



***Il fenomeno della destrutturazione del
sistema delle fonti. La fuga dalla Legge n.
400 del 1988***

di Gioacchino Esposito

*Copyright 2021 Diritto per il Futuro Srls
dicembre 2021
ISBN 978-88-31212-21-2*

IL FENOMENO DELLA DESTRUTTURAZIONE DEL SISTEMA DELLE FONTI. LA FUGA DALLA LEGGE N. 400 DEL 1988.

- 1. La destrutturazione del sistema delle fonti come delineato nella Costituzione repubblicana. 2. Il potere regolamentare e la fuga dalla legge n. 400 del 1988. 3. La revisione dei criteri di classificazione degli atti di normazione secondaria. 4. Le linee guida ANAC con efficacia vincolante approvate con decreto ministeriale: un esempio inedito di fuga dal regolamento. 4.2. La posizione del Consiglio di Stato.**

1. La destrutturazione del sistema delle fonti come delineato nella Costituzione repubblicana.

La tradizionale catalogazione delle fonti di produzione delle norme giuridiche in leggi, regolamenti e consuetudini, concepita con riferimento ad un assetto economico-sociale ottocentesco, da diverso tempo sembra essere entrata in crisi per effetto della pressione esercitata dall'economia globalizzata, che esige una regolamentazione dal carattere flessibile e meno formale.

Con l'intento di soddisfare tale esigenza, dunque, si è innescato un processo di graduale superamento del ruolo del *hard law*, ossia del diritto proveniente dalle istituzioni politiche, in favore del *soft law*, ovvero di una produzione di regole che avviene attraverso canali diversi dai procedimenti formali tipici delle istituzioni costituzionali di governo ¹.

¹ BIN, *Soft law, no law*, in www.robertobin.it, p. 7.

La crisi del sistema delle fonti ha investito non solo le fonti primarie, ma in modo ancora più dirompente anche la normazione secondaria.

In ordine alle prime si rileva che l'esigenza di intervenire attraverso lo strumento normativo con immediatezza e celerità è stata soddisfatta utilizzando la decretazione d'urgenza spesso in modo incontrollato ed eccessivo, quasi travalicando i confini tracciati dal dettato costituzionale per l'adozione dei decreti legge².

Sul piano della normazione secondaria, invece, si è innescato il fenomeno della c.d. fuga dal regolamento, ossia del graduale abbandono del modello dei regolamenti governativi e ministeriali, in quanto percepiti come strumenti regolativi obsoleti, lenti ed incapaci di tenere il passo con le dinamiche del mondo produttivo³.

Ciò ha determinato l'abbandono dello schema procedurale delineato dall'art. 17 della legge n. 400/1988 e la contemporanea adozione di modelli regolativi più agili e flessibili che, tuttavia, sono caratterizzati da minori garanzie procedurali e conoscitive.

Il fenomeno della fuga dal regolamento, dunque, sembra ledere le regole classiche della legittimazione costituzionale nella produzione del diritto.

È il mercato ad imporre le regole alla politica in quanto la regolazione della finanza e delle transazioni economiche avviene attraverso processi decisionali negoziati tra gli operatori del mercato ed autorità amministrative estranee al circuito della legittimazione democratica⁴.

Si assiste, quindi, ad un processo di progressiva erosione della sfera della unica fonte della regolamentazione autoritativa,

² DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustamm.it*, 2016, p. 2

³ TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2015, pp. 389 ss.

⁴ DEODATO, *op. cit.*, p. 2

prevista dalla Costituzione e disegnata in ambito statale dalla legge n. 400/88, in favore di strumenti normativi flessibili, atipici e concertati, che si pongono ai confini della compatibilità costituzionale. Tali strumenti, infatti, rischiano di indebolire le stesse garanzie dello Stato liberale, sottraendo alle autorità democraticamente legittimate la produzione delle regole destinate ad incidere sulle posizioni soggettive dei consociati.

2. Il potere regolamentare e la fuga dalla legge n. 400 del 1988.

L'esercizio del potere regolamentare è disciplinato dall'art. 117, co. 6 della Costituzione e dall'art. 17 della legge n. 400/1988.

Il primo, in coerenza con il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni delineato dalla riforma costituzionale del 2001, attribuisce la potestà regolamentare allo Stato nelle materie oggetto di legislazione esclusiva, alle Regioni in tutte le altre materie e agli enti locali limitatamente alla disciplina dell'organizzazione e dell'esercizio delle funzioni loro attribuite.

Il secondo, invece, disciplina le modalità formali di adozione dei regolamenti, prevedendo le diverse tipologie di regolamenti, i loro contenuti e presupposti, nonché la procedura di approvazione.

Con l'espressione "fuga dal regolamento" si fa riferimento alla tendenza ad adottare atti a contenuto normativo evitando, però, le forme del potere regolamentare⁵.

⁵ LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *www.federalismi.it*, 2018, p. 9.

Il modello delineato dall'art. 17 della legge n. 400/88, contenente la disciplina generale del potere regolamentare del Governo, essendo privo di una copertura costituzionale, ha mostrato sin dalle origini profili di fragilità.

Si osserva, infatti, che mentre per le fonti primarie è pacificamente condivisa la tesi del *numerus clausus*, in quanto tassativamente previste dalla Costituzione, discorso analogo non può essere fatto per le fonti secondarie.

Lo schema delineato dall'art. 17 della legge n. 400/88, infatti, non è unico ed indefettibile.

Il regolamento, come disciplinato dalla legge n. 400/88, non è l'unico atto sub-legislativo consentito.

La legge n. 400/88, infatti, mancando di copertura costituzionale, non può vincolare il legislatore successivo ad utilizzare solo il modello regolamentare da essa contemplato.

Nulla vieta, pertanto, che una legge autorizzi un atto secondario a dettare una disciplina regolamentare, adottando forme e modalità diverse da quelle stabilite dall'art. 17 della l. 400/88.

Secondo questa ricostruzione, quindi, il regolamento (governativo o ministeriale) non sarebbe il solo atto idoneo ad introdurre nell'ordinamento giuridico norme giuridiche di rango secondario.

Questa fragilità intrinseca della l. 400/88, dunque, ha in qualche modo la strada al fenomeno della fuga dal modello procedimentale tipico dei regolamenti governativi e ministeriali.

Si è sviluppata, dunque, la tendenza a demandare l'attuazione delle fonti primarie a decreti ministeriali qualificati con una formula lessicale ambigua, ossia come “di natura non regolamentare”.

Si tratta, dunque, di una “fuga dal regolamento” autorizzata ed espressamente voluta dal legislatore.

Il fenomeno dei c.d. “decreti di natura non regolamentare”, esplicitamente definiti come tali dal legislatore, si sviluppa

soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, di riforma del Titolo V della Costituzione⁶.

Si realizza, quindi, un'elusione, voluta dallo stesso legislatore, non solo delle garanzie procedurali della legge n. 400 del 1988 (parere del Consiglio di Stato, registrazione della Corte dei Conti e pubblicazione nella gazzetta Ufficiale e, dove previsto, parere delle Commissioni parlamentari e delle Conferenze), ma anche del riparto della potestà regolamentare così come delineato dall'art. 117, sesto comma, Cost. 7.

Il fenomeno della fuga dal regolamento, tuttavia, trae origine da difficoltà reali registrate nei processi di produzione normativa⁸.

Si è voluto porre rimedio ad un nodo lasciato insoluto dalla disciplina dell'art. 117 Cost., così come modificata dalla riforma costituzionale del 2001, che ha rivoluzionato il criterio di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni.

Il nuovo art. 117 della Costituzione, infatti, ha delineato in modo netto le materie oggetto di competenza esclusiva statale (art. 117, secondo comma, Cost.), affidando alle Regioni la competenza residuale (art. 117, quarto comma, Cost.) in ogni altra materia, ad eccezione della disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni attribuite agli enti locali, per le quali questi esercitano la propria potestà regolamentare.

Tale meccanismo, tuttavia, poteva funzionare soltanto intervenendo da un lato, sui metodi di produzione normativa primaria e secondaria, dall'altro, sul rapporto tra normazione e amministrazione.

In altri termini, bisognava attribuire allo Stato la sola legislazione di principio, salvo nelle materie di competenza

⁶ LUPO, *op. cit.*, p. 10 ss.

⁷ MOSCARINI, *Sui decreti del Governo di natura "non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giur cost.*, 2008, p. 5075 s., spec. 5088 s.

⁸ LUPO, *op. cit.*, p. 12.

esclusiva, ed ai Comuni la maggior parte delle funzioni amministrative, lasciando di conseguenza alle Regioni la quota più significativa dell'attività normativa sia primaria che secondaria.

Ancora mentre l'attribuzione dei poteri normativi primari e secondari sarebbe avvenuta sulla base di criteri rigidi, il conferimento dei poteri amministrativi avrebbe trovato fondamento nei principi flessibili di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, delineati dall'art. 118 Cost.

Ciò avrebbe determinato il superamento del tradizionale criterio del parallelismo tra legislazione e amministrazione, secondo cui alla competenza a legiferare su un certo oggetto si ricollega anche la competenza ad amministrare sul medesimo oggetto.

Questo disegno, tuttavia, non ha mai visto la luce, in quanto la sua realizzazione avrebbe imposto un profondo mutamento di assetti ed abitudini ormai radicatesi nell'ordinamento.

Il legislatore statale, pertanto, ha continuato a legiferare come accadeva nel periodo antecedente alla riforma costituzionale.

A ciò bisogna aggiungere che la stessa Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi su leggi statali così approvate, nella infruttuosa ricerca all'interno dell'art. 117 Cost. di un criterio flessibile nel riparto della potestà legislativa, ha spostato la sua attenzione sull'articolo immediatamente successivo⁹ e nella sentenza n. 303 del 2003, proprio facendo forza sul parallelismo tra funzione legislativa e funzione amministrativa, ha identificato tale criterio nel principio di sussidiarietà.

⁹ LUPO, *op. cit.*, p. 13.

3. La revisione dei criteri di classificazione degli atti di normazione secondaria.

Il fenomeno dei c.d. “decreti di natura non regolamentare”, fortemente osteggiato dalla dottrina, è stato anche più volte attenzionato dalla giurisprudenza che ha posto in essere una serie di tentativi finalizzati a ricondurre alla legalità le fattispecie di deviazione di tali atti dal modello tipico dei regolamenti.

Il nodo principale da sciogliere si ravvisa nel fatto che in tali provvedimenti si rileva una discrasia tra la forma, di atti amministrativi generali, e la sostanza, di atti normativi.

È necessario, dunque, procedere ad una disamina dei caratteri identificativi degli atti di normazione secondaria¹⁰.

Il fenomeno della fuga dal regolamento ha determinato una revisione dei caratteri identificativi degli atti di normazione secondaria ed in modo particolare dei parametri da utilizzare per distinguerli dagli atti amministrativi generali.

Secondo un primo orientamento, il *discrimen* tra atti normativi ed atti amministrativi generali è da ravvisare nel carattere strettamente politico dei primi.

Tale connotazione, invece, sarebbe del tutto assente nei secondi, in quanto atti meramente esecutivi o specificativi di una norma previgente e, dunque, non espressione di diretta volontà politica.

Questa ricostruzione, tuttavia, presta il fianco a diverse critiche: in primo luogo, infatti, si pone in evidenza l'intrinseca opinabilità del carattere politico di un atto; in secondo luogo, ancora, si registra l'esistenza di regolamenti dal carattere meramente esecutivo che in quanto tali si limitano ad assicurare l'esecuzione di una legge.

¹⁰ DEODATO, *op.cit.*, p. 7

Secondo i fautori del c.d. criterio formale, invece, si deve fare riferimento all'autoqualificazione dell'atto stesso, ossia al *nomen* fornito dall'amministrazione e al procedimento seguito per la sua adozione, prescindendo, quindi, dal contenuto dell'atto.

Sarebbero, dunque, da etichettare come “normativi” gli atti adottati all'esito di procedimenti determinati¹¹.

Tale opzione è stata criticata da quanti hanno sostenuto che seguendo tale impostazione si finirebbe per riconoscere la qualificazione regolamentare solo per gli atti adottati a conclusione di appositi procedimenti disciplinati dalla legge, escludendo quegli atti che, pur essendo sostanzialmente normativi, sono stati adottati nella forma dei provvedimenti.

L'orientamento oggi prevalente in dottrina e giurisprudenza accoglie il criterio sostanziale, secondo cui per sostenere la natura normativa dell'atto è necessario guardare al suo contenuto precettivo e dispositivo¹².

Si adotta, dunque, il principio della prevalenza della sostanza sulla forma¹³: il *nomen iuris* dell'atto risulta essere del tutto influente ai fini della sua qualificazione come provvedimento normativo o amministrativo generale.

Di conseguenza la qualificazione di un atto come “decreto di natura non regolamentare” non esclude in alcun modo a priori il suo carattere normativo.

La natura normativa di un atto, quindi, può essere sancita solo laddove sia possibile riscontrare una serie di indici tipici degli atti normativi, ossia solo qualora si accerti che nell'atto siano presenti i caratteri dell'innovatività, della generalità e dell'astrattezza.

¹¹ GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in Foro.it, 1953, I-II, 18 ss.

¹² SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*.

¹³ CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, II ed., Torino, 2007, spec. p. 59 ss.

Il criterio sostanziale, dunque, fonda l'accertamento della natura normativa dell'atto sulla valutazione del suo contenuto.

In particolare, l'astrattezza sussiste quando le previsioni contenute nell'atto sono suscettibili di indefinita ripetibilità ed applicabilità ai casi concreti.

Diversamente, gli atti generali non disciplinano tipi di rapporti giuridici, bensì rapporti sorti in concreto, in quanto atti sostanzialmente amministrativi, adottati quindi per la cura di un determinato interesse pubblico.

La generalità, propria dei regolamenti, invece, attiene alla indeterminabilità dei destinatari dell'atto.

Nel dettaglio, i destinatari dei regolamenti non sono determinabili per l'intero arco di validità della fonte secondaria; diversamente, gli atti amministrativi generali risultano destinati a soggetti non determinabili a priori, ma identificabili a posteriori, al momento della relativa applicazione.

Si pensi, a tal proposito, ai bandi di concorso i cui partecipanti, non determinabili all'atto della pubblicazione del bando, lo diventano in un momento successivo.

Incerta può rivelarsi in concreto la distinzione tra atto normativo e atto amministrativo generale, fondata sul carattere generale ed astratto delle disposizioni e sull'indeterminatezza dei destinatari.

In proposito, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 9 del 2012 ha richiamato *“l'elaborazione giurisprudenziale che ormai da tempo utilizza, proprio al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il requisito della indeterminabilità dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie*

indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti”.

Vi è, infine, il requisito dell’innovatività, ossia l’attitudine dell’atto a modificare definitivamente l’ordinamento giuridico.

4.1 Le linee guida ANAC con efficacia vincolante approvate con decreto ministeriale: un esempio inedito di fuga dal regolamento.

Il dibattito sul fenomeno della fuga dal regolamento è ritornato nuovamente attuale con l’introduzione nel nostro ordinamento giuridico, ad opera del nuovo Codice dei contratti pubblici, delle linee guida vincolanti dell’ANAC, investite della funzione di attuare ed integrare la disciplina primaria.

Il D.lgs. n. 50/2016, infatti, con la soppressione del regolamento attuativo della normativa primaria (contenuto nel DPR 207/2010) e la sua sostituzione con le linee guida emanate dall’ANAC, infatti, sembra indubbiamente aver apportato una delle più significative innovazioni nel quadro delle fonti del diritto amministrativo.

Il legislatore, con l’introduzione delle linee guida proposte dall’ANAC (sottoposte al parere delle competenti Commissioni parlamentari e infine approvate con Decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti), ha inteso creare uno strumento di attuazione della normativa primaria caratterizzato da un elevato grado di snellezza e flessibilità.

In tal modo si è perseguito l’obiettivo di sostituire disposizioni rigide con un sistema di linee guida modificabile più agevolmente e con maggiore celerità così da consentire un veloce adeguamento delle regole di applicazione delle norme primarie alle mutevoli esigenze che emergono dalla realtà concreta.

Hanno destato dubbi, però, le modalità utilizzate per veicolare nell'ordinamento giuridico le linee guida emanate dall'ANAC. Queste ultime, infatti, sono state percepite come un ulteriore ed inedito esempio di fuga dal regolamento¹⁴, dal carattere ancora più dirompente in quanto riguardante il settore nevralgico della contrattualistica pubblica¹⁵.

Tali linee guida sono approvate con un decreto ministeriale che approva le proposte formulate dall'ANAC.

I decreti ministeriali, nel sistema delle fonti del diritto, possono assumere la natura di atti amministrativi a carattere generale o di atti normativi regolamentari.

Tale distinzione non è meramente teorica, ma ha effetti rilevanti sotto molteplici profili, innanzitutto quello relativo alla procedura da seguire per la loro promulgazione: il decreto

¹⁴ MORBIDELLI, *Linee guida ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 2016, p. 7: *“Il legislatore ha invece sottratto al Governo tale potere, con riferimento alle specifiche e tassative materie indicate da una serie di disposizioni, ritenendo di assegnarlo all'ANAC per ragioni di “vicinanza” con tutto il complesso dei compiti regolatori (e dunque di connesse esperienze e conoscenze) di cui l'Autorità è tributaria. Determinando così (in partibus quibus ovvero non in via generale, ma per le ipotesi espressamente previste dalla legge) una riserva di regolamento a favore dell'ANAC (dunque una fuga non dal regolamento tout court, secondo una tecnica ben nota, bensì una fuga dal regolamento ministeriale)”*.

¹⁵ Diversamente v. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *www.federalismi.it*, p. 6: *“Ne credo poi che la regolazione dell'ANAC abbia a che fare con il fenomeno della fuga dal regolamento, rappresentando piuttosto una innovativa declinazione del principio di democraticità. Una democraticità che cerca nuovi percorsi di legittimazione nel procedimento, dando rilievo non all'atto, ma al procedimento di formazione dell'atto; preferendo alla autorità ed unilateralità, l'adesione; ad un sistema sanzionatorio, un sistema tendenzialmente premiale. La regolazione dell'ANAC è immediatamente espressione di principi costituzionali ed il procedimento partecipato che ha scelto l'ANAC con la pubblicazione delle prime linee guida e l'apertura su di esse di un dibattito pubblico declina lo stesso principio democratico. La partita si gioca sulla capacità di ascoltare amministrazioni ed imprese prima ancora di persuadere queste a comportarsi in un determinato modo. Di rompere con la concezione positivista fondata sulla “validità” per aderire a processi che si fondano sulla “effettività”*.”

ministeriale se ha natura regolamentare deve essere adottato previo parere del Consiglio di Stato e sottoposto al visto e alla registrazione della Corte dei Conti.

La natura normativa e non meramente amministrativa di un regolamento, come è ormai pacifico in giurisprudenza, dipende dal suo contenuto sostanziale.

Se quest'ultimo si sostanzia nella regolazione generale, astratta e integrativa della fattispecie disciplinata dalla norma primaria l'atto è certamente di natura normativa.

Alla stregua di quanto detto, dunque, non appare dunque agevole configurare il decreto ministeriale in questione come mero atto amministrativo, visto che tale qualifica presuppone che esso venga emanato nell'esercizio di un potere amministrativo *stricto sensu*.

Nel caso di specie, pertanto, appare più opportuno qualificare il decreto come espressione di una potestà normativa attribuita dalla legge all'organo amministrativo al fine di disciplinare, in termini generali e astratti, aspetti attuativi e/o integrativi della disciplina legislativa di livello primario.

Si rileva, inoltre, che tale decreto deve ricevere il preventivo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

Anche tale elemento, dunque, depone a favore della sua configurazione come atto normativo regolamentare, in quanto sarebbe difficile pensare che su un mero atto amministrativo si pronunci un organismo di natura parlamentare¹⁶.

¹⁶ R. MANGANI, *Riforma appalti/4. Ma sulla "soft law" non mancano dubbi: iter e costituzionalità*, in www.ilsole24ore.it: "non si può fare a meno di rilevare che l'effetto di flessibilità del sistema che dovrebbe essere l'obiettivo fondamentale dello strumento introdotto rischia di essere fortemente penalizzato. Se infatti le linee guida predisposte dall'Anac hanno necessità, prima di essere emanate e diventare quindi cogenti, di seguire l'iter previsto per i decreti ministeriali di natura regolamentare (parere preventivo del Consiglio di Stato e registrazione e visto della Corte dei Conti, cui si deve aggiungere il parere preventivo delle Commissioni parlamentari competenti), è evidente che la possibilità di adeguamento tempestivo dell'apparato regolatorio secondario esce fortemente ridimensionata. A ben vedere, infatti, il procedimento di emanazione di un decreto

Il legislatore del 2016, con la riforma del Codice degli appalti posta in essere con il D.lgs. n. 50/2016, ha inteso dare vita ad un testo normativo tendenzialmente completo ed onnicomprensivo, la cui applicazione concreta, sul piano della normazione di dettaglio, non fosse affidata ad un unico regolamento generale, ma ad un sistema attuativo più snello e flessibile rispetto al previgente regolamento di esecuzione, rivelatosi nel tempo incapace di soddisfare le esigenze di rapido adeguamento della normativa alle evoluzioni che caratterizzano il settore dei contratti pubblici¹⁷.

ministeriale avente natura regolamentare non è molto diverso da quello che presiede all'emanazione di un DPR, che era appunto lo strumento che veicolava il regolamento attuativo del D.lgs. 163/2006 e che la legge delega ha voluto espressamente sopprimere. Cosicché sembra delinearsi una situazione in cui la novità introdotta rischia di tradursi più in un fatto nominalistico che in un profondo mutamento delle modalità di regolazione secondaria della materia dei contratti pubblici”.

¹⁷ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 1 aprile 2016, n. 855, p. 36 ss.: “La legge delega prevede una varietà di strumenti attuativi, cui si fa riferimento in punti diversi: ciò richiede uno sforzo di inquadramento unitario e sistematico, che appare propedeutico alla effettiva approvazione dei circa cinquanta atti attuativi emersi a seguito della prima, sommaria ricognizione sopra elencata. Le disposizioni da considerare per tale inquadramento sono contenute, nella delega, sia tra i principi e criteri direttivi sia nelle successive disposizioni procedurali:

- un primo criterio direttivo è enunciato all’art. 1, comma 1, lett. t), la quale pone in capo all’ANAC, accanto a vari poteri “di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio”, quello di adozione di “atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile”, eventualmente “dotati di efficacia vincolante”, comunque impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa.

- la successiva lettera u) demanda poi allo schema di decreto legislativo l’individuazione dei casi in cui all’adozione degli atti di indirizzo debba seguire la trasmissione alle Camere di “apposite relazioni”;

- fuori dai criteri e principi direttivi, i commi 4 e 5 dell’art. 1 della delega,

nell’ipotizzare che il decreto di riordino (che il Governo ha optato di adottare contestualmente al decreto di recepimento) abroghi il regolamento di esecuzione e attuazione del vigente codice dei contratti pubblici, prescrivono che sulla base di detto decreto sono, “altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte

Il legislatore, quindi, ha ritenuto di sostituire il regolamento governativo di attuazione del Codice dei contratti con strumenti di regolazione fluidi e costantemente aggiornati elaborati, le c.d. linee guida¹⁸.

Queste ultime, elaborate e in molti casi direttamente approvate dall'ANAC, sono chiamate ad integrare e/o attuare, talvolta con effetto vincolante, la disciplina normativa primaria in ordine ad aspetti ed istituti fondamentali della contrattualistica pubblica¹⁹.

Il codice dei contratti pubblici ne prevede tre diverse tipologie:

- le linee guida approvate con decreto ministeriali su proposta dell'ANAC;
- le linee guida approvate dalla stessa ANAC con carattere vincolante;
- le linee guida approvate dall'ANAC senza carattere vincolante.

Le linee guida, tuttavia, nel silenzio della legge che nulla dice sulla loro qualificazione giuridica, pongono notevoli problemi interpretativi. È necessario, dunque, chiarire la natura giuridica di tali provvedimenti, nonché la loro collocazione nella

dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere”.

¹⁸ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 2 agosto 2016, n. 1767, p. 2: “*Le differenti tipologie di atti attuativi del codice. Il Legislatore del 2006 aveva optato per un modello unitario di attuazione delle regole da esso poste, mediante l'adozione di un generale regolamento governativo (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).*

Il Legislatore della riforma ha optato per un sistema diversificato e più flessibile basato essenzialmente su tre differenti tipologie di atti attuativi: a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora innanzi solo ANAC o Autorità), previo parere delle competenti commissioni parlamentari;

b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante erga omnes, e in particolare le linee guida;

c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante”.

¹⁹ GIUFFRÈ, *Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in www.federalismi.it, p. 4

gerarchia delle fonti del diritto, così da individuare in modo chiaro una disciplina sul piano procedimentale ed e su quello della tutela giurisdizionale.

Risulta evidente, infatti, che l'ANAC sia titolare non solo di poteri di amministrazione attiva, quali i poteri sanzionatori e consultivi, ma abbia anche una competenza ad adottare alcuni atti, attribuitagli dal Codice dei contratti, di natura normativa.

La qualificazione e l'inquadramento giuridico di tali strumenti, inoltre, è resa ancora più complicata dalla diversità di tipologie, sia quanto ai contenuti, sia quanto alla forza (vincolante e non vincolante), sia, ancora, quanto alla procedura e all'autorità emanante²⁰.

Può, però, di certo escludersi la loro assimilazioni agli strumenti di soft law²¹. Questi, infatti, sorti nel diritto internazionale al fine di risolvere questioni, transazioni e rapporti non soggetti ad alcuna normazione vincolante, si limitano ad introdurre regole tecniche e non giuridiche.

Basti pensare, al tal proposito, alle leggi Balduzzi e Gelli-Bianco sulla responsabilità del personale sanitario.

²⁰ Tra gli autori intervenuti sul tema, oltre al già ricordato C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC*, cit.; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016, 436 ss.; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016; M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016; V.B. BONANNO, *ANAC legislatore uber alles - Il ruolo dell'ANAC nell'attuale sistema di regolazione degli appalti pubblici. Il caso della delibera n. 157/2016 in materia di subappalto necessario e contratti esclusi e le prospettive per l'attuazione della Legge n. 11/2016*, in *www.lexitalia.it*; I.A. NICOTRA, *Art. 213. Autorità Nazionale Anticorruzione*, in G.F. Ferrari, G. Morbidelli, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2017.

²¹ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 1 aprile 2016, n. 855, p. 36 ss. "Ciò sia per individuare una chiara disciplina sul piano procedimentale e delle garanzie per gli stakeholders, sia per evitare inutili, anzi onerose e defatiganti incertezze applicative (che possono derivare anche dal riferimento improprio, operato dai primi commentatori, al concetto di soft regulation, estraneo all'ordinamento nazionale e comunque troppo generico, in assenza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale)".

Tali strumenti, dunque, sono privi della vincolatività propria dell'*hard law*²², di conseguenza l'osservanza delle regole da essi prodotte è affidata all'adesione volontaria dei soggetti interessati²³.

Le linee guida previste dal Codice dei contratti, invece, sono idonee ad incidere sulle posizioni giuridiche dei destinatari.

Ciò è dimostrato non solo dal loro tendenziale carattere vincolante (peraltro assai inopportuno rimesso alle modalità di maggiore o minore dettaglio della relativa previsione invece che alla sua espressa affermazione da parte della fonte primaria o ad altri chiari e univoci elementi di identificazione), ma anche dalla loro forza integrativa e

²² BIN, *op. cit.*, p. 1: "Non so se i linguisti abbiamo mai sviluppato questa tesi, ma ho spesso l'impressione che il linguaggio sia un sistema "a somma zero", nel senso che ogni neologismo vi venga inserito tende a ridurre lo spazio semantico delle parole usate in precedenza. Così sono portato a chiedermi a quali parole venga sottratto spazio dall'introduzione di termini come *soft law* e *governance*. Sono due parole quasi coetanee, mi sembra, e sicuramente connesse: *soft law* rappresenta una produzione di regole che avviene per canali diversi dalle procedure formali tipiche delle istituzioni costituzionali di governo, e rinvia piuttosto a modi "nuovi", comunque diversi di gestire processi decisionali complessi, la *governance* per l'appunto. Naturalmente il fenomeno non è solo linguistico: *soft law* allude ad un certo superamento del ruolo dell'*hard law*, ossia del diritto proveniente dalle istituzioni politiche, e *governance* al superamento delle procedure con cui quelle istituzioni decidono"

²³ MORETTI, *op.cit.*, p. 5 e ss.: "tra gli atti di *soft regulation* adottati dalle pubbliche amministrazioni, spiccano i numerosi interventi di moral suasion o dissuasione elaborati dalle varie Autorità amministrative indipendenti. [...] Tali interventi sono caratterizzati da un elevato grado di informalità e si collocano al di fuori del sistema delle fonti normative tipizzate, dando origine a quelle che nel diritto anglosassone sono qualificate come *tertiary rules*. In genere, le cause che spingono un'AI a ricorrere alla *soft regulation* possono essere molteplici. In alcuni casi, tale scelta rappresenta semplicemente una scorciatoia per colmare una lacuna o per anticipare un successivo atto vincolante; in altri, invece, l'Autorità preferisce adottare un atto persuasivo per non irrigidire eccessivamente le regole del mercato di riferimento. Ovviamente, questo tipo di atti non crea regole vincolanti per gli operatori economici. Tuttavia, è altrettanto evidente come tali interventi non siano del tutto privi di efficacia giuridica, contenendo pur sempre sollecitazioni provenienti da soggetti istituzionali autorevoli e particolarmente qualificati."

progressivamente sostitutiva delle disposizioni regolamentari abrogate per effetto della loro approvazione²⁴.

In relazione alle linee guida, quindi, sembra più opportuno parlare di fast law, piuttosto che di soft law.

4.2 La posizione del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato ha manifestato i propri orientamenti in materia non solo in sede di consultazione sullo schema di decreto legislativo e sullo schema delle linee guida ANAC fino ad ora emanate, ma anche in sede giurisdizionale.

I Giudici di Palazzo Spada, innanzitutto, ricavano indicazioni esegetiche utili dalla stessa legge delega per l'adizione del nuovo Codice dei contratti (L. n.11/2016), rilevando che “la delega riconduce le linee guida e gli atti in questione al genere degli atti di indirizzo (lett. t) e li qualifica come strumenti di regolazione flessibile (termine anch'esso estraneo al nostro sistema delle fonti, di cui va qui identificata la disciplina applicabile. Dal punto di vista procedimentale, la delega non reca alcuna disciplina, né rinvia ad atti-fonte del Ministero o della stessa ANAC. L'unica disposizione specifica al riguardo è quella (lett. u) che prevede la trasmissione alle Camere di apposite relazioni nei casi individuati dal codice, oltre a quella prevista dal citato comma 5 dell'art. 1 della legge delega per le linee guida “ministeriali”. L'art. 213, comma 2, secondo periodo dello schema di codice identifica (non senza genericità) gli atti da trasmettere in quelli “ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto della regolamentazione”²⁵”.

Il Consiglio di Stato, nonostante l'estrema eterogeneità dei diversi modelli di linee guida, ne ha classificate tre tipologie: quelle approvate con decreto ministeriale, quelle vincolanti

²⁴ GIUFFRÈ, *op. cit.*, p. 6

²⁵ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 1 aprile 2016, n. 855, p. 37 ss

adottate dall'ANAC e quelle non vincolate (sempre adottate dall'ANAC).

La Commissione speciale, con il parere 1° aprile 2016, n. 855, ribadito con parere del 2 luglio 2016, ha concluso che “le linee guida approvate con decreti ministeriali o interministeriali possiedono una chiara efficacia innovativa dell’ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza delle disposizioni ivi previste²⁶”.

Tali atti, pertanto al di là del nome iuris fornito dalla delega e dal codice, sono sussumibili nella categoria dei regolamenti ministeriali²⁷.

In ordine alle linee guida con efficacia vincolante approvate con decreto ministeriale, tuttavia, pur essendo pacifica la loro natura normativa, non si può fare a meno di segnalare due aspetti singolari che caratterizzano tali provvedimenti: da un

²⁶ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 1 aprile 2016, n. 855, p. 38

²⁷ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 1 aprile 2016, n. 855, p. 38: “Pertanto, anche indipendentemente dal *nomen iuris* fornito dalla delega e dallo stesso codice (che potrà comunque precisarlo in sede di approvazione definitiva, nei singoli articoli di riferimento), tali atti devono essere considerati quali ‘regolamenti ministeriali’ ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con tutte le conseguenze in termini di:

- forza e valore dell’atto (tra l’altro: resistenza all’abrogazione da parte di

fonti sotto-ordinate, disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale);

- forma e disciplina procedimentale stabilite dallo stesso comma 3 (ad esempio: comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione) e dal successivo comma 4 della legge da ultimo citata;

- implicazioni sulla potestà regolamentare costituzionalmente riconosciuta

a favore delle Regioni (art. 117, sesto comma, Cost.), tenuto conto dell’esistenza nella materia dei contratti pubblici di titoli di competenza di queste ultime (cfr. Corte Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401);

- rispetto alle regole codificate nell’art. 17, comma 3, della legge n. 400 del

1988 per i regolamenti ministeriali, la legge delega “rafforza” il procedimento, prescrivendo in aggiunta – nell’evidente considerazione dell’importanza e delicatezza della materia – il parere delle competenti commissioni parlamentari”.

lato la lampante anomalia della soggezione all'approvazione ministeriale di un atto (sia pure regolatorio) elaborato da un'Autorità che dovrebbe essere indipendente dal potere esecutivo; dall'altro la deroga alle garanzie procedurali previste dall'art. 17, comma 3, della legge 400/88 (che integra un'ulteriore ipotesi di fuga dal regolamento).

Diverso discorso, invece, deve essere fatto per le linee guida a carattere vincolante adottate direttamente dall'ANAC (cioè non approvate con decreto del Ministro per le infrastrutture e i trasporti). e riconducibili all'espressione "altri atti di regolamentazione flessibile".

Si tratta indubbiamente della categoria che ha creato maggiori problemi interpretativi.

In primo luogo si rileva un'intrinseca contraddizione tra il nomen, solitamente riferito agli atti di raccomandazione ed istruzione operativa per la migliore applicazione dei precetti normativi, e la portata vincolante attribuita ai suoi contenuti²⁸.

A ciò deve essere poi aggiunta l'incertezza sulla portata vincolante o meno delle linee guida che può essere stabilita solo di volta in volta in base alle loro specifiche caratteristiche, piuttosto che facendo riferimento ad indici stabili come la forma, la qualificazione o la procedura seguita.

La discrasia tra il nome e la sostanza delle linee guida ha reso manifesta la complessità della loro classificazione dogmatica, legittimando due diverse ed incompatibili ipotesi ricostruttive, puntualmente esaminate dal Consiglio di Stato.

²⁸ DEODATO, *op. cit.*, p. 12: "Secondo la concezione tradizionale, infatti, le linee guida costituiscono un'espressione propria del potere di direttiva (come si desume anche dalla valenza semantica dell'espressione usata per il loro nome), che si declina, a sua volta, per mezzo di raccomandazioni, istruzioni operative e, quindi, in definitiva, mediante l'indicazione delle modalità attuative del precetto normativo, ma mai per mezzo di regole cogenti e vincolanti (che, semmai, costituiscono il presupposto logico dei chiarimenti affidati alle linee guida)".

La prima tesi qualificava le linee guida vincolanti come provvedimenti dotati di una vera e propria natura normativa extra ordinem (ossia come atti normativi atipici).

La seconda tesi, invece, le classificava come atti di regolazione del tipo di quelli adottati dalle autorità amministrative indipendenti.

La prima teoria, chiaramente incompatibile con il principio di legalità, non poteva in alcun modo trovare accoglimento.

Il Consiglio di Stato, dunque, ha rigettato la posizione assunta da quella parte della dottrina²⁹ che riconduce le linee guida vincolanti adottate direttamente dall'ANAC alla categoria degli atti normativi, preferendo invece optare per la tesi che le riconduce agli atti di regolazione delle Autorità indipendenti³⁰.

²⁹ MORBIDELLI, *op. cit.* e F. CINTIOLI, *op. cit.*

³⁰ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 1 aprile 2016, n. 855, p. 38: “Il riconoscimento per tali provvedimenti di una vera e propria natura normativa extra ordinem – pure proposta da taluno – suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale, soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un’innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti. Questo Consiglio di Stato ritiene, invece, preferibile l’opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l’ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un’Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione. Pertanto, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell’ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, ‘di regolazione’.

Tale ricostruzione consente di chiarire e di risolvere una serie di problemi sul piano applicativo.

In primo luogo, essa non pregiudica, ma anzi riconferma, gli effetti vincolanti ed erga omnes di tali atti dell’ANAC, come disposto dalla delega (in particolare dalla lett. t), che come si è detto parla di “strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante”.

In secondo luogo, tale assimilazione consente di assicurare anche per questi provvedimenti dell’ANAC tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione già oggi pacificamente vigenti per le Autorità indipendenti, in considerazione della natura ‘non politica’, ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del ‘principio di legalità

sostanziale’ con un più forte rispetto di criteri di ‘legalità procedimentale’.

Tra queste, se ne segnalano in particolare tre:

- l’obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di ‘consultazione’, che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al decision making process dei soggetti interessati e che ha anche l’ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell’intervento regolatorio;
- l’esigenza di dotarsi – per gli interventi di impatto significativo – di strumenti quali l’analisi di impatto della regolazione-AIR e la verifica ex post dell’impatto della regolazione-VIR, strumenti per i quali occorrerà sviluppare modelli ad hoc per l’ANAC, sulla scorta di quanto già attualmente fanno le Autorità di regolazione (e secondo quanto già prevedeva l’art. 8, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 per l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici);
- la necessità di adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione tramite la concentrazione in “testi unici integrati” di quelle sulla medesima materia (best practice ormai diffusa presso le principali Autorità di regolazione, in primis quella per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico): tale strumento appare significativamente necessario per il settore degli appalti allo scopo di evitare il rischio di proliferazione delle fonti che si volevano ridurre e di perdita di sistematicità ed organicità dell’ordinamento di settore, violando in sede attuativa il vincolo a una “drastica riduzione” dello stock normativo imposto dalla lett. d) della delega.

In terzo luogo, tale ricostruzione consente anche la realizzazione, per gli

“atti di regolazione” dell’ANAC, di forme di adeguata pubblicità: certamente sul sito della stessa Autorità, che andrà appositamente strutturato, ma anche per una pubblicità sulla Gazzetta Ufficiale, non richiesta per le autorità amministrative indipendenti ma altamente opportuna, ad avviso di questo Consiglio di Stato, in ragione della trasversalità della materia dei contratti pubblici e della latitudine dell’ambito applicativo dei provvedimenti de quibus. Una chiara previsione sulla pubblicità di tali delibere – da inserire, nel caso, all’art. 213 dello

schema – rende meno delicata (e comunque lascia impregiudicata) la questione se debba o meno essere disposta la successiva comunicazione alle Camere (come pure sarebbe preferibile ai fini della conoscibilità del quadro regolatorio da parte degli operatori del settore), che in base allo schema di decreto sussiste solo in virtù di un requisito sostanziale di tipo rinforzato (rilevante impatto regolatorio), ancorché privo di una definizione oggettiva.

In quarto luogo, pur in assenza del parere obbligatorio del Consiglio di Stato ex art. 17 della l. n. 400 del 1988, si rileva che tale sostegno consultivo resta pur sempre possibile in via facoltativa, sotto forma di quesito, sia in ragione della generalità delle questioni e dell’impatto erga omnes dei provvedimenti, sia per analogia con l’art. 17, comma 25, della l. 15 maggio 1997, n. 127, che prevede il parere obbligatorio del Consiglio sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni dei Ministeri.

La Commissione speciale, inoltre, con il parere del 2 agosto 2016 n. 1767 osserva che “gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzano per il fatto che il principio di legalità assume una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi. La legge, infatti, in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso. Nella fattispecie in esame, la legge, invece, ha definito in modo più preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere, lasciando all'Autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi”³¹.

In relazione alle linee guida vincolanti, tuttavia, è necessario assicurare tutte le garanzie procedimentali e di qualità della regolazione già riconosciute per le autorità amministrative dalla giurisprudenza amministrativa, in considerazione della natura tecnica e amministrativa di tali organismi, nonché dell'esigenza di compensare la maggiore flessibilità del principio di legalità sostanziale con un più forte rispetto dei principi di legalità procedimentale.

Tale qualificazione consente la piena giustiziabilità delle linee guida davanti al giudice amministrativo, come disposto dalla legge delega (art. 1, lettera t).

Per ultimo, ma non da ultimo, resta confermata la piena giustiziabilità delle linee guida dell'ANAC di fronte al giudice amministrativo, peraltro affermata chiaramente già dalla legge delega (lett. t).

In conclusione, la esposta ricostruzione appare compatibile, oltre che con il dettato della delega e con il sistema delle fonti, anche con l'esigenza inderogabile di un riformato contesto di 'qualità' e 'certezza regolatoria', con valenza erga omnes (che le Authorities di regolazione già oggi garantiscono, nei loro settori, quando si attengono agli indicati principi di better regulation).

³¹ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 2 agosto 2016, n. 1767, p. 4

Il Consiglio di Stato ha, inoltre, chiarito che la natura vincolante delle linee guida non lascia margini di valutazione alle amministrazioni ed agli enti aggiudicatori che sono obbligati a darvi concreta attuazione³².

Venendo ora alle linee guida elaborate e adottate dall'ANAC non aventi efficacia vincolante, invece, si rileva che esse sono agevolmente ricondotte alla categoria degli atti amministrativi a contenuto generale³³.

Il Consiglio di Stato rileva, infatti, che “le linee guida non vincolanti sono anch'esse atti amministrativi generali, con consequenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo. Esse perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti. Il principio di legalità si atteggia, in questo caso, in modo ancora differente, in quanto il d.lgs. n. 50 del 2016 si è limitato ad autorizzare, con previsione generale, l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire “la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche” (art. 213). La diversità ontologica rispetto

³² Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 2 agosto 2016, n. 1767, p. 6: “La natura vincolante delle linee guida non lascia poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori, che sono obbligati a darvi concreta attuazione. È bene puntualizzare che la “vincolatività” dei provvedimenti in esame non esaurisce sempre la “discrezionalità” esecutiva delle amministrazioni. Occorre, infatti, valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali. La particolare natura delle linee guida in esame comporta che, in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali”.

³³ F CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, pp. 381 ss.

alle linee guida vincolanti segna anche la diversità di disciplina”³⁴.

³⁴ Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 2 agosto 2016, n. 1767, p. 7

Bibliografia

BIN R., *Soft law, no law*, in www.robertobin.it.

BONANNO V.B., *ANAC legislatore uber alles - Il ruolo dell'ANAC nell'attuale sistema di regolazione degli appalti pubblici. Il caso della delibera n. 157/2016 in materia di subappalto necessario e contratti esclusi e le prospettive per l'attuazione della Legge n. 11/2016*, in www.lexitalia.it.

CHITI M. P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016, 436 ss

CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017.

CINTIOLI F., *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, II ed., Giappichelli, Torino, 2007.

DELLE FOGLIE M., *Verso un “nuovo” sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in giustamm.it, 2016

DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustamm.it, 2016.

GIANNINI M.S., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro.it*.

GIUFFRÈ A., *Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in www.federalismi.it.

LICCIARDELLO S., *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in www.federalismi.it.

LUPO N., *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in www.federalismi.it, 2018.

MANGANI R., *Riforma appalti. Ma sulla "soft law" non mancano dubbi: iter e costituzionalità*, in www.ilsole24ore.it.

MORBIDELLI G., *Il TAR del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in *Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2001.

MORBIDELLI G., *Linee guida ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 2016, p. 7

MOSCARINI A., *Sui decreti del Governo di natura “non regolamentare” che producono effetti normativi*, in *Giur cost.*, 2008.

NICOTRA I.A., *Art. 213. Autorità Nazionale Anticorruzione*, in G.F. Ferrari, G. Morbidelli, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2017.

SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954.

TONOLETTI B., *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2015.

TRIMARCHI M., *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016.