

**LA “MORBIDEZZA” DEL DIRITTO AI TEMPI DEL NUOVO
CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI. NOTE A PRIMA LETTURA***Andrea Giordano* *

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 e la mitologia del codice – 3. Diritto ‘morbido’ e istanze decodificatorie.

1. – Ogni Codice è, tradizionalmente, l’emblema del positivismo giuridico. E, pur a fronte dei dubbi anagrafici ¹, il D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 è senz’altro Codice; dei Codici della tradizione incarna la naturale tensione all’‘esaustività’ e, quindi, alla complessiva semplificazione del panorama normativo e fenomenico.

A dimostrarlo, basti la *ratio* ispiratrice della novella, che è, non solo tesa ad attuare le direttive europee, ma anche a riordinare la vigente disciplina in tema di contratti pubblici ², riducendo ad unità il quadro normativo, semplificando ed armonizzando l’esistente, nell’ottica di una rivitalizzazione del settore dei contratti pubblici e, con questo, delle sorti dell’economia nazionale.

Come i Codici rispondono all’esigenza di una *reductio ad unitatem*, ovviando all’incertezza che aveva connotato il sistema di diritto comune ³, così, *mutatis mutandis*, il D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163 era sorto al fine di riordinare la pluralità di fonti frammentarie antevigenti ed, ora, il nuovo Codice tende a sostituirsi al citato decreto delegato, al Regolamento 5 ottobre 2010, n. 207 e ad ogni ulteriore atto normativo in materia, spargendo semi di certezza.

* Procuratore dello Stato presso l’Avvocatura Distrettuale di Palermo.

¹ Ora lo si denomina, infatti, “*codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*”, ora “*codice dei contratti pubblici*” ora, in linea con la *littera* dello stesso decreto delegato, “*attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE 2014/25/UE [...]*”.

² V., in questo senso, l’art. 1 della Legge Delega 28 gennaio 2016, n. 11. Sul tema, per tutti: A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 15.

³ M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, Torino, 2007, 288.



Eppure, gli artt. 212 e ss. del nuovo ordito normativo non solo attribuiscono alla neoistituita Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri significativi poteri di monitoraggio, impulso e coordinamento nell'adozione di atti attuativi e decreti correttivi, ma danno altresì cittadinanza ad un'inedita *soft law*, con caratteri del tutto peculiari⁴, destinata a promanare dall'Autorità Nazionale Anticorruzione⁵.

Se ed in che misura le esigenze 'positivistiche' sottese al Codice possano coniugarsi con gli strumenti flessibili introdotti dalle nuove norme è il quesito che, prima di ogni altro, si impone, a prima lettura del novellato testo.

2. – Eco della 'mitologia' del Codice si ha alla luce della 'riserva', contenuta nell'art. 218 e dei principi dettagliati nel novello ordito normativo.

In controtuce rispetto al dettato del citato art. 218, secondo cui "*Ogni intervento normativo incidente sul presente codice o sulle materie dallo stesso disciplinate è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute*", sembra leggersi la presa d'atto di una sorta di onnipotenza demiurgica del Legislatore, che non riconosce dignità agli interventi extravaganti.

Se è senz'altro vero che – come ha rilevato il Consiglio di Stato⁶ – il vincolo (o auto-vincolo) imposto dall'art. 218 ha valore esclusivamente esegetico, monitorio e di indirizzo, non potendo una formula di auto-rafforzamento comportare la potenziata resistenza passiva di un corpo normativo, la codificazione espressa della 'riserva' è l'emblema di una pretesa di 'completezza', aderente a quella risalente impostazione ideologica che vedeva nel Codice un *opus* normativo compiuto ed organico "*capace di comprendere tutti i*

⁴ V., *amplius*, il § 3 del presente scritto.

⁵ L'*Authority*, che ha sostituito la precedente C.I.V.I.T. (Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche), accentra su di sé, alla luce del nuovo Codice, le competenze in materia di corruzione e trasparenza della p.a. con quelle di vigilanza sul funzionamento e sulla complessiva efficienza del sistema dei contratti pubblici. V., per profili generali, R. Cantone - F. Merloni (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione. Commento al d.l. n. 90 del 2014, convertito in legge n. 114 del 2014*, Torino, 2015, nonché E. D'Alterio, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giornale dir. amm.*, n. 6/2015, 757; F. Di Lascio - B. Neri, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, *ivi*, n. 4/2015, 454; B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, *ivi*, n. 2/2013, 123.

⁶ Nel recente parere Cons. Stato, 21 marzo 2016, n. 855.

possibili casi giuridici trasformandoli in propri costrutti teoretici"⁷.

La *ratio* unificatrice e semplificatrice del Codice si coglie, quindi, ai lumi del dettato dei principi, che, per la generalità che li connota, hanno un naturale funzione omogeneizzante⁸.

Di momento è il disposto di cui all'art. 30 – in parte anticipato, quanto a contenuto precettivo, con riguardo ai contratti esclusi, dall'art. 4 – che, dopo aver stabilito che l'affidamento dei contratti e la loro esecuzione debbano essere regolati dai principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, espressamente impone alle stazioni appaltanti di osservare – con riguardo all'affidamento, ma, come dovrebbe intendersi, anche alla successiva esecuzione – i canoni di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, altresì precisando che *“Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”*.

Il richiamo alla libera concorrenza, a quei valori che – come la trasparenza (su cui v. anche l'art. 29) – proteggono dal fenomeno corruttivo, altresì promuovendo il diritto di stabilimento e la massima partecipazione alle gare pubbliche, e l'attenzione riservata ad esigenze finanche sociali e di tutela dell'ambiente denotano la volontà del Legislatore di incidere, con fare penetrante, sul settore degli appalti, per altresì segnare, di riflesso, il corso della politica economica e sociale.

La *ratio* di esaustivamente regolare la materia, semplificandola e funzionalizzandola nell'ottica di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva⁹ si coglie, quindi, analizzando la normativa di dettaglio, tesa a creare un *ordo* unificato e coerente.

⁷ L. Mengoni, *I cinquant'anni del Codice civile: considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milano, 1994, II, 752.

⁸ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in M. D'Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 67; anche G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009, 392, che definisce i principi *“«poli» giuridici da cui l'ordinamento viene attratto”*.

⁹ Così, del resto, il considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE; v. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi forniture nei settori ordinari*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 1.

Date le 'complicazioni' del sistema previgente, è la 'semplificazione' che fa da chiave di volta del nuovo, autointegrato, corpo normativo.

Se, nel periodo di operatività del Codice previgente, ciò che più si lamentava erano le eccessive numerosità e frammentazione delle stazioni appaltanti, ad arginare la tendenza è la *liaison* tra la disciplina in tema di qualificazione degli enti aggiudicatori e quella in punto di aggregazioni e Centrali di Committenza, le amministrazioni che forniscono, tra le altre attività, quelle di preparazione e gestione di gare per conto di altre stazioni appaltanti (art. 3, lett. l). Da una parte, l'art. 38 prevede l'istituzione, presso l'A.N.A.C., di un registro *ad hoc*, destinato a 'censire' le sole stazioni appaltanti 'qualificate' – siccome idonee alla stregua di adottandi criteri tecnico-organizzativi rigorosamente oggettivi – e, dall'altra, l'art. 37, nel fissare soglie – intenzionalmente basse – al sopra delle quali non è agli aggiudicatori dato acquisire lavori, servizi o forniture senza il possesso della prescritta qualificazione, al contempo consente di ovviare alla mancanza di quest'ultima con il ricorso a Centrali di Committenza o con l'alternativa aggregazione con una o più 'qualificate' stazioni appaltanti.

Ad esigenze di semplificazione è, parimenti, ispirata la disciplina dettata in relazione all'opposto lato del mercato.

Pur a fronte dell'apertura delle gare pubbliche ad una platea di concorrenti potenzialmente ampia (v. l'art. 3, lett. p), in ossequio al principio di massima partecipazione, gli artt. 83-84 contemplanò un precipuo "*sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*", preordinato al *rating* delle imprese¹⁰.

Non una semplificazione nel senso di falciatura – attraverso il virtuoso filtro della qualità – dei numeri esistenti, ma di riduzione degli oneri burocratici¹¹, permea, poi, il dettato sui requisiti di partecipazione alle gare.

Non solo è stato, in armonia con la normativa europea, introdotto il c.d. documento unico di gara – autodichiarazione, sostitutiva dei certificati rilasciati da autorità pubbliche e terzi, che dà, tra l'altro, atto dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 –, ma è stata altresì consacrata una nozione di soccorso istruttorio che, pur necessitando ancora di un pieno adeguamento al c.d. divieto di *gold plating*, semplifica, in sintonia con la novella

¹⁰ V., *amplius*, R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n. 5/2016, § 19.

¹¹ Sulle diverse accezioni di 'semplificazione', v. P. Mantini, *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici tra divieto di gold plating e copy out*, in www.giustizia-amministrativa.it.

del 2014¹² (che consentiva di distinguere tra irregolarità non sanabili, irregolarità essenziali sanabili ed irregolarità non essenziali), la posizione delle imprese. Vero è, infatti, che, pur ponendosi, a carico del concorrente che abbia dato causa alle mancanze, incompletezze e ad ogni altra irregolarità essenziale, una sanzione compresa tra l'uno per mille e l'uno per cento del valore della gara, ma non superiore a 5.000 euro¹³, la scelta di esplicitamente estendere il 'soccorso' alle mancanze, e non solo alle incompletezze¹⁴, appare – nonostante l'ambito, potenzialmente ampio, delle irregolarità insanabili – di per sé sola, apprezzabile¹⁵.

La *ratio* armonizzatrice ed unificante della novella si coglie, quindi, in relazione alle norme di dettaglio volte a salvaguardare il bene 'trasparenza', che, oltre a 'semplificare' l'accesso alle informazioni rilevanti, neutralizza la portata disgregante della corruzione.

A rilevare sono non solo le previsioni contenute nell'art. 29, che si pongono in continuità ideale con i recenti interventi normativi¹⁶, ma anche le singole norme tese ad ovviare ai conflitti di interesse (artt. 24, 42, 77), il principio per cui tutte le procedure di scelta del contraente e del concessionario sono indette mediante bandi di gara (artt. 71 e 164, c. 1) – salve le eccezionali ipotesi in cui è dato ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando (artt. 59, c. 5, secondo alinea, 63, 125, 164, c. 3) –, i disposti relativi alle singole fasi delle procedure di affidamento (si pensi, ad esempio, oltre ai nuovi criteri di nomina dei componenti delle commissioni aggiudicatrici¹⁷, alla 'armonizzazione' dei contenuti dei bandi attraverso la predisposizione di bandi-tipo, da ritenersi vincolanti, *ex art.* 71), le inedite

¹² D.L. 24 giugno 2014, n. 90, conv. con la L. 11 agosto 2014, n. 114.

¹³ Cosa, quest'ultima, che poco collima con lo stesso criterio di non onerosità delle integrazioni documentali, di cui alla lett. z) della Legge Delega 28 gennaio 2016, n. 11.

¹⁴ *Contra*: Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9 e Id., 30 luglio 2014, n. 16.

¹⁵ Sempre nell'ottica della 'semplificazione', v. anche l'opportuna previsione contenuta nell'art. 97, che pone fine alle note *querelles* – per riferimenti: Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo 2015, n. 3; C.G.A.R.S., 24 marzo 2015, n. 305; Cons. Stato, Ad. Plen., 2 novembre 2015, n. 9 – in punto di oneri di sicurezza aziendale, allo stato oggetto di valutazione, da parte della stazione appaltante, ai soli fini del giudizio di anomalia delle offerte.

¹⁶ In particolare: la L. 6 novembre 2012, n. 90, il D.L. vo 14 marzo 2013, n. 33, la L. 27 maggio 2015, n. 69 e, quindi, la L. 7 agosto 2015, n. 124.

¹⁷ Da scegliersi giusta pubblico sorteggio da una lista di candidati comunicata dall'A.N.A.C.

previsioni volte a 'digitalizzare' – soprattutto a tutela delle imprese medie e piccole¹⁸ – le procedure di gara¹⁹ e, prima di tutto, il ruolo di primazia assegnato all'Autorità Nazionale Anticorruzione, tra l'altro, in via esclusiva, dotata della competenza a presidiare al sistema di qualificazione di tutte le categorie di soggetti coinvolti nei contratti pubblici²⁰.

3. – La tensione alla 'esaustività', connotante la frenesia codificatoria ottocentesca, trova freno nella constatazione della pratica impossibilità di portare a sintesi il settore normato.

Lo dimostra, in relazione ad un Codice 'completo' (pur trattandosi di una idea di 'completezza' che si è, per così dire, sovrapposta a quella dei redattori²¹) come quello francese del 1804, il *Discours préliminaire* del 24 termidoro anno VIII, ove si legge che “*un Codice, per quanto possa sembrare completo, non è ancora finito, ché mille questioni inaspettate si propongono ai giudici. Perché le leggi, una volta redatte, restano per come sono state scritte, gli uomini, al contrario, non si riposano mai e agiscono sempre: questo moto, che non si ferma mai e che ha effetti che si modificano secondo le circostanze, produce, in ogni istante, qualche fatto nuovo, qualche risultato nuovo*”²².

Traccia della tendenza si ha anche alla luce del dettato del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Significativa è, in tal senso, non solo l'istituzione di una Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, cui l'art. 212 conferisce significativi poteri di monitoraggio, impulso e coordinamento nell'adozione di atti attuativi e decreti correttivi, che lo stesso Legislatore – con una presa di coscienza analoga a quella del Codificatore francese – testualmente prevede, ma anche di un'inedita *soft law*, destinata a promanare dall'A.N.A.C.

¹⁸ V. il Documento di lavoro della Commissione europea, 25 giugno 2008, SEC (2008), 2193.

¹⁹ G. Bottino, *La spinta verso un "mercato digitale" che favorisce le piccole imprese*, in V. Italia (a cura di), *Codice degli appalti/2. La guida alle nuove regole*, Il Sole 24 Ore, 84.

²⁰ N. Parisi, *La centralità dell'A.N.A.C. nella regolazione e vigilanza per "prevenire" la corruzione*, in V. Italia (a cura di), *Codice degli appalti/2. La guida alle nuove regole*, cit., 9.

²¹ Così, U. Petronio, *La concezione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza")*, in *Quad. fior.*, 1998, 27.

²² J. C. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Paris, 1827-1832, I, 258.

La Cabina di regia ha, infatti, sia la funzione di pianificare e coordinare la prima fase attuativa del Codice, sia quella di monitorare *ex post* l'impatto dello stesso sulla legislazione vigente.

Quanto alla prima funzione, sta alla Cabina effettuare una ricognizione degli atti attuativi, coordinando l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di decreti e linee guida, e rilevando eventuali sovrapposizioni o difficoltà di applicazione, anche al fine di proporre soluzioni correttive e di miglioramento. I compiti di 'pianificazione' e 'coordinamento' si sommano, quindi, a quelli di monitoraggio *ex post* e, più segnatamente, di verifica dell'impatto del Codice e successiva, periodica, predisposizione di una relazione di controllo, da sottoporre alla Commissione europea.

Ancor più rilevante è l'attribuzione all'A.N.A.C., vero e proprio arbitro del settore, di peculiari poteri, e di regolazione e paragiurisdizionali²³.

Vanno, quanto alla funzione di *regulation*, menzionati, oltre alla predisposizione di regole di secondo livello (quali bandi-tipo, capitolati-tipo, contrattati-tipo e altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati), peculiari atti attuativi, le linee guida adottate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti su proposta dell'A.N.A.C. (art. 214, c. 12) e le ulteriori linee guida, vincolanti o non vincolanti, direttamente emanate dal Garante *ex art.* 213, c. 2²⁴.

Se le linee guida ministeriali di cui all'art. 214, c. 12, sono veri e propri regolamenti *ex art.* 17 della L. n. 400 del 1988 adottati su mera proposta dell'A.N.A.C.²⁵, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari²⁶,

²³ Per la relativa nomenclatura, con riguardo al più ampio fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti: M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

²⁴ Per i primi esempi di proposte di linee guida, v. quelle in tema di "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", "Direttore dei Lavori", "Direttore dell'esecuzione", "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", "Offerta economicamente più vantaggiosa" e "Servizi di ingegneria e architettura" sul sito www.anticorruzione.it.

²⁵ La quale definisce il contenuto finale di un atto sostanzialmente ministeriale.

²⁶ In questi termini si è, del resto, espresso il Consiglio di Stato: "anche indipendentemente dal nomen juris fornito dalla delega e dallo stesso codice (che potrà comunque precisarlo in sede di approvazione definitiva, nei singoli articoli di riferimento), tali atti devono essere considerati quali 'regolamenti ministeriali' ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400" (v.

le *guidelines* direttamente emanate dal Garante presentano aspetti di indubbia peculiarità.

Mentre le linee guida non vincolanti consistono in atti amministrativi, con funzione di indirizzo per stazioni appaltanti ed operatori economici, quelle propriamente vincolanti, pur atteggiandosi ad atti di regolazione riconducibili agli atti amministrativi generali²⁷, recano un contenuto sostanzialmente normativo²⁸.

Alla singolarità di una *soft law*²⁹ – o, per dirla con il Consiglio di Stato francese, di una ipotesi di *droit souple* – vincolante³⁰, si aggiunge quella di po-

Cons. Stato, n. 855/2016, cit.).

²⁷ Alla tesi favorevole alla riconduzione delle linee guida alla categoria degli atti normativi *extra ordinem* si è opposto il Consiglio di Stato, secondo cui: “Questo Consiglio di Stato ritiene, invece, preferibile l’opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l’ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un’Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione. Pertanto, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell’ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, ‘di regolazione’” (ancora Cons. Stato, n. 855/2016, cit.).

²⁸ Ciò lo si desume, a titolo di esempio, dagli artt. 83 e 84 del Codice, che prevedono che le linee guida debbano, tra l’altro, stabilire i requisiti di partecipazione alle procedure e definire il sistema di qualificazione delle imprese, così condizionando lo stesso esercizio del diritto di impresa. Del resto, sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti, v., per tutti, V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D’Alberti - A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2009, 75.

²⁹ Sul relativo concetto, per tutti: E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Milano, 2008; in particolare, sul nesso tra *soft law* e *governance*: R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 28. In tema, v. anche F. Terpan, *Soft law in the European Union – The changing nature of EU law*, in *European Law Journal*, n. 1/2015, 68.

³⁰ Tanto da indurre a non parlare di *soft law* (in questo senso, C. Deodato, *Le linee guide dell’A.N.A.C.: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2016, § 5: “Mentre il fenomeno della *soft law* (generato nel diritto internazionale per risolvere questioni, transazioni, rapporti non soggetti ad alcuna normazione cogente) postula logicamente (come segnalato, peraltro, dall’uso dell’aggettivo “soft”) l’assenza di vincolatività (viceversa prodotta solo dalla *hard law*) della regola di cui si tratta (proprio perché ascrivibile al novero delle tertiary rules), il cui rispetto viene sostanzialmente rimesso dall’adesione volontaria (anche per effetto della moral suasion o dissuasione operata, ad esempio, dalle autorità indipendenti) dei soggetti coinvolti nella sua sfera di operatività, le linee guida, al contrario, sono state pensate e previste (perlomeno in larga misura) come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai destinatari, tanto da sostituire [...] le disposi-

teri paragiurisdizionali, destinati ad alternativamente esplicitarsi o attraverso pareri di precontenzioso, anch'essi vincolanti (pur a fronte, in questo caso, del previo consenso delle parti; v. l'art. 211, c. 1), o in virtù di raccomandazioni (v. l'art. 211, c. 2), che formalmente 'invitano' all'esercizio dei poteri di autotutela, in presenza di atti ritenuti illegittimi, ma sostanzialmente vincolano, in ragione delle sanzioni all'inobbedienza correlate³¹.

Sembra che, con l'istituzione della Cabina di regia, dotata anche del potere di proporre soluzioni correttive di incidenza sul D.L. vo n. 50 del 2016, e, ancor più, con l'attribuzione all'A.N.A.C. dei detti poteri di regolazione e paragiurisdizionali, il Legislatore abbia, al di là delle enunciazioni di forma ('riserva di codice' anzitutto), preso coscienza dell'ontologica 'incompletezza' dell'ordito normativo, non solo a fronte dell'imperante globalizzazione giuridica³², ma anche delle specifiche, complesse e cangianti, dinamiche del settore degli appalti pubblici.

E, se il riconoscimento di una mai piena adeguatezza ed esaustività di un Codice è, di per sé, prova di maturità, la prevista 'vincolatività' del diritto, per sua natura, 'morbido', dell'A.N.A.C. sembra risolversi in una contraddizione in termini, retaggio dell'ideologica 'mitologia' del Codice.

Oltre a porsi in potenziale contrasto con i postulati della teoria generale, con il principio di legalità³³ e – quanto alle raccomandazioni di cui all'art. 211, c. 2

zioni (sicuramente) regolamentari contestualmente abrogate). In senso contrario all'impiego dell'espressione *soft regulation*, si veda lo stesso Consiglio di Stato, che ha qualificato il relativo concetto "estraneo all'ordinamento nazionale e comunque troppo generico, in assenza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale" (così, Cons. Stato, n. 855/2016, cit.).

³¹ Così, infatti, dispone l'art. 211, c. 2, del Codice: "Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250, 00 e il limite massimo di euro 25.000, 00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente decreto".

³² Per tutti, S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2001; Id., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; Id., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

³³ E, quindi, con la legittimazione democratica – v., sul punto, C. Deodato, *Le linee guida dell'A.N.A.C.: una nuova fonte del diritto?*, cit., § 7: "E' sufficiente, al riguardo, rammentare che gli artt. 83 e 84 del Codice affidano alle linee guida dell'ANAC il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle procedure e il regime delle SOA, per dimostrare che il predetto atto (nonostante lo stravagante nomen, che, a riflettere bene, rivela anche stranezze e disarmonie lessicali) riveste una portata normativa particolarmente pregnante, nella misura in cui

– con la stessa ricostruzione dell'autotutela decisoria in termini di *contrarius actus*, subordinato non solo all'esistenza di un vizio di invalidità, ma anche al doveroso vaglio di conformità della rimozione all'interesse pubblico e agli “*interessi dei destinatari e dei controinteressati*” (art. 21- *nonies* della l. n. 241 del 1990), la singolare ricostruzione accolta dal Codice potrebbe rischiare – ma saranno gli “auto-vincoli” dell'*Authority*, attuativi dei generali criteri di cui all'art. 213, c. 2, ad auspicabilmente smentirlo – di svuotare legittimazione democratica e legalità sostanziale, senza il puntuale adeguamento della ‘struttura’ – assetto organizzativo e procedimenti – alle pervasive ‘funzioni’ attribuite dal Codice. Se queste, come nel caso di specie, attengono alla regolazione di un settore, non è dato prescindere dai canoni di legalità procedurale, a compensazione del *deficit* di quella sostanziale³⁴, e, quanto all'organizzazione interna, dalla separazione delle funzioni³⁵ e dalla collegialità della struttura³⁶. Ciò è ancor più vero ove si consideri che le competenze dell'A.N.A.C., per come disegnate dal nuovo Codice, sono destinate a trascendere un specifico ‘settore’, riguardando un mercato – quello dell'affidamento delle commesse pubbliche – che è lungi dall'essere ‘settoriale’³⁷.

finisce per limitare o, comunque, condizionare l'accesso al mercato degli appalti pubblici e, in ultima analisi, lo stesso esercizio della libertà d'impresa”.

³⁴ V., per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874: “[...] *l'esercizio dei poteri regolatori da parte delle Autorità amministrative indipendenti, in quanto posto al di fuori del tipico circuito di responsabilità delineato in via di principio dell'articolo 95, Cost., risulta comunque giustificato dall'esistenza di un procedimento adeguatamente rispettoso delle regole di partecipazione, inteso quale strumento sostanzialmente sostitutivo della dialettica propria delle strutture stricto sensu rappresentative*”.

³⁵ Sulla concezione regolativo-giustiziale delle funzioni: N. Longobardi, *La regolamentazione e i controlli: le autorità amministrative indipendenti – Il modello regolativo giustiziale*, in Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 253.

³⁶ V., del resto, sulla posizione e sui poteri autonomi assunti dal Presidente dell'Autorità: N. Longobardi, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2016, § 6: “[...] *l'attribuzione di poteri autonomi al Presidente dell'Autorità – mentre la collegialità è caratteristica delle autorità indipendenti preordinata a garantire imparzialità e ponderatezza delle decisioni – ed il profilo emergenziale di questa figura delineato dalla normativa più recente risultano non poco stridenti con la qualificazione di autorità amministrativa indipendente*”. Si confrontino altresì, in materia di commissariamento degli appalti, i rilievi di A. Maltoni, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1079 ss. Più in generale, sull'imparzialità, nella sua dimensione, e procedimentale e organizzativa, v. F. Vetrò, *Il principio di imparzialità*, in M. Renna - F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, 2012, 91 ss.

E se un Codice può, in forza del formale rispetto dell'*iter legis*³⁸ trovare in se stesso la propria legittimazione, ciò non vale per un formante 'morbido' che, come quello discendente dalle prescrizioni dell'A.N.A.C., si legittima dal 'basso', con l'adesione dei destinatari, all'esito di un 'giusto procedimento'³⁹.

Non è, in sé, contraddittorio – ancorché in distonia con talune scelte sottese al Codice, come il, pur avallato, incremento, sotto più profili, della discrezionalità delle stazioni appaltanti (e fermo restando il possibile arretramento rispetto agli obiettivi di sinteticità, chiarezza e tempestiva attuazione della novela⁴⁰) – coniugare diritto (im)posto e regole flessibili, purché la flessibilità sia, tanto quanto la legittimazione dal 'basso', effettiva⁴¹. Regole non contenute nel Codice ma, ad un tempo, vincolanti⁴² rischiano – se adottate all'esito di procedimenti non adeguatamente tipizzati⁴³, sostanzialmente rimessi alla libe-

³⁷ In questo senso, correttamente, C. Deodato, *Le linee guida dell'A.N.A.C.: una nuova fonte del diritto?*, cit., § 6.

³⁸ O, come nel caso che ne occupa, dei "surrogati" di cui all'art. 76 Cost.

³⁹ In argomento, per tutti: N. Longobardi, *La regolamentazione e i controlli: le autorità amministrative indipendenti – Il modello regolativo giustiziale*, cit., 243 e Id., *Poteri regolatori, giusto procedimento e legittimazione democratica*, in Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 281.

⁴⁰ Così, R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., § 7.

⁴¹ V. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1996, 72 e segg.

⁴² E la cui stessa vincolatività sembra – quanto alle linee guida di cui all'art. 213, c. 2 – sostanzialmente discendere da una discrezionale scelta dell'*Authority*: il Codice non stabilisce, infatti, con chiare, testuali, indicazioni, quando la linea guida possa essere 'non vincolante' e quando debba, piuttosto, vincolare i destinatari.

⁴³ E, pertanto, in dubbia sintonia con il principio di legalità, che – come è noto – impone che, nell'ipotesi di remissione di poteri regolatori a fonti subordinate alla legge, vengano da quest'ultima predefiniti i parametri ai quali i detti poteri debbono attenersi. Appaiono, del resto, alquanto deficitari i criteri stabiliti dall'art. 213, c. 2, del nuovo Codice, che si limita a stabilire che "*L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice*". La generica "qualità della regolazione" e il c.d. divieto di *gold plating* sono, a Codice invariato, gli unici obiettivi al cui perseguimento dovranno essere orientati forme e metodi di consultazione. Analoghe carenze si colgono, in materia di procedimenti sanzionatori, alla luce dell'art. 213, c. 13, che si limita a stabilire "*Con propri atti l'Autorità disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza*".

ra scelta del Garante – di risolversi in ossimori di dubbia compatibilità con il sistema⁴⁴. Tramontata l'autoreferenzialità del *princeps*, portato dell'assolutismo giuridico, codificare e de-codificare⁴⁵ diventano operazioni, almeno in astratto, conciliabili; possibile è la loro convivenza purché entrambe sottendano un'adeguata *ratio* legittimante, che è, in definitiva, in ambo i casi, destinata a coincidere con l'effettività.

⁴⁴ Non sembra, del resto, appieno in linea con il principio del c.d. giusto procedimento, nella particolare accezione richiesta nei procedimenti avanti ai Garanti, il Regolamento sulla disciplina di partecipazione ai procedimenti di regolazione, adottato dall'A.N.A.C. il giorno 8 aprile 2015 (si pensi, ad es., all'art. 3, c. 1, che prevede l'audizione innanzi al Consiglio dei soli soggetti portatori di interessi, collettivi e diffusi, pubblici e/o privati che l'Autorità ritiene "opportuno" ascoltare; lo stesso impiego dei metodi di consultazione preventiva è subordinato ad una valutazione di mera opportunità dell'*Authority*).

⁴⁵ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; Id., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, 101.