI (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia*, Torino, 2002;
- **G. MORBIDELLI**, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa (ovvero del conflitto tra il principio di gerarchia delle fonti e il principio dispositivo)*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999;
- **G. MORBIDELLI**, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 3/2016.
- **G. MORBIDELLI**, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI, *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997;
- **G. MORELLI**, *Nozioni di Diritto Internazionale*, Padova, 1967;
- **R. MORETTI**, *Attività informative, di ispezione, di indirizzo e di controllo*, in T. MARTINES – G. SILVESTRI – C. DE CARO – V. LIPPOLIS – R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, Milano, 2005;
- **S. MORETTINI**, *Il soft-law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio AIR*, 4/2011;
- **A. MORRONE**, *Fonti normative*, Bologna, 2018;
- **A. MORRONE**, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, su *Quaderni costituzionali*, 2/2013;
- **A. MORRONE**, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, su *Quaderni costituzionali*, 1/2018;
- **C. MORTATI**, *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi (a proposito dei regolamenti "liberi" posteriori ed anteriori alla Costituzione)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970;
- **C. MORTATI**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975;
- **C. MORTATI**, *L'ordinamento del Governo nel novo diritto pubblico italiano*, Milano, 2000;

BIBLIOGRAFIA

- **C. MORTATI**, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941;
- **U. MÖRTH**, *Conclusion*, in ID. (a cura di), *Soft-law in Governance and Retulation*, Cheltenham, 2004;
- **A. MOSCARINI**, *Sui decreti del Governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2008;
- **P. MOSCONI – F. ALOE – G. BRUNO – P. NITTI – N. CROTTI – C. ROSSI**, *The patient's point of view. Results of the Working Group on sociopsychological implications of follow-up*, in *Annals of Oncology*, 1995;
- **E. MOSTACCI**, *La soft-law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008;
- **I. MUIR – M. BRANDI-DOHRN – S. GRUBER**, *European Patent Law. Law and Procedure under the EPC and PCT*, Oxford, 2002;
- **R. MULGAN**, *"Accountability": An Ever-Expanding Concept?*, in *Public Administration*, 78, 3, 2000;
- **F. MULLAN – I. JACOBY**, *The Town Meeting for Technology: The Maturation of Consensus Conferences*, in *Journal of the American Medical Association*, 1985;
- **F. MÜNCH**, *Non-Binding Agreements*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 1984;
- **L. MURA**, *Il diritto internazionale privato italiano nei rapporti con il diritto internazionale, europeo e straniero*, Torino, 2012;
- **A. MUSUMECI**, *La legge finanziaria*, Torino, 2001;
- **A. NATALINI**, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, 2002;
- **V. NERI**, *Disapplicazione Linee Guida ANAC davanti al giudice amministrativo e rilevanza penale della loro violazione*, su *Urbanistica e Appalti*, 2/2018;
- **F. NEUMANN**, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973;

BIBLIOGRAFIA

- **F. NEUMANN – J.D. GOLDSTEIN – M.A. CIRULLO – J.S. SCHWARTZ**, *Durability of class I American College of Cardiology/American Heart Association clinical practice guideline recommendations*, in *Journal of American Medical Association*, 311, 20, 2014;
- **S. NICODEMO**, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002;
- **I.A. NICOTRA**, *L’Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *L’Autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016;
- **I.A. NICOTRA**, *L’Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016;
- **M. NIGRO**, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell’)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988;
- **M. NIGRO**, *Lineamenti generali dell’azione dei pubblici poteri*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984;
- **M. NIGRO**, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966;
- **M. NOCELLI**, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **L. NOCCO**, *Le linee guida e le “buone pratiche accreditata dalla comunità scientifica” nella “legge Balduzzi”: un opportuno strumento di “soft-law” o un incentivo alla medicina difensiva*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2/2013;
- **V.D. NORMAN**, *EFTA and the internal European market*, in *Economic Policy*, 4, 9, 1989;
- **C. OFFE**, *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Milano, 1977;
- **F. OLGIATI**, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, 1943;

BIBLIOGRAFIA

- **V.E. ORLANDO**, *La giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Primo Trattato Completo di Diritto amministrativo*, III, Milano, 1952;
- **V.E. ORLANDO**, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1910;
- **F. OST – M. VAN DE KERCHOVE**, *De la pyramide au roseau?*, in *Revue internationale d'études juridiques*, 2000;
- **F. OST – M. VAN DE KERCHOVE**, *De la pyramide au roseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002;
- **F. OST – M. VAN DE KERCHOVE**, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Parigi, 1988,
- **A. PACE**, *I ridotti limiti della potestà normativa del governo nella l. n. 400 del 1988*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1988;
- **C. PADULA**, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Diritto pubblico*, 1-2/2010;
- **R. PALÁ LAGUNA**, *Soft-law, moral suasion y autorregulación, ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?*, in *Nul: estudios sobres invalidez e ineficacia*, 1/2010;
- **L. PALADIN**, *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1996;
- **L. PALADIN**, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958;
- **L. PALADIN**, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996;
- **E. PALICI DI SUNI**, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Milano, 1988;
- **A. PALMA**, *Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **A. PALMIERI**, *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Questione giustizia*, 1/2018;
- **G. PALOMBELLA**, *É possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012;

BIBLIOGRAFIA

- **M. PANEBIANCO**, *La Carta europea dei diritti nel soft-law costituzionale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2001;
- **P. PANTALONE**, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2019;
- **C. PANZERA**, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013;
- **N. PAOLANTONIO**, *Tipicità della determinazione amministrativa e fonti*, in *P.A., Persona e amministrazione*, 1/2018;
- **N. PAOLANTONIO**, *Tipicità della determinazione amministrativa e fonti*, in *P.A., persona e amministrazione*, 1/2018;
- **N. PAPPALARDO**, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1932;
- **S. PARISI**, *La gerarchia delle fonti. Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli, 2012;
- **C. PARRY**, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, 1965;
- **G. PASQUINO**, *Deficit democratico*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 3/2012;
- **M. PASSALACQUA**, *Soft-law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, Milano, 2017;
- **B. PASTORE**, *Il soft-law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009;
- **F. PATRONI GRIFFI**, *Codificazione, delegificazione, semplificazione: il programma del governo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2000;
- **F. PATRONI GRIFFI**, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in *La Revue administrative*, 52, 8, 1999;

BIBLIOGRAFIA

- **F. PATRONI GRIFFI**, *La “fabbrica delle leggi” e la qualità della normazione in Italia*, in *Diritto amministrativo*, 8/2000;
- **A. PAVAN - E. REGINATO**, *Programmazione e controllo nelle Amministrazioni pubbliche. Gestione per obiettivi e contabilità integrata*, Milano, 2012;
- **P. PAVLOPOULOS**, *La directive en droit administrative*, Parigi, 1978
- **F. PELLIZZER**, *La programmazione e la progettazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017;
- **A. PERA**, *Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza*, in *Mercato, Concorrenza Regole*, 2/2002;
- **R. PEREZ**, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1996;
- **U. PERFETTI**, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, in *Giustizia civile*, 2/2018;
- **G. PERICU**, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, entrambi in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1996;
- **J.M. PERILLO**, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: the Black Letter Text and a Review*, in *Fordham Law Review*, 63, 1994;
- **S. PERRY**, *The NIH Consensus Development Program. A Decade Later*, in *New England Journal of Medicine*, 1987;
- **A. PETERS**, *Soft-law as New Mode of Governance*, in U. DIEDRICHS – W. REINERS – W. WESSELS (a cura di), *The Dynamics of Change in EU Governance*, Cheltenham, 2011;
- **A. PETERS – I. PAGOTTO**, *Soft-law as a New Mode of Governance: a Legal Perspective*, in *NEWGOV: New Modes of Governance*, 2006;

BIBLIOGRAFIA

- **M. PIACENTINI**, *Le circolari come fonti di diritto obiettivo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 2, 1941;
- **P. PICCIALLI**, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in *Contratto e impresa*, 3/2015;
- **E. PICOZZA**, *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Il Corriere giuridico*, 26(5), 2009;
- **E. PICOZZA**, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988;
- **C. PINELLI**, *Art. 97 1° comma, parte II Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994;
- **C. PINELLI**, *Art. 97, 2° comma Cost.* e in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994;
- **C. PINELLI**, *Le regole sulla qualità della regolazione e il principio di sussidiarietà*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000;
- **C. PINELLI**, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016;
- **P. PINNA**, *L'errata distinzione tra l'indirizzo politico e le garanzie costituzionale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 11/2011;
- **G. PINO**, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2/2018;
- **A. PIROZZOLI**, *Il potere di influenza degli organi di garanzia costituzionale*, Napoli, 2013;
- **A. PIROZZOLI**, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, 23/2017;
- **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;

BIBLIOGRAFIA

- **A. PIZZORUSSO**, *Delle fonti del diritto*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 2011;
- **A. PIZZORUSSO**, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008;
- **A. PIZZORUSSO**, *Le fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011;
- **A. PIZZORUSSO**, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di Governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1986;
- **A. PIZZORUSSO – S. FERRERI**, *Le fonti del diritto italiano. 1. Le fonti scritte*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998-1999;
- **A. POGGI**, *Soft-law nell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, 2007;
- **A. POLICE**, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007;
- **F. POLITI**, *Decreto ministeriale*, in *Enciclopedia del diritto*, agg., V, Milano;
- **F. POLITI**, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;
- **M. POLO**, *Le Autorità indipendenti: un'analisi economica e una proposta di riordino*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2/2002
- **B. PONTI**, *La nozione di indipendenza nel diritto pubblico come condizione del funzionario*, in *Diritto pubblico*, 1/2006;
- **G. PONZANELLI**, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli*, in *Contratto e impresa*, 2/2017;
- **E.A. POSNER – A. VERMEULE**, *Interring the Nondelegation Doctrine*, in *Chicago Unbound – Journal Articles*, 2002;
- **U. POTOTSCHNIG**, *Art. 97 3° comma, sezione II Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994;

BIBLIOGRAFIA

- **A. PREDIERI**, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, IV, Modena, 1996.
- **A. PREDIERI**, *Mediazione e indirizzo politico nel Parlamento italiano*, in *Rivista italiana di Scienza politica*, 5(3), 1975;
- **A. PREDIERI**, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963;
- **E. PRESUTTI**, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1910;
- **S. PRISCO - F. ABBONDANTE**, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **L. PROSPERETTI**, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato, Concorrenza Regole*, 2/2008;
- **A. PRZEWORSKI – S.C. STOKES – B. MANIN** (a cura di), *Democracy, Accountability and Representation*, Cambridge, 1999;
- **A. PUBUSA**, *Considerazioni sulla potestà regolamentare regionale*, in *Le Regioni*, 3/1986;
- **G. PUCCINI**, *La potestà regolamentare del Governo nell'esperienza italiana: osservazioni e spunti critici sugli sviluppi del dibattito scientifico*, in P. CARETTI – U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1991;
- **W.A. PUTMAN**, *Legal Research, Analysis and Writing*, New York, 2009;
- **A. QUASEEM – F. FORLAND – F. MACBETH – G. OLLENSCHLÄGER – S. PHILLIPS – P. VAN DER WEES**, *Guidelines International Network: Toward International Standards for Clinical Practice Guidelines*, in *Annals of Internal Medicine*, 2012;

BIBLIOGRAFIA

- **E. RAFFIOTTA**, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020.
- **L. RAGGI**, *Il potere discrezionale e la facoltà regolamentare*, Milano, 1923;
- **R. RAGGI**, *Le circolari come norme giuridiche*, in *Rivista di diritto finanziario*, 2, 1954
- **M. RAMAJOLI**, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 2016;
- **M. RAMAJOLI**, *Diritto amministrativo e postmodernità* in R.E. KOSTORIS, *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016;
- **M. RAMAJOLI**, *Pretesa precettività e flessibilità delle linee guida ANAC*, in F. LIGUORI - S. TUCCILLO (a cura di), *I contratti pubblici in trasformazione. Discussione e problemi*, Napoli, 2018;
- **M. RAMAJOLI**, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016;
- **M. RAMAJOLI**, *Soft-law e ordinamento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 1/2017;
- **M. RAMAJOLI – B. TONOLETTI**, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 1-2/2013;
- **M. RAMA-MONTALDO**, *Interanational Legal Personality and Implied Powers of International Organizations*, in *British Yearbook of International Law*, 44, 111, 1970;
- **O. RANELLETTI**, *Attività amministrativa e attività tecnica della pubblica amministrazione*, in *Rivista della Corte dei conti*, I, 1911, ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992;

BIBLIOGRAFIA

- **O. RANELLETTI**, *La potestà legislativa del Governo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926;
- **O. RANELLETTI**, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937;
- **O. RANELLETTI**, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912;
- **N. RANGONE**, *Le programmazioni – L'intervento pubblico in economia tra piani e regolazioni*, Bologna, 2007;
- **K. RAUSTIALA**, *The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, in *Virginia Journal of International Law Association*, 43, 1, 2002;
- **A. RAVÀ**, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911;
- **R. RAVÌ PINTO**, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **J. RAY**, *Essai sur la structure logique du code civil français*, Parigi, 1926;
- **C.M. REALE**, *La dimensione costituzionale dell'emergenza: come l'epidemia moltiplica le diseguaglianze*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **R.B. REICH**, *Supercapitalismo. Come cambia l'economia globale e i rischi per la democrazia*, trad. it, Roma, 2008;
- **A. REINISCH**, *The Changing International Legal Framework for Dealing with Non- state actors*, in P. ALSTON (a cura di), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, 2009;
- **G. REPETTO**, *Appunti per uno studio sui rapporti tra garanzie costituzionali e indirizzo politico nell'esperienza repubblicana*, in *Diritto pubblico*, 3/2018;
- **G.U. RESCIGNO**, *Atti normativi e atti non normativi. Riflessioni suggerite dalla sent. n. 591 del 1998 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1988;
- **G.U. RESCIGNO**, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1979;

BIBLIOGRAFIA

- **G.U. RESCIGNO**, *Forma e contenuto di regolamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1993;
- **G.U. RESCIGNO**, *Il nome proprio degli atti normativi e la l. n. 400 del 1988*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1988;
- **G.U. RESCIGNO**, *L'atto normativo*, Bologna, 1998
- **G.U. RESCIGNO**, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, 3/2002;
- **M. RIDOLFI**, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in *Rivista italiana di public management*, II, 1, 2019;
- **E. RIGHI**, *Atti di indirizzo politico delle assemblee di tipo parlamentare: mozione, risoluzione e ordine del giorno: differenze. Analisi per una prospettiva di revisione del regolamento del Consiglio regionale della Toscana*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 21, 2007;
- **A. RIVIEZZO**, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, su *Quaderni costituzionali*, 2/2005;
- **G. RIZZA**, *Intese, diritto pubblico*, in *Enciclopedia giuridica*, XVII, 1989;
- **L. RIZZI**, *Il problema della legittimazione democratica in Kelsen e Rousseau*, in *Il Politico*, 57, 2, 1992;
- **S. RODOTÀ**, *Diritto, scienza e tecnologia*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004;
- **S. RODOTÀ**, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999;
- **J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO**, *Metodología del Derecho Administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, 2015;
- **R. ROFFI**, *Concerto e intesa nell'attività amministrativa: spunti ricostruttivi*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/1988;
- **R. ROLLI**, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005;

BIBLIOGRAFIA

- **A. ROMANO**, *In tema di circolari amministrative*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2, 1959;
- **A. ROMANO TASSONE**, *La normazione secondaria*, in L.A. MAZZAROLLI – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993;
- **M.C. ROMANO**, *Atti amministrativi generali*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;
- **S. ROMANO**, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918;
- **J.T. ROMANS**, *Moral Suasion as an Instrument of Economic Policy*, in *The American Economic Review*, 56, 5, 1966;
- **V. ROPPO**, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Politica del diritto*, 1/2000;
- **P. ROSANVALLON**, *La legittimità democratica*, Torino, 2015;
- **W.W. ROSSER – D. DAVIS – E. GILBART – GUIDELINE ADVISORY COMMITTEE**, *Assessing Guidelines for Use in Family Practice*, in *The Journal of Family Practice*, 2001, 50(11);
- **J. ROSSER MATTHEWS**, *Practice Guidelines and Tort Reform: the Legal System confronts the Technocratic Wish*, in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 24, 275, 1999;
- **M. ROSSETTI**, *La responsabilità del medico*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013;
- **L.S. ROSSI**, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2002;
- **A. ROTA**, *La tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità*, in *Aedon*, 3/2002;
- **M. ROULAND**, *La normalisation technique (instrument de concurrence à la loi*, in E. CLAUDEL – B. THULLIER (a cura di), *Le droit mou, une concurrence faite à la loi*, Parigi, 2004;
- **F.A. ROVERSI MONACO**, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Padova, 1970;

BIBLIOGRAFIA

- **M. ROVERSI MONACO**, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020;
- **A. RUBIO CASTRO**, *Los efectos jurídicos del soft-law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, 2014:
- **F. RUBIO LLORENTE**, *Fuentes del Derecho*, in M. ARAGÓN REYES (a cura di), *Temas básicos de. Derecho Constitucional*, 1, Madrid, 2000
- **M.L. RUFFINI GANDOLFI**, *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi*, in *Giustizia civile*, II, 7-8, 2013;
- **P. RUFFINI – P. MASTROGIUSEPPE**, *Regole e regolamenti di organizzazione nelle amministrazioni pubbliche*, Soveria Mannelli, 2003;
- **A. RUGGERI**, *Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973;
- **A. RUGGERI**, “Fluidità” dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi di inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione), in *Diritto pubblico*, 2/2000.
- **A. RUGGERI**, *Cedevolezza, autonomia regolamentare e composizione delle fonti in sistema*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2007;
- **A. RUGGERI**, *Gli “effetti politici” delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi*, su *Consulta online*, 2014;
- **A. RUGGERI**, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2002;
- **M.A. RUSSO**, *Le autorità amministrative indipendenti e, in particolare, i loro poteri regolamentari*, in *Diritto & Formazione*, 12/2002;

BIBLIOGRAFIA

- **F. RUTTEN – W. BROUWER – L. NIESSEN**, *Practice guidelines based on clinical and economic evidence*, in *European Journal of Health Economics*, 6, 91, 2005;
- **A. SAITTA**, *Le conseguenze politiche delle decisioni della Corte costituzionale nei conflitti tra poteri dello Stato*, su *Quaderni costituzionali*, 4/2014;
- **F. SAITTA**, *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Padova, 2016;
- **G. SALEMI**, *Le circolari amministrative*, Palermo, 1913;
- **F. SALERNO**, *Globalizzazione e certezza del diritto*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Milano, 2002;
- **G.M. SALERNO**, *Alcune riflessioni sulla nuova costituzione finanziaria della Repubblica*, in *Federalismo Fiscale*, 2007;
- **G.M. SALERNO**, *Presidente della Repubblica, evoluzione, criticità e prospettive*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011;
- **M.F. SALMONI**, *Le norme tecniche*, Milano, 2001;
- **M. SALVATI**, *Capitalismo, mercato e democrazia*, Bologna, 2009;
- **F. SALVIA**, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1992;
- **M. SÁNCHEZ MORÓN**, *Derecho administrativo parte general*, Madrid, 2012;
- **M. SÁNCHEZ MORÓN**, *La autonomía local, antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, 1990;
- **A. SANDULLI**, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- **A. SANDULLI**, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/1997;
- **A. SANDULLI**, *La semplificazione amministrativa*, in G. VESPERINI (a cura di), *I Governi del maggioritario*, Roma, 1998;

BIBLIOGRAFIA

- **A.M. SANDULLI**, *Governo e amministrazione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990;
- **A.M. SANDULLI**, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Il Foro Italiano*, IV, 1958;
- **A.M. SANDULLI**, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989;
- **A.M. SANDULLI**, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro Italiano*, X, 1954;
- **A.M. SANDULLI**, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970;
- **M. SANINO**, *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti ad oltre vent'anni dalla loro istituzione*, Padova, 2015;
- **H. SANTAELLA QUINTERO**, *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la tecnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia juridica administrativa*, in *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 5, 2011;
- **G. SANTANIELLO**, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963;
- **S. SANTOLI**, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2003;
- **R. SAPIENZA**, *Elementi di diritto internazionale*, Torino, 2002;
- **D. SARMIENTO**, *El soft-law administrativo. Un estudio de los efectos juridicos de las normas no vinculantes de la Administraciòn*, Cizur Menor, 2008, *passim*.
- **D. SARMIENTO**, *La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft-law*, in *Cuadernos de Derecho Pùblico*, 28, 2006;
- **F. SATTA**, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Milano, 1969;

BIBLIOGRAFIA

- **P.F. SAVONA**, *In limine juris. La genesi extra ordinem della giuridicità e il sentimento del diritto*, Napoli, 2005;
- **G. SCACCIA**, *Presupposti per l'attuazione in via sussidiaria della funzione legislativa ed esercizio della funzione regolamentare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2005;
- **V. SCARPA**, *Emergenza sanitaria CoViD-19: possibili derive corruttive degli impianti derogatori in materia di appalti pubblici*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **O. SCHACHTE**, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, in *American Journal of International Law*, 1977;
- **A. SCHEDLER**, *Conceptualizing Accountability*, in A. SCHEDLER – L. DIAMOND – M.F. PLATTNER, *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, London, 1999;
- **R. SCHIAVINA**, *Le circolari e le istruzioni amministrative*, Firenze, 1965;
- **E. SCHLABS**, *The Problem with Delegation*, in *The Regulation Review*, Dicembre, 2, 2015;
- **T. SCHLICH**, *The Art and Science of Surgery: Innovation and Concepts of Medical Practice in Operative Fracture Care, 1960s-1970s*, in *Science, Technology and Human Values*, 2007;
- **E. SCHMIDT ASSMAN**, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tubinga, 2013;
- **R. SCHULZE – R. ZIMMERMANN**, *Testi fondamentali di diritto privato europeo*, Milano, 2001;
- **G. SCIULLO**, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (Profili generali)*, Milano, 1993;
- **F.G. COCA** (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017;
- **F.G. COCA**, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014;

BIBLIOGRAFIA

- **F.G. COCA**, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2000;
- **F.G. COCA**, *Le amministrazioni indipendenti*, in L.A. MAZZAROLLI – G. PERICU – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001.
- **C. SCOGNAMIGLIO**, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corriere giuridico*, 6/ 2017;
- **B. SEILLER**, *La recevabilité des recours contre les actes composant le droit souple*, in *Gazette du Palais*, 22, 2016;
- **B. SEILLER**, *Le contrôle du juge administratif sur les actes composant le droit souple*; in *Gazette du Palais*, 22, 2016
- **L. SENDEN**, *Soft-law in European Community Law*, Oxford, 2004;
- **O. SEPE**, *Atto normativo ed atto amministrativo generale*, in *Studi in onore di Ferdinando Carbone nel cinquantesimo anno di servizio allo Stato*, Milano, 1970;
- **G. SEVERINI**, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, entrambi in *Aedon*, 3/2016;
- **V. SHANEYFELT – M.F. MAYO-SMITH – J. ROTHWANGL**, *Are guidelines following guidelines? The methodological quality of clinical practice guidelines in the peer-reviewed medical literature*, in *Journal of American Medical Association*, 281, 1999;
- **P.G. SHEKELLE – E. ORTIZ – S. RHODES – S.C. MORTON – M.P. ECCLES – J.M. GRIMSHAW – S.H. WOOLF**, *Validity of the Agency for Healthcare Research and Quality clinical practice guidelines: how quickly do guidelines become outdated?*, in *Journal of the American Medical Association*, 286, 12, 2001;

BIBLIOGRAFIA

- **P.G. SHEKELLE – S.H. WOOLF – M. ECCLES – J. GRIMSHAW**, *Clinical guidelines: developing guidelines*, in *British Medical Journal*, 1999;
- **D. SHELTON**, *Introduction*, in ID. (a cura di), *Commitment and Compliance*, Oxford, 2003;
- **E. SICA**, *Del potere e degli atti politici*, in *Rassegna di diritto pubblico*, II, 1948
- **S. SICARDI**, *Controllo e indirizzo parlamentare (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV, Torino;
- **G. SIGISMONDI**, *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi*, in *Aedon*, 3/2016;
- **E. SILVESTRI**, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950;
- **B. SIMMA**, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, in *European Journal of International Law*, 20, 265, 2009;
- **B.A. SIMMONS - L.L. MARTIN**, *International Organizations and Institutions*, in W. CARLSANES - T. RISSE - B.A. SIMMONS (a cura di), *Handbook of International Relations*, Londra, 2002;
- **A. SIMONCINI**, *Corte e concezione della forma di governo*, in V. TONDI DELLA MURA – M. CARDUCCI – R.G. RODIO, *Corte costituzionale e processi di decisione politica. Atti del Seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005;
- **A. SINCLAIR**, *The Chameleon of Accountability: Forms and Discourses*, *Accounting, Organizations and Society*, 20, 2/3. 1995.
- **M. SINISI**, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017;
- **G. SLAPPER – D. KELLY**, *The English Legal System*, 16^{ma} ed., Londra, 2015-2016;

BIBLIOGRAFIA

- **A.D. SNIDERMAN – C.D. FURBERG**, *Why guideline making requires reform*, in *Journal of the American Medical Association*, 2009;
- **F. SNYDER**, *Soft-law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, in *Società e diritto*, 1993;
- **A. SOMMA**, *Some like it soft. Soft-law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*; in A. SOMMA (a cura di), *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009;
- **D. SORACE**, *Amministrazione pubblica* (voce), in *Enciclopedia giuridica – diritto on line*, 2016.
- **D. SORACE**, *Le riforme del funzionamento e delle procedure della pubblica amministrazione: il progetto e le condizioni per la sua realizzazione*, in *Le Regioni*, 3/1995;
- **F. SORRENTINO**, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019;
- **A. SPADARO**, *Sulla “giuridicità” della Carta europea dei diritti*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001;
- **V. SPAGNUOLO VIGORITA**, *Attività economica privata e potere amministrativo*, I, Napoli, 1962;
- **V. SPAGNUOLO VIGORITA**, *L’iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959;
- **D. SPENCE**, *Evidence based medicine is broken*, in *British Medical Journal*, 2014;
- **A.L.S. STAPLES**, *The Birth of Development: How the World Bank, Food and Agriculture Organization and World Health Organization Changed the World, 1945-65*, Kent, 2006;
- **W.P. STATSKY – R.H. WERNET**, *Case Analysis and Fundamental of Legal Writings*, Toronto 1994;
- **P. STELLA RICHTER**, *Il sistema delle fonti nella disciplina urbanistica*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1989;
- **W. STREECK**, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo*, trad. it, Milano, 2013;

BIBLIOGRAFIA

- **A. STUTZER – B.S. FREY**, *Making International Organizations More Democratic*, in *Review of Law & Economics*, vol. 1, 3, 2002.
- **S.E. SVEDMAN**, *The Enforcement of the EEA Agreement by the EFTA Surveillance Authority: Enhancing Welfare and Prosperity*, in G. SELVIK – M. CLIFTON – T. HAAS – L. LOURENÇO – K. SCHWIESOW, *The Art of Judicial Reasoning*, New York, 2019.
- **R.H. TALER – C.R. SUNSTEIN**, *Nudge: la spinta gentile: la nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, trad. it. a cura di A. OLIVERI, Milano, 2019;
- **J. TALLBERG - L.M. DELLMUTH - H. AGNÉ - A. DUIT**, *NGO Influence in International Organizations: Information, Access and Exchange*, in *British Journal of Political Science*, 48, 1, 2018;
- **A. TANZI**, *Introduzione al Diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2006;
- **G. TARLI BARBIERI**, *Atti regolamentari ed atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in P. CARETTI, *Osservatorio sulle fonti*, 1988;
- **G. TARLI BARBIERI**, *Regolamenti di delegificazione e giudizio di legittimità costituzionale: verso nuovi orizzonti?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/1988;
- **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.
- **C. THIBIERGE**, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003;
- **H. THIRLWAY**, *The Sources of International Law*, Oxford, 2019;
- **D. THÜRER**, *Soft-law*, in *Encyclopedia of International Public Law*, 4, Amsterdam, 2000;

BIBLIOGRAFIA

- **S. TIMMERMANS – M. BERG**, *The Gold Standard: The Challenge of Evidence-Based Medicine and Standardization in Health Care*, Philadelphia, 2003;
- **S. TIMMERMANS – E.S. KOLKER**, *Evidence-based medicine and the reconfiguration of medical knowledge*, in *Journal of Health and Social Behavior*, 2004, 45 (suppl.), 177-193;
- **R. TITOMANLIO**, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in www.ius-publicum.com, 2013;
- **R. TITOMANLIO**, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012;
- **R. TITOMANLIO**, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, pubblicato su *Nomos*, 1/2017;
- **A. TIZZANO – R. ADAM**, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2017;
- **M. TOMASI**, *La solidarietà come vettore per uscire dalla crisi: prospettive dall’angolo di osservazione della medicina e della ricerca scientifica*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **B. TONOLETTI**, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo, AIPDA. Annuario 2015*, Napoli, 2016;
- **B. TONOLETTI**, *L’accertamento amministrativo*, Padova, 2001;
- **L. TORCHIA**, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, Milano, 2008;
- **L. TORCHIA**, *La conferenza di servizi e l’accordo di programma, ovvero della difficile semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7/1997;
- **L. TORCHIA**, *La modernizzazione del sistema amministrativo: semplificazione e decentramento*, in *Le Regioni*, 2-3/1997;

BIBLIOGRAFIA

- **L. TORCHIA**, *Tendenze recenti della semplificazione normativa*, in *Diritto amministrativo*, 3-4/1998;
- **F. TORRE**, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;
- **S. TOSI**, *La direttiva parlamentare*, Milano, 1962;
- **A. TRAVI**, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 11/1997;
- **G. TREVES**, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1975;
- **R. TREVES** (a cura di), *Diritto e legittimazione*, Milano, 1986;
- **T. TREVES**, *Diritto internazionale – Problemi fondamentali*, Milano, 2005;
- **M. TRIMARCHI**, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016;
- **C. TRIPODINA**, *Il «potere politico» della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta. Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, 2011;
- **G. TROPEA**, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **D.N. TRUBEK – M.P. COTTRELL – M. NANCE**, “Soft-law”, “Hard Law” and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, in *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, No. 1002, 2005;
- **C. TUBERTINI**, *Circolari amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;
- **C. TUBERTINI**, *I regolamenti e gli atti amministrativi generali*, in G. GARDINI – L. VANDELLI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, 2013;
- **C. TUBERTINI**, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della p.a.*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 1999;

BIBLIOGRAFIA

- **S. TUCCILLO**, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 6/2017;
- **UNITED NATIONS EDUCATIONAL SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION**, *Policy Guidelines on Inclusion in Education*, 2009; ID, *Unesco Policy Guidelines for Mobile Learning*, 2013;
- **UNITED NATIONS EDUCATIONAL SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION**, *International Technical Guidance on Sexuality Education: an Evidence-Informed Approach*, 2018;
- **UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME**, *International Technical Guidance for Safety in Biotechnology*, 1996;
- **R. URSI**, *Efficienza [dir. amm.]*, voce, in *Enciclopedia giuridica – diritto on line*, 2018;
- **R. URSI**, *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016;
- **S. VALAGUZZA**, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2016;
- **S. VALAGUZZA**, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2017;
- **P. VAN DIJK**, *Normative Force and Effectiveness of International Norms*, in *German Yearbook of International Law*, 30, 1987;
- **G.J.H. VAN HOOFF**, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, 1983;
- **H. VAN RANDWYCK**, *EFTA or the EU*, Londra, 2011;
- **L. VANDELLI – G. GARDINI** (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Rimini, 1999;
- **I. VANNI**, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, Perugia, 1877;

BIBLIOGRAFIA

- **G. VARRIALE**, *I processi di programmazione strategica nello Stato*, in *Liuc Papers* n. 191, Serie Economia e Istituzioni, 2006;
DONATO, *La programmazione ed il controllo della qualità negli enti locali*, Milano, 2000;
- **G. VARRIALE**, *Le amministrazioni indipendenti ed il principio di regolazione*, in *Nuovo diritto*, 1998;
- **M. VATIERO**, *Valutazione delle autorità di regolazione: una nuova introduzione*, in *Economia pubblica*, 5-6, 2009;
- **G. VEDEL – P. DEVOLVÉ**, *Droit Administrati*, Parigi, 1988;
- **A. VENANZONI**, *La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*;
- **G. VESPERINI**, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/1998;
- **G. VESPERINI**, *Le nuove misure di semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/1997;
- **N. VETTORI**, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Milano, 2017;
- **C. VIDETTA**, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008;
- **U. VILLANI**, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020;
- **R. VILLATA – M. RAMAJOLI**, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006;
- **S. VINTI**, *Valutazioni comparative e sindacato giurisdizionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2002;
- **F. VIOLA**, *Il «Rule of Law» e il concetto di diritto*, in *Ragion pratica*, 2008;
- **P.M. VIPIANA**, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990;

BIBLIOGRAFIA

- **P.M. VIPIANA**, *La delegificazione: profili teorici ed esperienze pratiche*, in *Politica del diritto*, 2/1994;
- **P. VIRGA**, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1/1957;
- **P. VIRGA**, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1976;
- **C. VITALE**, *Luci ed ombre della riforma sblocca cantieri sul Codice degli appalti pubblici*, in *amministrativ@mente*, 3/2019;
- **S. VOGENAUER - J. KLEINHEISTERKAMP** (a cura di), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, 2009;
- **M. VOGLIOTTI**, *Tra fatto e diritto*, Torino, 2007; **M. R. FERRARESE**, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002;
- **R. VOLANTE**, *Il soft-law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, in **A. SOMMA** (a cura di), *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009;
- **F. VOLPE**, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 4/2008;
- **R. WAHL**, *Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts*, in *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003.
- **M. WALINE**, *L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des «directives»*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, 1971;
- **R.D. WALKER – M.O. HOWARD – M.D. LAMBERT – R. SUCHINSKY**, *Medical Practice Guidelines*, in *Western Medical Journal*, 161(1), 1994;
- **A. WATSON**, *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity*, Philadelphia, 1984;
- **P. WEIL**, *Towards Relative Normativity in International Law?*, in *American Journal of International Law*, 77, 1983;

BIBLIOGRAFIA

- **G. WEISZ – A. CAMBROSIO – P. KEATING – L. KNAAPEN – T. SCHLICH – V.J. TOURNAY**, *The Emergence of Clinical Practice Guidelines*, in *The Milbank Quarterly*, 2007;
- **K.C. WELLENS – G.M. BORCHARDT**, *Soft-law in European Community Law*, in *European Law Review*, 14, 1989;
- **B.J. WIENER**, *Better Regulation in Europe*, in *Duke Law School Research Paper*, 130/2006;
- **B.J. WIENER**, *The Elusive Quest: Accountability in Hospitals*, Hawthorne, 2000;
- **B. WINDSCHEID**, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Dusseldorf, 1867;
- **D.A. WIRTH**, *Commentary: Compliance with Non-Binding Norms in the International Legal System*, in D. SHELTON (a cura di), *Commitment e Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, New York, 2000;
- **S.H. WOOLF**, *Do Clinical Practice Guidelines Define Good Medical Care? The Need for Good Science and the Disclosure of Uncertainty when Defining Best Practices*, 113 (III Suppl.), 166S-171S;
- **P.M. WORTMAN – J.M. SMYTH – J.C. LANGENBRUNNER – W.H. YEATON**, *Consensus among experts and research synthesis. A comparison of methods*, in *International Journal of Technology Assessment Health Care*, 1998.
- **G. ZACCARIA**, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto oggi*, in *Ragion pratica*, 2004;
- **G. ZAGREBELSKY**, *Il sistema costituzionale delle fonti*, Torino, 1989;
- **G. ZAGREBELSKY**, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1984;
- **V. ZAMBRANO**, *Il «diritto umano alla scienza» e l'emergenza da CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020;

BIBLIOGRAFIA

- **G. ZANOBINI**, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Archivio giuridico*, 1922;
- **G. ZANOBINI**, *La gerarchia delle fonti nel nostro ordinamento*, in P. CALAMANDREI – A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950;
- **G. ZANOBINI**, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1915;
- **F.M. ZERILLI**, *The rule of soft-law: an introduction*, in *Journal of Global and Historical Anthropology*, 2010.
- **S. ZORZETTO** (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, in *Jura. Temi e problemi di diritto*, III, Pisa, 2008;
- **H. ZUNIGA SCHRODER**, *Harmonization, Equivalence and Mutual Recognition of Standards in WTO Law*, Frederick, 2011.