

# Le Linee guida alla prova della pandemia. Atti di normazione flessibile e sistema delle fonti del diritto\*

Dario Martire\*\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Gli atti di normazione flessibile nella giurisprudenza amministrativa. Forma e sostanza delle linee guida ANAC. – 3. Le linee guida nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 4. Atti di normazione flessibile e pandemia da CoVid-19. Considerazioni conclusive.

**ABSTRACT:**

L'emergenza epidemiologica di questi ultimi mesi ha creato una situazione del tutto innovativa anche in relazione alle fonti del diritto. I provvedimenti normativi del Governo intervenuti nel periodo emergenziale hanno infatti riportato al centro dell'attenzione scientifica gli strumenti di regolazione flessibile (linee guida, protocolli, raccomandazioni) e le conseguenti problematiche in ordine alla loro pretesa vincolatività. Il presente lavoro si propone di indagare tale fenomeno, focalizzandosi, in particolare, sulla giurisprudenza amministrativa relativa alle linee guida ANAC e sulla giurisprudenza della Corte costituzionale, con l'obiettivo di evidenziare alcune incoerenze rispetto alla teoria ed al sistema delle fonti del diritto.

*The health crisis has created a completely innovative situation also in relation to the sources of law. The regulatory measures of the Government intervened have brought back to the center of scientific attention the instruments of flexible regulation (guidelines, protocols, recommendations) and the consequent problems in order to their alleged binding nature. The present work proposes to investigate this phenomenon, focusing, in particular, on the administrative jurisprudence relating to ANAC guidelines and the jurisprudence of the Constitutional Court, with the aim of highlighting some inconsistencies with the theory and the system of sources of law.*

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", dario.martire@uniroma1.it.

## 1. Introduzione

La gestione della pandemia da CoViD-19 in Italia ha contribuito a rendere il fenomeno delle linee guida un tema centrale per gli studiosi di numerosi settori scientifici, tra i quali rientra il diritto costituzionale. Su di esse negli ultimi anni si è posta l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, focalizzate sulle problematiche relative alla natura giuridica, alle conseguenze derivanti dalla loro violazione ed agli strumenti di tutela azionabili<sup>1</sup>.

Le principali questioni investono direttamente il tema delle fonti del diritto e, in particolare, la possibilità che le linee guida siano qualificate come *soft law* – categoria tipica del diritto internazionale ed importata nel diritto interno proprio per inquadrare i nuovi strumenti di regolazione flessibile emersi negli ultimi tempi – o, al contrario, come fonti *stricto sensu*, come regolamenti normativi o, al più, come decreti ministeriali, in una nuova prospettiva di “fuga dal regolamento”<sup>2</sup>; conseguentemente, in relazione anche alla loro possibile violazione, si pone la questione del rispetto del principio di legalità e della tutela dei diritti fondamentali<sup>3</sup>. Peraltro, tali problematiche si connettono alla separazione dei poteri, tema classico del diritto costituzionale, soprattutto se si volge lo sguardo al fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti, destinate ad operare con modalità prive di condiziona-

<sup>1</sup> Sul fenomeno delle linee guida cfr. M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Diritto costituzionale*, 1/2019, 55 ss., G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017, 1 ss., C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, 3/2016, 273 ss., G.A. GIUFFRÈ, *Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 27 novembre 2017, 1 ss., M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla Legge Gelli-Bianco*, Milano, Giuffrè, 2019, G. CORSO-E. BALBONI (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario. Atti del Convegno svoltosi il 13 luglio 2009 in Roma presso l'Accademia Nazionale dei Lincei*, Torino, Giappichelli, 2011, V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016, F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, e ID., *Il principio di leale collaborazione nelle recenti sentenze della Corte costituzionale in materia ambientale*, in *ambienteditto.it*, G. CARPANI – G. FARES, *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Torino, Giappichelli, 2017; sulla precarietà della legge v. il recente lavoro di E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, Giappichelli, 2017.

<sup>2</sup> Cfr. A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo di natura non regolamentare che producono effetti normativi*, in *Giur. Cost.*, 2008, 5075 ss., C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Diritto pubblico*, 2010, 365 ss., 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 *Giur. Cost.*, 2011, 999 ss., G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Macerata, Giuffrè, 2005, G. TARLI BARBIERI, *Atti regolamentari e atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1999, 241 ss., V. DI PORTO, *Del ripristino e di altri atti del Governo, più o meno delegificati*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011, 1 ss., E. ALBANESI, *I decreti del Governo “di natura non regolamentare”. Un percorso interpretativo*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, 2011, 169 ss.

<sup>3</sup> Sulle implicazioni relative al principio di legalità cfr. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, cit., 273 ss.

menti da parte del Governo e del potere politico<sup>4</sup> (tra cui spicca, anche per l'interesse che ha suscitato in dottrina e in giurisprudenza, l'Autorità Nazionale Anticorruzione).

Si tratta, già ad una prima analisi, di uno strumento di normazione c.d. flessibile, utilizzato in vari campi e con funzioni decisamente diverse. Senza alcuna pretesa di esaustività si possono infatti citare: le linee guida dell'ANAC (d.lgs. n. 50 del 2016, legge delega n. 11 del 2016); le linee guida in materia di buone pratiche clinico-assistenziali (legge n. 24 del 2017, art. 5); le linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili (*ex* legge n. 387 del 2003); le linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 2004); infine, le recenti linee guida adottate proprio durante la pandemia da CoViD-19, indirizzate al sistema sanitario ed ai diversi settori economico-sociali destinati a convivere con il rischio di circolazione del virus, atti quindi finalizzati alla prevenzione del contagio nei luoghi di vita sociale e di lavoro.

Emerge a prima vista una situazione del tutto atipica: sembrerebbe infatti che tali strumenti di normazione flessibile siano il risultato della progressiva delegittimazione delle fonti formali, a vantaggio di fonti informali, causato dalla scarsa efficacia delle prime di incidere sulla società<sup>5</sup>. Una scarsa efficacia che, tuttavia, non appare il risvolto della conquista del giuridico da parte del sociale, tipica degli inizi del '900 (secondo l'insegnamento di Santi Romano<sup>6</sup>), bensì il risultato della necessità, da parte statale, di strumenti diversi e più aderenti alle modifiche tecnologiche che solo la scienza riesce ad interpretare (e per tali motivi necessariamente anche più flessibili, in quanto sottoposti ai ritmi sempre più dinamici del mutamento scientifico e delle sue innovazioni). D'altra parte, tuttavia, la scelta di avvalersi di tali strumenti appare più che altro caratterizzato dalla volontà di non assumersi la relativa responsabilità politica, come ad esempio nel caso delle linee guida dell'ANAC, ove il profilo scientifico certamente non sussiste.

Tali riflessioni possono estendersi, anche se con alcune avvertenze, alle linee guida concernenti la pandemia da CoVid-19: nel corso della crisi sono stati infatti adottati vari provvedimenti (decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze

<sup>4</sup> Sulle autorità amministrative indipendenti cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, G. GUARINO, *Le autorità garanti nel sistema giuridico*, entrambi in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, *Annuario AIC 1997*, Padova, Cedam, 1999, 13 e 41 ss., M. MANETTI, *Il garante della par condicio: potere illegittimo, autorità amministrativa indipendente, o potere dello Stato?*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1997, 104 ss., S. NICCOLAI, *Le autorità indipendenti nel progetto di revisione costituzionale*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999, 205 ss., e Id., *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, ETS, 1996, 1 ss., S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996, R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 126 ss., F. BASSI – F. MERUSI (a cura di),  *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993, 1 ss.

<sup>5</sup> M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 58.

<sup>6</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Rist. II ed., Firenze, Sansoni, 1967, 113 ss., nonché Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi (1909)*, Milano, Giuffrè, 1969, 12 ss.; cfr. sul tema C. PINELLI, *La Costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *rivistaaic.it*, 2/2015, 5 ss.; sia inoltre consentito rinviare a D. MARTIRE, *Pluralità degli ordinamenti e Costituzione repubblicana*, Napoli, Jovene, 2020, 19 ss.

dei singoli Ministri), che hanno consentito o imposto l'adozione di linee guida contenenti prescrizioni e/o raccomandazioni fortemente incisive dei diritti dei destinatari: tra le tante, a mero titolo esemplificativo, l'art. 1-ter (Linee guida per la gestione dell'emergenza epidemiologica presso le strutture per anziani, persone con disabilità e altri soggetti in condizione di fragilità) del d.l. 19 maggio 2020, n. 34<sup>7</sup>, l'art. 1, commi 14 e 15 del d.l. 16 maggio 2020, n. 33<sup>8</sup>, l'art. 1, comma 2, lett. gg) del d.l. 25 marzo 2020, n. 19<sup>9</sup>, nonché, tra i tanti decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, quello adottato e pubblicato il 17 maggio 2020, che ha imposto il rispetto di una serie di linee guida per lo svolgimento delle ordinarie attività quotidiane.

La considerazione per cui tali linee guida si innestano, inevitabilmente, in una situazione di incertezza dettata dai continui mutamenti dovuti alla crisi pandemica (che accresce evidentemente il ritmo stesso dei cambiamenti) impone all'interprete di procedere con estrema cautela nel tentativo di applicare alcuni traguardi interpretativi raggiunti con riferimento agli altri campi in cui gli strumenti di regolazione flessibile e, in particolare, le linee guida hanno operato (e continuano ad operare). Occorre peraltro evidenziare come tali interpretazioni, lungi dall'essere consolidate, abbiano attraversato una lunga fase controversa, sia in dottrina che in giurisprudenza, e sollevino, ancora oggi, dubbi e interrogativi circa la relativa natura giuridica e le conseguenze in caso di violazione.

Prima, quindi, di analizzare le "prescrizioni" contenute nelle ultime linee guida, quelle cioè emanate durante la pandemia, occorre soffermarsi, seppur brevemente, su alcuni punti, più o meno stabili, raggiunti in sede dottrina e giurisprudenziale.

---

<sup>7</sup> Convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77. L'art. 1-ter del decreto prevede che "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, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 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 e private, accreditate, convenzionate e non convenzionate, comunque denominate dalle normative regionali, che durante l'emergenza erogano 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*. 2. 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 in servizio è obbligato ad attenersi; e) prevedere protocolli specifici per la sanificazione periodica degli ambienti".

<sup>8</sup> Convertito con modificazioni dalla legge 14 luglio 2020, n. 74.

<sup>9</sup> Convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2020, n. 35.

## 2. Gli atti di normazione flessibile nella giurisprudenza amministrativa. Forma e sostanza delle linee guida ANAC

La giurisprudenza amministrativa è intervenuta più volte sul tema delle linee guida. In ordine alla loro classificazione, nel parere n. 3235/2019 reso sullo schema relativo alle “Linee guida recanti indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali”, il Consiglio di Stato, in occasione dell’istituzione della Commissione speciale per l’esame dello schema di d.lgs. recante il nuovo codice dei contratti pubblici, ha richiamato il suo precedente parere n. 855/2016, ove aveva distinto tre diverse specie di linee guida: quelle adottate con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell’ANAC, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari; le linee guida adottate con delibera dell’ANAC a carattere vincolante *erga omnes*; le linee guida adottate dall’ANAC a carattere non vincolante, alle quali era attribuito un valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti ed operatori economici<sup>10</sup>.

La ricostruzione richiamata, ad avviso dello stesso giudice amministrativo, non ha mancato tuttavia di suscitare significative perplessità, con particolare riferimento ai criteri utilizzati per distinguere gli atti connotati dall’obbligatorietà delle scelte di regolazione da quelli intesi invece a suggerire interpretazioni o “pratiche applicative” utili alla risoluzione delle questioni emerse nel corso delle procedure di affidamento<sup>11</sup>. Si tratta, per riprendere la nota espressione di Morbidelli, della dicotomia tra “comandi e consigli”, che ha suscitato molti interrogativi in dottrina e che, come vedremo, è stata riproposta anche nell’ambito della normazione emergenziale<sup>12</sup>.

Il principale nodo problematico ha investito le linee guida diverse da quelle recepite con decreto ministeriale, in quanto, alle tesi secondo cui «il tenore letterale dell’articolo 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016 non avrebbe consentito di riconoscere alle linee guida alcun valore vincolante, se non nelle ipotesi espressamente previste dalla legge, si opponevano quanti, valorizzando l’opportunità di una valutazione casistica, affermavano l’intrinseca efficacia obbligatoria degli atti che avessero trovato espressione in precetti attuativi o integrativi della fonte primaria»<sup>13</sup>.

L’entrata in vigore del nuovo comma 27-*octies* dell’art. 216 d.lgs. n. 50/2016 ha ridotto ulteriormente l’area delle linee guida vincolanti, limitata alle residue ipotesi in cui le norme del codice dei contratti pubblici espressamente rinviino all’apporto attuativo o integrativo

<sup>10</sup> Su cui v. C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit., 11 ss.; v. anche i lavori degli Autori richiamati alla nota 1.

<sup>11</sup> Cfr. il parere n. 3235/2019, punto n. 5.2.1.

<sup>12</sup> G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, cit., 273 e, ancora prima, N. BOBBIO, *Comandi e consigli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 369 ss.

<sup>13</sup> Cfr. il parere n. 3235/2019, punto n. 5.2.1.

dell'Autorità<sup>14</sup>. Peraltro, tali conclusioni si riferivano espressamente ai poteri dell'ANAC in materia di contratti pubblici (rimanevano esclusi tutti gli altri, anche regolamentari, attribuiti nelle altre materie di sua competenza).

Nel parere della Commissione speciale n. 1903/2016, il Consiglio di Stato, in relazione alle linee guida sull'affidamento dei contratti pubblici c.d. "sotto-soglia", ha affermato che esse, in quanto non vincolanti, sono atti amministrativi generali, con conseguenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo ed hanno lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti. La natura non vincolante delle linee guida, desumibile dalla forma discorsiva adottata, ha giustificato, in tal caso, un minore rigore nell'enucleazione dell'indirizzo impartito all'amministrazione. Sul fronte relativo al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti, si è rilevato che l'eventuale non osservanza di quanto disposto dall'Autorità comporta l'adozione di un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa.

Nel parere n. 1920/2016 sullo schema di regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso (ex art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), dopo avere riproposto la classificazione delle linee guida (vincolanti e non), la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha affermato che «il decreto in esame è essenzialmente rivolto all'interno, anche se con inevitabili ricadute sui terzi, mentre le linee guida vincolanti sono rivolte all'esterno; ciò conferma la sua natura di regolamento di organizzazione»<sup>15</sup>.

Ulteriore aspetto controverso era poi rappresentato dalla necessità di individuare criteri sufficientemente precisi per distinguere le linee guida vincolanti da quelle non vincolanti, con riferimento, evidentemente, a quei casi in cui il legislatore fosse rimasto silente sul

<sup>14</sup> Il nuovo comma 27-*octies* ha infatti previsto l'adozione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della l. 400/1988, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici, in una serie di materie (ma non la totalità delle norme del codice dei contratti pubblici, il cui contenuto prelettivo può essere attuato o integrato dall'ANAC con linee guida vincolanti).

<sup>15</sup> La distinzione tra efficacia interna ed esterna delle linee guida sembra riecheggiare quella tra norma interna ed esterna; Giannini, a proposito della vincolatività della circolare, si esprimeva in tal senso: «È vuoto di senso chiedersi se la circolare vincoli o no il giudice; la circolare non può vincolare nessuno; l'atto notificato per circolare vincolerà i vari soggetti secondo quanto comporta la sua natura; mai tuttavia il giudice, perché nessuno degli atti notificati per circolare può "vincolare" il giudice. La questione poteva farsi limitatamente alle norme interne notificate per circolare, ma oggi è pacifico che le norme interne non vincolano né l'autorità giurisdizionale né i cittadini»; cfr. M. GIANNINI, *Circolare (voce)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960. Sulla nozione di norma interna cfr. poi ID., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 992 ss., S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Scritti minori*, a cura di G. ZANOBINI, II, Milano, Giuffrè, 1950, rist. 1990, 102 ss., F. BASSI, *La norma interna*, Milano, Giuffrè, 1963, E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950, V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Milano, Giuffrè, 1958, O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo. I. Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, Pierto, 1912, 193 ss., G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, F.lli Bocca, 1913, 456 ss., G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, Palermo, A. Reber, 1913, G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, II, 1915, 321 ss., E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Roma, Athenaeum, 1917, 81 ss.; recentemente v. i lavori di G. MELIS, *La nascita dell'amministrazione nell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, III, 2010, 456 ss., M.G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 737 ss., M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, FrancoAngeli, 2020.

punto e, di conseguenza, avesse lasciato all'interprete l'arduo compito di stabilire in quali circostanze si fosse in presenza dell'una piuttosto che dell'altra.

Nel parere n. 2189/2019 viene anzitutto richiamata una prima tesi dottrina, secondo cui le linee guida possono essere considerate vincolanti solo nel caso in cui il legislatore le qualifichi espressamente come tali. Trattandosi di un criterio formale, è la stessa denominazione "linee guida" a far propendere per la natura non vincolante delle medesime, ad eccezione dei casi in cui sia la legge a stabilire il contrario; peraltro era lo stesso art. 213, comma 2, del codice che attribuiva in via generale all'autorità il potere di adottare linee guida ed altri strumenti di regolazione flessibile, lasciando intendere che fossero strumenti di c.d. soft law, salvo espressione contraria del legislatore<sup>16</sup>. Secondo altra dottrina, invece, è necessario fare leva su un criterio, potremmo dire, funzionale: la natura vincolante delle linee guida deve infatti essere ricostruita alla stregua della funzione loro demandata dal codice. Se il codice attribuisce loro il compito di integrare e attuare il precetto primario, allora ci si trova innanzi a linee guida vincolanti. In caso contrario, quando cioè la loro funzione sia quella di dettare buone prassi applicative di norme già "complete", allora si è in presenza di linee guida non vincolanti<sup>17</sup>.

Partendo da tale prospettiva, il Consiglio di Stato ha precisato che «predicare di un atto amministrativo la vincolatività delle sue disposizioni, significa attribuirgli efficacia normativa, vale a dire la capacità di innovare nell'ordinamento giuridico introducendo norme giuridiche, cioè generali e astratte, sia pure di livello secondario. Ciò da un lato implica che, come già osservato, il conferimento di tale potere avvenga solo attraverso una norma primaria, dall'altro qualifica indefettibilmente il contenuto del precetto esclusivamente come l'incisione diretta su posizioni giuridiche soggettive siano interessi legittimi, siano diritti soggettivi o potestà di soggetti pubblici. In effetti, tale capacità di incisione costituisce il discrimine tra una norma giuridica e un mero atto di indirizzo, interpretazione, suggerimento o raccomandazione. La disamina caso per caso sopra richiamata, quindi, deve anche analizzare le conseguenze giuridiche della disposizione in ordine alla limitazione delle posizioni giuridiche soggettive. Solo quando sia chiaro, dal dettato della norma primaria, che il legislatore ha inteso comprimere direttamente una posizione giuridica soggettiva, allora l'atto amministrativo può dirsi qualificato da vincolatività/normatività»<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> M. CLARICH, *La funzione di regolazione e le fonti di diritto. Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 87.

<sup>17</sup> G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, cit., 273 ss., il quale precisa che la natura vincolante è consustanziale a talune delle regolazioni di cui ANAC è onerata *ex lege*, soprattutto nei casi in cui le materie non possono che essere disciplinate attraverso norme precettive; è quindi necessario procedere ad una disamina caso per caso, potendosi riconoscere il carattere non vincolante quando si traducono o in esplicitazione dei principi generali o in mere parafrasi o ripetizioni di norme di legge, oppure in suggerimenti e raccomandazioni volte a favorire l'adozione di comportamenti omogenei.

<sup>18</sup> In termini non contrastanti v. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6026/2018, che ha ritenuto le linee guida dell'ANAC n. 2 del 21 settembre 2016 (in tema di 'Offerta economicamente più vantaggiosa') non vincolanti.

Da questa brevissima analisi possiamo inferire che la principale problematica ha ruotato intorno al tipo di qualificazione del singolo intervento normativo tramite linee guida ed alla connessa distinzione tra linee guida vincolanti e linee guida non vincolanti. Tali questioni si legano ad un presupposto che, ad avviso di chi scrive, risulta di particolare importanza, in quanto espressione di un continuo passaggio dalla forma alla sostanza (e viceversa) dell'atto di volta in volta considerato.

Le linee guida, per come si sono venute affermando nell'ordinamento, smentiscono, evidentemente, il significato letterale della locuzione. Se infatti per linea guida, secondo appunto una interpretazione letterale, si intende un programma di comportamenti suggerito al fine di raggiungere, mediante una adesione spontanea del destinatario, un determinato obiettivo, la previsione di una vincolatività e, di converso, di una qualsiasi sanzione in caso di violazione, determina un evidente ossimoro giuridico. Spontaneità e obbligatorietà/vincolatività sembrerebbero rispondere a due opposte modalità di interazione con il destinatario del "precetto", per quanto il fine possa apparire lo stesso, ossia il raggiungimento di quell'obiettivo di conformazione sopra richiamato.

Se è esatta la premessa, stabilire se si sia in presenza di un atto vincolante o meno risulta necessario in quanto connesso alla problematica di fondo concernente la necessità di affidare la prima di tali attività ad una autorità che abbia la relativa responsabilità politica. In altri termini, da un lato la natura giuridica si ripercuote sulla vincolatività dell'atto, ma, dall'altro, è la scelta legislativa e/o interpretativa in ordine alla vincolatività dello stesso a connaturarne la relativa natura giuridica. Si tratta di questioni reciprocamente connesse. Se si è in presenza di un atto normativo (regolamentare o ministeriale), esso è vincolante ed obbligatorio per i destinatari; se, al contrario, l'atto può essere configurato come una linea guida in senso stretto, allora si dovrebbe trattare di una raccomandazione, di un consiglio, necessariamente privo della relativa sanzione in caso di violazione. Se si accoglie tale ricostruzione, è evidente che la locuzione "linea guida vincolante" determina una novità difficilmente riconducibile alla classica teoria delle fonti del diritto.

Le linee guida, d'altra parte, si affermano anzitutto in quei settori ove diventa indispensabile disciplinare il profilo tecnico, per poi svilupparsi tuttavia anche in quelli, come ad esempio l'ANAC, ove invece a risultare decisiva è la necessità, "imposta" dagli operatori economici ed anche dalle amministrazioni pubbliche, di una regolazione più snella e veloce rispetto alle "classiche" procedure previste per l'approvazione dei regolamenti. Il dato comune è costituito dalla richiesta di velocità di mutamento del dato normativo, da adeguare costantemente al mutamento delle dinamiche economico-sociali.

Si tratta quindi di due *ratio* diverse, mutamento della scienza e mutamento delle dinamiche economico-sociali, che però trovano nello strumento della regolazione flessibile e delle linee guida una comune risposta.

### 3. Le linee guida nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Nel corso degli ultimi anni anche la Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi delle linee guida, avendo cura, in particolare, di trattare, nell'ambito di questioni di costituzionalità incentrate prevalentemente sul principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni, i profili concernenti il ruolo delle linee guida approvate in Conferenza Stato-Regione, nonché la loro eventuale vincolatività.

Nella sentenza n. 275/2011 la Corte costituzionale ha anzitutto riconosciuto la natura regolamentare alle "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili" (decreto 10 settembre 2010 del Ministro dello sviluppo economico) in un conflitto di attribuzione promosso dalla Provincia autonoma di Trento, sottolineando, mediante il richiamo alla sua precedente decisione n. 278 del 2010, che non è sufficiente il *nomen iuris* (e quindi l'utilizzo di un criterio formale) e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché in tal caso sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie. La Corte conferma un precedente indirizzo inaugurato a proposito di quegli atti "sostanzialmente" normativi ma privi della forma regolamentare. Anche in tal caso la Corte riconduce alla categoria dei regolamenti una fonte del diritto priva delle formalità regolamentari, in quanto «ricorrono, nella specie, gli indici sostanziali che la giurisprudenza costante di questa Corte assume a base della qualificazione degli atti come regolamenti. Il d.m. 10 settembre 2010 contiene norme finalizzate a disciplinare, in via generale ed astratta, il procedimento di autorizzazione alla installazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, alle quali sono vincolati tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti nell'attività in questione»<sup>19</sup>.

La successiva sentenza n. 11/2014 assume particolare importanza, in quanto la Corte qualifica le linee guida previste dal d.m. 10 settembre 2010 espressamente come un atto di normazione secondaria, secondo l'approccio sostanzialista poc'anzi ricordato, ma anche come norme interposte nel giudizio di costituzionalità, seppur affermando che tale natura può configurarsi in un ambito esclusivamente tecnico, ove la norma tecnica costituisce cioè il completamento del principio contenuto nella disposizione legislativa. Se infatti è ovvio che «essi, qualora autonomamente presi, non possono assurgere al rango di normativa interposta, altra è la conclusione cui deve giungersi ove essi vengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia. In detti campi applicativi essi vengono ad essere un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e *che ad essi affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche*

<sup>19</sup> Cfr. il punto 4 del Considerato in diritto. Cfr. anche il punto 16 del Considerato in diritto della sent. n. 278 del 2010.

*della fattispecie tecnica che, proprio perché frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico le quali necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale, mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo.* Non a caso per la loro definizione è prevista una procedura partecipativa estremamente ampia ed articolata. Poiché essi, come si è detto, fanno corpo con la disposizione legislativa che ad essi rinvia, il loro mancato rispetto comporta la violazione della norma interposta e determina, nel caso si verta nelle materie di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. e qualora la norma interposta esprima principi fondamentali, l'illegittimità costituzionale della norma censurata»<sup>20</sup>.

Ad avviso del giudice costituzionale l'obbligatorietà delle linee guida, desunta dall'adozione del criterio sostanziale, comporta, quando tali atti integrano sul piano tecnico la norma primaria, non solo la necessità che le stesse siano osservate, ma anche che, in caso di violazione, sia possibile dichiarare l'incostituzionalità della norma in questione.

La circostanza per cui la fattispecie tecnica, in quanto prodotto di competenze tecnico-scientifiche, per certi versi estranee a quelle giuridiche, «mal si concilia con il diretto contenuto di un atto legislativo» evidenzia una separazione di campo tra norma e scienza, che lascia tuttavia in secondo piano la questione della legittimazione del sapere scientifico a legiferare.

La Corte costituzionale, nella nota sentenza n. 282 del 2002, aveva escluso che il legislatore regionale potesse violare il principio fondamentale che, in materia di salute, affida la scelta in ordine alla appropriatezza terapeutica al legislatore statale in concorso con gli organi tecnico-scientifici, nazionale ed internazionali. Come è stato giustamente osservato «siffatta decisione riveste una speciale importanza in quanto con essa viene affermata quella che può ritenersi una vera *riserva di scienza* dalla quale derivano precise limitazioni non solo alla discrezionalità legislativa delle regioni (e dello Stato) ma, in qualche misura, anche al potere giurisdizionale della medesima Corte costituzionale. Detta sentenza, in altri termini, finisce per riconoscere e proteggere dalle interferenze legislative regionali quello che è un primato della scienza medica alla quale spetta in via esclusiva decidere l'appropriatezza di talune scelte terapeutiche»<sup>21</sup>.

Senonché, tornando al caso della decisione n. 11/2014, il problema per un verso risulta meno evidente, considerato che, pur trattandosi di conoscenze e competenze tecnico-scientifiche e pur trattandosi di linee guida, esse sono adottate, ai sensi del comma 10, in Conferenza unificata, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro per i beni e le attività culturali. La natura tecnica del contenuto dell'atto (e quindi l'utilizzo di linee guida)

<sup>20</sup> Cfr. il punto 6.1 del Considerato in diritto, corsivi nostri. Orientamento confermato anche nelle successive sentt. nn. 284/2016 e 86/2019.

<sup>21</sup> G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscentismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 95.

si lega alla forma adottata (decreto ministeriale), nel senso che, nell'interpretazione della Corte costituzionale, la sostanza tecnica cede il passo alla forma dell'atto (quella ministeriale appunto), che cede tuttavia ancora il passo alla sostanza regolamentare. Il decreto ministeriale, che contiene, in allegato, linee guida frutto dell'accordo tra Stato e Regioni stipulato in sede di Conferenza unificata, finisce per subire il trattamento giuridico tipico dell'atto regolamentare (per effetto dell'applicazione di un criterio sostanziale).

D'altra parte, tuttavia, poteva forse essere sufficiente il riferimento al principio di leale collaborazione per la dichiarazione di incostituzionalità di una normativa non conforme alle linee guida emanate di concerto. La ragione di tali affermazioni potrebbe allora essere ravvisata nella volontà della Corte costituzionale di affermare, in continuità con quanto sostenuto nella sentenza del 2002, ulteriori principi, da applicarsi in via generale ogni qual volta si ponga una problematica concernente il rapporto tra norma-legge e tecnica-scienza; una divisione di competenze che, mediante una fonte più flessibile come le linee guida, possa consentire un rapido intervento in settori connaturati da forte tecnicismo, salvo sempre il problema di individuare con esattezza il confine dei due campi e, soprattutto, la legittimazione della seconda ad intervenire in un campo tradizionalmente e costituzionalmente appartenente alla prima.

Nella recentissima sentenza n. 106/2020 la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che la disciplina del regime abilitativo degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabili è riconducibile alla materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» (art. 117, terzo comma, Cost.) e che i relativi principi fondamentali sono anche dettati dalle «Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili», adottate in sede di Conferenza unificata e quindi espressione della leale collaborazione fra Stato e Regione, a tutti gli effetti vincolanti<sup>22</sup>.

In linea di continuità con la giurisprudenza amministrativa, possiamo allora affermare che risulta confermata la obbligatorietà/vincolatività legata alla natura regolamentare dell'atto, ancorché si presenti sotto forma di linee guida e sempre che si tratti di un atto finalizzato al completamento di quello legislativo-primario, cui tuttavia è possibile attribuire, in presenza dei requisiti sopra richiamati, la natura di norma interposta e, pertanto, di parametro nel giudizio di costituzionalità (quando si tratti di linee guida di natura «tecnica», negoziate ed approvate in sede di Conferenza).

Si tratta, evidentemente, di uno spostamento dal sostanziale tecnicismo del contenuto alla forma ministeriale dell'atto, che diviene, per effetto del criterio sostanziale utilizzato, un regolamento.

La progressiva valorizzazione della scienza e della tecnica ha inciso, come abbiamo visto, sulle fonti del diritto e sulle conseguenti valutazioni nella giurisprudenza amministrativa e costituzionale. Se infatti la valutazione circa le fonti normative più idonee per la disciplina

<sup>22</sup> Cfr. il punto 2.2 del Considerato in diritto.

degli specifici ambiti di volta in volta considerati ha trovato, in sostanza, una univoca risposta nelle linee guida, la giurisprudenza non ha inteso attribuire ad esse quella capacità di innovazione dell'ordinamento giuridico, tradizionalmente riconosciuta alle fonti del diritto. La riconduzione di tali atti – in caso di linee guida vincolanti – alla fonte regolamentare o ministeriale ha ridimensionato l'ossimoro giuridico sopra evidenziato, trattandosi a quel punto di un atto che, sul piano formale, acquistava sostanza regolamentare/ministeriale, e quindi normativa, ma che, sul fronte contenutistico, manteneva le caratteristiche di un atto di c.d. soft law.

Anche in relazione alle linee guida in materia di buone pratiche clinico-assistenziali (legge n. 24 del 2017, art. 5), le Sezioni Unite penali, nella sentenza n. 8770/2018 (c.d. Mariotti), hanno ritenuto che, anche a seguito dell'istituzione dell'Osservatorio presso il Ministero della Salute, tendente a formare un sistema con connotati pubblicistici, «le linee-guida non perdono la loro intrinseca essenza, già messa in luce in passato con riferimento alle buone pratiche. Quella cioè di costituire un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti» e che non si è in presenza di norme regolamentari che specificano quelle ordinarie<sup>23</sup>.

La sentenza acquista estrema importanza ai nostri fini, perché conferma la connessione tra vincolatività e norme regolamentari; in tal caso, trattandosi di vere e proprie linee guida, sia sul piano contenutistico, sia sul piano formale, rimangono nell'area delle buone pratiche scientifico-tecnologiche, come tali non vincolanti<sup>24</sup>.

#### 4. Atti di normazione flessibile e pandemia da CoVid-19. Considerazioni conclusive

L'emergenza epidemiologica di questi ultimi mesi ha determinato una situazione del tutto innovativa che non ha risparmiato il campo delle fonti del diritto. I provvedimenti normativi del Governo del periodo emergenziale hanno infatti riproposto da un lato l'utilizzo (sempre più frequente) di strumenti di regolazione flessibile (linee guida, protocolli, raccomandazioni), contenuti o richiamati dai decreti legge, dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, dalle ordinanze dei singoli Ministri via via adottati; dall'altro, si è ac-

<sup>23</sup> Cfr. il punto 3 dei motivi della decisione.

<sup>24</sup> Cfr. ancora G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscentismo nella prospettiva costituzionale*, cit., 105, nonché A. MERLI, *La disciplina delle linee guida e delle buone pratiche mediche nella legge Gelli-Bianco. L'impatto sulla causa di esclusione della punibilità rimodulata e reintrodotta dalla riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2018, 4, secondo il quale «la medicina, anche se tecnologizzata, conserva ancora una forte componente di arte, riconosce in sostanza il primato del medico sulle linee guida».

centuata la commistione, in tali provvedimenti, di precetti veri e propri contenenti obblighi e divieti (ed avente quindi evidentemente natura vincolante) e di mere raccomandazioni. In altri termini, da una parte sono stati adottati atti formalmente vincolanti al cui interno sono state inserite mere raccomandazioni mentre dall'altra sono stati inseriti in atti sprovvisti di efficacia vincolante (come appunto le linee guida) veri e propri obblighi e divieti. Alcuni decreti del Presidente del Consiglio, ad esempio, contengono sia precetti che mere raccomandazioni. Basti pensare al d.P.C.M. del 1° marzo 2020 (“Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6”, che, all'allegato 4 (“Misure igieniche”) contiene, inevitabilmente, una serie di raccomandazioni<sup>25</sup>.

Il d.P.C.M. del 17 maggio 2020 prevede ad esempio che l'accesso del pubblico ai parchi, alle ville e ai giardini pubblici è condizionato al rigoroso rispetto del *divieto di assembramento, nonché della distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro*; è consentito l'accesso dei minori, anche assieme ai familiari o altre persone abitualmente conviventi o deputate alla loro cura, ad aree gioco all'interno di parchi, ville e giardini pubblici, per svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto *nel rispetto delle linee guida* del dipartimento per le politiche della famiglia (allegato 8). Il richiamato allegato 8, cui è demandato il compito di adottare le relative linee guida è rubricato “Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche della famiglia. Linee guida per la gestione in sicurezza di opportunità organizzate di socialità e gioco per bambini ed adolescenti nella fase 2 dell'emergenza covid-19”.

Si tratta di un esempio di intervento normativo che racchiude i nodi problematici sopra evidenziati: da un lato la previsione, nel d.P.C.M. di divieti veri e propri; dall'altro il rinvio alle linee guida adottate mediante un ulteriore decreto (in questo caso del Presidente del Consiglio in concorso con il Dipartimento per le politiche della famiglia), contenente una serie imprecisata di raccomandazioni. Senonché, tra le linee guida suddette è possibile leggere anche che “la realizzazione delle diverse attività programmata *deve* realizzarsi inoltre *nel rispetto* delle seguenti principali condizioni ...”. Difficile comprendere allora se si tratti di un divieto o di una raccomandazione<sup>26</sup>. Difficoltà che si estende, evidentemente, all'allegato in generale, posto che l'attività deve svolgersi nel rispetto delle linee guida richiamate. In tal modo sembra legittimo concludere per una obbligatorietà/vincolatività di tutto l'allegato n. 8.

<sup>25</sup> Tra esse vi è quella di “lavarsi spesso le mani” o di “pulire le superfici con disinfettanti a base di cloro o alcol”. Il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 è stato convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13.

<sup>26</sup> Sempre l'art. 1 prevede che “L'attività degli spettacoli è *organizzata secondo le linee guida di cui all'allegato 9*. Restano sospesi gli eventi che implicino assembramenti in spazi chiusi o all'aperto quando non è possibile assicurare il rispetto delle condizioni di cui alla presente lettera; restano comunque sospese le attività che abbiano luogo in sale da ballo e discoteche e locali assimilati, all'aperto o al chiuso, le fiere e i congressi” e che “le funzioni religiose con la partecipazione di persone *si svolgono nel rispetto dei protocolli* sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni di cui agli allegati da 1 a 7”.

Occorre peraltro rilevare come tali ambiguità siano presenti in tutti i provvedimenti adottati durante la pandemia.

I commi 14 e 15 dell'art. 1 del d.l. 16 maggio 2020, n. 33 stabiliscono, infatti, che “Le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale. Le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16. Il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali, di cui al comma 14 che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza”, mentre il comma 2 dell'art. 1, lett. gg) del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 prevede che “le attività consentite si svolgano previa assunzione da parte del titolare o del gestore di misure idonee a evitare assembramenti di persone, con obbligo di predisporre le condizioni per garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio; per i servizi di pubblica necessità, laddove non sia possibile rispettare tale distanza interpersonale, previsione di protocolli di sicurezza anti-contagio, con adozione di strumenti di protezione individuale”.

Sembra riecheggiare quanto affermato dalla Corte costituzionale a proposito della distinzione, in ambito medico-sanitario, tra raccomandazione e obbligo: nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria, infatti, la distanza tra raccomandazione e obbligo è, ad avviso del giudice costituzionale, 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<sup>27</sup>.

Sembrirebbe allora difficile contestare che la crisi pandemica ci abbia consegnato un diverso modello di produzione giuridica, contraddistinto da una evidente commistione tra produzione di norme obbligatorie e produzione di mere raccomandazioni. Concludere, tuttavia, come sembra fare parte della dottrina, per la necessità di «ripensare la 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* ed il complesso delle formulazioni *soft*»<sup>28</sup> non credo sia sufficiente.

Il progressivo percorso di delegittimazione delle fonti formali sopra richiamata è in atto già da diverso tempo ed è dovuto a diversi fattori: la crisi della rappresentanza politica, che

<sup>27</sup> Cfr. il punto 8.2.4. del considerato in diritto della sent. n. 5 del 2018.

<sup>28</sup> V. DESANTIS, *Covid-19: il dialogo di *hard* e *soft law* e le trasformazioni della normazione*, in *I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza*, num. speciale 2020, 129.

si lega alla graduale e oramai quasi esclusiva produzione normativa di tipo governativo e, sempre più spesso, ministeriale<sup>29</sup>, nonché la convinzione, sempre più diffusa, che la legge non debba in molti casi che uniformarsi a criteri o standard tecnici che prescindono dal potere di scelta degli organi rappresentativi<sup>30</sup> ne rappresentano, probabilmente, i principali.

L'inserimento, specialmente in campi di complessa definizione, di “normative” ibride, comprensive quindi di norme cogenti e non, non può consentire che il destinatario del precetto non sia messo nelle condizioni di comprendere, fino in fondo, quali comportamenti sono consigliati, quali sono consentiti, quali sono vietati. L'ambiguità e l'approssimazione non rendono certo giustizia al fine dello strumento. Se infatti le linee guida, e più in generale la regolazione flessibile, nascono con il fine di indicare gli obiettivi da raggiungere mediante una serie di raccomandazioni rimesse alla spontanea adesione del destinatario del precetto, perseguendo, in continuità con le norme “classiche”, una condizione il più vicino possibile alla certezza del diritto, l'attuale condizione mostra un costante disorientamento che smentisce tali presupposti.

Occorre inoltre aggiungere che l'eventuale progressivo spostamento verso un modello di produzione normativa “misto”, che contenga sia norme che mere raccomandazioni, porta con sé la problematica concernente la legittimazione del soggetto “tecnico” che pone in essere la normativa. La questione potrebbe solo apparentemente risolversi mediante il percorso sopra descritto di copertura formale regolamentare (o ministeriale) al contenuto sostanzialmente tecnico, per certi versi anch'esso ambiguo.

L'esperienza giuridica certamente è in costante evoluzione, ma tra i compiti del giurista vi è senz'altro quello di ricondurre, entro i binari più idonei, le prassi che si affermano. Gli strumenti di regolazione flessibile e le linee guida costituiscono uno strumento con evidenti potenzialità, tra cui rientra anche la possibilità di instaurare con il cittadino un diverso rapporto basato sulla sua informazione e responsabilizzazione, che, tuttavia, devono essere correttamente inquadrati nel sistema e nella teoria delle fonti del diritto.

<sup>29</sup> G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, cit., 1 ss.

<sup>30</sup> M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 59.

