

Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*

Annamaria Poggi**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Linee guida allegate ai d.p.c.m.: caratteristiche e problematiche. – 3. Linee guida e atti di “autoorganizzazione”. – 4. Linee guida e indirizzi tecnici. – 5. Linee guida e indirizzo e coordinamento amministrativo. – 6. Linee guida “vincolanti”? – 7. Conclusioni.

ABSTRACT:

La definizione delle linee guida risulta assai complicata tanto tale dizione si è diffusa e con i significati più disparati in ambiti assai lontani e apparentemente non collegati della vita sociale ed economica. Anche su questo terreno è come se la pandemia avesse “esploso” un fenomeno che già da qualche anno si osservava, rendendolo di più difficile collocazione nel sistema giuridico/normativo. In particolare, nella c.d. detta seconda fase della pandemia grazie alle linee guida sono stati fatti taluni “esperimenti” che, se giustificati dalla peculiare situazione di emergenza, dovrebbero ora essere collocati in una dimensione di sistema, al fine di evitare ulteriori “fughe” dalle fonti e dalle loro forme.

The definition of the guidelines is very complicated, so much has this term spread and with the most disparate meanings in very distant and apparently unrelated areas of social and economic life. Also on this ground it is as if the pandemic had “exploded” a phenomenon that had already been observed for some years, making it more difficult to place in the legal / regulatory system. In particular, in the so-called said second phase of the pandemic, thanks to the guidelines, certain “experiments” have been carried out which, if justified by the peculiar emergency situation, should now be placed in a system dimension, in order to avoid further “escapes” from sources and their forms.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università di Torino, annamaria.poggi@unito.it.

1. Introduzione

Il tema delle linee guida e la loro collocazione nel sistema delle fonti risulta assai complicato tanto tale dizione si è diffusa e con i significati più disparati in ambiti assai lontani e apparentemente non collegati della vita sociale ed economica. Anche su questo terreno è come se la pandemia avesse “esploso” un fenomeno che già da qualche anno si osservava, rendendolo di più difficile collocazione nel sistema giuridico/normativo.

Sino a qualche anno, infatti, fa la dizione linee guida era pressoché completamente associata ad indicazioni operative e/o interpretative interne sia alla pubblica amministrazione in senso lato ovvero ad altri ambiti (essenzialmente professionali), con l'intento di suggerire, o indirizzare, comportamenti individuali o modalità organizzative di attività o funzioni. Sul solo sito del MIUR la dizione linee guida individua quasi 300 atti contenenti “indicazioni”, “suggerimenti”, “raccomandazioni” su una notevole quantità di temi (per la scuola: giudizi descrittivi sugli alunni, integrazione culturale, parità di genere, educazione civica, utilizzo palestre scolastiche, didattica digitale (...)) per l'Università: accreditamento dei dottorati, bilancio di genere, valutazione della qualità dei corsi di studio (...). Ancora più diffusa la dizione nel sito del Ministero per la salute già prima della pandemia, con riguardo alle attività di tutela della salute, spesso indirizzate anche dall'Istituto Superiore di Sanità (dalle indicazioni per alleviare i traumi post parto alle centinaia di attività di prevenzione a tutela della salute alimentare, fisica, psichica...). Se poi si naviga nei siti degli Ordini professionali si accede nuovamente a centinaia di documenti denominati linee guida, riguardanti le norme deontologiche e di etica professionale.

La cesura rispetto a questo inquadramento è probabilmente sancita dal Codice dei contratti pubblici del 2016 che ha introdotto le linee guida in una dimensione diversa, più prossima al sistema delle fonti. Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. t), della legge di delega n. 11/2016, insieme con i poteri di «controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio», è stato attribuito all'ANAC il potere di adottare «atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile», eventualmente «dotati di efficacia vincolante» e comunque impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa¹.

La pandemia ha fatto il resto (e non solo in tema di linea guida), così ora vengono denominate in tal modo una molteplicità di atti diversi non connessi da legami sistematici: atti integrativi di fonti di rango primario cui rinviano le stesse fonti primarie; indicazioni contenute in decreti ministeriali; risoluzioni votate dal Parlamento; raccomandazioni che vari

¹ Su tale cesura, in maniera problematica, v. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 4; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici* e M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, tutti in *Giustamm. it*, 2016.

soggetti indirizzano alla propria comunità professionale di riferimento (...). In particolare, nella c.d. detta seconda fase della pandemia i decisori pubblici hanno immesso nell'ordinamento prescrizioni di vario genere e tipo che in tempi "normali" probabilmente si sarebbero dovute diluire in atti formalmente diversi. Insomma, grazie alle linee guida sono stati fatti taluni "esperimenti" che, se giustificati dalla peculiare situazione di emergenza², dovrebbero ora essere collocati in una dimensione di sistema, al fine di evitare ulteriori "fughe" dalle fonti e dalle loro forme.

Le brevi riflessioni che seguono avranno principalmente ad oggetto le linee guida cui hanno fatto rinvio i d.p.c.m. adottati da maggio 2020 in poi, da quando cioè dopo la c.d. prima fase di pandemia si cominciarono ad allentare le misure restrittive relative a diversi ambiti di attività e si pose il problema di disciplinare il riavvio di talune funzioni/attività.

2. Linee guida allegate ai d.p.c.m.: caratteristiche e problematiche

Al d.p.c.m. 17 maggio 2020 (*Disposizioni attuative del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e del d.l. 16 maggio 2020, n. 33*) sono allegate tre documenti contenenti linee guida.

Il primo, Allegato n. 8, titola «*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*», poi riprodotte sempre in forma di allegati ai d.p.c.m. successivi sino all'ultimo del 14 gennaio 2021. Esse sono state redatte dal Dipartimento per le politiche della famiglia con il supporto tecnico di diverse istituzioni (ANCI, UPI, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Società italiana di pediatria); d'intesa con i Ministeri dell'istruzione, della salute, del lavoro e delle politiche sociali, delle politiche giovanili e dello sport; infi-

² Sul problematico rapporto tra emergenza e sistema delle fonti in generale v., per due impostazioni profondamente diverse, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, e A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza* Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo, Torino, Giappichelli, 2011. Per una analitica rassegna delle problematiche del sistema delle fonti in tempo di emergenza v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Consultaonline*, 11 aprile 2020. Per singoli aspetti connessi alle diverse fonti, v., tra i molti, A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, pp. 9 ss.; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 5, p. 2; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1; A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in *Forum di Biolaw Journal*, 13 marzo 2020; L.A. MAZZAROLI, *"Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *Federalismi.it*, 23 marzo 2020, pp. 12 ss.; V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 2 aprile 2020, pp. 985 ss.

ne integrate dalle raccomandazioni del Comitato tecnico-scientifico del Dipartimento della protezione civile, della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Nel testo si alternano suggerimenti (quali, ad esempio, quello di preferire i luoghi all'aperto rispetto a quelli chiusi per le attività in oggetto, oppure quelli concernenti l'igiene personale e degli oggetti/luoghi adibiti ad attività ludiche, oppure ancora quelli inerenti i mezzi di trasporto maggiormente consigliabili per gli spostamenti) a vere e proprie prescrizioni (quali, tra le altre, quelle indirizzate ai gestori di spazi pubblici e privati adibiti alle attività oggetto delle linee) cui, però, non sono correlate sanzioni in caso di mancato rispetto.

Il secondo, l'Allegato n. 15 contiene le *«Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del covid-19 in materia di trasporto pubblico»*, poi riprodotte, con qualche modifica quale allegato al d.p.c.m 7 settembre 2020. Tra le due versioni vi fu il fondamentale passaggio della richiesta di parere in Conferenza unificata, nella seduta del 31 agosto 2020. Parere favorevole che venne condizionato, sia all'accoglimento delle richieste delle Regioni, sia all'approvazione di un decreto legge di istituzione di un fondo dedicato (che venne invece inserito nella legge di bilancio 2021). Allo stesso modo sia ANCI che UPI espressero parere favorevole condizionato alla ricezione dei rispettivi rilievi.

Anche in questo caso si registra un miscuglio di suggerimenti (indirizzati ai fruitori del servizio pubblico di cui viene richiamata la prioritaria responsabilità ad evitare assembramenti sui mezzi e a cui viene consigliato di usare mezzi alternativi, e comunque, sempre suggerito di attenersi scrupolosamente alle norme igieniche) con prescrizioni operative indirizzate ai gestori, ai Comuni, alle Regioni, alle scuole, ognuno per la propria parte e responsabilità. Per quanto riguarda i Comuni e le Regioni, ad esempio, si indica la necessità di aumentare la dotazione del parco dei mezzi di trasporto e di modificare gli orari delle corse. Ai gestori del servizio vengono indicate misure di prevenzione (dispenser igienici, cartellonistica, distanziamenti...).

Il terzo, l'Allegato n.17 contiene *«Linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 16 maggio 2020»*. L'adozione delle linee, in questo caso, era prevista in una fonte primaria: il d.l. 33/2020 prevedeva, infatti, al comma 14 dell'articolo 1 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 riferimento ultimo contenuto nella norma è ai d.p.c.m. o alle ordinanze del Ministro della salute o del Presidente della giunta regionale.

Conseguentemente, la Conferenza delle regioni e delle province autonome nella riunione del 16 maggio discusse ed approvò le linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive. Il giorno successivo il Presidente del Consiglio firmò il d.p.c.m. *Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*. Nel testo del d.p.c.m. le linee guida della Conferenza delle Regioni sono citate in premessa: «Viste le linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 16 maggio 2020, di cui all'Allegato 17, trasmesse in data 17 maggio 2020 unitamente al parere del Presidente della Conferenza dei presidenti delle Regioni e delle Province autonome».

A questa gamma già assai variegata di linee guida in tempo di pandemia previste dai d.p.c.m., si è aggiunta un'altra tipologia. L'art. 83, comma 7, lett. h) del d.l. n.18/2020 ha, infatti, previsto (per il periodo marzo-giugno 2020) che, per concorrere al contrasto dell'epidemia i capi degli uffici giudiziari potessero adottare (sentito il Presidente della giunta regionale, il Consiglio dell'ordine degli avvocati, d'intesa con il Presidente della Corte d'Appello) alcuni provvedimenti derogatori del processo civile e concretizzanti il c.d. processo dell'emergenza, caratterizzato dal lavoro agile e a distanza, ove possibile e senza compromettere diritti della difesa. A distanza di qualche giorno, il 26 marzo, il CSM adottò linee guida indirizzate ai dirigenti degli uffici giudiziari relativamente alla gestione dei processi nel periodo emergenziale e sino a giugno.

Successivamente, con delibera del 4 novembre 2020, nuovamente a seguito di un altro d.l. (il n. 137/2020 che ha fortemente limitato l'utilizzo degli strumenti telematici, soprattutto nel settore penale) il CSM formulò nuove linee guida per la gestione della fase emergenziale, cercando di colmare le lacune contenute nella fonte primaria quanto a strumentazione idonea ad evitare il rischio di assembramenti in caso di attività da svolgere in presenza. Questa seconda delibera di linee guida contiene indicazioni molto dettagliate ed analitiche su molteplici aspetti dell'attività degli uffici giudiziari e del lavoro dei magistrati, ma ciò che più rileva è che abilita i dirigenti a regolamentare il flusso dei procedimenti nel periodo emergenziale, posticipando la trattazione di quelli non prioritari, pur in assenza di un potere di sospensione analogo a quello che agli stessi era stato esplicitamente attribuito dal d.l. 18/2020. Anche in questi casi, si specifica nelle linee guida, tali provvedimenti dovranno essere preceduti da procedure partecipate, idonee a coinvolgere con modalità anche informali, i componenti dell'ufficio, l'avvocatura e il personale amministrativo.

Tornando alle linee guida previste dai d.p.c.m. vanno evidenziate le notevoli differenze che intercorrono tra i tre tipi sopra descritti.

Nel primo caso si tratta di contenuti elaborati da una struttura ministeriale (il Dipartimento per le politiche della famiglia) e "concordati" con una serie di istituzioni e soggetti pubblici diversi; nel secondo caso si è in presenza di un atto interministeriale su cui viene chiesto il parere della Conferenza unificata; nel terzo caso, infine, di un atto esplicitamente previsto in una fonte primaria (d.l.) il cui contenuto (normativo) viene affidato o al Governo (attraverso i Ministeri), o alle singole Regioni, ovvero alla Conferenza unificata.

Proprio tale varietà non solo di contenuti, ma anche di procedure e di forme, suggerisce qualche tentativo di sistemazione all'interno degli schemi già noti e costituzionalmente rassicuranti. Pur apprezzando, infatti, i molteplici tentativi dottrinali di giustificare l'utilizzo di tali strumenti allo scopo di "modernizzare" il sistema delle fonti, ovvero al fine di evidenziare mutamenti in corso e l'obsolescenza di talune categorie giuridiche³ (la consueta crisi della rappresentanza e conseguentemente delle fonti che da questa provengono), rimangono comunque alcune questioni di fondo in qualche misura ineludibili che (anche) le linee guida non possono eludere: il sistema delle fonti deve rispondere ad un criterio di certezza del diritto e di trasparenza delle procedure di adozione degli atti⁴; in secondo luogo a garanzia di tutti i soggetti dell'ordinamento esse devono palesarsi in maniera formalmente corretta al fine di consentirne la giustiziabilità in qualche sede.

3. Linee guida e atti di "autoorganizzazione"

Anzitutto occorre separare in anticipo dalla zona di osservazione critica tutti quegli atti che, pur denominati linee guida, attengono semplicemente a poteri di autoorganizzazione di uffici pubblici e privati e che come tali non possono considerarsi fonti del diritto.

Appartengono a tale ampia categoria tutti gli atti adottati, appunto, nell'ambito della propria organizzazione da Università, Associazioni professionali, Aziende, Istituzioni scolastiche e formative che in questo periodo disciplinano anche: l'accesso ai propri locali; l'organizzazione del lavoro; le regole sanitarie... In genere esse non fanno che riprendere norme di carattere generale contenute in diverse fonti del diritto (decreti legge, ordinanze, dpcm) adattandole alle proprie esigenze.

Collocate in tale contesto le linee guida altro non sono che la proiezione del potere di autoorganizzazione, insito in quello di autonomia organizzativa e largamente diffuso nel diritto pubblico.

4. Linee guida e indirizzi tecnici

Vi sono poi linee guida condivise da talune comunità scientifiche o professionali quali parametri da utilizzare allo scopo di valutare *ex post* forme di responsabilità anche in campo processuale. Con l'ordinanza n. 30998/2018, la Corte di Cassazione (sez. III civ.) si è

³ Ritiene che le linee guida possano rispondere a tali esigenze, C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 4. Per una riconduzione, invece, delle prescrizioni contenute nelle linee guida in fonti primarie v. V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016.

⁴ Su questo aspetto fondamentale e con riguardo proprio alle fonti della pandemia, spesso confuse, quanto a contenuti e forme v. S. CASSESE, *Il dovere di essere chiari*, in *Il Corriere della Sera* del 24 marzo 2020.

pronunciata in merito al rispetto delle linee guida da parte del medico e alla loro rilevanza ai fini della valutazione della condotta medica.

Per «linee guida», precisa la Cassazione, si intendono «le *leges artis* sufficientemente condivise almeno da una parte autorevole della comunità scientifica in un determinato tempo». Le quali, prosegue la Corte, non sono di per sé dirimenti e insuperabili, ed anzi esse «non rappresentano un letto di Procuste insuperabile», bensì «un parametro di valutazione della condotta del medico». Il medico che non rispetta le linee guida, quindi, non deve necessariamente essere considerato responsabile per il danno cagionato al paziente, in quanto possono esserci circostanze nel caso concreto che giustificano la condotta del medico.

Linee guida di questo genere sono state opportunamente disciplinate in via generale in campo medico. La legge n. 24/2017 recante *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie* (che ha come tema centrale la responsabilità medica) prevede all'art. 5 (Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida): «1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali». Anche in questo caso non siamo in presenza di fonti del diritto, come la Cassazione espressamente afferma, ma al cospetto di elementi di valutazione largamente condivisi che, tuttavia, possono essere superati dalla specificità del caso concreto⁵.

5. Linee guida e indirizzo e coordinamento amministrativo

Il d.lgs. n. 81/2008 (c.d. Testo unico sulla salute e sicurezza del lavoro) ha introdotto, all'articolo 2, le definizioni di tre fonti di grande rilevanza in ambito prevenzionistico per i Responsabili del servizio prevenzione e protezione, i medici competenti, i datori di lavoro e in generale tutti gli operatori della salute e sicurezza sul lavoro, ovvero le linee guida, le norme tecniche e le buone prassi.

⁵ In generale sul tema v. a C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla Legge Gelli-Bianco*, Milano, Giuffrè, 2019.

Con particolare riferimento alle linee guida queste sono definite quali «atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza predisposti dai Ministeri, dalle Regioni, dall'ISPEL e dall'INAIL e approvati in sede di Conferenza Stato-Regioni» (art. 2 c. 1 lett. z).

Dal tenore della definizione pare trattarsi, anche in questo caso, non di fonti del diritto, bensì di deliberazioni contenenti atti di indirizzo e coordinamento in una materia di competenza concorrente tra Stato e Regioni che, proprio perciò, richiedono il consenso e la compartecipazione dei soggetti a diverso titolo competenti e, infine, il passaggio in Conferenza Stato-Regioni che ne determina la veste formale.

A questa tipologia si potrebbero ascrivere le linee guida richiamate *supra* nel paragrafo 2, contenute rispettivamente negli Allegati nn. 8 e 15 del d.p.c.m. 17 maggio 2020 (*Disposizioni attuative del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e del d.l. 16 maggio 2020, n. 33*) che effettivamente per il loro contenuto potrebbero ascrivere al genere degli atti di indirizzo e coordinamento.

Collocate in questo quadro esse non pongono particolari problemi, al contrario potrebbero considerarsi espressione di diversi principi: l'attuazione dell'indirizzo ministeriale; la co-definizione di indicazioni attuative che richiedono diverse competenze; la collaborazione istituzionale nell'attuazione delle norme.

Altre linee guida, sempre quali atti di indirizzo e coordinamento, possono essere adottate nella forma del decreto ministeriale, (in caso di materia di esclusiva competenza statale), ovvero come ordinanza del Presidente della giunta regionale (in caso di materia di competenza residuale delle Regioni).

Qualche problema emerge, invece, laddove le linee guida intervengano in materie in cui la riserva di competenza allo Stato o alle Regioni non è piena poiché interviene in spazi di autonomia costituzionalmente riservati.

Caso emblematico è il decreto del Ministro dell'istruzione 26 giugno 2020, n. 39 (*Linee guida per la didattica digitale integrata*) che ha fornito un quadro di riferimento entro cui progettare la ripresa delle attività scolastiche nel mese di settembre, con particolare riferimento alla necessità per le scuole di dotarsi di un Piano scolastico per la didattica digitale integrata.

La pervasività di dette linee (rispetto all'autonomia delle istituzioni scolastiche garantita, peraltro, dall'art. 117, comma 3 Costituzione) è stata evidenziata nel parere reso dal Consiglio superiore della pubblica istruzione che il Ministero non ha accolto, e di cui ha però dato conto nel preambolo del provvedimento stesso, sottolineando «di non poter accogliere le richieste formulate dal CSPI, laddove incompatibili con le prerogative dell'Amministrazione o in contrasto con la normativa vigente, in particolare: la proposta di prevedere esplicitamente, nel testo, che l'organizzazione e le modalità di erogazione della Didattica digitale integrata debbano essere affidate all'Autonomia delle singole Istituzioni scolastiche, in quanto organizzazione e modalità di erogazione della didattica rientrano già appieno tra le prerogative di queste; la proposta di demandare al ruolo del Collegio dei Docenti la rimodulazione delle attività didattiche, in quanto le delibere collegiali sono

espressione delle proposte dei singoli consigli di classe in seno al Collegio medesimo e non potrebbero comunque discostarsi dai riferimenti ordinamentali relativi ai singoli gradi e percorsi scolastici (...).».

6. Linee guida “vincolanti”?

Ben diverso e problematico rispetto a quelli precedenti è il caso delle linee guida contenute nell’Allegato 17 al d.p.c.m. 17 maggio 2020, più volte richiamato. In questo caso, infatti, le linee guida contengono vere e proprie prescrizioni normative legittimate da un d.p.c.m. il che cozza sicuramente con il principio di legalità, e più in generale con qualunque possibilità di ricondurre a sistema una siffatta procedura.

Vi è dunque da augurarsi che finito il periodo pandemico non si riproducano analoghe situazioni e che le linee guida vengano ricondotte nell’alveo loro proprio, quello già da tempo noto, che pure si è arricchito di casistiche.

Rimane poi sullo sfondo, la questione, nel caso esse venissero previste ad integrazione di fonti primarie del possibile ossimoro circa l’esistenza di linee guida “vincolanti”, secondo una terminologia introdotta dal Consiglio di Stato che, in prima battuta pareva averne legittimato l’esistenza.

Come noto, infatti, il Consiglio di Stato nel parere reso dall’Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, n. 855, sullo schema del d.lgs. n. 50/2016, (in particolare con riguardo all’art. 1, comma 1, lett. t), della legge di delega n. 11/2016, nella parte in cui prevede le linee guida possano essere eventualmente dotate di efficacia vincolante) ha identificato tre tipologie di Linee guida: quelle adottate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell’ANAC, a carattere vincolante *erga omnes*, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; quelle adottate con delibera dell’ANAC a carattere vincolante *erga omnes*; quelle adottate con delibera dell’ANAC a carattere non vincolante.

L’aspro dibattito innestatosi sulla seconda categoria e le innumerevoli questioni a cui essa avrebbe dato luogo hanno poi consigliato il legislatore di ridimensionare, nello specifico, il potere ANAC. Ed infatti, Il decreto legge n. 32/2019, recante *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici* (c.d. decreto Sblocca-Cantieri, poi convertito nella legge n. 55/2019) ha apportato numerose modifiche al Codice dei contratti, nell’intento di soddisfare l’esigenza di una maggiore certezza del diritto nelle procedure a evidenza pubblica, ha deciso di superare il sistema di attuazione e integrazione della normativa primaria mediante il ricorso ai variegati strumenti delle linee guida e dei decreti ministeriali, per ritornare al precedente modello del regolamento attuativo unico. Con la pubblicazione del Decreto Sblocca Cantieri è stato, infatti, previsto un nuovo comma 27-*octies* all’articolo 216 del d.lgs. 50/2016 mediante il quale la categoria delle linee guida vincolanti appare significativamente ridimensionata dalla adozione di un

regolamento unico a cui sarà affidata la disciplina di materie prima disseminati nei vari atti di regolazione “flessibile”.

Ed anche con riguardo a quelle che il Consiglio di Stato definì non vincolanti, la giurisprudenza di merito ha chiarito che esse non sono idonee a costituire parametro di legittimità per le regole di gara da parte delle stazioni appaltanti, risultando per lo più atti ricognitivi di principi di carattere generale, poiché le prassi dettate da un’Autorità amministrativa cui non è attribuito alcun potere di normazione primaria o secondaria non soddisfano il requisito della certezza dei rapporti giuridici.

7. Conclusioni

Proprio la vicenda delle linee guida ANAC dovrebbe far riflettere e consigliare di maneggiare con cura le linee guida “vincolanti”. Queste, infatti, creano innumerevoli problemi e, soprattutto, mettono in discussione alcuni principi cardini del sistema, quali la certezza del diritto e il principio di legalità. Da questo punto vista, infine, la legittimazione di tali strumenti attraverso il richiamo al *soft law* appare quanto meno discutibile. Vi è infatti un’argomentazione assai precisa che non consente quel parallelo e che è connessa alla diversa costruzione delle fonti nell’ordinamento europeo e nel nostro. Il *soft law*, infatti, «si dimostra uno strumento straordinariamente modellato su una delle principali caratteristiche dell’attuale architettura di produzione comunitaria del diritto: il fatto che gli atti normativi non hanno un collegamento (esplicito o implicito) con la norma di riconoscimento delle fonti comunitarie, poiché la loro produzione è direttamente collegata agli obiettivi che i Trattati prevedono in relazione a determinati settori»⁶.

Proprio tale argomentazione non rende comparabili linee guida e *soft law* e soprattutto sconsiglia di procedere in quella direzione, pena scollegare completamente forma e sostanza, norme sulla produzione e norme di produzione.

⁶ A. Poggi, *Soft law nell’ordinamento comunitario*, Atti del XX Convegno dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, Cedam, 2007, p. 410.