prossime riflessioni saranno, quindi, dedicate alle linee guida dell'Anac, il cui specifico esame è giustificato anche dal fatto che, a differenza degli altri strumenti regolatori tipizzati dalla legge (bandi-tipo, capitolati-tipo e contratti-tipo), esse godono di una forza espansiva diversa dalla mera «fornitura di prototipi di atti», avendo a oggetto discipline fondamentali (quali, il sistema di qualificazione, i requisiti di partecipazione alle gare, le modalità di avvalimento, il sistema delle premialità, e così via), che un tempo erano disciplinate dalla legge o dal regolamento di attuazione[65].

Prima di addentrarsi nell'analisi di tali strumenti di regolazione, però, occorre preliminarmente soffermarsi, in via generale, su questa tipologia atipica di atti (non sconosciuta al diritto amministrativo), al fine di verificare se dall'esame della giurisprudenza possano essere rinvenuti degli elementi utili a identificare, con maggiore accuratezza, i tratti salienti della linee guida dell'Anac.

5. *Le linee guida al cospetto del diritto amministrativo e del suo giudice*

Un esame approfondito della casistica consente di rinvenire – almeno nel diritto amministrativo – alcuni peculiari caratteri ricorrenti nelle "linee guida", tra cui la loro tendenziale natura non normativa.

A eccezione delle ipotesi in cui le linee guida acquistano la dignità di fonti del diritto qualora siano "recepite" in leggi o regolamenti[66], il

pubbliche: questa sconosciuta, cit., 177 ss.; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 381 ss.; S. VALAGUZZA, Nudging *pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC,* cit., 91 ss.; G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo codice dei contratti pubblici: verso la compiutezza di un modello?,* cit., in part. 141 ss.; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti,* cit., 743 ss.; P. MANTINI**,** *Autorità nazionale anticorruzione e "soft law" nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2017; G. A. GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC,* in *federalismi.it,* 27 novembre 2017.

[65] V. DOMENICHELLI, *Intervento al convegno dal titolo "La soft law: natura giuridica e controllo giudiziale"*, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 16 giugno 2017.

[66] V., ad esempio, Tar Lazio, sez. II-*ter*, 30 novembre 2016, n. 11973, con riferimento alle norme UNI EN, elaborate dal Comité Européen de Normalisation, le quali «devono ritenersi (non solo regole di buona tecnica ma, altresì) norme vincolanti in presenza di leggi o di regolamenti di recepimento». Sul punto, in senso conforme, cfr. Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2015, n. 16229; sez. II, 15 dicembre 2008, n. 29333; Corte

loro carattere normativo o para-normativo è stato, in linea di principio, negato dalla giurisprudenza, sulla scorta dell'intangibilità del principio di tipicità delle fonti[67].

Al contrario, a meno di ravvisare una «funzione normativa in senso proprio», o di individuare una specifica indicazione legislativa in tal senso, nella maggior parte dei casi le linee guida sono state, invero, ritenute manifestazione dei poteri di direttiva, indirizzo e coordinamento dell'amministrazione e, dunque, inidonee a produrre norme giuridiche. Non è un caso che, almeno a livello centrale, si sia talora discutibilmente fatto ricorso, con l'avallo del Consiglio di Stato, all'atipico «decreto di natura non regolamentare», proprio al fine di scongiurare il carattere normativo di tali atti[68].

L'inquadramento delle linee guida nell'alveo degli atti amministrativi espressione dei poteri di direttiva, indirizzo e coordinamento[69] si

cost. 18 giugno 2015, n. 113. Gli esempi sono innumerevoli e coinvolgono la maggior parte dei soggetti pubblici titolari di poteri normativi: *ex multis,* a livello statale, v. d.m. 10 ottobre 2008, n. 83, recante linee guida per l'attuazione del d.m. 29 novembre 2007, n. 267, contenente la disciplina delle modalità procedimentali per il riconoscimento della parità scolastica e per il suo mantenimento; d.m. 10 settembre 2010 recante linee guida per il procedimento di autorizzazione unica degli impianti che producono energia da fonti rinnovabili; d.m. 22 maggio 2014, n. 74951, che ha approvato le linee guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale; d.m. 27 giugno 2015, n. 458, recante «linee guida valutazione qualità della ricerca (VQR) 2011-2014». A livello regionale e locale, cfr., ad esempio, v. delib. Giunta regionale della Basilicata n. 1119/2007, che ha approvato apposite «linee guida vincolanti applicative dei Regolamenti n. 852/2004 e 853/2004 CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'igiene dei Prodotti Alimentari sulla Sicurezza Alimentare nella Regione Basilicata»; delib. Giunta comunale di Roma capitale n. 13 del 5 agosto 2016 di approvazione delle linee guida per l'attuazione delle deliberazioni assunte dal Commissario Straordinario.

[67] Ad avviso di Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916 (che ha reso il parere sullo schema di decreto legislativo recante modifiche al d.lgs. n. 165/2001), siccome tali atti costituiscono «lo strumento tipico di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti», la possibilità che possano essere adottati anche dalle (tradizionali) amministrazioni pubbliche «non risult(erebbe) giustificata», posto che queste ultime devono esercitare il potere normativo «attraverso i tradizionali atti regolamentari» e il potere amministrativo di indirizzo attraverso «atti amministrativi generali quali circolari e direttive».

[68] Cons. Stato, sez. atti normativi, 21 gennaio 2008, n. 137. Per un recente esempio di questa tipologia di atti, v. art. 6-*ter,* comma 1, del d.lgs. n. 165/2001.

[69] *Ex multis,* v., ancora, Tar Lazio, Roma, sez. I, 1° luglio 2009, n. 6352, che ha qualificato le «Linee Guida per l'attuazione delle ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 maggio 2008, nn. 3676, 3677 e 3678, concernenti insediamenti

può concordemente giustificare dal fatto che le prime evocano, di regola, non già una precisa e puntuale disciplina dal contenuto immediatamente precettivo, bensì indirizzi e orientamenti di tipo sostanzialmente conformativo, e cioè «archetipi e moduli di carattere generale, (…) con i quali si indirizzano le attività di altri soggetti ed organi, indicando loro priorità, criteri informatori dell'azione, modalità di attuazione degli obiettivi da perseguire (…): (l)a relazione che si instaura tra il soggetto che emana le linee guida e i destinatari non è, per l'effetto, quella che implica l'esercizio di potestà normative, (…) ma è, più verosimilmente, quella che si limita a determinare un coordinamento di una pluralità di rapporti organizzatori tra soggetti diversi o anche tra organi di una stessa amministrazione»[70].

Gli indirizzi e le istruzioni generali inclusi nelle linee guida – e redatti perlopiù in forma discorsiva – possono assumere il contenuto più vario[71]: tra i più ricorrenti, vi è quello di fornire (non solo agli stessi uffici o organi dell'autorità emanante le linee guida ma eventualmente anche a enti diversi da quest'ultima) un supporto in ordine all'interpretazione e all'applicazione di una determinata fonte normativa "tipica" (legislativa o regolamentare)[72], che non possono, in ogni caso, sostituire o integrare[73]. Inoltre, il riferimento "funzionale" delle

di comunità nomadi nelle Regioni Campania, Lazio e Lombardia» emanate dal Ministro dell'Interno il 17 luglio 2008 come un atto di indirizzo politico amministrativo che rientra tra le funzioni del Ministro.

[70] Così Cons. Stato, sez. atti normativi, 21 gennaio 2008, n. 137.

[71] Per una rassegna esemplificativa, v. V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi,* Milano, 2016, 100 ss.

[72] Cfr. art. 4, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, secondo cui gli organi di governo adottano «atti di indirizzo interpretativo e applicativo» di atti normativi. A titolo esemplificativo, v. Cons. Stato, sez. atti normativi, 9 settembre 2016, n. 1657.

[73] Cfr. Cons. Stato, sez. V, ord. 7 ottobre 2008, n. 5311, che, in tema di aborto terapeutico, ha statuito che le regioni non possono, con atti amministrativi dal contenuto prevalentemente operativo (denominati, appunto, "linee guida"), incidere sul contenuto di norme lasciate volutamente indeterminate dal legislatore. Cfr., altresì, Tar Piemonte, sez. I, 5 giugno 2009, n. 1563, secondo il quale la competenza a emanare linee guida in materia di produzione di energia elettrica da biomasse da parte della Provincia non può essere esercitata per porre vincoli più stringenti di quelli dettati dalla normativa nazionale, né tanto meno entrare in conflitto con la medesima, poiché «essa sarebbe certamente priva di qualsivoglia supporto normativo». In merito alla *peer review* quale criterio di valutazione delle riviste scientifiche, Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1584, ha precisato che «la *soft law* può riguardare gli spazi di controllo della regola legale ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto». Ancora, cfr. Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916, che ha reso un parere sullo schema di decreto legislativo recante modifiche al d.lgs. n.

linee guida alle migliori prassi risulta piuttosto frequente nella legislazione[74].

La configurazione delle linee guida alla stregua di atti di indirizzo di natura amministrativa privi di carattere immediatamente cogente e di capacità di innovazione dell'ordinamento[75] ha spesso giustificato la loro assimilazione alle circolari amministrative e al loro peculiare regime giuridico[76].

Tuttavia, dall'esame della legislazione e della giurisprudenza amministrativa emerge, invero, un quadro maggiormente variegato e asistematico, atteso che la natura e gli effetti giuridici che l'ordinamento assegna alle linee guida non corrispondono esclusivamente a quelli di una più "moderna" circolare amministrativa[77].

165/2001, ove si è ribadita la necessità di evitare che il ricorso allo strumento delle linee guida o di indirizzo miri a introdurre parte della disciplina delegata dalla fonte di rango primario, al di fuori di qualsiasi controllo del Parlamento e della stessa possibilità di sindacato da parte della Corte costituzionale.

[74] V. art. 35, comma 5.2, d.lgs. n. 165/2001, secondo cui le linee guida del Dipartimento della funzione pubblica sullo svolgimento delle prove concorsuali e sulla valutazione dei titoli devono essere «ispirate alle migliori pratiche a livello nazionale e internazionale in materia di reclutamento del personale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, vigente in materia». Di recente, cfr. art. 5, l. n. 24/2017, che prevede, in caso di assenza delle linee guida cui devono attenersi gli esercenti le professioni sanitarie nell'esecuzione delle relative prestazioni, l'osservanza delle «buone pratiche clinico-assistenziali»; ancora, v. art. 1, comma 1021, della l. n. 205/2017 che, al fine di adeguare l'ordinamento interno al regolamento Ue n. 679 del 27 aprile 2016, demanda al Garante per la protezione dei dati personali, la definizione, tra l'altro, di «linee guida o buone prassi» in materia di trattamento dei dati personali.

[75] In questo senso, Cons. Stato, sez. atti normativi, 6 novembre 2017, n. 2288, che ha reso il parere sullo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di lavoro nel settore cinematografico e audiovisivo, a norma dell'art. 35, l. n. 220/2016.

[76] Sul punto, di recente, v. Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916, che si è, in particolare, soffermato sulla natura delle linee guida previste dall'attuale art. 6-*ter,* comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 (secondo cui «con decreti di natura non regolamentare adottati dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono definite (…) linee di indirizzo per orientare le amministrazioni pubbliche nella predisposizione dei rispettivi piani dei fabbisogni di personale (…)»), nonché di quelle elaborate dal Dipartimento della funzione pubblica, ai sensi dell'art. 35, comma 5.2, d.lgs. n. 165/2001, sullo svolgimento delle prove concorsuali e sulla valutazione dei titoli. Secondo il Consiglio di Stato, «le linee guida o le linee direttive alle quali fa riferimento il testo in esame, non potendo che avere natura esclusivamente amministrativa, debbono assumere le forme tipiche degli ordinari atti amministrativi generali (circolari, direttive, etc…), rispettando i relativi procedimenti di formazione e approvazione».

[77] Senza in questa sede considerare l'ampio utilizzo delle linee guida per la formazione di codici deontologici e di autodisciplina: più che di *soft regulation* in questi casi

Si possono, infatti, registrare nella prassi numerosi casi di linee guida che, siccome "incorporate" in atti amministrativi aventi efficacia vincolante esterna, ne assumono di conseguenza il tipico regime giuridico[78]. Oppure, di linee guida che, indipendentemente dalla loro qualificazione, si rivolgono non solo all'"interno" dell'amministrazione, ma anche – direttamente o indirettamente – nei confronti di soggetti privati: questo è il caso, ad esempio, delle linee guida contenenti raccomandazioni generali di natura tecnico-scientifica, che esigono di essere di volta in volta adattati alle (ineliminabili) specificità del caso concreto[79].

dovrebbe più propriamente parlarsi di *self regulation*. Sul punto, v., ad esempio, Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2015, n. 16229, che ha statuito in ordine alla natura giuridica delle linee guida di esecuzione delle indagini genetiche, così come dettate dalle principali associazioni internazionali di esperti e operatori della genetica forense, ossia da autorevoli raggruppamenti associativi di studiosi e operatori di tali tecniche di accertamento. Esse «sebbene non abbiano forza cogente - perché non sono tradotte in protocolli imposti dalla normativa di legge o di regolamento - costituiscono regole comportamentali autoimposte da una gran parte di operatori e studiosi della materia in ragione del progresso scientifico e della delicatezza delle implicazioni che ne derivano (ossia dalla comunità tecnico scientifica dei genetisti forensi) e, come tali, normalmente ottengono uno spontaneo rispetto sulla base di codici deontologici che tali organismi normalmente danno ai propri associati, in uno con l'osservanza anche dei menzionati protocolli». Sull'importanza del fenomeno della *self regulation* nei mercati finanziari, v. M. RAMAJOLI, Self regulation, soft regulation *e* hard regulation *nei mercati finanziari*, cit.

[78] Come nel caso dei regolamenti o degli atti amministrativi generali: cfr. Tar Toscana, sez. II, 20 aprile 2010, n. 986, che ha statuito che dalla mancata approvazione (in specie, con delibera di Giunta regionale) del documento denominato «Linee guida per la valutazione dell'impatto ambientale degli impianti eolici», predisposto in via non ufficiale dalla Regione Toscana, discende l'inidoneità di tale documento a produrre effetti vincolanti *erga omnes.*

[79] A titolo esemplificativo, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2017, n. 3561; Tar Lazio, Roma, sez. II, 14 ottobre 2010, n. 32824, che si sono espressi in merito alle regole contenute nei c.d. «*BREF documents*», documenti elaborati a livello europeo al fine di suggerire agli Stati membri e agli operatori del settore l'individuazione delle «BAT» («*best available techniques*»), in attuazione della direttiva n. 2010/75/Ue («IED») sulle emissioni industriali. Più precisamente, «le regole scaturenti dai BREF e, in particolare, i livelli d'emissione là posti non esprimono né valori massimi inderogabili, né tampoco valori limite d'emissione per i singoli inquinanti, servendo piuttosto ad indicare seri modelli di riferimento, applicati sulla scorta delle linee-guida, per migliorare allo stato dell'arte le prestazioni ambientali. Dal canto loro, dette linee-guida vanno non eseguite "*tout court*", ma applicate in modo calibrato al tipo ed alla particolarità dell'impianto e del sito in cui si colloca, negli ovvi limiti non solo delle conoscenze tecniche, ma soprattutto della loro sostenibile realizzabilità tecnica ed econo-

Pur mantenendo la naturale funzione di indirizzo generale nei confronti dei loro destinatari, la peculiare rilevanza degli interessi pubblici (e dei soggetti coinvolti) cui è spesso sottesa l'emanazione di linee guida "tecniche" ha talora giustificato un più accresciuto livello di cogenza formale degli atti predetti rispetto a quello che sarebbe proprio delle circolari, quasi ad assumere la valenza di veri e propri atti-fonte.

Sul punto, la giurisprudenza non ha, infatti, mancato di assegnare alle linee guida, «a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, (…) la valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione integra un'ipotesi di negligenza, tanto più grave, quando sono implicate esigenze di tutela dell'incolumità collettiva»[80].

Non è escluso che il maggior grado di precettività delle linee guida "tecniche" spesso derivi dal prestigio e dall'autorevolezza tecnico-scientifica dell'autorità che le emana[81].

È appena il caso di rilevare come al nostro ordinamento non risultino sconosciute linee guida "tecniche" persino utilizzate dal giudice come parametro per valutare la rilevanza penale di determinate condotte. E ciò sul presupposto che i principi di legalità, determinatezza e

mica nel singolo contesto, al fine d'ottenere il miglioramento sperato in termini di valore d'emissione (…). (È) poi del tutto ovvio (…) che debbano essere eventualmente esplicitate le ragioni di tipo tecnico che giustificano viceversa lo scostamento da quei valori».

[80] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1360, con riguardo alle linee guida emanate dall'Enac, in base al codice della navigazione e alle regole internazionali sul traffico e sulla sicurezza della navigazione aerea, per la redazione dei piani di rischio comunali. In termini analoghi, Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4358, ha qualificato alcuni comunicati dell'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici come «canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione integra un'ipotesi di negligenza».

[81] Così, ad esempio, Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater,* 14 luglio 2017, n. 8514, che ha reputato legittimo il parziale diniego di accesso a talune informazioni commerciali considerate riservate, adottato dall'Agenzia italiana del farmaco, in conformità alle linee guida dell'Agenzia europea per i medicinali (finalizzate all'individuazione della documentazione ostensibile all'interno di un dossier registrativo presentato dal richiedente l'autorizzazione all'immissione in commercio): queste ultime, «benchè non costituenti una fonte primaria del diritto nel nostro sistema giuridico, (…) assumono senz'altro quantomeno un valore orientativo che, per l'indiscusso prestigio scientifico dell'Ente di provenienza, è particolarmente pregnante e può, dunque, senz'altro essere assunto a parametro di individuazione dei dati confidenziali da sottrarre all'accesso». Sulla valenza «decisamente» orientativa, se non pienamente conformativa, di talune linee guida regionali adottate in ambito farmaceutico, v. Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater,* 15 novembre 2016, n. 11336.

tassatività che permeano il diritto penale esigono che le fattispecie incriminatrici (specie quelle colpose) siano eterointegrate non solo dalla legge, ma anche da «atti di rango inferiore», per ciò che riguarda la concreta disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo[82].

Anche se le linee guida in questione non costituiscono uno strumento di precostituita e ontologica affidabilità[83], esse hanno consentito alla giurisprudenza penale – almeno con riguardo all'ambito sanitario – di "misurare" in termini maggiormente oggettivi il livello di diligenza e perizia dell'agente nell'esecuzione in concreto di determinate condotte rientranti nell'alveo applicativo delle linee guida medesime. Ciò ha, ad esempio, portato a escludere la rilevanza penale di prestazioni sanitarie che, pur connotate da colpa lieve, si siano conformate agli standard di perizia richiesti dalle pertinenti linee guida[84].

[82] *Ex multis,* in particolare in tema di responsabilità medico-sanitaria, cfr. Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187.

[83] Cass. pen., sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237; sez. IV, 18 giugno 2013, n. 39165.

[84] *Ex multis,* in particolare in tema responsabilità in ordine ai reati di omicidio e lesioni colpose in ambito sanitario, almeno sotto la vigenza dell'art. 3 del d.l. n. 158/2012, cfr. Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237: «l'entità della violazione va rapportata agli standard di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base: quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione». Cfr. ora art. 5, l. n. 24/2017, secondo cui «gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali». La stessa l. n. 24/2017 ha, altresì, introdotto nel codice penale l'art. 590-*sexies* (rubricato «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario»), a mente del quale «Se i fatti di cui agli articoli 589 (omicidio colposo) e 590 (lesioni personali colpose) sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma» (comma 1). «Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-

Sia chiaro, però, che la stessa giurisprudenza penale non ha mancato di evidenziare come le linee guida, assolvendo a una funzione precipuamente orientativa, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle specificità di ciascuna fattispecie, cui devono necessariamente "adattarsi": esse, infatti, proprio in quanto propongono direttive generali, istruzioni di massima e orientamenti, possono essere legittimamente disattese per ragioni – comunque scientificamente qualificate – legate alle peculiarità del caso concreto[85].

Nonostante la varietà dei soggetti pubblici che fanno uso dello strumento delle linee guida[86], esse – come già anticipato – rientrano, con maggiore frequenza, tra le eterogenee manifestazioni dei poteri di regolazione delle Autorità indipendenti[87]. Oltre a produrre effetti variamente precettivi nei confronti di soggetti terzi[88], le linee guida spes-

assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto» (comma 2).

[85] Così Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187. Ciò sembra peraltro confermato dalla recente novella legislativa sopra richiamata. Sotto la vigenza dell'assetto normativo precedente, cfr. Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, ove si ribadisce che «non vi potrà essere esenzione da responsabilità per il fatto che siano state seguite linee guida o siano stati seguiti protocolli ove il medico non abbia compiuto colposamente la scelta che in concreto si rendeva necessaria (…). Al contrario, sempre nel caso di condotte conformi alle linee guida, queste potranno rilevare in chiave difensiva in assenza di particolarità specifiche del caso concreto idonee a configurare un quadro diverso e più grave rispetto a quello considerato dalle direttive ivi contenute». Ancora, Cass. pen., sez. IV, 14 giugno 2006, n. 24400, secondo cui «le linee-guida vanno intese come suggerimenti atti a orientare i sanitari nei comportamenti che devono porre in essere in relazione ai casi concreti».

[86] Per un interessante esempio, v. delib. n. 19/SEZAUT/2017/INPR del 21 luglio 2017, con cui la Corte dei conti, sez. Autonomie, ha adottato «Linee di indirizzo per la revisione straordinaria delle partecipazioni di cui all'art. 24, d.lgs. n. 175/2016» rivolte agli enti territoriali.

[87] M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo,* cit., 737 ss.; M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo,* cit., 147 ss. In riferimento alle linee guida del Garante per la protezione dei dati personali quali «atti di regolazione non normativa», v. F. MIDIRI, *Il diritto alla protezione dei dati personali,* Napoli, 2017, 245 ss.; *Contra* A. FROSINI, *Gli atti normativi del Garante per la protezione dei dati personali,* in *Giur. cost.,* 2014, 3703. Esistono, invero, numerosi atti equipollenti alle linee guida che vengono adottati dalle Autorità indipendenti, quali: raccomandazioni, istruzioni, guide operative, atti interpretativi, e così via.

[88] Con riferimento ai mercati finanziari, M. RAMAJOLI, Self regulation, soft regulation *e* hard regulation *nei mercati finanziari,* cit., evidenzia come la *soft regulation* sia tutt'altro che "*soft*": al contrario, essa è definibile come "*cripto-hard*", dettando vincoli molto stringenti nei confronti dei soggetti regolati, avverso cui risulta impossibile l'applicazione degli strumenti di tutela tradizionali. Inoltre, soprattutto a livello euro-

so predeterminano, in funzione di autovincolo, la stessa attività (non solo regolatoria) delle *authorities*[89].

Sulla scorta dell'analisi effettuata, si può osservare come le linee guida non dispongano di una fisionomia giuridica a sé stante, né siano automaticamente riconducibili in astratto a una specifica categoria dogmatica già nota al diritto amministrativo. Al contrario, esse presentano natura, contenuti ed effetti multiformi, che spingono l'interprete a rifuggire da ogni tentativo di generalizzazione e a procedere, pertanto, ai fini del loro inquadramento e della valutazione circa la compatibilità con i principi che informano il sistema amministrativistico, a una disamina caso per caso[90].

Qualche punto fermo merita, tuttavia, di essere evidenziato. Alcuni dei caratteri che si sono riscontrati nelle linee guida paiono, infatti, decisamente affrancare tali atti dal coacervo di "regole" che vengono in genere ricondotte al concetto di *soft law* così come sopra illustrato. Invero, e in linea generale, si è sostenuto che il "posto" riservato ai mezzi di *soft law* nel (sotto)sistema delle fonti di diritto amministrativo sarebbe piuttosto angusto, in quanto «o questi mezzi rimangono innocui (…) ovvero, ogni qual volta assumono concretamente una rilevante efficacia precettiva, verranno subito promossi ad uno scalino superiore

peo, la *soft law* non costituisce esclusivamente uno strumento di regolazione delle condotte degli operatori privati ma è anche un mezzo di *governance* e di equilibrio del sistema: così B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata,* cit.

[89] Anche M. RAMAJOLI, Self regulation, soft regulation *e* hard regulation *nei mercati finanziari,* cit., dà atto di questo fenomeno nei mercati finanziari, che ha la funzione «di rafforzare l'*enforcement* dell'attività puntuale, consentire una maggiore coerenza e prevedibilità decisionale, rendere accettabili da parte dei destinatari le decisioni applicative e, non da ultimo, facilitare anche il controllo giurisdizionale». Più specificamente, sul potere di auto-vincolo, attraverso atti di *soft law,* della Commissione europea nel settore bancario, v. Corte di giust. Ue, 19 luglio 2016, C-526/14 *Kotnik e A.*, punti 39-45. Riguardo alle linee guida del Garante per la protezione dei dati personali, v. F. MIDIRI, *Il diritto alla protezione dei dati personali,* cit., 246. *Ex multis,* v. delib. Agcom n. 265/15/CONS, del 28 aprile 2015, recante «Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni»; delib. Agcm del 22 ottobre 2014, recante «Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90», su cui v. F. GHEZZI, G. D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. soc.*, 2015, 1196 ss.

[90] Nello stesso senso, v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli,* cit., 278, che a proposito delle linee guida parla di «etichetta di contenitori diversi».

della scala normativa graduata, quanto meno allo scalino delle fonti terziarie, per soddisfare le esigenze di legalità e di giustizia»[91].

Se si può ragionevolmente convenire sul fatto che le linee guida non presentino un carattere immediatamente cogente, è pur vero che esse – e l'esame della giurisprudenza parrebbe dimostrarlo – non sono del tutto prive di efficacia giuridica[92], essendo piuttosto espressione di una obbligatorietà "graduata" a seconda del caso concreto[93].

Si è potuto constatare, infatti, che molte linee guida sono spesso formalmente recepite all'interno di fonti "tradizionali", per cui ne attraggono il tipico regime giuridico. In taluni casi, esse acquisiscono la natura di «canoni oggettivi di comportamento» dei soggetti a cui si indirizzano[94]; in altri, ancorché ritenute prive di natura normativa, sono state qualificate come «vincolanti» dall'autorità dalle quali sono pro-

[91] M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo,* cit., 737. In termini analoghi, sui riflessi in ordine alla "giustiziabilità" degli atti di *soft regulation,* cfr. M. RAMAJOLI, Self regulation, soft regulation *e* hard regulation *nei mercati finanziari,* cit. V., altresì, il rapporto del Consiglio di Stato francese sul *droit souple* (Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, in *www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiques/Droit-souple*), che ammette il controllo del giudice amministrativo sugli atti di *droit souple,* ove questi possano determinare lesioni di situazioni giuridiche. Sul tema della "giustiziabilità" delle linee guida dell'Anac, cfr. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 381 ss.

[92] Da ultimo, v. Tar Lazio, sez. III, 7 giugno 2016, n. 6540, par. 4.3.2., che annovera tra gli effetti "giuridici" principali degli atti riconducibili alla *soft regulation* (o *soft law*), tra cui le linee guida, «(…) quello di costituire una sorta di "scudo" per gli operatori che ne osservassero il contenuto, i quali, in questo modo, si metterebbero al riparo da possibili contestazioni (specie sotto il profilo della responsabilità civile e penale) rispetto alle scelte adottate». Sul punto sembra concorde anche la dottrina: V. ITALIA, *Le "linee guida" e le leggi,* cit., 15 ss., secondo il quale le linee guida sono «atti normativi particolari, emanati da un'Autorità amministrativa, hanno una forma specifica e stabiliscono un particolare vincolo giuridico» (21).

[93] Sul concetto del diritto «*à textures multiples*», v. C. THIBIERGE, *Le droit souple,* in *Rev. Trim. dr. civ.,* 2003, 599 ss. e Conseil d'État, *Le droit souple. Étude annuelle*, 2013, cit., richiamati in dottrina da M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo,* cit., 733 ss. In termini critici sul menzionato rapporto del Conseil d'État, v. V. ITALIA, *Le "linee guida" e le leggi,* cit., 26-27 (in part. nota n. 6).

[94] Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4358; Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1360. Secondo B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata,* cit., «la dimensione dell'effettività (della *soft law*) – ossia della sua capacità di porsi nella realtà come fatto regolante e canone di comportamento – è coessenziale al suo essere e condizione stessa della sua rilevanza sul piano della giuridicità e, quindi, della sua "giustiziabilità"».

manate[95]. Ancora, la non infrequente qualificazione giurisprudenziale delle linee guida alla stregua di circolari o direttive amministrative assegna a tali atti una efficacia precettiva (interna) nei confronti degli uffici chiamati a darne attuazione attraverso il principio del "*comply or explain*". L'inosservanza di tale principio non resta, però, relegata nel solo ambito interno dell'amministrazione, potendo anche "innescare" il sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere[96].

Nel diritto amministrativo si assiste, in altre parole, a un «indurimento» della *soft law* (*recte* delle linee guida) non solo mediante il recepimento del "diritto soffice" all'interno delle fonti tradizionali[97] ma soprattutto grazie al pervasivo controllo "qualificatorio" effettuato dal giudice amministrativo, attento a rinvenire in tali atti la presenza di una pur minima valenza precettiva al fine di non attenuare l'effettività della tutela giurisdizionale[98].

6. *Lo statuto "sostanziale" delle linee guida: la raffigurazione iconica delle migliori prassi*

Sotto un profilo "sostanziale" e non propriamente giuridico, non sembra ardito ricorrere alla figura dell'"icona" per descrivere le caratteristiche che hanno (o che dovrebbero avere) le linee guida nel diritto amministrativo[99].

Negli studi sulla semiotica di Charles Sanders Peirce, il filosofo sta-

[95] Cfr. delib. Agcom n. 23/09/CIR del 16 aprile 2009, recante «Disposizioni attuative delle procedure di cui alla delibera 274/07/CONS in merito alla fornitura del codice di migrazione da parte degli operatori di rete fissa», ove si prevede che, in presenza di determinate condizioni, l'Autorità provveda ad emettere «linee guida vincolanti sul comportamento che gli operatori dovranno tenere nel processo di migrazione».

[96] M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo,* cit., 147 ss. In termini analoghi nell'ordinamento francese, cfr. Cfr. D. COSTA, *La normatività graduata nel diritto amministrativo francese: le linee direttrici,* intervento al Convegno Aipda 2015.

[97] M. RAMAJOLI, Self regulation, soft regulation *e* hard regulation *nei mercati finanziari,* cit.

[98] Ciò si verifica soprattutto in riferimento agli atti di regolazione "flessibile" delle Autorità indipendenti: M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo,* cit., 737; M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo,* cit., 147 ss.; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici,* cit.

[99] Devo questa intuizione a una conversazione tenuta col Prof. Alberto Zito in occasione di un seminario tenuto presso l'Università Bocconi nel corso dell'anno 2017.

tunitense annovera l'icona tra i tre tipi fondamentali di "segni" (insieme all'"indice" e al "simbolo"), distinti secondo la relazione che li unisce alla realtà esteriore. In particolare, secondo Peirce, l'icona è «un segno che si riferisce all'oggetto che essa denota semplicemente in virtù di caratteri suoi propri, e che essa possiede nello stesso identico modo sia che tale oggetto esista effettivamente, sia che non esista (…). Una cosa qualsiasi, sia essa qualità, individuo esistente, o legge, è un'icona di qualcosa nella misura in cui è simile a quella cosa ed è usata come segno di essa»[100].

L'icona presuppone dunque una relazione di somiglianza o di analogia con l'oggetto che rappresenta, nel senso che essa è dotata almeno di una delle qualità (o ha la stessa configurazione) dell'oggetto significato: ad esempio, una macchia di sangue per il colore rosso, oppure un quadro, un'onomatopea, un diagramma, e così via[101].

Pertanto, così come – per restare negli esempi dianzi ricordati – alcune opere d'arte possono talora rappresentare un'icona dell'oggetto che esibiscono (si pensi all'immagine di Marlyn Monroe intesa comunemente quale icona della femminilità), allo stesso modo – e nei limiti di una mera suggestione di carattere descrittivo – anche una linea guida si traduce (o dovrebbe tradursi) nella raffigurazione iconica di una prassi amministrativa virtuosa, nella misura in cui è "simile" all'oggetto che rappresenta (una *best practice,* appunto) ed è usata come "segno" di essa.

In altri termini, la linea guida ha carattere iconico in quanto dovrebbe costituire il risultato dell'"astrazione" di una moltitudine di fattispecie concrete che, in ragione del loro carattere virtuoso, vengono elevate a "regole" (*recte* indirizzi, raccomandazioni o suggerimenti) valevoli per disciplinare in futuro fattispecie analoghe: una sorta di "standardizzazione", sulla base delle *best practices* sperimentate in concreto, dei comportamenti che i destinatari delle linee guida devono tenere nell'ambito specifico preso in considerazione dalla linea guida, in vista del raggiungimento di obiettivi di buon andamento e di semplificazione.

D'altra parte, una simile ricostruzione non pare del tutto estranea alla legislazione e ai risultati – ancorché non del tutto consolidati – cui

[100] C. S. PEIRCE, *Opere,* Milano, 2003, 153. In argomento, v., altresì, C. MORRIS, *Lineamenti di una teoria dei segni,* Lecce, 2009, 78 ss.

[101] V. voce «icòna», in *Il Vocabolario Treccani,* Roma, 1994, 751.

è giunta la giurisprudenza, laddove, come già visto sopra[102], non è infrequente l'accostamento delle linee guida alle migliori prassi. Inoltre, la suggestione qui descritta delle linee guida intese quali icone o modelli di *best practices* amministrative che sorgono "dal basso" potrebbe trovare un riscontro anche nei generali (e sempre più sentiti) obiettivi di miglioramento della qualità delle regole[103]: ciò risulta particolarmente rilevante ai nostri fini, se si pone mente al fatto che – come visto sopra e come si vedrà meglio *infra* con riguardo all'Anac – le linee guida sono spesso espressione degli estesi poteri di regolazione affidati alle *authorities*.

Nei numerosi pareri resi dal Consiglio di Stato sugli atti normativi del Governo (ma ciò vale a maggior ragione per l'attività di regolazione delle Autorità indipendenti) [104] è stata, infatti, sottolineata l'importanza dell'istruttoria dell'attività normativa e dell'effettiva implementazione dell'AIR e della VIR, anche e soprattutto al fine di adeguare la normativa esistente alle sopravvenienze fattuali e giuridiche e di registrare, dunque, le *best practices* da diffondere e far cessare, invece, quelle scorrette[105]. Da ciò discende, ancora una volta, l'importanza

[102] Cfr. par. precedente.

[103] In argomento, cfr., di recente, F. FRACCHIA, *Legistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini,* in *Dir. econ.,* 1, 2016, 9 ss.

[104] Cons. Stato, sez. atti normativi, 19 giugno 2017, n. 1458, che ha reso il parere sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante «Disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione», ha precisato che, sebbene l'ambito soggetto di applicazione dello schema di regolamento sottoposto al suo esame fosse relativo alla sola amministrazione dello Stato, «la qualità della normazione è un'esigenza particolarmente avvertita per la "regolazione" elaborata dalle Autorità amministrative indipendenti (AI) e destinata a delicati settori economici».

[105] Cons. Stato, sez. atti normativi, 19 giugno 2017, n. 1458, par. 18: «(l)a VIR mira, per l'appunto, a verificare se un intervento normativo abbia realmente conseguito gli obiettivi attesi e a raccogliere dati e misurazioni, principalmente di ordine quantitativo, allo scopo di apportare alle regolamentazioni le eventuali correzioni (cd. "*fine tuning*") la cui necessità sia emersa nella fase di concreta applicazione delle norme. Inoltre la VIR serve a verificare (e se del caso a correggere) anche il metodo seguito per l'AIR, qualora siano emersi, nella fase attuativa, effetti non considerati al momento dell'analisi del contesto oggetto dell'intervento normativo. Ciò consente un "ritorno di esperienza", da parte della VIR, che potrebbe rendere le future AIR sempre più accurate. Ancor più significativo è il contributo che la VIR può fornire al fine della riduzione di un fenomeno che, secondo questa Sezione, potrebbe essere denominato di "consumismo normativo", alludendo la locuzione all'atteggiamento dei regolatori rispetto alle sopravvenienze, in genere fronteggiate con l'introduzione nell'ordinamento

– nell'ambito che a noi qui più interessa (ossia quello in cui operano le *authorities*) – della matrice della "legalità-procedurale" e della consultazione pubblica quali "sedi", non solo funzionali al recupero della dialettica democratica, ma altresì utili all'acquisizione delle informazioni e degli elementi necessari per la creazione del modello o dell'icona della prassi amministrativa virtuosa[106].

L'accostamento delle linee guida alla figura dell'icona appare interessante non solo per la relazione "di somiglianza" che le prime mostrano con l'oggetto che rappresentano, ossia le migliori prassi legate all'ambito materiale cui si riferiscono e che elevano a modello. Esse, infatti, assurgono anche a "rappresentazioni derogabili": così come le icone non esibiscono la totalità degli aspetti e dei caratteri dell'oggetto che raffigurano (per il cui apprezzamento è necessaria la visualizzazione dell'oggetto nel modo in cui appare nella realtà), le linee guida sono il frutto di un'astrazione che richiede una competenza specifica e che non esclude che i soggetti chiamati a darne attuazione possano derogarvi, con la spendita di una maggiore competenza, alla luce delle circostanze del caso concreto[107].

Infine, l'icona, nell'arte, è un genere specifico e peculiare, risultato anche di uno sforzo di semplificazione comunicativa: è suggestivo osservare che pure le linee guida costituiscono un "genere" letterario giuridico in parte nuovo, più "discorsivo" nella formulazione lessicale, oltre che maggiormente orientato alla (o preoccupato della) comunicazione.

di nuove disposizioni anche quando sarebbe sufficiente emendare ed adeguare quelle esistenti». In termini, Cons. Stato, sez. atti normativi, 4 agosto 2016, n. 1784

[106] Sempre Cons. Stato, sez. atti normativi, 19 giugno 2017, n. 1458, par. 19, ha rilevato che «(…) la consultazione costituisce un fondamentale canale di carattere istruttorio a supporto delle scelte del decisore pubblico in relazione: all'offerta di dati, alla segnalazione dei problemi da risolvere con interventi normativi, alla individuazione di *regulatory failures* (fallimenti della regolamentazione) e al suggerimento di proposte di intervento. Tutto ciò è essenziale sia per la definizione *ex ante* dei problemi da risolvere sia per l'individuazione *ex post* delle eventuali criticità applicative delle regole in vigore».

[107] Risulta, in questo senso, calzante il riferimento al *nudging* per descrivere la regolazione flessibile dell'Anac in materia di contratti pubblici: sul punto, v. S. VALAGUZZA, Nudging *pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di Anac,* cit., 91 ss. La predetta tecnica regolatoria, fondata sullo studio dei comportamenti dei destinatari della regolazione, trae la propria efficacia dall'"induzione" al compimento di determinate condotte, piuttosto che dalla loro "imposizione".