

Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?

SOMMARIO: 1.- Premessa: la crisi del sistema delle fonti; 2.- Il potere regolamentare nella Costituzione e nella legge n. 400 del 1988; 3.- La fuga dal regolamento; 4.- I caratteri identificativi degli atti di normazione secondaria; 5.- Un fenomeno recente: le linee guida; 6.- La (difficile) qualificazione giuridica delle linee guida dell'ANAC; 7.- La legittimazione democratica nella produzione del diritto; 8.- Considerazioni finali: un nuovo equilibrio tra politica e mercato.

1.- Premessa: la crisi del sistema delle fonti.

L'insegnamento tradizionale, rinvenibile in tutti gli studi classici dei costituzionalisti, della classificazione delle fonti del diritto in leggi, regolamenti e consuetudini non è mai apparso, come adesso, antico e, per molti versi, superato da prassi eversive di quell'ordine dogmatico.

La predetta catalogazione delle fonti di produzione delle norme giuridiche, concepita con riferimento a un assetto economico-sociale ottocentesco, è entrata in crisi per effetto delle sollecitazioni dell'economia globalizzata, che esige una regolazione più flessibile, veloce e meno formale.

Le impellenti e ineludibili pressioni del mondo del mercato e della finanza, in particolare, hanno prodotto una vera e propria destrutturazione dell'assetto delle fonti, per come disegnato nella Costituzione repubblicana, mediante forzature degli (e deviazioni dagli) schemi normativi tipici e conosciuti¹.

¹ R. BIN, *Soft law, no law*.

Sul piano delle fonti primarie, le esigenze di velocità e immediatezza degli interventi normativi sono state soddisfatte con un uso smodato (abnorme?) della decretazione d'urgenza, ai limiti (se non oltre) dei confini assegnati dalla Costituzione alla valida adozione di decreti legge (con il conseguente, improprio spostamento del baricentro decisionale dal Parlamento al Governo).

Ma la crisi più evidente ha colpito la normazione secondaria.

I regolamenti governativi sono, infatti, ormai percepiti come strumenti regolativi obsoleti, lenti, inadeguati a soddisfare le istanze, dinamiche e mobili, del mondo produttivo.

La regolazione di rango secondario, in particolare, è stata sempre più spesso concepita e decretata al di fuori dello schema procedurale tipico stabilito dall'art.17 della legge n.400 del 1988 (con il fenomeno della c.d. fuga dal regolamento di cui ci occuperemo meglio *infra*).

Al modello dei regolamenti governativi e ministeriali, infatti, sono stati preferiti schemi regolativi più agili e flessibili, a detrimento delle garanzie procedurali e conoscitive, ma con il pragmatico vantaggio della rapidità dell'intervento.

E' proprio con la disamina della crisi del regolamento che si avvertono, peraltro, i caratteri più macroscopici della frattura, per effetto della spinta del mercato, delle regole classiche della legittimazione costituzionale nella produzione del diritto.

Sembra avverarsi l'auspicio, inizialmente formulato da Adam Smith e, poi, ripreso e teorizzato da Coase, circa la preminenza del mercato (in quanto ritenuto naturalmente capace di generare più efficienza) sulla politica, nella misura in cui la regolazione della finanza e delle transazioni economiche viene (sempre più) esternalizzata verso processi decisionali partecipati e negoziati tra gli operatori del mercato e autorità amministrative estranee al circuito della legittimazione democratica.

Si tratta, in altri termini, di un processo di progressiva erosione della sfera della regolazione autoritativa, formale e costituzionale, in favore di strumenti di normazione flessibile, atipica e concertata, che si pongono ai margini del perimetro di

operatività del principio di legalità e che rischiano, in definitiva, di minare (paradossalmente) proprio le garanzie dello Stato liberale.

L'ultimo e più clamoroso esempio di questo "attentato" al sistema tradizionale delle fonti secondarie è costituito dalla recentissima innovazione delle linee guida dell'ANAC, per come previste dal d.lgs. n. 18 aprile 2016, n.50 (d'ora innanzi Codice degli appalti, anche se la parola Codice non compare più nel titolo del decreto legislativo pubblicato in Gazzetta Ufficiale), che costituisce una preziosa e imperdibile occasione di riflessione sull'attualità e sull'utilità del sistema formale della produzione del diritto risultante dalla normativa costituzionale e ordinaria vigente.

Il presente studio resterà circoscritto, in ogni caso, alla disamina delle difficoltà di tenuta della normazione secondaria, che appare come la tipologia di fonte maggiormente in crisi (e anche tenuto conto dell'ampiezza della letteratura relativa all'abuso del decreto legge, che ci esime da ogni ulteriore indagine al riguardo).

2.- Il potere regolamentare nella Costituzione e nella legge n.400 del 1988.

Com'è noto, l'esercizio del potere regolamentare è disciplinato, quanto ai presupposti e alla procedura, dagli artt.117, sesto comma, della Costituzione, e 17 della legge n.400 del 1988, che regolano, appunto, sia il titolo di competenza sia le modalità formali di adozione dei regolamenti.

Se la disposizione costituzionale ha stabilito, in coerenza con il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, operato dalla riforma costituzionale del 2001, che la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle sole materie affidate alla sua competenza esclusiva, mentre compete alle Regioni in tutte le altre materie e agli enti locali limitatamente alla disciplina dell'organizzazione e dell'esercizio delle funzioni loro attribuite, quella ordinaria si è preoccupata, invece, di prevedere e disciplinare le diverse tipologie di regolamenti, quanto a contenuti e presupposti, e a regolarne la procedura di approvazione.

Il combinato disposto delle due previsioni potrebbe essere letto come prescrittivo di un sistema rigido e chiuso anche delle fonti sub-legislative.

Mentre, infatti, le fonti di rango primario sono pacificamente considerate un *numerus clausus*, essendo tutte tassativamente previste in Costituzione, le fonti di rango secondario sono state da sempre ascritte a un assetto ordinamentale caratterizzato da atipicità e mobilità.

Secondo la lettura più accreditata delle fonti sulla produzione dei regolamenti, lo schema tipico disegnato dall'art.17 l.cit. non può, tuttavia, essere considerato come unico e indefettibile, atteso che il rispetto dei principi di legalità esige solo che una legge autorizzi un atto secondario a dettare una disciplina regolamentare, ancorché con forme e modalità diverse da quelle sancite dalla predetta disposizione.

In questo senso, la legge n.400 del 1988 (essendo rimasta priva di “copertura costituzionale”) è stata definita “fragile” e instabile², per quanto qui rileva, proprio in ragione della sua inattitudine a vincolare il legislatore successivo a utilizzare il solo modello regolamentare ivi previsto³.

Il rango di legge ordinaria della legge in questione impedisce di riconoscergli qualsiasi capacità di resistenza a disposizioni derogatorie successive di pari rango, nonostante alcuni autorevoli tentativi di assegnargli una forza superiore⁴.

Nondimeno, la sistemazione delle fonti sub-legislative operata dalla legge n.400 del 1988 e dalla legge costituzionale n.3 del 2001 può essere decifrata anche secondo un diverso percorso ermeneutico.

Può, infatti, sostenersi⁵ che l'assetto ordinamentale costituito dalle innovazioni appena ricordate abbia irrigidito il sistema delle fonti normative secondarie, fino a configurare il regolamento, per come disciplinato dalla legge n.400 del 1988, come l'unico atto sub-legislativo consentito.

² G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e ministeriali*.

³ E. CHELI, *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e linee guida di tendenza attuali*; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*; F. MODUGNO, voce *Validità(diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*; U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare*; G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*.

⁴ Si vedano i pareri del Comitato per la legislazione e alcuni messaggi di rinvio del Capo dello Stato ai sensi dell'art.74. Cost. nei quali la legge 400 viene definita come fonte di natura ordinamentale e, quindi, rafforzata.

⁵ R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi*; G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*; F. BATISTONI FERRARA, *Una nuova fonte di produzione*.

Secondo questa ricostruzione, quindi, il regolamento (governativo o ministeriale) è divenuto il tipico e il solo atto idoneo a introdurre nell'ordinamento norme giuridiche di rango secondario.

Là dove l'art.117, sesto comma, della Costituzione ha regolato la competenza all'esercizio della potestà regolamentare non si è limitato a distribuire, tra i diversi livelli di governo, il titolo di competenza all'emanazione di regolamenti, ma ha configurato questi ultimi, costituzionalizzandone la sfera di attribuzione della pertinente responsabilità⁶, quale l'unica fonte di normazione secondaria ammessa.

Così come l'art.17 l.cit., nel disciplinare in maniera esauriente e compiuta tutti gli aspetti (formali e sostanziali) dell'esercizio della potestà regolamentare da parte del Governo, quale fonte generale sulla produzione di atti normativi, implicitamente, ancorché chiaramente, ha escluso la praticabilità di schemi procedurali diversi da quelli ivi descritti.

La più immediata implicazione di questa tesi è costituita dalla illegittimità costituzionale di quelle disposizioni legislative che autorizzano l'emanazione di atti normativi secondari al di fuori dello schema formale previsto, appunto, dall'art.17, l.cit. (omettendo, ad esempio, le garanzie procedimentali o, peggio, affidandone l'adozione ad autorità diverse dal Governo).

Una disposizione legislativa siffatta infrangerebbe l'art.117, sesto comma, della Cost., per come declinato dall'art.17 l.cit. (ancorchè antecedente), qualora venisse letto come prescrittivo del regolamento governativo quale unica tipologia formale di atto normativo sub-legislativo.

Si tratta, com'è evidente, di due letture entrambe plausibili e che descrivono due fenomeni (la tipicità e l'atipicità degli atti normativi secondari) che, come si vedrà di seguito, obbediscono a due differenti interpretazioni, non solo dell'assetto dogmatico delle fonti del diritto, ma delle stesse esigenze regolative, in relazione alle istanze del mercato e alla garanzia delle libertà dei cittadini.

⁶ G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del Titolo V*.

3.- La fuga dal regolamento.

La legge n.400 del 1988 ha dimostrato, tuttavia, da subito la sua “fragilità” determinando (o, comunque, in qualche misura, tollerando) quel fenomeno ormai noto come “fuga da regolamento”⁷ e che consiste nelle più diverse deviazioni dal modello procedimentale tipico dei regolamenti governativi e ministeriali, per come disciplinati dall’art.17.

L’entrata in vigore della riforma del Titolo V della Costituzione ha, successivamente, incoraggiato le deroghe al regime formale dei regolamenti governativi, nella misura in cui ha circoscritto il perimetro di operatività della potestà regolamentare dello Stato alle sole materie affidate alla sua competenza legislativa esclusiva.

Come si vede, quindi, il fenomeno in esame, la cui più vistosa manifestazione è rintracciabile nelle previsioni legislative che rinviando la disciplina attuativa a decreti ministeriali espressamente qualificati, peraltro con formula ambigua⁸, come “di natura non regolamentare”, obbedisce a un duplice intento fraudolento⁹: l’elusione delle garanzie procedimentali sancite dall’art.17 l.cit. (parere del Consiglio di Stato, registrazione della Corte dei conti e pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ma anche il parere delle Commissioni parlamentari e delle Conferenze, là dove previsto) e la sottrazione al controllo del rispetto delle competenze normative delle Regioni.

La discrasia tra la forma (di atti amministrativi generali) e la sostanza (di atti normativi) che caratterizza tale tipologia di provvedimenti, nondimeno, ha suscitato (se non imposto) una reazione del mondo accademico, che l’ha stigmatizzata, e dell’ordinamento che, per via perlopiù giurisprudenziale, ha tentato di ricondurre alla

⁷ A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo di natura non regolamentare che producono effetti normativi*; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*; 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*; G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*; G. TARLI BARBIERI, *Atti regolamentari e atti pararegolamentari nel più recente periodo*; V. DI PORTO, *Del ripristino e di altri atti del Governo, più o meno delegificati*; E. ALBANESI, *I decreti del Governo “di natura non regolamentare”. Un percorso interpretativo*.

⁸ E’ stata, al riguardo, segnalata da Tarli Barbieri l’ambiguità di una formula lessicale che può significare sia la mera sottrazione al regime procedurale dei regolamenti, sia la negazione della sua natura normativa.

⁹ A. MOSCARINI, op.cit.

legalità le fattispecie di deviazione di tali atti dal modello tipico dei regolamenti (come meglio spiegato di seguito).

4.- I caratteri identificativi degli atti di normazione secondaria.

Il fenomeno della fuga dal regolamento ha indotto una revisione dei criteri di classificazione degli atti normativi e, soprattutto, dei parametri alla stregua dei quali questi vanno distinti dagli atti amministrativi generali.

Sono stati, infatti, da tempo abbandonati, com'è noto, i canoni formalistici¹⁰, sulla base dei quali dev'essere qualificato come regolamento il solo atto che è stato adottato nel rispetto delle regole estrinseche di esercizio della relativa potestà normativa, in favore di una lettura sostanzialistica dell'enunciato provvedimento, che ne valorizzi i contenuti precettivi e dispositivi¹¹.

Declinando fino alle sue più logiche e stringenti conseguenze il principio generale della prevalenza della sostanza sulla forma¹² (che non vi è alcuna ragione che ne impedisca l'applicazione alla fattispecie considerata), si è, in particolare, ritenuto, per un verso, che l'autoqualificazione della natura dell'atto, e, cioè, il suo *nomen iuris*, resti del tutto ininfluyente ai fini della sua qualificazione come provvedimento normativo o amministrativo generale (con la conseguenza che la dizione nella legge di "decreto di natura non regolamentare" non vale in alcun modo a escludere, invece, il suo carattere normativo) e, per un altro, che la natura dell'atto dev'essere identificata alla stregua del riscontro degli indici che, notoriamente, connotano gli atti normativi.

Veziò Crisafulli¹³ scriveva che "un conto è provvedere e un conto è disporre" e intendeva, con la sintesi linguistica propria dei grandi studiosi, che l'atto normativo si

¹⁰ L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano. Le problematiche della definizione e della individuazione*.

¹¹ V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*.

¹² F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*; F. MODUGNO – A. CELOTTO, *Un non regolamento statale nelle competenze concorrenti*.

¹³ V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*

distingue da quello amministrativo generale proprio per la sua attitudine a regolare fattispecie generali e astratte, e non situazioni concrete, eccezionali o limitate.

Senza dilungarci sulla ricognizione della nota elaborazione, dottrinale¹⁴ e giurisprudenziale¹⁵, dei criteri distintivi dei regolamenti dagli atti amministrativi generali, basti ricordare che, secondo canoni ormai recepiti e consolidati¹⁶, l'atto normativo è caratterizzato dalla generalità (l'attitudine ad applicare il precetto a un numero indeterminato di soggetti), dall'astrattezza (l'attitudine ad applicare il precetto a un numero indeterminato di situazioni), dalla innovatività (l'idoneità ad introdurre una norma giuridica nuova, e non a precisare le modalità di attuazione di un precetto esistente), dall'attitudine a integrare la fattispecie astratta e dalla non eccezionalità e temporaneità dei suoi effetti (in negativo, la non riferibilità del dispositivo a una situazione transitoria, particolare o speciale).

E' stato chiarito¹⁷, peraltro, che non è sufficiente a escludere il carattere normativo di un atto la sua applicazione a un settore limitato di mercato, quando, all'interno di quel segmento di efficacia, il precetto si applichi, in via generale, a tutti i soggetti che vi operano.

Al contrario, l'atto amministrativo generale si caratterizza per essere indirizzato a un numero limitato e identificabile di destinatari, per produrre effetti in ordine a una situazione concreta e particolare e per esaurire la sua portata dispositiva alla regolazione di uno o più rapporti determinati o determinabili.

E' vero che l'attendibilità e l'affidabilità di tali parametri sono state criticate¹⁸, non conducendo in maniera univoca a risultati ermeneutici univoci e sicuri, ma è anche vero che le certezze dei canoni formalistici (è un regolamento solo quello che si chiama così) comportano esiti ancora più paradossali e inaccettabili, sintetizzabili nel trattamento come un atto amministrativo (e, quindi, con l'elusione delle garanzie procedurali e del vincolo del rispetto delle competenze normative regionali) di un

¹⁴ G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*.

¹⁵ Corte Cost. sentenze nn. 274 e 278 del 2010 e 39 del 2014; Cons. St., Sez. VI, n.6657 del 2007; Sez. IV, n.3256 del 2008; Sez. IV, n.2841 del 2010; Sez. VI, n.996 del 2011.

¹⁶ A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*.

¹⁷ Cons. St., Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 9.

¹⁸ DI COSIMO, op. cit.

provvedimento, invece, sostanzialmente normativo, solo perché nella legge è stato definito (in maniera fraudolenta) come tale.

Meglio, allora, correre il rischio di applicare canoni valutativi non del tutto uniformi, che avallare la prassi, per molti versi incostituzionale (come si dirà meglio infra), di rimettere all'arbitrio del legislatore la scelta della forma (e, quindi, secondo la tesi formalistica rifiutata, anche il regime sostanziale) dell'atto.

5.- Un fenomeno recente: le linee guida.

Il dibattito, risalente e ormai stanco, sul fenomeno della fuga dal regolamento è destinato ad essere ripreso e vivacizzato da un evento inedito e dirompente come la previsione nel Codice degli appalti di linee guida vincolanti, destinate, come tali, all'attuazione e all'integrazione della disciplina primaria.

Si tratta di una novità assoluta (perlomeno nei termini in cui è stata concepita e prevista) per l'ordinamento giuridico italiano, che merita di essere esaminata e scrutinata in tutte le sue implicazioni dogmatiche e operative e che rivela, fin da un primo approccio interpretativo, difficoltà ricostruttive del tutto peculiari e inesplorate. Se, infatti, già la classificazione dei decreti ministeriali "privi di natura normativa" ha manifestato problemi di inquadramento e di catalogazione nel sistema delle fonti, la qualificazione giuridica di un atto del tutto atipico, fin nel nome, e sconosciuto al tradizionale assetto dei modelli di produzione del diritto (come le linee guida emanate da un'autorità diversa dal Governo) si appalesa del tutto incerta e critica.

Prima di esaminare il problema della classificazione delle linee guida, occorre, nondimeno, comprendere genesi, caratteri e finalità del fenomeno.

Si è già detto, in apertura, che la crisi del regolamento è stata generata in larga misura dalle istanze del mondo dell'economia reale e, in generale, del mercato di una regolazione flessibile e veloce (in questo senso appare più appropriato parlare di *fast law*, anziché di *soft law*) e, soprattutto, non più imbrigliata nei lacci antiquati delle procedure formali di approvazione dei regolamenti (giudicate non più compatibili con

le esigenze di un governo agile ed efficiente delle regole destinate a favorire lo sviluppo economico del Paese).

Va segnalata, tuttavia, l'inappropriatezza del richiamo alla nozione, invero molto incerta, di *soft law* (pure da qualcuno evocata).

Mentre il fenomeno della *soft law* (generato nel diritto internazionale per risolvere questioni, transazioni, rapporti non soggetti ad alcuna normazione cogente) postula logicamente (come segnalato, peraltro, dall'uso dell'aggettivo "*soft*") l'assenza di vincolatività (viceversa prodotta solo dalla *hard law*) della regola di cui si tratta (proprio perché ascrivibile al novero delle *tertiary rules*), il cui rispetto viene sostanzialmente rimesso dall'adesione volontaria (anche per effetto della *moral suasion o dissuasion* operata, ad esempio, dalle autorità indipendenti¹⁹) dei soggetti coinvolti nella sua sfera di operatività, le linee guida, al contrario, sono state pensate e previste (perlomeno in larga misura) come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai destinatari, tanto da sostituire, come si vedrà meglio nel paragrafo che segue, le disposizioni (sicuramente) regolamentari contestualmente abrogate.

Così chiarito che la *soft regulation* attiene ad ambiti diversi da quelli riservati alle linee guida vincolanti, si osserva che, se è vero che gli operatori economici e (probabilmente) anche le amministrazioni pubbliche pretendono una regolazione più snella e veloce (rispetto ai tempi e alle modalità di approvazione dei regolamenti), è anche vero che tali esigenze, per quanto meritevoli di considerazione e di soddisfazione, non possono prevalere sugli interessi (perlomeno equivalenti, se non superiori) a una regolazione seria, strutturata, controllata, ma, soprattutto, affidata ad autorità che se ne assumano (potendolo fare) la responsabilità politica.

Si tratta, in altri termini, di identificare il più efficace (ma non facile) equilibrio tra le istanze del mercato a una regolazione flessibile, adattabile e agile e le esigenze sottese alla riserva della produzione delle norme giuridiche ad autorità democraticamente legittimate all'introduzione di regole che incidono direttamente sulla sfera di libertà dei cittadini.

¹⁹ S. MORETTINI, *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in Osservatorio sull'AIR.

6.- La (difficile) qualificazione giuridica delle linee guida dell'ANAC.

Nel Codice degli appalti è stato assegnato all'ANAC, per mezzo dello strumento delle linee guida, proprio perchè più agile del regolamento, un compito strategico ed essenziale nella definizione delle disciplina normativa secondaria.

E' stata, infatti, riservata alle linee guida la disciplina di aspetti determinanti del regime normativo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, sicchè si impone una loro qualificazione giuridica alla quale consegua l'identificazione del modello di fonte al quale devono essere ascritte.

Tale già complessa operazione ermeneutica si rivela, tuttavia, complicata dalla diversità delle tipologie di linee guida contemplate dal Codice degli appalti, sia quanto ai contenuti, sia quanto all'autorità emanante, sia, ancora, quanto alla procedura formale prescritta per la loro adozione.

Pur nella estrema (e, forse, eccessiva) eterogeneità dei diversi modelli di linee guida, il Consiglio di Stato²⁰ ne ha classificate tre tipologie: a) quelle approvate con decreto ministeriale, b) quelle vincolanti adottate dall'ANAC e c) quelle non vincolanti (sempre adottate dall'ANAC).

Ora, mentre risulta agevole la qualificazione delle linee guida di cui ai modelli a), quali regolamenti ministeriali di cui all'art.17, comma 3, l.cit., con tutte le implicazioni in termini di rispetto delle garanzie procedurali ivi previste (e nonostante la differente regolazione procedurale contenuta nel decreto legislativo, che si appalesa come un caso evidente di fuga dal regolamento), in ragione della loro pacifica natura normativa, e c), da valersi quali atti amministrativi generali al pari di circolari contenenti istruzioni operative sull'applicazione della normativa di riferimento, più problematica appare la catalogazione delle linee guida ascrivibili allo schema b), ovvero le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC, ma non approvate con decreto del Ministro per le infrastrutture e i trasporti.

²⁰ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 1 aprile 2016, n.855.

Una prima difficoltà dev'essere indentificata nell'antinomia ontologica tra la stessa nozione di linee guida e il carattere vincolante assegnato a quelle in esame.

Secondo la concezione tradizionale, infatti, le linee guida costituiscono un'espressione propria del potere di direttiva²¹ (come si desume anche dalla valenza semantica dell'espressione usata per il loro nome), che si declina, a sua volta, per mezzo di raccomandazioni, istruzioni operative e, quindi, in definitiva, mediante l'indicazione delle modalità attuative del precetto normativo, ma mai per mezzo di regole cogenti e vincolanti (che, semmai, costituiscono il presupposto logico dei chiarimenti affidati alle linee guida).

La segnalata discrasia tra il nome e la sostanza delle linee guida in esame ha, da subito, rivelato la singolare complessità della loro classificazione dogmatica e ha legittimato due distinte ipotesi ricostruttive.

Premesso, infatti, che la natura vincolante, oltre alla portata certamente generale, astratta e innovativa, del tipo di atto in questione (si pensi, ad esempio, alle linee guida previste dagli artt.83 e 84 del Codice) impone di escludere la loro natura di atto amministrativo generale, anche in considerazione della loro preordinazione a sostituire il regime normativo contenuto nel regolamento di attuazione del previgente Codice dei contratti pubblici, il Consiglio di Stato, nel formulare il parere sullo schema di decreto legislativo, ha dovuto esaminare due diverse (e incompatibili) tesi: la qualificazione delle linee guida vincolanti come atti normativi atipici; la loro classificazione come atti di regolazione del tipo di quelli adottati dalle autorità amministrative indipendenti.

La preferenza accordata al secondo schema provvedimentale, ancorché ben argomentata e circondata da opportune garanzie procedurali (la consultazione degli operatori, l'AIR, la VIR, la raccolta in testi unici, l'adozione di forme di adeguata pubblicità), resta, però, problematica e si presta a plausibili rilievi critici (a conferma della estrema difficoltà di una convincente collocazione degli atti in questione nella gerarchia delle fonti).

²¹ Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, parere in data 21 gennaio 2008.

E' vero, infatti, che la compatibilità con il sistema delle fonti della potestà regolamentare delle autorità indipendenti è stata riconosciuta da tempo²², benché sprovvista, in generale, di copertura costituzionale, ma è anche vero che la titolarità e il valido esercizio del potere di regolazione sono stati presidiati da rilevanti cautele e condizioni, che, sole, consentono di affermare la loro compatibilità con il principio di legalità.

Tra queste meritano di essere ricordate la base costituzionale del potere in questione (identificata, ad esempio, nell'art.47 Cost. per la disciplina dell'attività bancaria e, in generale, finanziaria), la copertura europea (individuata, in via insufficientemente astratta, nei principi del Trattato di libera circolazione e di concorrenza), il carattere settoriale e tecnico della regolazione²³ e i criteri di fondo per l'esercizio della potestà regolatoria²⁴.

Orbene, le predette condizioni di legalità appaiono difficilmente rintracciabili nelle linee guida in esame (se non in esito a un percorso ermeneutico incerto e tortuoso).

Mentre, infatti, gli atti di regolazione rispondono all'esigenza di affidare a un'autorità indipendente dal Governo l'introduzione di regole perlopiù tecniche (tariffe, prezzi di accesso alla rete dell'*incumbent*, ripartizione di risorse scarse, determinazione tecnica dei contenuti delle transazioni commerciali) in segmenti di mercato circoscritti nei quali l'Esecutivo, per mezzo delle società partecipate, conserva un interesse (diretto o indiretto) che ne sconsiglia qualsivoglia intervento normativo, le linee guida dell'ANAC, al contrario, non presentano i caratteri della tecnicità e della settorialità, né intervengono in un mercato che esige una regolazione autonoma dal Governo.

Le linee guida che dovranno definire, per gli appalti di lavori, il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle gare, le regole dell'avvalimento e il regime delle SOA (artt.83 e 84 del Codice) rivestono, per un verso, quei caratteri di generalità e astrattezza che caratterizzano la produzione

²² Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, parere in data 14 febbraio 2005.

²³ Cons. St., Sez. VI, 2 maggio 2012, n.2521.

²⁴ Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, parere in data 14 febbraio 2005, 6.5.1.

normativa regolamentare propriamente intesa, ma non presentano, per un altro, alcun profilo tecnico che ne impone l'affidamento a un'autorità di regolazione diversa dal Governo e si riferiscono, per un altro ancora, a un mercato tutt'altro che settoriale, nella misura in cui si applicano a tutte le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori.

Non solo, ma nel mercato dei lavori pubblici non sono neanche ravvisabili quelle esigenze di regolazione indipendente dall'Esecutivo (che non controlla, direttamente o indirettamente, alcuna impresa, monopolista o ex monopolista, che rivesta una posizione dominante) che sconsigli l'introduzione della pertinente disciplina normativa mediante regolamenti governativi.

Da ultimo, non risultano rinvenibili, né nella Costituzione né nel diritto europeo, le basi (afferenti a un rango sovraordinato alla legge ordinaria) del potere regolativo affidato dalla legge all'ANAC, così come, nelle disposizioni legislative che lo prevedono e lo autorizzano, non appaiono rintracciabili i criteri e i principi alla stregua dei quali dev'essere declinata la regolazione in questione²⁵, nella quale sono ravvisabili gli estremi di una vera e propria delega in bianco (con un ulteriore profilo di inosservanza del principio di legalità, che, si ripete, esige che il potere regolatorio affidato dalla legge a una fonte subordinata resti condizionato dal rispetto di parametri predefiniti dalla fonte legislativa).

La catalogazione delle linee guida in esame nel novero degli atti di regolazione delle autorità indipendenti si rivela, in definitiva, una forzatura ermeneutica dettata dalla duplice (e, comunque, apprezzabile) esigenza di conservare gli equilibri dell'assetto conosciuto delle fonti regolative e di evitare l'espesso riconoscimento dell'anomalia dell'introduzione di una nuova e atipica fonte del diritto, con tutte le difficoltà ricostruttive e sistematiche che ne conseguirebbero.

Il Consiglio di Stato ha, peraltro, dimostrato di avvertire la difficoltà del corretto inquadramento giuridico delle linee guida vincolanti dell'ANAC, là dove ha chiaramente suggerito al Governo (che, tuttavia, non ha recepito tale opportuna

²⁵ Per una compiuta disamina dei profili di criticità dei poteri regolatori delle autorità indipendenti, con riferimento al rispetto del principio di legalità, si veda G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti*.

suggerimento) di riesaminare il riparto della disciplina attuativa tra i modelli dei decreti ministeriali e delle linee guida (consigliando, ad esempio, di ricondurre al primo schema le linee guida previste dagli artt. 83 e 84).

Resta, peraltro, estremamente complesso indagare le conseguenze, sul piano sistematico, ma anche su quello applicativo, della diversa (e più sicura) classificazione delle linee guida vincolanti come atti sostanzialmente normativi.

Il più immediato corollario di tale ultima ipotesi ricostruttiva è quello della incompatibilità del tipo di atto in questione con il sistema delle fonti secondarie, per come definito dal combinato disposto degli artt. 117, sesto comma, Cost., e 17, legge n. 400 del 1988, con l'ulteriore conseguenza che una siffatta tipologia di provvedimento non dovrebbe trovare valido ingresso nell'ordinamento.

Ovviamente, una volta autorizzata da una fonte di rango primario l'adozione di un atto avente le predette caratteristiche, occorre scrutinare la compatibilità costituzionale della disposizione legislativa che l'ha prevista e consentita (e rispetto alla quale le linee guida restano del tutto coerenti, con formale ossequio al principio di legalità).

Ora, accedendo alla tesi, sopra illustrata, della tipicità e della tassatività anche delle fonti secondarie, le disposizioni che autorizzano l'emanazione di atti di normazione sub-legislativa al di fuori dello schema del regolamento, oltretutto affidandone la responsabilità ad autorità diverse dal Governo, potrebbero giudicarsi incostituzionali, per violazione dell'art. 117, sesto comma, della Costituzione, sia perché violative del precetto che configura l'attività di normazione sub-primaria come consentita nella sola forma tipica del regolamento sia perché, in ipotesi, violative del riparto di competenze tra Stato e Regioni, se si dovesse riscontrare in esse un *vulnus* alle competenze regolamentari di queste ultime (e, quindi, se l'atto di normazione secondaria afferisce a una materia estranea a quelle di competenza esclusiva dello Stato).

Così come le medesime disposizioni legislative potrebbero, in ipotesi, ritenersi incostituzionali per violazione dell'art. 76 Cost., se contenute in un decreto

legislativo, ma senza che la legge delega avesse autorizzato il Governo ad affidare la normazione secondaria a un atto atipico, o dell'art.100 Cost., per la lesione delle prerogative consultive del Consiglio di Stato, per come declinate dall'art.17 l.cit.

Secondo un'altra suggestiva tesi, le predette disposizioni incorrerebbero, inoltre, nel vizio di eccesso di potere legislativo, nella misura in cui autorizzano, irragionevolmente o, addirittura, fraudolentemente, una deviazione macroscopica dagli schemi normativi tipici²⁶.

Come si vede, la forzatura di affidare a un atto atipico, adottato da un'autorità diversa dal Governo, l'introduzione nell'ordinamento di norme sub-legislative difficilmente catalogabili come atti di regolazione equiparabili alle deliberazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti comporta uno sconvolgimento dell'assetto costituzionale e ordinamentale delle fonti di produzione del diritto e impedisce, di fatto, un coerente e razionale inquadramento di esse nel sistema conosciuto (se non a costo di ricostruzioni scarsamente attendibili).

Ma, al di là delle difficoltà sistematiche appena segnalate, l'appalto (si perdoni il gioco linguistico) dell'attività normativa spettante al Governo a un'autorità diversa da esso e priva di responsabilità politica implica le non trascurabili criticità di seguito segnalate.

7.- La legittimazione democratica nella produzione del diritto.

In uno scritto risalente al 1967 (quando, cioè, mancava una disciplina normativa, di qualsiasi rango, dei regolamenti governativi) Enzo Cheli²⁷ identificava la legittimazione del potere regolamentare del Governo nella natura costituzionale di quest'ultimo (oltre che nel vincolo che lo lega alla maggioranza parlamentare) e, in particolare, nella funzione di indirizzo politico assegnata dall'art.95 Cost. al

²⁶ F. MODUGNO – A. CELOTTO, op. cit.; G. TARLI BARBIERI, op. cit.; A. MOSCARINI, op. cit., ove parla di *fraus constitutioni*.

²⁷ E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*.

Presidente del Consiglio dei Ministri, e, allo stesso tempo, individuava nella tipicità del regime giuridico degli atti normativi secondari la garanzia delle libertà dei cittadini.

Tale insegnamento, ancorchè fondato sulla diversa esigenza di discernere i confini della funzione normativa da quella amministrativa (nelle responsabilità affidate all'Esecutivo), si rivela quantomai attuale e, forse, risolutivo dell'aporia appena segnalata.

L'introduzione nell'ordinamento di norme giuridiche, destinate, come tali, a regolare i rapporti tra i cittadini e tra essi e le pubbliche amministrazioni, non può, infatti, che restare riservata ad autorità democraticamente legittimate a limitare le posizioni soggettive dei consociati.

La conformazione precettiva di diritti e libertà o l'introduzione di obblighi o doveri, nechè si risolve l'attività normativa (di qualsivoglia rango), può infatti, essere prodotta solo da decisioni politiche e, cioè, da autorità alle quali la Costituzione riconosce la rappresentatività della collettività (per mezzo della delega di sovranità tramite i meccanismi elettorali), e, quindi, solo al Parlamento o al Governo (che ritrae la sua legittimazione democratica dalla fiducia accordata dal Parlamento).

Ragionando *a contrario*, poi, dev'essere esclusa la titolarità della legittimazione a produrre norme di diritto in capo ad autorità del tutto sprovviste di quella legittimazione democratica che (sola) fonda il potere di limitare la sfera giuridica dei cittadini (con la singolare eccezione delle autorità amministrative indipendenti, nella misura in cui sono istituzionalmente incaricate di dettare regole solo tecniche e settoriali).

Occorre, allora, verificare, alla stregua del paradigma valutativo appena indicato, se le linee guida affidate all'ANAC (da valersi, ai fini che qui rilevano, come autorità priva di legittimazione democratica) obbediscono o meno alla regola della necessaria responsabilità politica nell'adozione di decisioni normative.

E' sufficiente, al riguardo, rammentare che gli artt.83 e 84 del Codice affidano alle linee guida dell'ANAC il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di

partecipazione alle procedure e il regime delle SOA, per dimostrare che il predetto atto (nonostante lo stravagante *nomen*, che, a riflettere bene, rivela anche stranezze e disarmonie lessicali) riveste una portata normativa particolarmente pregnante, nella misura in cui finisce per limitare o, comunque, condizionare l'accesso al mercato degli appalti pubblici e, in ultima analisi, lo stesso esercizio della libertà d'impresa.

Orbene, un atto preordinato a produrre effetti di conformazione dell'attività economica dei soggetti privati non può che restare affidato alla responsabilità politica di un'autorità legittimata democraticamente a intervenire sul contenuto dei diritti e degli obblighi dei cittadini (come il Parlamento o, al massimo, il Governo).

Coerentemente deve ritenersi quantomeno problematica la compatibilità con il sistema costituzionale delle fonti e della rappresentatività istituzionale l'affidamento (ancorché per legge) a un'autorità priva di legittimazione democratica del compito di limitare la sfera di libertà dei consociati per mezzo dell'adozione di un atto atipico e asistematico.

E non vale a risolvere il problema la previsione del parere delle commissioni parlamentari (introdotto con l'approvazione definitiva del decreto legislativo), sia perché tale adempimento istruttorio aggrava i profili di incoerenza con il sistema (le commissioni parlamentari, infatti, concorrono alla produzione normativa del Governo, rendendo i loro pareri a esso e non ad autorità diverse, prive di qualsiasi rilievo costituzionale) sia perché, in ogni caso, la competenza all'adozione dell'atto resta attribuita ad un'autorità priva di qualsivoglia responsabilità politica.

8.- Considerazioni finali: un nuovo equilibrio tra politica e mercato.

Le esigenze (del mercato e della finanza) di una regolazione più libera, informale e mobile non possono, per quanto pregnanti e urgenti, frustrare i valori costituzionali a una normazione politicamente responsabile e organizzata secondo modelli tipici e tassativi.

Se, infatti, gli interessi privati degli operatori, così come quelli generali alla crescita economica del Paese, appaiono più efficacemente realizzabili con strumenti di regolazione flessibile e dinamica, è anche vero che i diritti di libertà dei cittadini esigono una normazione responsabile, controllata e garantita da controlli di legittimità.

Come opportunamente (ma inutilmente) raccomandato dal Consiglio di Stato, andrebbe, allora, ripensato lo strumento (di per sé molto efficace e utile) delle linee guida, circoscrivendone l'operatività ai soli ambiti che esulano dal precetto normativo.

Si dovrebbe, perciò, *de iure condendo*, utilizzare gli strumenti di regolazione flessibile solo per istruzioni e raccomandazioni che non incidono direttamente sui diritti e sugli obblighi dei consociati e che attengono, invece, alle migliori pratiche di attuazione della normativa di riferimento e alla più efficace realizzazione dei suoi obiettivi.

Le linee guida, in altri termini, dovrebbero fungere da accompagnamento e da supporto (alle pubbliche amministrazioni) ai fini della più utile attuazione della normativa (primaria e secondaria di riferimento) e, in definitiva, a ottenere l'impatto più coerente con le ragioni e con gli scopi che hanno giustificato l'intervento regolativo.

Se ricondotte entro questi limiti, le linee guida, per un verso, risulteranno uno strumento di estrema efficacia (in ragione del loro carattere informale e duttile) e, per un altro, eviteranno di complicare (anziché semplificare) l'attuazione delle leggi, nella misura in cui possono generare un contenzioso dagli esiti incerti (sulla loro stessa compatibilità costituzionale), introdurre fattori di incertezza in ordine alla loro effettiva cogenza (restando, comunque, ambiguo il loro carattere prescrittivo) e complicare la stessa conoscibilità delle regole²⁸.

²⁸ E. ALBANESI, *La banca dati normativa e gli atti normativi non numerati*.

Coerentemente, dev'essere arginato il fenomeno della atipicità delle fonti secondarie, con conseguente riconduzione dell'attività di normazione sub-legislativa entro gli schemi regolamentari tipici.

Diversamente, si corre il rischio di affidare ad autorità prive di qualsivoglia responsabilità politica la determinazione *erga omnes* del contenuto dei diritti e degli obblighi dei consociati, con irrimediabile *vulnus* dei principi di rappresentanza democratica che fondano la cessione di sovranità dal popolo alle assemblee legislative e, per esse, all'Esecutivo.

Non solo, ma si rischia un pericolo più grave.

Si è detto che il mercato globalizzato spinge per una regolazione negoziata e concordata delle regole di funzionamento dei contratti, degli scambi e, in generale, delle operazioni economiche, sul presupposto che una decisione tecnica, e non politica, condivisa tra gli operatori e autorità separate dal Governo sia più utile, efficiente e funzionale agli interessi economici che muovono il settore di riferimento. Sennonchè, un tale modello di *governance* rischia di far prevalere gli interessi economici più forti e meglio organizzati, in danno di quelli più deboli e meno influenti, che, al contrario, resterebbero più garantiti, secondo la logica dello Stato liberale di diritto, da una regolazione politicamente e costituzionalmente responsabile.

Nella deregolazione globalizzata, in definitiva, finiscono per prevalere le posizioni più strutturate e per soccombere quelle più fragili, nell'assenza di quella mediazione di interessi che è propria della politica e che la tecnica (per definizione) ignora (e deve continuare a ignorare).

In una sciagurata eterogenesi dei fini, le strutture tecnocratiche, più che accrescere le opportunità di sviluppo e di concorrenza per tutti gli operatori, rischiano proprio di ridurre gli spazi di competitività per quelli meno capaci di influire su una regolazione sottratta alla politica.

Occorre, in altri termini, scongiurare il pericolo che la tecnocrazia si sostituisca alla democrazia e la competenza alla politica nella regolazione generale e astratta dei rapporti giuridici.

Bisogna, in definitiva, evitare, come avverte efficacemente Roberto Bin²⁹, di trasformare i cittadini da “*we, the people*” in “*we, the consumers*”.

Non ci resta, da ultimo, che auspicare che trasformazioni così radicali dell’assetto delle fonti del diritto (peraltro in un settore così vitale come quello degli appalti pubblici) vengano giudicate dalla Corte Costituzionale, che ne potrà (dovrà) scrutinare i profili di compatibilità e di contrasto con l’equilibrio dei poteri cristallizzato nella Carta fondamentale, impedendo, come profetizzato da Livio Paladin³⁰, “che esse sconvolgano il sistema della produzione normativa, costituzionalmente previsto o imposto”.

Carlo Deodato
Consigliere di Stato

pubblicato il 28 aprile 2016

²⁹ R. BIN, op. cit.

³⁰ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*.

