

# QUANDO UNA DISCIPLINA ATTUATIVA SI SOTTRAE AL CIRCUITO DEMOCRATICO IL CASO DELLE LINEE GUIDA ANAC PER L'ATTUAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI E LA LORO DIFFICOLTÀ DI CLASSIFICAZIONE\*

**FRANCESCO MARONE**

*Dipartimento di Scienze giuridiche*

*Università degli Studi "Suor Orsola Benincasa" di Napoli*

francesco.marone@unisob.na.it

**ANDREA PERTICI**

*Dipartimento di Giurisprudenza*

*Università di Pisa*

andrea.pertici@unipi.it

## **ABSTRACT**

The article, part of a wider research on "law without politics" – concerning, among other things, the regulation activity of the Independent Administrative Authorities –, analyses the regulation powers of the Anticorruption Authority (ANAC) in the context of the carrying out of the Public Contracts Law (d.lgs. n. 50/2016). It focuses especially on the "guidelines" of the ANAC and their position in the system of the sources of law: in fact, these present normative characters, although they are made by a non-representative institution.

## **KEYWORDS**

Administrative act, ANAC, Authorities, Rule of law, Soft law.

## **1. PREMESSA: IL DIRITTO SENZA POLITICA E IL POTERE REGOLAMENTARE DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI**

L'ambito della ricerca da cui il presente approfondimento prende le mosse, quello del diritto senza politica, incrocia certamente la questione dell'attività di regolazione, comprensiva di quella di normazione, delle Autorità amministrative in-

\* Il presente scritto è frutto della riflessione congiunta dei due Autori. I §§ 1-2 sono stati redatti da Andrea Pertici, i §§ 3-4 da Francesco Marone, mentre il § 5 è stato redatto congiuntamente.

dipendenti. Queste, in effetti, rispondono a un nuovo modello di relazione tra politica e amministrazione, che è quello dell'indipendenza, con conseguente sottrazione ai poteri di indirizzo e di controllo che il Governo normalmente esercita nei confronti dell'amministrazione pubblica<sup>1</sup>, conferendo così legittimazione all'azione della stessa.

Queste Autorità, in sostanza si trovano così separate dal circuito democratico (essendo stato giustamente sottolineato come del loro operato il Governo non possa rispondere di fronte alle Camere<sup>2</sup>), al quale sono riconnesse soltanto attraverso la sottoposizione della loro azione al principio di legalità. Esse operano, infatti, in base ai poteri e secondo le modalità stabilite dalla legge, che conferisce loro anzitutto un potere di regolazione di un settore specializzato, attribuendogli, poi, anche poteri normativi, sia interni, relativi in particolare alla propria organizzazione e funzionamento e ai procedimenti di propria competenza (in questo come tendenzialmente avviene per tutti gli enti pubblici) che, soprattutto, per quanto più interessa alla nostra indagine, esterni. Deve, tuttavia, notarsi come tali poteri normativi siano in alcuni casi previsti con precisione della legge, mentre in altri risultano da previsioni generiche, che hanno portato addirittura a desumere alcuni poteri normativi<sup>3</sup>, che rischiano così di risultare troppo estesi.

In effetti, dell'attribuzione di questi poteri normativi – come è stato sottolineato<sup>4</sup> – non vi è traccia nella Costituzione (in cui non sono neppure citate le Autorità amministrative indipendenti), la quale riconosce la possibilità di esercizio del potere regolamentare soltanto al Governo e agli enti territoriali, oltre che – effettivamente già al di fuori degli enti politici – alle Università e alle istituzioni di alta cultura.

In effetti, sono stati sollevati seri dubbi di legittimità costituzionale rispetto all'esercizio di poteri regolamentari da parte delle Autorità amministrative indipendenti<sup>5</sup>, nonostante il fondamento degli stessi sia stato ormai oggetto di un'ampia elaborazione dottrina<sup>6</sup> ed abbia ottenuto riconoscimento da parte della giurisprudenza (sin dal parere del Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 14/2/2005, n. 11603),

<sup>1</sup> Per tutti, L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova 1974.

<sup>2</sup> V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, *Astrid Online*, 20.7.2009.

<sup>3</sup> Sottolinea M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005, 31, che «le leggi istitutive delle autorità ne definiscono in modo spesso generico la missione, cioè gli scopi, e pongono pochi criteri per l'esercizio dei poteri normativi e amministrativi ad esse attribuiti».

<sup>4</sup> V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, cit.

<sup>5</sup> V.M. MANETTI, *Autorità indipendenti (Dir. Cost.)*, in *Enciclopedia giuridica*, IV (1997).

<sup>6</sup> Sul fondamento dei poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti si segnala, in particolare, A. ANSELMO, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti al tempo della crisi della legge*, Bagheria 2011; AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti*, Milano 1996; B. BRANCATI, *Il rapporto tra la legge e il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Studi pisani sul Parlamento*, V, Pisa 2012, 289-306; M.A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle Autorità Indipendenti*, in *Amministrare*, 1-2 (2000), 13-44; P. Caretti (a cura di), *I*

seppure in presenza di un'espressa attribuzione legislativa (essendo comunque richiesto il rispetto di una legalità formale particolarmente rigorosa attraverso un procedimento partecipato e la necessità di una motivazione), concludendosi che «il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge»<sup>7</sup>.

L'attribuzione della competenza normativa di tipo regolamentare, peraltro, è generalmente ricondotta alle esigenze di regolazione di settori molto specializzati, con necessità di forti competenze tecniche, in continua e rapida evoluzione e la cui disciplina deve quindi essere improntata a una forte flessibilità e duttilità, dovendosi anche considerare come tale attribuzione discenda spesso dallo stesso diritto eurounitario.

Peraltro, questa può essere considerata come una declinazione del processo di neutralizzazione del diritto pubblico a cui ha fatto riferimento la dottrina<sup>8</sup>, rappresentando – è stato ancora detto<sup>9</sup> – il tentativo di superare così le difficoltà che la politica riscontra nell'affrontare rilevanti problemi socio-economici.

*poteri normativi della Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino 2006; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione (Relazione al Convegno sulle Autorità amministrative indipendenti, Roma, Consiglio di Stato, 9 maggio 2003)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2003; G.P. Cirillo, R. Chieppa (a cura di), *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova 2010; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005; G.C. DI SAN LUCA, *Funzione di regolazione e indipendenza del soggetto regolatore*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1-2 (2015), 369-391; S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Torino 2002; M. FOGLIA, *I poteri normativi delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2 (2008), 559-608; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano 2006; F. GRECO, *La potestà normativa delle Autorità Amministrative Indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione*, in *GiustAmm.it*, 9 (2014), 9; C. IANNELLO, *Le Autorità Indipendenti tra funzione regolativa e judicial review*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1 (2016), 14 ss.; E. JACOVITTI, *Osservazioni sui regolamenti delle Autorità Indipendenti*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 2 (2010), 251-275; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino 2009; N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Milano 1996, 86 ss.; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova 2002; F. POLITI, *I poteri normativi delle autorità amministrative e indipendenti*, in N. Longobardi (a cura di), *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Torino 1999; M.A. RUSSO, *Le Autorità Amministrative Indipendenti e, in particolare, i loro poteri regolamentari*, in *Diritto e Formazione*, 12 (2002), 1793-1807; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino 2013.

<sup>7</sup> Cons. Stato, comm. speciale, parere 14 settembre 2016, n. 1920.

<sup>8</sup> In senso critico, G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari 2010, 98 ss.

<sup>9</sup> E. OLIVITO, *In bilico tra gubernaculum e iurisdictio. Osservazioni costituzionalmente orientate sull'Autorità nazionale anticorruzione e i suoi poteri regolatori*, in *Costituzionalismo.it*, 3 (2018), 47.

È in questo contesto già di per sé - come evidente - ricco di aspetti problematici che qui non si sono potuti che richiamare per sommi capi, che si inserisce la più specifica questione delle linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). Queste, rimesse alla competenza di un'Autorità del tutto particolare<sup>10</sup>, rappresentano una «novità assoluta»<sup>11</sup>, presentandosi per alcuni versi con l'aspetto della *soft law* che sembrerebbe trarsi dalla semantica del *nomen*, espressivo di un potere di direttiva, oltre che dalla propensione per la forma discorsiva dei loro contenuti, ma risultando, invece, dotate di piena cogenza per i destinatari, di cui conformano i comportamenti.

E, in effetti, esse, con il codice dei contratti pubblici del 2016, sono state chiamate a dettare la disciplina attuativa<sup>12</sup>, andando a occupare uno spazio precedentemente riservato a un regolamento del Governo, additato come latore di un'eccessiva proliferazione di regole (nella convinzione che ciò potesse essere una delle cause dell'eccesso di burocratizzazione e quindi, tra l'altro, una causa di corruzione). La sostituzione con le linee guida è stata quindi volta - secondo quanto abbiamo detto generalmente avvenire attraverso l'esercizio dei poteri regolatori delle Autorità amministrative indipendenti - a realizzare un sistema più duttile e dinamico, capace di adattarsi rapidamente alle evoluzioni tecniche. In realtà, il nuovo sistema - secondo quanto ripetutamente sottolineato in dottrina - è parso finire per lasciare nelle mani dell'ANAC poteri troppo vasti, mostrando, peraltro, altri limiti, a partire da quello della certezza (che è anche stabilità) del diritto, certamente molto importante per gli operatori economici.

L'insoddisfazione per i risultati così ottenuti sembra essere resa evidente dal fatto che con il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni in l. 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. "sblocca cantieri"), la disciplina attuativa del codice dei contratti è stata nuovamente affidata ad un regolamento, che, tuttavia, al momento in cui andiamo in stampa, non è ancora stato approvato e che comunque non determinerà il totale superamento della funzione delle linee guida, che continueranno a recare alcuni aspetti della disciplina, mantenendo di piena attualità ed interesse la loro qualificazione, anche e soprattutto per le rilevanti conseguenze che da ciò discende sul piano applicativo. A questi aspetti, quindi ci dedicheremo in modo particolare nelle pagine che seguono.

<sup>10</sup> E. OLIVITO, *In bilico*, cit., 18, ne contesta apertamente la natura di Autorità amministrativa indipendente, ritenendola un ente pubblico.

<sup>11</sup> M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 3 (2019), 4.

<sup>12</sup> Il Consiglio di Stato, con parere 2 agosto 2016, n. 1767 ha riconosciuto tre tipologie di atti attuativi del Codice dei contratti pubblici: a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes* (linee guida vincolanti); c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante (linee guida non vincolanti).

## 2. IL POTERE REGOLAMENTARE DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E LA SUA LEGITTIMAZIONE (SETTORIALE) ATTRAVERSO LA LEGALITÀ PROCEDIMENTALE

Come abbiamo detto, il fondamento del potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti è stato al centro di un'ampia elaborazione dottrinale ed è ormai un dato acquisito dalla giurisprudenza.

In particolare, come accennavamo, il suddetto potere normativo (regolamentare) viene affidato dalla legge alle Autorità in quei particolari settori di loro competenza proprio in virtù dell'elevato livello tecnico delle discipline che devono essere oggetto di regolamentazione<sup>13</sup>, che pertanto sembrano poter essere implementate, in modo più efficace dall'Autorità competente piuttosto che dal Governo<sup>14</sup>. Pertanto,

<sup>13</sup> La distinzione tra le materie da lasciare alla regolamentazione del Governo e delle amministrazioni legittimate democraticamente e quelle da affidare, invece, ad Autorità amministrative legittimate "tecnocraticamente" si riflette nella distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, elaborata dalla dottrina. Ciò in quanto «il modello delle autorità indipendenti non è compatibile con l'attribuzione estesa di poteri discrezionali in senso proprio, quelli cioè che comportano una valutazione di interessi e che determinano effetti redistributivi di risorse». A tal fine, si distingue tra discrezionalità tecnica, «correlata a valutazioni tecniche o scientifiche che hanno un qualche margine di opinabilità e che possono essere affidate a collegi di esperti», e discrezionalità amministrativa, che «richiede invece una valutazione e una mediazione tra i vari interessi pubblici e privati coinvolti». Così M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 34 e 79, che evidenzia perplessità sull'effettiva funzionalità di tale criterio, in quanto «il confine tra decisione tecnica e decisione politica tende spesso a sfumare in concreto». Naturalmente, la distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa non può costituire l'unico criterio per individuare l'area di operatività delle Autorità indipendenti, ben potendo l'amministrazione tradizionale compiere valutazioni tecnico-discrezionali. Il carattere "tecnico" della regolamentazione delle Autorità amministrative indipendenti comporta che la giurisdizione sui loro atti riguarda l'esercizio di un potere che, nella maggior parte dei casi, non comporta spendita di discrezionalità amministrativa ma di discrezionalità tecnica: A. PAJNO, *Il giudice delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3 (2004), 617 ss. Più in generale, con riguardo al sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica, cfr. A. TRAVI, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Foro italiano*, 1 (2001), 9-14. Circa la problematicità nel far rientrare le linee guida dell'ANAC nell'alveo della discrezionalità tecnica, F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC (convegno "L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma "Madia" - Lecce 28-29 ottobre 2016)*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), 15.

<sup>14</sup> Il Consiglio di Stato (sez. 6<sup>a</sup>, 2.5.2012, n. 2521) ha sottolineato che «la parziale deroga al principio di legalità sostanziale si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida sarebbe di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti».

la legge che attribuisce alle Autorità il potere regolatorio deve individuare con chiarezza almeno il settore in cui tale potere dovrà essere esercitato.

Peraltro, l'esercizio di poteri normativi si giustifica «anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»<sup>15</sup>, come sottolineato in più occasioni anche dal Consiglio di Stato, superando i dubbi di legittimità costituzionale<sup>16</sup>. Pertanto, ad una legalità sostanziale attenuata

<sup>15</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez. 6<sup>a</sup>, 27.12.2006, n. 7972. Si è parlato in proposito di “fondamento partecipativo” del potere regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti. Sul punto, cfr., ad esempio, F. GRECO, *La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 5; R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, *Relazione al Convegno “Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative” (Roma, Consiglio di Stato, 14.12.2005)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), (2006), 3; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze 1997, 1, 200. Più critico G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 31 e 40, secondo il quale la cosiddetta “legittimazione procedimentale” non sarebbe sufficiente, da sola, a fondare una legittimazione democratica delle Autorità indipendenti. Similmente anche G. AMATO, *Principio maggioritario e autorità indipendenti*, in *Arel Informazioni*, 1 (2002), 10, sostiene che non si può scambiare la legittimazione democratica, basata sugli istituti classici della rappresentanza politica, con una legittimazione che deriva (solo) da «regole di contraddittorio, trasparenza, motivazione, impugnativa, che soddisfano altrimenti le ragioni della responsabilità». Infine, R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione*, cit., 351, evidenzia che già negli Stati Uniti, “patria” del fenomeno delle *Authorities*, la legittimazione delle Autorità indipendenti è stata ricollegata alla previsione di ampie garanzie partecipative: già nel 1946, infatti, l'*Administrative Procedure Act* ha imposto alle stesse la cosiddetta “*due process clause*”, vale a dire «il rispetto di determinate procedure in contraddittorio sia nell'*adjudication* che nel *rule-making*, confermando il successivo controllo da parte del potere giurisdizionale».

<sup>16</sup> Infatti, lo stesso Consiglio di Stato (sez. 6<sup>a</sup>, 2.5.2012, n. 2521) ha avuto modo di affermare che «la dequotazione del principio di legalità sostanziale - giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori e concretizzata nell'attribuzione alle Autorità di settore di ampi poteri regolamentari - impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari». Precedentemente, Cons. Stato, sez. 6<sup>a</sup>, 27.12.2006, n. 7972. Anche in dottrina, M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino 1999, 19, ha affermato che la previsione di garanzie procedurali rinforzate consente «di colmare il *deficit* di legalità sostanziale» derivante dalla stessa indipendenza delle Autorità dal potere politico, «sganciate dal circuito democratico tradizionale». Cfr. anche dello stesso M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 75 ss., ove si osserva che «tanto più ampio è l'ambito della discrezionalità attribuito all'amministrazione, tanto maggiore è la necessità di bilanciare sul piano della legalità procedurale la perdita di legalità sostanziale», mettendo in evidenza l'importanza, a tal fine, della partecipazione al procedimento dei soggetti interessati (purtroppo di rado prevista per l'attività normativa delle Autorità indipendenti). Anche A. PAJNO, *Il giudice delle Autorità*, cit., 617 ss., sottolinea che, venendo meno la legittimazione connessa con il circuito della responsabilità politica, «è necessario che sussista quell'altro elemento di legittimazione democratica che è costituito dal contraddittorio pieno e paritario»: in ciò l'A. ha ritenuto di individuare la ragione profonda che ha condotto a qualificare le Autorità indipendenti come quasi giurisdizionali o paragiurisdizionali, dipendendo la loro legittimazione dalla circostanza che i propri atti siano adottati dopo un contraddittorio pieno. Critici in merito alla possibilità di sopperire al *deficit* di legalità sostanziale

(specialmente nel caso dei regolamenti “indipendenti” delle Autorità) deve necessariamente corrispondere un rafforzamento della legalità procedimentale, mediante la previsione della consultazione dei soggetti interessati e, ove occorra, del preventivo parere degli organi consultivi e delle competenti Commissioni parlamentari. In proposito occorrerebbe tuttavia fare attenzione a che l’ascolto di soggetti “interessati” non finisca per far risuonare soltanto la voce degli interessi più forti<sup>17</sup>, mancando la finalità del perseguimento dell’interesse generale (ancorché secondo una visione di parte che dovrebbe essere data dal filtro della politica) di cui dovrebbero essere espressione le norme.

In sostanza, quindi, per quanto una legalità procedurale particolarmente accentuata (soprattutto a fronte delle sempre più frequenti “deleghe in bianco” alle Autorità indipendenti)<sup>18</sup> e la possibilità del controllo giurisdizionale sul loro operato da parte dei giudici amministrativi<sup>19</sup> possano contribuire ad attenuare il *deficit* di legittimazione democratica con cui è esercitata l’attività regolatoria delle Autorità amministrative indipendenti, esso non può comunque essere colmato, e anzi potrebbe soffrire di una visione condizionata dagli interessi più forti (dai quali certamente è condizionabile anche il potere politico, soprattutto con l’espansione del *lobbying*, il quale, tuttavia, è istituzionalmente preposto alla cura dell’interesse generale e chiamato a rispondere del suo adeguato perseguimento almeno nei momenti elettorali).

mediante un potenziamento della legalità procedurale, M. MANETTI, *Profili di giustizia costituzionale in materia di autorità indipendenti*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali (Atti del convegno dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, Sorrento 30.5.1997)*, Padova 1999, 229-230, che si riferisce ad una «generica legittimazione procedurale», e G. GRASSO, *e autorità amministrative indipendenti*, cit., 82 ss., che si interroga sul perché, tra tutti i “poteri” dello Stato, tra tutte le amministrazioni e tra tutti gli organi non amministrativi, soltanto le Autorità amministrative indipendenti dovrebbero trovare una legittimazione nel contraddittorio e nel rispetto delle norme generali di cui alla legge n. 241/1990.

<sup>17</sup> Tale problema è stato in effetti ben sottolineato anche rispetto alle teorie pluraliste della democrazia, che – ugualmente – rischiano di lasciar fuori proprio gli interessi più deboli, come efficacemente sottolineato da E.E. SCHATTSHNEIDER, *The Semi-Sovereign People*, New York 1960, secondo il quale «*the flaw in the pluralist heaven is that the heavenly chorus sings with a strong upper-class accent*».

<sup>18</sup> Cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 155.

<sup>19</sup> Cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 50. In uno sforzo chiarificatore, T.E. FROSINI, *Attribuzioni delle Autorità e fondamento costituzionale*, in *GiustAmm.it*, 1 (2012), 1, ha individuato, peraltro, ai fini dell’attribuzione di funzioni neutrali di regolamentazione, il rispetto di tre condizioni generali, presenti negli ordinamenti anglosassoni nei quali le *Authorities* sono nate e si sono sviluppate: a) il potere pubblico deve essere attribuito solo se e nella misura in cui è strettamente necessario per garantire il pieno esercizio della libertà tutelata; b) il potere non deve consistere nella tutela di un interesse pubblico tradizionalmente inteso, bensì caratterizzarsi quale strumento di garanzia del bene comune; c) lo spazio di regolazione neutrale richiede che il contesto normativo in cui opera sia caratterizzato da un insieme di regole che siano poche, flessibili, chiare e stabili.

### 3. GLI STRUMENTI NORMATIVI DELL'ANAC E LE LINEE GUIDA TRA *SOFT* *HARD* *LAW*

In questo contesto sono da inserire i significativi poteri normativi attribuiti all'ANAC dal Codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Infatti, l'ANAC, oltre al potere di adottare regolamenti interni di organizzazione<sup>20</sup>, si vede riconosciuto – dall'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 – un importante armamentario di strumenti di regolazione in materia di contratti pubblici, quali «linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati», con cui «garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti».

Tra i nuovi strumenti di regolazione, un ruolo centrale è attribuito alle linee guida, alle quali il Codice fa riferimento in più punti e in particolare agli artt. 36, 80, 83, 84, 110, 177, mentre altri articoli (31, 38) affidano più genericamente ad atti dell'ANAC l'emanazione della disciplina attuativa, che in concreto avverrà comunque per lo più mediante linee guida.

Pertanto, l'art. 217, comma 1, lett. u) del Codice disponeva l'abrogazione del regolamento di esecuzione, di cui al d.P.R. n. 207/2010, a partire dalla data di entrata in vigore dei nuovi atti attuativi, la cui predisposizione è in larga misura demandata all'ANAC.

L'impianto normativo d'attuazione disegnato dal Codice del 2016, come sopra brevemente descritto, è stato, però, oggetto di modifica da parte del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni in l. 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. "sblocca cantieri"), con cui è stato aggiunto un comma *27-octies* all'art. 216 del Codice, prevedendo un regolamento "unico" in sostituzione delle diverse disposizioni attuative originariamente previste<sup>21</sup>.

Si tratta, in qualche modo, di un ripensamento rispetto al disegno originario del legislatore del 2016, da valutare positivamente, sia al fine di raggiungere una maggiore organicità della normativa di attuazione, sia proprio in relazione a quanto sopra detto circa i poteri regolatori delle autorità indipendenti, che nel caso di specie

<sup>20</sup> Ciò anche in considerazione del fatto che restano ferme, in generale, le funzioni normative già spettanti all'ANAC prima della riforma, oltre che in virtù del fatto che tale potere discende, più in generale, dall'indipendenza anche organizzativa che la legge assicura alle Autorità amministrative. Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova 2007, 264. Si fanno rientrare tra i regolamenti di organizzazione anche quello del 16.11.2016, in materia di esercizio del potere sanzionatorio, e quello del 5.10.2016, sui pareri di precontenzioso, nonostante alcune importanti "ricadute" verso l'esterno.

<sup>21</sup> Per un quadro delle modifiche al Codice del 2016, introdotte dal d.l. 32/2019, si veda A. IANOTTI DELLA VALLE, *Il quadro delle fonti secondarie in materia di appalti all'indomani della conversione in legge del decreto "sblocca-cantieri"*, in D. Capotorto, A. Massari (a cura di), *Gli appalti pubblici dopo la conversione del decreto "sblocca-cantieri"*, Rimini 2019, 17 ss.



sono altrimenti particolarmente vasti e - come vedremo meglio tra poco - non propriamente settoriali<sup>22</sup>.

Tuttavia, il regolamento, del quale siamo ancora in attesa, pur qualificato dalla stessa norma di legge che vi fa rinvio come “unico”, non copre comunque l'intera attuazione, lasciando quindi all'ANAC lo spazio per intervenire con le sue linee guida.

Pertanto, rimane utile indagare la natura di questi atti, che presentano molti caratteri tipici delle norme giuridiche, pur essendo adottati da un organo estraneo al circuito democratico e privo di responsabilità politica.

Problemi significativi pone, in particolare, l'inquadramento sistematico delle linee guida vincolanti, a partire dall'assimilazione alla *soft law* fino alla qualificazione come regolamenti o come atti amministrativi generali.

Il Consiglio di Stato<sup>23</sup> ha adottato un'interpretazione che assimila sostanzialmente le linee guida<sup>24</sup> agli atti di regolazione del tipo di quelli adottati dalle Autorità Amministrative indipendenti, ritenendo che esse «non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo particolare»<sup>25</sup>. Tale qualificazione presenterebbe alcuni indubbi vantaggi: nello specifico «la natura non regolamentare delle linee guida adottate direttamente dall'ANAC consente che la fase di attuazione delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che rinviano ad esse non incontri i limiti che il sesto comma dell'art. 117 Cost. pone all'esercizio del potere regolamentare statale»<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Sia consentito rinviare, per maggiori dettagli, a F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3 (2017), 743 ss.

<sup>23</sup> Cons. Stato, parere 2 agosto 2016, n. 1767; Cons. Stato, parere 14 settembre 2016, n. 1920.

<sup>24</sup> Da una prima analisi delle linee guida allo stato già pubblicate si può evincere che l'ANAC ha optato, sia per quelle vincolanti sia per quelle non vincolanti, per un'"esposizione discorsiva" del contenuto attuativo. Si veda, a tal proposito, Cons. Stato, parere 2 agosto 2016, n. 1767, che segnala la necessità che «laddove si tratti di linee guida vincolanti, l'Autorità delinea in modo chiaro e preciso il "precepto" vincolante da osservare da parte dei destinatari, pubblici e privati, dello stesso» e che «l'indicazione "discorsiva" sia in ogni caso chiara e univoca (e tale indicazione vale anche in caso di linee guida non vincolanti)».

<sup>25</sup> Cons. Stato, parere 2 agosto 2016, n. 1767. A tal proposito, L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5 (2016), 605 ss., ha osservato che «in questa ricostruzione è la natura dell'autorità che, per così dire, "trascolora" sulla natura delle regole. La premessa maggiore è data dalla natura dell'autorità come autorità di regolazione e ad essa consegue che gli atti sono quindi qualificabili come atti di regolazione. Di solito accade, in effetti, il contrario: la premessa maggiore è data dall'attribuzione di poteri qualificati formalmente come poteri di regolazione e da ciò discende la natura dell'autorità come autorità di regolazione».

<sup>26</sup> L'art. 117, comma 6, Cost., prevede che «la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni». In particolare, nelle materie di cui al secondo comma dell'art. 117 Cost. che interferiscono con materie regionali, non sarebbe consentita l'adozione

Ad avviso del Consiglio di Stato, inoltre, la preferenza accordata per tale soluzione «può essere giustificata solo a patto di inquadrarla nella *soft law*, riconoscendo alle linee guida natura amministrativa, altrimenti si finirebbe per derogare al principio di tipicità delle fonti normative, che presidia la *hard law*»<sup>27</sup>.

Tuttavia, il richiamo, effettuato da più parti, oltre che dallo stesso Consiglio di Stato, alla *soft law* non sembra del tutto soddisfacente rispetto alla natura delle linee guida vincolanti dell'ANAC, nonostante la dicitura “strumenti di regolamentazione flessibile” adoperata dal Codice<sup>28</sup>.

L'espressione *soft law* nasce, infatti, per descrivere quel complesso di disposizioni giuridiche, di natura spesso consuetudinaria, nate nell'ambito della *lex mercatoria* o del diritto internazionale, volte a regolare commerci, transazioni e scambi in modo rapido, flessibile e non vincolante<sup>29</sup>. In sostanza, la *soft law* disciplina rapporti

di norme regolamentari statuali. Nel “silenzio” della norma, si è discusso della collocazione dei lavori pubblici tra le materie di competenza statale, regionale o concorrente. A tal proposito, la Corte costituzionale, con sentenza n. 401/2007 (richiamando la precedente sentenza n. 303/2003), ha sottolineato che «i lavori pubblici non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali. Non è, dunque, configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale. Tali affermazioni non valgono soltanto per i contratti di appalto di lavori, ma sono estensibili all'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica».

<sup>27</sup> In questi termini, Cons. Stato, comm. speciale, parere 14 settembre 2016, n. 1920. Lo stesso Consiglio di Stato, d'altra parte, aveva in precedenti occasioni affermato che «la *soft law* può riguardare gli spazi di contorno della regola legale ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto» (Cons. Stato, sez. 6<sup>a</sup>, parere n. 1584/2015), ingenerando in questo modo ulteriori perplessità in merito all'inquadramento di linee guida vincolanti, che prenderanno il posto del regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici, nell'ambito della *soft law*.

<sup>28</sup> Nel senso dell'inappropriatezza del richiamo alla nozione di *soft law* per le linee guida ANAC cfr. C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *GiustAmn.it*, 4 (2016), 6-7; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 14. Una maggiore pertinenza potrebbe avere, invece, l'accostamento alla *soft law* dei numerosi comunicati del Presidente dell'ANAC, non avendo questi natura vincolante ma solo indicativa (sebbene l'autorevolezza della figura del Presidente dell'ANAC li faccia propendere, di fatto, verso una “quasi vincolatività”).

<sup>29</sup> Aiutano a ricostruire la nozione di *soft law* nel suo “ambiente d'origine”, tra gli altri, S.M. CARBONE, *I principi Unidroit quale “soft law” applicabile ai contratti del commercio internazionale: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4 (2012), 809-824; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Milano 2008; A. SOMMA, *Soft law sed law: diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 3 (2008), 437 ss. In particolare, ad avviso di S.M. CARBONE, *Il diritto non scritto nel commercio internazionale, Due modelli di codificazione*, Napoli 2012, 25, gli strumenti di *soft law*, «per i più limitati tempi relativi alle specifiche modalità di elaborazione ed alla flessibilità che li caratterizza anche in funzione della possibile incidenza sulla loro disciplina di eventuali interventi operati dagli ordinamenti statali e dall'esercizio dell'autonomia privata, maggiormente si prestano a fornire una disciplina dei rapporti del commercio internazionale coerente con le esigenze della pratica degli affari».

non soggetti ad alcuna normazione cogente e viene rispettata in virtù di un'adesione volontaria ai precetti della stessa<sup>30</sup>, tanto che è stato detto: «*soft law, no law*»<sup>31</sup>.

Il ricorso alla *soft law* da parte delle Autorità amministrative indipendenti si è realizzato con interventi di *moral suasion* (o *dissuasion*), ed ha preso forma, ad esempio, con istruzioni (della Banca d'Italia, della CONSOB), orientamenti interpretativi (dell'ISVAP, della COVIP), determinazioni (dell'AVCP), che sono tutti interventi «caratterizzati da un elevato grado di informalità che si collocano al di fuori del sistema delle fonti normative tipizzate, dando origine a quelle che nel diritto anglosassone sono qualificate come *tertiary rules*», e che «ovviamente non creano regole vincolanti per gli operatori economici»<sup>32</sup>.

Al contrario le linee guida dell'ANAC sono pensate e previste per sostituire disposizioni di natura sicuramente regolamentare, come quelle del d.P.R. n. 207/2010, il regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici del 2006, la cui abrogazione è subordinata, dall'art. 217 del d.lgs. n. 50/2016, proprio all'entrata in vigore delle linee guida dell'ANAC. Pertanto, si ritiene di poter condividere la tesi secondo cui «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»<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, cit., 6-7.

<sup>31</sup> R. BIN, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, 31-40, ove si descrive un mondo che sta sostituendo al popolo i consumatori, alla sovranità politica la *governance*, all'*hard law* il *soft law*. Il *soft law*, pur trovando la propria legittimazione nella legge (*hard law*), se ne discosta «perché contesta la stessa utilità di un diritto “duro”, “arcigno”, l'opprimente regolazione di provenienza statale»: quindi, in sostanza, «il *soft law*, per definizione, non c'entra con le “fonti di diritto”, ossia con l'*hard law*».

<sup>32</sup> S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti, procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione*, 4 (2011), 5.

<sup>33</sup> C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, cit., 7.

A ciò deve aggiungersi che le linee guida dell'ANAC, per espressa previsione normativa, sono sottoposte al sindacato del giudice amministrativo<sup>34</sup>, mentre per le previsioni di *soft law* non è espressamente previsto un sindacato giurisdizionale<sup>35</sup>.

In definitiva, sembra che le linee guida dell'ANAC non possano essere ricondotte nella *soft law*, nonostante un qualche successo di questo accostamento, sia in dottrina sia in giurisprudenza<sup>36</sup>.

In effetti, è stato sottolineato come la *soft law* nel diritto amministrativo sia destinata ad operare solo «in zone del tutto periferiche e marginali», in quanto «gli stringenti principi garantistici del diritto amministrativo non possono certo tollerare che i pubblici poteri si avvalgano di strumenti ambigui e affrancati dal controllo di legalità»<sup>37</sup>, preconizzando, per gli anni successivi, un'alternativa: o gli strumenti di *soft law* sarebbero rimasti innocui oppure essi avrebbero assunto una rilevante efficacia precettiva, salendo i gradini della scala normativa, mediante uno snaturamento e un «indurimento» della *soft law*, sicché «il *soft law* diventa [...] una sorta di finzione»<sup>38</sup> per mascherare un potere sostanzialmente di tipo regolamentare.

<sup>34</sup> L'art. 213, comma 2, del Codice, infatti, espressamente prevede che «resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa». In generale, l'impugnabilità degli atti delle Autorità amministrative indipendenti riveste un'importante funzione sistematica, volta ad evitare contrasti e sovrapposizioni tra attività amministrativa (delle Autorità) e giurisdizionale (dei Tribunali). Sul punto, F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice*, cit., 25, in merito alla possibilità di impugnare ed annullare con effetto *erga omnes* sia le direttive vincolanti che quelle non vincolanti. Cfr. anche G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Introduzione*, cit., 24. Infine, in merito all'impugnabilità delle linee guida, E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, giudicare*, cit., 436 ss., osserva che «l'impugnabilità dei summenzionati atti desta perplessità sulla loro natura, perché lascia intendere che, sebbene qualificati come atti di regolazione flessibile, è possibile che i loro contenuti incidano direttamente sugli interessi dei singoli. La conclusione è, dunque, che non solo potranno essere adottati atti potenzialmente afflittivi (al di fuori del circuito parlamentare) ma gli stessi potranno produrre effetti nei confronti di specifici soggetti, a prescindere dal *nomen iuris* che li caratterizza».

<sup>35</sup> Cfr. G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 48-49.

<sup>36</sup> Cfr. Cons. Stato, comm. speciale, parere 14 settembre 2016, n. 1920. In dottrina, tra gli altri, F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in I. Nicotra (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 30; I. NICOTRA, *L'autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, *ivi*, 35-36; R. ROLLI, D. SAMMARRO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 8.

<sup>37</sup> M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 4 (2015), 683 ss.

<sup>38</sup> H. RASSAFI-GUIBAL, *De quelques aspect des usages des instruments de soft law comme vecteurs de normativité économique*, in *Revue de l'Union Européenne*, (2014), 93, richiamato in rapporto alla situazione italiana in M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 683 ss.

#### 4. IL DIFFICILE INQUADRAMENTO DELLE LINEE GUIDA DELL'ANAC TRA FONTI REGOLAMENTARI E ATTI AMMINISTRATIVI GENERALI

Se la riconduzione delle linee guida alla *soft law* pare quindi difficilmente praticabile, è parimenti assai opinabile la tesi volta a privare *tout court* le linee guida vincolanti dell'ANAC di natura normativa, riconducendole alla categoria degli atti amministrativi generali (in quanto atti di regolazione di un'Autorità indipendente) anziché al *genus* dei regolamenti<sup>39</sup>, in linea con quella “fuga dal regolamento”<sup>40</sup> che ha caratterizzato la tendenza normativa degli ultimi anni.

In effetti, i dubbi rispetto all'inquadramento tra gli atti normativi derivano dalla difficoltà di rinvenire nella legge (o nel diritto europolitano) un fondamento generale del potere normativo (regolamentare) dell'ANAC, come normalmente avviene per le Autorità amministrative indipendenti, in funzione della settorialità della disciplina e della tecnicità degli argomenti<sup>41</sup>, mentre risulta molto più semplice riscontrare nelle linee guida i fondamenti di un potere di emanare atti amministrativi generali, che discende dall'attività di regolazione dell'ANAC stessa<sup>42</sup>. Infatti, come già rilevato in dottrina «[...] mentre gli atti di regolazione rispondono all'esigenza di affidare a un'autorità indipendente dal Governo l'introduzione di regole perlopiù tecniche [...] in segmenti di mercato circoscritti nei quali l'Esecutivo, per mezzo delle società partecipate, conserva un interesse (diretto o indiretto) che ne sconsiglia qualsivoglia

<sup>39</sup> F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti*, cit., ritiene che sia sempre meno agevole ricondurre le singole manifestazioni della potestà regolatoria delle Autorità ai tipi tradizionali e che, pertanto, «la linea di distinzione tra atti normativi e generali [...] sembra sfumare nella sovrapposizione di dati strutturali, procedimentali ed effettuali», per cui il “catalogo” risulterebbe essere molto più ampio: «veri e propri regolamenti, rispondenti ai requisiti classici del tipo; atti di regolazione diretti a determinati soggetti ma potenzialmente espandibili; atti di regolazione che si combinano con atti di autonomia privata; atti di impulso per la conclusione di accordi; atti di indirizzo; segnalazioni; autorizzazioni in esenzione per categorie e fattispecie generali; in breve tutto ciò che è stato riassunto nella formula delle *tertiary rules*». Tale ricostruzione, che pur consente di cogliere le diverse “sfumature” della molteplicità di atti posti in essere dalle Autorità, sembra, però, recare in sé il rischio di smarrire le “coordinate”, per cui si preferisce, almeno fino a quando ciò sarà possibile, continuare a fare uso delle categorie dei regolamenti e degli atti amministrativi generali.

<sup>40</sup> Cfr. V. COCOZZA, *La delegificazione*, Napoli 2005, 105-106 e 130; N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12 (2012), 1209 ss., e, con particolare riferimento alla vicenda delle linee guida dell'ANAC, C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, cit., 4.

<sup>41</sup> Con specifico riguardo alle linee guida dell'ANAC, si vedano C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, cit., 8; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 16-17. Per quanto riguarda, più in generale, i fondamenti legislativi del potere regolamentare, si vedano, per tutti, V. COCOZZA, *La delegificazione*, cit., 41; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 341ss.

<sup>42</sup> Continuando la numerazione di V. COCOZZA, *La delegificazione*, cit., 105-106 e 130, si potrebbe, forse, parlare, a proposito delle linee guida dell'ANAC, di una “terza fuga dal regolamento”.

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»<sup>43</sup>.

In effetti, nel caso dei poteri che il nuovo Codice riconosce all'ANAC non sembrano esserci esigenze di regolazione tali da giustificare la sottrazione di un così vasto ambito materiale alla normazione di dettaglio governativa e, di conseguenza, seppur mediamente, al circuito democratico.

In proposito, peraltro, la dottrina pare avere correttamente posto il problema generale della possibilità di qualificare quello dei contratti pubblici come un mercato regolato e, conseguentemente, della necessità, e della giustificazione, di un'autorità indipendente di regolazione non prevista dalle direttive europee e non presente nella maggior parte dei paesi europei<sup>44</sup>.

In quest'ottica, la dubbia settorialità delle linee guida dell'ANAC che, pur nel mutato quadro normativo successivo all'entrata in vigore del d.l. 32/2019, coinvolgono argomenti di particolare vastità, rilevanza economica e complessità, è tale da far dubitare dell'ammissibilità di un'attribuzione alla stessa di potere normativo di tipo regolamentare. In effetti, a differenza di quanto accade per le altre Autorità indipendenti, all'ANAC sembra essere affidato, in materia di appalti, un potere normativo quasi di carattere generale, senza un'adeguata legittimazione politica e costituzionale, per di più in un settore nel quale le norme di regolazione possono concorrere a definire anche le fattispecie penali.

Se, nonostante tutto quanto detto, si intendesse, quindi, ricondurre le linee guida vincolanti tra gli atti normativi, risulterebbe dirimente il superamento dell'obiezione relativa all'inderogabilità del principio di tipicità delle fonti normative, che andrebbe risolta in via ermeneutica, leggendo le disposizioni del d.lgs. n. 50/2016, relative alle linee guida, come attributive di un potere normativo, di livello regolamentare, all'ANAC.

Tuttavia, rispetto all'attribuzione del potere regolamentare alle altre Autorità mancherebbe nel caso la settorialità, mentre per quanto riguarda il rispetto delle garanzie procedurali<sup>45</sup>, il legislatore, consapevole della grande responsabilità di carattere sostanzialmente politica affidata all'ANAC, ha almeno previsto, all'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, la preventiva sottoposizione delle linee guida ai

<sup>43</sup> C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, cit., 8-9.

<sup>44</sup> Cfr. L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5 (2016), 605 ss.

<sup>45</sup> Più diffusamente, R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, cit., 51-62. Cfr. T.E. FROSINI, *Attribuzioni delle Autorità*, cit.; sul punto, inoltre, F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti*, cit., 25-26, che, a proposito della legittimazione democratica delle autorità indipendenti, si riferisce ad una «legittimazione democratica “da funzione”, qualitativamente diversa da quella fondata sui meccanismi elettivi di investitura e riposta, per converso, sulla possibilità di considerazione critica dell'operato degli stessi soggetti, tanto da parte della comunità dei “tecnici”, quando, possibilmente, da parte di tutti i cittadini».

soggetti interessati, e quindi anche al Parlamento<sup>46</sup>, per quanto ciò paia obiettivamente insufficiente a colmare il difetto di legittimazione democratica rispetto all'intervento in ambiti tanto ampi, rilevanti e delicati.

Tali garanzie procedurali consentirebbero, in sostanza, soltanto di mitigare le perplessità di cui sopra<sup>47</sup>: la legalità procedimentale verrebbe così in soccorso della legalità sostanziale, secondo lo schema tipico dell'attività normativa delle Autorità indipendenti<sup>48</sup>, seppure con esiti solo parzialmente soddisfacenti.

A tal proposito possono richiamarsi le osservazioni del Consiglio di Stato che, pur non ponendosi in termini espliciti il problema di un possibile inquadramento delle linee guida quali atti normativi<sup>49</sup>, ha ugualmente avvertito il bisogno di sottolineare che la valorizzazione degli aspetti di legalità procedimentale consentirebbe di

<sup>46</sup> Sul parere parlamentare sugli atti di normazione governativi si veda N. LUPO, *Il parere parlamentare sui decreti legislativi e sui regolamenti del Governo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4 (1999), 973-1049. Per quanto riguarda, nello specifico, l'ANAC, l'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, prevede, infatti, che «[...] 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 [...]».

<sup>47</sup> Relativamente alla possibilità di sopperire al *deficit* di legittimazione democratica delle Autorità amministrative indipendenti, per ritenere costituzionalmente fondato il loro potere regolamentare, cfr. R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, cit., 58-62; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino 1999, 19. Per una disamina delle tesi contrarie, cfr. G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 80 ss. Con specifico riguardo alla partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti di regolazione, al contraddittorio, alla funzione consultiva del Consiglio di Stato e all'Analisi di Impatto della Regolamentazione, F. GRECO, *La potestà normativa delle Autorità Amministrative Indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione*, in *GiustAmm.it*, 9 (2014), 9; cfr. anche L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino 1999, 60 ss. Con specifico riferimento all'ANAC, cfr. F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti*, cit., 30-32; I. NICOTRA, *L'autorità nazionale anticorruzione*, cit., 42-45; più critico R. GRECO, *Il ruolo dell'Anac*, cit., 5, secondo cui la necessità di ampie garanzie partecipative frustrerebbe quell'esigenza di speditezza alla base della scelta dello strumento delle linee guida: infatti, «l'esigenza sottolineata dal Consiglio di Stato di rispettare le garanzie partecipative tipiche degli atti di regolazione delle autorità indipendenti, traducendosi in un inevitabile aggravio procedimentale nella fase di predisposizione e adozione delle linee-guida, rischia di frustrare la conclamata esigenza di disporre di uno strumento di regolazione spedito, oltre che flessibile».

<sup>48</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. 6<sup>a</sup>, 2.5.2012, n. 2521; Cons. Stato, sez. 6<sup>a</sup>, 27.12.2006, n. 7972. Con riguardo alle tematiche di legalità procedimentale e legalità sostanziale, con riferimento in generale alle Autorità indipendenti, cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 75 ss.

<sup>49</sup> Tuttavia, come si è già accennato, Il Consiglio di Stato, con parere 1 aprile 2016, n. 855, aveva espresso l'opzione, per le linee guida per la determinazione dei livelli standard di qualità e delle categorie e classifiche dei lavori che saranno utilizzate dalle SOA, il modello del decreto ministeriale

sopperire al *deficit* di legittimazione democratica<sup>50</sup>, da più parti avvertito: risulta, in primo luogo, necessaria una “sistematica consultazione” dei soggetti interessati (in particolare «la richiesta di parere al Consiglio di Stato è un importante elemento a garanzia della legalità sostanziale»<sup>51</sup>); in secondo luogo, è necessaria un’attenta analisi di impatto della regolazione (AIR)<sup>52</sup> che deve indicare quali siano i veri cambiamenti attesi da quell’intervento; in terzo luogo, è necessario che all’adozione delle linee guida segua un’attenta verifica *ex post* dell’impatto della regolazione (VIR), ai fini di un eventuale adattamento del contenuto delle linee guida alle esigenze emerse nella fase di concreta ed effettiva applicazione; in quarto e ultimo luogo, è necessario evitare, nel medio e nel lungo periodo, un’eccessiva proliferazione di linee guida (con fenomeni definiti dal Consiglio di Stato di c.d. “*regulatory inflation*”).

Tuttavia, come già accennato, sembra almeno dubbio che attraverso la predetta valorizzazione della “legalità procedimentale”, secondo le indicazioni del Consiglio di Stato, possa ritenersi fondata una potestà normativa piena dell’ANAC, in considerazione del dato ineliminabile della vastità, delicatezza e rilevanza della materia ad essa affidata<sup>53</sup>. In particolare, la predisposizione di una sorta di “giusto procedimento”, che preveda la consultazione di numerosi soggetti interessati, la richiesta di parere al Consiglio di Stato e alle Commissioni parlamentari, sembra essere sufficiente a sopperire al *deficit* di legalità sostanziale di atti amministrativi generali, in

“su proposta dell’ANAC”, anziché l’affidamento alla sola Autorità della predisposizione di linee guida vincolanti, dimostrando così di considerare “sostanzialmente normativo” il contenuto di tali linee guida.

<sup>50</sup> In particolare, «[...] gli atti di regolazione adottati dalle Autorità, proprio perché espressione di un potere che è carente sotto il profilo della legalità sostanziale e promananti da soggetti che sfuggono al tradizionale circuito della responsabilità politica, debbano essere adottati nel rispetto di un procedimento articolato, aperto al contraddittorio e alla partecipazione dei soggetti interessati, e sottoposto al vaglio consultivo del Consiglio di Stato» (Cons. Stato, comm. speciale, parere 14 settembre 2016, n. 1920).

<sup>51</sup> Cons. Stato, parere 14 settembre 2016, n. 1920.

<sup>52</sup> Più in generale, l’art. 12, legge 23 luglio 2003, n. 229, assoggetta tutte le Autorità indipendenti all’obbligo di adottare forme di analisi di impatto della regolamentazione (AIR) «per l’emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione» e di trasmetterle al Parlamento. Sul punto, M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 27, osserva che «l’AIR, che consiste nell’individuazione preventiva e nella valutazione dei costi e dei benefici della regolamentazione, costituisce uno strumento utile per prevenire l’adozione di disposizioni inefficienti, gravose per i destinatari e talora dannose».

<sup>53</sup> C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC*, cit., 11, ha osservato che «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)».



modo che il relativo *iter* di adozione risulti legittimo e attento alle garanzie costituzionali, mentre almeno qualche seria perplessità resta in ordine agli atti normativi<sup>54</sup>.

Forse proprio per questo il Consiglio di Stato ha ritenuto più prudente ricondurre le linee guida vincolanti dell'ANAC nella categoria degli atti amministrativi generali, sottolineando, peraltro, come tale inquadramento non comprometta le garanzie partecipative previste per la loro approvazione.

D'altra parte, però, il principio di prevalenza della sostanza sulla forma suggerisce un'ulteriore riflessione sulla qualificazione delle linee guida vincolanti in termini di atti amministrativi generali<sup>55</sup>.

Infatti, se l'atto amministrativo generale si caratterizza per produrre effetti in ordine a una situazione concreta e particolare, le linee guida vincolanti, a dispetto del loro *nomen iuris*, sono invece destinate alla generalità degli operatori economici e producono effetti non circoscritti, ma anzi estesi a tutto il vasto mondo dei contratti pubblici<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Peraltro, permangono dei dubbi in merito alle stesse garanzie partecipative, che sono risultate più o meno accentuate a seconda dei casi: la concreta conformazione delle modalità e delle forme di consultazione, infatti, è rimessa alla discrezionalità dell'ANAC dall'art. 213, comma 2, del Codice («nei modi previsti dal proprio ordinamento»).

<sup>55</sup> Anche chi, come N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 14, ritiene condivisibile, almeno in linea generale, la riconduzione delle linee guida dell'ANAC agli atti amministrativi deve poi ammettere che «le linee guida dell'ANAC previste agli artt. 83 e 84 del codice definiscono tuttavia il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle procedure, il regime delle SOA. Limitano e condizionano l'accesso al mercato degli appalti pubblici e conseguentemente l'esercizio del diritto di impresa. Evidente ne è, pertanto, la portata normativa».

<sup>56</sup> Va messo in evidenza che neanche l'applicazione di quell'atto ad un settore limitato avrebbe potuto escludere, per ciò solo, la sua natura regolamentare. Ciò è stato chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha affermato che «un atto può essere qualificato normativo anche se non si indirizza, indistintamente, a tutti i consociati, e ciò in quanto la "generalità" e l'"astrattezza" che contraddistinguono la "norma" non possono e non devono essere intesi nel senso di applicabilità indifferenziata a ciascun soggetto dell'ordinamento ma, più correttamente, come idoneità alla ripetizione nell'applicazione (generalità) e come capacità di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza); pertanto, il carattere normativo di un atto non può essere sconosciuto solo perché esso si applica esclusivamente agli operatori di un settore (nelle specie ai titolari di impianti per la produzione di energia da fonte solare) dovendosi, al contrario, verificare se, in quel settore, l'atto è comunque dotato dei sopradescritti requisiti della generalità e dell'astrattezza» (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9). Sembra, dunque, condivisibile la posizione di M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti*, cit., 436 ss., il quale afferma che «merita infatti ricordare che la nozione acquisita di atti amministrativi generali è quella di atti di carattere provvedimentale, e quindi senza il carattere dell'astrattezza, che determinano effetti giuridici in relazione a tutti i rapporti che abbiano le medesime caratteristiche. Laddove le linee guida hanno sì un'efficacia di carattere generale, ma in quanto atti con carattere astratto. In sostanza, sono un'esplicazione del potere normativo delle amministrazioni pubbliche, attribuito per legge». In particolare, afferma l'A., «ove le linee guida abbiano carattere vincolante *erga omnes*, con previsioni di carattere astratto, si devono ascrivere al genere degli atti regolamentari (per ora atipici) delle autorità amministrative, attribuiti per legge (nel caso la L. n. 11/2016). In breve, non atti amministrativi, ancorché generali; ma atti di regolamentazione». In sostanza, le linee guida, se sono vincolanti, sono da

In considerazione di questo apparente disallineamento tra la forma di atti amministrativi e la sostanza di atti normativi delle linee guida vincolanti dell'ANAC, va effettuata una più approfondita valutazione sulla contemporanea sussistenza dei requisiti della generalità e dell'astrattezza, tenendo in considerazione che soltanto i regolamenti pongono in essere una disciplina astratta, mentre gli atti amministrativi, anche quando rivolti ad una "generalità" di destinatari, sono sempre adottati per disciplinare situazioni concrete e per soddisfare specifiche esigenze pubbliche<sup>57</sup>.

A tal proposito, la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2012 aiuta a delineare ulteriormente i confini tra atti amministrativi e atti regolamentari: la lettura di tale sentenza contribuisce alla corretta qualificazione delle linee guida vincolanti dell'ANAC, pur nella consapevolezza della peculiarità del fenomeno delle linee guida, di cui l'Adunanza Plenaria, nel 2012, non poteva tenere certo conto. In particolare, «al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale occorre fare riferimento al requisito della indeterminabilità dei destinatari, nel senso che atto normativo è quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che "a posteriori" (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili "a posteriori" in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare e/o una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti» (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9).

L'Adunanza Plenaria, quindi, al fine di distinguere tra atti normativi e non normativi, non pone tanto l'accento sulla "settorialità" degli atti, potendo anche atti "settoriali" essere qualificati come normativi, bensì sulla indeterminabilità dei destinatari, che contraddistinguerebbe soltanto gli atti normativi<sup>58</sup>.

Pertanto, anche alla luce dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria, sembrerebbe non potersi affermare che le linee guida vincolanti dell'ANAC, preposte all'attuazione del Codice dei contratti pubblici fino alla loro permanenza in vigore, per una serie indeterminata di casi e per regolare vicende indeterminate ed indeterminabili, siano suscumbibili all'interno della categoria degli atti amministrativi generali.

considerare quali atti di tipo regolamentare; altrimenti sono da considerare quali "atti amministrativi di indirizzo", «come le direttive amministrative (nel diritto nazionale) e gran parte delle comunicazioni della Commissione europea (nel diritto UE) - indicano obiettivi alle amministrazioni di riferimento, le quali possono motivatamente discostarsene».

<sup>57</sup> Con riguardo alla categoria degli atti amministrativi generali, in relazione agli atti normativi, si veda per tutti A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali*, cit., 452 ss.

<sup>58</sup> Cfr. N. LUPO, *Il Consiglio di Stato*, cit., 1209 ss.

Inoltre, le linee guida vincolanti dell'ANAC risultano essere idonee alla “ripetizione nell'applicazione”<sup>59</sup> e capaci di regolare una serie indefinita di casi, integrando così i requisiti tipici degli atti normativi, come delineati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella già citata sentenza. In sostanza, le linee guida vincolanti dell'ANAC sembrano avere tutte le caratteristiche degli atti normativi<sup>60</sup>: generalità, astrattezza, innovatività, attitudine a integrare la fattispecie astratta e non eccezionalità e temporaneità dei suoi effetti<sup>61</sup>.

Tutto ciò rende difficile, quindi, superare la delineata discrasia tra la forma di atti amministrativi generali e la sostanza di atti normativi.

Naturalmente, i problemi di inquadramento non sono soltanto teorici, ma soprattutto gravidi di ricadute pratiche: soltanto ai regolamenti, infatti, è riconosciuta efficacia *erga omnes*; solo per i regolamenti vale il principio *iura novit curia*; solo a questi sono in generale applicabili i principi delle Preleggi sull'interpretazione; soltanto la violazione di un regolamento consente di ricorrere in Cassazione per violazione e falsa applicazione della norma (art. 360 c.p.c. e art. 111 Cost.)<sup>62</sup>.

Infine, l'inquadramento delle linee guida dell'ANAC tra gli atti normativi sembra confermare i dubbi sulla legittimità dell'attribuzione di potere normativo alla stessa Autorità, per tutti i motivi sopra esposti (*in primis*, l'assenza di settorialità).

Pertanto, sembra preferibile affidare al Governo l'emanazione di un regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, mantenendo così l'unitarietà della regolamentazione, come in effetti ha fatto il legislatore, ritornando sui propri passi, con la novella del 2019, seppure senza andare fino in fondo, poiché non tutta la disciplina attuativa è demandata al regolamento. Resta ancora un ampio spazio

<sup>59</sup> L'attitudine di una norma ad essere applicata innumerevoli volte integra, in particolare, il requisito dell'astrattezza. Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 21 ss.

<sup>60</sup> Si è già trattato, nelle pagine precedenti, dei caratteri identificativi degli atti normativi rispetto agli atti regolamentari. In dottrina, cfr. A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali*, cit., 452, e L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 39-46; da ultimo, con specifico riferimento alle linee guida, anche C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, cit., 5 ss.

<sup>61</sup> Deve darsi atto, ad ogni buon conto, che i parametri utilizzati dall'Adunanza Plenaria nella citata sentenza n. 9/2012 non sono condivisi da parte della dottrina (G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto istituzionale*, Milano 2005), che predilige un'impostazione formalistica, ritenuta più affidabile e attendibile, che conduca a risultati univoci e sicuri in merito alla qualificazione degli atti. Tale tesi è criticata da C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, cit., 5-6, ove afferma 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, come elusione delle garanzie procedurali e del vincolo del rispetto delle competenze normative regionali) di un 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 [...], di rimettere all'arbitrio del legislatore la scelta della forma (e, quindi, secondo la tesi formalistica rifiutata, anche il regime sostanziale) dell'atto».

<sup>62</sup> R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, cit., 30-31.

di intervento per le linee guida dell'ANAC, ciò che conferma i dubbi teorici sulla sistemazione di tali atti nel sistema delle fonti, suscitando anche qualche perplessità sull'opportunità di affidare un settore cruciale per la vita economica del Paese, quale quello dei contratti pubblici, alla regolamentazione di atti "atipici" di un'Autorità forse già di per sé "atipica".

## 5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Cercando di trarre qualche considerazione conclusiva, ci sembra che la disciplina attuativa della materia dei contratti pubblici non si sottragga ai nodi problematici del rapporto tra potere pubblico, diritti fondamentali e forme della normazione, che costituiscono il filo conduttore del presente volume.

In particolare, sul piano della collocazione sistematica delle linee guida ANAC resta il dubbio se si stia assistendo ad un "indurimento" della *soft law*<sup>63</sup>, mediante la predisposizione di strumenti di "regolamentazione flessibile" che sono in realtà dei veri e propri atti normativi, oppure ad un "ammorbidimento" dell'*hard law*, mediante la sostituzione di una fonte di tipo regolamentare (di cui si riscontrano alcuni aspetti) con atti amministrativi generali (di cui ricorrono altre caratteristiche).

Orbene, proprio perché sembrerebbe prevalere la considerazione delle linee guida come una fonte atipica e non come un atto amministrativo generale, sarebbe stata necessaria maggior chiarezza da parte del legislatore<sup>64</sup> e, forse, uno sforzo ricostruttivo più ampio da parte della giurisprudenza, soprattutto del Consiglio di Stato.

In qualche modo, la "novità" e l'anomalia delle linee guida pare peraltro collegarsi alla atipicità dell'Autorità alla quale il potere di adozione delle stesse è attribuito, dissimile da tutte le altre, con poteri ampi e trasversali (ben più della precedente Autorità di vigilanza dei contratti pubblici che pure operava in un ambito che - come abbiamo visto - non è propriamente riconducibile a un settore), che non paiono avere riscontro nell'ormai lunga e consolidata esperienza delle *Authorities* e che non ha eguali nel panorama europeo<sup>65</sup>, demandando ad essa una parte significativa dell'attuazione del Codice dei contratti pubblici.

<sup>63</sup> In questi termini si esprimono, tra gli altri, N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 14; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 683 ss.

<sup>64</sup> In dottrina si è avuto modo di osservare che «solo una nuova legge potrà dare un adeguato quadro al tema delle "fonti atipiche" in modo costituzionalmente orientato e corretto», resolvendo così la vaghezza e le contraddizioni della legge delega relativamente alle norme attuative: così M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti*, cit., 436 ss.

<sup>65</sup> L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 605 ss., secondo cui «La presenza di un'autorità indipendente per il mercato dei contratti pubblici non è invece prevista dalle direttive europee, né sussiste nella maggior parte dei paesi europei, con la conseguenza che la qualificazione dei poteri regolatori resta incerta anche per la mancanza di un quadro di riferimento generale e diffuso negli altri ordinamenti soggetti alle regole delle direttive europee in materia. Questa incertezza è resa più acuta dalla natura composita della missione dell'Anac, nella quale non è chiaro se la vigilanza

L'idea di ricorrere agli strumenti di “regolamentazione flessibile” e alle linee guida nasce dalla volontà di venire incontro alle esigenze di disciplinare una realtà economica in continuo sviluppo con strumenti più rapidi ed efficaci<sup>66</sup>, ma pare avere finito per complicare ulteriormente il sistema, in termini di scarsa unitarietà della disciplina e di incertezza del diritto e con problemi di coordinamento con i principi generali dell'ordinamento, con i quali, in ultima analisi, rischiano addirittura di confliggere. Di questo pare in effetti essersi reso conto il legislatore quando, nel 2019, ha previsto il ritorno a un regolamento di attuazione, seppure – come abbiamo detto – non sembri avere avuto il coraggio di rivedere completamente le proprie scelte, mantenendo comunque uno spazio di operatività per le linee guida<sup>67</sup>.

sui contratti pubblici sia strumentale e finalizzata alla lotta alla corruzione o se, invece, sia la prevenzione della corruzione ad essere strumentale al buon funzionamento del mercato dei contratti pubblici, che costituisce, in Italia come in altri paesi, una leva economica assai rilevante».

<sup>66</sup> I. NICOTRA, *L'autorità nazionale anticorruzione*, cit., 36, sottolinea che «l'intento è di assicurare la stabilità dell'assetto normativo, garantendo che i necessari aggiustamenti avvengano attraverso poteri di *soft law*, capaci di fornire un'interpretazione elastica ed evolutiva delle disposizioni legislative, in modo da delineare un quadro normativo certo per gli operatori del settore e le pubbliche amministrazioni, senza dover ricorrere a continui ritocchi legislativi».

<sup>67</sup> Peraltro, ad oggi, le linee guida rimangono l'unica sede di disciplina attuativa della materia, in considerazione dei ritardi nell'adozione del regolamento di cui sono circolate più bozze, l'ultima delle quali, risalente al luglio 2020, non tiene però conto delle modifiche operate dal c.d. “d.l. semplificazione”, cioè il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni in legge 11 settembre 2020, n. 120.