

Il ricorso alle linee guida come (improprio) fattore di semplificazione normativa*

Vincenzo Desantis**

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Linee guida e testi dell'emergenza: un fitto intreccio – Fase I. – 2. (segue) – Fase II e successivi sviluppi. – 3. Il ricorso alle linee guida per la flessibilizzazione dei sistemi. – 4. L'avanzata delle formule elastiche nel contesto giuridico attuale. – 5. Il dialogo tra hard law e soft law nella recente giurisprudenza costituzionale. – 6. Materie a disciplina integrata e discipline miste. – 7. Il diverso dosaggio di “comandi” e “consigli” in relazione alla curva dei contagi. – 8. Benefici e rischi delle discipline integrate. – 9. Benefici e rischi delle discipline miste. – Conclusioni.

ABSTRACT:

L'emergenza sanitaria di questi mesi ha determinato trasformazioni di grande momento in rapporto a svariati aspetti della vita associata. La produzione giuridica non è esente a questo stato di cose. Con l'avanzare della crisi, gli strumenti giuridici adottati per contrastare la diffusione pandemica hanno, infatti, realizzato un dialogo di formulazioni di *hard* e *soft-law*, affiancando i precetti alle raccomandazioni. Le linee guida rappresentano la principale espressione di tale tendenza normativa. Attraverso lo studio di casi concreti, questo scritto si propone di indagare le interazioni tra le due viste aree della normazione e di riflettere sui rischi ed i benefici connessi all'impiego di formule miste.

The health crisis of the recent months has produced extremely significant transformations in many areas of society. Legal production also fits into this context: as the crisis progressed, many guidelines and other legal measures have been taken and some of these have made a synthesis of hard and soft law, by inserting both mandatory indications and highly recommended behaviours in the structure of the sources of law. The phenomenon just described therefore constitutes a new opportunity to study the interactions between the two legal areas of hard and soft law. In the course of this paper it will be tried to highlight the main changes in progress and to analyze some of the cases of interaction between hard and soft law. Moreover, it will reflect on the positive and negative aspects of mixed provisions.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottorando in Studi giuridici, comparati ed europei nell'Università degli Studi di Trento, vincenzo.desantis@unitn.it.

Introduzione

L'emergenza epidemiologica di questi mesi sta determinando stravolgimenti di non poco conto in svariati ambiti della realtà sociale e il versante giuridico non sembra per nulla estraneo a questo stato di cose. Il consolidarsi dello scenario pandemico ha, infatti, esercitato importanti riflessi sulla produzione normativa, incoraggiando mutazioni e trasformazioni che meritano di essere considerate con grande attenzione.

Nel tempo, l'avanzata della crisi sanitaria ha richiesto l'adozione di una moltitudine di misure di contenimento, costringendo l'apparato istituzionale ad elaborare soluzioni regolatorie per quasi ogni aspetto della vita associata, ma gli sforzi profusi per contrastare la diffusione virale e disciplinare lo svolgimento delle attività dei consociati non si sono sempre tradotti in risposte normative tradizionali.

Al contrario, la complessità tecnica delle scelte e delle questioni in gioco, in uno con l'elevato bisogno di provvedere in tempi stretti, ha incoraggiato un più ampio ricorso al paradigma dell'elasticità, favorendo il profluvio di indicazioni flessibili ed atipiche. Le *linee guida* rappresentano, con ogni evidenza, uno degli esempi più significativi di questo strumentario, e il richiamo che i vari luoghi della normazione emergenziale operano rispetto a questo modello consente di supporre che la crisi sanitaria possa aver indotto o, comunque, rafforzato un interessante e già conclamato processo di interazione delle aree giuridiche di *hard* e *soft law*, oltre che un più generale e implicito processo di ibridazione della normazione.

Nel corso di questo scritto si cercherà di illustrare quali siano i luoghi della normativa di contrasto al Covid-19 nei quali sono stati operati i principali richiami alle linee guida, salvo poi riflettere sulla portata di tali passaggi e rinvii, oltre che sulla capacità di questi particolari strumenti di flessibilizzare i sistemi giuridici, con i relativi rischi e benefici.

Con ogni evidenza, l'espansione del ricorso alle linee guida costituisce, oggi, una delle maggiori leve di sviluppo della normazione, ma i pericoli connessi all'incremento di effetti e funzioni attribuiti a questi complessi di indicazioni impone di valutare con rigore quali siano i pericoli derivanti dal loro impiego.

1. Linee guida e testi dell'emergenza: un fitto intreccio – Fase I

La rassegna dei più significativi richiami che la normativa emergenziale svolge con riferimento alle linee guida può, qui, aprirsi, considerando il decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9¹ il quale, all'art. 21, stabilisce che, al fine di prevenire il contagio tra gli appartenenti ad

¹ Il decreto è intitolato *Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*.

alcune forze dell'ordine e ai vigili del fuoco, si individueranno misure precauzionali stabilite con apposite *linee guida*, da adottarsi d'intesa tra le amministrazioni².

In altre parole, l'individuazione delle misure atte a scongiurare la diffusione dei contagi entro i corpi considerati sono normativamente rimesse alle soluzioni previste dalle dette *linee guida*. Si prevede, poi, che le stesse siano elaborate all'esito dell'adozione di un atto amministrativo (l'intesa, appunto³).

Proseguendo l'indagine, alle linee guida adottabili previa intesa delle amministrazioni fanno seguito delle linee guida definite *vincolanti*. Nel decreto-legge successivo, il d.l. 8 marzo 2020, n. 11⁴, all'art. 2, comma 2, si descrivono, infatti, alcune possibili misure per assicurare le finalità di cui al comma 1 (contrastare l'epidemia e contenere gli effetti negativi della stessa sullo svolgimento dell'attività giudiziaria). Tra di esse, quella di cui alla lett. d) impone «l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze». In questo caso si ripropone, dunque, una dizione (*linee guida vincolanti*) che trova un precedente nell'approvazione delle disposizioni con le quali sono stati previsti i c.d. poteri di regolazione flessibile dell'Autorità nazionale anticorruzione⁵. L'adozione di

² Il testo recita: «Al fine di garantire la profilassi degli appartenenti alle Forze di polizia, alle Forze armate e al Corpo nazionale dei vigili del fuoco (...) le misure precauzionali volte a tutelare la salute del predetto personale sono definite dai competenti servizi sanitari (...) secondo procedure uniformi, stabilite con apposite linee guida adottate d'intesa tra le Amministrazioni da cui il medesimo personale dipende». Al comma 2 dello stesso articolo, si afferma che le linee guida saranno applicate anche al personale dell'Amministrazione civile impiegato presso le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale. Un riferimento identico a quello qui considerato è, poi, contenuto nel d.l. 17 marzo 2020, n. 18. Per esigenze di completezza, si segnala, inoltre, che il decreto da ultimo considerato contiene un riferimento anche ad altre linee guida che non risultano, invece, evocate nella precedente decretazione. Al comma 3 dell'art. 72 (*Misure per l'internazionalizzazione del sistema Paese*), si legge, infatti, che: «Le iniziative di cui al presente articolo sono realizzate nel rispetto delle linee guida e di indirizzo strategico in materia di internazionalizzazione delle imprese adottate dalla Cabina di regia di cui all'articolo 14, comma 18-bis, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. (...)». A queste stesse linee guida fa, poi, riferimento anche la decretazione d'urgenza ancora successiva. Il d.l. 8 aprile 2020, n. 23, alla lett. f) del comma 2 dell'art. 3 (*SACE S.p.A.*), stabilisce, infatti, che SACE S.p.A., nella predisposizione del piano annuale di attività, tiene conto delle linee guida e di indirizzo strategico in materia di promozione e internazionalizzazione delle imprese, assunte dalla cabina di regia copresieduta dal Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale e del Ministro dello sviluppo economico: un esempio di correlazione tra linee guida ed atti di indirizzo.

Cfr. l'art. 73-bis, rubricato, a sua volta, *Misure per la profilassi del personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco*, il quale, proprio come la disposizione già analizzata, afferma che, al fine di garantire la profilassi degli appartenenti ai corpi menzionati in rubrica, si adotteranno misure precauzionali con apposite linee guida, adottate d'intesa tra le Amministrazioni da cui il medesimo personale dipende.

³ Sull'istituto dell'intesa si rinvia, tra gli altri, a R. ROFFI, *Concerto e intesa nell'attività amministrativa: spunti ricostruttivi*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/1988; J. BUCCISANO, *Intesa e concerto: analogie e differenze*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1982.

⁴ Il decreto è intitolato *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*.

⁵ Con particolare riferimento alle linee guida dell'Anac, il filone di discussioni che ha riguardato l'accostamento dell'espressione *linee guida* al concetto di *vincolatività* trae origine dalla l. n. 11/2016, la quale, all'art. 1, comma 1, lett. t), attribuisce all'Autorità un coacervo di funzioni, tra cui quelle di: «(...) promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche i poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio» nonché «l'adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante». Per la letteratura

linee guida *vincolanti* per lo svolgimento delle attività di udienza ripropone, da questo punto di vista, il “controsenso” terminologico che già aveva fatto interrogare gli interpreti del Codice dei contratti pubblici (l’elaborazione di linee guida evoca, infatti, l’idea di un’attività di indirizzo sprovvista dell’attitudine a *vincolare*). Tornando alla rassegna, va, poi, notato che il testo del già menzionato d.l. detta una disposizione simile per ciò che concerne la giustizia amministrativa⁶, precisando, però, che le linee guida del caso debbano anche risultare *coerenti* con le indicazioni eventualmente adottate dal Presidente del Consiglio di Stato. Si adotta, invece, lo schema di cui al primo esempio (linee guida sì, ma senza *vincolo di coerenza* con eventuali indicazioni verticistiche) per le linee guida (pure definite *vincolanti*) adottabili per regolare l’attività di udienza presso il giudice contabile⁷. Altri richiami seguono, poi, la stessa impostazione⁸.

Lasciate da parte le *linee guida vincolanti* per l’organizzazione giudiziaria, la decretazione d’urgenza immediatamente successiva, contiene, poi, un riferimento ad altri tipi di linee guida: le *linee guida per gli istituti tecnici e professionali*⁹, relative allo svolgimento degli

in tema si fa riferimento, soprattutto, a M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016; M. DELLE FOGLIE, *Verso un “nuovo” sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016; C. DEODATO, *Le linee guida dell’Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, 2016; N. LONGOBARDI, *L’Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2016; I.A. NICOTRA, *L’Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in Id. (a cura di), *L’Autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri di c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2017; F. MARONE, *Le linee guida dell’Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2017; M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle Linee guida ANAC*, su *Federalismi.it*, 3, 2019.

⁶ Cfr. l’art. 3 (*Misure urgenti per contrastare l’emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia amministrativa*), il quale, al comma 3, stabilisce che «I provvedimenti di cui al comma 2 possono prevedere una o più delle seguenti misure: d) l’adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze, coerenti con le eventuali disposizioni dettate dal presidente del Consiglio di Stato»

⁷ Cfr. art. 4 (*Misure urgenti per contrastare l’emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia contabile*), il quale, al comma 3, stabilisce, a sua volta, che: «Per assicurare le finalità di cui al comma 2, i vertici degli uffici possono adottare le seguenti misure: (...) d) l’adozione di linee guida vincolanti per la trattazione delle udienze o delle adunanze». Un riferimento alle linee guida vincolanti, adottabili per regolare lo svolgimento dell’attività d’udienza è altresì contenuto nel già citato d.l. 17 marzo 2020, n. 18 nel quale, in ben altri due casi, si opera un analogo richiamo alla facoltà di adottare linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze.

⁸ Cfr. l’art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (*Nuove misure urgenti per constatare l’emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare*), il quale, alla lett. d) del co. 7, inserisce tra le misure adottabili dagli uffici giudiziari anche l’adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze; l’art. 85 (*Nuove misure urgenti per contrastare l’emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia contabile*), il quale, alla lett. d) del comma 3, inserisce tra le misure approntabili anche l’adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze o delle adunanze, sempreché esse siano *coerenti* con le disposizioni di coordinamento dettate dal presidente della Corte dei conti, ivi inclusa la eventuale celebrazione delle udienze a porte chiuse.

⁹ Cfr. l’art. 1, comma 2 del d.l. 8 aprile 2020, n. 22 (*Misure urgenti sulla regolare conclusione e l’ordinato avvio dell’anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato*), il quale stabilisce quanto segue: «Le ordinanze di cui al comma 1 definiscono le strategie e le modalità dell’eventuale integrazione e recupero degli apprendimenti relativi all’anno scolastico 2019/2020 (...). L’eventuale integrazione e recupero degli apprendimenti di cui al primo periodo tiene conto delle specifiche necessità degli alunni (...), avendo come riferimento il raggiungimento delle competenze di cui alle indicazioni

esami di Stato e alla valutazione dell'anno scolastico 2019/2020; le *Linee Guida per l'istituzione e l'accreditamento delle biobanche*, prodotte dal Comitato Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie della Presidenza del Consiglio dei ministri. A queste linee guida si rinvia la specificazione delle modalità con cui debbano svolgersi le valutazioni relative alla conclusione dell'anno o del percorso scolastico e le modalità con cui debba avvenire la consegna dei campioni biologici raccolti dai centri di prelievo¹⁰. Si tratta, dunque, di linee guida che, differentemente dalle prime, non presuppongono il raggiungimento di un'intesa per la propria adozione, né sono annunciate come *vincolanti* per coloro ai quali si riferiranno concretamente.

Tra l'apparente doverosità d'adesione delle linee guida definite *vincolanti* ed il tenore delle ultime due appena citate, le quali non specificano alcunché in ordine alla propria vincolatività, si può, poi, rinvenire un livello ulteriore: quello delle linee guida che la normativa d'emergenza iscrive in modo poco chiaro nell'orbita ministeriale o accosta al genere dei *protocolli*.

Il d.P.C.M. 26 aprile 2020, all'art. 5¹¹, comma 3, stabilisce, ad esempio, che vettori e armatori sono tenuti ad adottare misure organizzative *in conformità* alle indicazioni di cui agli allegati 8 (si tratta di un *Protocollo*¹²) e 9, recante, appunto, le *Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del COVID-19*. Qualche passaggio più avanti, l'affermazione per cui le attività di trasporto si svolgeranno *anche sulla base* di quanto previsto da protocolli e, soprattutto, linee guida¹³ è seguita dalla previsione¹⁴ con cui si stabilisce che il Ministro possa aggiornare, con proprio de-

nazionali per il curriculum della scuola dell'infanzia e del primo ciclo di istruzione, alle indicazioni nazionali per i licei e alle linee guida per gli istituti tecnici e professionali»

¹⁰ Cfr. il d.l. 10 maggio 2020, n. 30, all'art. 1, comma 6, dove si legge: «(...) I campioni raccolti sono consegnati, a cura della Croce Rossa Italiana, alla banca biologica dell'Istituto Nazionale Malattie Infettive "L. Spallanzani" (...), nel rispetto delle Linee Guida per l'istituzione e l'accreditamento delle biobanche, prodotte dal Consiglio Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie della Presidenza del Consiglio dei ministri il 19 aprile 2006».

¹¹ Cfr. art. 5 (*Transiti e soggiorni di breve durata in Italia*), co. 3: «I vettori e gli armatori acquisiscono e verificano prima dell'imbarco la documentazione di cui al comma 1, provvedendo alla misurazione della temperatura dei singoli passeggeri e vietando l'imbarco se manifestano uno stato febbrile o nel caso in cui la predetta documentazione non sia completa. Sono inoltre tenuti ad adottare le misure organizzative che, in conformità alle indicazioni di cui al "Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19" di settore sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 8, nonché alle "Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del Covid-19", di cui all'allegato 9 (...)».

¹² Precisamente il *Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica*.

¹³ Cfr. comma 1: «Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus Covid-19, le attività di trasporto pubblico di linea terrestre, marittimo, ferroviario, aereo, lacuale e nelle acque interne, sono espletate, anche sulla base di quanto previsto nel "Protocollo condiviso del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica" di settore sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 8, nonché delle "Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del Covid-19" di cui all'allegato 9».

¹⁴ Cfr. comma 2: «In relazione alle nuove esigenze organizzative o funzionali, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con proprio decreto, può integrare o modificare le "Linee guida (...) – di cui all'allegato 9, n.d.r. – nonché, previo accordo con i soggetti firmatari, il Protocollo condiviso (...) – di cui sopra, ancora n.d.r. –».

creto, sia il *Protocollo* che le linee guida: affermazione che ci lascia intendere che le dette linee guida possano anche adottarsi con decreti ministeriali¹⁵, come avvenuto già in altre circostanze¹⁶.

Un esame più approfondito degli allegati di questo d.P.C.M. rivela, inoltre, che il numero 6¹⁷ (denominato, a sua volta, *protocollo*), contiene, a sua volta, *linee guida*. Nella premessa al documento c'è, infatti, scritto: «*Il documento, tenuto conto dei vari provvedimenti del Governo e, da ultimo, del DPCM 10 aprile 2020, nonché di quanto emanato dal Ministero della Salute, contiene linee guida condivise tra le Parti per agevolare le imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio*».

In buona sostanza, sembra potersi ricavare che tale atto, pur essendo dotato di un nome che lascerebbe concludere per la tendenziale obbligatorietà del suo contenuto¹⁸ (*Protocollo*), contenga, in realtà, *linee guida*: indicazioni che, se non provviste di altra specificazione, dovrebbero ritenersi tendenzialmente non vincolanti o, addirittura, giuridicamente irrilevanti.

Nel caso qui considerato, il dubbio relativo alla possibile obbligatorietà del documento è, però, alimentato dal prosieguo del testo che, due periodi più avanti, afferma che: «*La prosecuzione delle attività produttive può infatti avvenire solo in presenza di condizioni che assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione*», e che «*La mancata attuazione del Protocollo che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza (...)*». Proseguendo, dopo il riferimento all'espressione *linee guida* nel testo della premessa del *protocollo* e dopo il periodo che abbiamo citato per interrogarci su una possibile portata obbligatoria dello stesso, il seguito dell'allegato non presenta altri impieghi della locuzione, apprendendosi a determinare le modalità attraverso le quali dovrà essere organizzato il lavoro, per tutta una serie di aspetti. Nel farlo, il documento contiene sia prescrizioni specifiche,

¹⁵ Per una disamina sull'istituto del decreto ministeriale si rinvia, tra gli altri, a F. POLITI, *Decreto ministeriale*, in *Enciclopedia del diritto*, agg., V, Milano

¹⁶ L'impiego di decreti ministeriali denominati *linee guida* si registra almeno a partire dal d.m. 31 luglio 1997, avente titolo: *Linee guida dell'organizzazione dell'attività libero-professionale intramuraria della dirigenza sanitaria del Servizio sanitario nazionale* e di altri due decreti, aventi la stessa data, denominati *Linee guida dell'organizzazione dell'attività professionale intramuraria per gli aspetti riguardanti il personale universitario* e *Linee guida per la stipula dei protocolli d'intesa università-regioni*

¹⁷ Si tratta di un altro protocollo, denominato *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro fra il Governo e le parti sociali*.

¹⁸ Il nome *protocollo* è, difatti, impiegato per alludere a complessi di indicazioni contenenti regole perlopiù procedurali, passaggi standardizzati o comportamenti definiti dai quali, nella più parte dei casi, i relativi destinatari non possono discostarsi. A questo proposito basti pensare all'uso che del *protocollo* fa la legislazione per la disciplina del Servizio sanitario nazionale per dettare indicazioni con riguardo all'orientamento professionale del medico o alla programmazione dell'attività di medicina sul territorio. Un particolare esempio di protocollo è, poi, rappresentato dai c.d. protocolli terapeutici: complessi di indicazioni fisse, standardizzate e procedimentalizzate, per la pratica clinica o la sperimentazione scientifica, i quali asseverano *iter* procedurali e complessi di operazioni a schema fisso al ricorrere di determinate circostanze o per lo svolgimento di determinate attività.

anche abbastanza delineate¹⁹, sia raccomandazioni²⁰, realizzando, dunque, un intreccio di prescrizioni e raccomandazioni entro un *allegato* ad un d.P.C.M.²¹ che titola *protocollo*, ma che contiene – in realtà – delle *linee guida*: uno scenario evidentemente molto intricato per chi intenda orientarsi²².

¹⁹ Tra esse spiccano obblighi di informazione, misure sulle modalità di ingresso in azienda ed indicazioni sulle operazioni di sanificazione degli ambienti di lavoro.

²⁰ Si dice, ad esempio, che è raccomandata la frequente pulizia delle mani con acqua e sapone. Seguono altre raccomandazioni.

²¹ Atto sulla cui natura pure insistono delle incertezze. Al riguardo, cfr., ad esempio, le posizioni di E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020, specialmente p. 4, il quale annovera gli atti presidenziali tra le *ordinanze normative* previste da fattispecie aperte. Per uno studio sul tema appena evocato si rinvia, tra gli altri, a G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 1-2/2016. Sul rapporto tra potere d'ordinanza ed emergenza si rinvia, invece, a A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011. Per un approfondimento sui caratteri dell'atto amministrativo generale, cui alcuni riconducono la non del tutto indagata figura dei d.P.C.M., si v., invece, tra gli altri, M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 1-2/2013; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, CEDAM, 2000; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, Jovene, 2003 ed altri classici contributi in tema, tra cui M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, III, 1953; A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro Italiano*, IV, 1951; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro italiano*, X, 1954; Id., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998.

²² Lo schema osservato per l'Allegato 6 è riproposto anche nell'Allegato 7, denominato *Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri*, il quale, proprio come il protocollo di cui all'allegato 6 dello stesso decreto, autodefinisce le proprie indicazioni come linee guida. Lo fa nel suo ultimo periodo, dove afferma: «Le presenti linee guida sono automaticamente integrate o modificate in materia di tutela sanitaria sulla base delle indicazioni o determinazioni assunte dal Ministero della Sanità e dall'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) in relazione alle modalità di contagio del Covid-19». Anche questo documento, proprio come quello che lo precede, contiene un interessante intreccio di misure certamente obbligatorie, soluzioni apparentemente imposte e opzioni solo raccomandate. Il testo ricorre, infatti, a formulazioni elastiche che appaiono, da un lato, efficacemente rivelatrici della propria *ratio* ispiratrice e, dall'altro, pienamente partecipi della difficoltà di temperare l'adozione di indicazioni di carattere generale con la previsione di deroghe. Anche in questo caso si prevedono, infatti, obblighi di informazione a capo del datore di lavoro (punto 1); l'obbligo di individuazione di procedure di ingresso, transito ed uscita dei lavoratori (punto 2), con la precisazione che alcune delle condotte qui specificate debbono essere garantite solo *se possibile*; obblighi di sanificazione del cantiere (punto 3); obblighi relativi alle precauzioni igieniche (punto 4); raccomandazioni sull'uso di dispositivi di protezione individuale (punto 5) non ancora formulate in termini di obbligo per via della penuria, allora riscontrata, di dispositivi protettivi; obblighi di contingentamento degli ingressi negli spazi comuni (punto 6) con precisazioni in ordine ad alcune modalità attraverso le quali realizzarlo; soluzioni consigliate in ordine all'organizzazione del cantiere (punto 7); misure relative alla gestione di persone sintomatiche in cantiere (punto 8) oltre che altre previsioni in materia di sorveglianza medico-sanitaria dei lavoratori e aggiornamento dei protocolli. Quanto affermato per l'Allegato 7 vale, poi, anche per l'Allegato 8, relativo ai trasporti. Anche in questo caso si ricorre ad un misto di “comandi” e “consigli” ed anche in questo caso il *Protocollo* si definisce come un complesso di linee guida. Da ultimo, un misto di formulazioni consigliate ed apparentemente doverose è, poi, contenuto nell'Allegato 9, che rinvia espressamente alle *linee guida* sia nel proprio titolo (*Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del Covid-19 in materia di trasporto pubblico*), sia nel testo e che contiene sia obblighi pieni che obblighi sfumati. Tra i primi si annovera, ad esempio, l'obbligo di sanificazione degli ambienti. Tra i secondi si annoverano misure che, senza disporre espressamente degli obblighi, ricordano come sia *necessaria* (e non già obbligatoria) l'installazione di dispensatori di soluzioni disinfettanti. Non mancano, poi, le raccomandazioni che, pur essendo espressamente definite come tali (il titolo di questa parte delle linee guida è, infatti, *Raccomandazioni per tutti gli utenti dei servizi di trasporto pubblico*), hanno un tenore, alle volte, più precettivo dei protocolli, e ciò sebbene il genere dei *protocolli* suggerisca, come accennato, una maggiore doverosità e procedimentalizzazione dei comportamenti da essi prescritti.

2. (segue) – Fase II e successivi sviluppi

In una fase successiva, il decremento dei contagi non si è accompagnato ad una pur prevedibile diminuzione di misure e provvedimenti. Le esigenze di pronto reperimento di indicazioni istituzionali per la gestione delle attività in progressiva ripresa sembrano, infatti, aver imposto l'adozione di nuove misure, parimenti atipiche ed altrettanto rapide e flessibili.

Così, con il d.P.C.M. 17 maggio 2020, il ricorso alle linee guida ha subito addirittura un incremento. In questo contesto le linee guida hanno assecondato la necessità di declinare in modo flessibile tutte le indicazioni utili per l'ordinato svolgimento delle attività nuovamente consentite. All'interno del decreto, i riferimenti testuali alle linee guida sono, infatti, quarantacinque. Tra le funzioni più significative assegnate alle linee guida durante questa fase, ritroviamo: attività nuovamente consentite nel rispetto delle linee guida²³; attività la cui ripresa è subordinata all'adozione di protocolli conformi a linee guida²⁴; attività di cui le Regioni e le Province autonome possono consentire la ripresa anticipata, a condizione che individuino *i protocolli o le linee guida applicabili, idonei a prevenire il rischio di contagio, nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali*²⁵; protocolli per l'*attuazione* di linee guida²⁶; attività organizzate *secondo le linee guida*²⁷ e linee guida *in base* alle quali si dispone la riapertura di luoghi aperti al pubblico²⁸.

²³ Cfr. art. 1, co. 1, lett. *b*), dove si afferma che l'accesso dei minori ad aree di gioco all'interno di parchi, ville e giardini pubblici debba avvenire "nel rispetto delle linee guida" del Dipartimento per le politiche della famiglia di cui all'allegato 8. Seguono questo schema anche le linee guida previste per i corsi abilitanti e le prove teoriche e pratiche della motorizzazione civile (lett. *q*), ed altre linee guida come quelle alla lett. *dd*), dove si dice che le attività di vendita al dettaglio potranno riprendere *nel rispetto di protocolli o linee guida* idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio; alla lett. *ee*), dove si afferma lo stesso per le attività di ristorazione; alla lett. *gg*), dove si ripropone quanto detto nelle lettere *dd*) ed *ee*) per i servizi alla persona e dove si condiziona lo svolgimento delle attività connesse alla prestazione di tali servizi al fatto che siano previamente individuati protocolli o linee guida applicabili alle fattispecie concrete; alla lett. *mm*), dove si fa ricorso allo stesso schema regolatorio, ma con riferimento alle attività degli stabilimenti balneari. Ancora dopo, altri riferimenti simili si rinvengono rispetto alle attività delle strutture ricettive.

²⁴ Cfr. art. 1, co. 1, lett. *c*), dove si prevede che sarà consentito l'accesso di bambini e ragazzi a luoghi destinati allo svolgimento di attività ludiche, ricreative ed educative, ma "con obbligo di adottare appositi protocolli di sicurezza, predisposti in conformità alle linee guida" di cui all'allegato 8.

²⁵ Ancora art. 1, co. 1, lett. *c*). Qui, infatti, si precisa che Regioni e Province autonome possono stabilire date di riapertura diverse (ed anticipate) rispetto a quelle previste dal d.P.C.M., a condizione che individuino dei protocolli o – in alternativa – linee guida (impossibile non ritrarre l'impressione che i termini vengano usati come sinonimi) che siano idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio. La possibilità di adozione di queste linee guida è, peraltro, condizionata al rispetto delle linee guida nazionali, come se le linee guida stessero in un'apparente gerarchia. La costruzione appena vista si ritrova, poi, anche alla lett. *f*), relativa all'attività sportiva di base.

²⁶ Cfr. art. 1, co. 1, lett. *g*), dove si prevede che le Federazioni sportive adottino, per gli ambiti di rispettiva competenza, degli "appositi protocolli attuativi" di alcune linee guida a cui si fa rinvio (ecco, quindi, che dopo le linee guida *in apparente gerarchia*, abbiamo anche le *linee guida attuative delle linee guida* o, ancora, i *protocolli* che attuano *linee guida*).

²⁷ Cfr. art. 1, comma 1, lett. *m*), dove si prevede quanto detto per gli spettacoli aperti al pubblico in sale teatrali, sale cinematografiche e sale da concerto.

²⁸ Questo vale, ad esempio, per i musei e gli altri istituti e luoghi della cultura. Cfr., ad esempio, quanto affermato dall'art. 1, comma 1, lett. *p*).

Seguono, poi, soluzioni e richiami già visti anche nei precedenti decreti. All'allegato 12 si riecheggia, ad esempio, l'idea di una possibile sovrapposibilità tra *protocolli* e *linee guida* in quanto lo stesso, pur titolando *Protocollo*, si autodefinisce come un complesso di linee guida²⁹. Anche in questo caso, le sue indicazioni presentano gli stessi caratteri dei protocolli-linee guida già considerati, alternando formulazioni apparentemente prescrittive³⁰ con soluzioni terminologiche a doverosità sfumata. Non mancano, poi, luoghi testuali nei quali si usano, senza troppo equivoco, le voci del verbo *raccomandare* per indicare comportamenti consigliati e non imposti.

Riferimenti come questi si rinvengono anche in altri passaggi della normativa emergenziale³¹, ma è solo con il d.l. 19 maggio 2020, n. 34³² che i riferimenti alle linee guida si fanno nuovi, in parte diversi, e leggermente più numerosi.

Evidenziando le introduzioni più significative, si nota, in primo luogo, che l'art. 1-ter³³, annuncia l'adozione di linee guida, predeterminandone (in parte) il contenuto. Più precisamente, nel testo si afferma che, entro un certo termine, saranno disponibili delle linee guida allo scopo di fornire agli operatori un supporto che, evidentemente, non si è ritenuto di poter apprestare attraverso l'adozione di una normativa secondaria, di atti amministrativi generali o, ancora, di altri corpi di indicazioni già precisamente incasellati entro le costruzioni giuridiche tradizionali³⁴. In buona sostanza, il legislatore rimette, qui, alla definizione delle linee guida e, nel caso concreto, agli esperti del Comitato tecnico-

²⁹ Qui si legge «*Le presenti linee guida sono automaticamente integrate o modificate in materia di tutela sanitaria sulla base delle indicazioni o determinazioni assunte del Ministero della Sanità e dell'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) in relazione alle modalità di contagio del Covid-19*». Una formula, quella appena, riportata, già usata in altri luoghi.

³⁰ Per ciò che concerne il settore della ristorazione si prevede, ad esempio, che *si applichino* (è proprio "applicare" il verbo che si utilizza) alcune misure, tra cui, a scopo esemplificativo, si richiamano: la rilevazione della temperatura corporea; l'ingresso contingentato; la disposizione dei tavoli nel rispetto del distanziamento interpersonale; il divieto di consumazione a buffet.

³¹ L'Allegato 15, intitolato *Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del Covid-19 in materia di trasporto pubblico*, è, ad esempio, un aggiornamento del *Protocollo* di cui al precedente d.P.C.M. e ne ricalca, con qualche aggiunta, il contenuto, mentre l'Allegato 17 (*Linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 16 maggio 2020*), in apparente ossequio alle tradizioni redazionali delle linee guida mediche, declina, già in apertura, scopo del documento e principi generali dello stesso, dettando, poi, tutta una serie di disposizioni (riassunte in schede tecniche) per la riapertura degli esercizi commerciali. Il grado di specificità delle sue previsioni risulta, alle volte, significativamente profondo.

³² Il decreto è intitolato *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*.

³³ L'articolo è rubricato *Linee guida per la gestione dell'emergenza epidemiologica presso le strutture per anziani, persone con disabilità e altri soggetti in condizione di fragilità*.

³⁴ Il testo dell'articolo recita: «*Entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, adotta linee guida per la prevenzione, il monitoraggio e la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 presso le residenze sanitarie assistite e le altre strutture pubbliche o private, accreditate, convenzionate e non convenzionate, comunque denominate dalle normative regionali, che durante l'emergenza abbiano erogato prestazioni di carattere sanitario, socio-sanitario, riabilitativo, socio-educativo, socio-occupazionale o socio-assistenziale per anziani, persone con disabilità, minori, persone affette da tossicodipendenza o altri soggetti in condizione di fragilità*».

scientifico, la fissazione delle regole operazionali da osservare per la gestione e il controllo di una certa quota delle situazioni bisognose di interventi regolatori. Nel farlo, pone, però, una riserva di contenuto³⁵, in modo che la cessione dell'onere regolatorio in favore dei soggetti individuati si concreti solo nella definizione dei mezzi di contrasto, e non anche nell'individuazione dei suoi fini, in quanto gli stessi sembrano restare definiti in base alle indicazioni elaborate dalla maggioranza Parlamento-Governo.

In prosieguo, l'art. 211-*bis* dello stesso decreto, al comma 3, in combinato con il contenuto del comma 2³⁶, stabilisce che l'aggiornamento dei piani di sicurezza relativi alle infrastrutture critiche che erogano servizi pubblici anche in tempo di Covid-19 sia redatto d'intesa con i rappresentanti delle amministrazioni, ma *tenendo conto* delle linee guida sulla gestione dell'emergenza emanate, di volta in volta, dai Ministeri competenti: ecco, dunque, una sorta di invito generale a prestare attenzione al possibile livello delle linee guida, come se lo stesso, quando presente, fosse un affidabile collettore di indicazioni di cui dover tenere conto e con il quale *fare sistema* anche nella fase di aggiornamento di *piani*, ovverosia atti amministrativi adottati con provvedimenti generali e muniti di caratteri che le linee guida non dovrebbero possedere. Il comma 4 assegna, poi, alle linee guida una funzione ancora più decisiva: mentre prima ci si era limitati a segnalare l'importanza di considerare le linee guida come strumenti con i quali l'adozione di atti successivi debba, in qualche modo, coordinarsi, ora si afferma che i Ministeri dell'Interno e della Salute, ciascuno nel proprio ambito di riferimento, emaneranno *direttive* per attuare le *linee guida*³⁷: una formulazione del genere assume, così, che una determinazione amministrativa munita di tendenziale obbligatorietà (la direttiva³⁸, per l'appunto), sia preordinata all'applicazione di *linee guida* (e cioè alla concretizzazione di atti indeterminati non vincolanti).

³⁵ I vincoli di contenuto, specificati, al comma 2, sono i seguenti: «Le linee guida di cui al comma 1 sono adottate nel rispetto dei seguenti principi: a) garantire la sicurezza e il benessere psico-fisico delle persone ospitate o ricoverate presso le strutture di cui al comma 1 // b) garantire la sicurezza di tutto il personale, sanitario e non sanitario, impiegato presso le strutture di cui al comma 1, anche attraverso la fornitura di dispositivi medici e dispositivi di protezione individuale idonei a prevenire il rischio di contagio; // c) prevedere protocolli specifici per la tempestiva diagnosi dei contagi e per l'attuazione delle conseguenti misure di contenimento; // d) disciplinare le misure di igiene fondamentali alle quali il personale di servizio è obbligato ad attenersi; // e) prevedere protocolli specifici per la sanificazione periodica degli ambienti».

³⁶ La normativa richiamata recita: «L'aggiornamento dei piani di sicurezza è redatto d'intesa con i rappresentanti delle amministrazioni di cui all'articolo 11, comma 3, del decreto legislativo 11 aprile 2011, n. 61, e recepisce il contenuto di eventuali direttive emanate ai sensi dell'articolo 14 dello stesso decreto legislativo. Le misure adottate sono comunicate ai Ministeri competenti per materia e al Ministero dell'interno (...) e alla Segreteria infrastrutture critiche di cui all'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo 11 aprile 2011, n. 61; // 3. L'aggiornamento dei piani di sicurezza con riferimento all'emergenza da Covid-19 tiene conto delle linee guida sulla gestione dell'emergenza emanate dai Ministeri competenti e dei principi precauzionali emanati dalla Segreteria infrastrutture critiche».

³⁷ Il testo del co. 4 recita: «I Ministeri dell'interno e della salute, nell'ambito delle attività connesse con la gestione dell'emergenza da Covid-19, informando i Ministeri competenti, emanano, per gli aspetti di rispettiva competenza, proprie direttive per favorire l'attuazione delle misure previste nelle linee guida di cui al comma 3 e per garantire il funzionamento delle infrastrutture critiche (...)».

³⁸ Per una disamina completa dell'istituto giuridico della direttiva amministrativa si rinvia, tra tutti, a G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo italiano (profili generali)*, Milano, 1993 (rist.). In questo testo, l'A. individua

Anche in questo caso, un uso poco esplicitato di alcune espressioni terminologiche costringe gli interpreti a cimentarsi con un dato letterale estremamente caotico, oltre che ad ipotizzare interpretazioni conciliative (non per questo necessariamente soddisfacenti), atte a comporre in modo efficiente le difficoltà riscontrate. Nel caso, un'interpretazione di questo tipo potrebbe suggerire che, nell'aggiornamento dei visti piani (comma 3) si debbano considerare le indicazioni dei tecnici, contenute in linee guida, mentre ciascun Ministero adotterà delle *direttive* per dare attuazione ai piani o programmi aggiornati al livello generale (comma 4). Ad ogni modo, al di là delle suggestioni ermeneutiche, l'assenza di significati certamente attribuibili al lemma *linee guida* impedisce che vi sia piena chiarezza sul ruolo e sul regime giuridico di tali atti.

Continuando la rassegna, un altro interessante impiego della costruzione in parola si riscontra nel d.l. n. 76 del 16 luglio 2020, il quale, dopo aver inserito alcuni aggiornamenti, per il vero, non troppo rilevanti, al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (*Codice dell'amministrazione digitale*), contiene, all'art. 38-bis³⁹, comma 1, un riferimento alle *linee guida adottate per la prevenzione ed il contrasto della diffusione del contagio da COVID-19*⁴⁰. Attraverso questo riferimento sembra che si condizioni l'operatività delle soluzioni con-

in M. HAURIUO, *La Jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, II, Parigi, 1929 la prima *teorizzazione* della direttiva amministrativa in Francia e «a quanto consta, nei Paesi a sistema amministrativo» (Introduzione, 1). Qui si riferisce che, in un commento ad una sentenza del Conseil d'Etat (dopo trasfuso nell'opera sopra richiamata) – C.E. 17 juillet 1925 (*Association amicale du personnel de la Banque de France*), il termine *directive* fu utilizzato «per qualificare una dichiarazione d'intenti con la quale il Governatore della Banca di Francia precisava i caratteri secondo cui avrebbe esercitato il potere discrezionale spettantegli in materia di nomina del personale ai più alti livelli dell'istituto». Per altra letteratura in tema di direttiva si rinvia, poi, a A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'Organizzazione dello Stato*, Padova, 1931, I, 277; S. D'ALBERGO, *Direttiva* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964; F. MERUSI - M. CLARICH, *Direttiva* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989. In riferimento al rapporto che la direttiva possa intrattenere con altre determinazioni amministrative con cui spesso rischia di sovrapporsi, si rinvia, invece, a ricostruzioni a più ampio raggio sulle fonti del diritto amministrativo, tra cui, cronologicamente, V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957; A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1975; F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Padova, 1970; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969; G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1980; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989; V. ANGIOLINI, *Direzione amministrativa* (voce), in *Digesto IV (discipline pubblicistiche)*, Torino, 1990, 115. Per una ricostruzione più recente dello stato dell'arte dell'istituto della direttiva nel suo contesto di nascita, ossia la Francia, v. M. CLIQUENNOIS, *Que reste-t-il des directives?*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 1992, 3.

³⁹ Introdotto in fase di conversione e rubricato *Semplificazioni per la realizzazione di spettacoli dal vivo*.

⁴⁰ Cfr. il co. 1: «(...) al fine di far fronte alle ricadute economiche negative per il settore dell'industria culturale conseguenti alle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, in via sperimentale fino al 31 dicembre 2021, per la realizzazione di spettacoli dal vivo che comprendono attività culturali quali il teatro, la musica, la danza e il musical, che si svolgono in un orario compreso tra le ore 8 e le ore 23, destinati ad un massimo di 1.000 partecipanti, ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, richiesto per l'organizzazione di spettacoli dal vivo, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale è sostituito dalla segnalazione certificata di inizio attività di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, presentata dall'interessato allo sportello unico per le attività produttive o ufficio analogo, fermo restando il rispetto delle disposizioni e delle linee guida adottate per la prevenzione e il contrasto della diffusione del contagio da Covid-19 e con esclusione dei casi in cui sussistono vincoli ambientali, paesaggistici o culturali nel luogo in cui si svolge lo spettacolo in oggetto».

sentite dall'articolo al fatto che non vi siano disposizioni od anche *linee guida* che non depongano in senso contrario⁴¹.

Proseguendo, l'art. 49 dello stesso testo rimette alle *linee guida in materia di programmazione ed esecuzione delle attività di indagine sullo stato di conservazione delle gallerie esistenti*, la precisazione delle operazioni atte ad assicurare l'omogeneità delle valutazioni sulla sicurezza, nonché quella relativa al monitoraggio delle gallerie esistenti lungo le reti stradale e autostradale. Si annuncia, poi, che queste linee guida saranno adottate dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, forse nella forma del decreto ministeriale, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici⁴². Seguono disposizioni simili, relative ad attività analoghe⁴³. Ancora dopo, il decreto-legge in parola rimette all'adozione di linee guida (a loro volta da inserirsi entro il testo o tra gli allegati di un decreto ministeriale) la semplificazione delle procedure autorizzative necessarie per la realizzazione degli impianti di distribuzione elettrica⁴⁴. In altre parole, si rimette al contenuto di *linee guida* la definizione di scelte cruciali in ordine alle procedure da imporre agli operatori economici; si demanda alle linee guida – nella loro attività di individuazione delle procedure – l'attuazione dei principi di cui alla legge sul procedimento amministrativo; si prevede che le Regioni vi si debbano attenere entro un termine dalla loro *entrata in vigore*.

⁴¹ Il testo dell'articolo è, infatti, da intendersi nel senso che resta fermo l'obbligo di rispettare le disposizioni delle linee guida adottate per la prevenzione e il contrasto della diffusione del contagio da Covid-19.

⁴² Il testo completo recita: «*Al fine di assicurare l'omogeneità della classificazione e gestione del rischio, della valutazione della sicurezza e del monitoraggio delle gallerie esistenti lungo la rete stradale e autostradale, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, adottato entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono approvate apposite linee guida in materia di programmazione ed esecuzione delle attività di indagine sullo stato di conservazione delle gallerie esistenti lungo le strade statali o autostrade gestite da Anas S.p.A. o da concessionari autostradali, di esecuzione di ispezioni e di programmazione degli interventi di manutenzione e di messa in sicurezza delle stesse*».

⁴³ Una disposizione simile accompagna, ad esempio, il riferimento alle linee guida immediatamente successivo, vale a dire quello che annuncia l'adozione di altre linee guida per l'esecuzione delle attività di indagine sullo stato di conservazione delle gallerie esistenti lungo le infrastrutture stradali *diverse* da quelle di cui al comma 1. Alla medesima *ratio* sono, poi, ispirate le linee guida menzionate ai commi 2 e 3 dello stesso articolo: quelle, cioè, dedicate alla rilevazione dello stato di conservazione di ponti, viadotti, rilevati, cavalcavia e opere similari esistenti lungo infrastrutture stradali gestite da enti diversi da Anas S.p.A. o da concessionari autostradali. Anche rispetto a queste linee guida si annuncia che le stesse saranno contenute entro un decreto ministeriale.

⁴⁴ E difatti si dice: «*1. Al fine di agevolare lo sviluppo di sistemi di distribuzione elettrica sicuri, resilienti, affidabili ed efficienti, nel rispetto dell'ambiente e dell'efficienza energetica, il Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo e con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, acquisita l'intesa della Conferenza unificata (...) adotta le linee guida nazionali per la semplificazione dei procedimenti autorizzativi riguardanti la costruzione e l'esercizio delle infrastrutture appartenenti alle reti di distribuzione – dell'energia, n.d.r. – // 2. Le linee guida di cui al comma 1 assicurano la semplificazione delle procedure autorizzative, tramite l'adozione di una autorizzazione unica comprendente tutte le opere connesse e le infrastrutture indispensabili all'esercizio (...) secondo i principi della legge 7 agosto 1990, n. 241. Sono, inoltre, individuati i casi per i quali può trovare applicazione una procedura autorizzativa semplificata tramite denuncia di inizio lavori e i casi in cui, per gli interventi legati al rinnovo, alla ricostruzione ed al potenziamento di reti elettriche esistenti di qualunque tipologia, può trovare applicazione il meccanismo dell'autocertificazione, in ragione del limitato impatto sul territorio nonché sugli interessi dei privati (...) // Le Regioni adeguano le rispettive discipline entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore delle linee guida (...)*».

Ora, affermazioni di questo genere consentono di concludere che le linee guida in parola altro non siano che il contenuto proprio di un decreto ministeriale, e ciò in quanto nessun altro documento avrebbe l'attitudine di inseguire il compimento degli obiettivi enunciati, né l'efficacia che gli si attribuisce. Restano, tuttavia, intatti i dubbi di chi si interroghi sull'utilità di evocare le *linee guida* piuttosto che la decretazione.

A ruota, altri riferimenti alle linee guida ripropongono gli schemi visti, alternando il richiamo alla flessibilità che discende dal riferimento a questi strumenti ad altri tipi di soluzioni elastiche. Il diverso modularsi di raccomandazioni ed obblighi subisce, però, una significativa contrazione in favore delle formulazioni precettive già nel d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, il quale, all'art. 1, comma 1, lett. *b*), aggiunge alla legge di conversione del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (la l. 22 maggio 2020, n. 35), la lettera *bb-bis*), la quale prescrive *l'obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie*⁴⁵: una previsione, quest'ultima, che si rivela importante ai fini delle riflessioni che si proveranno a svolgere nei prossimi paragrafi.

3. Il ricorso alle linee guida per la flessibilizzazione dei sistemi

Come si è mostrato, il ricorso che la normativa d'emergenza opera in favore delle linee guida appare piuttosto cospicuo e costituisce, con ogni probabilità, uno degli aspetti più caratterizzanti della produzione giuridica dedicata alla pandemia.

Un dato così significativo impone di considerare se il rinvio a questi strumenti sia da ascrivere ad esigenze intrinseche di "governo" della crisi sanitaria o sia, piuttosto, espressione di un più generale processo di flessibilizzazione delle fonti, avallato dalle contingenze e dal particolare contesto storico-giuridico.

La risposta che si ritiene di poter ipotizzare è che un così massiccio ricorso a tali strumenti non costituisca una soluzione elaborata per fronteggiare le esigenze del momento e sia, invece, espressivo di tendenze evolutive già in atto da diverso tempo. Il riferimento diretto o indiretto al contenuto di linee guida e strumenti ad esse assimilabili è, difatti, un dato con il quale i giuristi si confrontano, ormai, da tempo ed è significativo constatare che, in questo come in altri casi, il rapporto tra normazione e linee guida si sia rivelato più intenso proprio nei casi in cui si sia reso necessario regolare fenomeni complessi.

⁴⁵ Qui, infatti, si legge: «*B) Al comma 2, dopo la lettera bb) è aggiunta la seguente "bb-bis) obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, con possibilità di prevederne l'obbligatorietà dell'utilizzo nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto, a eccezione de casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi, e comunque con salvezza dei protocolli e delle linee guida anti-contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande.*».

In un primo momento, l'esigenza di supportare la disciplina primaria attraverso integrazioni qualificate e istruzioni interpretative si è, infatti, registrata nei settori giuridici in cui l'evoluzione della tecnica e la crescente complessità dei problemi pratici hanno richiesto l'adozione di soluzioni elastiche e rivelato la possibile inadeguatezza degli strumenti normativi tradizionali⁴⁶.

In questi casi, la tensione alla celerità e alla specificità che ha accompagnato quasi ogni intervento di regolazione ha incoraggiato la produzione di enormi quantità di indicazioni a supporto della normativa di primo livello, favorendo la circolazione di complessi di regole atipici, elaborati in tempi brevi e secondo varie procedure da gruppi di esperti e tecnici⁴⁷. Con ogni probabilità, una produzione giuridica di questo tipo ha consentito di munire i settori in cui è intervenuta di insiemi di regole prontamente fruibili, ovviando alla lentezza delle procedure di adozione degli strumenti giuridici tradizionali.

La proliferazione di atti indefiniti ha, però, articolato e reso decisamente composito l'insieme delle regole riferibili a ciascun settore di intervento, sollevando questioni giuridiche di grande momento. E ciò in quanto il ricorso alla flessibilità di atti e strumenti non ha quasi mai presentato idonee garanzie in termini di rappresentatività delle scelte effettuate e sembra essersi sottratto ad un adeguato sistema di controlli⁴⁸.

In misura più o meno simile, il bisogno di regolazione che è derivato dalla crescente emergenza pandemica ha inaugurato un nuovo filone di semplificazione normativa, imponendo l'elaborazione di risposte istituzionali insolite e, per certi versi, atipiche. Il ricorso ai decreti del Presidente del Consiglio e i rinvii che questi svolgono in favore delle linee guida e di altri strumenti⁴⁹ costituiscono un'evidente manifestazione di quanto si afferma,

⁴⁶ Ci si riferisce, naturalmente, alla regolazione delle Autorità indipendenti, per una ricostruzione della quale si rinvia, tra gli altri, a F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Diritto dell'Economia*, 3/2018. In argomento v. anche M. SANINO, *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Padova, CEDAM, 2015; D. CROCCO, *Le autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati*, Napoli, Jovene, 2012; A. LA SPINA - S. CAVATORTO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2008; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2005; F.G. SCOCCA, *Le amministrazioni indipendenti*, in L. MAZZAROLI - G. PERICU - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 2001; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, pubblicato su *Nomos*, 1/2017. Sui problemi connessi all'attività normativa delle Autorità cfr., invece, P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1990; M. FOGLIA, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2008; G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2004; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, CEDAM, 2002; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁴⁷ V. ad esempio, quanto accade all'art. 1-ter del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, nota 30 di questo scritto, dove la determinazione di alcuni aspetti è delegata alle determinazioni che saranno adottate con le linee guida del Comitato tecnico-scientifico.

⁴⁸ Al riguardo cfr., ad esempio, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, cit.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti. Una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Torino, Giappichelli, 2002.

⁴⁹ Si operano rinvii, ad esempio, a *Protocolli* e ad atti adottati dalle istituzioni, come le ordinanze ministeriali.

in quanto con i primi è possibile sfuggire alle procedure di adozione delle fonti secondarie, mentre con i secondi è possibile assegnare alla regolazione *soft* un'inedita funzione di attuazione della normativa (che, come si è visto, è sia primaria che secondaria⁵⁰).

La regolazione indipendente e la disciplina di contrasto al coronavirus costituiscono fattispecie naturalmente diverse, ma ci consentono di indulgiare su un aspetto loro comune, in quanto entrambe le produzioni mostrano che l'aumento delle difficoltà legate alla regolazione dei fenomeni complessi sembra accompagnarsi al contestuale ritrarsi delle forme di normazione tradizionali, favorendo l'emersione di soluzioni che demandano l'individuazione delle regole concrete ad atti e strumenti diversi, spesso elaborati da soggetti legittimabili in modo differente.

L'emersione e il consolidamento di linee guida ed altre stratificazioni giuridiche supplementari sembrerebbero, anzi, rivelare una sorta di arretramento delle formulazioni generali in favore di soluzioni regolatorie tecniche, circostanziate e calibrate sui casi concreti. Se, infatti, per molto tempo, gli sforzi profusi per ricondurre a diritto la molteplicità dei casi da disciplinare hanno trovato rifugio nel carattere generale ed astratto del precetto, la regolazione adottata nei settori, oggi, dominati dalla tecnica sembra descriverci uno scenario rovesciato rispetto al passato, nel quale la definizione delle regole del caso concreto sembra anticipata da linee guida e strumenti esplicativi, a scapito della discrezionalità interpretativa.

In particolare, l'estrema tecnicità di alcune delle fattispecie da regolare sembra non potersi accontentare di formulazioni ad ampio spettro ed alimenta, anzi, produzioni giuridiche caratterizzate da un approccio opposto, consistente nella strenua precisazione e specificazione di ogni aspetto rilevante per la pratica giuridica. Le esigenze di minuta declinazione di ogni elemento rilevante e il rapporto inversamente proporzionale in cui stanno, oggi, l'incremento della cifra tecnica delle regolazioni e l'impiego delle fonti tradizionali favoriscono, allora, l'incontrollata produzione di strumenti flessibili, capaci, secondo quanto si ritiene, di dettare buona parte della disciplina di un certo numero di casi, incidendo sottotraccia sull'assetto normativo degli ordinamenti giuridici.

Le linee guida e gli atti ad esse affini costituiscono, con ogni probabilità, i principali strumenti di eterointegrazione tecnica dei sistemi giuridici, ma l'indeterminatezza di ogni riferimento che si operi in loro favore non consente, spesso, di ritenerle un'opzione regolatoria legittima (o legittimata). Anzi, un loro impiego eccessivo sembrerebbe determinare la *destrutturazione* del sistema giuridico in luogo della *flessibilizzazione* cui aspirerebbero. Nei prossimi paragrafi si cercherà, allora, di descrivere ulteriormente il fenomeno e di mostrare quanto l'emersione di tale livello non propriamente normativo rilevi, oggi, per il sistema giuridico e per il suo concreto funzionamento.

⁵⁰ Come mostrato, esistono rinvii normativi alle linee guida sia nei decreti-legge che nei decreti presidenziali. Al riguardo cfr. paragrafi 2 e 3.

4. L'avanzata delle formule elastiche nel contesto giuridico attuale

La rapida osservazione del sistema giuridico evidenzia quanto il ricorso alle *linee guida* sia, attualmente, un elemento comune a quasi ogni ambito del sistema stesso.

In particolare, di linee guida si parla, correntemente, per indicare i complessi di istruzioni per la pratica clinica diffusi in ambiente medico da almeno una ventina d'anni⁵¹, così come per riferirsi agli strumenti di regolazione flessibile adottati nel sottosistema delle Autorità indipendenti⁵². Esistono, poi, altri esempi di *linee guida* meno discussi in ambito giuridico, ed anzi si potrebbe dire che vi siano, ormai, *linee guida* per qualunque cosa. Allo stato è, infatti, difficile, se non proprio impossibile, individuare, in ciascuna di queste manifestazioni, elementi che consentano di ricondurre gli strumenti così nominati ad una categoria concettuale unitaria. Parimenti arduo risulterebbe, poi, ascrivere ciascuna *linea guida* o la maggior parte di esse ad uno *status* giuridico di riferimento o, più in generale, alla forza o all'efficacia di una fonte o di un atto giuridico particolari⁵³.

L'estrema sfuggevolezza del lemma costituisce, con ogni probabilità, una delle principali ragioni del suo successo. E a ben guardare, non vi sono ostacoli a che ogni determinazione giuridica possa definirsi come *linee guida* per qualcosa o in vista di qualcosa. L'inde-

⁵¹ Sulle linee guida d'ambito medico e sul loro riflesso sugli ordinamenti si rinvia, tra gli altri, a C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Milano, Giuffrè, 2019; G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impresa*, 3, 2017; A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 7-8, 2017; R. BREDA, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno e responsabilità*, 3, 2017; V. CARBONE, *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corriere giuridico*, 6, 2017; C. COLOMBO, *Profili civilistici della riforma della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2, 2017; A. DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata"*, in *Giurisprudenza italiana*, 4, 2018; M. FACCIOI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 6, 2017; M. FERRARI, *La rilevanza della sicurezza delle cure e della persona assistita nel quadro della responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 4, 2017; M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e responsabilità*, 3, 2017; C. GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in *Contratti*, 4, 2017; A. PALMIERI, *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Questione giustizia*, 1, 2018; U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, in *Giustizia civile*, 2, 2018; G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli*, in *Contratto e impresa*, 2, 2017; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corriere giuridico*, 6, 2017.

⁵² Oltre alle già citate linee guida dell'Anac, si richiamano, qui, a titolo d'esempio, le linee guida del Garante per la protezione dei dati personali, di cui si occupano, tra gli altri, A. RUBINO, *Nota alle linee guida del Garante per la protezione dei dati personali "in tema di trattamento dei dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione nei siti web esclusivamente dedicati alla salute"*, in *Osservatorio sulle Fonti.it*, 1/2012; L. CALIFANO, *Le nuove Linee guida del Garante privacy sulla trasparenza nella P.A.*, in *forumcostituzionale.it*, 2014; E. GROSSO, *Autorità indipendente o autorità onnipotente? Il potere normativo di fatto del Garante per la protezione dei dati personali*, in M.G. LOSANO (a cura di) *La legge italiana sulla privacy*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

⁵³ Le linee guida possono essere – e, infatti, sovente sono state – decreti ministeriali, decreti interministeriali, atti di regolazione dell'amministrazione indipendente (o, secondo alcuni, regolamenti), atti amministrativi generali, piani, programmi, atti di indirizzo genericamente denominati, direttive, circolari amministrative e molto altro ancora.

terminatezza che si abbina all'impiego di questa costruzione consente di sottrarre chi se ne serva dall'onere di specificare che tipo di effetti giuridici avrà la determinazione che si adotta; rappresenta una scappatoia definitoria particolarmente utile per veicolare indicazioni entro gli ordinamenti, ma impedisce, allo stesso tempo, di parlare delle linee guida sia come di un fenomeno unitario che come di un modello riconoscibile.

Al contrario, l'unico elemento che consente di considerare unitamente l'immensa area semantica che proietta la locuzione *linee guida* è dato dal fatto che con questa espressione sia possibile qualificare tutti gli strumenti contenenti indicazioni tendenzialmente non cogenti, elaborate per la gestione di situazioni concrete. Nell'attuale realtà giuridica, la specificità del contenuto delle linee guida e l'innegabile qualificazione tecnica che possono raggiungere le loro indicazioni fanno di questi strumenti dei riscontri straordinariamente efficaci per gestire le situazioni limite e per orientare sia l'attività pratica che l'applicazione del diritto.

Anzi, l'effettività e la fondatezza tecnica delle soluzioni prospettate da molti di questi strumenti rendono, in alcuni casi, superfluo indugiare sui caratteri più propriamente giuridici degli stessi, in quanto la funzione di integrazione e supporto che essi svolgono per la pratica giuridica può essere tale da riscuotere la spontanea adesione degli operatori anche a prescindere dall'affermazione cogente di quanto dispongono.

In questo senso, l'accresciuta rilevanza di linee guida e formulazioni non cogenti entro gli ordinamenti giuridici contribuisce a relativizzare la strenua contrapposizione tra strumenti di *hard* e *soft law*⁵⁴, restituendoci l'impressione di una pratica giuridica che attinga da entrambe le aree, per costruire le risposte più opportune per il singolo caso da regolare.

5. Il dialogo tra *hard law* e *soft law* nella recente giurisprudenza costituzionale

Come detto, l'interazione tra le aree giuridiche di *hard* e *soft law* si alimenta, oggi, di evidenti intrecci e rimandi, restituendo l'impressione che la considerazione del dato giuridico non si possa circoscrivere all'analisi delle fonti tradizionali⁵⁵.

⁵⁴ Sulla nota dicotomia tra *hard* e *soft law* si rinvia, tra le altre, alle ricostruzioni di A. SOMMA (a cura di), *Soft-law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009; E. MOSTACCI, *La soft-law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, CEDAM, 2008. Per un riscontro sul rapporto tra *hard* e *soft law* nella letteratura straniera si rinvia, invece, a T. FAJARDO, *Soft-law*, in *Oxford Bibliographies*, 2014; A. DI ROBILANT, *Genealogies of soft-law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 54, 3, 2006; M. CINI, *The Soft-law Approach*, in *Journal of European Public Policy*, 8/2001; G.F. HANDL - W.M. REISMAN - B. SIMMA - P.M. DUPUY - C. CHINKIN, *A Hard Look at Soft-law*, in *American Society of International Law Proceedings*, 82, 1988.

⁵⁵ Per molto tempo, il riscontro relativo alla giuridicità di un contenuto si è risolta in una verifica relativa all'esistenza di una vincolatività dello stesso, facendo coincidere l'obbligatorietà con la giuridicità. Oggi questa equazione può ritenersi superata, e può esserlo proprio alla luce dell'incidenza ordinamentale che gli strumenti non vincolanti sono ammessi ad esercitare sui sistemi giuridici, attraverso vari modi. Avendo riguardo alla giuridicità delle formulazioni, si è soliti affermare

La produzione, ormai ipertrofica, di strumenti non cogenti, elaborati al fine di orientare l'attività dei consociati, risponde ad evidenti esigenze di regolazione e procedimentalizzazione delle fattispecie complesse, in quanto detta od integra il contenuto di regole tecniche⁵⁶, asseconda l'individuazione di comportamenti standardizzati e fissa i parametri alla stregua dei quali valutare la diligenza delle scelte o l'opportunità di tenere alcune condotte.

Il costante stratificarsi di regole che deriva dall'incontrollata adozione di linee guida ed altri strumenti prescrittivi analoghi, risponde, forse, alla necessità di assoggettare le attività altamente tecniche al contenuto di indicazioni che la legislazione non sembra in grado di dare o che non sembra opportuno imporre attraverso l'elaborazione di fonti contenenti obblighi giuridici.

L'elevata cifra tecnica di molte linee guida, in uno con la loro ormai acclarata capacità di influire sulla valutazione delle condotte osservate, assegna, però, a questi strumenti un'aura di persuasività ed invasività tali da rendere alcune delle loro indicazioni degli "obblighi mancati", tendenziali o condizionati⁵⁷.

Alcune linee guida contengono, infatti, indicazioni che sembrano non essere ricostruibili in termini di obbligo solo a causa dell'insufficienza prescrittiva del contenitore nel quale sono collocate, ma che, proprio come delle norme giuridiche provviste di obbligatorietà, presentano un indubbio tenore precettivo e dispiegano un'autorevolezza tecnico-scientifica capace di renderle istruzioni fondamentali per la realtà e la pratica.

che la stessa debba essere intesa come il carattere dell'appartenenza ad atti od a rapporti regolati dal diritto con norme obbligatorie. A ben intendere, il requisito della giuridicità ricorrerebbe, quindi, ogniqualvolta un atto od un rapporto siano riguardati da una disciplina e quindi resi oggetto di disposizioni dotate di obbligatorietà. La definizione di giuridicità così fornita è tratta dal Dizionario dell'Enciclopedia Treccani, disponibile all'indirizzo <http://www.treccani.it/vocabolario/giuridicit/> (ultima consultazione d.d. 29 ottobre 2020). Sulla formazione del diritto e sul carattere della giuridicità, cfr., poi, P.F. SAVONA, *In limine juris. La genesi extra ordinem della giuridicità e il sentimento del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2005; F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, Vita e Pensiero, 1943. La parola giuridicità sembra, poi, essere usata con una diversa accezione in G. BERTI, *La giuridicità pubblica e la riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione*, in *Jus. Rivista di Scienze giuridiche*, 2, 2002. Nell'ultima opera citata, l'Autore esprime, infatti, in termini di nuova giuridicità il riparto di competenze disegnato con la Riforma del Titolo V, attribuendogli la propensione ad innovare il sistema costituzionale e l'assetto del funzionamento statale. In tema, uno dei maggiori assertori della necessità di distinguere in modo chiaro *cogenza* e *soft law* è, invece, Roberto Bin. Al riguardo cfr. R. BIN, *Soft law no law*, in A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit. Tra gli altri, questa impostazione sarebbe rinvenibile anche in F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, Il Mulino, 1973. Il collegamento tra normatività e giuridicità sembra, poi, un dato insopprimibile anche in H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1970.

⁵⁶ Questo avviene, naturalmente, con le linee guida mediche, riconosciute, sia in dottrina che in giurisprudenza, come norme tecniche alla stregua delle quali è possibile riempire di contenuto il parametro della diligenza professionale.

⁵⁷ Quanto si va affermando vale, in primo luogo: per le linee guida espressamente definite vincolanti (il riferimento corre, naturalmente, alle viste linee guida per l'organizzazione dell'attività di udienza e, prima ancora, alle linee guida dell'amministrazione indipendente, Anac *in primis*); per le linee guida che integrano i parametri alla stregua dei quali si valuterà la diligenza serbata da un operatore sanitario (linee guida mediche); per le linee guida la cui mancata osservanza può costituire l'indice valutativo (o uno degli indici valutativi) attraverso cui appurare se un'attività amministrativa è viziata per eccesso di potere. In tutti questi casi, le linee guida esprimono un'incidenza superiore a quella suggerita dall'etichetta nominale cui si riconducono, riproponendo il problema della dubbia delimitabilità degli effetti concretamente prodotti dagli atti di *soft law*. Per un riscontro sulla capacità di incidenza sostanziale del *soft law* rinvia, tra gli altri, a J.J. KIRTON - M.J. TREBILCOCK (a cura di), *Hard Choices, Soft-law*, Aldershot, 2004.

In altri casi, le linee guida descrivono il contenuto di condotte che sono da intendersi come tendenzialmente obbligatorie, in quanto sono oggetto di rinvii normativi in sede di ricostruzione delle regole tecniche ed è affermato che è possibile discostarsene solo al verificarsi di condizioni straordinarie⁵⁸.

Quando, però, le linee guida sono ammesse ad esercitare un tale livello di incidenza sia rispetto all'orientamento delle condotte, sia rispetto alla loro valutazione in termini di diligenza od opportunità, non sembra più possibile affermare che questi strumenti siano sprovvisti di giuridicità, e che siano, dunque, neutri per ciò che concerne la conformazione dei sistemi giuridici. Al contrario, le funzioni che tali strumenti vanno assumendo nella concreta gestione dei fenomeni pone in secondo piano la loro inattitudine a produrre obblighi formali, valorizzando l'utilità del loro contenuto, la considerazione che assumono tra gli operatori e l'effettività del loro contributo nella risoluzione dei problemi. Alcune indicazioni contenute nelle linee guida restituiscono, infatti, l'impressione che si tratti di prescrizioni che non si è ritenuto utile o possibile imporre in via formale, ma la cui osservanza si renda, nondimeno, necessaria.

La coscienziosa presa d'atto dell'accresciuto ruolo di questi strumenti ha indotto persino la Corte costituzionale a relativizzare la contrapposizione tra raccomandazioni ed obblighi, precisando che la contiguità dei due modelli è molto più accentuata di quanto non si sia orientati a credere.

A questo riguardo, il Giudice costituzionale ha, infatti, evidenziato che le indicazioni disposte per garantire l'effettività di un determinato intervento possano anche realizzare un diverso dosaggio di raccomandazioni ed obblighi, secondo ciò che sembri più opportuno prevedere in base al caso concreto⁵⁹.

In situazioni come queste, la discrezionalità che determina la scelta di un modello può, infatti, esercitarsi sulla scorta di specifiche valutazioni iniziali⁶⁰, in modo che l'autorità preposta ad elaborare la risposta istituzionale per un certo tipo di problema possa scegliere se optare per la ricerca di una spontanea adesione⁶¹ (è il caso delle raccomandazioni) o imporre degli obblighi. Come sembra condivisibile, una raccomandazione saldamente ancorata all'evidenza scientifica⁶² si atteggia, infatti, in modo non troppo diverso da un

⁵⁸ A questo proposito si rinvia al contenuto della legge Gelli-Bianco ed alla dottrina già evocata che ha analizzato l'intervento normativo.

⁵⁹ Corte costituzionale, sent. n. 5/2018, punto 8.2.1 della parte in diritto.

⁶⁰ Corte costituzionale, sent. n. 268/2017.

⁶¹ Corte costituzionale, sent. n. 5/2018, punto 1.3.2 della parte in fatto, dove si legge: «Di conseguenza, optando per una strategia basata sull'informazione e sulla persuasione e orientata a una maggiore qualità dei servizi vaccinali, si è consentito alle Regioni di sperimentare una sospensione dell'obbligo vaccinale, purché in presenza di un adeguato sistema informativo, di una copertura vaccinale già adeguata e di un efficace monitoraggio degli eventi avversi».

⁶² Sulla costituzionalizzazione della rivoluzione biomedica v. N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Milano, Giuffrè, 2017.

obbligo⁶³, facendo sì che le raccomandazioni e i precetti che siano dettati per la gestione di eventi e situazioni non siano marcatamente (od utilmente) distinguibili da chi partecipi alla loro applicazione, ed appaiano distanti solo dal punto di vista dei rapporti e dei riflessi giuridici.

La diversità dei due modelli considerati potrebbe, infatti, stemperarsi negli sforzi profusi per il raggiungimento degli obiettivi cui si protende, riacquistando rilevanza nel solo caso di violazioni⁶⁴.

Considerazioni di questo tipo rendono, perciò, plausibile che l'incidenza di raccomandazioni ed obblighi possa essere, in alcuni casi, abbastanza sovrapponibile, e che la persuasività di una raccomandazione, proprio come il carattere eventualmente esiziale di un comune discostarsi da essa, possa fare sì che la stessa sia percepita come un obbligo che non è stato possibile rendere tale anche in via formale: un obbligo mancato, come si diceva, o, se si vuole, non del tutto pieno, ma che può, nondimeno, essere reso tale nel caso in cui il legislatore ritenga necessario operare un diverso dosaggio di obbligatorietà e persuasività. Esempi di questo caso possono registrarsi sia laddove le raccomandazioni altamente tecniche di alcune linee guida siano usate per riempire il contenuto di obblighi prima non previsti, sia laddove il mancato realizzarsi dell'adesione spontanea realizzabile

⁶³ Quanto si va affermando traspare in A. IANNUZZI, *Leggi "science-driven" e Covid-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020. Per altri scritti sul tema v., invece, L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*; G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*; V. ZAMBRANO, *Il «diritto umano alla scienza» e l'emergenza da Covid-19*; M. TOMASI, *La solidarietà come vettore per uscire dalla crisi: prospettive dall'angolo di osservazione della medicina e della ricerca scientifica*, ancora in *BioLaw Journal*, 1S/2020; G. BISCOTTINI - M.E. COMBA - E. DEL PRATO - L.A. MAZZAROLI - A. POGGI - G. VALDITARA - F. VARI, *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, su *Federalismi.it*, in *Osservatorio emergenza Covid-19*, 1/2020.

⁶⁴ Corte costituzionale, sent. n. 5/2018, punto 8.2.4 della parte in diritto, dove si legge: «*Indubbiamente, il vincolo giuridico si è fatto più stringente: ciò che in precedenza era raccomandato, oggi è divenuto obbligatorio. Ma nel valutare l'intensità di tale cambiamento – ai fini del giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore con il decreto-legge n. 73 del 2017 e della conseguente compressione dell'autonomia regionale – occorre peraltro tenere presenti due ordini di considerazioni. Il primo è che nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017). In quest'ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l'autorevolezza propria del consiglio medico. Il secondo è che nel nuovo assetto normativo, basato, come si è detto, sull'obbligatorietà (giuridica), il legislatore in sede di conversione ha ritenuto di dover preservare un adeguato spazio per un rapporto con i cittadini basato sull'informazione, sul confronto e sulla persuasione: in caso di mancata osservanza dell'obbligo vaccinale, l'art. 1 comma 4 del decreto-legge n. 73 del 2017, come convertito, prevede un procedimento volto in primo luogo a fornire ai genitori (o agli esercenti la potestà genitoriale) ulteriori informazioni sulle vaccinazioni e a sollecitarne l'effettuazione. A tale scopo, il legislatore ha inserito un apposito colloquio tra le autorità sanitarie e i genitori, istituendo un momento di incontro personale, strumento particolarmente favorevole alla comprensione reciproca, alla persuasione e all'adesione consapevole. Solo al termine di tale procedimento, e previa concessione di un adeguato termine, potranno essere inflitte le sanzioni amministrative previste, peraltro assai mitigate in seguito agli emendamenti introdotti in sede di conversione.*»

attraverso i consigli renda necessario che gli stessi siano formulati come avviene per gli obblighi⁶⁵.

6. Materie a disciplina integrata e discipline miste

La riscoperta porosità del confine che separa, oggi, raccomandazioni ed obblighi potrebbe rivelarsi sintomatica di un nuovo modo di intendere le interazioni tra le due aree della produzione giuridica e favorire l'idea di una possibile (e magari proficua) convivenza dei due modelli considerati.

A ben guardare, l'attuale complessità della domanda regolatoria sembra richiedere l'adozione di comandi tanto quanto l'elaborazione di indicazioni pratiche e potrebbe articolare in modo diverso la produzione giuridica, spingendola a corredare la normazione di raccomandazioni operative, come nel caso delle discipline integrate da strumenti flessibili, o ad elaborare discipline miste che contengano sia i primi, sia le seconde.

L'evoluzione giuridica ha offerto esempi per entrambi i casi qui considerati, in quanto il diverso dosaggio di formulazioni *hard* e *soft* si è realizzato sia attraverso il rinvio, più o meno ampio, agli strumenti di eterointegrazione od applicazione⁶⁶ della normativa primaria, sia attraverso l'elaborazione di normazioni contenenti formulazioni *hard* e *soft*, delle quali i recenti d.P.C.M. costituiscono, come visto, un evidente esempio.

Fin dai primi interventi, le misure emergenziali hanno imposto l'adozione di chiari e generalizzati divieti, raccomandando, al contempo, l'astensione da comportamenti che è sembrato, materialmente, difficile (o sproporzionato) vietare. Allo stesso tempo si è

⁶⁵ A questo proposito possono proporsi due esempi. Il primo consiste nell'introduzione dell'obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie, previsto dal d.P.C.M. dello scorso ottobre qui già citato, a seguito della risalita del numero dei nuovi contagi giornalieri. Il secondo può svolgersi con riguardo agli spostamenti tra Regioni, prima fortemente sconsigliati e successivamente proibiti a seconda delle condizioni sanitarie delle stesse, se non per esigenze di salute, lavoro o per altre comprovate necessità.

⁶⁶ Secondo alcune ricostruzioni, il *soft-law* assolverebbe a varie funzioni e potrebbe distinguersi in *pre-law*, *para-law* e *post-law*. Al riguardo v., tra gli altri, L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004. Ai nostri fini, sembra possibile affermare che il ruolo concretamente svolto da molte linee guida assolve a funzioni di ausilio all'applicazione e risponda, dunque, allo schema del *post-law* (il *soft-law* preordinato a canalizzare l'interpretazione). Nei nostri discorsi è, però, possibile evocare anche la funzione di *para-law*, in quanto molte delle linee guida sono, oggi, ammesse a conformare la disciplina giuridica del settore cui afferiscono, occupando un ruolo di rilievo. A riscontro di quanto, da ultimo, detto, si ritiene utile riferire della vicenda di alcuni atti giuridici, indagati dalla Corte di Giustizia CE nella sentenza Grimaldi (causa C-322/88). Nella sentenza che ha definito il caso, è stato, infatti, affermato che le *raccomandazioni*, benché non vincolanti ex art. 189, co. 5, del Trattato CEE, non possano essere considerate prive «di qualsiasi effetto giuridico». E questo in quanto i giudici nazionali sarebbero obbligati a tenerne conto per la risoluzione delle controversie, specie allorché possano rivelarsi d'aiuto per l'interpretazione di norme nazionali adottate per attuare il diritto europeo o completino il significato di norme comunitarie aventi natura vincolante. Con riferimento alla Convenzione di Oviedo, si parla, poi di *funzione ausiliaria* all'interpretazione del *soft law*: lo fa la Corte di cassazione italiana, nella sent. n. 21748/2007, dove si afferma che la mancanza di ratifica della Convenzione non esclude che i Giudici debbano fornire un'interpretazione che sia quanto più possibile conforme al dettato dall'accordo internazionale stipulato (il quale, essendo solo stipulato, ma non ancora ratificato, era da considerarsi uno strumento di *soft law*).

consigliata la messa in pratica di accorgimenti che non è parso possibile imporre o rendere coercibili. In questo modo, i luoghi normativi dell'emergenza hanno realizzato una ricorrente commistione di modelli di normazione, alternando l'imposizione e il divieto alla raccomandazione: un avvicendamento di indicazioni di diversa matrice che si ritiene di poter giustificare in molte delle occasioni normative considerabili⁶⁷.

La struttura di alcuni degli atti adottati per fronteggiare l'emergenza è, infatti, articolata tra obblighi, raccomandazioni, rinvii e precisazioni eterodeterminate, e risponde all'esigenza di incanalare, entro un unico testo, gli aspetti fondamentali della risposta istituzionale di volta in volta richiesta.

Ora, sebbene l'impiego promiscuo di *comandi* e *consigli*⁶⁸ potrebbe aver ingenerato alcune rilevanti difficoltà interpretative (sulle quali pure ci si prefigge di tornare), uno dei dati più significativi della normazione emergenziale resta costituito dal fatto che la stessa possa aver rivelato alcuni caratteri positivi delle formulazioni composite ed aver dato l'avvio ad una riflessione più generale sulle potenzialità degli strumenti flessibili⁶⁹.

Le disposizioni richiamate evidenziano, ancora una volta, che possono darsi situazioni nelle quali appaia più utile, se non proprio necessario, sfruttare le potenzialità specifiche di entrambi i modelli giuridici (*hard* e *soft law*), modulando, secondo i casi, l'introduzione di "comandi" e "consigli".

Il fatto che l'adeguamento a certi *standard* sia, infatti, *raccomandato* all'interno di un testo nel quale siano presenti anche misure cogenti, non significa, d'altronde, che le due anime dell'atto siano destinate ad esercitare i propri e classici effetti in modo separato o, peggio ancora, a confliggere.

Le diverse matrici che convivono entro fonti miste potrebbero, infatti, dialogare tra loro; o alimentare in modo parzialmente nuovo i processi di flessibilizzazione della normazione e consolidare nuovi ed interessanti progressi sul piano dell'effettività delle indicazioni.

La complessità di alcune situazioni sembra, d'altronde, sconsigliare una strenua ed aprioristica predeterminazione della vincolatività o non vincolatività delle indicazioni medesime, essendo possibile che l'opportunità di predisporre una regolazione comportamentale sia

⁶⁷ Nella maggior parte dei casi, il ricorso alla raccomandazione è, infatti, effettuato o al fine di evitare imposizioni che ridondino sull'esercizio di diritti e libertà (in alcuni luoghi della normativa d'emergenza si afferma, ad esempio, che è fortemente raccomandato evitare gli spostamenti o ricevere degli ospiti – cfr., tra gli altri, il d.P.C.M. 24 ottobre 2020 – per evitare imposizioni di cui sarebbe difficile o, addirittura, impossibile assicurare il rispetto (si pensi, ad esempio, alla raccomandazione a rispettare le misure igieniche); per ritardare il più possibile il restringimento della sfera di libertà quando si possano adottare misure alternative, in quanto si ritiene ancora praticabile veicolare indicazioni per i consociati senza dover ricorrere all'obbligo sanzionato.

⁶⁸ L'uso dell'espressione si deve a un'intuizione di G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, cit.

⁶⁹ Sulla vocazione e le potenzialità degli strumenti flessibili si rinvia, tra tutti, a B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti* e A.M. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, entrambi in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit.; B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, su *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2/2016. In tema v. anche E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, cit.

calibrata sulla situazione concreta, e sia semplicemente indotta⁷⁰, espressamente raccomandata o resa formalmente obbligatoria a seconda delle esigenze del caso e di quanto esse siano più o meno gravi.

7. Il diverso dosaggio di comandi e consigli in relazione alla curva dei contagi

Una volta descritti alcuni degli elementi più caratteristici delle mutazioni in atto, sembra utile svolgere qualche considerazione in riferimento al concreto atteggiarsi che il dosaggio di comandi e consigli ha sperimentato nell'intricato scenario della legislazione pandemica. L'evoluzione della normazione anticrisi consente, infatti, di arguire che la concentrazione di formulazioni miste, obblighi depotenziati e indicazioni flessibili segua l'andamento della curva epidemiologica in misura inversamente proporzionale ai contagi.

Nella primissima fase dell'emergenza, la modulazione di obblighi e raccomandazioni ha costituito uno dei tratti più caratterizzanti delle misure di contrasto e il numero degli obblighi imposti è sembrato contenuto rispetto alle raccomandazioni. Quando, però, il numero dei nuovi contagi giornalieri è incrementato in modo esponenziale, molte delle aree presidiate dai consigli sono state riempite di obblighi; alcune raccomandazioni si sono trasformate in prescrizioni; le formulazioni miste sono diminuite, pur senza scomparire.

In modo analogo, nella successiva fase di progressiva discesa dei contagi, caratterizzata dall'allentamento delle restrizioni, la normativa d'emergenza ha operato un diverso bilanciamento di raccomandazioni ed obblighi, segnando il rinfoltirsi delle formulazioni flessibili almeno fino a che non si è reso necessario operare una nuova e progressiva stretta di obblighi. L'osservazione dell'evoluzione normativa consente, allora, di rilevare l'andamento elastico della regolazione anticrisi, e di constatare come le fonti dell'emergenza abbiano calibrato prescrizioni e raccomandazioni secondo il dosaggio richiesto dalle situazioni concrete. Se, però, i visti sintomi di flessibilità normativa possono ritenersi espressione di un'opera di meritorio adattamento della produzione giuridica, il quadro descritto impone di considerare con estrema attenzione la sostenibilità costituzionale delle trasformazioni

⁷⁰ Parlando di induzione dei comportamenti si allude alle tecniche di *nudge*. Mettendo in relazione il *nudge* con quanto si afferma si può dire che, man mano che la situazione si è andata evolvendo, la normazione d'emergenza ha, infatti, individuato, in modo più o meno esplicito, diverse risposte e soluzioni flessibili, modulando il diverso ricorso a suggerimenti, raccomandazioni ed obblighi secondo quanto si è ritenuto fosse richiesto dalle concrete esigenze del momento ed affermando l'idea per cui quando non bastano più il *nudge*, la *moral suasion* o la persuasività intrinseca di raccomandazioni esplicite è necessario ricorrere all'imposizione giuridica più netta. In tema di *nudge*, cfr. P. JOHN, *Nudge, nudge, think, think: experimenting with ways to change civic behaviour*, Londra-New York, 2011; R.H. TALER – C.R. SUNSTEIN, *Nudge: la spinta gentile: la nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, trad. it. a cura di A. OLIVERI, Milano, Feltrinelli, 2019; A. CASU, *Fare meglio con meno: nudge per l'amministrazione digitale*, Milano, Franco Angeli, 2015. Mette in rapporto il *nudging* alle linee guida S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2017.

avviate o favorite dai fenomeni analizzati e di valutare se il ricorso a linee guida, regolazioni aggiuntive, esemplificazioni intra-normative e formulazioni elastiche possa determinare il cedimento di principi e valori costituzionali, prestando il fianco a possibili abusi.

Il ricorso ai visti modelli può, infatti, costituire un'ottima soluzione regolatoria per governare la crisi, ma sembrerebbe potersi giustificare solo in ragione dell'emergenza, senza poter, cioè, orientare gli schemi di produzione normativa. Ad ogni buon conto, l'eccezionalità dell'emergenza in corso depone per la tendenziale legittimità del *modus procedendi* osservato dal legislatore anticrisi, il quale può inserirsi, senza particolari difficoltà, entro le deroghe che il sistema delle fonti ed i principi costituzionali ammettono al ricorrere di situazioni straordinarie.

8. Benefici e rischi delle discipline integrate

Nel tentativo di completare l'analisi relativa ai rischi e ai benefici connessi al richiamo di linee guida e strumenti ad esse assimilabili, i passaggi che seguiranno svolgeranno qualche riflessione di carattere generale sugli effetti derivabili da un'apertura sistemica a tali strumenti, salvo poi soffermarsi su alcune particolari difficoltà interpretative riscontratesi a partire dalla lettura di alcuni passaggi della normativa anti SARS-CoV-2.

In primo luogo, sembra evidente che i rinvii normativi operati con riguardo al contenuto di linee guida od atti ad esse assimilabili consentano di rimettere la definizione di alcuni aspetti alle decisioni ed alle indicazioni di tecnici ed esperti, dotati di autorevolezza tecnica o scientifica e ritenuti capaci di intervenire in modo circostanziato sui problemi che si riscontrano più frequentemente nella pratica. Quando le linee guida sono, infatti, preordinate alla puntuale regolazione di fattispecie tecniche appaiono quasi sempre dotate di un'immediata efficienza pratica, tale da renderle un importante strumento di consultazione per tutti coloro che si trovino a dover fronteggiare situazioni concrete, spesso non puntualmente disciplinate dalle fonti e dalle formule generali e astratte.

In secondo luogo, la produzione di strumenti flessibili consente di stratificare indicazioni utili al di fuori della normazione e di evitare che le fonti dell'emergenza possano sovraccaricarsi di specificazioni, aggiunte, postille e informazioni che, diversamente, le renderebbero lunghe, scarsamente consultabili e dispersive.

In terzo luogo, l'esistenza di strumenti alternativi consente di adottare indicazioni senza transitare attraverso le procedure previste per l'adozione di determinati atti e di intervenire in modo celere laddove ce ne sia bisogno, senza che ci si esponga al rischio di ostruzionismi, lungaggini ed imprevisti di altra natura.

Venendo, però, ai rischi, si nota che l'apertura all'eterointegrazione normativa inaugurata dal rinvio a questi strumenti pone, in primo luogo, problemi di legittimazione⁷¹, in quanto l'autorevolezza tecnico-scientifica delle indicazioni di tecnici ed esperti non può farsi corrispondere, in ogni caso ed in modo acritico, ad una legittimazione sufficiente o, comunque, pari a quella degli organi del circuito politico-rappresentativo. L'espansione delle funzioni riconosciute a questi strumenti impone, infatti, di valutare con attenzione se ricorrano le condizioni affinché sia possibile giustificare il richiamo.

In secondo luogo, l'incidenza che questi corpi di regole sembrano ammessi ad operare pone problemi dal punto di vista della certezza del diritto⁷², in quanto gli stessi introducono entro i sistemi dei complessi di regole la cui violazione può essere oggetto di valutazione, senza che sia sempre specificato in modo chiaro che essi abbiano degli effetti e cosa comporti la loro inosservanza.

In terzo luogo, l'adozione di tali insiemi di regole si sottrae, molto spesso, ad un adeguato sistema di controlli⁷³ e potrebbe anche non prevedere il coinvolgimento dei soggetti interessati, realizzando imposizioni *de facto* che vadano, poi, a riflettersi, anche restrittivamente, sulla sfera giuridica dei singoli.

A questo aspetto è, poi, legato un altro problema, che è quello della dubbia impugnabilità di tali complessi di regole non formali. Non si comprende, infatti, se le indicazioni contenute all'interno di molti strumenti, pur rilevando nell'accertamento dell'appropriatezza delle condotte, possano essere portate all'attenzione di un giudice e, se sì, con quali ef-

⁷¹ Al riguardo, cfr. M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, 3/1998; L. RIZZI, *Il problema della legittimazione democratica in Kelsen e Rousseau*, in *Il Politico*, Pavia, 1992.

⁷² Per una bibliografia essenziale sul tema, cfr., tra gli altri M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1979; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988; F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, Gismondi, 1942; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Milano, F. Vallardi, 1942.

⁷³ Problemi come questi vengono, di solito, indagati allorché ci si interroghi sul più vasto fenomeno della c.d. fuga dalle fonti secondarie. Per una definizione convincente della locuzione si rinvia a V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto normativo tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2011, 4. Per una ricostruzione del fenomeno cfr. anche U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 l. n. 400 del 1988)*, in *Scritti per Mario Nigro. Stato e Amministrazione*, Milano, 1991, 279; ID., *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della l. n. 400 del 1988*, in *Diritto pubblico*, 1996, 63; G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, 2002, 808; F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali «non aventi natura regolamentare»*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 822; F. BATISTONI-FERRARA, *Una nuova fonte di produzione normativa: i decreti ministeriali non aventi natura regolamentare*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso. Pisa, 3-4 maggio 2005*, Pisa, 2006; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2007, il quale, a p. 43, parlando della fuga dal regolamento, afferma che: «Il fenomeno descritto non può dirsi espressione di un contenimento dei regolamenti, quanto piuttosto il tentativo del Governo di sottrarsi alle procedure formali indicate nella legge e di esercitare egualmente poteri di natura sostanzialmente normativa, talora ricorrendo all'utilizzo di «regolamenti atipici»»; M. DOGLIANI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell'attività di governo*, in *Rivista A.I.C., Annuario 2010. Decisione, conflitti, controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, IX, Napoli, 2012, p. 38; F. MODUGNO – A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 356; B. MAMELI, *La successione delle fonti atipiche del Governo e il principio del contrarius actus*, in *Giurisprudenza italiana*, 11, 2012.

fetti. Non si sa, poi, se sia possibile applicare loro il regime giuridico delle fonti ed in che modo si possa invocare la responsabilità dei loro redattori per eventuali pregiudizi da esse prodotti.

Quelli appena enucleati sono, come s'intende, problemi di carattere generale, che possono riguardare tutti i rinvii a linee guida o ad atti altrettanto indefiniti. Lo scenario attualmente in corso ci consegna, però, anche problemi interpretativi di carattere particolare, perché calibrati sulle formulazioni specifiche che di volta in volta sono state adottate.

Nella situazione attuale, il rinvio agli strumenti flessibili consente, infatti, una regolazione agile e, per certi aspetti, soddisfacente di ogni minuto aspetto che sia ritenuto bisognoso di regolazione, ma l'impiego di nomenclature promiscue per definire gli strumenti di volta in volta adottati rischia di spiazzare gli interpreti più di quanto non accada normalmente. Anzi, è di tutta evidenza che adottare soluzioni d'impatto per risolvere i problemi dell'emergenza, e farlo ricorrendo a strumenti deboli, sia un'opzione probabilmente sconsigliabile, anche perché più esposta al rischio d'ineffettività e inefficacia.

Nelle fonti dell'emergenza non si assiste, infatti, solo al già descritto *dialogo* tra *hard* e *soft law* (prescrizioni e raccomandazioni), ma si dà anche luogo ad altre sovrapposizioni scarsamente presidiate e parimenti caotiche: questo accade, ad esempio, quando i *protocolli* si autodefiniscono *linee guida*.

In questi casi, le soluzioni interpretative praticabili sembrano, in realtà, due: o si ha a che fare con complessi di regole tendenzialmente obbligatori per gli operatori di un settore che, per ritenute esigenze di migliore comunicatività, sono stati definiti *linee guida*; o si ha a che fare con *linee guida* la cui osservanza è così fortemente raccomandata da evocare l'idea che li si debba intendere come se fossero dei protocolli (diagnostici e non).

Tralasciando le complicazioni nominali, non meno significative sono quelle che si pongono dal punto di vista del contenuto delle formulazioni concretamente adottate, in quanto, accanto ad obblighi sfumati, condizionati o derogabili⁷⁴, si affacciano altre costruzioni, a loro volta espressione di un diverso dosaggio di *hard* e *soft law*. Giusto per fare alcuni esempi, si registrano, infatti, *linee guida vincolanti*⁷⁵; linee guida da adottare *d'intesa* con altre amministrazioni⁷⁶, linee guida che sono, al contempo, *protocolli*⁷⁷; linee guida che vengono applicate od implementate da *direttive*⁷⁸; disposizioni che subordinano la ripresa

⁷⁴ Uno degli obblighi derogabili è quello che, ai fini del contenimento della diffusione del contagio, stabilisce sia fatto obbligo, sull'intero territorio nazionale, di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie (esempio già prodotto), oltre che di indossarli nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto a eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi.

⁷⁵ V., in particolare, il d.l. 8 marzo, n. 11, art. 2;

⁷⁶ Per un esempio cfr. il d.l. 2 marzo 2002, n. 9, all'art. 21.

⁷⁷ Cfr., tra gli altri, gli allegati al d.P.C.M. del 26 aprile.

⁷⁸ Cfr. il co. 4 dell'art. 211-bis (*Continuità dei servizi erogati dagli operatori di infrastrutture critiche*) del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, il quale recita: «I Ministeri dell'interno e della salute, nell'ambito delle attivi-

di certe attività all'adozione di linee guida⁷⁹; linee guida che specificano le condizioni al ricorrere delle quali sono nuovamente consentite certe condotte⁸⁰; linee guida locali che non possono contraddire linee guida nazionali; linee guida che *attuano* linee guida e protocolli⁸¹; e, infine, disposizioni di decreti-legge applicabili a condizione che non vi siano *linee guida* che dispongano in senso contrario⁸².

Come si nota, il panorama è straordinariamente vasto e confuso, in quanto le linee guida vincolanti per l'attività giudiziaria condividono sostanzialmente la natura delle circolari amministrative e sembrano, quindi, vincolanti nei confronti degli operatori degli uffici presso cui siano, di volta in volta, adottate; le linee guida da adottare d'intesa si atteggianno, con ogni probabilità, allo stesso modo di quei provvedimenti amministrativi adottabili previa acquisizione di accordi endoprocedimentali; le linee guida *protocolлари* potrebbero assomigliare, secondo i casi, a protocolli veri e propri o ad indicazioni di *soft law* caratterizzate da una più accentuata declinazione delle istruzioni operazionali consigliate⁸³; le linee guida alla cui adozione è subordinata la ripresa di certe attività o alle quali è rimessa la specificazione delle modalità attraverso le quali potranno riprendere certe attività sembrano riecheggiare le determinazioni amministrative all'adozione delle quali si condizionano gli effetti di un atto od al cui contenuto si rimette l'individuazione degli aspetti di dettaglio relativi allo svolgimento di alcune attività; le linee guida che non possono contraddire le equivalenti nazionali sembrano essere state munite della natura di fonti (ed in effetti, a meno di non considerare l'idea di una gerarchia tra le linee guida, è anche possibile che delle fonti siano, impropriamente, definite *linee guida*: al riguardo basti considerare che, spesso, i decreti ministeriali recano, già nel proprio titolo, la dizione *linee guida*); le linee guida che applicano altre linee guida si atteggianno, con ogni probabilità, a provvedimenti, più o meno generali, che declinano fonti (anche se, per gli stessi rilievi svolti poc'anzi, ciò resta ovviamente spiegabile solo nella misura in cui le linee guida da applicare siano fonti e le altre, quelle che applicano, siano interventi di attuazione delle prime); le disposizioni

tà connesse con la gestione dell'emergenza da COVID-19, informando i Ministeri competenti, emanano, per gli aspetti di rispettiva competenza, proprie direttive per favorire l'attuazione delle misure previste nelle linee guida di cui al comma 3 – le linee guida sulla gestione dell'emergenza medesima, emanate dai Ministeri competenti, n.d.r. – e per garantire il funzionamento delle infrastrutture critiche (...)»

⁷⁹ V., ad esempio, quanto dispongono il d.P.C.M. 17 maggio ed il d.P.C.M. 11 giugno

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ V. il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, all'art. 211-*bis*, al co. 4.

⁸² V. nota n. 579.

⁸³ Avendo riguardo ai c.d. *protocolli*, ci si potrebbe, ad esempio, chiedere, come pure, in parte, è stato fatto, perché confonderli con le linee guida quando essi evocano tendenziale obbligatorietà. Una possibile risposta a questa domanda sta nel fatto che, nei casi considerati, l'intenzione privilegiata è stata, probabilmente, quella di dettare, per le attività di contrasto alla diffusione del virus, sia indicazioni operazionali fisse e tendenzialmente obbligatorie (istruzioni, se si vuole, tipiche dei protocolli), sia indicazioni più sfumate (e munite, cioè, di una diversa e più blanda carica di doverosità). Se così fosse e a ben intendere, si potrebbe dire che l'opzione regolativa qui adottata costituisca una possibile risposta normativa, ma, nel caso in cui si intenda accordare fiducia a tale tipo di normazione ibrida, sembra parimenti necessario specificare, in ogni momento, quali siano i comportamenti solo consigliati e quali siano, invece gli obblighi.

dei decreti-legge che si dichiarano applicabili a condizione che non contrastino il contenuto delle linee guida è come se operassero un rinvio anomalo a delle norme tecniche, ma sono egualmente partecipi della duttilità di forme che, durante l'emergenza, ha assunto il rinvio alle linee guida, oltre che della sua evidente confusione.

Se ne ricava che nella stragrande maggioranza dei casi, se non proprio in tutti, i documenti chiamati *linee guida* sembrerebbero evocare le caratteristiche tipiche di istituti giuridici diversi, circostanza che induce a domandarsi perché non si sia fatto uso di dizioni tradizionali.

Ciò detto, gli esempi svolti fino a questo momento cercano di ricostruire le funzioni che potrebbero essere state assegnate alle linee guida sulla scorta degli elementi che si possono trarre, in via sistematica, dall'interpretazione della normativa d'emergenza. Le difficoltà già descritte sono, però, acuite da alcuni passaggi svolti in questi stessi richiami, in quanto, eccettuate le ipotesi nelle quali le prescrizioni delle linee guida sembrano più chiare o, direttamente, vincolanti, una non trascurabile quantità di espressioni non sempre del tutto intelligibili impedisce di comprendere pienamente l'incidenza di questi strumenti all'interno dell'ordinamento ed impone di considerare con attenzione la frequenza e la misura delle aperture che le normative emergenziali rivolgono a questi strumenti.

L'osservazione della produzione giuridica anticrisi consente, infatti, di concludere che il livello governativo abbia rimesso alle linee guida l'assolvimento di un notevole numero di funzioni, consentendo il contestuale alleggerimento della normazione d'emergenza. In certa misura, si ritrae, infatti, l'impressione che il riferimento alle linee guida si operi quasi ogni volta che sia ritenuto utile o necessario elaborare una risposta regolatoria tecnica, atipica o particolare, rimettendosi a questi strumenti l'individuazione delle soluzioni operative richieste da molte circostanze.

Se quanto precede è corretto, l'esperienza in corso potrebbe, allora, rivelare che se, in condizioni normali, l'individuazione delle soluzioni operazionali avviene, quasi sempre, entro le fonti, in uno scenario emergenziale, il rovesciamento dei paradigmi favorisce l'adozione di discipline risolutive inusuali, atipiche, ambigue e marcatamente flessibili, in quanto le stesse sono, in qualche misura, partecipi delle peculiarità e delle novità dell'oggetto che vanno a regolare.

Il ricorso alle linee guida come strumento di "governo" della crisi sanitaria si spiega, allora, in questi termini e sembra potersi giustificare solo in ragione dell'eccezionale stato di crisi di questi mesi. Le possibilità di incidenza accordate alle linee guida alterano, infatti, in modo vistoso il processo di creazione delle norme giuridiche e devono ritenersi ammissibili solo nella misura in cui siano dettate per la gestione di circostanze straordinarie. Lo scenario emergenziale è, infatti, l'unico contesto entro cui sembra possibile ammettere il ricorso a regolazioni non garantite, oltre che l'unica ragione giustificativa di un così elevato numero di deroghe e di una così eterogenea attribuzione di funzioni a linee guida ed atti ad esse assimilabili.

In alcuni casi è, infatti, previsto che l'amministrazione sia tenuta ad *applicare*⁸⁴ le linee guida; in altri che esse non siano derogabili dalle fonti; in altri ancora che se ne debba solo *tenere conto*: un'affermazione, quest'ultima, che, se da un lato appare più generica, dall'altro è certamente più aderente alla (non) natura delle linee guida, documenti che dovrebbero ritenersi ammessi più ad integrare le valutazioni di appropriatezza tecnica di certe condotte che non a dettare il contenuto di obblighi e divieti⁸⁵.

9. Benefici e rischi delle discipline miste

Sulla scorta di quanto precede, sembra possibile registrare rischi e benefici anche per ciò che concerne l'impiego di discipline miste di obblighi e raccomandazioni.

A questo riguardo, può dirsi che l'alternanza di precetti e raccomandazioni indichi, prima di tutto, che anche ciò che non sia imposto o vietato per la via giuridica formale sia, comunque, ammesso a giocare un ruolo specifico per l'efficienza complessiva di un testo normativo. Se non altro, l'inserimento di condotte consigliate entro la trama di testi giuridici formali e cogenti può rendere i destinatari degli atti normativi *misti* maggiormente consapevoli del disegno complessivo di un intervento. In altre parole, una più o meno diffusa esplicitazione delle condotte funzionali al perseguimento di un certo obiettivo può fare in modo che chi si ritrovi a dover rispettare il contenuto di un testo normativo possa ricavare un quadro complessivo della portata dell'intervento, sia sulla scorta dei comandi imperativi in esso contenuti, sia in base a raccomandazioni ed esemplificazioni.

In secondo luogo, la precisazione di una rosa di comportamenti consigliati che sia già contenuta all'interno di un atto normativo potrebbe evitare che la funzione paradigmatica del comportamento ordinato sia assolta da altri soggetti.

⁸⁴ Anche in questo caso l'espressione *applicare*, usata rispetto alle linee guida appartiene al legislatore, che si riferisce alle linee guida come se le stesse fossero un testo normativo da mettere in pratica.

⁸⁵ Nel caso dell'obbligatorietà condizionata (quella, per intenderci, delle *direttive* amministrative, ed in un certo qual modo anche delle linee guida mediche), la conseguenza derivante dall'inosservanza non è tanto una responsabilità diretta del soggetto che si sia discostato dal contenuto delle indicazioni, quanto, piuttosto, l'instaurazione di un processo valutativo atto a verificare se ricorressero le condizioni giustificative perché ci si potesse discostare da esse. Nel caso di riscontro negativo, l'inosservanza delle linee guida potrebbe, infatti, integrare profili di responsabilità (o, secondo i casi, integrare in modo sintomatico il vizio dell'eccesso di potere dell'attività amministrativa). Da ultimo, oltre al problema dell'incertezza derivante dall'indeterminatezza del modello *linee guida*, merita evidenziare che siano rilevanti anche altre questioni, parimenti poste dalle linee guida d'emergenza. Nel d.l. 19 maggio 2020, n. 34, all'art. 211-*bis*, ci si imbatte, ad esempio, in una formula alquanto ambigua con la quale il legislatore d'urgenza afferma il dovere di considerare le linee guida che saranno, comunque, emanate dai Ministeri, senza specificare quali esse siano né a cosa si riferiscano. Ecco, dunque, una determinazione legislativa costruita per orientare l'attenzione degli operatori al contenuto di questi documenti, le *linee guida*, senza che gli stessi siano ancora stati adottati. Un'affermazione di questo genere lascerebbe dedurre che, almeno nel modo di pensare del legislatore, la gestione della pandemia passi anche attraverso le specificazioni di questi strumenti e che, oltre ai decreti-legge ed ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (si citano, qui, gli atti ai quali si è ricorso di più, anche se – ovviamente – ve ne sono di altri tipi) ci sia, quindi, anche il livello delle linee guida: una sorta di stadio regolativo ulteriore (questo passaggio verrà ripreso anche più avanti, nel testo).

In molti casi sembra, infatti, preferibile che la funzione esemplificativa atta ad incanalare l'applicazione pratica di un determinato precetto sia già riscontrabile in base ad un esempio presentato dal testo che pone la regola, piuttosto che sulla scorta di un altro atto che si assuma di spiegare la regola posta senza averla, però, dettata (cosa che accade con alcune *linee guida*⁸⁶). In terzo luogo, l'immediata portata pratica che caratterizza l'introduzione di raccomandazioni potrebbe, in alcuni casi, favorire la comprensione anche di chi non sia del tutto avvezzo a ragionare in soli termini generali ed astratti. In altre parole, una indicazione *soft* che faccia il paio con un obbligo potrebbe fare in modo che chi si ritrovi a dover applicare il sistema di precetti racchiuso all'interno di una normativa possa più facilmente metterli in pratica proprio sulla scorta di quel *quid pluris* dato da spiegazioni esemplificative e raccomandazioni per la pratica: un'integrazione di questo tipo potrebbe non registrarsi in eguale misura se il testo contenesse soli obblighi.

Certo, un modello come questo non lascia intravedere solo aspetti positivi ed il fatto che sia, in qualche modo, inscrivibile entro i discorsi e i problemi che riguardano, più in generale, l'universo del *soft law*, consente di intravedere anche dei possibili svantaggi legati al suo uso. In prima battuta, c'è da rilevare che i testi adottati per la gestione dell'emergenza sono già stati tacciati di scarsa chiarezza⁸⁷: una formulazione mista potrebbe anche aver accentuato o, per il futuro, accentuare un simile difetto.

In secondo luogo, la ricaduta pratica delle esemplificazioni potrebbe avallare l'idea che la fonte regoli solo determinate fattispecie concrete e che non abbia, invece, l'attitudine di essere generale ed astratta (anche quando, effettivamente, lo sia). In questo senso, il processo di sviluppo e mutazione normativa potrebbe piegarsi così tanto sulla pratica da ridimensionare le potenzialità delle formulazioni generali.

In terzo luogo, lo sviluppo di un modello di questo genere potrebbe avallare l'idea che ogni testo normativo futuro od anche solo buona parte di essi debba contenere al proprio interno un'esemplificazione delle norme poste in via generale o un corredo di raccomandazioni. In questo senso, la prassi di una eventuale esemplificazione infra-normativa potrebbe favorire un'eccessiva attenzione per le manifestazioni pratiche e ridurre l'attitudine a ragionare per astratto, coltivando l'interpretazione.

Da ultimo, un modello misto che presenti formulazioni ambigue potrebbe rendere difficile distinguere tra comandi e consigli, con evidenti riflessi in termini di certezza del diritto e con tutto ciò che ne consegue sul piano delle garanzie⁸⁸.

⁸⁶ Sulla funzione ausiliaria delle linee guida si rinvia all'opera di chi se n'è occupato in termini generali: V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016.

⁸⁷ Al riguardo v. S. CASSESE, *Il dovere di essere chiari*, pubblicato su *Il Corriere della Sera* del 24 marzo 2020. Critico, in proposito, è, poi, A. VENANZONI, *La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2*, disponibile su *Federalismi.it* – Osservatorio emergenza Covid-19.

⁸⁸ V., per tutti, G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2/2018; S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2001; F. LÓPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, cit.; G. LORENZI, *La certezza del diritto*, in *Foro Italiano*, IV, 1956

Fisiologiche esigenze di affidamento e sicurezza dei traffici giuridici richiedono, infatti, che i cittadini siano messi nelle condizioni di comprendere *se e quando* potersi discostare da una o più indicazioni trasfuse in atti misti, oltre che con quali conseguenze. Una perdurante incertezza sulla natura e lo statuto giuridico di un atto misto potrebbe, poi, riverberarsi anche sul piano della giustiziabilità, rendendo, in ipotesi, poco chiaro se un determinato complesso di indicazioni possa essere portato all'attenzione di un giudice o, ancora, se possa essere, eventualmente, disapplicato (come *regolamento* o come atto amministrativo); se gli si possa applicare il regime giuridico proprio delle fonti e, più in generale, se si ripropongano, anche in questo caso, alcuni dei problemi che si sono già registrati rispetto alle *linee guida* dell'Anac⁸⁹, e che abbiamo, in parte, visto prima.

Conclusioni

I ragionamenti condotti fino a questo momento prendono le mosse dalle soluzioni normative elaborate in tempo di crisi per soffermarsi su alcuni aspetti di carattere generale, relativi alla possibile convivenza di modelli normativi diversi e all'interazione di aree giuridiche quasi sempre in apparente disarmonia. L'emergenza sanitaria potrebbe aver favorito o avallato un parziale ripensamento della classica dicotomia tra *precetti* e *raccomandazioni*, incoraggiando la formazione o, quantomeno, il consolidamento di nuove aree di ibridazione tra le indicazioni che fanno capo all'*hard law* e il complesso delle formulazioni *soft*. Le linee guida sono lo strumento principale attraverso il quale sembra, oggi, realizzarsi questo processo, in quanto la loro diffusione rappresenta una delle manifestazioni più evidenti delle trasformazioni che interessano da tempo il sistema delle fonti, evidenziando che il vaglio relativo all'assenza di vincolatività di una regola non costituisce più l'unico o principale indice in base a cui poter verificare l'effettiva incidenza della stessa.

L'apparente nettezza della bipartizione tra precetti ed indicazioni semplicemente persuasive sembra, infatti, perdere quota ed importanza, diluendosi nella caotica conformazione che assumono i circuiti di produzione giuridica e stemperandosi nella più o meno intensa capacità di suscitare un'adesione presso i propri destinatari. Gli inviti all'uniformazione o all'adempimento di condotte standardizzate veicolano i canoni comportamentali in modo, almeno in parte, nuovo e sono elaborati sulla scorta di una logica di funzionalità ed efficienza che, abbandonando in larga parte i classici schemi della produzione giuridica, conferisce alle proprie indicazioni una percepibilità così immediata da sembrare assimilabile a quella delle norme vincolanti.

⁸⁹ Al riguardo, si rinvia, soprattutto, a M.P. CHITI, *op. cit.* In argomento v. anche F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, cit. Riguardo, invece, al problema della disapplicazione degli atti amministrativi e dei regolamenti, cfr., ad esempio, E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, disponibile su *Federalismi.it*, 2/2017.

In questo contesto, la spontanea osservanza delle indicazioni contenute nei vari strumenti *non* vincolanti sembra, infatti, raggiungersi con frequenza e significatività anche in assenza di contenitori giuridici tradizionali e dotati, cioè, di obbligatorietà. Se ne ricava che un'indicazione apparentemente provvista della mera capacità di *orbitare* attorno ai sistemi giuridici e di ispirare, senza poter indurre, le condotte materiali, sembri, alle volte, ammessa a beneficiare della concreta capacità di incidere gli ordinamenti, esercitando un'influenza fattuale decisamente *hard* e certamente sproporzionata rispetto alla capacità d'azione che le si attribuirebbe in base a criteri formali.

Una tale e maggiore incidenza sembra potersi sviluppare sia in ragione della straordinaria complessità di alcune delle situazioni regolate (l'elevata qualificazione tecnica di un'indicazione può, infatti, renderla percepibile come un obbligo fattuale, un vincolo giuridico mancato), sia nella speculare assenza (o vaghezza) di indicazioni di *hard law* che possano essere riferite alle fattispecie concretamente regolate.

L'emergenza sanitaria in corso presenta, certamente, entrambi gli aspetti, al punto che sembra legittimo chiedersi se lo scenario pandemico costituisca l'unico terreno per lo sviluppo e l'eventuale riproposizione di fenomeni assimilabili a quello indagato. Alcune delle caratteristiche che è possibile rinvenire avendo riguardo alla normazione di emergenza sembrano, però, rivelare che le soluzioni elaborate in questi mesi non siano necessariamente ascrivibili alla sola crisi sanitaria e che le trasformazioni della normazione riscontrate in questa fase storica possano porsi in continuità con le dinamiche ad esse precedenti così come costituire la base sulla quale si innesteranno le nuove ed eventuali produzioni che si riterrà di elaborare nell'immediato futuro. I tentativi di inquadramento attraverso i quali si è cercato di collegare la normativa emergenziale al più generale contesto di trasformazioni della normazione potrebbero, infatti, rivelare che alcune delle manifestazioni dell'attuale scenario giuridico sono destinate a sopravvivergli e che i modelli descritti in queste pagine possono trovare diffusione anche nel prossimo futuro.

Le ricostruzioni operate a partire dalle indubbie potenzialità persuasive del *soft law*, in uno con la consapevolezza di una difficile distinguibilità di *comandi* e raccomandazioni in aree dominate dalla tecnica e della scienza, potrebbero, infatti, mostrare che alcuni dei processi attualmente in corso hanno indotto o accentuato un processo di trasformazione della normazione non ancora del tutto indagato.

Il labile confine che può intercorrere tra una raccomandazione qualificata ed un obbligo e la facilità (già espressa dalla Corte costituzionale) con cui il concreto evolversi delle situazioni può determinare il passaggio da una previsione di un certo tipo all'altro (e viceversa), sembrano, infatti, mostrare che le difficoltà legate alla gestione dell'odierna complessità giuridica necessitano di articolarsi in base a schemi più estesi di quelli che, storicamente, contrappongono comandi e consigli.

Proprio la necessità di rintracciare estensioni giuridiche anche oltre le strutture più tradizionali richiama l'idea di un processo di determinazione delle regole giuridiche grandemente più vasto di quanto si è soliti immaginare, perché «*costituito* – anche, n.d.r. – *da elementi che sono comunque giuridici pur non essendo formalmente identificabili come*

*tali*⁹⁰. Anche questi elementi sembrano, infatti, in grado di partecipare alle evoluzioni in atto, dando corso ad un processo di mutazione della funzione normativa che è inevitabilmente influenzato dagli svolgimenti fattuali e che sperimenta, anche nelle difficoltà, nuovi percorsi per la trasformazione dei modelli giuridici⁹¹.

⁹⁰ F. CORTESE, «Le défaut est un élément de la perfection possible», *Dinamiche e ruolo delle trasformazioni informali della Costituzione italiana*, in A. MANGIA – R. BIN (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, pubblicato su *Diritto costituzionale*, n. 1, vol. III, 2020, p. 47 e ss.

⁹¹ *Ibidem*, p. 48, dove si legge: «Addirittura, queste ultime, in qualche modo, precedono le prime, e nella prospettiva dello sviluppo dell'ordinamento, così considerato, il valore della sostanza è così forte, rispetto a quello della pura forma, che spesso, per quello stesso motivo, anche nel contesto dei rapporti tra gli elementi formali dell'ordinamento, forme gerarchicamente subordinate possono offrire concretezza a forme gerarchicamente sovraordinate».