

Fonti senza forma e presunto *soft law*, con particolare riguardo alle linee-guida

Anac*

di

Michela Manetti*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La svalutazione del ruolo e dell'immagine degli atti-fonte - 3.(Segue): l'insostenibile politicità degli atti-fonte - 4. La rivincita dell'atto amministrativo generale, riveduto e corretto - 5. La truffa delle etichette - 6. Le linee-guida adottate da Anac - 7.(Segue): un'altra truffa delle etichette -.

1. Introduzione

Il crescente successo della formula *soft law* è dovuto a molti convergenti fattori, dei quali si è occupata e si occupa intensamente la dottrina internazionalistica ed euro-unitaria¹. L'intenzione è qui di verificare se anche dal punto di vista del diritto costituzionale la formula abbia autonomo rilievo e significato.

Sull'onda dell'abolizione dei confini – non solo territoriali, ma anche concettuali² – può sembrare inutile esercizio dogmatico tornare ad occuparsi della

* Pubblicato in *Diritto costituzionale* n. 2 del 2019, destinato agli Scritti in onore di Antonio Ruggeri.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Siena, attualmente in Convenzione con RomaTre.

¹ Nel vastissimo panorama bibliografico sembra costituire un utile punto di riferimento lo studio di F. TERPAN, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal* 2015, 68 ss. V. inoltre A. POGGI, "Soft law" nell'ordinamento comunitario, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Annuario AIC 2005, Padova, 2007, 369 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, Milano, 2008; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Torino, 2009; F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il "soft law"*, in *Law. dir.* 2003, 49 ss.; B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercati* 2/ 2016; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, 2018.

² Così M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. Dir. Annali*, 2011, 549 ss. che celebra il ritorno dell'Europa all'"indistinzione" tipica del pensiero anglosassone, assimilando il

distinzione tra fonti e non fonti, e della eventuale presenza di figure intermedie tra le due. Per chi abbia a cuore la limitazione del potere, sotto qualsivoglia forma esso si manifesti, tale distinzione risulta invece ancora più importante, di fronte al rischio che lo Stato si faccia garante, con il proprio apparato giudiziario e coercitivo, di regole irrelate alle forme e ai limiti della sovranità *ex art. 1 Cost.*³.

Una volta adottato il punto di vista dell'ordinamento nazionale, la questione del *soft law* può essere in parte semplificata. Correntemente infatti esso è collegato alla mollezza o debolezza tanto del contenuto prescrittivo, quanto dei meccanismi di *enforcement*, oltre che all'informalità della fonte. Ma è la natura disorganizzata dell'ordinamento, o la necessità politica di non premere eccessivamente sull'attuazione di determinati impegni, che spinge a fare affidamento su di una nozione arcaica di norma giuridica, ingrossando le fila del *soft law*⁴.

Nell'ordinamento statale non dovrebbe invece assumere autonomo rilievo il carattere "molle" o "debole" della prescrizione, allorché essa sia contenuta in un atto che viene riconosciuto come fonte formale del diritto. La natura vaga o indicativa del comando, quale si ritrova nelle norme programmatiche, o la natura puramente dichiarativa o politica, quale ricorre nelle invocazioni alla Divinità o nei preamboli delle Costituzioni, non ne esclude invero il carattere di *hard law*.

D'altra parte la mancanza di una apposita sanzione, in questi come in altri casi, non esclude che l'ordinamento statale ne assicuri l'*enforcement*, in via diretta o indiretta, se non altro a cagione dell'influenza che le enunciazioni di questo tipo

superamento dei confini territoriali al tramonto della scienza giuridica come tale. Da una premessa notoriamente schmittiana vengono così tratte conseguenze non incontrovertibili: dovremmo infatti dire lo stesso di qualsiasi scienza, se è venuto meno l'intento sistematico, e dovremmo per altro verso dimenticare che la divisione dei poteri, elevata (giustamente) a simbolo dello spirito illuministico, negli Stati Uniti è conservata ben più gelosamente che in Europa.

³ Così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, II ed., Torino, 34 ss. Da questo punto di vista riprende interesse quella che in precedenza sembrava una distinzione declinante: cfr. R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 254.

⁴ Cfr. le argomentazioni sviluppate da F. TERPAN, *op. ult. cit.*, 70 ss., che intende come caratteristiche del *soft law*, - alternativamente, e con diverse sfumature di intensità - la provenienza dei precetti da una fonte non obbligatoria, la formulazione in modo vago o non imperativo, la mancanza di un meccanismo di *enforcement*.

spiegano sull'interpretazione di tutte le norme riconosciute come tali dall'ordinamento⁵.

Per questo motivo ha potuto essere sindacata la legge francese che riconosceva come verità storica il genocidio degli armeni del 1905, pur in assenza di una pronuncia giurisdizionale che faccia stato al riguardo, come avviene riguardo all'Olocausto⁶. A tale *loi mémorielle* va infatti riconosciuta la capacità di incidere sulla libertà di pensiero e di ricerca storica, a causa di una posizione assunta ufficialmente dallo Stato.

Peccato che nella motivazione della sentenza adottata dal *Conseil constitutionnel* prevalga un altro argomento, secondo il quale la legge non contenente norme in senso sostanziale deve essere ritenuta illegittima in quanto elusiva del compito attribuito dalla Costituzione alle Assemblee rappresentative⁷. Si tratta di un'argomentazione che il *Conseil* aveva già utilizzato, in un caso peraltro molto diverso, ritenendo priva di portata normativa, e quindi illegittima, una legge dedicata alla indicazione di obiettivi (la *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*)⁸.

Nel nostro ordinamento pronunce del genere sono impensabili, se non altro perché l'atto-legge, e il Parlamento che ne è il referente ideale, conservano una dignità superiore a quella loro riservata nel regime della V Repubblica. Il fatto che la Corte costituzionale abbia talvolta negato lesività nei confronti delle competenze statali a disposizioni di legge regionale, e soprattutto ai principi posti in apertura di alcuni Statuti, sembra da ricondurre alla tutela dell'autonomia politica delle Regioni, più che alla fedeltà verso una nozione sostanziale di legge⁹.

⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, V ed., 1984. 43.

⁶ A norma del diritto francese la negazione dell'Olocausto è intesa violare la "verità processuale" accertata dal Tribunale di Norimberga in esecuzione del mandato conferitogli dal Trattato di Londra.

⁷ Così la sentenza 2012 - 647 DC.

⁸ Così la sentenza 2005 - 512 DC.

⁹ Tanto è vero che altre volte la lesività (o la normatività) è stata riconosciuta ai fini dell'annullamento, come nella nota sent. n. 306 del 2002, riguardante l'uso del *nomen* Parlamento. V. al riguardo, diffusamente, G. D'ALESSANDRO, *I nuovi Statuti delle Regioni ordinarie*, Padova, 2008, 243 ss.

2. La svalutazione del ruolo e dell'immagine degli atti- fonte

Ad un primo esame, la proliferazione del concetto di *soft law* nel diritto interno sembra riconducibile a due cause.

La prima attiene al fatto che sono mutati profondamente l'aspetto e la funzione delle stesse fonti del diritto, quali termini di paragone per gli atti di diversa natura. Le prime appaiono spesso mal riusciti tentativi di incidere sulla realtà sociale, non diversamente da quanto i poteri pubblici ottengono per altre e meno impegnative vie.

La seconda scaturisce dalla crescente importanza che assumono nella vita dell'ordinamento norme prodotte appunto "per altre vie", eludendo le regole che presiedono alla individuazione delle fonti, tanto di livello primario quanto secondario. Si tratta di due fenomeni collegati: la progressiva delegittimazione delle fonti formali propizia l'affermazione di fonti informali che vantano una pretesa di maggiore adeguatezza.

In passato le tematiche della legge-provvedimento, della legge di piano, della legge negoziata, hanno già fatto affiorare diverse forme di "annebbiamento" del concetto di fonte, e di legge *in primis*, come atto a contenuto generale e astratto, da un lato, frutto della incondizionata volontà delle Assemblee rappresentative, dall'altro. Ma non si trattava della inadeguatezza del diritto statale, bensì della forza che esso è riuscito a spiegare durante le *trente glorieuses*.

Negli anni a noi più vicini è maturata invece una desacralizzazione o smitizzazione di tale forza.

In primo luogo si è prospettata, anche sull'onda del diritto euro-unitario, l'eventualità che la legge sia soggetta ad un obbligo di motivazione, soprattutto a fini di controllo della ragionevolezza delle scelte legislative. La decadenza del dibattito parlamentare nell'epoca del maggioritario ha fatto probabilmente dimenticare che la legge ha sempre avuto una motivazione, da ricercare nelle opinioni manifestate durante la discussione dai membri delle Camere¹⁰.

¹⁰ V. riassuntivamente M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011.

In secondo luogo, ed ancora ad imitazione del diritto U.E., è comparsa la possibilità di riconoscere come “danni”, in senso civilistico, gli effetti sfavorevoli che un provvedimento legislativo può arrecare ai privati¹¹, incrinando la irresponsabilità che normalmente si attiene agli atti politici, esercizio di sovranità.

La legge è apparsa così, sotto entrambi i profili, concettualmente indistinguibile dagli atti amministrativi. Lo stesso accade oggi con riguardo al contenuto dell’atto, cui vengono a mancare le tradizionali caratteristiche di libertà e insieme di stabilità.

Si afferma la convinzione secondo la quale la legge non debba in molti casi che uniformarsi a criteri o *standard* tecnici, più o meno facilmente individuabili, ma che prescindono comunque dal potere di scelta degli organi rappresentativi. Si sottolinea in tal modo l’affievolimento del significato politico dei poteri normativi, divenuti assimilabili all’esercizio da parte dell’amministrazione di discrezionalità tecnica, e sottoposti come questi ultimi non ai tempi della politica ma a quelli del progresso tecnico.

Per gli stessi motivi la legge perde la sua caratteristica durevolezza. È pensata come sperimentale, in quanto è destinata a scadere dopo un certo periodo di tempo, obbligando il legislatore a riconsiderare la situazione (secondo la più trasparente versione della *sunset clause*, di origine statunitense), o in quanto è soggetta alla eventualità di una modifica, ove l’applicazione denunzi pecche e lacune (secondo la formula nostrana dei decreti integrativi e correttivi).

In una parola, la legge appare temporanea. In altri casi appare, più semplicemente, precaria¹²: perché non si perita di modificare disposizioni appena approvate, anche ripetutamente, e anche a dispetto dei meccanismi di razionalizzazione che si è auto-imposta (come la riserva di codice); perché adotta la cifra dell’emergenza al fine di porre discipline pur destinate a non entrare

¹¹ Così A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro it.* 2003, V, 175 ss.

¹² V. ora l’analisi di E. LONGO, *La legge precaria*, Torino, 2017, che ben descrive questa patologia legislativa, tendendo peraltro a ricondurla all’affermazione dello Stato sociale (giustificazione forse anacronistica, come si dice più avanti nel testo), salvo giustificarla, almeno in parte, con le esigenze di continua “manutenzione” delle fonti.

immediatamente in vigore; perché si esaurisce nell'effetto-annuncio di misure o riforme attese dall'opinione pubblica, l'attuazione delle quali è rinviata ad atti ulteriori che talvolta non vedono mai la luce¹³.

Quest'ultimo fenomeno mette in luce l'ultimo e decisivo aspetto dello scadimento dei poteri normativi: la necessità di ricercare quotidianamente il consenso, laddove questo in passato era dato per scontato sulla base della natura direttamente o indirettamente rappresentativa degli organi competenti. Al pari del (tendenziale) obbligo di motivazione e dell'assoggettamento a responsabilità, più sopra richiamati, anche questo può essere considerato un cambiamento positivo, là dove scalza la presunzione di infallibilità dei soggetti politici, assoggettandola alla valutazione dei cittadini. Sarebbe bene tuttavia ricordare che la valutazione espressa a caldo, nei sondaggi estemporanei o nelle forme semplificate del *web*, ha poco o nulla a che vedere con il confronto tra opinioni che dovrebbe presiedere al funzionamento del sistema rappresentativo¹⁴.

La diagnosi, formulata da tempo, mette in luce la crisi della politica democratica di fronte all'anti-sovrano e all'ideologia che lo accompagna¹⁵. E' questa la forza che scuote alla radice non solo l'autorità della legge, ma di *tutti gli atti fonte*, mettendo in discussione la pretesa dello Stato non più e non tanto di pianificare o di indirizzare verso qualsiasi obbiettivo, quanto di dare ordine ai rapporti sociali, se non assoggettandosi ai modi e ai tempi imposti dal mercato.

3.(Segue): *l'insostenibile politicità degli atti-fonte*

Ciò è tanto vero che la prima risposta data alla crisi della legge – la delegificazione – si è rivelata insoddisfacente. L'adozione dei regolamenti del Governo si è dimostrata anch'essa molto lenta e impegnativa, dal punto di vista procedurale, tanto che in alcuni casi il Governo per la sollecita modifica di un

¹³ Da segnalare come il legislatore si sia talvolta spinto a dichiararsi sconfitto, rinunciando esplicitamente all'attuazione di determinate disposizioni: v. A. IANNUZZI, *Osservazioni sulla delega "taglia-inattuazione", per la modifica e l'abrogazione delle leggi che prevedono l'adozione di provvedimenti attuativi, contenuta nella legge Madia*, in *Osservatorio sulle fonti* 2016.

¹⁴ Al riguardo v. M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC* 3/2018.

¹⁵ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.* 1996, 164 ss.

regolamento in vigore ha trovato più conveniente ricorrere alla fonte primaria (rilegificando la materia).

Il sacrificio imposto alle riserve di legge e al ruolo del Parlamento, sul quale si è tanto disputato in dottrina dopo la l. n. 400/1988, si è rivelato in ultima analisi inutile, ai fini della rilegittimazione del sistema delle fonti. Spostare a vantaggio del Governo e della maggioranza la formale titolarità del potere normativo non ha infatti posto rimedio alla insostenibile politicità degli atti che ne promanano.

La svalutazione complessiva delle fonti formali, della quale si è or ora discorso, mirava invero a rimettere in auge forme di disciplina impolitiche, non statali e/o non autoritative. Questa aspirazione, coltivata da sempre nella cultura anti-illuministica e anti-positivistica¹⁶, ha acquisito il massimo slancio in relazione ai nuovi "formanti" che la rivincita del mercato indicava¹⁷: in primo luogo il contratto e l'autoregolazione dei privati in genere; in secondo luogo gli usi o consuetudini commerciali (spesso lontani peraltro dalla spontaneità che storicamente li caratterizza¹⁸); infine, laddove inevitabili, le norme adottate bensì da un soggetto pubblico, ma caratterizzate in qualche modo dal peso riconosciuto all'autonomia dei privati.

Come è chiaro da tempo, non si aspira con ciò ad una vera *deregulation*, ma ad una *regulation* di altro stampo. In tal senso l'etichetta del *soft law* appare oggi il portato (uno dei portati) della ideologia che reclama la subordinazione del pubblico al privato, nella disciplina dei rapporti sociali¹⁹, contrapponendo il comando statale al "consenso" o ricorrendo alla più suadente metafora dell'"osmosi"²⁰.

¹⁶ Imprescindibile al riguardo la riflessione di PAOLO GROSSI, ripresa da ultimo in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

¹⁷ V. per tutti F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv.trim.dir pubbl.* 2006, 313 ss.

¹⁸ In quanto creati dagli esperti delle *law firms* statunitensi: cfr. M.R. FERRARESE, *op. loc. cit.*

¹⁹ Cfr. R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi. Riflessioni attorno a soft law e governance*, in L. DESANTI, P. FERRETTI, A.D. MANFREDINI (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani*, Milano, 2009, 19 ss.

²⁰ Così A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 7. Nel primo senso G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005.

Ai poteri pubblici viene richiesto di lasciare spazio all'autonomia della società civile, riducendo al minimo le manifestazioni autoritative, e insieme di valorizzarla, attribuendovi un'efficacia normativa sia pure indiretta²¹. Agli stessi poteri si impone altresì l'obbligo politico di adottare prescrizioni suppletive o derogabili, oppure formulate in termini persuasivi anziché precettivi, oppure ancora sottoposte nei contenuti alla manifestazione di volontà dei destinatari²².

L'apporto dei privati sfuma, infine, in un aspetto procedimentale quando le norme da adottare sono sottoposte alle osservazioni e contro-deduzioni dei soggetti interessati, facendo insorgere nel soggetto pubblico un lato obbligo di motivarne il rigetto.

L'argomento basato sulla natura tecnica delle norme da adottare, che come abbiamo visto funge da potente leva di delegittimazione delle fonti formali, svela qui la sua *pars costruens*, tesa ad avvalorare l'autonomia privata come fonte informale del diritto. L'idea è che lo Stato – cui a fini di garanzia collettiva sono sempre state riservate le valutazioni tecniche destinate ad incidere sulle normative in vigore – non sia e non possa essere abbastanza veloce, ma soprattutto imparziale come dovrebbe.

Un'idea a ben vedere paradossale, che rinnega alla radice il presupposto dello Stato democratico, ossia che i rappresentanti nel loro insieme possano essere al momento di legiferare *periti peritorum*²³. Analogamente, la tanto lamentata lentezza della legge (e del regolamento, come abbiamo visto), che nella retorica corrente la "condanna" ad inseguire, senza mai raggiungerli, i sempre nuovi approdi della tecnologia e dell'economia, non è in effetti un dato oggettivo, ma riflette l'urgenza

²¹ Si pensi ai codici deontologici adottati liberamente da determinate categorie, cui i tribunali possono anettere valore ai fini dell'attribuzione di responsabilità. Emblematica in tal senso la giurisprudenza che impone al giudice penale di indicare la motivazione per la quale ritiene attendibile una dichiarazione assunta in violazione delle prescrizioni della c.d. Carta di Noto, redatta da alcune associazioni di criminologi, neuropsichiatri e psicologi (così da ultimo Cass. Pen., sez. III, 9 gennaio 2017, n. 648).

²² Basterà ricordare ad esempio la regolamentazione surrogatoria adottata dalla Commissione di garanzia per lo sciopero in assenza di un accordo tra le parti; l'indicazione degli accorgimenti tecnologici più efficaci da parte del Garante dei dati personali; l'approvazione dei Codici deontologici da parte dello stesso, previa verifica di conformità al diritto vigente.

²³ Ma lo stesso vale a maggior ragione per gli istituti di democrazia diretta.

soggettiva dei destinatari, non più disposti a tollerare scostamenti dagli *standard* che mano a mano si affermano.

Attraverso queste forme di disciplina i privati esprimono in definitiva la pretesa di tornare ad essere signori dei propri interessi, così come lo sono gli Stati nel diritto internazionale: ed è per questo che la definizione in termini di *soft law* appare a molti tanto convincente.

Al di là dell'ideologia, le differenze rispetto al significato che attiene al *soft law* negli ordinamenti non statali rimangono tuttavia significative.

In particolare, le succitate forme di disciplina, che altrove preludono o concorrono al rafforzamento del sistema di regole, esprimono nel diritto interno una costante minaccia alla stabilità dell'ordinamento. La precarietà dell'assetto di volta in volta raggiunto ne è invero un carattere tipico, che rende la certezza del diritto un valore irraggiungibile, sostituito com'è dalla mutevole adeguatezza della disciplina.

È questa la grande differenza rispetto all'idea di Stato di diritto propugnata dal liberalismo. Oggi come allora, lo Stato sembrerebbe di bel nuovo assoggettato ad un ordine pre-esistente cui esso non potrebbe non conformarsi²⁴: diversamente da allora, tuttavia, tale ordine non è traducibile in norme generali ed astratte ad opera del sistema rappresentativo, divenuto ostaggio del suffragio universale. Esso deve affidarsi alla iniziativa di soggetti diversi, che in modo più o meno coordinato tra di loro agiscono e premono dal basso, o dall'esterno, dello Stato.

Questi soggetti non accettano più la negoziazione di stampo neo-corporativo, che presupponeva l'intervento dello Stato a tutela di valori e interessi ulteriori rispetto a quelli del mercato, e nemmeno si accontentano di condizionare il giuoco politico tramite l'azione delle *lobby*. Essi pretendono di interloquire direttamente con soggetti pubblici che parlino il loro linguaggio e che siano disposti ad ascoltarli.

²⁴ Cfr. R. BIN, *Lo Stato di diritto*, II ed., 2017, 106 ss.

Si ripete la parabola del pluralismo descritta all'inizio dello scorso secolo da Santi Romano, che comporta oggi altrettanto profondi mutamenti nell'assetto dei poteri.

4. La rivincita dell'atto amministrativo generale, riveduto e corretto

Oltre a disarticolare la capacità ordinante delle fonti formali, le nuove pretese avanzate dai soggetti del mercato hanno trovato accoglienza in alcuni istituti del diritto amministrativo, opportunamente riveduti e corretti.

Come è noto, la dottrina successiva all'entrata in vigore della Costituzione è riuscita in molti modi a riscattare l'immagine tradizionale della p.a. (di potere soggetto *obtorto collo* alla legge), esaltando nella sua attività la compiuta funzionalizzazione, la destinazione al servizio della collettività, l'assunzione a luogo di imparziale conciliazione tra gli interessi contrapposti, e infine a soggetto capace di raccogliere e di rappresentare le istanze sociali, a supporto di un legislatore sempre più disattento.

Su questo fertile terreno ha sparso i propri semi il nuovo ordine mondiale.

Dal punto di vista organizzativo, l'autonomia sviluppata dalla pubblica amministrazione sotto l'usbergo della imparzialità garantita dall'art. 97 Cost. è stata declinata in nuove e molteplici forme, tendenti in modo più o meno netto alla *insulation* dal potere politico, in vista dell'ascolto e del contraddittorio da offrire agli operatori in alcuni ambiti di attività²⁵.

Dal punto di vista funzionale, una volta indebolita (come si è ricordato) la distinzione tra norma e provvedimento, tra discrezionalità politica e discrezionalità tecnica, tra atto autoritativo e atto negoziato, sono tornati in auge i precetti di natura informale contenuti, a diverso titolo, nelle norme interne, nelle direttive, negli atti amministrativi generali.

Vero è che le prime due appaiono legate a ben diverse temperie storiche e culturali: le norme interne al tempo dell'amministrazione subordinata, ma non

²⁵ Le autorità indipendenti "vere e proprie" non rappresentano infatti che il culmine di una traiettoria caratterizzata dal riconoscimento di una certa distanza (*at arm's length* dicono gli inglesi, con termine opportunamente impreciso) dal potere politico.

fondata sulla legge; le direttive al periodo dell'interventismo statale nell'economia. Inoltre esse si inseriscono in rapporti di diritto pubblico, con effetti soltanto indiretti nei confronti dei privati, mentre gli atti amministrativi generali si rivolgono per definizione alla generalità (sia pure circoscrivibile) dei consociati.

Questi ultimi sono anche caratterizzati, a differenza delle norme interne e delle direttive, dalla limitata ripetibilità nel tempo, ovvero dalla precarietà – fermo restando che questa si declina in termini molto diversi a seconda del tipo di atto considerato –, in perfetta consonanza con le esigenze del tempo presente.

L'eterogeneità e/o residualità della categoria, assieme alla patologica incertezza che regna a proposito del regime applicabile²⁶, hanno infine fatto sì che l'atto amministrativo generale si presentasse come il più malleabile veicolo di un decisivo aggiustamento: la sottoposizione alla previa consultazione degli interessati.

Sull'argomento, come è stato giustamente notato, si esercita ormai da anni una retorica stucchevole²⁷, che fa da degno *pendant* a quella già richiamata sul legislatore tardigrado o incompetente. Entrambe sono state così insistenti e pervasive da riuscire ad imporre una deroga alle regole generali contenute nella l. n. 241/1990, che com'è noto esonerano gli atti amministrativi generali dall'applicazione del procedimento partecipativo, così come li esonerano dall'obbligo di motivazione. È stato il giudice amministrativo a sancire ufficialmente l'esigenza di tale deroga, creando la nuova categoria degli "atti di regolazione", caratterizzata dalla previa indefettibile consultazione dei destinatari e quindi dall'obbligo di motivazione, almeno con riferimento alle risultanze della consultazione medesima.

L'innovazione ha assunto carattere dirompente allorquando il legislatore ha esteso i medesimi requisiti agli atti *formalmente regolamentari* che spetta emanare ad

²⁶ Le varieguate opinioni dottrinali sulla derogabilità o inderogabilità degli atti in esame sono esaminate da G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 205 ss. e da C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.* 2010, 365 ss. Sulle contraddizioni che affliggono la giurisprudenza in materia di impugnabilità degli atti amministrativi generali v. M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.* 2013, 53 ss.

²⁷ Così M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.* 2015, 733.

alcune autorità indipendenti (i quali seguono del resto lo stesso procedimento degli atti generali, comunque denominati)²⁸.

Se infatti il novero dei destinatari di un atto amministrativo generale è, secondo l'opinione preferibile, individuabile *a posteriori*, quello di un regolamento coincide per definizione con l'insieme dei consociati. E se è difficile consultare effettivamente tutti coloro che rientrano nella prima categoria, sembra addirittura impossibile proporsi di consultare i secondi. Per meglio dire, l'istituto che i moderni ordinamenti adottano a questo scopo è del tutto diverso, e consiste notoriamente nella partecipazione politica.

Al tempo stesso il legislatore ha sancito il requisito della temporaneità per tutti gli atti in questione, imponendo alle autorità interessate di provvedere ogni tre anni a rivederli e ad aggiornarli, se necessario. Il risultato è che – secondo le linee di tendenza esaminate in apertura – alcune fonti vere e proprie hanno mutuato i caratteri dei provvedimenti amministrativi: partecipazione degli interessati, motivazione, soggezione alla clausola *rebus sic stantibus*.

5. La truffa delle etichette

La categoria degli "atti di regolazione", nella quale si confondono atti amministrativi generali e regolamenti in senso formale, è frutto di una evoluzione della materia.

Inizialmente le regole delle quali si discorre sono state concepite come non vincolanti, nella convinzione che il comando potesse essere esaurientemente sostituito dalla *moral suasion*. In tal senso la formulazione alla stregua di consigli o di *standard* orientativi ne coincideva perfettamente con l'efficacia, rimessa in ultima analisi alla valutazione dei destinatari.

In seguito però tali regole hanno avuto riconosciuta un'efficacia più o meno intensamente vincolante, poiché è sembrata priva di senso l'istituzione di appositi soggetti pubblici senza la relativa provvista di poteri autoritativi. A quel punto non

²⁸ Così la legge n. 262 del 2005, dedicata alla riforma del risparmio, che sottopone al medesimo regime gli atti generali e i regolamenti adottati dalle autorità competenti in materia.

era possibile continuare a parlare di *moral suasion* o, volendo, di *soft law*²⁹. Chi lo ha fatto ha inteso minimizzare o negare entrambe i problemi che si erano aperti, suggerendo che per atti dall'incerta efficacia fosse superflua tanto la ricerca di uno statuto legale, quanto l'esercizio di un vero e proprio sindacato giurisdizionale.

Si ha invece ben ragione di sostenere che queste regole costituiscono *hard law*, dal punto di vista degli effetti, ma al tempo stesso *no law*, dal punto di vista del loro statuto³⁰. Per meglio dire si tratta di un potere sostanzialmente normativo che si auto-definisce "diverso" (persuasivo o consensuale – in una parola: *soft* –) per sottrarsi ai più impegnativi requisiti che l'ordinamento impone agli atti-fonte, pur aspirando alla medesima efficacia del diritto da quelli prodotto.

La predicabilità di una situazione del genere è dimostrata dall'invenzione degli atti non aventi natura regolamentare, rispetto ai quali si è correttamente parlato di "truffa delle etichette"³¹. In quel caso si trattava di evitare l'applicazione del procedimento *ex art. 17* della l. n. 400 e/o delle regole competenziali *ex art. 117*, comma 6 Cost.. Nel caso che ci occupa l'elusione è alquanto più grave, in quanto la veste dell'atto generale, se non esenta dal rispetto della riserva relativa di legge *ex art. 97* Cost., permette tuttavia di aggirare la regola della investitura democratica che vige per le fonti, in quanto atti "che esprimono formalmente processi di integrazione politica".

È pur vero che gli atti-fonte possono predisporre il "prolungamento di se stessi" in altri atti, ma ciò richiede "speciali autorizzazioni"³². La veste dell'atto generale consente di aggirare, da questo punto di vista, la regola che vieta al legislatore di attribuire a chicchessia un potere di natura normativa, sia pure secondaria, senza precisarne sufficientemente i presupposti e i limiti. La legittimità

²⁹ La posizione espressa dal *Conseil d'Etat* nello studio sul *Droit souple* (2013) è particolarmente significativa al riguardo, dato che la teorizzazione della *moral suasion* come caratteristica delle autorità indipendenti ha avuto la sua origine e la sua maggiore diffusione in Francia.

³⁰ V. rispettivamente A. POGGI, *op. cit.*, 380; R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *op. cit.*, 31 ss.

³¹ Così F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.* 2003, 356.

³² Vale al riguardo la lezione di G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 14 ss., 17.

delle clausole legislative attributive di poteri “per obiettivi” è invero posta in questione da più di un secolo nello stesso ordinamento statunitense, che ne ha dato i natali sotto il nome di *broad delegation*, ovvero delega in bianco.

La mancanza del carattere formale di fonte comporta inoltre che gli atti di questo genere, pur contenendo regole vincolanti, offrono minori garanzie in termini di sindacato, in quanto – a differenza dei regolamenti – non sono disapplicabili in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, né sono utilizzabili dal giudice ordinario al fine di disapplicare il provvedimento che contravvenga alla disciplina in essi contenuta³³.

Più in generale, mancano tutte le guarentigie che circondano il regime degli atti-fonte, in quanto atti destinati a comporre l’ordinamento generale. È pur vero che la garanzia della consultazione interviene, a monte, a tutelare la posizione dei privati, ma essa è condizionata, oltre che dalla raggiungibilità di tutti i destinatari, dalla effettiva capacità di questi ultimi di partecipare attivamente: condizioni che ricorrono normalmente per i soli operatori del settore, ovvero per i soggetti “forti”.

Per questi motivi la garanzia in esame non supplisce, *se non parzialmente*, alla mancanza di una investitura democratica o – come il Consiglio di Stato ha correttamente ammesso – di una ben delimitata attribuzione di poteri da parte del legislatore³⁴.

6. Le linee-guida adottate da Anac

La categoria degli atti di regolazione si era bene o male assestata, quando il legislatore ha rimescolato le carte, creando Anac e le sue linee-guida. Ciò ha fatto riaffiorare, ed esasperato, tutta una serie di questioni che molti ritenevano

³³ Come osserva G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, 29, 213 ss., escludere il carattere normativo di un atto non è mai un vantaggio per i suoi destinatari, sicché, nel dubbio, conviene optare per la classificazione in termini di potere regolamentare, anziché di atto amministrativo generale. Sulla tendenza a preferire la figura del regolamento, in quanto vincolante l’esercizio della discrezionalità amministrativa v. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 700 ss. In tal senso la tesi sostenuta da C. PADULA, *op. loc. cit.*, sembra assicurare bensì la tutela delle autonomie locali, ma non le garanzie del privato.

³⁴ Cfr. Cons. St., Sez. atti normativi, 6 febbraio 2006 n. 355, recante parere sul Codice dei contratti pubblici.

archivate, nella convinzione che l'approdo raggiunto dal Consiglio di Stato fosse comunque il migliore possibile, in termini di razionalità e insieme di autorità.

Nello scorrere i contributi sinora accumulatisi sul tema, è difficile invero sottrarsi all'impressione che Anac sia considerata un fenomeno quasi disturbante. Emblematica l'autorevole opinione che lo definisce un governo parallelo, causa di un dualismo destinato necessariamente a ricomporsi (ma non si sa a vantaggio di quale dei due soggetti)³⁵.

La vigilanza sul settore dei contratti pubblici (ereditata dalla AVCT³⁶), da un lato, e sulla trasparenza e integrità delle pubbliche amministrazioni (ereditata dalla CIVIT)³⁷, dall'altro, sono state invero risucchiate nella competenza generale in materia di prevenzione della corruzione, che non è soltanto trasversale (come lo sono, ad esempio, la tutela della concorrenza o dei dati personali), ma è anche priva di confini. Ciò discende tanto dalla *Natur der Sache*, quanto dalla manifesta convinzione del legislatore di non poter definire quali fenomeni (di opacità, di conflitto di interessi *et similia*) si pongano a preliminari della corruzione, e di dovere affidare tale compito ad Anac³⁸.

Come è noto, col passare del tempo l'ansia di ottenere riscontri positivi su questo fronte si è acuita, spingendo il legislatore ad affastellare le novelle (si pensi che l'art. 1 della l. n. 190/2012, entrato in vigore il 28 novembre 2012, è stato cambiato nove volte negli ultimi sei anni): queste ultime, grazie anche ad un sistema di continui rinvii reciproci, hanno reso la prevenzione della corruzione una *mission* unitaria, capace di penetrare in ogni settore dell'ordinamento e potenzialmente rivolta a tutti i soggetti, pubblici o privati³⁹.

³⁵ F. MERUSI, *L'imbroglio delle riforme amministrative*, Modena, 2016, 28 ss.

³⁶ Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, prevista dal vecchio Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006).

³⁷ Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, prevista dal d.lgs. n. 150 del 2009.

³⁸ Sulla natura non pacifica della nozione "larga" di corruzione sulla quale lavora Anac v. R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.* 2017, 911 ss.

³⁹ V. la progressione scandita dalla legge "Severino" n. 190 del 2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), dal d.lgs. n. 33/2013 (Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche

Coerentemente, molti dei poteri (di vigilanza, di ispezione, di sanzione) già spettanti ad altre autorità, o già condivisi con queste, sono stati formalmente accentrati nelle mani di Anac, la quale si sente, non a torto, legittimata ad estenderli ulteriormente grazie ad accordi e protocolli con le diverse amministrazioni⁴⁰.

Ora, la discrezionalità di Anac in questi ambiti appare orientata da parametri come la legalità, l'integrità e la trasparenza, che non rinviano, di regola, a normative tecniche: secondo i principi, essa dovrebbe quindi essere assoggettata all'indirizzo degli organi politici, e in particolare del Governo. Non a caso molti contestano l'assimilazione di Anac alle autorità indipendenti, che pure sembra innegabile in considerazione delle garanzie assicurate ai suoi componenti ed ai suoi atti rispetto alle ingerenze degli organi politici (e che la stessa comunque rivendica⁴¹), facendo leva in particolare sul fatto che le prescrizioni di sua competenza non hanno natura di "norme tecniche", al pari di quanto avverrebbe per le autorità indipendenti vere e proprie⁴².

Da parte sua, il legislatore vuole bensì che Anac eserciti le proprie funzioni in piena indipendenza, ma nello stesso tempo sembra anche consapevole della discrezionalità che essa è chiamata ad esercitare – massimamente con l'adozione di

amministrazioni), dal d.l. n. 90 del 2014 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), che attribuisce ad Anac tutte le funzioni in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, cui si aggiungono le speciali competenze del Presidente di Anac in ordine ad Expo 2015 e alle "misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione", e infine dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016, modificato dal d.lgs. correttivo n. 56 del 2017). Le citate discipline del 2012 e del 2013 sono ormai da considerare un tutt'uno, come risulta anche dal fatto che esse sono state congiuntamente oggetto del d.lgs. n. 97 del 2016 (Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza).

⁴⁰ V. al riguardo i saggi di E. D'ALTERIO, M. BENEDETTI, F. DI LASCIO e G. D'ALESSIO contenuti nel numero monografico di *Studi parl. pol. cost.* 1-2 /2014; I. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016; R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione*, cit., 903 ss.

⁴¹ Cfr. la premessa del regolamento emanato da Anac il 13 giugno 2018, del quale si dice più avanti nel testo.

⁴² V. ex multis F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di Anac* (9 novembre 2016), in www.italiappalti.it; P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il decreto legislativo 1° aprile 2016 n. 50*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, vol. I, Torino, 2017, 79 ss.; V. GIANNELLI, *Linee guida Anac e "fuga" dall'Esecutivo*, in *forumcostituzionale*, 10 settembre 2018.

norme che impingono nelle situazioni soggettive dei privati – e della conseguente necessità di *attenuarne l'impatto*.

Si può forse spiegare in tal modo il ricorso, nella disciplina dei contratti pubblici, alla formula della “regolazione flessibile”⁴³. Essa per un verso richiama esplicitamente la missione tipica delle autorità indipendenti, mentre per l'altro sottolinea l'efficacia (meramente) persuasiva o suggestiva dei poteri attribuiti, esemplificandone le manifestazioni con riferimento ad “atti di indirizzo, linee-guida, bandi o contratti-tipo”, i quali nell'insieme rinviano a forme di obbligo c.d. condizionato. Si tratterebbe in tal senso di un *revival* delle arcaiche modalità usate alla prima apparizione delle autorità indipendenti, nell'ottica di una funzione puramente promozionale o pedagogica; più precisamente, la disciplina dettata dalle linee-guida sarebbe aperta alle osservazioni e alle obiezioni di tutti coloro cui si rivolge, in modo da poter essere continuamente corretta ed adeguata alle diverse situazioni.

Le linee-guida avrebbero dunque – nell'ambito dei contratti pubblici, ma a maggior ragione negli altri settori dove Anac le adotta a prescindere da una precisa investitura legislativa – l'efficacia della direttiva nei confronti delle pubbliche amministrazioni, e della norma derogabile nei confronti dei soggetti privati. Ciò corrisponderebbe del resto alla *mens legis*: la riforma del Codice dei contratti pubblici si è infatti ispirata all'esigenza di sostituire con una forma di attuazione più rapida e malleabile il regolamento governativo, ritenuto troppo lento e farraginoso (che tuttavia alcuni, a distanza di soli due anni rimpiangono⁴⁴, di fronte

⁴³ V. art. 1, comma 1, lett. t) della l. delega n. 11/2016, cui fa eco (ma solo in parte, v. *infra* nel testo) l'art. 213, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016.

⁴⁴ Il presidente dell'Associazione nazionale costruttori edili, nella sua recente relazione, ha chiesto al Governo di bloccare il potere regolatorio di Anac, tornando al regolamento unico: v. A. BACCARO, *Il ministro, i sensori e l'imbarazzo dei costruttori*, in “Il Corriere della sera”, 19 ottobre 2018. Auspica esplicitamente il ritorno alla tecnica normativa tradizionale, in considerazione della farraginosità e incertezza delle linee-guida, M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *Aspetti della transizione nel settore dell'energia gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governance*, Milano, 2018, 133 ss.

all'incertezza causata dalle linee-guida e dagli atti innominati che le integrano, le chiariscono o le interpretano⁴⁵).

Questa lettura è resa tuttavia discutibile dal fatto che le richiamate forme di regolazione flessibile possono, secondo la legge, avere “anche efficacia vincolante”.

Il primo elemento che disturba l'interprete è dunque rappresentato dalla contraddittoria previsione di atti che non si dichiarano prescrittivi, ma lo sono, o meglio possono esserlo, a seconda delle circostanze o forse dell'arbitrio dell'autorità emanante.

È sotto questa cattiva stella che rinasce nel nostro ordinamento il dibattito sul *soft law*, alla ricerca di qualcosa che ne giustifichi gli effetti *hard*.

La soluzione più ragionevole è stata offerta a mio avviso da Giuseppe Morbidelli⁴⁶, secondo il quale tali effetti non sarebbero *tout court* ammissibili, in quanto lesivi del principio di legalità, che esclude l'attribuzione di poteri normativi innominati, ovvero definiti unicamente “per obbiettivi”⁴⁷. La tesi si appoggia anche sulla differenza testuale tra la legge delega e il decreto legislativo di attuazione, nel quale è scomparso il riferimento all'efficacia “anche vincolante” degli atti in esame⁴⁸. Il legislatore delegato avrebbe in sostanza provveduto a sciogliere la contraddizione, facendo tornare a coincidere il contenuto e l'efficacia di tali atti – cui i destinatari sarebbero dunque autorizzati a non conformarsi, ove li reputino inadeguati al caso che li occupa –.

L'efficacia parzialmente o imperfettamente vincolante si dovrebbe ricondurre in tali casi al potere di direzione spettante ad Anac in quanto soggetto preposto alla vigilanza sul settore⁴⁹, o, secondo altra tesi, al suo potere di normazione interna – del quale viene sfumato tuttavia l'aspetto gerarchico, a favore della spontanea adesione prestata dai soggetti del settore –⁵⁰. Nessun bisogno dunque di ricorrere

⁴⁵ Si v. nella sezione del sito Anac dedicata ai “contratti pubblici” la panoplia di questi atti.

⁴⁶ G. MORBIDELLI, *Linee-guida dell'Anac: comandi o consigli ?* in *Dir. amm.* 2016, 273 ss.; ID., *Le linee guida Anac*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *op. cit.*, 5 ss.

⁴⁷ Per la necessità che la legge definisca l'oggetto, e non solo l'obiettivo, delle fonti secondarie v. G.U. RESCIGNO, *op.cit.*, 161.

⁴⁸ Cfr. le previsioni citate alla nota 43.

⁴⁹ Così G. MORBIDELLI, *op. loc. cit.*

⁵⁰ Così M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.* 2017, 147 ss.

all'esterofilo *soft law* al fine di descrivere istituti (le direttive o le norme interne) ben conosciuti nel nostro ordinamento.

La ricostruzione del quadro normativo è completata dall'A. con la individuazione delle linee-guida "tipiche", che (a differenza delle precedenti) debbono invece essere considerate vincolanti, sulla base delle disposizioni che le prevedono e le delimitano. Queste altre sarebbero da classificare come veri e propri regolamenti, onde assicurare ai destinatari le medesime garanzie: *in primis* l'efficacia di legge nei confronti dei provvedimenti attuativi (se si tratta di linee-guida legittime) e la disapplicazione anche da parte del giudice amministrativo (se illegittime).

7.(segue): un'altra truffa delle etichette

Chi voglia giungere all'auspicabile esito ora richiamato incontra molti ostacoli sul proprio cammino.

La previa consultazione in ordine agli atti in esame, lo svolgimento dell'analisi di impatto della regolazione, e soprattutto l'entrata in vigore nel 15° giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale⁵¹ appaiono invero manifestamente eccessive con riguardo ad atti che pongano soltanto obblighi condizionati. Lo stesso è a dire dell'acquisizione del parere del Consiglio di Stato, che per prassi Anac richiede regolarmente. L'Autorità ha inoltre recentemente ribadito, con l'art. 2 del regolamento adottato il 13 giugno 2018⁵², il proprio potere di scegliere se adottare prescrizioni vincolanti, impegnandosi a precisare volta per volta quali, tra quelle emanate, abbiano tale efficacia⁵³.

⁵¹ Così l'art. 17-bis del d.lgs. n. 50 del 2016 (nuovo *Codice dei contratti pubblici*), inserito dal D. Lgs. integrativo e correttivo n. 56 del 2017.

⁵² Il regolamento contiene la disciplina della partecipazione, dell'AIR e della VIR nei procedimenti di regolazione di Anac.

⁵³ Tale impegno corrisponde al desiderio di certezza espresso dal Consiglio di Stato, che ha forse acquisito maggiore urgenza di fronte alla dottrina ora ricordata. Rilevante al fine della natura vincolante sembra comunque essere la scelta dell'Autorità di chiamare "regolamenti" alcune "linee-guida": v. ad es. il Regolamento del 21 febbraio 2018, intitolato alle "Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni", in <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/RegolamentiANAC>.

Tutto ciò induce a ritenere le linee-guida, tipiche o atipiche, come integralmente vincolanti, nonostante la formulazione discorsiva che esse spesso assumono⁵⁴.

Diventa dunque necessario attribuire un diverso significato alla “flessibilità” voluta dal legislatore, senza occultarne peraltro i profili problematici. Essa potrebbe consistere, descrittivamente, nella più rapida modificabilità delle linee-guida rispetto al regolamento governativo; prescrittivamente, nell’obbligo imposto ad Anac di rivedere e aggiornare continuamente le linee-guida. In tale ultimo senso la flessibilità equivarrebbe alla precarietà o temporaneità di atti che debbono adattarsi con la massima rapidità ai cambiamenti della prassi: una caratteristica propria di tutti gli atti c.d. di regolazione, in quanto, (come si è detto) soggetti ad un obbligo, esplicito o implicito, di costante aggiornamento.

Anche questa interpretazione tuttavia è suscettibile di disturbare gli interpreti, o molti di loro, laddove riconosce efficacia vincolante ad atti che – come si è già ricordato – sono sottratti al potere di indirizzo e controllo governativo, nonostante contengano regole che non si possono definire di natura tecnica.

È vero peraltro che le norme in questione non sono neppure prettamente giuridiche, quanto piuttosto di natura etica o morale, intendendo con ciò che nella valutazione dei comportamenti si adottano necessariamente criteri sfumati e in parte imprevedibili.

Ciò spiega come Anac sia divenuta la *viva vox* della integrità negli affari pubblici, cui tutti i soggetti dell’ordinamento si rivolgono per sapere come andare indenni dal sospetto di corruzione. Essa appare il tardivo rimedio alla caduta della legalità formale, cui da tempo si è anteposta l’efficienza⁵⁵ e cui si antepone oggi la correttezza sostanziale dell’agire amministrativo: quest’ultima ancora più opinabile della prima (e quindi più pericolosa per le responsabilità cui può dare luogo).

⁵⁴ È questa la tesi sostenuta dettagliatamente da V. Italia, *Le “linee guida” e le leggi*, Milano, 2016, che si spinge sino a parificare le linee-guida alle fonti primarie (*ivi*, 55 e 58), pur definendole altrove fonti terziarie (*ivi*, 4).

⁵⁵ Sulla ricaduta dei modelli aziendalistici, che hanno fatto smarrire all’amministrazione la propria anima (la legalità e l’etica pubblica, *ex artt.* 97 e 98 Cost.) v. G. Grasso (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016.

La funzione di “custodia della virtù” che la magistratura ha assunto a partire dal 1992⁵⁶ si è dunque stabilizzata nelle mani di chi, a differenza dei giudici, può assicurare una forma accentrata e capillare di vigilanza.

Si ritrova in questa evoluzione più di una similitudine con l’origine di molte Autorità indipendenti, sorte a presidio di principi e valori cui la magistratura non poteva dare adeguata garanzia, e reciprocamente ad argine contro gli sconfinamenti del giudiziario nelle aree riservate al potere politico-amministrativo. Non è stato un obbligo imposto da fonti esterne a determinare la nascita e la speciale configurazione di Anac, ma l’impotenza, oggettiva o soggettiva, del legislatore (e dell’apparato amministrativo) di fronte ad una questione fatta oggetto – questo sì – delle pressioni di vari organismi internazionali⁵⁷.

In altre parole, se ci si attiene all’esperienza del nostro ordinamento, non è fonte di meraviglia che il legislatore attribuisca ad un’autorità indipendente la gestione di un settore conflittuale (si pensi al diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali), a prescindere dalla natura più o meno tecnica/oggettiva delle norme che questa è chiamata ad applicare⁵⁸. E tuttavia, come molti avvertono, il legislatore sembra aver compiuto in questo caso un salto di qualità. Incaricare Anac di “pianificare la virtù”, dettando e sanzionando le regole dell’etica pubblica, la rende invero titolare di una funzione massimamente e inevitabilmente politica.

Al fine di proteggersi dall’accusa di favorire l’illegalità e la corruzione, il sistema politico-rappresentativo ha invero lanciato a se stesso una sfida di non poco momento, che appare destinata ad alimentare la crescita del populismo, anziché ad arrestarla⁵⁹.

Per l’intanto, si può dire con certezza che questa scelta – lungi dall’esaurirsi in un nuovo tipo di diritto molle o consensuale – ha causato un’ulteriore smagliatura al sistema delle fonti e/o alla legalità dei precetti adottati in via informale dalla

⁵⁶ V. esemplarmente A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998.

⁵⁷ La miriade di documenti approvati in particolare dal GRECO (Gruppo di Stati contro la corruzione) ha invero un’efficacia politica, sia pure di non trascurabile impatto.

⁵⁸ Sulle diverse accezioni del termine v. G. GOMETZ, *Le regole tecniche*, Pisa, 2008.

⁵⁹ Il *Comité de salut public* citato da Fabio Merusi, *op. cit.*, 17 ss., simboleggia le tragiche esperienze causate in ogni tempo dai troppo accesi moralizzatori della vita pubblica.

pubblica amministrazione. Da entrambe i punti di vista risulta infatti difficile ritenere legittime le linee-guida che non trovino nelle disposizioni di legge il proprio specifico fondamento e oggetto.

Se si ritiene che esse rappresentino dei regolamenti mascherati, risulta evidentemente mancante la previsione tipica o nominata dei poteri relativi. Ammesso e non concesso che le fonti secondarie possano prescindere da un'investitura democratica dell'organo emanante (fatte salve le autonomie sociali costituzionalmente previste)⁶⁰, rimane pur sempre da assicurare, attraverso la predeterminazione legislativa, che tali fonti occupino effettivamente un rango secondario.

Se invece si ritiene che esse costituiscano atti di regolazione, risultano insoddisfacenti i criteri sinora usati dal Consiglio di Stato al fine di temperarne la potenzialità creativa. Ammesso e non concesso che – con riguardo ad autorità specializzate, preposte in condizioni di indipendenza alla gestione di un settore – la partecipazione degli interessati (sia pure incompleta o squilibrata), assieme alla natura tecnica delle norme da adottare (sia pure controvertibile), possano congiuntamente sopperire alla mancanza di un'idonea base legislativa, rimane in altre parole da dimostrare che tali criteri possano efficacemente estendersi alle linee-guida c.d. atipiche di Anac.

Come si è detto, l'obbligo procedimentale della consultazione si scontra con l'impossibilità logica, oltre che pratica, di consultare tutti coloro che sono interessati al rispetto dell'etica pubblica, mentre la disciplina da adottare ha ben poco a che vedere con nozioni tecniche.

L'unica via d'uscita è rappresentata, in dottrina, dalla convinzione che spetti al giudice amministrativo dire l'ultima parola, nei singoli casi, sull'efficacia delle linee-guida, assurgendo in sostanza a co-produttore delle regole in esame⁶¹. Come e più che in passato, tale giudice sarebbe oggi l'unico soggetto capace di far filtrare i

⁶⁰ Così A. CERRI, *Regolamenti*, in *Enc. Giur.* 1991, 4 s..

⁶¹ Così M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 686 ss., 705 ss., che a questa condizione ritiene auspicabile considerare come norme vincolanti tutte le norme "di livello terziario" contenute in fonti atipiche o informali, onde valorizzarne la portata garantistica. Sul ruolo del giudice amministrativo come "vero regolatore" dei contratti pubblici v. F. CINTIOLI, *op. loc. cit.*.

principi di proporzionalità e di ragionevolezza negli atti di questo genere, cui il legislatore non può o non vuole imporre limiti e condizioni. In tal senso la previsione della impugnabilità, formulata esplicitamente dalla legge, servirebbe quasi a sancire il peculiare ruolo della giurisdizione nel processo che porta, o può portare, alla creazione di questo tipo di regole.

In perfetto parallelismo con quanto avviene nell'ambito del diritto privato – dove spetta al giudice selezionare le norme prodotte “spontaneamente” dalla società civile, dandone ingresso nell'ordinamento tramite le clausole generali o *sub specie* di usi commerciali– la giurisprudenza appare in definitiva l'unica e autentica fonte informale del diritto: beninteso del diritto *tout court*, e non del *soft law*.

Si tratta di un esito ben conosciuto, che non può tuttavia essere inteso come il preludio alla definitiva dissoluzione del sistema delle fonti e all'avvento del diritto libero che la globalizzazione esige. Porre i tribunali a presidio di una legalità che il legislatore ha abbandonato a se stessa non è una soluzione, ma un rimedio, limitato e temporaneo: esso presenta notoriamente il rischio che davanti al giudice agiscano e si impongano i soggetti dotati di maggiori risorse economiche e culturali; senza parlare del rischio di ulteriore politicizzazione di una magistratura chiamata a svolgere compiti di supplenza del legislatore.