

# Gli atti di soft law nell'ordinamento giuridico italiano: il caso delle linee guida ANAC

**Autore:** Patti Giovanni

**In:** Diritto amministrativo

## SOMMARIO

1. Introduzione
2. Gli atti di soft law
3. Le linee guida dell'ANAC
4. La legittimità degli atti delle Autorità di Vigilanza
5. Il c.d. Decreto Sblocca Cantieri
6. Le considerazioni emerse a seguito dell'abolizione delle linee guida vincolanti
  
7. Riferimenti bibliografici

## Introduzione

Il presente articolo si pone l'obiettivo di fornire brevi spunti di riflessione sulla difficoltà di concepire, ancor prima di inquadrare ed applicare, l'esistenza di atti c.d. di soft law nel tessuto giuridico italiano.

Nello specifico, l'analisi di profili quali la natura giuridica, la vincolatività e la sindacabilità degli atti di soft law, con particolare riferimento alle linee guida introdotte con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. n. 50/2016) che ne costituiscono l'esempio più attuale e controverso, si innesta all'interno di una pletera di altre problematiche quali, ad esempio, i rapporti tra Stato-Apparato ed Autorità Amministrative

Indipendenti, la legittimità costituzionale degli atti emanati da queste ultime e, più in generale, il ruolo dei pubblici poteri nella regolazione del sistema degli appalti pubblici.

Il fulcro di questo componimento è, dunque, rappresentato dall'analisi delle ragioni che, nell'arco di un triennio, hanno segnato il passaggio dal tripudio per l'innovatività del sistema di linee guida dell'ANAC al progressivo declino culminato con la loro parziale abrogazione ad opera del c.d. Decreto Sblocca Cantieri (D. L. n. 32/2019).

2.

## **Gli atti di “soft law”**

L'indagine volta ad individuare i pregi, i limiti e le ragioni, giuridiche e non, che hanno portato al rapido cambio di idee riguardo alla persistenza delle linee guida nell'ordinamento giuridico deve, inevitabilmente, prendere le fila dalla nozione stessa di soft law.

In realtà, non si rinviene né nell'ordinamento nazionale né in quello internazionale una vera e propria definizione che possa adattarsi e raccordarsi con le molteplici sfaccettature che attagliano il concetto di soft law.

Allo stesso modo, non vi è una categoria perimetrata in cui sono elencati gli atti appartenenti alla tipologia in essere in quanto la relativa etichetta viene affibbiata attraverso un mero processo interpretativo che, allo stato, sembra ricondurre nell'alveo degli atti di soft law quelli privi di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari (e conseguentemente anche privi di sanzione per il mancato rispetto degli stessi).

Sulla scorta di tale pensiero si può dunque abbozzare una sorta di elenco di massima di tale categoria di atti ricomprendendo, ad esempio, le risoluzioni di diritto internazionale, i codici di condotta, le comunicazioni congiunte, le raccomandazioni e i pareri adottati dalle Istituzioni dell'Unione Europea (art. 288 del TFUE) e così via.

E' opportuno, tuttavia, riferire anche di altri orientamenti che rinvergono negli atti di soft law i caratteri di moral suasion e soft obligation in contrapposizione all'opposta categoria degli atti di hard law rappresentati dai tradizionali strumenti di normazione come le leggi, i regolamenti, ecc. che sono emanati secondo determinate procedure istituzionali e da soggetti che ne hanno l'autorità (parlamenti, governi, ecc.). Gli atti di hard law producono norme dotate di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari.

3.

## Le linee guida dell'ANAC

In tale ottica, il vaglio critico si sposta necessariamente sulle linee guida adottate dall'ANAC che, a detta della giurisprudenza e della dottrina più avveduta, sembrano integrare alla perfezione la tipologia degli atti di soft law, introducendo nell'ordinamento italiano una nuova forma di legiferazione, a prima vista scevra dai tradizionali caratteri di vincolatività, rigidità e formalità, e maggiormente orientata alla collaborazione tra poteri pubblici ed operatori di settore.

In linea con l'esposizione del metodo d'indagine, è d'uopo, a questo punto, esporre sinteticamente il percorso che ha portato alla previsione normativa ed alla conseguente emanazione delle linee guida ad opera dell'ANAC.

L'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) nasce dalla trasformazione di un altro organismo pubblico (CIVIT), come previsto dal D. L n. 101/2013. Il nuovo organismo, oltre ad aver ereditato le funzioni svolte dal precedente organo di cui alla Legge n. 190/2012, ha assunto ulteriori funzioni con la Legge n. 114/2014 che ha provveduto in primo luogo a trasferire all'ANAC tutti i compiti e le funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), contestualmente soppressa.

Con specifico riguardo alle funzioni in materia di contratti pubblici assegnate all'Autorità, esse sono attualmente definite dall'art. 213 del Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. n. 50/2016).

Ai sensi del secondo comma dell'art. 213, l'ANAC, attraverso le linee guida (ma anche mediante l'utilizzo di bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile) "garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche".

Orbene, nel triennio che va dall'emanazione del Codice dei Contratti Pubblici (2016) al Decreto Sblocca Cantieri (2019), l'ANAC ha emanato, ad oggi, n. 15 linee guida a completamento e specificazione della normativa del Codice.

Tuttavia, la natura giuridica delle stesse ha sempre volteggiato in un'aura di incertezza, oscillando tra le diverse qualificazioni di atti normativi, atti amministrativi generali ed atti amministrativi non vincolanti.

Sul punto, ha cercato di fare chiarezza il Consiglio di Stato, in occasione dell'istituzione della Commissione speciale per l'esame dello schema di decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici, con parere n. 855 dell'1 aprile 2016, dove, si è distinto tra linee guida vincolanti e non vincolanti,

chiarendo quanto segue.

Sotto il profilo formale, le linee guida vincolanti sono quelle cui fa espressamente rinvio il Codice dei Contratti per la definizione degli aspetti di dettaglio.

Le linee guida non vincolanti trovano invece fondamento normativo nel generico art. 213, secondo comma, del D. Lgs. n. 50/2016.

Per quanto concerne l'aspetto sostanziale, il Consiglio di Stato ha statuito che le linee guida vincolanti hanno natura di atti amministrativi generali delle autorità di regolazione e gli atti compiuti in violazione delle stesse sono pertanto illegittimi, fermo restando che le Stazioni Appaltanti conservano comunque un residuo potere discrezionale nella scelta di eseguire o meno le linee guida.

Le linee guida non vincolanti hanno anch'esse natura di atti amministrativi generali delle autorità di regolazione, ma la loro violazione comporta l'illegittimità per eccesso di potere, a meno che le Stazioni Appaltanti non se ne discostino attraverso una adeguata motivazione. Anche in questo caso le Stazioni Appaltanti hanno a fortiori un potere discrezionale nell'eseguirle.

Fermo restando quest'ultimo approdo del Consiglio di Stato, la questione non è affatto risolta in quanto restano forti dubbi su talune questioni di non trascurabile importanza, tra cui l'incertezza con riguardo sia ai limiti del sindacato giurisdizionale del Giudice Amministrativo, previsto dall'art. 213, secondo comma, del Codice dei Contratti, sia al perimetro motivazionale sotteso alla decisione di discostarsi dalle linee guida.

4.

## **La legittimità degli atti delle Autorità di Vigilanza**

L'angolo di visuale, a questo punto, si sposta sulle determinazioni assunte dal Consiglio di Stato nell'annosa questione riguardante la legittimità del potere normativo-regolamentare riconosciuto in capo alle Autorità di Vigilanza, che, dunque, si arricchisce, con riferimento alle linee guida vincolanti dell'ANAC, di un nuovo capitolo.

In merito, il processo evolutivo che ha condotto al riconoscimento della legittimità dei poteri normativi dell'Autorità si compone essenzialmente di tre passaggi fondamentali quali il parere del Supremo Consesso di giustizia amministrativa n. 11603 del 2005 reso sul Codice delle Assicurazioni, il parere del Consiglio di Stato del 6 febbraio 2006 ed il riconoscimento per tabulas di cui all'art. 23 della Legge n.

262/2005.

Dal quadro giurisprudenziale e normativo di cui sopra è emersa una nuova lettura del principio di legalità, in chiave procedurale, che conferisce legittimità ai poteri normativi delle Autorità in funzione delle garanzie procedurali che attagliano il procedimento di formazione ed emanazione degli atti, permeato dall'obbligo di motivazione e dalla partecipazione dei destinatari alla formazione degli atti stessi (artt. 3 e 13 della Legge n. 241/90, con riferimento alle linee guida si veda l'art. 213, comma secondo, ultima parte, del D. Lgs. n. 50/2016).

## **5. Il c.d. Decreto Sblocca Cantieri**

In un simile contesto, è intervenuto il D. L. n. 32/2019 (c.d. Decreto Sblocca Cantieri), che sembra aver superato il sistema del soft law introdotto con le linee guida dell'ANAC, in particolare quelle vincolanti, a favore di un ritorno al passato con il Regolamento Unico degli Appalti, come testimoniato dall'introduzione del comma 27-octies all'art. 216 del Codice dei Contratti.

Il Regolamento Unico avrà ad oggetto la regolamentazione di specifiche discipline che vanno dalla nomina del responsabile del procedimento alla progettazione dei lavori e al relativo sistema di qualificazione e così via.

Invero, il rapporto antitetico tra l'esistenza di linee guida in materia di appalti pubblici e la previsione, futura, di un Regolamento Unico degli Appalti è stato composto dal Consiglio di Stato in occasione del parere n. 3235 del 27 dicembre 2019.

A detta del Consiglio di Stato, il potere di adozione delle linee guida vincolanti da parte dell'ANAC deve essere limitato alle residue ipotesi in cui, attesa l'insussistenza di incompatibilità tra le nuove norme del Regolamento Unico e le linee guida ANAC vincolanti, risolto in favore delle prime, le disposizioni del Codice dei Contratti prevedano atti integrativi e attuativi da parte dell'ANAC.

Resta immutato il potere dell'ANAC con riguardo all'adozione di atti di natura interpretativa aventi natura non vincolante in materia di contratti pubblici.

Ad oggi, deve rilevarsi che si è ancora lontani dall'adozione del Regolamento Unico degli Appalti in quanto, la bozza di quest'ultimo è stata trasmessa dalla Commissione di esperti al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti soltanto il 16 luglio 2020. A ciò deve aggiungersi che, nel frattempo, il Codice Appalti è stato modificato dal c.d. Decreto Semplificazioni, oltre a doversi considerare che anche

l'introduzione delle norme emergenziali dovute al COVID-19 può far slittare all'anno prossimo l'adozione del testo definitivo del Regolamento.

## **6. Le considerazioni emerse a seguito dell'abolizione delle linee guida vincolanti**

A detta della dottrina più avveduta, il percorso giuridico sopra delineato deve essere inevitabilmente intrecciato anche con gli aspetti di ordine socio-culturali che hanno caratterizzato il primo vero tentativo di utilizzare, nell'ordinamento giuridico italiano, una normazione a carattere ibrido, in cui le tradizionali disposizioni normative sono state compenstrate da atti di soft law con l'obiettivo di specificare ed efficientare l'applicazione delle prime.

Il risultato che, fin da subito, si è palesato è stata la profonda diffidenza da parte di tutti gli operatori del settore verso un simile sistema, così lontano dalla tradizione giuridica nostrana, dove già si assiste a diverse interpretazioni di un stesso testo normativo e, nel caso del soft law, si è arrivati, per così dire, all'interpretazione dell'interpretazione.

E' stato più volte messo in luce, sia in dottrina che in giurisprudenza, che molte complicazioni hanno investito anche e direttamente il profilo eminentemente giuridico, come nel caso dell'apparente antinomia che, prima facie, intercorre tra la possibilità di adottare linee guida non vincolanti e la previsione che queste possano essere impugnati innanzi ai competenti organi di giustizia (art. 213, secondo comma, del Codice dei Contratti Pubblici), con particolare riguardo all'ammissibilità, ai presupposti ed ai limiti di un sindacato giurisdizionale sugli questa tipologia di atti.

Sicuramente, si è concordato sulla validità e coerenza della scelta di affidare, questo primo esperimento di adozione di forme di soft law, all'ANAC in virtù dell'elevato tecnicismo e della costante neutralità rispetto alle forze politiche in gioco che caratterizza le Autorità Amministrative Indipendenti nell'ordinamento giuridico italiano.

Altri orientamenti rinvergono la ratio dell'abolizione delle linee guida in favore di un Regolamento Unico nell'esigenza di conferire maggiore certezza e prevedibilità nelle gare pubbliche, anche a seguito dei dubbi mai sopiti sull'effettiva vincolatività delle linee guida rispetto alle Stazioni Appaltanti. Pertanto, la scelta abolitrice, sarebbe stata animata dal favor per lo stile giuridico italiano caratterizzato da una normazione cogente e perentoria, che troverebbe il suo sbocco nel riferito progetto di Regolamento Unico, il quale non lascia (rectius dovrebbe lasciare) spazio ad incertezze ed interpretazioni.

7.

## Riferimenti bibliografici

Decreto Legislativo n. 50/2016

Decreto Legge n. 32/2019

Decreto Legge n. 76/2020

Legge n. 262/2005

Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

Consiglio di Stato, parere n. 855/2016

Consiglio di Stato, parere n. 11603/2005

Consiglio di Stato, parere n. 355/2006

Consiglio di Stato, parere n. 3235/2019

T.A.R. Milano, sentenza n. 246/2006

Bozza di Regolamento Unico degli Appalti del 16 luglio 2020

Caringella - Proto, Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo, Dike editore, Roma.

Garofoli - Ferrari, Manuale di diritto amministrativo, Nel Diritto editore, Molfetta.

Caringella, Manuale di diritto amministrativo, Dike editore, Roma.

Consultazione di vari siti istituzionali, tra cui:

[www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)

[www.camera.it](http://www.camera.it)

[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<https://www.diritto.it/gli-atti-di-soft-law-nellordinamento-giuridico-italiano-il-caso-delle-linee-guida-anac/>