

1

gennaio-aprile
2021

SoDiS

Società italiana di
Diritto Sanitario

CORTI SUPREME e SALUTE

Rivista diretta da
Renato Balduzzi

In evidenza:

- Le fonti del diritto alla prova della pandemia
- La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale (nota a C. cost. 37/2021)
- Dal mancato rispetto delle politiche europee per la qualità dell'aria ai diritti delle generazioni future (nota a CGUE 10 novembre 2020, C-644/18)
- Il (disturbo da) gioco d'azzardo tra politica e magistratura

DIREZIONE

Renato Balduzzi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano)

COMITATO SCIENTIFICO

Enzo Balboni (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano); Mario Bertolissi (Università di Padova); Carlo Bottari (Università di Bologna); Josep Maria Castellà Andreu (Universitat de Barcelona); Lorenzo Chieffi (Università della Campania); Matteo Cosulich (Università di Trento); Lorenzo Cuocolo (Università di Genova); Carlo Emanuele Gallo (Università di Torino); Gianmario Demuro (Università di Cagliari); Giuseppe Di Gaspare (LUISS, Roma); Giorgio Grasso (Università dell'Insubria); Donatella Morana (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo Luciani (Università di Roma "La Sapienza"); † Jörg Luther (Università del Piemonte Orientale); Bertrand Mathieu (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Barbara Pezzini (Università di Bergamo); Annamaria Poggi (Università di Torino); Fabrizio Politi (Università dell'Aquila); Emanuele Rossi (Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa); Maria Alessandra Sandulli (Università di Roma Tre); Massimo Siclari (Università di Roma Tre); Michel Verpeaux (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Carlos Vidal Prado (UNED, Madrid); Lorenza Violini (Università di Milano)

REDAZIONE SCIENTIFICA

Davide Servetti, Andrea Patanè, Vincenzo Antonelli, Luca Armano, Francesco Gallarati, Davide Paris, Arianna Pitino, Eugenio Tagliasacchi

Corti Supreme e Salute è classificata nell'elenco delle riviste scientifiche (area 12) tenuto dall'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca.

Il presente fascicolo è stato pubblicato con il contributo del Centro d'eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell'Università del Piemonte Orientale.

Direttore responsabile: Renato Balduzzi

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Ospedaletto (PI)

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacineditore.it • info@pacineditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*

Elena D'Orlando** e Federico Nassuato***

SOMMARIO: 1. L'impatto della pandemia sul sistema delle fonti: il ruolo delle c.d. fonti terziarie. – 2. Le linee guida nel quadro della teoria delle fonti. – 3. Il regime giuridico delle linee guida e delle fonti terziarie: normatività, efficacia e rimedi. – 3.1. Le fattispecie normativamente strutturate e le linee guida aventi efficacia diretta esterna alla P.A. – 3.2. Le linee guida rivolte a organi della P.A. e la variabile della vincolatività. – 3.3. Le linee guida non vincolanti e l'analogia con le circolari amministrative. – 3.4. Linee guida, fonti terziarie e *soft law*. – 4. Considerazioni di sintesi.

ABSTRACT:

Il contesto emergenziale originato dalla pandemia da Covid-19 ha prodotto notevoli ricadute sul sistema delle fonti del diritto amministrativo italiano, determinando – tra le altre cose – un significativo incremento del ruolo delle c.d. fonti terziarie e, in particolare, delle linee guida. Partendo da questa premessa, il contributo analizza brevemente il tema della collocazione delle linee guida nel quadro delle fonti con riferimento ai profili di normatività, efficacia e vincolatività, nonché del relativo regime giuridico in prospettiva rimediabile. La riflessione si conclude con alcuni spunti relativi alla necessità di riconsiderare la teoria delle fonti, tenendo maggiormente in considerazione la pluralità di sottosistemi in cui si articola oggi l'ordinamento giuridico in ragione delle complesse esigenze regolative emergenti dalla realtà.

The emergency context due to Covid-19 pandemic has produced remarkable effects on the sources of Italian administrative law, increasing inter alia the role of the so-called tertiary sources, especially regarding guidelines. Moving from these considerations, the paper briefly analyses the issue concerning the position of guidelines within the framework of sources, by taking into account the aspects of normativity, validity, and binding nature, and by examining also the legal regime of guidelines from a judicial review perspective. The paper ends with some suggestions relating to the need to reconsider the theory of sources of law, taking into greater consideration the plurality of subsystems in which the legal system is divided today due to the complex regulatory needs emerging from reality.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. I paragrafi 1, 2 e 4 sono da attribuire a Elena D'Orlando; il paragrafo 3, nelle sue articolazioni, a Federico Nassuato.

** Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Udine, elena.dorlando@uniud.it.

*** Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche presso le Università di Udine e di Trieste, curriculum Diritto pubblico e sistema penale, nassuato.federico@spes.uniud.it.

1. L'impatto della pandemia sul sistema delle fonti: il ruolo delle c.d. fonti terziarie

La situazione di emergenza originata dalla pandemia da Covid-19 ha determinato, come noto, un impatto considerevole sul sistema delle fonti nell'ordinamento italiano. La produzione normativa posta in essere per fronteggiare l'emergenza, sebbene si presenti agli osservatori con un carattere perlopiù alluvionale e privo di coerenza sistemica, ha rappresentato un cruciale *stress test* per la tenuta del sistema delle fonti, il cui assetto tradizionale ha subito ripercussioni tali da far dubitare della sua effettiva sopravvivenza o ricomponibilità secondo le logiche e i criteri precedenti¹.

Le ricadute di questo impatto intersecano infatti ambiti assai diversificati e con effetti pervasivi: dalla limitazione delle libertà costituzionali alla crisi del principio di legalità, dall'articolazione territoriale del potere al rapporto tra Governo e Parlamento. L'ampiezza del fenomeno può forse dipendere anche dalla circostanza che il testo costituzionale, fonte sulle fonti dotata della competenza delle competenze, non contempla gli stati emergenziali, attribuendo specifiche competenze, disciplinando i procedimenti da utilizzarsi e indicando l'*an* e il *quomodo* della limitazione dei diritti. La carenza di tali disposizioni lascia quindi aperti alcuni interrogativi sulla titolarità dei poteri emergenziali, sulla latitudine e sulle modalità del loro esercizio. Per questa ragione l'impatto della rottura dell'ordinarietà può essere particolarmente problematico: la forza dei fatti, che si impone e determina ripercussioni che mettono alla prova la tenuta di un sistema, ne mette in evidenza con maggior nitore punti di forza e di debolezza, elementi strutturali più o meno consolidati e criticità variamente latenti².

Il sistema delle fonti non può non risentire di tale scenario, tant'è che da parte di alcuni osservatori si è scritto di una sua «crisi palese, ormai endemica»³.

Tra i numerosi fattori disgregativi del sistema delle fonti recentemente all'attenzione della dottrina, rinvenibili trasversalmente in plurimi ambiti poiché riguardanti non tanto l'oggetto quanto le modalità delle tecniche di normazione, si può certamente annoverare il notevole incremento del ruolo degli strumenti di normazione "flessibile", quali linee gui-

¹ Sull'impatto della pandemia e della conseguente normativa emergenziale sul sistema delle fonti si vedano, *ex multis*, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 2, e M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, nonché i contributi pubblicati nel fascicolo speciale 2020 dell'*Osservatorio sulle fonti*, intitolato *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*.

² Anche se i punti cardinali ai quali fare riferimento ci sono e si possono e devono individuare all'interno dell'ordine costituzionale dato: sul tema si consenta il rinvio a E. D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, n. 2, pp. 577 ss., disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

³ COSÌ A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, 1, 2020, 6 aprile 2020, pp. 203 ss., disponibile in www.giurcost.org e ora anche in A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XXIV. Studi dell'anno 2020*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 279 ss.

da, circolari, direttive e raccomandazioni⁴. Sebbene, come si avrà modo di specificare nel prosieguo, ciascuna categoria di strumenti possa comprendere al suo interno atti della più svariata natura ed efficacia, in linea generale e con una prima approssimazione si può affermare trattarsi perlopiù di atti amministrativi generali che stabiliscono regole “elastiche”, a vincolatività relativa o cedevole, per identificare i quali in dottrina è stata proposta la categoria delle c.d. fonti terziarie⁵.

L'emersione delle fonti terziarie è in realtà piuttosto risalente ed è indicata da tempo come uno dei principali fattori di crisi del tradizionale sistema delle fonti, specie con riferimento ai “rami bassi” del sistema. Tuttavia, l'emergenza sanitaria ha impresso una decisa accelerazione al fenomeno, attribuendo in particolare a linee guida e circolari un ruolo di notevole importanza nella fissazione delle regole di condotta per le pubbliche amministrazioni e per i cittadini, per l'esercizio delle libertà fondamentali e, in particolare, per lo svolgimento delle attività economiche.

La normativa primaria di contrasto alla pandemia si è infatti rivelata inadeguata a disciplinare compiutamente le fattispecie sorte nel contesto emergenziale, dovendosi procedere nella maggioranza dei casi ad una delega (più o meno ampia) a fonti secondarie; ma spesso neppure queste ultime sono risultate sufficienti, onde la necessità di ricorrere a strumenti di rango terziario per integrare le disposizioni normative sovraordinate. Ciò è stato determinato, per un verso, dalla complessità tecnica delle scelte e delle questioni da affrontare, unita alla necessità di provvedere con efficacia e celerità rispetto alla situazione contingente, che hanno richiesto l'individuazione di soluzioni regolatorie di spiccato profilo tecnico-scientifico, opportunamente circostanziate e calibrate sui casi concreti⁶. Per altro verso, ha pesato in una certa misura anche la qualità della stessa normativa primaria e secondaria, il cui contenuto assai incerto e nebuloso ha certamente favorito un più ampio ricorso al «paradigma dell'elasticità», concretizzatosi in un profluvio di disposizioni flessibili e atipiche⁷. Si è pertanto ripetuto, in occasione dell'emergenza sanitaria, quel fenomeno di “fuga dal regolamento”, già da tempo segnalato dalla dottrina come fattore evolutivo (o involutivo) ulteriore rispetto alla tradizionale “fuga dalla legge”⁸. Questa volta, tuttavia, la fuga non è sfociata soltanto nell'emanazione di atti atipici di normazione secondaria o di ordinanze

⁴ In particolare, sul ruolo delle linee guida nella gestione dell'emergenza pandemica si vedano, da ultimo, D. BOLOGNINO, E. PROVENZANI, *Interrogativi sulla sussistenza di soft-regulation e soft-obligation nel contesto emergenziale relativo alla pandemia da Covid-19*, V. DESANTIS, *Il ricorso alle linee guida come (improprio) fattore di semplificazione normativa* e F. LAUS, *La natura caleidoscopica delle linee guida: tra responsabilità medica, lotta alla pandemia e regolazione del diritto dei contratti pubblici*, tutti in questa *Rivista*, 2020, n. 3.

⁵ Sulla nozione di fonti terziarie, M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, n. 4, pp. 683 ss.

⁶ Così V. DESANTIS, *op. cit.*, 2.

⁷ *Ibid.*

⁸ N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 3. Vedasi anche B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, nn. 2-3, pp. 371 ss.

extra ordinem, ma ha lasciato uno spazio regolatorio integrativo di indubbio rilievo anche agli strumenti di livello terziario, connotati da un'efficacia precettiva flessibile e non (direttamente) vincolante.

Più specificamente, è possibile enucleare almeno due direttrici evolutive correlate al fenomeno della crescente rilevanza delle fonti terziarie nel contesto emergenziale. Da un lato, la pandemia ha incrementato l'efficacia esterna indiretta di atti che tradizionalmente si ritenevano circoscritti all'interno della sfera giuridica delle pubbliche amministrazioni da cui provenivano. In altre parole, le fonti terziarie adottate dalla P.A. hanno rapidamente assunto un'inusuale rilevanza esterna e una vasta diffusione nell'ordinamento generale, nel momento in cui sono divenute oggetto di ampia consultazione e di affidamento generalizzato da parte della collettività, tanto da far ritenere ormai tramontata la definizione di "norme interne" solitamente associata a questa tipologia di atti⁹. Per la prima volta, in modo così diffuso, i cittadini si sono infatti rivolti ed affidati a fonti non vincolanti per ottenere una chiarificazione sulle regole di condotta e comprendere con maggior certezza i confini tra le azioni consentite e quelle vietate¹⁰.

Dall'altro, la situazione emergenziale ha attribuito una rilevanza giuridica *de facto* a strumenti che in precedenza potevano vantare un'efficacia tutt'al più di carattere pre-giuridico. Si pensi alle c.d. *Frequently Asked Questions* (F.A.Q.), la cui pubblicazione sui siti internet dei Ministeri o di altri enti pubblici ha conosciuto un rapido e significativo incremento, incoraggiando quindi la vasta circolazione di tali moduli nella collettività e il conseguente affidamento da parte dei soggetti privati. Pertanto, anche tali particolari strumenti di natura atipica, nei quali solitamente si farebbe fatica persino rintracciare i caratteri minimi ed essenziali dell'atto amministrativo, sul piano empirico e fattuale hanno assunto una certa rilevanza para-giuridica nell'ambito dell'ordinamento generale e del rapporto tra

⁹ Su cui cfr., tra gli altri: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, Milano, Giuffrè Francis LeFebvre, 2020, pp. 368 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 89 ss.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 351 ss.

¹⁰ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla circolare del Ministero dell'Interno del 31 marzo 2020 (N. 15350/117(2) Uff.III-Prot. Civ.), concernente le allora vigenti misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica, che ha fornito «taluni chiarimenti in merito a profili applicativi in tema di divieto di assembramento e di spostamenti di persone fisiche». La circolare ha fornito delle indicazioni interpretative assai dettagliate e circostanziate, che disvelano un carattere in qualche misura innovativo rispetto alle prescrizioni sovraordinate di cui dovrebbero, teoricamente, costituire una mera esplicitazione o specificazione. Ad esempio, la circolare ha chiarito (o stabilito?) che «è da intendersi consentito, ad un solo genitore, camminare con i propri figli minori in quanto tale attività può essere ricondotta alle attività motorie all'aperto, purché in prossimità della propria abitazione». Con ogni evidenza, tali indicazioni di dettaglio sono dotate di un'indubbia efficacia esterna indiretta, essendo suscettibili di ingenerare un legittimo affidamento in capo ai cittadini sull'esatta delimitazione e applicazione delle regole di condotta stabilite dalle fonti sovraordinate. Un discorso analogo vale per la circolare del Ministero dell'Interno del 2 maggio 2020 (N. 15350/117(2) Uff.III-Prot.Civ.), con la quale si chiariva la nozione di "congiunti" legittimati, ai sensi del d.p.c.m. del 16 aprile 2020, ad effettuare spostamenti all'interno delle Regioni per incontrarsi reciprocamente. Poiché il d.p.c.m. ometteva di definire espressamente la qualifica di congiunti, generando incertezza applicativa, la predetta circolare ha specificato che «l'ambito cui si riferisce tale espressione può ricavarsi in modo sistematico dal quadro normativo e giurisprudenziale», sicché «deve ritenersi che la definizione ricomprenda i coniugi, i rapporti di parentela, affinità e di unione civile, nonché le relazioni connotate "da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti"», conformemente a Cass. civ., sez. IV, n. 46351/2014.

amministrazione e cittadini, arrivando ad incidere in via indiretta sulla sfera giuridica dei consociati.

In sintesi, la progressiva flessibilizzazione del sistema delle fonti, quale fenomenologia emersa già da tempo nell'ordinamento, è stata significativamente accelerata dalla situazione contingente all'emergenza pandemica. In questo scenario, le fonti terziarie hanno acquisito un ruolo ampio e inedito e ciò ripropone in modo più pressante l'interrogativo sulla loro effettiva collocazione nel sistema delle fonti e sulla loro normatività, efficacia e vincolatività, nonché sul loro regime giuridico in prospettiva rimediabile.

Da qui l'articolazione di alcune riflessioni che si inseriscono nel dibattito relativo alla complessa ricostruzione del ruolo delle fonti terziarie – e in particolar modo, per quanto interessa in questa sede, delle linee guida – nel più ampio contesto del sistema delle fonti e, in particolare, delle fonti del diritto amministrativo.

2. Le linee guida nel quadro della teoria delle fonti

La crescente rilevanza delle linee guida e di altri strumenti di normazione non vincolante nel sistema delle fonti del diritto amministrativo costituisce espressione della più generale tendenza ad una maggiore atipicità e flessibilità nei modi di produzione delle norme giuridiche¹¹.

D'altro canto, le fonti del diritto amministrativo non sono a numero chiuso¹². E ciò trova conferma nell'arricchimento del parametro legale, includente non solo norme esterne all'ordinamento, ma anche quelle prodotte all'interno da soggetti e/o attraverso procedimenti diversi da quelli tipici delle fonti legali¹³. Il principio di legalità resta certo il presidio garantistico della predeterminazione normativa dell'attività amministrativa, ma con un quadro normativo che è disegnato da norme di diverso valore e di diversa provenienza, sino a giungere al precetto concreto¹⁴. In questa prospettiva, è stato proposto di ampliare il concetto di fonte sino a ricomprendere tutti i parametri di legittimità dei provvedimenti singoli e concreti¹⁵.

¹¹ Sul punto, cfr. V. ITALIA, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 4 ss., C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 4, pp. 871 ss., nonché M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, pp. 704 ss.

¹² Così M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 704, citando E. SCHMIDT-ASSMAN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, 37.

¹³ Sull'evoluzione del principio di legalità quale componente dello statuto costituzionale della P.A., anche in prospettiva comparata ed europea, si consenta il rinvio a E. D'ORLANDO, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione. Contributo allo studio dei fenomeni di convergenza tra ordinamenti nello spazio giuridico europeo*, Milano, CEDAM-Wolters Kluwer, 2013, pp. 178 ss.

¹⁴ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, 2002, pp. 88 ss.

¹⁵ M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, pp. 710 ss.

Le linee guida rappresentano un chiaro segnale della volontà di affidare la regolazione di una serie estremamente varia di rapporti e attività a norme speciali, non cogenti, flessibili nell'applicazione, soggette ad aggiornamenti continui e connesse tanto all'evoluzione delle conoscenze scientifiche, quanto delle sue conseguenze sul sistema politico, economico e sociale.

Leggi e regolamenti risultano infatti insufficienti a stabilire una compiuta disciplina per determinati rapporti o situazioni, poiché non sempre sono in grado di fare fronte alle nuove esigenze che emergono con forza nel contesto socio-economico in continua trasformazione: si formano così regole nuove nel contenuto e nella forma¹⁶.

D'altro canto, nessun elenco, nessun sistema di atti e fatti normativi, quand'anche costituzionalmente stabilito, potrà mai essere assolutamente tassativo e compiuto, ovvero sottratto al divenire delle fonti, indipendente da formali revisioni costituzionali ma fondato sulla realtà delle vicende e delle necessità sociali e politiche. Tuttavia, non per questo si può ammettere la proliferazione di fonti *extra ordinem* che mettano in discussione le fonti legali e il loro sistema, né ritenere l'effettività la fonte delle fonti (secondo una visione metagiuridica dei processi di formazione del diritto), né tanto meno pensare che tutti i problemi siano risolvibili in termini di diritto vivente¹⁷.

Le nuove forme di normazione riportano all'attenzione degli osservatori la storica contrapposizione tra visione teoretica e visione dogmatica del sistema delle fonti. Da un lato, assume rilevanza tutto ciò che è in grado di introdurre regole efficaci nei confronti di coloro che sono soggetti all'ordinamento dello Stato (e, quindi, anche atti amministrativi generali, circolari, linee guida, testi unici di mera compilazione ecc.)¹⁸. Dall'altro, rilevano i soli atti e fatti idonei, secondo il parametro legale interno, a individuare ciò che è fonte rispetto a ciò che non lo è e che varia in ragione del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici e, quindi, della relatività del concetto di fonte. In realtà, ciò di cui si discute si sostanzia nell'adesione ad una concezione sostanzialistica o formale del concetto di fonte: si risale dalle norme alle fonti o si discende dalle fonti verso le norme?

Se si ragiona di fonti primarie, prevalgono certamente i criteri formali. Per le fonti secondarie, come noto, la questione è molto più complessa e i criteri sostanziali hanno una diversa rilevanza: oltre al criterio della generalità-astrettezza, si trova quello dello scopo, che distingue l'attività del provvedere concreto e temporaneo dalla vera e propria normazione innovatrice dell'ordinamento giuridico¹⁹.

Se questo è il quadro generale di riferimento "stabilizzato", è innegabile che oggi ci troviamo in un contesto nel quale le tradizionali modalità di produzione del diritto hanno parzialmen-

¹⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1945, pp. 124 ss.

¹⁷ L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 18 ss.

¹⁸ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Roma-Bologna, Zanichelli, 1996, p. 16.

¹⁹ L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., p. 54.

te ceduto il passo a nuovi strumenti, fino a mettere in discussione veri e propri postulati, quali i classici connotati distintivi delle norme giuridiche (generalità, astrattezza, novità) e i criteri che ne consentono la sistemazione nell'ordinamento (gerarchia e competenza). La normazione viene attratta sempre più verso il basso, con l'effetto complessivo di configurare il sistema delle fonti come una «piramide rovesciata», in cui una porzione consistente – per qualità e per quantità – della produzione normativa, anche se avente a oggetto beni di rilievo costituzionale, risulta da atti non considerati di rango primario o nemmeno contemplati nel sistema delle fonti (quali appunto linee guida, direttive, circolari, ecc.) quantunque di straordinario rilievo nella pratica giuridica d'ogni giorno, mentre le fonti teoricamente competenti perdono la natura e la funzione loro tipica e qualificante, recando discipline fin troppo dettagliate, la cui posizione invece competerebbe ad atti inferiori²⁰.

La trasformazione del sistema delle fonti, in corso ormai da qualche decennio, è stata d'altro canto ulteriormente accelerata negli ultimi anni con riguardo ad alcuni settori dell'organizzazione e della regolazione amministrativa: dalla disciplina dei contratti pubblici (si pensi alle linee guida ANAC) alla recente e vigente normativa emergenziale (si considerino le linee guida allegate ai principali d.p.c.m.).

Tale trasformazione assume rilevanza sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto quello soggettivo. Relativamente al primo aspetto, si affermano regole non più generali, astratte, con effetti stabilizzati nel tempo, ma speciali, non cogenti, flessibili nell'applicazione e soggette ad aggiornamenti continui. Per quanto riguarda il secondo, si evidenzia come le regole siano spesso prodotte da soggetti estranei al circuito rappresentanza-responsabilità politica, recidendosi così il nesso diretto tra produzione di regole giuridiche e legittimazione democratica.

Sotto quest'ultimo aspetto, inoltre, si segnala che specie in ambito sanitario è in aumento la tendenza a coinvolgere non solo medici, ma anche pazienti e utenti nella redazione delle norme, circostanza che se da un lato rivela una decisa apertura alla democratizzazione della scienza e della gestione del rischio sanitario²¹, dall'altro evidenzia conseguenti modifiche nello schema del procedimento di produzione normativa sul versante soggettivo. Questo modello partecipativo²², originariamente affermatosi nel contesto anglosassone²³,

²⁰ Il riferimento è alle riflessioni di A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consulta OnLine*, 2020, n. 3, 9 dicembre 2020, pp. 675 ss., disponibile in www.giurcost.org e ora anche in A. RUGGERI, *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, cit., pp. 877 ss. e, spec., pp. 888 ss.

²¹ M. CAPUTO, *“Filo d'Arianna” o “flauto magico”? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012, p. 9.

²² Che assume una specifica valenza, nella prospettiva del sistema delle fonti, allorché si configura come coregolazione (ovvero partecipazione alla definizione di misure nel quadro disegnato da un formante normativo), piuttosto che come autoregolazione (intesa come definizione di regole e sottoposizione alla stesse, su base volontaria da parte degli interessati): N. GRECO, *Consistenza, articolazione ed ambiguità della “regolazione”*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, vol. 37, fasc. 145/146, 2004, pp. 18 ss. Sul tema v. altresì, *amplius*, A. CELOTTO, *La consultazione dei destinatari delle norme*, *ivi*, pp. 55 ss.

²³ Si veda ad esempio nel Regno Unito il *NICE – National Institute of Clinical Excellence*, www.nice.org.uk.

sembra ormai ampiamente recepito anche in Italia a giudicare, per esempio, restando nell'ambito sanitario, dalle molte consultazioni pubbliche aperte sul sito del Sistema Nazionale delle Linee Guida²⁴ e dal procedimento partecipativo contemplato nell'art. 5, c. 1 legge n. 24/2017 per l'elaborazione delle linee guida a cui devono attenersi gli esercenti le professioni sanitarie nell'esecuzione delle relative prestazioni²⁵.

A ben vedere, in questa prospettiva il tema interseca anche la questione relativa alla possibilità di compensare le dequotazioni del principio di legalità in senso sostanziale con il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale²⁶.

Sul punto, in dottrina non vi è uniformità di vedute. Tuttavia, sembra condivisibile l'idea che quantomeno l'individuazione delle ipotesi in cui gli atti delle autorità abbiano efficacia vincolante dovrebbe trovare sede in un atto avente forza di legge, e non essere rimessa alla decisione dell'autorità di regolazione o dell'organo che, pur autorevolmente, svolge una funzione consultiva. Ciò potrebbe rappresentare un punto di equilibrio tra la necessaria discrezionalità dell'autorità e la certezza del diritto: consentirebbe, da un lato, di rispondere all'esigenza – ormai ineludibile – di flessibilità della regolazione e, dall'altro, di preservare il dominio del Parlamento in ordine alla decisione non già del contenuto della regola, ma almeno l'estensione dell'area di ciò che deve essere regolato con efficacia vincolante²⁷. Ciò premesso sul piano generale e ritornando al tema delle linee guida, l'interesse per una riflessione che specificamente le riguardi nasce, come già accennato, da un dato qualitativo: ad esse si fa ricorso in svariati settori dell'ordinamento in modo sempre più frequente e pervasivo, in funzione di integrazione praticamente necessaria delle fattispecie disciplinate dalle fonti normative.

Nel contesto italiano si osserva infatti il ruolo incisivo che esse hanno progressivamente acquisito, per esempio, in ambito di responsabilità amministrativa degli enti pubblici, sicurezza sul lavoro, privacy, energia e agricoltura, nel diritto sportivo, nonché in due settori che hanno assunto, per svariate ragioni, un valore paradigmatico. Peculiare e nota è la vicenda delle linee guida ANAC, contemplate nel d.lgs. n. 50/2016 a fronte della rinuncia, da parte del legislatore delegato, alla adozione di un regolamento di attuazione e la cui atipicità, già peraltro normativamente strutturata e circoscritta, è stata comunque ridimen-

²⁴ Le procedure di consultazione sono reperibili sul sito del Sistema Nazionale delle Linee Guida dell'Istituto Superiore di Sanità: www.snlg.iss.it.

²⁵ Trattasi della legge recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie». L'art. 5 («Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida») stabilisce, al c. 1, che le linee guida contenenti le raccomandazioni rivolte agli esercenti le professioni sanitarie siano 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.

²⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2182/2016 e Corte cost., n. 69/2017.

²⁷ D. GIROTTO, *Su alcuni atti atipici, ripensando al principio di legalità e alla distinzione tra hard e soft law*, in C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 77 ss.

sionata dal d.l. n. 32/2019, riducendo lo spazio delle linee guida vincolanti²⁸. E parimenti rilevanti e conosciute sono le questioni sottese all'importante funzione delle linee guida in campo medico, dove lo scopo precipuo al quale assolvono è, da un lato, proceduralizzare la scienza medica per migliorare i risultati di cura, dall'altro lato, preservare la libertà e l'indipendenza della professione sanitaria, contribuendo a definire il perimetro della responsabilità²⁹.

Da ultimo, un'ulteriore e notevole dilatazione dell'utilizzo delle linee guida è da ricondursi alla loro proliferazione nel recente periodo emergenziale, sia per i rinvii a esse operati nella normativa di rango primario, sia per la loro allegazione ai vari d.p.c.m.³⁰, circostanza che rende ancor più opportuno indagarne il regime giuridico.

²⁸ Sulle linee guida dell'ANAC la letteratura è vastissima: si ricordano, senza pretesa di esaustività, 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, n. 2, pp. 381 ss.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, n. 2, pp. 273 ss.; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, n. 4, pp. 436 ss.; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Giustamm.it*, 2016, n. 4; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 2; G.A. GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 2; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, n. 3, pp. 743 ss.; N. PAOLANTONIO, *Tipicità della determinazione amministrativa e fonti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, n. 1, pp. 165 ss.; D. PROFILI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida ANAC tra effettività e ragionevolezza*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, n. 4, pp. 1293 ss. Per riferimenti alla dottrina successiva al d.l. c.d. "sblocca cantieri", v. *infra*, sub nota n. 41.

²⁹ In generale, sulle linee guida in ambito sanitario si vedano, *ex multis*: C. SGROI, *Le fonti del diritto alla prova della pandemia*, in questo numero della *Rivista*, che ne evidenzia il «valore funzionale»; C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; A. CONTI, *Il significato delle linee guida in medicina legale prima delle recenti norme*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2019, n. 2, pp. 635 ss.; G. GUERRA, *Evidence-based medicine e linee guida nella pratica medica americana: considerazioni sul significato giuridico-ermeneutico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, n. 2, pp. 301 ss.; C. SCORRETTI, *Sicurezza delle cure, linee guida e buone pratiche nella riforma Gelli*, in *Responsabilità medica*, 2018, n. 1, pp. 73 ss.; A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. 'Mariotti' alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, pp. 403 ss.; M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, n. 3, pp. 271 ss.; D. RONCALI, *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco*, *ivi*, pp. 280 ss.; M. COLACURCI, *La legge Gelli-Bianco: tra interpretazione "correttiva" della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2017, n. 3, pp. 1155 ss.; G. SINAGRA, *Osservanza delle linee guida e buone pratiche nella prospettiva dell'esercente la professione sanitaria*, in *Responsabilità medica*, 2017, n. 4, pp. 539 ss.; P. ZIVIZ, *Osservanza delle linee guida e buone pratiche: riflessi sulla responsabilità sanitaria*, *ivi*, pp. 543 ss.

³⁰ A titolo esemplificativo, contengono rinvii a linee guida: il d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (art. 21); il d.l. 8 marzo 2020, n. 114 (art. 2, comma 2; art. 3, comma 3; art. 4, co. 3); il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (art. 83, comma 7; art. 85, comma 3); il d.l. 8 aprile 2020, n. 22 (art. 1, comma 2); il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (art. 1-ter; art. 211-bis, comma 3); il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (art. 38-bis, comma 1; art. 49). Recano in allegato delle linee guida il d.p.c.m. 26 aprile 2020 (allegati 6 e 9), il d.p.c.m. 17 maggio 2020 (allegato 12) e il d.p.c.m. 13 ottobre 2020 (allegati 8 e 9). Per una rassegna dettagliata, V. DESANTIS, *op. cit.*, pp. 2 ss., nonché A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*, in questo numero della *Rivista*.

3. Il regime giuridico delle linee guida e delle fonti terziarie: normatività, efficacia e rimedi

Come si è accennato in precedenza, la categoria delle linee guida non appare affatto omogenea e monolitica, ma comprende al suo interno un'ampia varietà di provvedimenti, che si differenziano anche sensibilmente gli uni dagli altri sotto il profilo dell'efficacia giuridica, della normatività e della vincolatività nei confronti dei destinatari.

La natura proteiforme di questo strumento è peraltro ben nota alla dottrina, che a sua volta ha fornito risposte tutt'altro che univoche in merito alla qualificazione giuridica delle linee guida³¹. A chi nega che le linee guida costituiscano delle fonti del diritto in senso proprio, suscettibili di modificare o innovare l'ordinamento giuridico generale, si contrappone chi invece le reputa pienamente idonee a introdurre delle prescrizioni di carattere normativo, tanto che «appare oggi preponderante l'idea che si tratterebbe di vere e proprie fonti non primarie, appartenenti alla fascia delle “fonti secondarie e dintorni” o “di fonti e quasi fonti” difficilmente tipizzabili»³². Secondo alcuni, si tratterebbe infatti di atti normativi atipici di rango sub-primario, che esprimerebbero una forma di normazione del tutto nuova e non incasellabile nelle categorie tradizionali³³. Vi sono poi coloro che, valorizzando i profili tecnici delle linee guida, le assimilano agli atti di normazione tecnica di fonte privata, con funzione integrativa delle disposizioni legislative³⁴. Ancora, le linee guida sono state ricondotte alla categoria delle direttive³⁵ o persino annoverate tra gli strumenti di *soft law*³⁶. Infine, come già ricordato, esse sono state qualificate come fonti terziarie del diritto amministrativo e avvicinate così ad altre tipologie di atti, quali le circolari amministrative³⁷. Passando ad esaminare il formante giurisprudenziale, le linee guida sono state recentemente qualificate come atti atipici di normazione secondaria che, intervenendo in ambiti squisitamente tecnici, costituiscono l'integrazione e il completamento del principio contenuto nella normativa primaria che ad essi rinvia³⁸. Tale ricostruzione è stata accolta da ultimo anche dalla Corte costituzionale, che ha evidenziato la vincolatività e l'impre-

³¹ Per una panoramica, C. INGENITO, *op. cit.*, p. 872 ss.

³² Ivi, p. 874.

³³ V. ITALIA, *op. cit.*, 17 ss. Coerentemente, l'Autore aggiunge che le linee guida sono soggette al principio *iura novit curia*, in quanto «fanno parte delle regole normative, e quindi dello *ius*» (ivi, p. 33).

³⁴ A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, Luiss University Press, 2015, p. 63. Sul punto cfr. C. INGENITO, *op. cit.*, p. 874.

³⁵ G. MORBIDELLI, *op. cit.*, pp. 273 ss.

³⁶ Sul tema del *soft law* v. più diffusamente *infra*.

³⁷ M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, *passim*, nonché F. CINTIOLI, *op. cit.*, pp. 381 ss.

³⁸ Cass. civ., SS.UU., n. 10018/2019. Sul punto, C. INGENITO, *op. cit.*, p. 876.

dibilità delle linee guida come strumenti di completamento delle disposizioni di rango legislativo, con le quali formano un corpo unico³⁹.

Altre volte, tuttavia, le linee guida sono state definite come mere raccomandazioni e direttive di massima per i destinatari, oppure ne è stato negato il carattere precettivo, relegandole ad una funzione strettamente ricognitiva di principi di carattere generale e di ausilio interpretativo alle amministrazioni cui sono rivolte⁴⁰.

Infine, con particolare riferimento alle linee guida dell'ANAC, è noto come il Consiglio di Stato, rendendo il proprio parere sullo schema di decreto approvativo del nuovo Codice dei contratti pubblici, abbia enucleato e distinto le varie tipologie di linee guida sulla base della vincolatività e della conseguente collocazione nel sistema delle fonti⁴¹. In particolare, si è consolidata la tripartizione fra linee guida adottate con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti su proposta dell'ANAC, linee guida adottate con delibera dell'ANAC e aventi efficacia vincolante *erga omnes* e, infine, linee guida adottate con delibera dell'ANAC e aventi efficacia non vincolante⁴².

Più specificamente, gli atti appartenenti alla prima categoria sono stati parificati *in toto* ai regolamenti ministeriali, cioè ad atti normativi secondari dotati dei caratteri di generalità, astrattezza, vincolatività e innovatività dell'ordinamento giuridico. Per quanto concerne le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC, si è ritenuta preferibile la qualificazione giuridica in termini di atti amministrativi generali rientranti nel *genus* degli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, stante la difficile configurabilità di una natura normativa *extra ordinem* «in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti»⁴³. Infine, il Consiglio di Stato ha inquadrato le linee guida non vincolanti tra gli atti amministrativi generali, salvo poi assimilarle alle circolari amministrative in un successivo intervento⁴⁴.

In sostanza, sembrerebbe pertanto fondata la constatazione che la denominazione “linee guida” si riduca di fatto ad un’etichetta o, se si preferisce, ad un contenitore al cui interno possono trovarsi atti giuridici diversi ed eterogenei⁴⁵.

³⁹ Corte cost., n. 89/2018 e n. 89/2019. Sull'utilizzo delle linee guida da parte della Consulta v. più ampiamente C. INGENITO, *op. cit.*, pp. 877 ss.

⁴⁰ C. INGENITO, *op. cit.*, 877 ss., dove vengono ricordate a titolo esemplificativo Cass. pen., sez. IV, n. 28187/2017 per l'ambito penalistico e T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, n. 7934/2019, per quanto concerne la giurisdizione amministrativa.

⁴¹ Cons. Stato, comm. spec., n. 855/2016.

⁴² Peraltro, tale suddivisione delle linee guida ANAC è stata recentemente messa in discussione e in parte intaccata dall'ultimo intervento di riforma, recato dal d.l. 32/2019 (c.d. decreto “sblocca cantieri”). Sul punto, cfr. M.P. CHITI, *Il decreto “sblocca cantieri”: ambizioni e limiti*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, n. 6, pp. 719 ss.; R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “sblocca cantieri”*, in *Urb. app.*, 2019, n. 4, pp. 443 ss.; I. CAVALLINI, M. ORSETTI, *I reali effetti del c.d. “sblocca cantieri” sulle Linee Guida ANAC: un'occasione mancata per il tramonto del sistema di soft law*, in *Azienditalia*, 2020, pp. 496 ss.

⁴³ Cons. Stato, comm. spec., n. 855/2016, § II.g) 5.

⁴⁴ Cons. Stato, comm. spec., n. 1767/2016.

⁴⁵ C. INGENITO, *op. cit.*, p. 875.

3.1. Le fattispecie normativamente strutturate e le linee guida aventi efficacia diretta esterna alla P.A.

Alla luce di quanto appena evidenziato, risulta indubbiamente arduo tentare di enucleare un regime giuridico unitario e applicabile a tutte le tipologie di atti presenti nell'ordinamento che ricevono la qualifica formale di linee guida. Talvolta lo statuto giuridico è stabilito *ad hoc* dalla stessa fonte normativa che attribuisce, in capo a singoli enti, la capacità di emanare una specifica tipologia di linee guida. In tal caso, esse sono accompagnate da una disciplina legale che ne determina l'efficacia e il rango all'interno del sistema delle fonti, precisandone anche la maggiore o minore vincolatività nei confronti dei destinatari⁴⁶.

Ove le linee guida siano incorporate in un decreto ministeriale, come spesso accade, queste parrebbero produrre effetti giuridici in virtù della loro veste formale⁴⁷: da ciò si dedurrebbe la natura regolamentare delle linee guida come fonti normative secondarie, benché la giurisprudenza, come si è visto, riveli una realtà ben più complessa. Analogamente, per quanto concerne più nello specifico le linee guida emanate nel contesto dell'emergenza da Covid-19, alcune di esse sono state allegate ai d.p.c.m., il che potrebbe suggerire anche in questo caso un'efficacia analoga alla fonte che le incorpora⁴⁸.

Un significativo fattore di variabilità dell'efficacia precettiva delle linee guida è rappresentato dalla tipologia di destinatari a cui si rivolgono in prima battuta: cittadini, imprese, ordini professionali, pubbliche amministrazioni. Le linee guida dirette ad amministrazioni pubbliche paiono volgersi ad uniformare differenti orientamenti applicativi della legge in presenza di discrezionalità amministrativa. Quelle dirette a categorie professionali sembrano piuttosto orientare tali attività professionali a standard internazionali o condivisi da specifiche comunità tecnico-scientifiche. Ma ancora, come si diceva, ricevono la denominazione di linee guida anche documenti destinati all'intera collettività di cittadini.

Il profilo dei destinatari, da solo, non può di certo essere dirimente per stabilire il grado di percettività o di vincolatività delle linee guida, ma nondimeno può risultare utile come criterio ausiliario per individuarne la tipologia e la collocazione nel quadro delle fonti, anche alla luce degli effetti giuridici che esse eventualmente producono al di fuori del perimetro della P.A.

⁴⁶ Tra le linee guida connotate da una compiuta regolamentazione normativa spiccano certamente quelle emanate dall'ANAC, sulle quali si è formata altresì una copiosa produzione giurisprudenziale. Per la letteratura sul tema v. *supra*, sub nota 27.

⁴⁷ M. CAPUTO, *op. cit.*, 11. Si veda anche A. DE TURA, *La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 247 ss.

⁴⁸ Con tutte le problematiche, ben evidenziate in dottrina, riguardanti la forza giuridica delle ordinanze contingibili ed urgenti adottate con d.p.c.m., sulla base dell'attribuzione di poteri di ordinanza *extra ordinem* al Presidente del Consiglio dei ministri da parte di fonti di rango primario (decreti-legge). In particolare è stato evidenziato, tra l'altro, il carattere di mera delega "in bianco" in cui si sostanzierebbe *de facto* il conferimento dei poteri di ordinanza *extra ordinem* da parte dei decreti-legge, in violazione della riserva di legge sostanziale: v., *ex multis*, 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.

In questo senso, è possibile operare una distinzione di massima tra le linee guida che si rivolgono direttamente ai soggetti privati esterni alla P.A., e quelle che viceversa hanno come destinatari in prima battuta gli organi interni all'amministrazione, chiamati ad applicare le relative disposizioni. Le prime sono suscettibili di incidere in via diretta sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati, laddove le seconde necessitano dell'interposizione degli organi della P.A. per essere attuate e producono un'efficacia giuridica di tipo mediato nei confronti dei soggetti esterni, secondo le modalità che illustreremo nel prosieguo.

La potestà di emanare linee guida che incidono in via diretta sulla sfera giuridica dei consociati discende, tipicamente, da un'esplicita attribuzione legislativa. Viceversa, le linee guida che si rivolgono agli organi appartenenti alla P.A., al fine di regolarne e indirizzarne l'attività istituzionale, possono altresì fondarsi sulla potestà di auto-organizzazione generalmente attribuita agli enti pubblici⁴⁹. Ne discende che le linee guida dotate di efficacia esterna sono verosimilmente abbinata ad una disciplina *ad hoc* o vengono più facilmente incorporate nella fonte che le istituisce, mutuandone così il rango e l'efficacia giuridica, mentre è possibile che le linee guida aventi come destinatari gli organi della P.A. siano sprovvedute di un'apposita regolamentazione e richiedano pertanto l'individuazione di un regime giuridico di carattere residuale.

Con specifico riferimento a quest'ultima tipologia di linee guida, è necessario dunque interrogarsi se sia possibile delineare una disciplina giuridica uniforme, anche al di là delle ipotesi in cui sia rinvenibile un esplicito dettato legislativo in merito.

3.2. Le linee guida rivolte a organi della P.A. e la variabile della vincolatività

Come si è appena precisato, le linee guida che si rivolgono agli organi amministrativi pongono con maggiore frequenza il problema di determinarne con precisione l'efficacia e la vincolatività nei confronti dei destinatari, la rilevanza giuridica in relazione ai soggetti privati e i rimedi azionabili da questi ultimi nelle ipotesi di esercizio illegittimo dell'azione amministrativa, qualora la fattispecie manchi di una specifica disciplina normativa.

In merito al grado di vincolatività delle disposizioni contenute nelle linee guida, questo dipende evidentemente dal contenuto e dal tenore testuale delle linee guida stesse: come è stato osservato, quando il legislatore non stabilisce esplicitamente la qualificazione giuridica delle linee guida, «essa deve essere derivata dal contenuto e dai vincoli che sono stabiliti nei confronti dei destinatari, nonché dalle conseguenze nei confronti degli altri soggetti»⁵⁰.

Le linee guida possono contenere vincoli di varia natura ed intensità, da quelli più generici, che lasciano un ampio margine di discrezionalità applicativa in capo ai destinatari, sino ai vincoli più specifici e stringenti, che però non arrivano mai a configurarsi come ordini

⁴⁹ Cfr. V. ITALIA, *op. cit.*, pp. 53 ss.

⁵⁰ Ivi, p. 15.

tassativi di dettaglio per i destinatari⁵¹. Piuttosto, le linee guida fissano degli obiettivi e al contempo erigono «dei binari o degli argini»⁵², all'interno dei quali i destinatari possono scegliere, con maggiore o minore discrezionalità, le modalità di svolgimento concreto della loro attività.

Posto che solitamente le linee guida non si limitano a esprimere dei meri consigli o esortazioni, ma sono caratterizzate da un contenuto autenticamente prescrittivo⁵³, gli argini che esse innalzano per convogliare l'attività dei soggetti destinatari possono a loro volta presentare un carattere cogente oppure flessibile.

Se le prescrizioni hanno natura cogente e imperativa, ai destinatari è in linea di principio preclusa la possibilità di discostarsi da esse, oltrepassando i binari prefissati dalle linee guida⁵⁴. Pertanto, la violazione delle linee guida vincolanti dà sempre luogo ad un vizio di legittimità, che si atteggia normalmente ad eccesso di potere dovuto a violazione di un atto generale presupposto da parte dell'atto applicativo⁵⁵. Si avrà invece violazione di legge quando le linee guida integrano direttamente il precetto normativo⁵⁶, configurandosi come vera e propria *lex specialis* la cui osservanza da parte delle amministrazioni destinatarie sia esplicitamente imposta dalla norma, sicché la violazione dell'atto generale presupposto determina *ipso facto* – come parametro interposto – la violazione del precetto normativo stesso⁵⁷. Proprio il valore integrativo del precetto primario, peraltro, è stato utilizzato dal Consiglio di Stato come indice sintomatico dell'efficacia vincolante delle linee guida⁵⁸.

Normalmente, però, le linee guida contengono indicazioni e disposizioni di carattere non vincolante, ossia astrattamente suscettibili di essere derogate nel caso concreto dagli organi amministrativi che ne sono destinatari. In questa ipotesi, al mancato rispetto delle disposizioni contenute nelle linee guida l'ordinamento non ricollega in via generale alcuna sanzione o conseguenza giuridica in termini di efficacia o validità degli atti derogatori;

⁵¹ Ivi, pp. 29 ss.

⁵² L'espressione è di V. ITALIA, ivi, p. 6.

⁵³ Ivi, p. 8.

⁵⁴ Un esempio di linee guida cogenti è rappresentato dalle linee guida vincolanti dell'ANAC, che tuttavia hanno recentemente subito un deciso ridimensionamento ad opera del d.l. 39/2019 (c.d. decreto "sblocca cantieri"). Sul punto v. *supra*, *sub* nota 41.

⁵⁵ Sono infatti tradizionalmente annoverate tra le figure sintomatiche dell'eccesso di potere la violazione di circolari, linee guida, norme interne, ordini, istruzioni, prassi o, più in generale l'inosservanza dei limiti, dei parametri e dei criteri prefissati per lo svolgimento dell'azione amministrativa: v., per es., E. CASSETTA, *op. cit.*, pp. 582 ss. Se il contrasto intercorre tra due atti emanati dalla stessa amministrazione e aventi il medesimo oggetto, si realizza in particolare l'eccesso di potere per contraddittorietà estrinseca: cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 5000/2005, e T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, n. 2309/2014.

⁵⁶ Chiaramente, ricorre sempre il vizio di violazione di legge se si ritiene che le prescrizioni delle linee guida si configurino in ogni caso come norme giuridiche in senso proprio: sul punto v. V. ITALIA, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁷ Lo stesso meccanismo si verifica in relazione al piano regolatore generale o al bando di gara, la cui inosservanza comporta in via mediata la violazione della norma della legge di cui tali atti costituiscono diretta integrazione e specificazione (cfr. Cass. pen., sez. III, n. 15166/2018; Cons. Stato, sez. V, n. 8821/2019).

⁵⁸ Cons. Stato, comm. spec., n. 1919/2016.

pertanto i destinatari sono teoricamente liberi – nei termini che si specificheranno a breve – di discostarsi dalle indicazioni fornite dalle linee guida.

3.3. Le linee guida non vincolanti e l'analogia con le circolari amministrative

In assenza di una disciplina normativa *ad hoc*, il regime giuridico delle linee guida non vincolanti che si rivolgono a organi della P.A. può essere ricavato in via analogica a partire da quello elaborato in giurisprudenza per le circolari amministrative⁵⁹. Una precisa indicazione in tal senso proviene dal Consiglio di Stato, il quale, come già accennato in precedenza, ha espressamente equiparato le linee guida non vincolanti dell'ANAC alle circolari amministrative sul piano dell'efficacia giuridica nei confronti dei destinatari e della disciplina rimediabile nelle ipotesi di invalidità⁶⁰. Tale ricostruzione può essere ragionevolmente estesa al di fuori del perimetro delle linee guida dell'ANAC, fino ad assumere una valenza generale e ricomprendere tutte le tipologie di linee guida non cogenti che si rivolgano alle pubbliche amministrazioni e siano sprovviste di un'apposita disciplina normativa.

L'assimilazione giurisprudenziale fra linee guida non vincolanti e circolari può peraltro corroborare la tesi all'emersione di una categoria omogenea di fonti terziarie, intese come atti di normazione flessibile che hanno un'efficacia non vincolante nei confronti dei destinatari, siano essi organi della stessa autorità che ha emano l'atto, oppure altre pubbliche amministrazioni. In quest'ottica, solo le linee guida non cogenti – così come le circolari non vincolanti⁶¹ – sono propriamente riconducibili all'ambito degli strumenti di normazione flessibile, e quindi annoverabili tra le fonti terziarie, con conseguente possibilità di identificare un regime giuridico comune applicabile a ciascuna tipologia di atto rientrante nel *genus* delle fonti terziarie.

Per quanto concerne la natura giuridica e l'efficacia delle circolari, il consolidato insegnamento giurisprudenziale, affermatosi sia nell'ambito della giurisdizione amministrativa⁶²

⁵⁹ Evidenzia l'affinità tra linee guida e circolari anche V. ITALIA, *op. cit.*, p. 20. Sulle circolari si vedano, senza pretesa di esaustività, M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960; A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1984; M.P. Chiti, *Circolare (circolare amministrativa)*, in *Enc. giur.*, Vol. VI, Roma, Ist. Enc. It., 1988; P.S. DI GENIO, *Le circolari amministrative*, Salerno, Reggiani, 1989; F. BASSI, *Circolari amministrative*, in *Dig. disc. pubb.*, Vol. III, Torino, UTET, 1989, pp. 54 ss.; C. TUBERTINI, *Circolari amministrative*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 858 ss.; F. SAITTA, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Tomo I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 233 ss.

⁶⁰ Il Consiglio di Stato ha infatti chiarito che i destinatari hanno la facoltà di discostarsi dalle indicazioni contenute nelle linee guida non vincolanti dell'ANAC, fornendo all'uopo «una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa», in difetto della quale «la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari» (Cons. Stato, comm. spec., n. 1767/2016, § 5.3, corsivo aggiunto).

⁶¹ Sulle circolari vincolanti v. *infra*, sub nota 63.

⁶² Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4466/2001; Cons. Stato, sez. V, n. 7521/2010; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 19/2011; Cons. Stato, sez. VI, n. 4859/2012; Cons. Stato, sez. IV, n. 3457/2012; Cons. Stato, sez. IV, n. 2916/2013; Cons. Stato, sez. IV, n. 5231/2015;

che di quella ordinaria di legittimità⁶³, le ha qualificate come atti regolatori interni all'amministrazione, diretti agli organi o agli uffici periferici o sottordinati al fine di disciplinarne l'attività. Le circolari sono prive di valore normativo o provvedimentale nell'ordinamento giuridico generale e non vincolano né i soggetti estranei alla P.A. né, nella generalità dei casi, gli stessi organi della P.A. che sono destinatari delle relative prescrizioni⁶⁴. Questi ultimi sono infatti legittimati a disattendere le circolari nel caso concreto, fornendo tuttavia un'apposita e adeguata motivazione, in difetto della quale gli interessati possono impugnare gli atti derogatori lamentando il vizio di eccesso di potere. In altre parole, viene imposto un onere motivazionale aggiuntivo in capo ai destinatari delle circolari qualora non intendano conformarsi ad esse; il mancato o incompleto assolvimento di tale onere comporta l'invalidità del provvedimento che se ne discosti⁶⁵.

In merito al profilo rimediabile connesso alla giustiziabilità delle circolari affette da vizi di legittimità, queste possono essere disapplicate nel caso concreto tanto dagli organi amministrativi cui primariamente si rivolgono, quanto dal giudice ordinario e amministrativo⁶⁶. Inoltre, sono suscettibili di impugnazione e annullamento congiuntamente all'atto applicativo lesivo, oppure in via autonoma e diretta, se caratterizzate da una portata immediatamente lesiva nei confronti di soggetti estranei alla P.A., secondo lo schema tipico dell'impugnazione degli atti amministrativi generali e degli atti normativi⁶⁷.

Un regime analogo, alla luce di quanto osservato in precedenza, potrebbe pertanto essere applicato alle linee guida destinate agli organi della P.A. e qualificate come fonti terziarie, ossia non vincolanti.

Cons. Stato, sez. IV, n. 310/2016; Cons. Stato, sez. IV, n. 1458/2016; Cons. Stato, sez. III, n. 4478/2016; Cons. Stato, sez. III, n. 5047/2016; Cons. Stato, sez. IV, n. 5664/2017; Cons. Stato, sez. VI, n. 5532/2018; Cons. Stato, sez. IV, n. 7098/2018; Cons. Stato, sez. IV, n. 367/2019; T.A.R. Veneto, sez. I, n. 397/2019.

⁶³ Cfr. Cass. SS.UU., n. 23031/2007; Cass. civ., sez. V, n. 237/2009; Cass. pen., sez. IV, n. 15272/2010; Cass. pen., sez. III, n. 19930/2011; Cass. civ., sez. V, n. 2850/2012; Cass. pen., sez. III, n. 25170/2012; Cass. civ., sez. V, n. 5137/2014; Cass. civ., sez. V, n. 5937/2017; Cass. civ., sez. V, n. 6185/2017; Cass. civ., sez. lav., n. 24585/2018.

⁶⁴ Fanno eccezione le ipotesi di circolari pienamente vincolanti e inderogabili da parte degli organi destinatari. Un esempio è rappresentato dalle circolari del Ministero dell'Interno in materia di stato civile: il Consiglio di Stato ha infatti chiarito che «le istruzioni ministeriali in questo settore dell'ordinamento sono normalmente contenute in circolari vincolanti per ogni ufficiale dello stato civile, che deve ad esse uniformarsi [...] a differenza delle altre circolari interpretative che, ordinariamente, sono prive di efficacia vincolante nei confronti degli organi periferici» (Cons. Stato, sez. III, n. 4478/2016, § 6.8-6.9; in senso conforme anche Cons. Stato, sez. III, n. 5047/2016).

⁶⁵ F. BASSI, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁶ La giurisprudenza ritiene infatti che le circolari non vincolanti per i destinatari non possano vincolare, *a fortiori*, nemmeno il giudice amministrativo investito dell'impugnazione dell'atto applicativo, il quale potrà pertanto disapplicare, anche d'ufficio, la circolare *contra legem* presupposta. Come precisato infatti da Cons. Stato, sez. IV, n. 367/2019, l'impugnazione congiunta delle circolari amministrative non vincolanti «non è comunque necessaria, giacché – se *contra legem* – possono essere disapplicate anche d'ufficio dal giudice investito dell'impugnazione dell'atto applicativo» (§ 6.3). Viceversa, alle fonti terziarie vincolanti (circolari o linee guida) dovrebbe essere applicata *in toto* la disciplina prevista per gli atti amministrativi generali, i quali di norma possono essere disapplicati solamente dal giudice ordinario e non anche dal giudice amministrativo, per non eludere l'onere di tempestiva impugnazione degli atti amministrativi (in via autonoma o congiunta).

⁶⁷ F. BASSI, *op. cit.*, p. 59.

Peraltro, a ben vedere, il carattere di non vincolatività delle fonti terziarie – linee guida e circolari – si traduce nella facoltà per i soggetti destinatari di derogare motivatamente alle relative disposizioni, evitando così di incorrere nel vizio dell'eccesso di potere, laddove ai destinatari delle fonti vincolanti non è lasciata altra possibilità se non l'applicazione degli atti presupposti. Ma sul piano dei rimedi giuridici, anche gli atti non vincolanti esprimono senza dubbio un'efficacia esterna di tipo indiretto o mediato, azionabile da parte dei privati interessati qualora gli organi destinatari ne abbiano ingiustificatamente disatteso le indicazioni. Così come accade per gli atti generali di natura vincolante, i privati possono vantare un legittimo affidamento sull'esatta applicazione – o, comunque, sulla motivata e giustificata disapplicazione – delle fonti non vincolanti, e la lesione di tale affidamento genera un vizio di eccesso di potere pienamente giustiziabile.

In altre parole, la (non) vincolatività sembra stemperarsi sul lato rimediabile, nell'ottica della tutela del legittimo affidamento che viene garantita sia in relazione alle fonti non vincolanti, sia agli omologhi atti di carattere cogente. Più che una netta linea di demarcazione fra le due categorie di atti, sembrano emergere delle aree di maggiore o minore discrezionalità applicativa conferita ai soggetti destinatari, ma non per questo l'efficacia giuridica degli atti non vincolanti (e la correlativa tutela del legittimo affidamento) può essere liberamente disattesa dagli organi destinatari in difetto di un'adeguata motivazione.

Analogamente, nelle ipotesi in cui la stessa fonte non vincolante sia affetta da illegittimità, essa assume certamente rilevanza giuridica per i soggetti lesi dagli atti applicativi che ne veicolino l'invalidità. Come efficacemente affermato in giurisprudenza, con specifico riferimento alle circolari normative (non vincolanti), «se è vero che le circolari, per loro natura, non possiedono una rilevanza esterna diretta, è però altrettanto vero che esse sono comunque dotate di una rilevanza esterna “mediata”, nella misura in cui gli effetti della circolare si ripercuotono sui cittadini attraverso l'intermediazione di un atto amministrativo che, applicando in modo puntuale [...] la disposizione della circolare, va a ledere un interesse legittimo pretensivo od oppositivo della parte privata»⁶⁸.

3.4. Linee guida, fonti terziarie e *soft law*

I rilievi che precedono consentono di affrontare l'ultima questione posta con riferimento alla categoria delle fonti terziarie, ovvero la sua qualificazione giuridica in termini di *soft law*. Di fronte alla configurazione di un regime giuridico sostanzialmente uniforme per le fonti terziarie – linee guida e circolari non vincolanti –, è stata infatti avanzata l'ipotesi di utilizzare la formula concettuale del *soft law* per indicare tali tipologie di atti⁶⁹.

⁶⁸ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, n. 7781/2018.

⁶⁹ Lo stesso Consiglio di Stato, in alcuni pareri, ha evocato la formula del *soft law* per descrivere le linee guida, in particolare quelle dell'ANAC: cfr. ad es. Cons. Stato, comm. spec., n. 1767/2016 e n. 2284/2016. In generale sul rapporto tra linee guida e *soft law*, si vedano V. ITALIA, *op. cit.*, pp. 15 ss.; C. INGENITO, *op. cit.*, pp. 872 ss.; D. BOLOGNINO, E. PROVENZANI, *op. cit.*, pp. 4 ss.; V. DESANTIS, *op. cit.*, pp. 17 ss. Con specifico riferimento al rapporto tra linee guida ANAC e *soft law*, senza dubbio l'ambito più studiato, cfr. M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*,

Com'è noto, il concetto di *soft law* è originariamente sorto e si è affermato in ambito internazionalistico, ad indicare una categoria di atti (raccomandazioni, risoluzioni, pareri) connotati da una forza giuridica estremamente ridotta, perlopiù limitata alla c.d. *moral suasion* nei confronti dei soggetti destinatari⁷⁰. In tal modo, il *soft law* implica una radicale inidoneità a vincolare i destinatari e, specularmente, una completa libertà per questi ultimi nel disattendere il contenuto precettivo, senza la previsione di particolari adempimenti motivazionali. Il *soft law* in senso proprio postula, pertanto, la completa non-giustiziabilità e l'assenza di rimedi giuridici nelle ipotesi di inosservanza dei relativi atti, neppure nella prospettiva della tutela del legittimo affidamento dei soggetti interessati alla loro puntuale attuazione. Come corollario, ne deriva che la responsabilità per la violazione degli atti di *soft law* si colloca su un piano prettamente politico e non coinvolge istituti di carattere giuridico.

Viceversa, la disciplina delle linee guida e delle circolari amministrative, lungi dall'omettere di ricollegare alcuna conseguenza giuridica alla pura e semplice violazione delle relative disposizioni, riconosce in via generale una facoltà derogatoria in capo ai destinatari e la subordina ad uno specifico onere motivazionale, la cui inosservanza è pienamente azionabile in giudizio sotto il profilo dell'eccesso di potere. In quest'ottica, le fonti terziarie sono comunque in grado di esprimere un *minimum* di vincolatività che, per quanto cedevole e superabile da parte dei destinatari, può sempre integrare un parametro di legittimità dell'azione amministrativa e assumere così rilevanza sul piano rimediabile, con specifico riferimento alla tutela del legittimo affidamento dei privati interessati. Le linee guida (così come le circolari) sono perciò connotate da un'efficacia che non sembra corretto definire radicalmente non vincolante, nell'accezione comunemente utilizzata per descrivere gli strumenti di *soft law*. Come è stato osservato, al di là della maggiore o minore ampiezza di discrezionalità o della diversa intensità delle prescrizioni, il vincolo resta comunque un denominatore comune fra le diverse ipotesi di linee guida e di normazione "flessibile"⁷¹.

2019, n. 3; G.A. GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 2; P. MANTINI, *Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2017, n. 2; N. MARI, *Linee Guida ANAC: la soft law e la gerarchia delle fonti*, in *ItaliAppalti.it*, 4 aprile 2017; M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 1; G. MORBIDELLI, *op. cit.*, pp. 273 ss.; F. MARONE, *op. cit.*, pp. 756 ss. In senso contrario alla riconducibilità delle linee guida al concetto di *soft law*, al fine di riconoscere alle prime una qualche legittimazione ridondante sul piano dell'efficacia, A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*, cit.

⁷⁰ Sul *soft law* in generale v., *ex multis*, M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del "soft law" in diritto internazionale*, in *Lavoro e diritto*, 2003, n. 1, pp. 17 ss.; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *Annuario 2005. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, CEDAM, 2007, pp. 369 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, CEDAM, 2008; A. SOMMA (cur.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009; G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, n. 2, pp. 1 ss.; B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, ivi, pp. 32 ss.

⁷¹ V. ITALIA, *op. cit.*, p. 16.

Sembra pertanto preferibile escludere la qualificazione delle fonti terziarie secondo lo schema del *soft law* propriamente inteso, tenuto conto della produzione di effetti giuridici concretamente azionabili in giudizio dai privati e della tutela del legittimo affidamento vantato da questi ultimi. Tale soluzione è corroborata dai rilievi emersi in precedenza circa l'estrema labilità della differenziazione rispetto agli omologhi atti di natura pienamente vincolante, al punto che lo stesso *discrimen* della vincolatività sembra perdere di consistenza sotto il profilo rimediale. Come è stato osservato, la regolazione attuata attraverso le linee guida sembra dunque caratterizzarsi come uno strumento di *fast law*, piuttosto che di *soft law* in senso proprio⁷².

4. Considerazioni di sintesi

Riprendendo le considerazioni formulate nella parte generale sulle dinamiche attualmente caratterizzanti il sistema delle fonti, alla luce del caso di studio rappresentato dalle linee guida, è possibile svolgere qualche considerazione di sintesi, sebbene necessariamente interlocutoria. I fenomeni di cui si discute, infatti, hanno un carattere intrinsecamente dinamico e qualunque nuova sistematizzazione, quand'anche configurabile, richiede del tempo per sedimentarsi.

Sul piano teorico generale, il tema che viene in evidenza è quello dell'adeguatezza dei procedimenti di produzione normativa, considerati sotto i profili soggettivo e oggettivo, rispetto alle esigenze di normazione che provengono dalla realtà.

Il fenomeno non è nuovo, come già rilevato e riguarda in varia misura tutte le tipologie di fonti: è dall'avvento delle Costituzioni rigide che gli ordinamenti giuridici hanno cominciato ad assumere connotati sempre più articolati al loro interno; la graduale erosione della sovranità statale da parte di soggetti sovra, inter- e transnazionali, pubblici e privati, si può dire proceda di pari passo con l'evoluzione dell'attuale fase del costituzionalismo, dal secondo dopoguerra in poi.

È tuttavia indubitabile che il disallineamento, in termini di efficacia, tra forme ed esigenze della normazione ha subito una forte accelerazione nel recente passato e specie con riferimento al variegato scenario del rapporto tra fonti primarie e subprimarie. Si potrebbe affermare che ciò richiama, sul terreno delle fonti, uno dei profili (e delle sfide) più affascinanti della teoria della complessità, applicabile a tutte le organizzazioni umane di cui si voglia orientare l'evoluzione: la necessità di passare da una visione programmatica a una visione strategica, ovvero che non miri a predeterminare le fasi del suo sviluppo indipendentemente dalla molteplicità degli eventi e delle contingenze, ma che sia in grado di

⁷² G.A. GIUFFRÈ, *op. cit.*, p. 6.

apprendere e di modificarsi proprio sulla base di questi⁷³. In altri termini, ragionando sul piano delle fonti, la necessità di configurare sistemi di normazione flessibile.

Si comprende così la proliferazione di regolazioni a contenuto normativo o tecnico-normativo⁷⁴, di forma variabile, non cogenti, soggette ad aggiornamenti continui e connesse all'evoluzione delle conoscenze scientifiche e alle relative ripercussioni sul sistema politico, economico e sociale, di cui le linee guida costituiscono un chiaro esempio.

Il tentativo di sistematizzare un quadro sempre più disorganico e complicato si concentra soprattutto sui casi in cui tali regolazioni non siano assunte direttamente dall'ordinamento, acquistando pertanto l'efficacia giuridica della norma che materialmente le recepisce. Il fuoco dell'obiettivo si incentra su quelle fattispecie per le quali difetti una predeterminazione normativa dell'efficacia precettiva e, quindi, della giustiziabilità, ovvero sui casi in cui la tradizionale teoria delle fonti non fornisce indicazioni appaganti.

In questo scenario l'emergenza sanitaria, amplificando alcune tendenze già in atto sul piano della produzione normativa, ha contribuito a riproporre in modo pressante all'attenzione della dottrina la riflessione su un disegno di riordino del sistema delle fonti, che dovrebbe riguardare l'adeguatezza degli strumenti esistenti, l'eventuale necessità di introdurre di nuovi, i criteri ordinatori, i controlli e quant'altro concorre al governo delle dinamiche della normazione e alla definizione del relativo regime complessivo⁷⁵.

Soffermandosi sul piano delle fonti subprimarie, può costituire uno spunto per la suddetta riflessione l'idea di individuare un terzo livello di normazione nel sistema delle fonti sulla base del criterio del precetto sovraordinato agli atti individuali e concreti, come proposto da certa dottrina con l'obiettivo di ricondurre a unità una tipologia di atti quanto mai eterogenea, ma che pare a tratti indispensabile in relazione ai complessivi e crescenti bisogni regolativi della pubblica amministrazione.

Non è un caso, d'altro canto, che analoga suggestione sia rinvenibile anche nella dottrina e nella giurisprudenza di altri ordinamenti⁷⁶ e ciò è significativo, poiché se la prospettiva comparata, da un lato, permette di cogliere le diverse scelte che ciascun ordinamento opera in relazione ai modi di produzione del diritto, dall'altro, attesta come si tratti in realtà di un fenomeno unitario, con funzioni e problemi comuni, consentendo così di comprendere anche le linee di tendenza evolutive che accomunano gli ordinamenti contemporanei, specie in uno spazio giuridico sempre più armonizzato come quello europeo.

⁷³ G. BOCCHI, M. CERUTI, *La sfida della complessità nell'età globale*, in G. BOCCHI, M. CERUTI (cur.), *La sfida della complessità*, Milano, Bruno Mondadori, 2007, p. XIV.

⁷⁴ Termine qui utilizzato con riferimento al potere regolatorio pubblico, che marca i confini delle attività private in campo economico definendo, specularmente, il ruolo dello Stato e stabilisce i criteri e le modalità per contrastare rischi emersi o emergenti (tipicamente in campo sanitario, ambientale ed alimentare): N. GRECO, *Consistenza, articolazione ed ambiguità della "regolazione"*, cit., p. 8.

⁷⁵ A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, cit., pp. 899 s.

⁷⁶ Come ricorda M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., pp. 683 ss.

Le implicazioni connesse alle problematiche a cui si è fatto cenno trascendono, evidentemente, le finalità della presente analisi. Tuttavia non pare inopportuno, in conclusione, formulare un'osservazione relativa all'approccio prospettico che potrebbe essere utilizzato per trovare un punto di sintesi adeguato a definire una sistematizzazione che riconcili, sul piano dell'efficacia, forme ed esigenze della normazione: accostare i due punti di vista da cui, tradizionalmente, costituzionalisti e amministrativisti considerano il sistema delle fonti. Le esigenze regolative emergenti dalla realtà esigono forse una maggiore e reciproca considerazione tra chi guarda alla formazione delle norme giuridiche e chi guarda all'attuazione di esse. In questa prospettiva, l'evoluzione del principio di legalità, intesa come arricchimento del parametro legale, fa intuire che la visione sistemica dell'ordinamento non possa prescindere dall'attenzione per l'articolazione dell'ordinamento stesso in una pluralità di sottosistemi, che vanno ricostruiti nelle loro peculiarità. Da qui la necessità di riconsiderare alcuni punti di approdo di una teoria delle fonti di ispirazione formale-astratta, qual è quella in cui – come sopra accennato⁷⁷ – si riconosce attualmente la dottrina maggioritaria.

⁷⁷ V. *supra*, *sub* par. 2.

