Linee guida Anac e “fuga” dall’Esecutivo*

di Valentina Giannelli **
(10 settembre 2018)

Sommario: Premessa. – 1. Dal regolamento governativo agli strumenti di regolazione flessibile. – 2. La problematica qualificazione giuridica delle linee guida Anac. – 2.1. (*Segue*) Una “vincolatività” mai esplicitata nel testo del Codice. – 3. Dall’efficacia dell’atto alla natura del rapporto. – 3.1. La dubbia riconducibilità dell’Anac alle Autorità amministrative indipendenti. – 4. Considerazioni conclusive.

Premessa

Sebbene le linee guida non rappresentino una novità introdotta dal vigente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016), è in questo ambito che trovano la più ampia diffusione. E ciò soprattutto in ragione della peculiare funzione ad esse assegnata dal legislatore del 2016, vale a dire – come noto – quella di “attuare” le prescrizioni codicistiche, sostituendo, così, il regolamento di esecuzione del vecchio codice (d.lgs. n. 163/2006).

Tali atti, adottati dall’Autorità nazionale anticorruzione e per lo più rivolti alle amministrazioni pubbliche, presentano un contenuto che va dall’imposizione di regole all’individuazione di obiettivi o, ancora, alla descrizione di buone prassi da seguire nell’ambito delle procedure di selezione del contraente pubblico.

Ma, contrariamente a quanto sarebbe stato lecito attendersi, vista la centralità del ruolo svolto e l’accennata varietà di contenuti, il Codice non fornisce indicazioni univoche né sulla natura delle linee guida Anac, né soprattutto, sull’efficacia vincolante o non vincolante alle stesse attribuita.

Si tenterà, dunque, di riflettere sull’efficacia di tali atti alla luce del potere di cui sono espressione, guardando altresì alla peculiare natura del soggetto che li adotta.

1. Dal regolamento governativo agli strumenti di regolazione flessibile

È noto che, almeno fino all’adozione del d.lgs. n. 50 del 2016, la materia dei contratti pubblici è stata caratterizzata dal sovrapporsi di numerosi atti normativi, spesso ispirati a principi disomogenei, tra i quali era tutt’altro che semplice orientarsi.

Si consideri, infatti, che il previgente d.lgs. n. 163/2006¹, malgrado la clausola di “riserva di codice” in esso contenuta, è stato «plurimodificato, non di rado con norme eccentriche contenute in altri atti normativi»².

Il che, com’è ovvio, ha fatto sì che il vero regolatore di questo settore diventasse il giudice amministrativo, chiamato a dirimere dubbi e contrasti applicativi³; tanto più che tale frammentazione normativa si inseriva in un contesto di per sé non particolarmente chiaro:

* Scritto proposto dal Prof. Alessandro Mangia.

¹ Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, adottato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, integralmente abrogato dal vigente d.lgs. n. 50/2016.

² Così, Cons. di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855 del 2016, reso sullo schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, par. I.a).4.

«solo sommando Codice e regolamento generale»⁴, la disciplina dei contratti pubblici si articolava già in 630 articoli e 37 allegati.

Ed è proprio la scelta di ricorrere al regolamento governativo per l'attuazione del Codice ad essere stata indicata come una delle cause – sia pure indirette – dell'eccessivo proliferare di “regole” nella materia in questione: il carattere «oltremodo dettagliat[o], minut[o] e vincolante» della disciplina di cui al d.P.R. 207/2010⁵, anziché essere un «valido usbergo per i funzionari pubblici e la premessa per una buona amministrazione», avrebbe finito col diventare «una “giustificazione” per frequenti interventi legislativi di dettaglio, curiosamente più rapidi ed incisivi di possibili modifiche al regolamento governativo»⁶.

Sicché, in vista dell'obiettivo – dichiarato dal legislatore sin dalla legge (delega) n. 11 del 2016⁷ – di «conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni vigenti in materia di contratti pubblici», è parso necessario prevedere «un sistema attuativo [del Codice] più snello e flessibile rispetto al modello tradizionale del regolamento unico di esecuzione e attuazione»⁸.

Il riferimento, come già accennato, è soprattutto al sistema delle linee guida adottate con delibera dell'Anac⁹, chiamate ad «assicurare la trasparenza, l'omogeneità e la speditezza delle procedure nonché a migliorare la qualità delle prestazioni e a fornire, al contempo, criteri unitari a garanzia del cittadino»¹⁰.

Basta, però, dare uno sguardo ad alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici per iniziare a dubitare del fatto che tali strumenti siano realmente idonei al raggiungimento degli obiettivi innanzi accennati.

Tra i molti riferimenti che il d.lgs. n. 50/2016 compie alle linee guida Anac si consideri, ad esempio, l'art. 84, in tema di qualificazione dei soggetti ammessi alle procedure di gara,

3 Cfr. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. n.2/2017, pag. 381.

4 Cons. di Stato, parere. n. 855 del 2016, par. I.a).6.

5 Regolamento di esecuzione e attuazione del codice del 2006, adottato ai sensi dell'art. 17, co. 1, l. n. 400/1988.

6 M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2016, 437. Nello stesso senso, si veda il citato parere del Cons. di Stato n. 855/2016, nel quale si afferma che «[l] livello di difficoltà procedurale di adozione del regolamento è stato, nella prassi recente, tale da indurre non di rado il legislatore a modificare il regolamento con legge, rivelandosi paradossalmente più veloce il procedimento legislativo di quello regolamentare, e producendosi una non corretta rilegificazione di singole disposizioni di una fonte di rango secondario» (par. II.f).1).

7 Si tratta della legge delega in virtù della quale è stato adottato il vigente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, mirante non solo al riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, ma anche a dare attuazione alle 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.

8 Legge n. 11/2016, art. 1 co.1 lett. d). In generale, sull'attuazione delle fonti primarie, si veda, oggi, F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Editoriale scientifica, Napoli 2018, 23 ss..

9 Oltre alle linee guida dell'Autorità anticorruzione, sono previsti altri agli atti adottati con decreto del Ministero delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'Anac, e numerosi decreti ministeriali previsti dal codice del 2016. Per la puntuale indicazione di tali strumenti di attuazione, si veda Cons. di Stato, parere n. 855/2016, par. II.g).2.

10 Relazione di accompagnamento allo schema di d.lgs. n. 50/2016

laddove, al comma 10, stabilisce che la violazione delle linee guida da parte delle cd. Società organismi di attestazione (SOA)¹¹ sia punita con l'irrogazione di sanzioni variamente determinate a seconda della gravità dell'infrazione.

Si tratta di una previsione dalla quale sarebbe consentito desumere l'efficacia vincolante delle linee guida ivi previste, contrariamente all'impostazione tradizionale che invece le vorrebbe come «espressione propria del potere di direttiva [...], che si declina, a sua volta, per mezzo di raccomandazioni, istruzioni operative e, quindi, [...] mediante l'indicazione delle modalità attuative del precetto normativo, ma mai per mezzo di regole cogenti e vincolanti»¹².

Ma, proseguendo nella lettura del Codice ci si accorge non solo che la previsione di una sanzione per la violazione delle linee guida non ricorre frequentemente, ma soprattutto che l'art. 213 co. 2 qualifica tali atti come «strumenti di regolazione flessibile», volti a «garanti[re] la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti [...] e a favori[re] lo sviluppo delle migliori pratiche».

La possibilità che tali strumenti producano effetti vincolanti sembra, però, riemergere immediatamente allorché lo stesso art. 213 precisa che «resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa». E ciò a meno di riuscire ad immaginare un interesse a ricorrere (direttamente) avverso un atto non vincolante¹³.

Che si tratti di strumenti normativi dai caratteri incerti è confermato anche dall'originaria formulazione dell'art. 83 del codice, prima cioè dell'intervento del cd. "Correttivo Appalti"¹⁴ del maggio 2017: in materia di selezione degli operatori economici, il d.lgs. n. 50/2016 aveva infatti stabilito che l'adozione delle linee guida Anac dovesse essere preceduta dall'acquisizione del *parere delle Commissioni parlamentari competenti*, alla stregua, cioè,

11 Si tratta di società di capitali che, previamente autorizzate dall'Anac verificano la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge in capo alle imprese partecipanti alle gare per l'affidamento di lavori pubblici. In particolare, le SOA rilasciano attestazioni in punto di: assenza dei motivi di esclusione previsti dal Codice (quali, ad esempio, condanne penali per gravi delitti, violazioni in materia fiscale e previdenziale, ecc...); possesso di requisiti tecnico-professionali e economico-finanziari; possesso della certificazione di sistema di qualità conformemente alle regole nazionali ed europee rilasciata da soggetti privati accreditati, nonché della certificazione del *rating* di impresa, rilasciata dall'Anac ai sensi dell' art. 84, comma 4, del Codice. Quanto alla natura delle funzioni esercitate da tali società, si veda, *ex multis*, Cons. di Stato, sez. VI, sent. n. 2029/2014, secondo cui «pur essendo organismi privati, rilasciano "attestazioni" aventi contenuto vincolato e rilievo pubblicistico, nell'esercizio di una funzione pubblicistica di certificazione (che sfocia in una attestazione con valore di atto pubblico)», avente cioè «la stessa valenza certificativa di quelli rilasciati da pubbliche amministrazioni». Fra i numerosi contributi sul sistema di qualificazione delle imprese, cfr., senza pretesa di esaustività, G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in R. Villata - M. Bertolissimi - V. Domenichelli - G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, tomo I, Cedam, Padova 2014, 299 ss.; P. PATRITO, *Le società organismo di attestazione: natura e responsabilità*, in *Giur. it.*, 2010, 1484 ss.; R. BARBERIO, *La natura giuridica degli atti delle SOA*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 996 ss.; E. BELLISARIO, *La responsabilità degli organismi di certificazione della qualità*, in *Danno e resp.*, 2011, 1017 ss.; F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino 2014, 145 ss..

12 Così, C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.*, n. 4/2016, 6.

13 Di regola, infatti, gli atti non vincolanti (es. pareri) sono impugnabili solo unitamente al provvedimento che, reso in attuazione degli stessi, lede l'interesse del ricorrente. In proposito, *ex multis*, cfr. Cons. di Stato, sez. IV, n. 1829/2012; Cons. di Stato, sez. V, n. 1902/ 2001; nonché T.A.R. Lazio (Roma), sez. II, n. 9543/2016.

14 D. lgs. n. 56 del 2017 recante "*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*".

di quanto sovente accade con riguardo all'attività normativa (di maggior rilievo) del Governo¹⁵.

Quel che è certo, però, è che, a partire dalla data di entrata in vigore di tali nuovi strumenti di "attuazione" del Codice, il d.P.R. n. 207/2010 sarà integralmente abrogato¹⁶.

Va da sé che la sostituzione del regolamento da parte degli atti cd. di regolazione flessibile non potrà avvenire in "un colpo solo"¹⁷: «ad una sommaria ricognizione degli atti attuativi», il Consiglio di Stato ne ha, infatti, censiti circa 50¹⁸.

La concreta operatività del nuovo Codice è rimandata, di fatto, al momento dell'effettiva adozione di tali atti¹⁹, con la conseguenza dell'indubbio dilatarsi dei tempi di passaggio dalla "vecchia" alla "nuova" disciplina, forse non troppo diversamente da quanto già accaduto in passato²⁰.

Tuttavia, anche nel caso di solerte attuazione del Codice, i termini della questione potrebbero non cambiare affatto, stante la perdurante assenza di indici testuali univoci alla luce dei quali spiegare la natura e l'efficacia degli atti in esame²¹.

Il che, per quanto possa non essere in sé un fatto straordinario²², non manca di destare qualche perplessità dal momento che l'Anac è un soggetto svincolato dal sistema politico-rappresentativo e dalle relative forme di responsabilità.

2. La problematica qualificazione giuridica delle linee guida Anac.

Se queste sono le premesse, non stupisce che le linee guida Anac siano state descritte ricorrendo a schemi e a qualificazioni giuridiche diversi, se non opposti.

Dal punto di vista sostanziale, la legge delega riconduce le linee guida al genere degli "atti di indirizzo" (lett. t) per poi qualificarli come strumenti di "regolamentazione flessibile", formula quest'ultima di cui – sia pure con qualche variazione – si serve anche il Codice²³.

Sembrirebbe trattarsi di strumenti che intendono richiamare – e neanche troppo velatamente – il noto schema del *soft law*. Infatti, come emerge chiaramente dalla

15 Criticamente sul punto, C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac*, cit., 9.

16 Art. 217, comma 1, lett. u) del Codice dei contratti pubblici. Tale articolo dispone inoltre abrogazione con effetto immediato di alcune parti del precedente regolamento.

17 Il legislatore delegato non ha, infatti, dato seguito all'indicazione fornita dal Consiglio di Stato, circa l'opportunità di inserire una disposizione abrogativa di chiusura, che, decorso un certo termine, prevedesse comunque la definitiva scomparsa del regolamento. Sul punto si veda, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2016, 509.

18 Per la puntuale indicazione degli atti attuativi, si veda Cons. di Stato, parere n. 855/2016, par. II.t).3.

19 Cfr. Cons. di Stato, parere n. 855/2016, in cui, al par. II.t).4., si afferma che «la scommessa del nuovo codice potrà essere vinta solo se la fase di adozione degli atti attuativi avverrà in modo tempestivo, ordinato, coordinato».

20 Il regolamento adottato con d.P.R. n. 207/2010 è stato infatti adottato circa quattro anni dopo l'entrata in vigore del previgente codice dei contratti pubblici.

21 Con riferimento ai riflessi sulla stessa legittimità degli atti di gara per ambiguità della disciplina in materia di appalti pubblici, si veda, di recente, Corte di giustizia UE, sez. VI, sentenza 2 giugno 2016, in causa C-27/15, con nota di M. CONDORELLI, in *Foro it.*, 2017, IV, 206 ss..

22 Si veda sul punto, anche per gli opportuni riferimenti, G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2008, 35 ss..

23 Il Codice impiega infatti il termine di "regolazione flessibile".

relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 50/2016, «[l]e linee guida, quale strumento di *soft law*, contribuiranno ad assicurare la trasparenza, l'omogeneità e la speditezza delle procedure nonché a migliorare la qualità delle prestazioni e a fornire, al contempo, criteri unitari a garanzia del cittadino. Esse avranno valore di atto di indirizzo generale, in modo da consentire il loro aggiornamento costante e celere, coerentemente con i mutamenti del sistema»²⁴.

Tuttavia, per quanto suggestivo, il riferimento al *soft law*, anziché dipanare le questioni sin qui segnalate, rischia di confonderle ulteriormente.

Il *soft law* è un fenomeno al quale sono riconducibili una congerie di atti, variamente denominati (dichiarazioni di principi, risoluzioni, carte, buone prassi, raccomandazioni, codici di condotta, linee guida, programmi d'azione, ecc..) ²⁵, il cui tratto essenziale sembrerebbe essere il *carattere non-vincolante* delle regole in essi contenute²⁶. Tale categoria ricomprenderebbe così strumenti «basati [...] sulla capacità persuasiva della razionalità delle condotte suggerite, piuttosto che sulla cogenza e sulla stabilità di un sistema dettagliatamente codificato»²⁷.

In altre parole, si tratterebbe di una forma di *nudging*²⁸ indicativa «non solo di un percorso di perdita del carattere “verticale” del diritto, ma anche, in un certo senso di un rimodellamento del suo criterio di legittimazione, che non è più affidato alla forma ma piuttosto a un contenuto o a delle modalità che sappiano riscuotere l'adesione indipendentemente dalle sanzioni»²⁹.

Ma è proprio nel caso di mancata adesione alla “regola”, che ci si accorge che «il *soft law* è in realtà più *law* di quanto non sia *soft*»³⁰: il soggetto destinatario può scegliere se seguire le indicazioni oppure discostarsi da esse; tuttavia, in questo secondo caso deve sempre fornire una motivazione puntuale delle ragioni della propria scelta difforme rispetto a quella indicata. E, ciò, non troppo diversamente da quanto accade nel caso di mancata osservanza di una circolare o norma interna, «che sono [sì] atti di per sé *non vincolanti*,

24 Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 50/2016, 2.

25 Criticamente sulla nozione di *soft law*, cfr. R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, in *Scritti in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 27 ss. (ad avviso dell'A. «siamo in un mondo di ectoplasmi normativi, riassunti nella comoda categoria del *soft law*, dotati di un potere regolativo più o meno intenso, laddove l'intensità non è da misurare con la maggiore minore efficacia di queste discipline, ma è determinata dal maggiore o minore impiego degli strumenti sanzionatori, rientranti nel tradizionale monopolio statale»; V. E. MOSTACCI, *La soft-law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova 2008, 2 (secondo l'A, si tratterebbe di «un insieme disomogeneo di atti e fatti normativi»); B. PASTORE, “*Soft law*”, *gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, 5 ss.; M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2017, 147 ss.; B. BOSCHETTI, *Soft Law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2/2016, 32 ss.; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *Annuario 2005. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del XX Convegno Annuale. Catania, 14-15 ottobre 2005*, Cedam, Padova 2007, 369 ss..

26 In part., cfr. M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, cit., 147 ss..

27 S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1/2016, 9 ss..

28 Sulle differenze tra *soft law* e *nudge*, cfr. S. VALAGUZZA, *op. ult. cit.*, 11 ss.. Con riferimento in generale al *nudging*, non si può che rimandare a R.H. THALER C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile*, Feltrinelli, Milano 2009; più di recente, C.R. SUNSTEIN, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano 2014, in part. 170 ss..

29 M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna 2010, 38.

30 A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., 369 ss..

[*ma pur sempre*] tipiche *manifestazioni di normatività* nell'ambito dell'ordinamento amministrativo»³¹.

Se si muove da questa angolazione si comprende come sia improprio oltre che fuorviante ricondurre le linee guida Anac allo schema del *soft law*. E ciò anzitutto perché l'attribuzione all'Autorità anticorruzione del potere di adottare strumenti di regolazione flessibile risponde – come già accennato – all'intento di superare il regolamento di attuazione e di esecuzione in materia di appalti pubblici³² e non a quello di eliminare l'obbligatorietà delle indicazioni rivolte alle amministrazioni destinatarie delle stesse.

Il ricorso al modello del *soft law* non sarebbe, del resto, dirimente neanche nel caso in cui tutte le linee guida fossero riconducibili allo schema delineato dall'art. 213 co. 2, laddove cioè si trattasse (esclusivamente) di atti volti a fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti.

Come già rilevato in dottrina, tali linee guida potrebbero ricondursi ad istituti ben noti e controversi almeno quanto il *soft law*: il riferimento è alla categoria delle direttive³³, vale a dire ad atti che – come si dirà meglio in seguito – «non hanno l'intendimento di vincolare la discrezionalità del destinatario, creando in quest'ultimo non l'obbligo di conformarsi, ma quello solo di tenerle presenti e di non discostarsene senza un motivo plausibile»³⁴.

In ogni caso, il Consiglio di Stato, nel parere sullo schema del (venturo) d.lgs. n. 50/2016, ha spiegato la natura giuridica delle linee guida senza ricorrere a nessuna delle figure innanzi richiamate. Ad avviso dei giudici amministrativi, «mentre [*le linee guida*] a carattere “non vincolante” [*parrebbero*] pacificamente inquadrabili come *ordinari atti amministrativi*», quelle vincolanti sarebbero da ricondurre «alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che *non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, di regolazione*» (corsivo aggiunto)³⁵.

In particolare, secondo tale ricostruzione, la natura di atto amministrativo generale assegnata alle linee guida vincolanti sarebbe desumibile dal combinarsi della «valenza certamente generale dei provvedimenti in questione» con «la natura del soggetto emanante [*che*] si configur[erebbe] a tutti gli effetti come un'Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche di regolazione)»³⁶.

Si tratterebbe, tuttavia, di atti di regolazione rispetto ai quali il principio di legalità si caratterizza in modo peculiare. Infatti, se con riguardo agli atti adottati dalle altre Autorità, «la legge, [...] in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso», nel caso delle linee guida Anac «la legge, invece, ha definito in modo più preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere, lasciando all'Autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto

31 M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, cit., 147 ss.. Sulla sindacabilità degli atti di *soft law*, cfr., sia pure con riferimento ad altro ordinamento, l'Adunanza plenaria del *Conseil d'Etat*, n. 368082/2016, che ha ammesso in via generale l'impugnabilità di atti di *soft law* «*de nature à produire des effets notables [...] ou [qui] ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent*» (in *La Semaine Juridique Edition Générale* n. 22/2016, 623 ss.).

32 L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1/2016, 72 ss..

33 Sul punto, in part., si veda, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2016, 273 ss..

34 S. D'ALBERGO, *Direttiva* (voce), in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano 1964, 603 ss..

35 Cons. di Stato, parere n. 855/2016, par. II.g).5.

36 *Ibidem*.

primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi»³⁷.

Sebbene tale ricostruzione appaia fondata sull'assunto (indimostrato) della riconducibilità dell'Anac al novero delle autorità amministrative indipendenti³⁸, di certo ha però il vantaggio di spiegare una "nuova" tipologia di atti alla luce di un modello di regolazione ampiamente noto e consolidato, quale può ritenersi quello delle *authorities*³⁹.

Sulla scorta di ciò infatti il Consiglio di Stato non ha mancato di precisare che i provvedimenti Anac devono essere assistiti dalle medesime garanzie procedurali proprie degli atti delle autorità indipendenti, vale a dire – ad esempio – dall'obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di consultazione dei destinatari, nonché all'esigenza di dotarsi per gli interventi di rilievo significativo di strumenti quali l'analisi di impatto della regolazione (AIR) e la verifica *ex post* dell'impatto della regolazione (VIR).

Si tratta però di una impostazione ampiamente criticata da quella parte della dottrina, invero prevalente, ad avviso della quale le linee guida ad efficacia vincolante sarebbero da considerare più propriamente alla stregua di *atti di natura regolamentare*⁴⁰. Tale tesi, muovendo dall'assenza di tipizzazione del potere regolamentare⁴¹, si sofferma sul fatto

37 Cons. di Stato, parere n. 1767/ 2016, 2 agosto 2016, par. 4.

38 Sul punto, cfr. *infra*, par. 3.1.

39 Sul fenomeno della regolazione delle autorità, senza pretesa di esaustività, si ricordano: E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 13, Giappichelli, Torino 2003, 73 ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/1997, 645; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in A.A.V.V., *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Giuffrè, Milano 1997, 90; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2001, 176 ss.; Id., *Il potere regolamentare di Isvap dopo il codice delle assicurazioni*, in *www.giustamm.it*, 2006; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Giuffrè, Milano 2006, 210 e ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano 2007; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna 2000, 29 ss.; Id., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, il Mulino, Bologna 2006, 43 ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *I Garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, il Mulino, Bologna 1996, 87 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Pol. dir.*, 1997, 657 ss.; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca impr. soc.*, 2003, 39 ss.; Id., *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna 2005, 150 ss.; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova 2002; M.A. CABIDDU – D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 13; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti (voce)*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma 1991, XXVI, 1 ss..

40 Cfr. G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'Anac*, cit., 273; nonché F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida*, cit., 381 ss..

41 Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1978⁴, 120. In questo senso, ma con particolare riferimento al tentativo della legge n. 400/1988 di "tipizzare" il potere regolamentare, si veda, G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. Mangiameli (a cura di), *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2008, 332; A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 5075 ss.; nonché M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo*, Jovene, Napoli 2011, 15 (ad avviso del quale, malgrado la vigenza della legge n. 400/88, le fonti regolamentari «[hanno] continuato a sottrarsi a ogni tentativo di razionalizzazione, fuoriuscendo dagli schemi delineati dall'art. 17 e proliferando in una grande varietà di forme atipiche»). Inoltre, sulla possibilità che la riforma del Titolo V della Costituzione abbia, invece, mutato il carattere atipico del potere regolamentare, si veda, in part., R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli 2004, 334. In senso contrario, per tutti, G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, 2002, 808, secondo il quale «sarebbe temerario, alla luce della storia del nostro ordinamento, sostenere [...] che il nuovo Titolo V impone

che gli atti in esame, al pari dei regolamenti, sarebbero «caratterizzat[i] dalla c.d. generalità spaziale, in quanto sono rivolt[i] ad una pluralità indeterminata di soggetti, e dalla c.d. generalità temporale, dato che è ravvisabile la ripetibilità della loro applicazione nel tempo»⁴².

Sarebbero, dunque, distanti dalla categoria degli atti amministrativi generali a contenuto non normativo, avendo, all'opposto, tutte le caratteristiche tipiche degli atti normativi, vale a dire astrattezza, generalità, capacità innovativa, carattere non eccezionale né temporaneo⁴³.

Tuttavia, se si considera il fatto che tali caratteri potrebbero ben descrivere il contenuto delle stesse linee guida non vincolanti, si comprende come, in realtà, resti sospesa la risoluzione del problema – niente affatto scontato – dell'individuazione dell'efficacia da riconoscere a ciascuna linea guida.

2.1. (Segue) Una “vincolatività” mai esplicitata nel testo del Codice

Basta infatti effettuare una banale ricerca testuale per accorgersi che il d.lgs. 50/2016 non riferisce mai il termine “vincolante” alle linee guida adottate dall'Autorità anticorruzione.

Per trovare traccia di linee guida dotate di effetti “vincolanti” occorre, anzitutto, riferirsi al contenuto della legge delega n. 11/2016 e, da lì, ripercorrere l'iter di adozione del Codice vigente.

Ed è proprio tra i criteri direttivi fissati dalla richiamata legge delega che compare, per la prima volta, l'attribuzione all'ANAC di «poteri [...] 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»⁴⁴ (corsivo aggiunto).

Si tratta di una possibilità che il Governo, in sede di esercizio della delega, coglie immediatamente. Ancora tramite ricerca testuale, si nota, infatti, che l'art. 197 co. 4 dello schema di decreto legislativo, nell'ambito del cd. affidamento a contraente generale⁴⁵,

le seguenti nuove regole costituzionali: 1) tutti gli atti che la Costituzione chiama regolamenti nel Titolo V debbono portare il nome ufficiale di regolamenti e sono atti normativi per la sola loro forma; 2) nessun atto diverso dai primi può portare il nome di regolamento e pretendere il trattamento degli atti normativi».

42 G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'Anac*, 279.

43 Sulla distinzione tra fonti secondarie e atti amministrativi generali, cfr., *ex multis*: A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, 217 ss. (ad avviso dell'A. gli atti amministrativi generali si distinguerebbero dagli atti regolamentari in ragione dell'assenza del carattere dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento); M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, *ivi*, 1953, III, 18 ss. (il quale sostiene che gli atti amministrativi generali «hanno per scopo la cura di un interesse pubblico concreto e puntuale, che ne costituisce il motivo»; per contro, i regolamenti hanno di mira «la regolazione astratta di rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico»); G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Giuffrè, Milano 1962, 193 ss. (che si sofferma in particolare sul criterio della novità); E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano 1967, 443 (secondo la cui ricostruzione occorre soffermarsi «la natura del potere o la forma intesa come estrinsecazione dinamica del potere stesso»); V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano 1968, 947 ss.; C. MORTATI, *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 10 ss. (il quale si sofferma in particolare sul criterio dell'astrattezza). Più recentemente, v. G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, il Mulino, 1998, 21 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli 2003, 125 ss.

44 Legge n. 11/2016, art. 1 lett. t).

45 Si tratta di uno strumento – disciplinato dagli artt. 194 e ss. del d.lgs. n. 50/2016 – che consente l'affidamento ad un soggetto di una pluralità di prestazioni volte a consentire la realizzazione di un'opera pubblica di particolare complessità, dalla sua progettazione alla fase esecutiva.

qualifica espressamente come vincolanti le linee guida Anac aventi ad oggetto i «requisiti di adeguata capacità economica e finanziaria, di adeguata idoneità tecnica e organizzativa, nonché di adeguato organico tecnico e dirigenziale» necessari – appunto – ai fini della qualificazione del contraente generale.

Ma tale riferimento scompare definitivamente nel passaggio alla versione definitiva del vigente Codice, il quale – vale la pena di precisare – *non solo non definisce come vincolante alcuna delle linee guida indicate, ma non prevede, neppure in via generale (come invece accade nella legge delega), che taluni atti adottati dall'Anac possano avere efficacia vincolante rispetto alla successiva attività delle stazioni appaltanti.*

E non pare trattarsi di una mera “dimenticanza” dal momento che, in sede di formulazione del parere sullo schema di decreto legislativo, il Consiglio di Stato non ha mancato di suggerire al legislatore delegato l’inserimento nel testo dell’art. 213 comma 2 di un riferimento esplicito agli “atti di regolazione a carattere vincolante”.

L’interrogativo che ne deriva è quanto mai ovvio: *da cosa si evince allora il carattere vincolante delle linee guida Anac già adottate o da adottare?* Questione, questa, particolarmente problematica soprattutto se si assume l’angolo visuale della stazione appaltante, che, in caso di inosservanza di linee guida vincolanti, vedrebbero i propri atti “sanzionati” con una illegittimità per violazione di legge⁴⁶.

Gli studiosi del diritto amministrativo non hanno, per vero, mancato di enucleare una serie di indici testuali alla stregua dei quali stabilire quali linee guida siano dotate di efficacia vincolante e quali non lo siano⁴⁷; così come il Consiglio di Stato, in sede di parere sullo schema di codice, ha individuato, sia pure a titolo esemplificativo, una serie di disposizioni contenenti il rinvio a linee guida vincolanti⁴⁸.

Il punto però è che l’individuazione chiara ed univoca dell’efficacia da assegnare agli atti in questione è – almeno ad oggi – per lo più contenuta nei pareri che il Consiglio di Stato, su richiesta dell’Anac, ha formulato su ciascuno di essi⁴⁹. Infatti, se si considerano le dieci linee guida sinora adottate, può dirsi che ciò si verifichi almeno in sette casi⁵⁰.

46 Cfr. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni Anac*, cit., 381 ss..

47 Sul punto, cfr. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 277 ss.. In particolare, ad avviso dell’A. «la natura vincolante [sarebbe] consustanziale a talune delle regolazioni di cui l’Anac è onerata *ex lege* ad es. la definizione dei criteri e delle modalità attraverso cui definire i requisiti di compatibilità, moralità e professionalità per essere iscritti nell’albo delle commissioni giudicatrici non può che esplicitarsi tramite regole vincolanti, in quanto impinge sullo *status* professionale. E difatti vengono stabilite le procedure da seguire per formare le commissioni, i requisiti richiesti, le modalità di iscrizione e di aggiornamento, tutte materie che non possono che essere disciplinate attraverso norme precettive. Lo stesso è a dirsi per le linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni (RUP) emanate ai sensi dell’art. 31, comma 5 del Codice, in quanto disposizioni integrative della fonte primaria, in materia di *status* (requisiti di professionalità) e di competenze di un organo amministrativo».

48 Cons. di Stato, parere n. 855/2016, par. II.g).5.

49 La preventiva richiesta di parere al Consiglio di Stato non è, tuttavia, obbligatoria alla luce della disciplina codicistica. Ad avviso del Consiglio di Stato, tale richiesta di parere da parte dell’Anac risponderebbe ad una logica di «fattiva cooperazione istituzionale», che confermerebbe «un’evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all’art. 100 della Costituzione, poiché si fa ricorso alla “consulenza giuridico-amministrativa” dell’Istituto anche per atti non tipici e *sui generis*» (Cons. di Stato, parere n. 1767/2016, par. 1.1.).

50 Il riferimento è alle linee guida nn. 3 (in cui, oltre che nel parere del Cons. di Stato, l’efficacia delle linee guida è individuata nella relazione illustrativa delle stesse), 7 (in cui sono le stesse linee guida a precisare in apertura che sono dotate di efficacia vincolante), 8 (in cui la precisazione dell’efficacia non vincolante è contenuta nella stessa delibera di attuazione delle linee guida). Ciò nonostante la previsione di

Si tratta, tuttavia, di pareri dai quali non è affatto agevole desumere un puntuale criterio distintivo generale, poiché – ad avviso dei giudici amministrativi – il carattere vincolante sarebbe da attribuire alle sole linee guida con «valenza integrativa del precetto primario»⁵¹; per contro, l'efficacia non vincolante si riscontrerebbe nelle linee guida aventi funzione meramente interpretativa dello stesso⁵².

E, se a ciò si aggiunge la possibilità che all'interno del medesimo atto vi siano delle parti aventi contenuto precettivo ed altre aventi contenuto di indirizzo⁵³, si comprende come si corra concretamente il rischio che la determinazione dell'efficacia di questi atti possa di fatto dipendere dal *quantum* di discrezionalità effettivamente esercitato dall'Anac⁵⁴.

3. Dall'efficacia dell'atto alla natura del rapporto

In realtà, che l'indagine sulla qualificazione formale dell'atto possa non risolvere totalmente il problema dell'efficacia da riconoscere allo stesso è un dato che non dovrebbe stupire troppo.

Basti, infatti, rammentare che non vi è stata unanimità di vedute neppure su un elemento rispetto al quale sembrava poter regnare «l'accordo più perfetto»⁵⁵, vale a dire sull'efficacia vincolante – segnatamente, in termini di inderogabilità – dei regolamenti. E ciò alla luce del rilievo per il quale il regolamento sarebbe «per sua caratteristica, estremamente variabile e condizionato nella sua efficacia ad una sorta di rinnovato patto di accettazione reciproca tra il soggetto che lo forma e coloro che vi si adeguano»⁵⁶.

cui all'art. 2.2. del regolamento adottato dall'Anac il 13 giugno 2018, secondo la quale «nel testo di ciascun provvedimento adottato è specificata la natura dell'atto e indicata l'efficacia vincolante o meno delle disposizioni ivi contenute».

51 Si tratta di una formula utilizzata nel parere reso dal Consiglio di Stato sulle linee guida n. 5 recanti "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici", disponibile sul sito dell'Anac, nella sezione "Regolazione contratti".

52 Cons. di Stato, parere n.1767/2016, par. 3.

53 Si tratta di quanto accade con riferimento alle linee guida n. 9 recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato". Sul punto, ad avviso del Consiglio di Stato «[...] non vi è alcun ostacolo, di carattere testuale o sistematico, alla coesistenza nelle Linee Guida di contenuti vincolanti e non vincolanti. Al contrario, l'unificazione formale in un unico atto risponde meglio ai canoni di *better regulation* evidenziati da questo Consiglio di Stato in occasione del parere sullo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici (Comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855; in particolare: §§ II.e), II.f) e II.g)). Nondimeno, al fine di evitare incertezze applicative è indispensabile che le Linee guida rispondenti a questo modello rechino una espressa autoqualificazione, ovviamente sulla base delle previsioni normative, e che sul piano sistematico i diversi contenuti siano indicati in modo separato».

54 Si tratta di rilievi che hanno condotto a dubitare della stessa legittimità costituzionale della legge delega (art. 1, comma 1., lett. t) nella parte in cui ha attribuito ad un soggetto estraneo al sistema Parlamento-Governo un potere normativo «"anche vincolante", fonte di restrizioni e sanzioni, senza averne definito per niente condizioni e limiti"». Così M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 443.

55 L'espressione si ritrova in G. ZANOBINI, *Sul fondamento dell'inderogabilità dei regolamenti*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1955, 159 ss.. Per un'indagine critica sul principio di inderogabilità della norma regolamentare, si veda, altresì, E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano 1967, 355 ss.; nonché L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova 1966, 35 ss..

56 G. BERTI, *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova 2001⁴, 153.

In questa prospettiva, il regolamento «cont[errebbe] direttive, e perciò [sarebbe] in esso implicita la possibilità di adattamenti e di deroghe in relazione alla conoscenza e all'esperienza effettiva che esso dovrebbe comunque comprendere nell'ambito dei suoi significati normativi»⁵⁷.

Il riferimento agli atti di indirizzo e, in particolare, all'efficacia da riconoscere alle direttive rinvia, a ben vedere, ad una questione ancor più controversa.

Ad avviso di quanti si rifanno alla lezione di Bachelet, il destinatario della direttiva avrebbe soltanto l'obbligo «di tenerla presente e di non discostarsene senza motivo plausibile»⁵⁸; in modo così da consentire il mantenimento di un certo equilibrio tra il potere di direzione assegnato all'autorità emanante la direttiva e l'autonomia del soggetto al quale la stessa si rivolge⁵⁹.

Non sono però mancate considerazioni di segno opposto, per le quali cioè la direttiva avrebbe carattere tendenzialmente vincolante⁶⁰, né posizioni intermedie alla luce delle quali la stessa lascerebbe «una certa discrezionalità nella esecuzione, ma essa non [potrebbe] essere tanto ampia da ridurre la direttiva ad una raccomandazione non vincolante, né viceversa tanto limitata da contrarla in un ordine»⁶¹.

E l'efficacia delle direttive è tanto più difficile da individuare se si consideri la significativa varietà di contenuti che le stesse possono recare: per quanto, di consueto, le direttive contengano «l'indicazione pura e semplice di fini da perseguire e, talvolta, l'indicazione parziale dei mezzi per il loro perseguimento»⁶², abbondano altresì gli atti di indirizzo corredati da prescrizioni puntuali, istruzioni o, addirittura, norme regolamentari⁶³.

Si comprende allora come da tempo si segnali la «impossibilità di costruire una figura unica di direttiva – e di direzione – *indipendentemente dalla diversità dei rapporti su cui fonda*»⁶⁴. Sicché, «*più che fermarsi ad una valutazione delle direttive in se stesse, appare quindi necessario risalire al potere che esse esprimono: potere che va a sua volta considerato nel quadro complessivo delle relazioni intercorrenti tra gli organi o soggetti*

57 Ivi, 154.

58 V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nella amministrazione pubblica dell'economia*, Giuffrè, Milano 1957, 103 ss..

59 Cfr. G. SCIULLO, *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Giappichelli, Torino, 1990, 98 ss..

60 D'ALBERGO, *Direttiva* (voce), cit., 607 ss..

61 G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Utet, Torino 1977, 87. Nello stesso senso, con riferimento in generale alle cd. norme direttive, si veda, S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1945, 127 ss.. Per un'ampia disamina dell'evoluzione della nozione di direttiva, si veda, E. CATELANI, *Contributo allo studio delle direttive interorganiche*, Giappichelli, Torino 1999; nonché, ancor prima, M. CLARICH, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Studi in onore di V. Palazzolo*, cit., 1986, richiamato poi in F. MERUSI – M. CLARICH, *Direttiva* (voce), in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma 1990.

62 Cfr., con particolare riguardo alle direttive ministeriali rivolte agli enti di gestione, F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Giuffrè, Milano 1965, 281.

63 Cfr., anche per alcuni esempi, R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè 1988, 92. In particolare, l'A. rileva che «se possono ammettersi "direttive" costituite da ordini o da regolamenti amministrativi, esse non possono però svuotare i poteri del destinatario da ogni discrezionalità e devono pertanto ritenersi disapplicabili o derogabili nel caso singolo, seppure con la necessaria motivazione: hanno una obbligatorietà depotenziata o "condizionata"» (ivi, 94).

64 L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, Padova 1974, 183. Nello stesso senso, cfr. R. BIN, *Atti normativi*, cit., 93.

che lo esercitano e nei cui confronti è esercitato, delle loro reciproche posizioni e di quelle degli interessi che incorporano» (corsivo aggiunto)⁶⁵.

Il che, più che individuare un'opzione interpretativa riferibile alle sole direttive, rinvia al più generale criterio di inquadramento giuridico di ogni fonte produttiva di regole. Se si muove dall'assunto che per "fonte" debba intendersi «non tanto l'atto quanto il potere che nell'atto si viene a concretare»⁶⁶, risulta infatti chiaro come per tentare di comprendere natura ed efficacia dell'*atto* occorra interrogarsi sul *potere* di cui lo stesso è espressione.

Ragionando in questa direzione, si potrebbe allora provare ad indagare sull'efficacia delle linee guida Anac a partire dal potere che l'Autorità anticorruzione sembrerebbe esercitare nei confronti delle stazioni appaltanti, o più in generale dal rapporto intercorrente tra la stessa Autorità di regolazione e le amministrazioni destinatarie di tali atti

Quasi d'istinto si potrebbe osservare che il potere riconosciuto all'Anac di adottare linee guida rivolte alle amministrazioni pubbliche rinvii a un rapporto di organizzazione «che comport[*a*] un certo grado di supremazia di un organo o di un soggetto rispetto ad un altro, ma [*che*] non trov[*a*] una collocazione soddisfacente nello schema concettuale della gerarchia»⁶⁷. Sembrerebbe cioè trattarsi di atti espressione di un *potere* assimilabile a quello di *direzione*⁶⁸ esercitato dall'Anac al fine di favorire la trasparenza nel settore dei contratti pubblici, la cui efficacia dovrebbe essere di "intensità" minore rispetto a quella generalmente riconducibile alla categoria degli *ordini*⁶⁹. E ciò non solo per una certa contiguità semantica tra l'espressione "linee guida" e "atti d'indirizzo", ma anche alla luce dei poteri di controllo e di vigilanza esercitati dall'Anac nei confronti delle stazioni appaltanti e degli esecutori di lavori pubblici, che danno generalmente luogo «ad un legame organizzativo che per definizione si innerva tramite lo strumento della direttiva»⁷⁰.

In termini generali, dunque, stando alla logica della *direzione*, l'adozione delle linee guida avrebbe l'effetto di delimitare, lasciandolo tuttavia integro, il potere discrezionale esercitato dalle amministrazioni cui sono rivolte; di modo che, tutte le volte che queste ultime vogliano discostarsi dal contenuto delle linee guida, non dovrebbero fare altro che motivare puntualmente le ragioni della diversa scelta amministrativa.

Il punto però è che ciò servirebbe a spiegare solo le linee guida non vincolanti, rispetto alle quali il Consiglio di Stato ha precisato che «ferma la imprescindibile valutazione del caso concreto, l'amministrazione potrà non osservare le linee guida [...] se le peculiarità della fattispecie concreta giustificano una deviazione dall'indirizzo fornito dall'Anac ovvero se sempre la vicenda puntuale evidenzia illegittimità delle linee guida nella fase attuativa»⁷¹.

Per contro, la natura vincolante di certe linee guida «non lasc[*erebbe*] poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni o agli enti aggiudicatori, che sono obbligati a darvi concreta attuazione».

65 L. CARLASSARE, *Amministrazione*, cit., 183.

66 E. CHELI, *Potere regolamentare*, cit., 392 ss..

67 R. BIN, *Atti normativi*, cit., 86.

68 Sul punto, cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Cedam, Padova 1989 (rist. 1969); nonché, in seguito, V. ANGIOLINI, *Direzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, V., Giappichelli, Torino 1990, 109 ss..

69 Il riferimento è – come noto – all'impostazione di M.S. GIANNINI (in *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1967, 295) per la quale il potere di direzione rappresenterebbe un modo riassuntivo di tutte quelle manifestazioni di poteri meno estesi di quelli della gerarchia e qualitativamente diversi dal potere di emanare ordini.

70 G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac*, cit., 284 ss..

71 Cons. di Stato, parere n. 1767/2016, par. 4.4.

Infatti, malgrado il Consiglio di Stato abbia tentato di attenuare il rigore di una tale affermazione puntualizzando che «la vincolatività dei provvedimenti non esaurisce sempre la “discrezionalità” esecutiva delle amministrazioni»⁷², quel che conta rilevare è che il carattere vincolante delle linee guida comporta «che in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali»⁷³.

Il che, evidentemente, indurrebbe a ipotizzare che le linee guida vincolanti siano espressione di un potere diverso da quello di direzione da cui si sono prese le mosse. E, in tale caso, sarebbe lecito attendersi due diversi procedimenti di adozione, l'uno applicabile alle linee guida vincolanti e l'altro alle linee guida non vincolanti, o quantomeno un procedimento almeno parzialmente differente.

Se si muove, infatti, dall'assunto che l'atto non è «l'espressione preconstituita di un soggetto privilegiato» quanto, semmai, «il prodotto della funzione», cioè del potere che si svolge all'interno di un procedimento, si capisce come ogni caratteristica dell'atto debba potersi spiegare alla luce del relativo procedimento di adozione, che ne è, dunque, lo specchio⁷⁴.

Tuttavia, nel caso delle linee guida Anac ciò non accade.

Infatti, come si legge nell'art. 213 co. 2, l'Anac, «per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice»; «trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti».

In altre parole, l'approvazione di *tutte* le linee guida Anac avviene all'esito di un unico tipo di procedimento, caratterizzato dalla partecipazione “attiva” dei soggetti cui le stesse sono rivolte⁷⁵. Per quanto tale procedimento possa incrementare le «probabilità di “successo” in termini di accettazione e condivisione delle scelte di merito adottate»⁷⁶, il fatto che sia il medesimo tanto nel caso delle linee guida vincolanti quanto nel caso di quelle non vincolanti non manca, invero, si suscitare qualche perplessità, attesa la diversità di effetti dalle stesse prodotti.

72 *Ibidem*.

73 *Ibidem*.

74 Così G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi Guicciardi*, Padova 1975, 780 ss., ora anche in *Id.*, *Scritti scelti*, Jovene, Napoli 2017, 537 ss..

75 Per l'indicazione degli atti sottratti a consultazione pubblica, si veda l'art. 3.3 del regolamento Anac del 13 giugno 2018, in tema di “definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi qualitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR)”.

76 R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2017, 23. Per una riflessione sulle trasformazioni più recenti della funzione stessa del procedimento, con particolare riguardo alle finalità di partecipazione degli interessati, si veda, E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in *A.A.V.V., Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Giuffrè, Milano 2008, 211 ss..

3.1 La dubbia riconducibilità dell'Anac alle Autorità amministrative indipendenti

A rilievi da ultimo prospettati si potrebbe però opporre che le linee guida vincolanti siano da ascrivere agli atti di regolazione comunemente adottati dalle Autorità amministrative indipendenti; di modo che l'efficacia vincolante degli atti in esame si spiegherebbe in ragione soltanto dell'appartenenza dell'Anac al modello delle *authorities*, senza che vi sia alcun bisogno di indagare oltre⁷⁷.

In quest'ottica, il potere normativo dell'Autorità anticorruzione sarebbe, al pari di quello attribuito di norma alle autorità indipendenti, espressione di «un peculiare modello di azione e di organizzazione amministrativa chiamato a svolgere, in piena indipendenza, compiti di regolazione in ambiti caratterizzati da un elevato grado di competenza tecnica»⁷⁸.

Tuttavia, non è affatto scontato che l'Anac sia *pacificamente* riconducibile al modello così definito.

Per quanto sia difficile ricondurre ad un unico tipo le numerose autorità indipendenti ad oggi esistenti⁷⁹, tratto distintivo comune a tutte è, senza dubbio, il carattere neutrale.

E se per "neutralità" deve intendersi l'assoluta indifferenza rispetto agli interessi implicati al momento dell'esercizio di un determinato potere⁸⁰, nella ricostruzione proposta da taluni studiosi, l'Anac non è parsa «affatto un'amministrazione neutrale»⁸¹: una volta che tale Autorità «[abbia] assunto il, pur relevantissimo, compito di prevenire e contrastare la "corruzione", la distanza dall'amministrazione neutrale si è fatta ancor più netta. L'interesse pubblico in questione, lungi dal presupporre un approccio neutrale e indifferente rispetto agli interessi in gioco, esprime una evidente e potente carica finalistica»⁸². Sicché, sarebbe «trasparente (e non potrebbe essere che così) la condivisione di un tale interesse tra l'Anac e l'Esecutivo»⁸³.

In quest'ottica, ad allontanare l'Anac dal modello delle autorità amministrative indipendenti sarebbe stata la scelta del legislatore di affidare alla stessa non la tutela del regolare funzionamento di un determinato settore del mercato (come ad esempio nel caso dell'ARERA), bensì rilevanti poteri di coordinamento di un ambito vasto e variegato quale è quello dei contratti pubblici, in vista del raggiungimento di un interesse per sua natura trasversale.

77 Cfr. Cons. di Stato, parere n. 855/2016, par. II.g)5. In particolare, ad avviso dei giudici amministrativi, l'aver ricondotto le linee guida agli atti di regolazione delle autorità indipendenti «riconferma, gli effetti vincolanti ed *erga omnes* di tali atti dell'ANAC, come disposto dalla delega (in particolare dalla lettera t), che come si è detto parla di "strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante"».

78 Così, di recente, R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo*, cit., 3.

79 Cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Cedam, Padova 1999, 13.

80 Sul concetto di neutralità, cfr. L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 83 ss.; nonché A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in ID., *Scritti giuridici*, Jovene, Napoli 1990, vol. II, 261 ss.. Sul concetto di imparzialità, si veda A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova 1973, 120; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova 1965, 62 ss..

81 F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 381 ss..

82 *Ibidem*.

83 *Ibidem*.

D'altra parte, il potere di regolazione assegnato all'Anac non sembra potersi spiegare alla luce del carattere tecnico-settoriale dell'ambito in cui opera: la differenza tra l'attività (svolta dall'Anac) di individuazione delle modalità di selezione del contraente pubblico o di vigilanza sulle stazioni appaltanti e le funzioni Consob di definizione della disciplina applicabile agli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio è quantomai evidente.

Quello dei contratti pubblici non è, dunque, descrivibile come un mercato complesso dominato da regole extragiuridiche o fondato su nozioni giuridiche scarsamente determinate e che necessitano, pertanto, di un'integrazione "tecnica"; né tanto meno si tratta di un settore che sia stato interessato «da un processo parallelo di liberalizzazione e di delegificazione, tale da affidarsi solo alla regolazione (neutrale appunto) di un'Autorità fortemente munita di competenze non soltanto strettamente giuridiche»⁸⁴.

E di ciò è prova il fatto che le stesse linee guida non utilizzino un linguaggio tecnicamente complesso, ma che, all'opposto, impieghino una terminologia semplice e chiara, in vista dell'intento dichiarato, a più riprese, sin dalla relazione allo schema del futuro d.lgs. 50/2016, «di assicurare una migliore fruibilità del "nuovo codice" da parte degli operatori del settore»⁸⁵.

Inoltre l'Anac, a differenza delle altre autorità di regolazione, non rinviene il proprio fondamento – neanche indirettamente – nelle regole del diritto europeo, le quali, pur trattando di contratti pubblici, si rivolgono direttamente alle stazioni appaltanti e semmai al giudice amministrativo quale "organo" di ricorso, e non ad un'autorità indipendente con le caratteristiche sin qui accennate⁸⁶. Tant'è che neppure le direttive europee che il Codice vigente è stato chiamato a recepire contengono alcun riferimento alla necessità che vi sia un soggetto indipendente e neutrale che svolga funzioni di regolazione e contrasto alla corruzione nell'ambito dei contratti pubblici⁸⁷.

Per vero l'Anac, nella sua qualità di soggetto volto al conseguimento delle finalità innanzi accennate, può considerarsi la "risposta" italiana agli impegni assunti a livello internazionale con la cd. Convenzione di Merida, adottata dall'Assemblea Generale dell'Onu nell'ottobre del 2003⁸⁸. Gli Stati firmatari di tale trattato, muovendo dalla necessità di «un approccio globale e multidisciplinare [...] per prevenire e combattere efficacemente la corruzione»⁸⁹, si sono impegnati ad assicurare «conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l'esistenza di uno o più organi, secondo quanto necessario, incaricati di prevenire la corruzione», mediante il ricorso a diversi

84 Così, F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 389. Inoltre, sulla difficoltà di considerare il settore della contrattazione pubblica un "mercato regolato", assimilabile ad esempio a quello dei mercati finanziari o delle comunicazioni elettroniche, si veda, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, cit., 72 ss..

85 Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 50/2016, 280; e in termini non dissimili anche a p. 219.

86 Cfr. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 390.

87 Il riferimento è alle direttive nn. 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"

88 Ratificata dall'Italia con legge n. 116/2009. Diffusamente sul tema, S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica*, cit., 9 ss..

89 Così il Preambolo della Convenzione.

mezzi, tra i quali «l'accrescimento e la diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione»⁹⁰ (corsivo aggiunto).

Ma, se il compito di contrastare i fenomeni corruttivi avrebbe potuto essere assegnato ad un qualunque, non meglio specificato, "organo" dello Stato, vuol dire, ancora una volta, che alcuna peculiare competenza tecnica era ed è richiesta.

Sicché, non solo diventa particolarmente difficile comprendere il fondamento dei poteri regolatori all'Anac, ma si conferma un dato emerso sin dall'inizio: il fatto che le determinazioni dell'Autorità anticorruzione non si connotino su un piano squisitamente tecnico (settoriale) fa sì che risulti pressoché impossibile sottoporre le stesse ad una verifica «condotta in termini assoluti, tale da comprovar[e], o smentir[e] in via definitiva»⁹¹.

4. Considerazioni conclusive

Se si ragiona per questa via, interrogandosi cioè sulla natura del potere e del soggetto che lo esercita, si finisce per nutrire seri dubbi circa l'opportunità della scelta di abbandonare la strada tradizionale del regolamento governativo di esecuzione del Codice.

Malgrado la rigidità del procedimento che conduce alla sua adozione, la fonte regolamentare rinvia ad un potere normativo riconducibile alla Costituzione e, da qui, alla «posizione istituzionale riconosciuta da questa al Governo come organo produttore di direttive politiche e amministrative, ma anche di norme giuridiche»⁹².

Per contro, le linee guida Anac, alle quali – vale la pena di ripetere – il legislatore assegna la medesima funzione (che fu) del regolamento n. 207/2010, compongono un quadro tutt'altro che chiaro: benché provenienti da un unico soggetto, rivolte sempre agli stessi destinatari e adottate all'esito del medesimo procedimento, producono due effetti differenti, talora vincolanti e talaltra no.

E se le linee guida non vincolanti sembrano trovare adeguata collocazione nell'ambito del potere di direzione esercitato dall'Anac nei confronti delle amministrazioni pubbliche, lo stesso non può dirsi con riguardo a quelle vincolanti. Il fondamento dell'efficacia di queste ultime resterebbe, invero, un'incognita, non essendo pacificamente riconducibile neppure al potere di regolazione delle autorità indipendenti; con l'elevata probabilità che da ciò derivi l'intensificarsi di quegli stessi aspetti patologici – quali, ad esempio, i profili di frammentazione e di incertezza applicativa – che il legislatore del 2016 intendeva risolvere proprio con la previsione delle linee guida.

Nonostante la produzione di effetti di intensità variabile, quel che è certo è che le linee guida Anac integrano o – comunque – precisano le astratte previsioni codicistiche, limitando dall'esterno la discrezionalità delle amministrazioni destinatarie degli stessi⁹³. Sembrerebbe così trattarsi di strumenti normativi riconducibili alla medesima logica e funzione degli atti di normazione secondaria dell'Esecutivo, a quegli atti cioè posti a livello

90 Art. 6 della Convenzione.

91 F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, 983. Si tratta di un rilievo tanto più evidente laddove si muova dall'illusorietà stessa di ritenere che la presenza di dati e competenze tecniche sia in grado di eliminare la discrezionalità della decisione che su questi si fonda. Per una riflessione sul rapporto tra tecnica e politica, cfr. C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spolitizzazioni*, 1929, in ID., *Le categorie del politico*, il Mulino, Bologna, 2009, 167.

92 E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, cit., 457-458.

93 Sul potere regolamentare come "eterolimitazione" della discrezionalità assegnata all'apparato esecutivo, si veda, E. CHELI, *op. ult. cit.*, 383.

intermedio tra la legge e i provvedimenti puntuali, in cui tradizionalmente «si esaurisce il momento del “governo”»⁹⁴.

Se si riflette in questa direzione si ha dunque l'impressione che l'introduzione delle linee guida, anziché determinare la sostituzione del regolamento con atti da esso sostanzialmente differenti, si connota piuttosto per rappresentare una sorta di “fuga” dall'Esecutivo, verso un soggetto difficilmente assimilabile a quelli “tradizionali”, verosimilmente sull'onda della generale – e ormai invero trita – sfiducia dei governati nei confronti dei governanti.

E non potrebbe essere diversamente se ci si sofferma sul fatto – già messo in luce – che l'Anac, ben lungi dall'essere un'autorità con proprie competenze settoriali operante in un mercato di cui preservare la concorrenzialità, è un *soggetto costruito intorno a un interesse che non può che essere proprio dell'attività amministrativa complessivamente intesa*. Il riferimento è – evidentemente – al generale interesse al buon andamento dell'azione amministrativa cui indirettamente rimanda la prevenzione della corruzione e l'attuazione della trasparenza dell'agire pubblico cui l'Anac è preposta.

Il che, non a caso, ha condotto a descrivere l'Anac come «una autorità parallela al potere esecutivo, a tutto il potere esecutivo, a qualunque sua articolazione che deve indicare la via per la buona amministrazione e vegliare su possibili fenomeni di cattiva amministrazione ... di tutto il potere esecutivo»; rendendo lecito ipotizzare, sia pure solo in chiave suggestiva, uno «sdoppiamento dell'esecutivo», risolvibile «come fu talvolta risolto il problema della duplicazione del potere: unificando [cioè] il controllante al controllato»⁹⁵.

Il punto però è che l'assegnazione di tali competenze (*lato sensu*) normative a un soggetto non direttamente coinvolto nel circuito politico-rappresentativo potrebbe determinare conseguenze tutt'altro che rassicuranti; per averne un'idea, basti pensare alla possibilità che la violazione delle linee guida ANAC, perpetrata con l'adozione di un provvedimento amministrativo connesso ad una gara pubblica, integri l'elemento oggettivo di fattispecie penali, quali ad esempio l'abuso d'ufficio.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale - Facoltà Giurisprudenza - Università Cattolica Milano

94 R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit. 241.

95 Così, F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, in www.diritto-amministrativo.org, 2016.