

LUISS



Dipartimento di Giurisprudenza  
Cattedra di Diritto Amministrativo

# Il divieto di «gold plating» nel diritto dei contratti pubblici

Prof. BERNARDO GIORGIO MATTARELLA  
RELATORE

Prof. GIULIANO FONDERICO  
CORRELATORE

GIULIO RIVELLINI  
CANDIDATO

MATRICOLA 138873

## *Indice delle abbreviazioni*

A&C	Appalti & Contratti
ALR	Administrative Law Review
AP	Azienda Pubblica
CMLR	Common Market Law Review
DA	Diritto Amministrativo
DCSI	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
DE	Il diritto dell'economia
Dir. Prat. Amm.	Diritto e pratica amministrativa
DP	Diritto Pubblico
DPA	Diritto e Processo Amministrativo
ED	Enciclopedia del diritto
EJLR	European Journal of Law Reform
EJRR	European Journal of Risk Regulation
ELJ	European Law Journal
EPA	European Policy Analysis
For. It.	Foro italiano
FQCR	Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna
GDA	Giornale di diritto amministrativo
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
GP	Gruppo di Pisa
Ist. Fed.	Istituzioni del federalismo

L&CP	Law & Contemporary Problems
MCR	Mercato Concorrenza Regole
OF	Osservatorio sulle fonti
QG	Quotidiano giuridico
Quad. Cost.	Quaderni Costituzionali
R&G	Regulation & Governance
RAS	Rassegna Avvocatura dello Stato
RDETA	Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente
RDI	Rivista di Diritto Internazionale
RDP	Rivista di diritto processuale
RGE	Rivista giuridica dell'edilizia
RIDPC	Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario
RTA	Rivista trimestrale degli appalti
RTDP	Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
SIE	Studi sull'integrazione europea
SLR	Statute Law review
Urb. App.	Urbanistica e appalti
YJR	Yale Journal on Regulation

## INDICE

Introduzione .....	5
CAPITOLO I - LA SEMPLIFICAZIONE NORMATIVA .....	8
1. La “scienza della legislazione” .....	8
1.1. L’oggetto.....	9
1.2. La “qualità delle regole” .....	9
2. Le regole sulla qualità delle regole .....	12
2.1. L’AIR.....	15
2.2. La VIR .....	17
2.3. Le consultazioni .....	19
CAPITOLO II - IL DIVIETO DI «GOLD PLATING» NEI CONTRATTI PUBBLICI .....	23
3. Il «gold plating»: origine e tassonomia del termine.....	23
4. La governance multilivello della semplificazione normativa .....	27
5. Il «gold plating» nella normativa italiana .....	32
5.1. La legge 28 novembre 2005, n. 246.....	33
5.1.1. I “livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive” .....	38
5.1.2. Le circostanze eccezionali che rendono necessario il «gold plating» .....	43
5.2. La legge 24 dicembre 2012, n. 234.....	45
5.2.1. Analisi quantitativa della normativa.....	51
5.3. La legge 28 gennaio 2016, n. 11.....	57
5.3.1. ... e le reazioni dei commentatori .....	61
5.3.2. Le possibili ipotesi di «gold plating» .....	66
5.4. Le direttive applicative del Presidente del Consiglio dei ministri. ....	76
6. La disciplina europea del «gold plating» .....	80
6.1. Comparsa e sviluppo del concetto di «gold plating» nell’Unione europea .....	81
6.2. L’agenda sulla “better regulation” del 2015 .....	84
6.2.1. La cooperazione interistituzionale.....	85
6.2.2. Le Guidelines e la Toolbox della Commissione europea... ..	87

7. Breve sintesi dei risultati .....	89
CAPITOLO III - L'EFFETTIVITÀ DEL DIVIETO DI «GOLD PLATING».....	93
8. Il problema dell'effettività del diritto.....	93
9. L'effettività della disciplina sull'AIR: considerazioni di sintesi .....	95
10. Il «gold plating» nelle fonti di rango primario .....	100
10.1. Gli scarsi risultati del Governo .....	110
10.2. L'eccezione dei decreti legislativi correttivi e integrativi....	110
11. Il «gold plating» nelle Linee guida dell'ANAC .....	112
11.1. La disciplina AIR dell'ANAC .....	113
11.2. I dati dell'ANAC.....	115
11.3. L'analisi dei risultati .....	124
12. La giustiziabilità del divieto di «gold plating».....	126
12.1. Analisi del contenzioso sul «gold plating» .....	126
12.1.1. Le linee di tendenza .....	127
12.1.2. Rassegna giurisprudenziale.....	129
12.2. La giustizia costituzionale, tra momenti di diffusione e momenti di accentramento .....	135
12.2.1. La “rilevanza” .....	137
12.2.2. La “non manifesta infondatezza”.....	138
12.2.3. La sentenza 27 maggio 2020, n. 100 .....	141
13. Le esperienze straniere .....	143
Conclusioni .....	147
Appendice .....	151
Bibliografia .....	162

## *Introduzione*

L'oggetto di questa tesi – il divieto di «gold plating» – si colloca al crocevia di diverse questioni problematiche.

Prima di tutto, esso appartiene al novero di quegli strumenti che molti ordinamenti hanno ormai approntato per perseguire lo scopo di migliorare la qualità della legislazione. Ne deriva che i successi e gli insuccessi generali di questi strumenti, la loro applicazione a volte frammentaria, possono ripercuotersi sull'effettività del divieto di «gold plating».

In secondo luogo, il divieto di prevedere dei livelli di regolazione superiori a quelli minimi previsti dal diritto europeo è un precetto che richiama sia le fonti del diritto interno che quelle del diritto europeo, e dunque induce a riflettere sul rapporto tra l'ordinamento nazionale e quello dell'Unione. Una seria analisi del divieto di «gold plating» non può esimersi dal confrontarsi con alcune problematiche che riguardano il sistema delle fonti: basti pensare agli spazi di manovra lasciati agli Stati membri a fronte delle spinte all'armonizzazione portate avanti dall'Unione Europea.

In terzo luogo, proprio perché tale istituto insiste sul sistema delle fonti, esso si presta ad una costituzionalizzazione, come in effetti è avvenuto in Italia. Anche in questo caso, dunque, uno studio che abbia ad oggetto il divieto di «gold plating» non può glissare sui problemi di giustizia costituzionale che esso comporta.

Infine, è evidente che il «gold plating» è un prestito linguistico da un altro ordinamento, segnatamente quello inglese, e come tale esso può essere foriero di ambiguità semantiche. Quindi, necessita di un approfondimento non solo giuridico, ma anche storico e filologico sull'origine del termine e sulle sue possibili declinazioni.

Eppure, se queste sono le premesse, stupisce che in Italia fino ad ora sia mancata una riflessione completa e ben strutturata sull'origine, sul significato e sul concreto funzionamento del divieto di «gold plating». Ma se è vero che lo studioso si nutre di domande, allora questa è senz'altro un'occasione ghiotta per approfondire l'argomento.

A ciò è diretto, quindi, il presente lavoro. Che cos'è il divieto di «gold plating»? Qual è la sua origine? Quali sono i principali significati che gli vengono attribuiti, in Italia e all'estero, e come questi si ripercuotono sulla sua concreta operatività? Ma soprattutto, qual è la sua effettiva rilevanza all'interno del nostro ordinamento? A tutte queste domande si tenterà di rispondere nei capitoli che seguono.

E tali domande, di indubbio interesse scientifico, si rendono ancor più assillanti in questi giorni, in cui le sirene della semplificazione amministrativa

e normativa non mancano di adulare nuovamente la classe politica nostrana, chiamata a dirigere il Paese fuori da una crisi che, da sanitaria, rischia di diventare economica. E così riaffiora nel dibattito pubblico il richiamo alla semplificazione della disciplina dei contratti pubblici, allo snellimento delle procedure di gara e, neanche a farlo apposta, al divieto di «gold plating».

Ma se questo è l'oggetto della tesi, una premessa metodologica si rende necessaria. Parlando di istituti giuridici, si è deciso di seguire un impianto "classico", che vede alternarsi momenti di analisi ad altri di sintesi. Nella prima metà del lavoro verrà inquadrato il concetto di «gold plating» da un punto di vista statico, scomponendolo nei suoi elementi strutturali per facilitarne la comprensione. Nella seconda metà verrà invece curata la parte dinamica del suddetto divieto, indagandone il concreto funzionamento nella prassi applicativa dei suoi destinatari.

Per questo motivo, il primo capitolo è dedicato ad una breve disamina introduttiva sui principali strumenti, diffusi in ambito internazionale e nazionale, volti a perseguire l'obiettivo della semplificazione normativa. In tale sezione verrà affrontata la questione dell'emersione dell'interesse pubblico alla "buona legislazione" e della connessa branca di studi che ricade sotto il nome di "scienza della legislazione". Verranno quindi inquadrati i rudimenti concettuali più importanti per lo studio del divieto di «gold plating»: ci si riferisce ai procedimenti di analisi e valutazione dell'impatto della regolamentazione e alle consultazioni pubbliche.

Nel secondo capitolo si entrerà invece nel vivo della trattazione, affrontando il problema definitorio del divieto di «gold plating». Ne verrà indagata la genesi storico-normativa, sia all'estero che in Italia, per meglio comprenderne la *ratio* e quindi per avanzare un'ipotesi ermeneutica più circostanziata. In questa sezione si passeranno in rassegna le principali tappe legislative che hanno condotto al panorama normativo tutt'ora vigente. Come si avrà modo di vedere, emergerà un quadro che assegna al divieto di «gold plating» un'importanza sistemica di prim'ordine. Esso infatti è, ad oggi, un principio generale che vincola il Legislatore nazionale nel recepimento della quasi totalità degli atti di derivazione europea.

Infine, il terzo capitolo sarà incentrato sull'effettività del divieto di «gold plating». In tale sede verrà analizzata l'attività dei soggetti muniti di poteri regolatori nell'ambito del diritto dei contratti pubblici. Per questo motivo verranno passate in rassegna le relazioni AIR del Governo e dell'ANAC, per valutare se e come questi soggetti abbiano dato seguito al divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi previsti dal diritto europeo. Sempre nel terzo capitolo verranno infine forniti brevi spunti comparatistici sulle esperienze straniere.

Come emerge da questo rapido scorcio, l'idea che ispira il presente lavoro è quella di non limitarsi ad un'analisi normativa del problema, ma al contrario di arricchire lo studio con elementi di natura quantitativa, raccogliendo dati grezzi e rielaborandoli per trarne informazioni utili. D'altronde, questo è quello che richiede il divieto di «gold plating», che come anticipato poc'anzi appartiene al novero degli strumenti di semplificazione normativa. Uno strumentario che richiede al giurista di sviluppare sempre più un sapere di stampo multidisciplinare.

## CAPITOLO I

### LA SEMPLIFICAZIONE NORMATIVA

#### 1. La “scienza della legislazione”

*“La progettazione della legge è estranea all’essenza del diritto. In altre parole, la scienza giuridica coincide con la scienza del diritto posto dallo Stato. Di qui la distinzione tra le analisi de jure condito e quelle de lege ferenda. Le seconde, estranee alla riflessione giuridica, sono opera, per lo più, di pratici; arte, non scienza. Le prime, invece, attingono alla dignità di scienza”.*

Con queste parole, nel 1992, Sabino Cassese criticava la *communis opinio* sul ruolo dei giuristi nel panorama delle scienze, a seguito dell’affermarsi di una cultura dominante, quella del positivismo giuridico<sup>1</sup>. Il fine dell’Autore, chiaramente, era quello di scardinare tale visione, per aprire la strada ad una nuova concezione del ruolo del giurista: non più soltanto *bouche de la loi*, ma soggetto cosciente del proprio ruolo attivo nei processi di produzione normativa.

D’altronde, l’esigenza di fondare una “scienza della legislazione” aleggiava già da tempo tra i giuristi italiani, fin dagli esordi del secondo dopoguerra, come denotavano le dispute tra Francesco Carnelutti e Costantino Mortati, conservate sulle pagine della rivista “diritto dell’economia” degli anni ’60. Il primo rilevava che *“I nostri giuristi vengono fuori agnostici, disposti a giurare che la legge ha sempre ragione, salvo poi, quando si trovano immersi nella vita pratica del diritto, a convertire l’agnosticismo nello scetticismo più desolato”*<sup>2</sup>.

Non si può dire oggi, a quasi trent’anni dalle denunce di Cassese, che tali speranze siano state completamente disattese. È stato correttamente affermato che *“con l’inizio del nuovo secolo la qualità della regolazione è divenuta un obiettivo centrale delle politiche di tutti i paesi europei”*<sup>3</sup>. E con l’emersione di tale obiettivo, strettamente legato a quello utopistico della

---

<sup>1</sup> Vedi CASSESE S., *Introduzione allo studio della normazione*, in RTDP, 1992(2), 307.

<sup>2</sup> Vedi CARNELUTTI F., *Certezza, autonomia, libertà, diritto*, in DE, 1956, 1185. In senso diametralmente opposto, vedi MORTATI C., *Perplexità e riserve in merito alla fondazione di una “scienza della legislazione”*, in DE, 1960, 826, il quale affermò lapidario che *“sembra da escludere l’opportunità, a anzi la stessa possibilità di una scienza della legislazione che fosse configurata, come si propone, quale studio, sistematico di tutta la legislazione”*.

<sup>3</sup> Vedi DE BENEDETTO M et al., *La qualità delle regole*, Bologna, 2011.

certezza del diritto, si è andato sviluppando parallelamente un insieme di regole volte, per l'appunto, a garantire la buona qualità della regolamentazione.

Ma qual è l'oggetto della nuova "scienza della legislazione", e cosa si intende per "qualità delle regole"?

### 1.1. *L'oggetto*

Come ogni scienza che si rispetti, anche quella della legislazione ha dovuto circoscrivere il proprio campo d'indagine. La questione, posta ad un neofito del diritto, sembrerebbe di facile risoluzione: oggetto della scienza della legislazione è la legge. Ma questa risposta, agli occhi del giurista, pare senz'altro avventata. È noto che la legge è soltanto una tra le molte fonti del diritto che possono comporre un ordinamento.

Quel che una legge apporta di nuovo è, d'altronde, un enunciato dotato di efficacia giuridica. Dunque oggetto della scienza della legislazione potrebbero essere proprio questi enunciati. Anche se questa risposta può sembrare appagante, essa tuttavia cozza con la distinzione tra norma e disposizione, che poi altro non è se non la differenza tra significato e significante. A regolare la vita dei consociati non è una mera proposizione, ma il significato che ad essa viene attribuito dall'interprete.

In realtà, nella prassi ed in letteratura è andata affermandosi una concezione della scienza della legislazione il cui oggetto principale è la "regola", per tale intendendosi quel particolare tipo di norma "*caratterizzata da una portata applicativa immediata, che indica le conseguenze giuridiche che devono seguire necessariamente quando si diano le condizioni previste*"<sup>4</sup>. Dunque, per esempio, i c.d. principi rimangono esclusi dall'ambito di interesse della scienza della legislazione, e questo è un elemento che distingue il campo d'indagine del giurista-legislatore da quello del giurista-interprete. D'altro canto, tale distinzione ha un'importanza non indifferente, perché circoscrive l'oggetto di studio soltanto a quelle norme i cui effetti, teoricamente, siano sempre quantificabili.

Una volta chiarito l'oggetto, è possibile comprendere meglio l'esatto significato dell'obiettivo da raggiungere, vale a dire "la qualità delle regole".

### 1.2. *La "qualità delle regole"*

---

<sup>4</sup> *Ibid.* 12, il quale riprende la definizione di "legal rule" presente in DWORKING R., *Taking rights seriously*, Cambridge, 1978.

Generalmente, si usa distinguere tra qualità in senso formale e qualità in senso sostanziale<sup>5</sup>. Per riprendere le parole del Consiglio di Stato, “*una normazione “di qualità” implica sia coerenza e chiarezza da un punto di vista giuridico-formale (regole leggibili sia per gli operatori che per i cittadini) che essenzialità e minore onerosità da un punto di vista economico-sostanziale (una regola interviene solo quando è indispensabile e se i benefici da ottenere sono superiori ai costi)*”<sup>6</sup>.

La c.d. qualità in senso formale, quindi, fa riferimento agli aspetti linguistici della regolamentazione, che sono oggetto di studio del c.d. *drafting* legislativo. In realtà, tale distinzione va adottata con parsimonia, poiché “*Le regole della c.d. legistica formale hanno tutte, chi più chi meno, rilevanza sostanziale sul contenuto normativo. Basti pensare, ad esempio, agli effetti sostanziali derivanti da un uso inappropriato della punteggiatura o delle formule del rinvio. Si può anzi affermare che la legistica materiale è funzionale alla legistica formale in quanto è in larga misura approntamento di istituti e procedure volte a meglio consentire l’applicazione delle regole e raccomandazioni della legistica c.d. formale*”<sup>7</sup>.

Dall’altro lato, la qualità in senso sostanziale è maggiormente legata al contenuto delle regole, ed ha quindi come punto focale l’analisi degli impatti e degli effetti sui destinatari delle stesse. Quest’esigenza si traduce, come si vedrà a breve, in uno studio approfondito dei costi derivanti da una determinata scelta normativa. Anzi, la comparazione di diverse opzioni regolatorie, in ragione di parametri qualitativi e quantitativi predeterminati, diventa il metodo stesso per cercare di raggiungere una migliore qualità della regolamentazione (in senso sostanziale).

Il concetto di qualità sostanziale affianca spesso quello di “semplificazione”, di cui il divieto di «gold plating» è una perfetta estrinsecazione (*infra* §4). Anche la semplificazione, pur essendo un termine comunemente in uso nel dibattito politico e giuridico ormai da tempo<sup>8</sup>, presenta dei contorni semantici sfumati. Per alcuni, essa presenta come fine principale la “*formazione di relazioni più semplici, più chiare e più certe fra*

---

<sup>5</sup> *Ibid.* 25. In realtà esistono distinzioni ancora più approfondite, qual è quella di MADER L., *Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation*, in *SLR*, 2001(2), 119, il quale per esempio fa riferimento alla “legislative communication” come la pratica di rendere accessibili i testi normativi, o la “sociology of legislation”, ossia lo studio degli aspetti sociologici relativi alla predisposizione ed implementazione delle regole.

<sup>6</sup> Cfr. Cons. Stato, ad. gen., 25.10.2004, n. 10548.

<sup>7</sup> Vedi PAGANO R., *Introduzione alla legistica. L’arte di preparare le leggi*, Milano, 2004, 8.

<sup>8</sup> Vedi CASSESE S., *La semplificazione amministrativa e l’orologio di Taylor*, in *RTDP*, 1998(3), 699, per una breve ricostruzione del concetto di semplificazione applicato all’amministrazione pubblica.

*amministrazione e cittadino*”<sup>9</sup>. D'altronde, è stato anche rilevato che, con riguardo ai destinatari delle regole, non si possa accettare una nozione unitaria di semplificazione: spesso, quando si realizza una semplificazione per i cittadini, all'amministrazione compete un maggiore onere burocratico<sup>10</sup>.

A livello internazionale, si è affermata una concezione della semplificazione maggiormente incentrata sugli aspetti concorrenziali. In questo senso, una burocrazia farragginosa costituisce un ostacolo alla piena estrinsecazione delle libertà economiche dei cittadini<sup>11</sup>. Quindi la semplificazione viene intesa come uno strumento volto a ridurre i costi amministrativi derivanti dalla regolamentazione<sup>12</sup>.

Ad ogni modo, un elemento che sembra accomunare le varie concezioni di semplificazione è rappresentato dal fatto che essa è *“riconducibile a un'attività di riduzione di tutti i costi, tempi, adempimenti (e dunque riforma delle regole che li introducono) che non siano funzionali al perseguimento degli interessi sostanziali ritenuti meritevoli di tutela dal decisore pubblico ...”*<sup>13</sup>. In sostanza, dunque, la semplificazione non incide sulle istanze politiche, che rimangono intatte a monte del processo decisionale, ma semplicemente sulle loro modalità di estrinsecazione.

Tra l'altro, come si vedrà nei prossimi capitoli, è proprio questa la prospettiva in cui è calato il divieto di «gold plating». Prima il Consiglio di Stato, con il parere n. 855 del 2016, e poi la Corte costituzionale con la sentenza n. 100 del 2020, hanno chiarito che il divieto in questione non è pensato per intaccare gli interessi sottesi ad una determinata norma, ma piuttosto è diretto ad evitare oneri inutili. Ma quali sono questi oneri, oggetto di semplificazione?

---

<sup>9</sup> Vedi TRAVIA., *La liberalizzazione*, in *RTDP*, 1998(3), 645.

<sup>10</sup> Per esempio, sempre in DE BENEDETTO et al., *op. cit.*, 43, si evidenzia come *“alcune semplificazioni che hanno come destinatari i cittadini-imprese e le amministrazioni possono generare un aggravamento in termini di riduzione delle certezze o aumento degli adempimenti (si pensi agli strumenti della denuncia di inizio dell'attività e del silenzio)”*.

<sup>11</sup> Come affermato recentemente dalla Banca Mondiale *“at its core, regulation is about freedom to do business. Regulation aims to prevent worker mistreatment by greedy employers (regulation of labor), to ensure that roads and bridges do not collapse (regulation of public procurement), and to protect one's investments (minority shareholder protections). All too often, however, regulation misses its goal, and one inefficiency replaces another, especially in the form of government overreach in business activity”*, vedi WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2020*, Washington, 2020.

<sup>12</sup> Vedi OECD, *Cutting Red Tape. Why Is Administrative Simplification So Complicated? Looking beyond 2010*, Parigi, 2010, secondo cui *“The main goal of activities focusing on administrative simplification has been to remove unnecessary costs imposed on regulated subjects by government regulations that can hamper the economic competition and innovation”*.

<sup>13</sup> Vedi DE BENEDETTO et al., *op. cit.*, 44.

In linea generale, gli oneri sostenuti dai destinatari di una regola possono essere suddivisi in due macro-categorie: da una parte, i costi finanziari, che rappresentano il riflesso economico di un'obbligazione pecuniaria che trova la propria fonte nella regola, la quale costituisce un obbligo di *dare* (es: aumento dell'IVA); dall'altra, i costi di adeguamento, ossia quegli oneri che economicamente derivano dalla regola, ma che da un punto di vista giuridico derivano da obblighi di *facere* o *non facere* previsti dalla normativa (es: l'obbligo di dotarsi di un'assicurazione).

A sua volta, quest'ultima categoria può essere ulteriormente suddivisa in *substantive compliance costs* ed *administrative burdens*. Mentre i primi sono i costi derivanti dall'adeguamento materiale della propria attività alla nuova regola (es: il premio assicurativo), i secondi sono connessi all'obbligo di dimostrare il rispetto della regolazione stessa (es: l'obbligo di allegare il proprio numero di polizza assicurativa per poter partecipare ad un bando pubblico)<sup>14</sup>. Il divieto di «gold plating», come si vedrà meglio *infra*, è tendenzialmente volto a contenere questi ultimi oneri.

## 2. *Le regole sulla qualità delle regole*

Una volta chiarito quale sia l'oggetto della scienza della legislazione e quali obiettivi essa si prefigga, si può passare ad una breve sintesi di quali siano le «leggi» che si sono via via affastellate in questo nuovo filone di studi. L'attenzione sarà rivolta ai profili sostanziali della qualità delle regole, per la chiara attinenza di questi con il divieto di «gold plating».

Oggigiorno il fenomeno della produzione delle regole viene configurato come un procedimento ciclico. Tale approccio si è affermato non solo in Italia, ma anche all'estero, tanto da diventare una sorta di cifra distintiva delle politiche di *better regulation*. Da una parte, l'OCSE ha da tempo suggerito agli Stati membri di adottare “*the concept of life-cycle management of regulations, in which principles of good regulations are applied in initial decisions on new regulations and in continuing reviews throughout the life of regulation*”<sup>15</sup>. Dall'altra parte la stessa Unione Europea, nell'ultima tornata di comunicazioni incentrate sulla *better regulation*, ha espressamente richiamato il concetto, affermando che “*Esaminare i vantaggi e i costi di una politica dovrebbe essere qualcosa di più di una semplice "istantanea" della politica alla sua nascita: l'esame e la valutazione*

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, 53.

<sup>15</sup> Cfr. OECD, *The OECD report on regulatory reform: synthesis*, Parigi, 1997.

*dovrebbero continuare durante tutto il suo ciclo di vita per controllare che non perda la sua adeguatezza”<sup>16</sup>.*

Con questa nuova concezione del fenomeno regolatorio, tramutato da evento puntuale ad attività continuativa, assumono maggiore importanza gli effetti delle regole, i quali divengono vero e proprio parametro di valutazione delle stesse. Il ciclo della regolazione può essere riassunto come segue.

Prima di trasformare la volontà politica in regole, è bene fissare chiaramente gli obiettivi da raggiungere ed i connessi risultati attesi. Quest’attività, di natura analitica, è importante perché permette di sviluppare varie “ipotesi regolatorie”, le quali dovranno essere poi vagliate attraverso strumenti di analisi economica per individuare quella che, in base ad un giudizio *ex ante*, sembra essere la più idonea a raggiungere i risultati sperati a fronte dei minori oneri possibili. Questo tipo di valutazioni vengono svolte in quella che nel nostro ordinamento si chiama Analisi di Impatto della Regolamentazione (AIR).

In seguito, l’implementazione della regola dev’essere monitorata, per permettere di raccogliere i dati sufficienti a sviluppare delle valutazioni più approfondite in un momento successivo. A colmare tale asimmetria informativa, spesso corre in aiuto lo strumento delle consultazioni pubbliche, attraverso cui vengono raccolti i dati direttamente dai soggetti regolati.

Infine, in base alle informazioni raccolte, viene effettuata una valutazione dei risultati raggiunti, per capire se gli obiettivi prefissati sono stati centrati e a quale costo. Questa fase viene ricondotta nel nostro Paese alla Valutazione di Impatto della Regolamentazione (VIR).

Come è evidente anche a prima vista, le analisi che devono essere svolte nel ciclo della regolazione sono volte a far emergere gli effetti, positivi e negativi, diretti ed indiretti, che derivano dalle regole adottate. A tal proposito, si sono sviluppate con il tempo diverse tecniche di analisi, le quali tendono a valutare gli effetti della regolazione in termini monetari, quantitativi o qualitativi, a seconda delle informazioni a disposizione del decisore pubblico<sup>17</sup>.

Tra queste, senza pretese di esaustività, va certamente richiamata la *cost-benefit analysis*, ossia la tecnica attraverso cui vengono individuati tutti i possibili pro e contro di una regola, per poi confrontarli tra di loro e trarne

---

<sup>16</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Legiferare meglio per ottenere risultati migliori — Agenda dell’UE, Strasburgo, 19.5.2015 COM(2015) 215 final*.

<sup>17</sup> Vedi DE BENEDETTO et al., *op. cit.*, 54, la quale evidenzia come non sempre sia possibile una quantificazione monetaria degli effetti. A tal proposito, l’A. richiama la *break-even analysis*, diffusa nel Regno Unito, grazie alla quale viene semplicemente “ipotizzata” la soglia di costi oltre la quale la regolazione diviene giustificata rispetto ai benefici.

il beneficio “netto”, alla luce dello *status quo*<sup>18</sup>. Tuttavia, non sempre questa tecnica può essere adottata. A volte, manca la base informativa sufficiente per sviluppare un tale tipo di analisi; altre volte, più semplicemente, le esigenze di celerità non permettono di dedicare il tempo necessario ad una valutazione così approfondita.

Per questi motivi, ben più diffuse sono le tecniche di analisi del tipo “costo-efficacia”, in base alle quali vengono semplicemente quantificati i costi derivanti da una determinata regola senza compararli con i benefici. Tra queste rientra la tecnica di analisi indirizzata alla riduzione dei costi amministrativi (*administrative burdens*), come definiti nel paragrafo precedente, vale a dire lo *standard cost model*.

Quest’ultimo tipo di analisi, nata nei Paesi Bassi e poi diffusasi a livello internazionale, è stata pienamente recepita anche in Italia. Prima con il decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (che ha previsto l’istituto del c.d. “taglia-oneri”), poi con una disciplina organica nella legge 11 novembre 2011, n. 180, è stato ideato il sistema del “*regulatory budget*”, attraverso il quale si pone il divieto di introdurre nuovi oneri in capo alle imprese senza eliminarne contestualmente altri già presenti. Lo *standard cost model* è oggi enucleato in quella che nel nostro Paese è conosciuta come Misurazione degli Oneri Amministrativi (MOA), la quale ha visto un andamento altalenante dalla sua istituzione sino ad oggi<sup>19</sup>.

Da queste brevi premesse sulle tecniche di analisi comunemente adottate, emerge chiaramente che i soggetti chiamati a svolgere l’istruttoria normativa devono essere dotati di conoscenze trasversali, che spazino dal diritto all’economia, passando anche per le scienze cognitive. In sostanza, perfino sul piano del metodo, la scienza della legislazione non può limitarsi ad utilizzare le armi dei giuristi “puri”, che spesso fanno leva sulla mera logica formale, ma deve aprirsi ad una nuova concezione del diritto. Bisogna, in altri termini, tornare a concepire quest’ultimo come un “fatto”<sup>20</sup>, regolato cioè anche dalle leggi sviluppate da altre scienze, ed accogliere l’imperativo a “*costruire ponti tra diritto e “humanities” e “social sciences”, perché il diritto è scienza sociale*”, e consci del fatto che “*Superamento non vuol dire*

---

<sup>18</sup> Per una trattazione approfondita, vedi BOARDMAN G., VINING W., *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*, Harlow, 2014.

<sup>19</sup> Per un bilancio dell’utilizzo della MOA a dieci anni dalla sua istituzione, vedi ANGELETTI S., *La misurazione degli oneri amministrativi in dieci anni di politiche di semplificazione. Risultati e prospettive*, in *AP*, 2018(3), 335.

<sup>20</sup> Per riprendere le parole di SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, in *RDP*, 1971, 553, secondo il quale l’adozione del metodo giuridico comporta la concezione del diritto come “*un reticolo di proposizioni determinanti un dover essere e come valore dei suoi momenti secondo i loro rapporti con le proposizioni del reticolo*”. Al contrario, assumendo una prospettiva esterna ed abbandonando il metodo giuridico, il diritto diventerebbe un “*fatto tra i fatti*”.

abbandono del “metodo giuridico”, ma sua integrazione con ambiti disciplinari diversi, abbandonando l’ingenua idea ottocentesca dei saperi differenziati”<sup>21</sup>.

Di quanto detto sembra essere conscio anche il Governo italiano, dal momento che, nella “Guida all’analisi e alla verifica dell’impatto della regolamentazione”<sup>22</sup>, esso ha dedicato una scheda agli “Spunti e riflessioni derivanti dalle scienze cognitive”.

Fatte queste doverose premesse sulle tecniche di analisi maggiormente diffuse, è bene ora passare in rassegna i tratti essenziali dell’AIR, della VIR e delle consultazioni pubbliche.

## 2.1. L’AIR

L’analisi di impatto della regolamentazione (di seguito soltanto AIR) è uno strumento di istruttoria normativa ormai diffuso su scala planetaria<sup>23</sup>, tanto da essere stata definita come una sorta di “*global norm*”<sup>24</sup>. Inizialmente emersa negli Stati Uniti nel 1981, con l’*executive order* n. 12291, l’AIR si è poi diffusa sino ad attecchire anche in Italia. Quest’ultima ha lanciato la sperimentazione dell’AIR a partire dal 1999, per poi consolidarla ed allargarla alle autorità amministrative indipendenti nel 2003. Attualmente, l’AIR riceve una disciplina di rango primario nella legge n. 246 del 2005. In aggiunta, la disciplina attuativa dell’AIR è contenuta nel Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169, e nella già menzionata Guida del 2018.

Da un punto di vista generale, l’AIR è un procedimento che consta di una serie di passaggi logici volti ad analizzare gli impatti di una determinata regola e a giungere ad una relazione di sintesi. Essa, sotto il profilo funzionale, può essere considerata come l’*incipit* del ciclo della regolazione di cui si è detto: in questa sede vengono svolte le valutazioni *ex ante* sulle regole da adottare, valutazioni che verranno eventualmente confermate o smentite dal monitoraggio dell’implementazione. In questo senso, il “ciclo della regolazione” sembra ricalcare il metodo empirico, laddove la regola adottata a seguito dell’AIR costituisce un’ipotesi (la cui plausibilità è stata

---

<sup>21</sup> Vedi CASSESE S., *Il futuro del diritto pubblico*, in *GDA*, 2017(2), 176.

<sup>22</sup> Impartita con direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 16 febbraio 2018.

<sup>23</sup> Per una trattazione generale dell’AIR in chiave comparata, vedi su tutti DUNLOP C., RADAELLI C., *Handbook of Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham, 2016.

<sup>24</sup> Cfr JACOBS S., *Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making*, Jacobs and Associates, 2006, il quale descrive con abbondanza di dati la diffusione degli strumenti di analisi di impatto della regolamentazione dagli anni ‘80 in poi.

saggiata, per l'appunto, *ex ante*) che dev'essere confermata dall'"evidenza empirica"<sup>25</sup>.

L'AIR, a livello procedurale, può essere suddivisa (astrattamente) in cinque fasi: (i) in una prima fase devono essere fissati gli obiettivi dell'intervento regolatorio e i connessi effetti che si vogliono raggiungere, tentando di configurarli di modo da renderli quantificabili; (ii) in una seconda fase, devono essere prospettate le varie opzioni regolatorie astrattamente idonee a conseguire gli obiettivi sperati, ricomprendendo tra queste la c.d. "opzione zero", ossia la conservazione dello *status quo* normativo; (iii) successivamente, vanno individuati per ciascuna opzione regolatoria i possibili vantaggi e svantaggi derivanti dalla stessa, utilizzando le tecniche di analisi prospettate brevemente *supra*; (iv) a questo punto, bisogna scegliere l'opzione regolatoria preferibile, in base ad una valutazione comparativa; (v) infine, è necessario prefissare gli indici e le fonti da monitorare in vista della valutazione *ex post*, che verrà svolta sull'opzione regolatoria prescelta.

Come è evidente, l'ultimo passaggio costituisce una sorta di *trait d'union* tra le diverse fasi del ciclo della regolazione, e per questo esso rappresenta un aspetto da non sottovalutare.

D'altra parte, l'AIR così configurata tende ad appesantire il procedimento di produzione normativa, con costi aggiuntivi per l'amministrazione e ritardo nella produzione normativa. In aggiunta, lo svolgimento indiscriminato dell'AIR rischia di condurre all'esito opposto rispetto a quello sperato, creando una sorta di "inflazione" di questo strumento e quindi riducendone la qualità. Per questo motivo, tutti i Paesi che hanno adottato l'AIR ne hanno altresì circoscritto l'ambito di applicazione, per renderla proporzionale agli obiettivi da raggiungere. A tal proposito, possono essere individuati due raggruppamenti.

Il primo è composto da quegli Stati che prevedono un funzionamento bifasico dell'AIR, costituito in prima battuta da uno *screening*, attraverso cui viene saggiata l'effettiva rilevanza di una determinata regola, ed in seconda battuta dall'analisi vera e propria. Tra questi Paesi rientrano sicuramente gli Stati Uniti, i primi ad introdurre un meccanismo di questo tipo, conosciuto nel gergo tecnico come la "*major rule*"<sup>26</sup>, la quale fissa delle soglie determinate al di sopra delle quali l'AIR è *ipso iure* necessaria.

---

<sup>25</sup> Depone in tal senso anche l'art. 2, comma 3, del DPCM 169/2017, il quale afferma che l'obiettivo dell'AIR è quello di fornire un "*supporto informativo*" attraverso un percorso "*basato sull'evidenza empirica*".

<sup>26</sup> La regola di *screening* è disciplinata dall'*executive order* n. 12866 del 1993, il quale limita l'AIR alla "*Significant regulatory action*", rappresentata da "*any regulatory action that is likely to result in a rule that may: (1) Have an annual effect on the economy of \$100 million*".

Sull'altro fronte si pongono quei Paesi che invece non svolgono un vero e proprio *screening*, ma predeterminano a monte i casi di esenzione ed esclusione dall'applicazione dell'AIR. L'Italia, ad esempio, rientra nel novero di questi Paesi. Richiamando la disciplina attualmente in vigore prevista dagli artt. 6 e 7 del DPCM 169/2017, emerge che i casi di esclusione sono tassativamente elencati e sono sostanzialmente ancorati alla qualità formale dell'atto-fonte attraverso il quale la regola dev'essere adottata. Quindi, per esempio, sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'AIR i disegni di legge costituzionale (lett. a), oppure le leggi di approvazione di bilanci e rendiconti generali (lett. f).

D'altro canto, un atto può essere esentato dall'AIR qualora presenti "un ridotto impatto" (art. 7). Quest'ultimo ricorre quando: (i) i costi di adeguamento attesi sono di scarsa entità in relazione ai singoli destinatari, tenuto anche conto della loro estensione temporale; (ii) il numero dei destinatari dell'intervento è esiguo; (iii) le risorse pubbliche impiegate sono di importo ridotto; (iv) e l'incidenza sugli assetti concorrenziali del mercato è limitata.

Come è evidente, per quanto le finalità siano le stesse, i modi di garantire la proporzionalità dell'AIR sono assai differenti. Negli USA si privilegia una tipizzazione dei casi di applicazione dell'AIR maggiormente incentrata sul contenuto; in Italia, invece, la disciplina presenta ampi margini di discrezionalità e si focalizza maggiormente sull'atto-fonte dal quale la regola deriva.

La distinzione, come si vedrà più avanti (*infra* §9), è foriera di importanti inefficienze nel sistema italiano, nel quale l'AIR non sembra correttamente indirizzata verso i provvedimenti "ad impatto maggiore". Tali inefficienze, poi, si ripercuotono sull'effettività del divieto di «gold plating».

## 2.2. La VIR

La valutazione di impatto della regolamentazione è l'altro momento del ciclo della regolazione, nella quale vengono saggiati *ex post* gli effetti concreti di una determinata regola. Dal punto di vista normativo, anch'essa (come l'AIR) è oggi disciplinata dalla legge 246 del 2005, che all'articolo 14,

---

*or more or adversely affect in a material way the economy, a sector of the economy, productivity, competition, jobs, the environment, public health or safety, or State, local, or tribal governments or communities; (2) Create a serious inconsistency or otherwise interfere with an action taken or planned by another agency; (3) Materially alter the budgetary impact of entitlements, grants, user fees, or loan programs or the rights and obligations of recipients thereof; or (4) Raise novel legal or policy issues arising out of legal mandates, the President's priorities, or the principles set forth in this Executive order".*

comma 4, la inquadra nella “*valutazione, anche periodica, del raggiungimento delle finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni*”.

Da un punto di vista generale, la VIR nasce dall'esigenza di riallineare quell'asimmetria informativa insita nell'analisi *ex ante*, per sua natura incardinata su previsioni e stime parziali, basate su dati incompleti. Per questo motivo esiste un forte nesso funzionale tra l'AIR e la VIR (almeno teoricamente), e come si è già anticipato, la prima dovrebbe in qualche modo essere propedeutica alla seconda<sup>27</sup>.

Anche per questo procedimento valutativo, il panorama interno e nazionale offre spunti comparatistici interessanti. Il Regno Unito ha previsto, rispettivamente per la *primary* e *secondary legislation*., il *post-legislative scrutiny* e la *post-implementation review*<sup>28</sup>. Negli USA, anche se formalmente una vera e propria valutazione *ex post* è prevista solo per le leggi federali che riguardano le piccole imprese, essa viene spesso effettuata comunque dal regolatore<sup>29</sup>. Ma l'esperienza che sicuramente desta più interesse è quella tedesca: in Germania si è sviluppata una giurisprudenza della *Bundesverfassungsgericht* secondo cui, “*di fronte ad incertezze sugli effetti che una legge può produrre sull'esercizio di diritti o libertà fondamentali è legittimo in questi casi legiferare a condizione che il legislatore proceda ad intervalli regolari ad una valutazione retrospettiva degli effetti della legge in questione ed in relazione ai risultati proceda alle conseguenti correzioni. Altrimenti tali leggi possono essere dichiarate incostituzionali*”<sup>30</sup>.

Per quanto riguarda l'Italia, la disciplina attuativa è ora contenuta nel già menzionato regolamento n. 169 del 2017. La VIR è soggetta ad una programmazione biennale (art. 12), nella quale devono essere individuati gli atti normativi da sottoporre a valutazione sulla base di una consultazione “aperta” (art. 18) e dei dati raccolti *medio tempore*. Un aspetto interessante è che la VIR, a partire dal 2017, può essere svolta non solo su singoli atti normativi, ma anche su un insieme di essi, purché questi siano funzionalmente collegati (art. 12, comma 5).

---

<sup>27</sup> Vedi DE BENEDETTO et al., *op cit.*, 86.

<sup>28</sup> Cfr. HOUSE OF LORDS, *What happened next? A study of Post-Implementation Reviews of secondary legislation*, Londra, 2009.

<sup>29</sup> Vedi DE BENEDETTO et al., *op cit.*, 89 per gli ampi riferimenti.

<sup>30</sup> Vedi PAGANO R., *Introduzione alla legistica*, *op. cit.*, 169, il quale richiama la sentenza dell'8 agosto 1978 (BVerfGE 49 89 Kalkar) concernente la legge relativa alla costruzione del supergeneratore di Kalkar; la sentenza del 1 marzo 1979 (BVerfGE 50 290 Mitbestimmung) relativa alla legge sulla compartecipazione dei lavoratori nell'impresa; e la sentenza (BVerfGE 84 239) relativa alla legge in materia di tassazione dei redditi da capitale che aveva sortito l'effetto non desiderato del trasferimento dei capitali all'estero.

Se questo è il quadro normativo interno, tutto sommato ben articolato, i risvolti applicativi si fanno ancora attendere invece. Dai dati più aggiornati forniti dall'Ufficio valutazione impatto del Senato, il numero di VIR svolte è nettamente inferiore a quello dell'AIR: spesso essa concerne interventi di impatto marginale ed è quindi scollegata dalle effettive esigenze di revisione della regolamentazione<sup>31</sup>. Quanto ai numeri, dal 2013 al 2016 sono state effettuate soltanto 59 valutazioni di impatto della regolamentazione.

Quel che comunque sembra caratterizzare la VIR rispetto all'AIR, come detto, è la presenza di una maggiore base informativa attraverso la quale valutare le scelte regolatorie optate in origine. Per questo motivo, nel plesso dei moduli procedimentali volti a garantire la "qualità delle regole", non si può non ricomprendere anche le consultazioni, attraverso le quali il regolatore raccoglie appunto i dati dai quali estrarre informazioni essenziali.

### 2.3. *Le consultazioni*

Anche le consultazioni ricevono una disciplina all'interno del DPCM 169 del 2017. In generale, le consultazioni sono uno strumento a disposizione del regolatore per raccogliere dati di vario tipo, al fine di colmare l'asimmetria informativa che intercorre tra soggetto regolatore e soggetto regolato.

Normativamente, il regolamento n. 169 del 2017, all'art. 16, comma 2, chiarisce che "*L'obiettivo della consultazione è acquisire elementi che, nel caso dell'AIR, possono afferire agli aspetti critici della situazione attuale, alle opzioni di intervento, alla valutazione degli effetti attesi, e, nel caso della VIR, riguardano la valutazione dell'efficacia dell'intervento, della sua attuazione e dei suoi principali impatti*". Le consultazioni possono quindi svolgere diverse funzioni, a seconda che siano ancillari ad un'analisi *ex ante* oppure che sorreggano una valutazione controfattuale *ex post*.

Da un punto di vista generale, sono stati individuati vari tipi di consultazione, i quali condizionano la qualità e l'utilizzabilità dei dati che vengono raccolti. È stato infatti correttamente osservato che i tre parametri per valutare le consultazioni sono: "*l'onerosità di realizzazione; l'attendibilità e la validità dei risultati ottenibili; l'utilità e l'eshaustività di questi ultimi ai fini dell'AIR*"<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Vedi MARCI S., *Senato della Repubblica - La nuova disciplina dell'analisi e della verifica dell'impatto della regolamentazione*, 2018. Per un commento complessivo sull'AIR e sulla VIR alla luce del citato report del Senato, vedi SBORDONI S., *AIR e VIR: strumenti di implementazione della qualità della normazione*, in RA, 2018(2), 93.

<sup>32</sup> Vedi LA SPINA A., CAVATORTO S., *La consultazione nell'analisi dell'impatto della regolazione*, Soveria Mannelli, 2001.

Quanto al primo elemento, bisogna ricordare che le consultazioni non sono l'unico strumento a disposizione del regolatore per raccogliere informazioni. Esse costituiscono, propriamente, una "fonte diretta" di informazioni, ma la stessa funzione può essere svolta anche da "fonti indirette"<sup>33</sup>. Tra queste ultime rientrano in generale gli archivi compilati per altre finalità, dai quali è possibile estrapolare i dati grezzi da rielaborare per trarne le informazioni necessarie, chiaramente ad un costo inferiore.

Tuttavia, il problema principale delle informazioni tratte da fonti indirette è che di regola non è certa la loro attendibilità, salvo che le rilevazioni statistiche siano state fatte da soggetti istituzionali che godono delle giuste garanzie di autonomia e indipendenza. In questo senso, si coglie la grande rilevanza degli enti istituzionalmente preposti a questo lavoro, come l'Istat ad esempio, i quali curano la gestione del "bene pubblico" dell'informazione statistica<sup>34</sup>.

Al contrario, come detto, le consultazioni costituiscono una fonte diretta di informazione, la cui raccolta però è piuttosto costosa. Per questo motivo si sono sviluppate nella prassi varie forme di consultazione, più o meno costose ed approfondite. In breve, la *summa divisio* è tra consultazioni ristrette e consultazioni aperte.

Per quanto riguarda le prime, vanno certamente menzionate le inchieste campionarie, i *panels* ed i *focus groups*. Le inchieste si basano su interviste strutturate, rivolte a soggetti appartenenti a campioni rappresentativi della o delle popolazioni oggetto di analisi, tramite questionari a domande chiuse (in cui cioè il numero e il tipo delle risposte sono prestabiliti), inviati per posta ed auto-compilati. In alternativa, i questionari possono essere somministrati da intervistatori addestrati *ad hoc*, telefonicamente o *vis à vis*<sup>35</sup>. Questo tipo di consultazioni presenta come principale punto di forza la trattabilità dei dati, essendo raccolti tramite la formulazione di domande chiuse, le cui risposte sono quindi già utilizzabili ai fini dell'AIR. D'altro canto, però, trattandosi di inchieste svolte su base campionaria, è necessario stabilire dei criteri adeguati nella scelta degli intervistati, al fine di garantire la rappresentatività statistica e la generalizzabilità dei risultati. Questi aspetti fanno crescere considerevolmente i tempi e i costi di utilizzo di tale modalità di consultazione, rendendola poco adatta alla conformazione dell'AIR.

I *panels* e i *focus groups* si muovono invece su un piano differente. Da un punto di vista definitorio, i primi sono gruppi di soggetti competenti la

---

<sup>33</sup> Vedi DE BENEDETTO et al, *op. Cit.*, 97.

<sup>34</sup> Vedi ZULIANI A., *Autonomia e qualità della statistica pubblica*, in *RIDPC*, 1999(2), 653.

<sup>35</sup> LA SPINA A., CAVATORTO S., *op. cit.*, 20.

cui disponibilità a rispondere sia stata previamente verificata. Il pregio principale di questo strumento è costituito dalla presenza in tali gruppi di soggetti altamente qualificati per le tematiche oggetto di indagine. D'altra parte, trattandosi di campioni più ristretti, i dati raccolti perdono di rappresentatività. Un altro aspetto rilevante è che, qualora si opti per *panels* di piccole dimensioni, sarà possibile sottoporre agli interrogati delle domande aperte, le quali hanno la capacità di arricchire la base informativa del regolatore, seppur a discapito della trattabilità dei dati.

Quando invece all'interno dei *panels* i soggetti vengono fatti discutere tra loro, in questo caso si formano dei veri e propri *focus groups*, i quali prevedono alcuni vantaggi ed altri svantaggi. Sicuramente sono un metodo poco costoso di raccolta dei dati. Ma l'aspetto più rilevante è rappresentato dall'interazione tra i partecipanti al gruppo, attraverso la quale è possibile osservare l'andamento della discussione e comprendere le motivazioni e l'intensità delle opinioni dei soggetti. In aggiunta, i *focus groups* permettono di superare il “rapporto diadico intervistatore/intervistato”<sup>36</sup>. Difatti, generalmente, le modalità con cui vengono predisposte le domande agli intervistati (la loro struttura, il linguaggio tecnico ecc.) tendono a condizionare le risposte degli intervistati. Al contrario, nei *focus groups*, i soggetti sono portati ad esprimere le loro opinioni più liberamente, fornendo quindi dati più genuini. Questo, chiaramente, a patto che il moderatore riesca a calmierare l'emersione di eventuali *leader* nel gruppo e a non condizionare egli stesso i partecipanti.

Sull'altro versante si pongono le consultazioni aperte, nelle quali cioè non avviene alcuna forma di campionamento *ex ante*. La versione più diffusa di tali consultazioni è quella che si basa sul meccanismo del *notice and comment*: vale a dire la pubblicazione dei documenti istruttori e delle opzioni regolatorie sulle quali gli interessati possono far pervenire le loro osservazioni. Questa modalità di consultazione presenta costi veramente contenuti, e restituisce l'idea di un decisore pubblico attento alle istanze partecipative dei soggetti interessati. D'altro canto, però, essa non garantisce sufficienti *standard* di rappresentatività, visto che raccoglie solo i dati dei soggetti interessati. In aggiunta, tale modalità si presta alla c.d. “cattura del regolatore” da parte degli *stakeholders* più organizzati.

Se queste sono le consultazioni in generale, c'è da dire che l'Italia non ha adottato una soluzione netta, giacché l'art. 16 del regolamento n. 169 del 2017 prevede sia la possibilità di ricorrere alle consultazioni ristrette che a quelle aperte.

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, 65.

D'altra parte, la prassi applicativa mostra una netta prevalenza delle consultazioni aperte basate sul *notice and comment*, soprattutto nella materia dei contratti pubblici. È noto, infatti, che nel momento in cui si scrive è in corso l'approvazione del nuovo regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici, che dovrebbe andare a sostituire le attuali Linee guida dell'ANAC. A tal proposito sono state bandite nel 2019 le consultazioni pubbliche, proprio sullo stampo del *notice and comment*, per la stesura del testo normativo, che però non è ancora venuto alla luce<sup>37</sup>.

Ora che si è conclusa la disamina dei modelli procedurali più importanti in materia di semplificazione normativa, è possibile passare ad affrontare il problema definitivo del divieto di «gold plating». Tale questione verrà affrontata nel prossimo capitolo. Nel terzo capitolo verrà invece trattata la concreta interazione del divieto di «gold plating» con i procedimenti finora descritti, per saggiarne l'effettività all'interno del nostro ordinamento.

---

<sup>37</sup> I risultati ed i grafici delle consultazioni in questione sono disponibili al link <http://www.mit.gov.it/comunicazione/news/codice-appalti-conclusa-consultazione-online-su-regolamento>.

## CAPITOLO II

### IL DIVIETO DI «GOLD PLATING» NEI CONTRATTI PUBBLICI

#### 3. *Il «gold plating»: origine e tassonomia del termine*

Il «gold plating» è un fenomeno che riguarda le fonti di diritto interno chiamate a dare attuazione al diritto dell'Unione Europea. L'espressione, di origine anglosassone, significa letteralmente “placcare d'oro”<sup>38</sup>, e costituisce una metafora per alludere a qualcosa che viene applicato, in modo superfluo, sulla superficie di un oggetto. Nel gergo giuridico, esso è latamente utilizzato per riferirsi al superamento dei livelli minimi di regolazione richiesti dalle direttive europee.

I primi riscontri dell'utilizzo di questo termine si hanno appunto nel Regno Unito, e c'è chi afferma che la tematica sia emersa fin dall'entrata di questo Paese all'interno della CEE, nel 1973<sup>39</sup>. L'espressione da qui si è dapprima diffusa nei Paesi Bassi, tradotta come «*nationale koppen*»<sup>40</sup>, e poi nel resto dell'Europa.

In Italia, tale locuzione non ha una precisa traduzione, e perciò nel diritto positivo compare attraverso una perifrasi (*infra* §5). Si può registrare tuttavia, in alcuni documenti ufficiali, il tentativo di tradurla con il termine “orpellatura”<sup>41</sup>.

In Francia il termine equivalente a «gold plating» è «*sur-transposition*», il quale viene utilizzato per riferirsi alle leggi di attuazione di una direttiva UE che vanno oltre gli obiettivi richiesti dalla stessa<sup>42</sup>.

Analoga al «gold plating» è l'espressione tedesca «*überobligatorische Umsetzung*», che rimanda ad un concetto di implementazione o trasposizione che va al di là di quanto è necessario/richiesto dalle direttive UE.

---

<sup>38</sup> Il riferimento è al verbo “to plate”, che significa “to cover a metal object with a thin layer of another metal” (Cambridge English Dictionary)

<sup>39</sup> Vedi AMBLER T., CHITTENDEN F., OBODOVSKI M., *How Much Regulation Is Establishing Gold Plating? A Study of UK Elaboration of EU Directives*, Londra, British Chambers of Commerce, 2004.

<sup>40</sup> Vedi SQUINTANI L., *Beyond Minimum Harmonisation. Gold-Plating and Green-Plating of European Environmental Law*, Cambridge, 2019.

<sup>41</sup> Vedi PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 4 settembre 2007 su «Legiferare meglio nell'Unione europea» (2007/2095(INI))*, su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=OJ:C:2008:187E:TOC>, par. 30.

<sup>42</sup> Vedi CONSEIL D'ÉTAT, *Étude du Conseil d'État, Directives européennes: anticiper pour mieux transposer*, La documentation française, 2015, 21.

Oltre ad una varietà di sfumature linguistiche, si assiste anche ad una molteplicità di categorie di «gold plating».

Esiste infatti un «gold plating» “attivo” e uno “passivo”<sup>43</sup>, uno “giustificato” e uno “non giustificato”<sup>44</sup>. Esiste infine un «gold plating» “volontario”, ossia quello che viene motivato nell’istruttoria normativa, ed un «gold plating» “involontario”, ossia quello di cui non si dà conto nell’analisi di impatto della regolamentazione.

Il fenomeno del «gold plating» è dunque conosciuto in diversi Paesi. Tuttavia, nonostante i vocaboli utilizzati siano tutti riconducibili all’espressione inglese «gold plating», quest’ultima non sembra sufficientemente delineata nei suoi profili funzionali e strutturali. Sicuramente la declinazione del «gold plating» in varie lingue aiuta ad individuare alcuni tratti comuni, ma non è detto che passando da un ordinamento all’altro la portata del fenomeno resti la stessa. Se è vero che la lingua inglese – come una sorta di nuova «κοινή» - è un utile mezzo di scambio dei concetti giuridici tra uno Stato e l’altro, al fine di consolidare il c.d. diritto globale<sup>45</sup>, è altresì innegabile che ogni concetto vada adattato alla realtà dove si innesta, e quindi gli elementi che lo caratterizzano possono declinarsi diversamente da un ordinamento all’altro<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Vedi COMMISSIONE EUROPEA, *L'Europa può fare meglio. Relazione sulle buone pratiche degli Stati membri per l'attuazione della normativa UE con il minor onere amministrativo*, Varsavia 15 novembre 2011, disponibile su [http://www.qualitanormazione.gov.it/uploads/download/file/134/bp\\_report\\_signature\\_it.pdf](http://www.qualitanormazione.gov.it/uploads/download/file/134/bp_report_signature_it.pdf).

Per «gold plating» attivo si intende quello che si verifica con l’adozione di nuovi atti di recepimento; quello passivo, al contrario, si verifica quando vengono mantenuti dei livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive.

<sup>44</sup> Vedi DAVIDSON N., *Davidson Review: Implementation of EU Legislation*, 2006.

<sup>45</sup> Sul fenomeno della globalizzazione del diritto la letteratura è vasta. Senza pretesa di esaustività, si veda CASSESE S., *Universalità del diritto*, (Intervento tenuto in occasione dell’inaugurazione dell’Anno accademico 2004/2005 presso l’Università La Sapienza), 23 marzo 2005; CASSESE S., *Il diritto amministrativo globale*, in *RTDP*, 2005(2), 331; Vedi anche CASSESE S., *Il futuro del diritto pubblico*, in *GDA*, 2017(2), 176, secondo cui tra gli imperativi del nuovo diritto amministrativo rientra “la costruzione di una lingua e di una grammatica più comprensive. La lingua veicolare è ormai l’inglese, parlato da un miliardo e mezzo di abitanti della terra. La grammatica quella sviluppata dai vari rami della scienza del diritto un po’ dovunque nel mondo: si tratta ora di ricondurre a unità le loro linee portanti per dare nuove fondamenta allo studio del diritto pubblico”.

<sup>46</sup> “It would, I hope, be generally accepted that at most times, in most places, borrowing from different jurisdictions has been the principal way in which law has developed”, p. 98 cit. WATSON, A., *Society and Legal Change*, Philadelphia, 2<sup>nd</sup> ed., 2001. L’A. analizza il funzionamento del c.d. «legal transplant», ossia la tendenza degli ordinamenti giuridici a prendere in prestito da altrove concetti ed istituti, spesso per ragioni extra-giuridiche, quali la storia o il dominio culturale di un popolo su un altro. Con specifico riferimento al «gold plating», SQUINTANI L., *Beyond Minimum Harmonisation. Gold-Plating and Green-Plating of European Environmental Law*, op. cit., utilizza l’espressione di “cross-fertilisation”.

L'utilizzo di termini traslati da altre lingue è un agile espediente per incentivare la formazione di una coscienza giuridica globale, ma può comportare dei fraintendimenti sul significato effettivo dei vocaboli di cui si fa uso. Spesso, anzi, l'utilizzo di espressioni linguistiche provenienti da altri ordinamenti tradisce una certa opacità dei concetti ad esse sottesi. Ne sono una prova le dispute che non si placano in dottrina in merito alla portata di concetti particolarmente di "moda"<sup>47</sup>, quale ad esempio quello di «soft law»<sup>48</sup>.

Con riguardo a quest'ultimo, per esempio, gli studi in Italia hanno ricevuto nuovo slancio dall'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Com'è noto, il Legislatore nazionale aveva inizialmente operato una scelta di campo, andando a ridisegnare il sistema delle fonti del diritto nella materia dei contratti pubblici rispetto alla disciplina previgente del 2006<sup>49</sup>. Con la legge delega iniziale<sup>50</sup>, infatti, erano stati attribuiti ampi poteri regolatori all'ANAC, in forza dell'art. 1, comma 1, lett. t), che le attribuiva la potestà di adottare "atti di indirizzo, quali linee guida, bandi tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolamentazione, anche dotati di efficacia vincolante".

Il Consiglio di Stato, tuttavia, con il parere n. 855 del 2016<sup>51</sup>, ha ricondotto gli strumenti in parola in parte alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti (con valore vincolante) e in parte alla categoria dei normali atti amministrativi (con valore non vincolante)<sup>52</sup>. Il Giudice Amministrativo ha dunque fin da subito sbarrato la strada all'ingresso nel nostro ordinamento della categoria dogmatica di

---

<sup>47</sup> Vedi RESCIGNO, U., *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *DP*, 2002(3), 767, il quale ha riassunto le maggiori problematiche relative all'assetto delle fonti successivo alla riforma del Titolo V del 2001, e che ha profetizzato che della «soft law» "tanto si parla e tanto si parlerà".

<sup>48</sup> Vedi MOSTACCI, E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; BIN, R., *Soft law, no law*, in SOMMA, A., (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009; ALGOSTINO, A., *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, 2016(3), 255; tra la letteratura straniera, si segnala per il particolare impatto sugli studi CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, 2013.

<sup>49</sup> Vedi a tal proposito la disamina di CHITI, M.P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016(4), 436, in cui si analizza sia la variazione delle fonti a livello UE, sia quella avvenuta nel diritto interno con l'attribuzione delle nuove prerogative all'ANAC,

<sup>50</sup> Legge 28 gennaio 2016, n. 11.

<sup>51</sup> È rilevante citare il Consiglio di Stato, che commentando il riferimento dei primi studiosi al concetto di «soft regulation», lo ha definito come "improprio", poiché tale concetto risulta essere "estraneo all'ordinamento nazionale e comunque troppo generico, in assenza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale".

<sup>52</sup> Vale a dire la cui violazione non importa automaticamente l'illegittimità dell'atto assunto in contrasto, ma costituisce un mero "indice sintomatico" di un cattivo utilizzo del potere. Per le origini di tale ricostruzione dogmatica, vedi CAMMEO F., *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur.it.*, 1912(III).

«soft law», che quindi non sembrerebbe avere una propria autonomia concettuale<sup>53</sup>.

Evitando di entrare nel dettaglio delle questioni sopra accennate, le quali richiederebbero una trattazione apposita, ci si limita a rilevare che non è raro imbattersi, al giorno d'oggi, in concetti o espressioni linguistiche che sono dotate di grande forza evocativa, ma che ad un'analisi più attenta rivelano profili di opacità non indifferenti. Eppure di tali espressioni si fa largo sfoggio, nel gergo e non solo, arrivando - nelle migliori delle ipotesi - a codificarle in disposizioni legislative che rimangono poi lettera morta.

Anche per l'espressione «gold plating» sembra necessario uno studio volto a precisarne i connotati<sup>54</sup>. Dalla breve rassegna lessicale di cui sopra, emerge che in diversi Paesi dell'Unione Europea il «gold plating» è un fenomeno conosciuto, ma la sua portata e il suo effettivo funzionamento non sono perfettamente sovrapponibili. Sono enucleabili, però, alcuni elementi essenziali per cominciare.

Anzitutto, quest'espressione allude alla presenza di disposizioni normative che non sono richieste dalle direttive UE da attuare negli Stati membri, ma che cionondimeno possiedono un collegamento con queste. La natura, la struttura e il funzionamento di queste norme “superflue” sono di particolare interesse perché formano l'oggetto della presente ricerca. Si tratta, in sostanza, di studiare quali sono i caratteri essenziali di tali norme, come si può individuarle, quali sono gli strumenti che l'ordinamento ha predisposto per prevenirne la formazione ma soprattutto perché è importante evitare che queste vengano alla luce. Superfluo non vuol dire inutile: ogni norma comporta dei costi ed è concepita – in teoria - per curare determinati interessi, e non è sempre detto che tra norma da attuare e norma attuativa vi sia una piena corrispondenza di obiettivi.

In secondo luogo, il «gold plating» presuppone la compresenza di due elementi: un oggetto “necessario” e una placcatura “superflua”. Adattando la

---

<sup>53</sup> Per un esame esaustivo della collocazione dogmatica della «soft law» nel sistema delle fonti, vedi MAZZAMUTO, M., *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *DA*, 2015(4), 683. L'A. sostiene che per questo tipo di regolazione, nel diritto interno, “*gli spazi siano estremamente ridotti*”. Per una critica alla enucleazione delle Linee guida dell'ANAC nella categoria della «soft law», vedi BENETAZZO, C., *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, 2018(5); nello stesso senso, DEODATO, C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *GiustAmm.it*, 2019(4);

<sup>54</sup> Vedi CONTESSA C., *Dalla legge delega al nuovo ‘Codice’: opportunità e profili di criticità*, in *Giustamm.it*, 2016(4), il quale afferma che “Il criterio in questione è di quelli che – almeno in via di principio - incontrano consensi pressoché unanimi fra gli addetti ai lavori, anche perché caratterizzati da un sufficiente grado di fumosità semantica ed accompagnati da una certa eco giornalistica, nei cui confronti le capacità di discernimento del giurista medio risultano via via più inefficaci”.

metafora alle fonti del diritto, esso postula la presenza di almeno una direttiva UE e di almeno una fonte del diritto nazionale chiamata a darvi attuazione. Il «gold plating» sembrerebbe dunque inserirsi in questo rapporto dinamico e duale, che consta di due poli: le fonti dell'Unione Europea e quelle interne.

Non è un caso, dunque, che esso riceva una disciplina sia da parte dell'ordinamento italiano che da parte di quello europeo. Il primo ha interesse a limitare l'eccessivo flusso regolatorio, sia a livello centrale che per quanto riguarda il flusso regolatorio decentrato; il secondo punta invece a garantire quanto più possibile l'armonizzazione dei diritti nazionali, la quale potrebbe risultare minacciata dalla presenza di norme superflue tra Stato e Stato.

#### 4. *La governance multilivello della semplificazione normativa*

Il divieto di «gold plating» è un dispositivo che pertiene l'ampio novero degli strumenti che gli ordinamenti giuridici hanno approntato per perseguire politiche di semplificazione normativa ed amministrativa. Nello specifico, il divieto in questione afferisce a quella branca della semplificazione che cerca di far fronte ai problemi derivanti dalla c.d. *governance* multilivello<sup>55</sup>. Specialmente nell'ambito dell'Unione Europea, dove è in corso un processo di integrazione giuridica (oltre che sociale ed economica), è ormai un dato acquisito che la moltiplicazione dei centri di produzione normativa provochi degli effetti di tipo “alluvionale” sul flusso delle norme prodotte<sup>56</sup>.

Si pensi, relativamente al caso italiano, che una direttiva approvata nelle sedi apicali deve essere poi attuata internamente, seguendo il riparto delle competenze imposto dagli artt. 117 e 118 Cost., il quale, a seguito della riforma del Titolo V del 2001, ha parificato per molti aspetti il ruolo dello Stato e delle Regioni da questo punto di vista, instaurando una sorta di “policentrismo normativo”<sup>57</sup>. Ciò comporta, in taluni casi, una moltiplicazione esponenziale degli interessi coinvolti e dunque dei centri decisionali, con la conseguenza che una fonte-atto prevista a livello europeo

---

<sup>55</sup> Per una disamina del fenomeno, vedi BACHE I., BARTLE I., FLINDERS M., *Multi-level governance*, in ANSELL C. (a cura di), *Handbook on Theories of Governance*, Cheltenham, 2016.

<sup>56</sup> Vedi TIBERI G., *La qualità della regolamentazione in un sistema di governance multilivello tra Unione europea, Stati membri e Regioni*, in NATALINI A. (a cura di), *La tela di Penelope*, Bologna, 2010.

<sup>57</sup> Policentrismo normativo che è frutto di un policentrismo istituzionale, vedi OLIVETTI M., *Lo Stato policentrico delle autonomie*, in OLIVETTI M. (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003. Con maggiore attenzione alla prospettiva della semplificazione normativa, vedi IUVONE C., *Il livello regionale e il raccordo multilivello*, in NATALINI A. (a cura di), *La tela di Penelope*, Bologna, 2010.

si riverbera su decine di provvedimenti normativi a livello statale e regionale prima di arrivare in contatto con i suoi destinatari. Questo richiede uno sforzo di coordinamento tra i diversi attori dell'arena pubblica<sup>58</sup>, per operare una razionalizzazione degli interventi in materia di semplificazione e garantire la buona riuscita degli atti normativi, sia per quanto concerne l'istruttoria che ne sta alla base, sia per ciò che riguarda poi la concreta redazione delle disposizioni normative. È necessario, in sostanza, che tutti i poli di produzione normativa si assumano le proprie responsabilità rispetto alle politiche di semplificazione<sup>59</sup>, e che si adoperino per utilizzare una sorta di "grammatica della semplificazione" comunemente accettata.

Va preliminarmente indagato il tema della spettanza di questa funzione coordinatrice. In altri termini, la dottrina si è interrogata sul riparto delle competenze relativo alla materia "semplificazione normativa", chiedendosi se la stessa debba essere appannaggio dello Stato, *in toto* o in parte, oppure se debba essere attribuita alle Regioni<sup>60</sup>.

Bisogna anzitutto intendersi sulla natura giuridica della locuzione "semplificazione normativa"; in altri termini, bisogna capire se essa rappresenti effettivamente una materia a sé stante, ai sensi dell'art. 117 Cost., o se piuttosto essa si configuri come una "competenza" (...finalistica, o come una non-materia che dir si voglia)<sup>61</sup>. È chiaro che dall'adesione all'una o

---

<sup>58</sup> "Questa espressione è adoperata in un significato generico dalla scienza politica anglosassone, per la quale essa è lo spazio nel quale si svolge l'attività pubblica e l'interscambio Stato-società". CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *RTDP.*, 2001(3), 601.

<sup>59</sup> Sull'importanza di ripartire il giusto carico di responsabilità tra gli attori della semplificazione, vedi OECD, *Esame OCSE sulla Riforma della Regolazione Italia assicurare la qualità della regolazione a tutti i livelli di governo*, 2007, disponibile su [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/esame-ocse-sulla-riforma-della-regolazione-italia-2007\\_9789264040465-it](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/esame-ocse-sulla-riforma-della-regolazione-italia-2007_9789264040465-it). Come si vedrà *infra* §6.2., nella stessa direzione si è mossa la Commissione europea in materia di «gold plating».

<sup>60</sup> Per una ricostruzione completa delle posizioni immediatamente successive alla riforma del Titolo V, vedi CARBONE L., CICI L., D'ADAMO M., *La qualità delle regole nel processo normativo regionale e il ruolo dei dirigenti nella formazione delle norme tra necessità politiche ed esigenze tecniche*, in PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Il governo delle Regioni tra politica e amministrazione*, Torino, 2007; cfr. anche Cons. Stato, sez. consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza del 21 maggio 2007: "La complessità dell'ordinamento giuridico italiano, connotato non solo da fonti primarie e secondarie statali, ma anche da fonti primarie e secondarie regionali, nonché da fonti secondarie di altri enti locali, rende necessario che la semplificazione normativa e amministrativa e il fine ultimo della qualità della regolazione avvengano mediante un dialogo tra i diversi 'livelli di governo' che oggi sono responsabili dell'attività di impresa e dei rapporti con i cittadini" (par. 4.2.).

<sup>61</sup> Sul punto, vedi D'ATENA A., *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. Cost.*, 2003(1), 15 e ss., che definisce le materie "non-materie" come quelle che individuano "non l'oggetto della competenza, ma gli scopi che mediante essa vanno perseguiti". La giurisprudenza sul punto è copiosa, cfr. Corte cost., sentenze n. 407/2002, n. 536/2002, n. 222/2003, e n. 14/2004.

all'altra soluzione esegetica discendono conseguenze importanti sul piano della ripartizione tra Stato e Regioni delle relative funzioni. Considerando infatti la "semplificazione normativa" (o "qualità della regolamentazione") come una vera e propria materia si ricade in piena regola nel sistema di riparto offerto dall'art. 117 Cost., con la conseguenza che non essendo la stessa in alcun modo enumerata, sarebbe da ricondurre tendenzialmente alla clausola aperta del comma 4, e dunque dovrebbe appartenere alla competenza esclusiva delle Regioni. È stato però precisato che "*il problema non sembra porsi ... con riferimento alle materie di competenza concorrente, nelle quali spetta comunque allo Stato determinare i principi fondamentali della materia, e dunque anche principi in materia di qualità della regolazione e semplificazione procedimentale*"<sup>62</sup>. Al contrario, ritagliandole uno spazio tra le "competenze finalistiche", si potrebbe sostenere che lo Stato possa perseguirne le finalità invadendo le competenze attribuite alle Regioni.

Ebbene, si è tentato, per esempio, di ricondurre la "qualità della regolamentazione" nell'alveo dell'art. 117, comma 2, lett. m), sostenendo che la stessa sia consustanziale all'esigenza di garantire i "*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*"<sup>63</sup>. Sebbene questa tesi abbia il pregio di cercare di garantire una certa uniformità nell'ordinamento per quanto riguarda le politiche di semplificazione, rischia tuttavia di portare ad un'eccessiva compressione delle prerogative attribuite alle Regioni, soprattutto rispetto ad un interesse "para-costituzionale"<sup>64</sup> come quello della "qualità della regolamentazione". È stato infatti correttamente evidenziato che le competenze finalistiche presentano connotati non dissimili dalla «*konkurrierende Gesetzgebung*» del federalismo mitteleuropeo (o competenza concorrente alla tedesca)<sup>65</sup>, con la differenza però che in Germania l'esercizio di funzioni legislative a detrimento dei *Länder* può

---

<sup>62</sup> Cfr. BASSANINI F., PAPARO S., TIBERI G., *Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, su [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it), 2005, 90.

<sup>63</sup> Sul punto, vedi sempre BASSANINI F., PAPARO S., TIBERI G., *Qualità della regolazione: una risorsa per competere*, op. cit., 99; vedi anche NOCILLA D., *Competenze legislative regionali e qualità della regolamentazione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Atti del convegno "La qualità della regolamentazione: casi italiani e confronti internazionali"*, pubblicati su *Iter legis*, 2004. Per una chiara enucleazione dei LEP fra le competenze trasversali, vedi Corte cost. sentenza n. 10/2010.

<sup>64</sup> Vedi AINIS M., *Lo statuto come fonte sulla produzione normativa regionale*, in *Le Regioni*, 2000(5), 813 e ss., il quale annovera le regole di semplificazione normativa fra quelle "sostanzialmente costituzionali", e quindi naturalmente destinate ad essere inserite negli statuti regionali.

<sup>65</sup> D'ATENA A., *Materie legislative e tipologia delle competenze*, op. cit..

avvenire – di regola<sup>66</sup> – soltanto nel rispetto della «*Erforderlichkeitsklausel*» (la c.d. clausola di necessità)<sup>67</sup>. Va anche rilevato come per ora tale tesi non abbia ricevuto attenzione nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Un'altra ricostruzione<sup>68</sup>, che cerca di coniugare le due tesi, fa leva sull'art. 118 Cost. e sul noto meccanismo della c.d. chiamata in sussidiarietà, frutto di una scelta pretoria della Corte costituzionale<sup>69</sup>, secondo cui è “*coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come subsidium quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto*”. Anche in questo caso, tuttavia, lo Stato dovrebbe procedere secondo i dettami della leale collaborazione, e dunque adottare il modello dell'intesa con le Regioni.

Sfortunatamente, la giurisprudenza costituzionale non offre risposte univoche per i quesiti appena esposti, ma soltanto delle possibili coordinate da seguire. Il problema, forse, andrebbe affrontato in maniera più radicale, considerato che come già detto le regole sulla “qualità della regolamentazione” hanno un valore sostanzialmente costituzionale, e dunque per un loro corretto ed efficiente funzionamento necessiterebbero di un'espressa allocazione da parte del Legislatore costituzionale. In assenza di questo, conviene aderire a quelle tesi più rispettose del principio di sussidiarietà.

Appurato ciò, era stato accolto con entusiasmo l'accordo siglato nella Conferenza unificata tra lo Stato, le Regioni e gli Enti locali, il 29 marzo 2007 (pubblicato in G.U. n. 13 del 2007), con il quale erano stati fissati i principi

---

<sup>66</sup> Dopo la riforma costituzionale del 2006 infatti l'applicazione della clausola di necessità è stata limitata soltanto ad una lista di materie enumerate all'art. 75 Grundgesetz.

<sup>67</sup> D'altronde, non a torto, la Corte costituzionale ha cercato di mitigare gli effetti pregiudizievoli per le Regioni attraverso l'applicazione a questa voce del principio di leale collaborazione, che si estrinseca attraverso il meccanismo dell'intesa; cfr. Corte costituzionale 303/2003; 6/2004; 87/2018.

<sup>68</sup> Vedi CARBONE L., CICI L., D'ADAMO M., *La qualità delle regole nel processo normativo regionale e il ruolo dei dirigenti nella formazione delle norme tra necessità politiche ed esigenze tecniche*, op. cit., 195.

<sup>69</sup> Ci si riferisce alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 303/2003.

comuni volti rendere trasparenti ed omogenei i processi di produzione normativa a tutti i livelli di governo. Per esempio, in tale sede è stata riconosciuta la centralità dell'analisi *ex ante* sulla regolamentazione (AIR) e la valutazione dell'impatto delle norme *ex post* (VIR). Il Consiglio di Stato, con parere del 21 maggio 2007, ha affermato sulla stessa scia che “*la semplificazione in un ordinamento multilivello non può, ovviamente, prescindere da una strategia unitaria che deve coordinare tutte le iniziative ai vari livelli*”.

Tuttavia, a fronte di queste premesse pregevoli sulla carta, non sono seguite azioni concrete all'altezza delle aspettative da parte delle Regioni. A parte alcune eccezioni degne di nota<sup>70</sup>, è stato rilevato che in molte di queste non è nemmeno stato individuato un ufficio responsabile della semplificazione, il quale invece è un punto cardinale negli indirizzi forniti dall'OCSE. Parte di questa arretratezza è sicuramente da attribuire al *deficit* di competenze tecnico-professionali che affligge le Regioni in questa materia<sup>71</sup>.

La semplificazione normativa passa quindi per delle riforme amministrative che incidano sugli assetti istituzionali che riguardano la normazione, ossia i luoghi dove le norme vengono concretamente concepite<sup>72</sup>. Il nesso tra questi due aspetti, dunque, si estrinseca in interventi che possono essere generali oppure riguardare le discipline di settore. L'esempio più noto del primo approccio è costituito dalla legge del 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. “legge Bassanini 1”), la quale merita attenzione soprattutto per le disposizioni del Capo III.

Anzitutto, all'art. 20-ter, vengono previsti i già menzionati accordi tra lo Stato e le Regioni “*per il perseguimento delle comuni finalità di miglioramento della qualità normativa nell'ambito dei rispettivi ordinamenti*”, che però, come si è visto, rimangono uno strumento con scarse ricadute pratiche. In secondo luogo, all'art. 20, si impone al Governo di presentare ogni anno un disegno di legge “*per la semplificazione e il riassetto normativo*” (c.d. “legge di semplificazione”)<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Vedi MATTARELLA B.G., *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011, 103 per i riferimenti a Lombardia, Toscana ed Emilia-Romagna.

<sup>71</sup> Vedi NATALINI A., *Nuove politiche di semplificazione: i fabbisogni delle Regioni*, 2008, disponibile su <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=10311>.

<sup>72</sup> Vedi CASSESE S., *Che cosa fanno gli uffici legislativi dei ministeri?*, in *GDA*, 2013(2), 113; vedi anche MATTARELLA B.G., *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate, op. cit.*, 45.

<sup>73</sup> Le leggi di semplificazione emanate ad oggi sono quattro: legge 8 marzo 1999, n. 50, cfr. LUPO N., *La prima legge annuale di semplificazione. Commento alla legge n. 50 del 1999*, Milano, 2000; legge 24 novembre 2000, n. 340; legge 29 luglio 2003, n. 229; infine legge 28 novembre 2005, n. 246.

Queste ultime hanno rappresentato, nel primo decennio a partire dal 2000, la principale fucina dove forgiare gli strumenti di semplificazione normativa di maggiore impatto sull'ordinamento. Basti pensare, a titolo solo esemplificativo, all'affermarsi della stagione dei nuovi codici e dei testi unici, oppure al meccanismo del "taglia-leggi". Tuttavia le "leggi di semplificazione" hanno anche scontato il male atavico della nostra Repubblica<sup>74</sup>, ossia la conclamata instabilità dei Governi, i quali proprio in questa materia sono i principali attori per ragioni tecniche e per assestamenti istituzionali di lungo corso, sicché l'impossibilità di programmare con efficacia le politiche di semplificazione si è riverberata anche sull'istituto previsto dall'art. 20 della legge 59/1997.

È dunque un patrimonio acquisito, nella scienza della semplificazione, che i rapporti tra ordinamenti giuridici nell'epoca della "post-modernità"<sup>75</sup> necessitano di istituti in grado di garantire una coesione e un coordinamento tra le fonti del diritto, le quali si atteggiavano per l'appunto su molteplici livelli.

##### 5. *Il «gold plating» nella normativa italiana*

Il divieto di «gold plating», come anticipato, è un istituto che pertiene ai rapporti tra due ordinamenti, quello statale e quello dell'Unione Europea. In quanto tale, è uno strumento rivolto proprio a fronteggiare le dinamiche appena delineate, a contenere cioè l'afflusso di norme prodotte in un sistema di *governance* multilivello. Si anticipa fin da subito che quest'ultima non è la sua unica funzione, ma sicuramente è quella preponderante. Un'analisi più approfondita del tema verrà svolta più avanti (*infra* § 6.1.). Per ora è preliminare effettuare un inquadramento meramente normativo dell'istituto.

---

<sup>74</sup> I danni che possono derivare da una scarsa razionalizzazione della forma di governo erano ben noti ai costituenti; per questo motivo fu approvato l'odg proposto dall'on. Perassi nella seduta della seconda sottocommissione del 4 settembre 1946, che recitava: "*La Seconda Sottocommissione, udite le relazioni degli onorevoli Mortati e Conti, ritenuto che né il tipo del governo presidenziale, né quello del governo direttoriale risponderebbero alle condizioni della società italiana, si pronuncia per l'adozione del sistema parlamentare da disciplinarsi, tuttavia, con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di Governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo*" (ASSEMBLEA COSTITUENTE, *II sottocommissione, seduta del 4.9.1946*). Il lodevole intento non sembra però sia andato a buon fine, visto che la Repubblica dal 1948 ad oggi ha visto avvicinarsi ben 63 Governi su un totale di XVIII legislature.

<sup>75</sup> Caratterizzata appunto da una reviviscenza di un pluralismo degli ordinamenti giuridici, in contrasto con l'età moderna che aveva visto riunificarsi la molteplicità delle esperienze giuridiche sotto l'istituzione dello Stato di diritto; vedi sul GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Bari, 2016.

### 5.1. La legge 28 novembre 2005, n. 246

Il divieto di «gold plating» è sancito in via generale dall'art. 14, comma 24-*bis*, della legge 28 novembre 2005, n. 246, ossia la quarta ed ultima legge di semplificazione. La disposizione recita: “*gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse*”.

In realtà, la disposizione è frutto di una novella successiva, inserita con la legge 12 novembre 2011, n. 183 (“Legge di stabilità 2012”), la quale ha modificato la legge di semplificazione del 2005 aggiungendo i commi 24-*bis*, 24-*ter* e 24-*quater* (di questi ultimi due si darà conto a breve). Un rapido riepilogo delle circostanze politiche ed economiche in cui questa disposizione è stata concepita aiuterà ad individuarne la genesi storico-normativa, con importanti implicazioni rispetto alle sue funzioni all'interno dell'ordinamento.

Com'è noto, negli ultimi mesi del 2011 il debito sovrano dell'Italia è stato colpito da repentine fluttuazioni sui mercati finanziari, che ne hanno provocato una degradazione tale da metterne in dubbio la solvibilità. Dalla crisi finanziaria si è passati poi ad una crisi propriamente economica e politica, con delle ripercussioni sulla stabilità del Governo. È un fatto noto che, con una lettera indirizzata alla Presidenza del Consiglio dei ministri<sup>76</sup>, la BCE – allora presieduta da Jean-Claude Trichet – elencò una serie di punti programmatici che l'Italia avrebbe dovuto seguire nella predisposizione nella manovra finanziaria in gestazione. Tra i suggerimenti avanzati – in cui si legge anche l'invito ad inserire nel nostro ordinamento la c.d. “golden rule”<sup>77</sup> – rientrava quello di adottare “*misure significative per accrescere il potenziale di crescita*”, individuando quali sfide principali “*l'aumento della concorrenza, particolarmente nei servizi, il miglioramento della qualità dei servizi pubblici e il ridisegno di sistemi regolatori e fiscali che siano più adatti a sostenere la competitività delle imprese e l'efficienza del mercato del lavoro*”. D'altronde, la menzionata lettera della BCE procedeva di pari passo

---

<sup>76</sup> Il riferimento è alla lettera, firmata da Trichet e Draghi e datata 5 agosto 2011, inviata all'Italia, il cui testo integrale è reperibile su <https://st.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-29/testo-lettera-governo-italiano-091227.shtml?uuid=Aad8ZT8D>.

<sup>77</sup> Poi recepita nel nostro ordinamento con la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1. Per una disamina dei rapporti tra diritto interno e diritto europeo in materia economica e monetaria, su tutti vedi TOSATO G., *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione tra i livelli europeo e interno*, in *RDI*, 2014(1), 5.

con delle misure di politica monetaria (c.d. “non convenzionali”<sup>78</sup>) ben più incisive<sup>79</sup>, che rendevano palesi i rapporti di forza intercorrenti tra l’ordinamento UE e quello italiano<sup>80</sup>.

Non fu dunque accolta con sorpresa la lettera del 26 ottobre 2011 alle istituzioni europee, con cui Palazzo Chigi prometteva di adottare una serie di misure “*per una finanza pubblica sostenibile e per creare condizioni strutturali favorevoli alla crescita*”. Il Governo provava a difendersi, spiegando che “*se problemi antichi, come quello del nostro debito pubblico, danno luogo oggi a ulteriori e gravi pericoli, ciò è soprattutto il segno che la causa va cercata non nella loro sola esistenza, ma nel nuovo contesto nel quale ci si è trovati a governarli*”<sup>81</sup>; e rilanciava su alcuni punti programmatici, quali la necessità di garantire una finanza pubblica sostenibile, principalmente attraverso un’opera di riallocazione della spesa pubblica e una sua generale contrazione («spending review»), nonché l’impegno a creare condizioni strutturali favorevoli alla crescita.

Tra queste condizioni rientrava l’inevitabile revisione delle politiche di semplificazione normativa e amministrativa, volte ad abbattere il carico burocratico sull’apparato amministrativo e sulle imprese. Per esempio, si prometteva che “*i rapporti con la pubblica amministrazione diventeranno più snelli grazie alla completa sostituzione dei certificati con delle*

---

<sup>78</sup> Sulla distinzione tra misure convenzionali e non convenzionali all’interno del mandato della BCE, vedi TRICHET J.C., *ECB Press Conference, 9 June 2011*, disponibile su <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2011/html/is110609.en.html#qa>: “*As regards the standard and non-standard measures, as you can see, we are attached to their separation, to the principle of a separation between standard measures designed to deliver price stability over the medium term and non-standard measures that must, in our judgement, be commensurate with the abnormal functioning of some markets or market segments*”

<sup>79</sup> Il riferimento è al *Security Market Programme* (SMP), con cui la BCE ha acquistato, a partire dal 14 maggio 2010, ingenti quantità di titoli di Stato italiani (ma anche spagnoli, irlandesi ecc.), anche se soltanto sul mercato secondario, per evitare di incappare nel divieto imposto dall’art. 123 TFUE. L’SMP ha finanziato l’acquisto di *bond* italiani per un valore nominale di 102,8 miliardi di euro, pari al 47% del totale (218 miliardi); dati forniti da ECB press release of 21 Feb. 2013: *Details on securities holdings acquired under the Securities Markets Programme* e disponibili su [https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2013/html/pr130221\\_1.en.html](https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2013/html/pr130221_1.en.html).

<sup>80</sup> Per una disamina dell’evoluzione dei rapporti della BCE con gli Stati membri durante la crisi finanziaria, vedi BEUKERS T., *The new ECB and its relationship with the eurozone Member States: between Central Bank independence and Central Bank intervention*, in *CMLR*, 2013, 1579, spec. 1598;

<sup>81</sup> La lettera inviata dal Governo italiano all’Unione europea, datata 26 ottobre 2011, è disponibile su <https://www.altalex.com/documents/news/2011/10/28/le-lettera-del-premier-silvio-berlusconi-all-unione-europea>.

*autocertificazioni, mentre le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione resteranno valide solo nei rapporti tra privati*<sup>82</sup>.

Ma soprattutto, era previsto un rafforzamento del programma di misurazione e riduzione degli oneri amministrativi derivanti da obblighi di tipo informativo previsti da leggi statali (la c.d. “MOA”). Questo tipo di misurazioni, come si è già visto (*supra* §2), sono accessorie e strumentali al più ampio obiettivo di perseguire una politica di analisi *ex ante* ed *ex post* della regolamentazione.

È chiaro quindi che i rapporti di quei mesi tra l’Italia e l’Unione Europea hanno avuto un forte impatto sulla legge 183/2011, la quale è stata approvata a seguito delle dimissioni e della sostituzione del Governo “Berlusconi IV”, a partire dal 16 novembre 2011.

Di tutti questi eventi istituzionali si dà conto anche nei lavori preparatori che ne hanno preceduto l’approvazione. Come emerge dalla lettura dei verbali della V Commissione permanente della Camera dei deputati, nella seduta del 11 novembre 2011, la legge di stabilità 2012 è stata un’occasione per inserire una serie di misure non strettamente legate alle finalità proprie di questa<sup>83</sup>. Tali misure ordinamentali, volte a creare le condizioni ideali per incentivare la crescita del Paese, “*rappresentano ... l’attuazione delle misure che il Governo ha concordato con le Istituzioni europee nella lettera del Presidente del Consiglio dei ministri del 26 ottobre 2011 indirizzata al Presidente del Consiglio europeo e al Presidente della Commissione europea*”<sup>84</sup>.

Tra queste misure ordinamentali rientrano quelle previste dall’art. 15 della legge 183/2011, il quale da una parte inserisce il già menzionato obbligo delle pubbliche amministrazioni di trasmettersi internamente i certificati da loro posseduti, senza onerare il privato del compito di collazionarli; dall’altra prevede il c.d. divieto di «gold plating». Nei lavori sul d.d.l., riconoscendo una certa omogeneità tra le due misure, si definisce la seconda come “*il*

---

<sup>82</sup> Vedi l’art. 43, comma 1, del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, con cui si prescrive che le amministrazioni si scambino fra loro le informazioni che sono soggette alla disciplina della “dichiarazione sostitutiva”. La disposizione è stata per l’appunto inserita nell’ordinamento con la legge di stabilità del 2012.

<sup>83</sup> Vedi CAMERA DEI DEPUTATI, A.C. 4773, V Commissione, seduta del 11 novembre 2011, disponibile su <https://leg16.camera.it/126?tab=4&leg=16&idDocumento=4773&sede=&tipo=#>. Giancarlo Giorgetti: “*i medesimi eventi eccezionali che hanno condotto alla definizione di un percorso parlamentare così accelerato soprattutto in questo ramo del Parlamento, hanno anche consentito l’approvazione, presso il Senato della Repubblica, di disposizioni che, a rigore, non sarebbero strettamente riconducibili al contenuto proprio del disegno di legge di stabilità*”.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

*divieto di prevedere, in sede di recepimento delle direttive europee, ulteriori adempimenti amministrativi*<sup>85</sup>.

In quel periodo, sulla spinta della crisi e delle indicazioni dell'UE, si è aperta dunque una stagione di riforme che perseguivano la semplificazione dell'apparato amministrativo attraverso un abbattimento degli oneri informativi in capo ai privati e un approccio "quantitativo" all'analisi della regolamentazione.

Un altro indizio per questa ricostruzione viene fornito dalla legge 11 novembre 2011, n. 180, conosciuta anche come "lo statuto delle imprese". All'articolo 7, rubricato "*Riduzione e trasparenza degli adempimenti amministrativi a carico di cittadini e imprese*", è infatti previsto che i regolamenti ministeriali e gli atti amministrativi generali delle amministrazioni statali debbano "*recare in allegato l'elenco di tutti gli oneri informativi gravanti sui cittadini e sulle imprese introdotti o eliminati con gli atti medesimi*".

Ed è proprio in attuazione del citato articolo che con il d.p.c.m. 14 novembre 2012, n. 252, è stato emanato il "*regolamento recante i criteri e le modalità per la pubblicazione degli atti e degli allegati elenchi degli oneri introdotti ed eliminati*".

Anzitutto, il regolamento, all'articolo 1, comma 2, chiarisce che per onere informativo "*si intende qualunque adempimento previsto per determinate categorie di cittadini o imprese o per la generalità degli stessi, di raccogliere, elaborare, conservare, produrre e trasmettere dati, notizie, comunicazioni, relazioni, dichiarazioni, istanze e documenti alle pubbliche amministrazioni dello Stato, anche su richiesta di queste ultime, a determinate scadenze o con periodiche cadenze. Non rientrano tra gli oneri informativi gli obblighi di natura fiscale, né quelli che discendono dall'adeguamento di comportamenti, di processi produttivi o di prodotti*".

Ma soprattutto, nell'Appendice I all'Allegato I al decreto, è stilata una lista degli elementi da controllare (denominata "checklist", nello schema originario del regolamento) per valutare l'aggravio degli oneri amministrativi causato dagli atti normativi. È interessante notare, in questa sede, che tra le domande a cui il regolatore deve rispondere rientra: "*ci sono adempimenti ulteriori rispetto a quelli imposti dalla normativa comunitaria?*"<sup>86</sup>.

Si noti che la tendenza a tagliare gli oneri amministrativi con misure ordinamentali non era prerogativa soltanto italiana, visto che lo stesso stava

---

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> Si apprende poi da una lettura attenta del parere del Consiglio di Stato del 19.07.2012, n. 3326, che nello schema del regolamento originariamente compariva persino il riferimento lessicale al fenomeno del «gold plating». L'espressione è stata però ritenuta inadatta, perché trapiantata da un'altra lingua e dunque foriera di possibili ambiguità.

accadendo tra i Paesi OCSE. Da un rapporto dell'Organizzazione per il Coordinamento e lo Sviluppo Economico del 2010, emerge che al 2008 trenta dei trentuno Paesi avevano adottato dei sistemi di monitoraggio e riduzione dei costi amministrativi<sup>87</sup>. Anche l'Italia, con il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, aveva già recepito nell'ordinamento il c.d. "taglia-oneri amministrativi", con l'obiettivo di eliminare entro il 31 dicembre 2012 il 25% dei costi derivanti da obblighi informativi nelle materie affidate alla competenza dello Stato<sup>88</sup>.

Con precipua attenzione al fenomeno del «gold plating», inoltre, già da un rapporto della Commissione europea del 2007 emergeva una prima inchiesta su quali Stati avessero al tempo adottato misure per prevenirne la formazione<sup>89</sup>. Dalla tabella riassuntiva emergeva che tredici Stati membri su venticinque avevano già stabilito misure per evitare il «gold plating»<sup>90</sup>.

È acclarato, pertanto, che tale divieto è penetrato nel nostro ordinamento a cavallo tra il primo e il secondo decennio degli anni duemila, sulla scia delle politiche volte a monitorare e tagliare gli oneri amministrativi derivanti da obblighi informativi. La sua vigenza è stata definitivamente sancita con la legge 283/2011, in un momento di forti tensioni istituzionali tra l'ordinamento interno e quello eurounitario dettate dalla crisi economica. L'istituto è dunque ritagliato su un duplice obiettivo: da un lato, la riduzione dei costi amministrativi derivanti dalla *governance* multilivello; dall'altro, una spinta all'armonizzazione giuridica all'interno dell'Unione Europea, tentando di recepire le *best practices* sviluppate simultaneamente in altri Paesi (*infra* §6.1.).

---

<sup>87</sup> OECD, *Cutting Red Tape. Why Is Administrative Simplification So Complicated? Looking beyond 2010*, Parigi, 2010, disponibile su <https://doi.org/10.1787/9789264089754-en>.

<sup>88</sup> Articolo 25, comma 1: "... è approvato un programma per la misurazione degli oneri amministrativi derivanti da obblighi informativi nelle materie affidate alla competenza dello Stato, con l'obiettivo di giungere, entro il 31 dicembre 2012, alla riduzione di tali oneri per una quota complessiva del 25%, come stabilito in sede europea".

<sup>89</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Internal Market Scoreboard – n° 15-bis*, Luxembourg, 2007, disponibile a [https://ec.europa.eu/internal\\_market/score/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/internal_market/score/index_en.htm). Lo stesso rapporto è stato poi ripreso e sviluppato dalla PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Relazione annuale sulla partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, 2007, 169, disponibile a <http://www.politicheeuropee.gov.it/it/attivita/informazione-al-parlamento/relazione-annuale-al-parlamento/archivio/>

<sup>90</sup> Da questi rimanevano esclusi Estonia, Grecia, Spagna, Francia, Lituania, Ungheria, Portogallo, Slovenia, Slovacchia, Finlandia, Svezia e proprio l'Italia. Per uno studio comparato sul tema, vedi anche COMMISSIONE EUROPEA, *L'Europa può fare meglio. Relazione sulle buone pratiche degli Stati membri per l'attuazione della normativa UE con il minor onere amministrativo*, Varsavia 15 novembre 2011, disponibile su [http://www.qualitanormazione.gov.it/uploads/download/file/134/bp\\_report\\_signature\\_it.pdf](http://www.qualitanormazione.gov.it/uploads/download/file/134/bp_report_signature_it.pdf)

### 5.1.1. I “livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive”

Grazie a queste premesse ben si comprende allora l’impianto normativo che sorregge il divieto di «gold plating» all’art. 14 della l. 246/2005. Il comma 24-ter specifica cosa si intende per “livelli di regolazione superiore a quelli minimi richiesti dalle direttive”.

Essenzialmente, la regolazione “superflua” si ottiene attraverso: l’introduzione o il mantenimento di *requisiti, standard, obblighi e oneri* non strettamente necessari per l’attuazione delle direttive (lett. a); l’estensione dell’*ambito soggettivo o oggettivo di applicazione* delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti *maggiori oneri amministrativi per i destinatari* (lett. b); l’introduzione o il mantenimento di *sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi* di quelli strettamente necessari per l’attuazione delle direttive (lett. c).

La disposizione in esame vieta l’introduzione di norme superflue sotto un duplice profilo, uno oggettivo e l’altro soggettivo.

Sotto il profilo *oggettivo*, la norma vieta l’introduzione di requisiti, standard, obblighi ed oneri superflui. In questa categoria possono essere fatti rientrare sicuramente gli obblighi informativi di cui sopra. Ma appartiene al profilo *oggettivo* della norma anche la lett. c), laddove vieta l’aggravio procedimentale non strettamente necessario per l’attuazione della direttiva.

Per esempio, la disciplina italiana per le procedure di cui all’art. 36 del d.lgs. 50/2016 (i c.d. affidamenti sotto-soglia) prevede un carico di oneri in capo alle imprese non richiesto dalle direttive<sup>91</sup>; allo stesso modo, le procedure di affidamento ivi previste sono disciplinate in maniera specifica, appesantendo in generale l’azione delle stazioni appaltanti<sup>92</sup>.

Sotto il profilo *soggettivo*, è vietata l’estensione del novero dei destinatari della norma rispetto a quanto previsto dalle direttive.

La disposizione in esame, pertanto, obbliga il Legislatore a non prevedere dei livelli di regolazione *in eccesso* rispetto a quanto richiesto dalle direttive. Resta da indagare che cosa sia questo *quid pluris*.

---

<sup>91</sup> Su tutti, vedi direttiva 2014/24/UE, art. 1, par. 1, che recita: “La presente direttiva stabilisce norme sulle procedure per gli appalti indetti da amministrazioni aggiudicatrici, per quanto riguarda appalti pubblici e concorsi pubblici di progettazione il cui valore è stimato come non inferiore alle soglie stabilite all’articolo 4”.

<sup>92</sup> Non è un caso che l’attenzione del Legislatore, quando intenda semplificare la materia in questione, si concentri sempre prima di tutto sugli affidamenti sotto-soglia. Ciò è accaduto prima con il d.l. 32/2019 (sblocca-cantieri) e poi recentemente con la normativa per far fronte all’emergenza da COVID-19 (su tutti, vedi il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 – c.d. “cura Italia”).

Mentre la regolazione in difetto è semplice da individuare, dal momento che il rapporto tra norme in questo caso ricade nello schema dell'antinomia<sup>93</sup>, per la regolazione in eccesso il discorso è più complicato. Per la prima, infatti, la competenza in ultima istanza a valutare una insufficiente attuazione delle direttive UE spetta alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dal momento che uno dei due elementi dell'antinomia è rappresentato dalla norma europea che si assume essere violata. Sul punto, si rimanda al noto funzionamento del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, secondo cui un vero e proprio obbligo di rinvio alla Corte pende soltanto in capo ad “*un organo giurisdizionale nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno*”. Un'altra via percorribile dalle istituzioni UE è quella della procedura d'infrazione *ex art. 258 TFUE*.

È inutile poi ricordare che fin dal 1964 vige il principio di supremazia del diritto dell'Unione Europea<sup>94</sup>, per cui in caso di antinomia prevale sempre il diritto europeo, salvo vengano attivati i c.d. controlimiti. L'attuazione insufficiente delle direttive è, in sintesi, un fenomeno che viene sanzionato dall'ordinamento in maniera efficace.

Per l'attuazione in eccesso la situazione appare più complessa, perché i termini della questione non si pongono necessariamente in una relazione di stretta antinomia. L'articolo 14, ai commi 24-*bis* e *ter*, si limita a ricondurre al fenomeno del «gold plating» qualsiasi disposizione non necessaria per l'attuazione delle direttive. La disposizione, in sostanza, è definita nel “minimo” (la direttiva da attuare) ma non nel “massimo” (che cos'è strettamente necessario?).

Inoltre, l'articolo 288, par. 3, TFUE, sancisce la regola secondo cui “*la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*”. È pacifico, pertanto, che la direttiva è un atto legislativo che impone degli obiettivi da raggiungere, lasciando liberi i destinatari sulle concrete modalità per adempiere a tale scopo. In realtà, nella prassi si sono affermate direttive sempre più dettagliate, tali da essere definite *self-executing*<sup>95</sup>. La tendenza a redigere direttive di questo tipo si riscontra anche nella materia dei contratti pubblici, laddove si è assistito,

---

<sup>93</sup> Vale a dire, rispetto ad un obbligo positivo in capo allo Stato previsto dalla normativa europea, la normativa interna si pone in contrasto, disponendo in maniera insufficiente o in aperto contrasto.

<sup>94</sup> CGUE Caso C-26/62 (*Van Gend & Loos*).

<sup>95</sup> Vedi su tutte CGUE Causa C-41/74 (*Van Duyn c./ Home Office*).

nel passaggio tra le direttive del 2004 e quelle del 2014, ad un'estensione considerevole del numero delle disposizioni presenti<sup>96</sup>.

Quindi, il diritto UE lascia liberi gli Stati di attuare le direttive come meglio credono: non è necessaria l'adozione di una legge o di un atto equipollente<sup>97</sup>, ma è sufficiente un qualsiasi atto-fonte in grado di garantire l'effetto utile della direttiva; a volte non è persino necessaria l'adozione di alcun atto interno, qualora l'ordinamento sia già di per sé compatibile con la direttiva<sup>98</sup>.

Ma soprattutto, la CGUE ha specificato che le direttive non possono essere in alcun modo fonte diretta di obblighi per i privati, anche qualora siano direttamente efficaci<sup>99</sup>. Esse possono conferire solamente situazioni giuridiche soggettive ai privati nei confronti dello Stato; sono dotate, in altri termini, soltanto di un'efficacia diretta "verticale", e non già anche "orizzontale"<sup>100</sup>.

Ma se la direttiva è fonte di obblighi soltanto per lo Stato, allora il termine di paragone per individuare i "*livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*" non può che essere costituito dagli *obiettivi* che queste impongono agli Stati. In pratica, l'azione del Legislatore statale è libera nei mezzi ma non nello scopo, e tali mezzi devono essere strettamente funzionali al raggiungimento dello scopo. Questo accade perché ogni Stato deve, in ragione delle proprie peculiarità, adeguare il proprio ordinamento allo scopo prefissato nella direttiva. Avendo una funzione armonizzatrice, le direttive non possono prevedere *a priori* gli specifici strumenti per raggiungere un determinato risultato in ogni Paese, ma possono soltanto valutarne la conformità *a posteriori*, una volta che gli specifici strumenti di attuazione sono stati adottati. Questo è il motivo per cui ogni direttiva stabilisce un termine entro cui gli Stati membri debbono darvi attuazione<sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> Vedi CHITI M.P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016(4), 436.

<sup>97</sup> Ed è per questo che la legge 234/2012, art. 35, prevede l'attuazione delle direttive in via regolamentare, qualora la materia non sia coperta da riserva di legge.

<sup>98</sup> Qualora, ad esempio, una direttiva abbia preso ad esempio la legislazione di un determinato Stato membro, cfr. CGUE Causa C-29/84 (*Commissione c./ Germania*).

<sup>99</sup> Salvo che l'Unione intervenga laddove possiede competenza regolamentare, cfr. CGUE Causa C-91/92 (*Paola Faccini Dori c./ Recreb S.r.l.*)

<sup>100</sup> C-152/84 (*Marshall c./ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*): "... la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e ... una disposizione d'una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso". Più recentemente ribadito in C-176/12 (*Association de médiation sociale c./ Union locale des syndicats CGT*); vedi anche SAULLE M.R., *Direttiva comunitaria*, in *ED*, 1998.

<sup>101</sup> La natura "poliedrica" delle direttive si coglie anche dal fatto che non sempre le stesse prevedono un termine *ad quem* uguale per tutti gli Stati. Questo avviene perché alcuni Stati possono incontrare difficoltà maggiori rispetto ad altri nell'attuazione delle direttive. Un

Quanto detto finora necessita però di alcune precisazioni. Il meccanismo di armonizzazione tra gli Stati membri, nell'ambito del mercato comune, presenta nella prassi legislativa il carattere della gradualità. Quindi se inizialmente le direttive tendono a rispettare la distinzione sopra delineata tra obiettivi (europei) ed obblighi (di origine nazionale), con il ravvicinamento delle legislazioni si assiste ad una tendenziale sostituzione del diritto europeo a quello nazionale<sup>102</sup>. In sostanza, la giurisprudenza della CGUE e gli studiosi hanno descritto la tassonomia dei fenomeni di armonizzazione, che vanno sinteticamente da un'armonizzazione minima ad una massima (o totale)<sup>103</sup>. Con il ravvicinamento delle legislazioni nazionali si riscontra l'adozione di direttive maggiormente dettagliate che, da una parte sono direttamente applicabili, e dall'altra proibiscono allo Stato membro di prevedere dei livelli di regolazione superiori.

Lo stesso è accaduto e accade, per quel che interessa ai fini della presente ricerca, nel diritto dei contratti pubblici. Le direttive in questa materia vanno da una prima fase di armonizzazione minima, con più spazio lasciato agli Stati membri<sup>104</sup>, verso un'armonizzazione sempre più forte e quindi con disposizioni sempre più dettagliate<sup>105</sup>. Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere 855/2016, ha evidenziato questa caratteristica nelle odierne direttive, laddove ha affermato che esse constano di disposizioni di tre tipi: (i) disposizioni a recepimento vincolato; (ii) disposizioni che lasciano margini di flessibilità agli Stati membri, consentendo un recepimento o più severo o

---

esempio è offerto dalla direttiva 93/7/CEE del 15 marzo 1993 relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro). In materia di contratti pubblici, la direttiva 2014/24/UE, all'articolo 90, stabiliva che la stessa dovesse essere attuata entro il 18 aprile 2016, eccettuate le disposizioni relative all'obbligo di utilizzo di comunicazioni elettroniche, posticipate al 18 ottobre 2018. Anche in questo caso, la direttiva si è fatta carico delle difficoltà di recepimento di alcuni Stati membri (*i.e.* l'Italia nel caso di specie). Sempre in materia di contratti pubblici, sull'inidoneità delle direttive del 2014 a produrre effetti diretti prima della scadenza del termine per la loro attuazione, vedi Cons. Stato, sez. VI, 26.5.2015, n. 2660.

<sup>102</sup> Vedi CAPELLI F., *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale e direttive opzionali*, in *DCSI*, 2000(4), 755, il quale riassume il fenomeno di armonizzazione totale così: “*Per effetto dell'applicazione della direttiva, una volta trasposta negli ordinamenti interni, la materia o il settore considerati, risultano disciplinati solo ed esclusivamente dalle stesse regole di origine comunitaria, rimanendo preclusa agli Stati membri la possibilità di applicare, sul proprio territorio, norme nazionali divergenti*”.

<sup>103</sup> FOIS P., *Dall'armonizzazione all'unificazione dei diritti interni nell'Unione europea. Valutazione critica di una tendenza in atto*, in *SIE*, 2012, 37.

<sup>104</sup> Ci si riferisce alle direttive di “prima generazione”, ossia la direttiva n. 71/305/CEE, la direttiva n. 77/62/CEE e la direttiva n. 80/767/CEE.

<sup>105</sup> Questo per le direttive di seconda (direttiva n. 89/440/CEE, direttiva n. 92/50/CEE, direttiva n. 93/36/CEE, direttiva n. 93/37/CEE) e terza (direttiva n. 2004/17/CE, direttiva n. 2004/18/CE) generazione.

più liberale; (iii) disposizioni che impongono agli Stati membri di lasciare spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti.

Ma se le l'Unione Europea, nei casi di armonizzazione totale, priva gli Stati membri della facoltà di inserire dei livelli di regolazione superiori, allora il fenomeno del «gold plating» tende ad essere assorbito dal vizio di legittimità per contrasto con le disposizioni del diritto europeo. Ed è per questo che, come si vedrà nel prosieguo (vedi *infra* §5.3.2.), spesso i casi in cui si paventa il «gold plating» nella disciplina dei contratti pubblici si traducono in rinvii pregiudiziali *ex art* 267 TFUE o in procedure di infrazione aperte ai danni dell'Italia.

Al contrario, laddove le disposizioni non sono dettagliate e lasciano maggiore margine allo Stato membro, il giudizio di adeguatezza di una determinata misura rispetto ad un obiettivo fissato da una direttiva è un problema di diritto interno, che dev'essere risolto alla stregua di un'istruttoria legislativa accurata in sede di attuazione. Conseguentemente, anche il «gold plating» in questi casi resta un fatto nazionale, che dev'essere affrontato attraverso l'analisi di impatto della regolamentazione (come appunto prevede l'art. 14, comma 24-*quater* della l. 246/2005; vedi *infra* §5.1.2.).

È infatti possibile che un risultato richiesto dall'Unione Europea confligga in qualche modo con un interesse rilevante a livello nazionale. Per esempio, le direttive del 2014 sui contratti pubblici sono apertamente improntate all'idea di favorire quanto più possibile l'accesso delle PMI al mercato delle commesse pubbliche<sup>106</sup>; d'altra parte, in Italia, quest'esigenza si compenetra con quella di combattere la corruzione nel settore pubblico. È paradigmatica in questo senso la scelta dettata dall'art. 19 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, con cui è stata soppressa la vecchia Autorità di vigilanza sui contratti pubblici facendone confluire le funzioni nell'ANAC<sup>107</sup>. Queste due tendenze parzialmente confliggenti hanno, invero, comportato un aggravio normativo nel Codice dei contratti pubblici italiano.

Si capisce, dunque, che il Legislatore interno potrebbe averne ben donde di prevedere degli obblighi in capo ai privati non strettamente richiesti dalle direttive, qualora questi siano espressione dell'interesse nazionale a prevenire e combattere la corruzione. Questo implica però la necessità di un

---

<sup>106</sup> Basti leggere, a titolo esemplificativo, il considerando n. 3 della direttiva 2014/24/UE: “*la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI)...*”.

<sup>107</sup> Vedi LONGOBARDI N., *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *DPA*, 2017(1), 15.

bilanciamento e, in ultima analisi, che tali obblighi risultino comunque proporzionati all'esigenza nazionale da tutelare.

### 5.1.2. *Le circostanze eccezionali che rendono necessario il «gold plating»*

Risulta perciò appropriata la disposizione di cui all'articolo 14, comma 24-*quater*, l. 246/2005, laddove prevede che: “*l'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria*”.

Il divieto di «gold plating» non è dunque assoluto, ma si compenetra con altre esigenze parimenti rilevanti a livello nazionale. La ragione di questa scelta è una logica conseguenza di quanto detto sopra, poiché gli obiettivi fissati dalle direttive UE possono ingenerare una sorta di “attrito” con altri interessi tutelati dal diritto interno. È dunque ragionevole che al Legislatore nazionale venga lasciata la possibilità di derogare al suddetto divieto, qualora ciò sia giustificato da “*circostanze eccezionali ... in relazione alle quali si rende necessario*”.

In realtà, questo genere di valutazioni è da sempre svolto dal Legislatore, qualora si trovi ad introdurre degli obblighi o degli standard ulteriori rispetto a quelli richiesti dal diritto europeo, per tutelare una serie di interessi di rilevanza apicale. Tale possibilità è riconosciuta anche dagli stessi Trattati, poiché all'articolo 36 TFUE è stabilito che le restrizioni quantitative alle importazioni e alle esportazioni sono ammesse per motivi di “*moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale*”.

Ciò che però veramente caratterizza la disposizione di cui al comma 24-*quater* è che questa obbliga l'amministrazione (che redige la norma) a dar conto di questo tipo di valutazioni nell'analisi d'impatto della regolamentazione (AIR). Ora, esplicitare le considerazioni che precedono l'adozione di un atto normativo è una prassi quantomeno inusuale nel nostro ordinamento<sup>108</sup>. La disposizione in esame, in piena controtendenza, stabilisce invece che venga data notizia del *bilanciamento* effettuato durante la redazione del disposto normativo.

---

<sup>108</sup> Come invece avviene in Francia con l'«*exposé des motifs*», “*destiné à éclairer le Parlement sur le sens et la portée des dispositions qui lui sont soumises*”, vedi CONSEIL D'ÉTAT, *Guide de légistique*, Pargi, 2017, 263.

Questo tipo di attività presenta forti analogie con quella di motivare i provvedimenti amministrativi<sup>109</sup>. Nell'ordinamento italiano, la ponderazione degli interessi in gioco viene esplicitata nei provvedimenti amministrativi, come sancito ormai in maniera irreversibile dall'art. 3 della l. 241/1990. Per gli atti normativi (e per quelli "a contenuto generale"), al contrario, vige il principio per cui le valutazioni effettuate a monte rimangono imperscrutabili<sup>110</sup>. Come però è stato fatto correttamente notare, da un punto di vista fenomenologico, l'apparato analitico dell'AIR non si discosta sul piano strutturale dalla motivazione<sup>111</sup>. L'unico elemento discretivo, invero, è la rilevanza funzionale che viene attribuita all'AIR, la quale è relegata a mero strumento istruttorio senza alcuna efficacia integrativa né della validità né dell'efficacia degli atti cui è preposta.

Ad ogni modo, la l. 246/2005 (come modificata dalla l. 183/2011) stabilisce una stretta correlazione tra il contrasto al «gold plating» ed il funzionamento dell'AIR. È noto che quest'ultima è utilizzata per diverse ragioni, tutte più o meno riconducibili al concetto di "istruttoria normativa" (vedi *supra* §2.1.). Tra queste rientra a pieno titolo l'analisi sui "livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive", alla quale è dedicata un'apposita sezione all'interno delle relazioni AIR (art. 14, comma 5-ter, l. 246/2005).

Proprio al fine di rendere concretamente operativo tale strumento, l'art. 14 della legge 246/2005 prevede - al comma 5 - l'emanazione di un regolamento governativo e - al comma 6 - l'indicazione attraverso direttive del Presidente del Consiglio dei modelli e dei metodi di svolgimento dell'AIR. Rispetto a queste ultime, le più rilevanti per lo studio del «gold plating» sono la Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 16 gennaio 2013 (GU n.86 del 12-4-2013) e la sua omonima del 16 febbraio 2018 che l'ha sostituita, le quali offrono un importante contributo per comprendere il concreto funzionamento dell'istituto in esame (*infra* §5.4.).

Prima, però, è necessario concludere il percorso storico-normativo che ha permesso al divieto di «gold plating» di penetrare nel nostro ordinamento,

---

<sup>109</sup> Si rimanda alla nozione di motivazione in senso ampio, vale a dire come la parte dichiarativa del provvedimento amministrativo che non presenta carattere volitivo. Cfr. GIANNINI M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *ED*, 1977(XXVII) secondo cui "sarebbe motivazione tutta la parte della dichiarazione che non sia dichiarazione di volontà".

<sup>110</sup> Art. 3, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241. Per i problemi insiti in questa scelta, vedi RAMAJOLI M., TONOLETTI B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *DA*, 2013(1-2), 53.

<sup>111</sup> MATTARELLA B.G., *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Osservatorio AIR*, 2010, disponibile a <https://www.osservatorioair.it/losservatorio/i-papers-dellosservatorio/>.

fino a diventare (teoricamente) un principio generale in materia di attuazione delle direttive.

## 5.2. *La legge 24 dicembre 2012, n. 234*

Non si può infatti non parlare della legge 24 dicembre 2012, n. 234, ossia quella che più di tutte ha un impatto sui meccanismi di recepimento delle direttive europee. Ben si capisce, infatti, perché tale legge sia stata scelta come la destinazione naturale dove far confluire gli sviluppi finora descritti.

La l. 234/2012 è l'ultimo di una serie di provvedimenti che hanno disciplinato nel corso del tempo i meccanismi di recepimento interno delle direttive europee. Com'è noto, la genealogia della stessa affonda le sue radici nella prassi del Parlamento di affidare una delega al Governo per l'attuazione delle direttive e degli atti dell'Unione in generale. Tale soluzione, adottata per far fronte ad una crisi sistemica del nostro ordinamento nel recepire gli atti europei, è stata da subito criticata perché distorsiva del funzionamento fisiologico della delega legislativa *ex art. 76 Cost.*<sup>112</sup>.

Così, di fronte a problematiche di ordine sistematico si è deciso di dare risposte sistematiche, prima con la legge 9 marzo 1989, n. 86 (c.d. "legge La Pergola"); poi, a seguito della riforma del Titolo V e delle innovazioni sopravvenute a livello europeo, è stata adottata la legge 4 febbraio 2005, n. 11 (conosciuta come "legge Buttiglione"). Entrambe queste risposte nascevano dall'esigenza di garantire un recepimento fluido degli atti normativi dell'Unione Europea, nell'ottica di rispettare le scadenze impartite dalle direttive e prevenire quindi l'apertura delle procedure d'infrazione. Per questo motivo, si stabiliva che la "legge comunitaria" venisse adottata a cadenza annuale, obbligando il Governo a depositare il d.d.l. entro il 31 gennaio<sup>113</sup>.

Sfortunatamente, le leggi La Pergola e Buttiglione potevano vantare soltanto l'ambizione di essere leggi "sistemiche", essendo idonee soltanto a fornire degli indirizzi di massima per orientare le singole leggi annuali le quali, ad ogni modo, erano perfettamente in grado di sostituire o abrogare singole disposizioni delle leggi generali, godendo di pari grado gerarchico nel sistema delle fonti. L'attuazione del diritto europeo, pertanto, doveva pur sempre soggiacere alle fluide regole della prassi legislativa, e quindi anche la legge 11/2005 ha finito per subire delle variazioni con lo stratificarsi delle

---

<sup>112</sup> GAJA G., *Quali «principi e criteri direttivi» nella delega al Governo per attuare direttive comunitarie?*, in *RDI*, 1983(2-3), 424, il quale ha analizzato le criticità di una delega generale al Governo per l'attuazione delle direttive.

<sup>113</sup> Art. 8, comma 4, l. 11/2005.

leggi annuali, fino a diventare per molti aspetti una sorta di “legge omnibus”<sup>114</sup>.

Con questa nuova attitudine ad enucleare disposizioni tra le più disparate, la legge comunitaria aveva ereditato anche una forte carica divisiva tra le fazioni politiche. Da tutto ciò discendeva un tendenziale allungamento dei tempi di discussione ed approvazione della stessa, che portava spesso a sfiorare i termini e le scadenze rigide inizialmente prefigurate dalla Legge Buttiglione, fino ad arrivare a scavallare l’anno di riferimento e a creare “ingorghi” nei lavori parlamentari<sup>115</sup>.

Per porre un argine a questi problemi, il Legislatore ha cominciato a lavorare su diversi disegni di legge<sup>116</sup>, che poi sono sfociati, a seguito di un iter parlamentare largamente condiviso<sup>117</sup>, nell’adozione della legge 234/2012. Quest’ultima aveva prevalentemente due obiettivi.

Prima di tutto, doveva riformare la c.d. “fase ascendente” del processo di formazione del diritto europeo, coordinando il diritto interno con le nuove disposizioni e la *ratio* ispiratrice del Trattato di Lisbona (e dell’annesso Protocollo n. 2 sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità)<sup>118</sup>.

Secondariamente, doveva provare a correggere le storture emerse dalla prassi applicativa della Legge Buttiglione. Rispetto a questo secondo

---

<sup>114</sup> L’evoluzione patologica assunta dalla legge comunitaria negli ultimi anni prima della riforma era sotto gli occhi di tutti, tanto che il SENATO DELLA REPUBBLICA, in *Relazione della I Commissione permanente del Senato sul disegno di legge n. 2646 approvato in prima lettura dalla Camera*, 5, rilevava che “il vigente quadro ordinamentale – che demanda l’adempimento degli obblighi derivanti dall’Unione europea principalmente allo strumento della legge comunitaria annuale – presenta aspetti problematici, che attengono, essenzialmente, all’abuso che di questo strumento viene fatto allorché si tende a utilizzarlo come «legge omnibus», per inserirvi disposizioni che poco o nulla hanno di necessario ai fini dell’attuazione di obblighi derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea”.

<sup>115</sup> L’evento, riferito ai d.d.l. di legge comunitaria per il biennio 2011-2012, è stato descritto con dovizia di particolari da SOCCI F., *L’“ingorgo europeo” al Senato e la riforma della legge comunitaria*, in *FQCR*, 10 aprile 2013.

<sup>116</sup> Ci si riferisce alle seguenti proposte: A.C. 2854 (Buttiglione e altri), presentata il 23 ottobre 2009; A.C. 2862 (Stucchi e altri), presentata il 27 ottobre 2009; A.C. 2888 (Gozi e altri), presentata il 5 novembre 2009 e A.C. 3055 (Pescante e altri), presentata il 16 dicembre 2009 e del d.d.l. A.C. 3866 presentato il 16 novembre 2010; per uno commento alle stesse, vedi FASONE C., *Sulle proposte volte ad adeguare la legge n. 11 del 2005 e i regolamenti parlamentari al Trattato di Lisbona*, in *OF*, 2010(1).

<sup>117</sup> Prova ne è che, differentemente dalle sue antenate, la legge 234/2012 non reca il nome del Ministro in carica al tempo, Moavero Milanese. Per questa considerazione, vedi CARETTI P., *La legge n. 234/2012 che disciplina la partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea: un traguardo o ancora una tappa intermedia?*, in *Le Regioni*, 2012(5-6), 837.

<sup>118</sup> Sulle novità apportate dalla l. 234/2012 rispetto a questo profilo, vedi FAVILLI C., *Ancora una riforma delle norme sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione delle politiche dell’Unione Europea*, in *RDI*, 2013(3), 701.

profilo, è fuor di dubbio che la l. 234/2012 abbia riconosciuto assoluta rilevanza alla ingente mole delle disposizioni interne emanate in attuazione del diritto europeo<sup>119</sup>. Conseguentemente, essendo questa la principale sede d'ingresso di tali norme, si è tentato di inserire delle disposizioni che fossero improntate alla semplificazione normativa<sup>120</sup>.

Quest'ultimo aspetto ha sicuramente lasciato un'impronta caratterizzante sulla l. 234/2012. Per esempio, per scongiurare il ricorso alla c.d. "legge *omnibus*", l'art. 30, comma 2, lett. a), stabilisce che la legge di delegazione europea rechi soltanto i principi e criteri direttivi indirizzati al Governo per l'attuazione delle direttive, "*esclusa ogni altra disposizione di delegazione legislativa non direttamente riconducibile al recepimento degli atti legislativi europei*". Allo stesso modo, sono confermati gli strumenti alternativi a quelli aventi forza di legge, come ad esempio il regolamento di delegificazione o l'attuazione per via amministrativa<sup>121</sup>.

Ma la novità di maggior rilievo è senza ombra di dubbio rappresentata dallo "sdoppiamento" (*decoupling*) della vecchia legge comunitaria in due distinti atti: la legge europea e la legge di delegazione europea. Mentre la prima, nell'impianto normativo, è disegnata come una misura *una tantum* per far fronte alle esigenze contingenti e non programmabili nel medio periodo di

---

<sup>119</sup> La considerazione è stata portata all'attenzione del Senato, nella Seduta n. 306 del 12 luglio 2011, da LUPO N., *L'adeguamento del sistema istituzionale italiano al trattato di Lisbona. Osservazioni sui disegni di legge di riforma della legge n. 11 del 2005*, disponibile a [http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/documenti/36640\\_documenti.htm](http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/documenti/36640_documenti.htm), il quale riferiva che "*secondo la relazione del Comitato per la legislazione del novembre 2010, la legislazione di attuazione delle norme UE è pari a circa 1/3 della produzione normativa primaria*".

<sup>120</sup> Sul punto, *passim*, vedi ROSINI M., *L'attuazione del diritto dell'Unione Europea nel più recente periodo: legge di delegazione europea e legge europea alla luce della prassi applicativa*, in *OF*, 2017(2).

<sup>121</sup> In realtà, la l. 234/2012 ha stabilito una disciplina più articolata per questi strumenti "alternativi", che comunque erano già presenti nella l. 11/2005, come correttamente rilevato da FAVILLI C., *Ancora una riforma delle norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione delle politiche dell'Unione Europea*, *op. cit.*, 736.

attuazione del diritto europeo<sup>122</sup>, la seconda assurge a strumento cardine dell'*iter* di recepimento<sup>123</sup>.

La ragione di una tale scelta è ascrivibile a diversi fattori. In parte essa rispecchia la volontà di evitare che l'onere attuativo della maggior parte delle direttive ricada sullo strumento della legge ordinaria, provocando i già citati rallentamenti ed ingorghi dettati dalla necessaria trattazione parlamentare. Questo permette di “fluidificare” il processo di recepimento degli atti normativi dell'UE, garantendo (in teoria) una qualità normativa più

---

<sup>122</sup> L'art. 30, comma 3, ne elenca i possibili contenuti: “a) disposizioni modificative o abrogative di disposizioni statali vigenti in contrasto con gli obblighi indicati all'articolo 1; b) disposizioni modificative o abrogative di disposizioni statali vigenti oggetto di procedure d'infrazione avviate dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica italiana o di sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea; c) disposizioni necessarie per dare attuazione o per assicurare l'applicazione di atti dell'Unione europea; d) disposizioni occorrenti per dare esecuzione ai trattati inter-nazionali conclusi nel quadro delle relazioni esterne dell'Unione europea; e) disposizioni emanate nell'esercizio del potere sostitutivo di cui all'articolo 117, quinto comma, della Costituzione, in conformità ai principi e nel rispetto dei limiti di cui all'articolo 41, comma 1, della presente legge”. La natura di legge *tantum* sembra potersi inferire, oltre che dall'oggetto evidentemente di carattere eventuale, anche dalla mancanza di un termine annuale per la sua adozione; in questo senso, vedi sempre ROSINI M., *L'attuazione del diritto dell'Unione Europea nel più recente periodo*, op. cit., 10.

<sup>123</sup> Sono infatti ricompresi, ai sensi dell'art. 30, comma 2 i seguenti oggetti: “a) disposizioni per il conferimento al Governo di delega legislativa volta esclusivamente all'attuazione delle direttive europee e delle decisioni quadro da recepire nell'ordinamento nazionale, esclusa ogni altra disposizione di delegazione legislativa non direttamente riconducibile al recepimento degli atti legislativi europei; b) disposizioni per il conferimento al Governo di delega legislativa, diretta a modificare o abrogare disposizioni statali vigenti, limitatamente a quanto indispensabile per garantire la conformità dell'ordinamento nazionale ai pareri motivati indirizzati all'Italia dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o al dispositivo di sentenze di condanna per inadempimento emesse della Corte di giustizia dell'Unione europea; c) disposizioni che autorizzano il Governo a recepire in via regolamentare le direttive, sulla base di quanto previsto dall'articolo 35; d) delega legislativa al Governo per la disciplina sanzionatoria di violazioni di atti normativi dell'Unione europea, secondo quanto disposto dall'articolo 33; e) delega legislativa al Governo limitata a quanto necessario per dare attuazione a eventuali disposizioni non direttamente applicabili con-tenute in regolamenti europei; f) disposizioni che, nelle materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome, conferiscono delega al Governo per l'emanazione di decreti legislativi recanti sanzioni penali per la violazione delle disposizioni dell'Unione europea recepite dalle regioni e dalle province autonome; g) disposizioni che individuano i principi fondamentali nel rispetto dei quali le regioni e le province autonome esercitano la propria competenza normativa per recepire o per assicurare l'applicazione di atti dell'Unione europea nelle materie di cui all'articolo 117, terzo comma, della Costituzione; h) disposizioni che, nell'ambito del conferimento della delega legislativa per il recepimento o l'attuazione degli atti di cui alle lettere a), b) ed e), autorizzano il Governo a emanare testi unici per il riordino e per l'armonizzazione di normative di settore, nel rispetto delle competenze delle regioni e delle province autonome; i) delega legislativa al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi emanati ai sensi dell'articolo 31, commi 5 e 6”.

elevata<sup>124</sup>. Allo stesso modo, tuttavia, è stato correttamente evidenziato come anche portando avanti parallelamente sia la legge europea che quella di delegazione, entrambi i rami del Parlamento sono messi nelle condizioni di lavorare simultaneamente, attraverso un esame incrociato dei provvedimenti<sup>125</sup>.

Ma l'adozione del "doppio binario" è giustificabile anche in una diversa ottica: il Legislatore, in questo caso, ha deciso di codificare una prassi (quella delle leggi delega per il recepimento delle direttive) che fino ad allora non aveva ricevuto un esplicito riconoscimento né dalla legge La Pergola né dalla Buttiglione<sup>126</sup>. Il continuo ricorso a leggi annuali di delegazione aveva portato ad una stratificazione di "principi e criteri direttivi" (presupposto di legittimità *ex art. 76 Cos.*) spesso non coordinati tra loro<sup>127</sup>. Con una scelta lungimirante il Legislatore del 2012 ha deciso di riconoscere tale prassi ed assorbirla nella nuova legge "sistemica", andando a ridisegnare l'apparato dei "principi e criteri direttivi" che informano le deleghe legislative.

È previsto, pertanto, un duplice piano di manovra: sul primo si pongono i "principi e criteri direttivi generali di delega per l'attuazione del diritto dell'Unione europea" (come indicato dalla rubrica dell'art. 32, 1.

---

<sup>124</sup> Vedi PARIS D., *Le leggi europea e di delegazione europea 2013. Osservazioni sulla prima attuazione dello "sdoppiamento" della legge comunitaria*, in *OF*, 2014(1), 5, il quale osserva però che la prassi si è discostata fin da subito da questa possibile lettura, proponendo annualmente sia la legge europea che quella di delegazione;

<sup>125</sup> Interessante rilievo effettuato dal sen. Orellana, allorché chiese al Ministro per gli affari europei delucidazioni – nell'iter di approvazione della prima legge europea - sui motivi per i quali "si è deciso di inoltrare i due provvedimenti, in modo congiunto, ad un solo ramo del Parlamento, quando, la ratio della citata legge di sistema n. 234 del 2012 risiede, in realtà, nella possibilità di scindere l'attività di recepimento della normativa europea, facendo lavorare, al contempo, sia la Camera che il Senato" (cfr. Legislatura 17<sup>a</sup> - 14<sup>a</sup> Commissione permanente, Resoconto sommario n. 4 del 6 giugno 2013); in questo senso vedi ROSINI M., *L'attuazione del diritto dell'Unione Europea nel più recente periodo*, *op. cit.*, 10;

<sup>126</sup> Sul punto, vedi i rilievi di TESAURO G., *Procedura di adeguamento al diritto comunitario: problemi antichi e nuovi propositi*, in *RIDPC*, 1992(2), 385, il quale evidenziava già al tempo che la legge La Pergola si poneva in modo "neutro" rispetto alla prassi di ricorrere in maniera generosa nella legge comunitaria all'utilizzo di deleghe legislative.

<sup>127</sup> La delega legislativa infatti ha ad oggetto quelli che sono già dei principi di derivazione europea e sanciti nelle direttive. Il susseguirsi di leggi delega su questa materia è quindi foriera di possibili sovrapposizioni e disordini; cfr. DE MARIA B., *I rapporti tra Parlamento e Governo nell'attuazione delle norme comunitarie*, in DICKMANN R., STAIANO S. (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza italiana*, Milano, 2008, 574, "È noto che un doppio livello di vincoli, configurati per principi, genera incertezze nella ricostruzione dei limiti entro cui devono svolgersi le fasi successive del processo di integrazione politica in cui si sostanzia la delegazione".

234/2012); sul secondo invece, i principi e criteri direttivi aventi carattere specifico e riferiti alle singole deleghe legislative approvate annualmente<sup>128</sup>.

Proprio al fine sancire definitivamente il principio di semplificazione normativa nella fase di recepimento delle direttive europee, le prime tre lettere dell'art. 32 stabiliscono che: le amministrazioni direttamente interessate provvedono all'attuazione dei decreti legislativi con le ordinarie strutture amministrative, secondo il principio della *massima semplificazione dei procedimenti* e delle modalità di organizzazione e di esercizio delle funzioni e dei servizi (lett. a); ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, sono introdotte le occorrenti modificazioni alle discipline stesse, anche attraverso il *riassetto e la semplificazione normativi con l'indicazione esplicita delle norme abrogate*, fatti salvi i procedimenti oggetto di semplificazione amministrativa ovvero le materie oggetto di delegificazione (lett. b); *gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ai sensi dell'articolo 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246* (lett. c);

In realtà il divieto di «gold plating» è stato ereditato dalla legge comunitaria per il 2012, che però non è mai venuta alla luce, essendosi arenata al Senato. Nonostante ciò, nel corso dell'esame alla Camera, era stato proposto ed approvato un emendamento all'art. 2 del disegno di legge, per inserire appunto il divieto di stabilire «*livelli di regolazione più restrittivi rispetto a quelli minimi richiesti dalle direttive medesime*»<sup>129</sup>. Questo contenuto è stato poi trasfuso nella legge 234/2012, assurgendo quindi a criterio direttivo generale per l'esercizio della delega sul recepimento del diritto europeo.

Restano pertanto da indagare due aspetti: anzitutto quale sia il rapporto tra criteri direttivi generali e quelli speciali previsti nelle singole leggi di delegazione europea; secondariamente, a quali atti normativi attualmente in vigore si applichi il divieto di «gold plating».

---

<sup>128</sup> La l. 234/2012 ha il pregio di provare a cristallizzare una volta per tutte i principi e criteri aventi carattere generale, i quali prima venivano di volta in volta indicati nelle leggi annuali. In pratica, la legge del 2012 è importante perché trova una soluzione pratica al problema della corretta collocazione di tali principi generali; cfr. ROSINI M., *L'attuazione del diritto dell'Unione Europea nel più recente periodo*, op. cit., 21.

<sup>129</sup> Proposta emendativa 2.1., pubblicata nel Bollettino delle Giunte e Commissioni del 06/06/2012 ed approvata nella XIV Commissione permanente in sede referente, disponibile a <http://documenti.camera.it/apps/emendamenti/getProposteEmendative.aspx?contenitorePortante=leg.16.eme.ac.4925&tipoSeduta=1&sedeEsame=referente&urnTestoRiferimento=urn:leg:16:4925:null:null:com:14:referente&tipoListaEmendamenti=1>.

Relativamente alla prima questione, il dato letterale dell'art. 32, comma 1, l. 234/2012 non lascia spazio ad equivoci, laddove stabilisce che i criteri direttivi ivi elencati si applicano “*salvi gli specifici principi e criteri direttivi stabiliti dalla legge di delegazione europea e in aggiunta a quelli contenuti nelle direttive da attuare*”. Da una parte, quindi, è rinnovato il costante insegnamento della Corte costituzionale, secondo cui le disposizioni contenute nelle direttive sono integrative delle deleghe conferite al Governo per la loro attuazione<sup>130</sup>. Dall'altra, l'art. 32 “fa salvi” i criteri e principi specificamente previsti dalle singole deleghe annuali. Disposizione, quest'ultima, che appare pleonastica, dal momento che si limita ad esplicitare il principio immanente al sistema delle fonti normative per il quale *lex posterior derogat priori*. Dunque il rapporto tra criteri direttivi e principi stabiliti dalla l. 234/2012 e quelli singolarmente previsti dalle leggi annuali è un rapporto di reciproca integrazione<sup>131</sup>.

Passando alla seconda questione si rende necessaria una cernita degli atti normativi emanati a seguito della l. 234/2012.

### 5.2.1. *Analisi quantitativa della normativa*

Nel presente paragrafo si è tentato di rispondere alla seguente domanda: a quali atti dell'ordinamento si applica il divieto di «gold plating» previsto dall'art. 32, comma 1, lett. c), della l. 234/2012<sup>132</sup>?

Seguendo il ragionamento di cui sopra, si è reso necessario effettuare un controllo a tappeto sugli atti emanati a partire dall'entrata in vigore della legge del 2012 sino ad oggi, per indagare principalmente due aspetti: anzitutto, per individuare in quali casi il Parlamento ha specificato dei criteri direttivi ad integrazione di quelli generali e per l'esercizio di quali deleghe; in secondo luogo, per enumerare uno per uno i singoli decreti legislativi per i quali è stata temperata o persino esclusa l'applicabilità del divieto di «gold

---

<sup>130</sup> Corte cost., sentenza 16 giugno 1993, n. 285, secondo la quale non soltanto le disposizioni normative dell'ordinamento eurounitario sono integrative delle deleghe legislative nazionali, ma lo stesso vale per le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea; per un commento critico a questo approdo, vedi CARTABIA M., *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, in *Giur. cost.*, 1993, 2051.

<sup>131</sup> Sul punto, cfr. ROSINI M., *L'attuazione del diritto dell'Unione Europea nel più recente periodo*, op. cit., 24.

<sup>132</sup> Il campo d'indagine è limitato ai soli atti emanati nell'ambito *framework* normativo di attuazione delle direttive, previsto dalla legge 234/2012. Non rientrano, perciò, tutti i decreti legislativi emanati dal Governo nell'esercizio di deleghe conferite al di fuori del sistema previsto dalla legge del 2012, come ad esempio è accaduto proprio per la legge 28 gennaio 2016, n. 11, che ha conferito al Governo il mandato di attuare le tre direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sui contratti pubblici.

plating». Per raggiungere tali scopi è stato necessario organizzare il lavoro in tre fasi<sup>133</sup>.

In una prima fase sono state raccolte le singole leggi di delegazione europea approvate annualmente. È emerso che dal 2013 ad inizio 2020 ne sono state adottate sei (legge 6 agosto 2013, n. 96; legge 7 ottobre 2014, n. 154; legge 9 luglio 2015, n. 114; legge 12 agosto 2016, n. 170; legge 25 ottobre 2017, n. 163; legge 4 ottobre 2019, n. 117)<sup>134</sup>. Per ognuna di queste sono stati poi individuati ed elencati i singoli atti dell'Unione Europea per i quali è stata conferita una delega<sup>135</sup>. Dal 2013 al 2020, attraverso il sistema della legge di delegazione europea, sono state conferite deleghe al Governo per il recepimento e l'attuazione di 227 atti dell'Unione Europea<sup>136</sup>.

Nella seconda fase sono state passate in rassegna una per una le deleghe, per distinguere in quali casi il Parlamento ha stabilito dei criteri direttivi e dei principi e in quali invece vale il generico richiamo a “*i principi e i criteri direttivi di cui agli articoli 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234*”. Da questa seconda ricerca è emerso che soltanto in 93 casi su 227 (40,97%) il Parlamento ha fissato dei criteri direttivi integrativi (o alternativi, in taluni casi) di quelli generali previsti dalla legge del 2012<sup>137</sup>.

Infine, a ciascuna delega è stato associato il correlato decreto legislativo adottato dal Governo (ove presente)<sup>138</sup>. Da questa terza fase è emerso che l'Esecutivo, dal 2013 al 2020, ha adottato 165 decreti legislativi in forza delle leggi di delegazione europea annuali<sup>139</sup>. È interessante notare che durante la XVII e parte della XVIII legislatura (tutt'ora in corso), il Governo ha adottato rispettivamente 260 e 63 decreti legislativi, per un totale di 323 atti delegati<sup>140</sup>. Appare dunque confermato, da un punto di vista quantitativo, l'assunto secondo cui il diritto europeo ha ormai un forte impatto sul sistema delle fonti interne, e come tale dev'essere costantemente

---

<sup>133</sup> Per un prospetto riepilogativo dei dati raccolti, si rinvia all'Appendice, Tabella I.

<sup>134</sup> *Ibidem*, prima colonna.

<sup>135</sup> *Ibidem*, seconda colonna.

<sup>136</sup> Da questo conteggio sono state escluse le deleghe “*per la disciplina sanzionatoria di violazioni di atti normativi dell'Unione europea*”, disciplinate in via generale dall'art. 33 della legge 234/2012. A questo tipo di deleghe, per espressa previsione normativa, non si applica il divieto di «gold plating», e conseguentemente risultano irrilevanti ai fini della presente ricerca.

<sup>137</sup> Tabella I, terza colonna, nell'Appendice.

<sup>138</sup> *Ibidem*, quarta colonna.

<sup>139</sup> Si noti che rispetto all'ultima legge, la 117/2019, non risultano ancora emanati decreti attuativi.

<sup>140</sup> I dati sono stati estrapolati, per la XVII legislatura dal documento della CAMERA DEI DEPUTATI, *Il Rapporto sulla legislazione 2017 – 2018*; per la XVIII legislatura, i dati ancora parziali ed aggiornati al 12 marzo 2020 sono stati estrapolati dal documento della CAMERA DEI DEPUTATI, *La produzione normativa: cifre e caratteristiche*. Entrambi i dossier sono disponibili su <https://temi.camera.it/leg18/macroArea/politiche-legislazione/a.html>.

monitorato per garantire l'effettività delle politiche di semplificazione normativa. I decreti legislativi di recepimento del diritto europeo rappresentano infatti il 51% del totale<sup>141</sup>.

Dai dati così raccolti si possono sviluppare le seguenti considerazioni.

Anzitutto sembra tendenzialmente confermata - da un punto di vista prettamente normativo - la natura "sistemica" della l. 234/2012. I criteri direttivi e principi generali elencati all'art. 32, infatti, sono spesso gli unici vincoli all'attività normativa del Governo *ex art. 76 Cost.*. Come evidenziato sopra, soltanto nel 40,97% dei casi sono stati previsti dei criteri specifici, e anche quando questo è accaduto, ciò non ha escluso *a priori* l'applicabilità dei principi generali, in quanto compatibili. Facendo un passo ulteriore, ed osservando l'andamento delle leggi di delega nel corso del tempo, emerge che il grado di innovazione apportato dalle singole leggi annuali rimane pressoché costante, con un picco in coincidenza della legge 170/2016, come osservabile dal grafico 1.



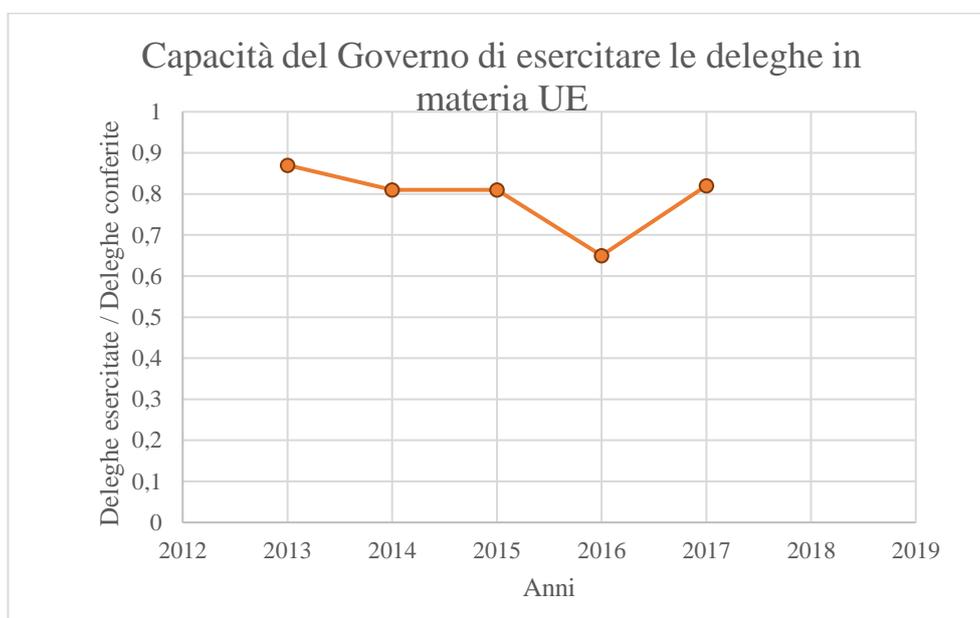
(grafico 1)<sup>142</sup>

<sup>141</sup> I dati così aggregati sono in linea con quelli raccolti da CAMERA DEI DEPUTATI, *Appunti del comitato Appunti del comitato per la legislazione – I numeri delle leggi*, 11.02.2019, su <https://temi.camera.it/leg18/dossier/OCD18-11721/appunti-del-comitato-legislazione-i-numeri-leggi-11-02-2019.html> e da CAMERA DEI DEPUTATI, *Appunti del comitato Appunti del comitato per la legislazione – I numeri delle leggi*, 6.12.2019, su <https://temi.camera.it/dossier/OCD18-13122/appunti-del-comitato-legislazione-i-numeri-leggi-6-12-2019.html>.

<sup>142</sup> Nota: sull'ascissa sono inserite le sei leggi annuali emanate al 22 marzo 2020; sull'ordinata, invece, sono collocati i valori derivanti dal rapporto tra il numero di volte in cui sono stati stabiliti dei criteri specifici e il numero di deleghe conferite: questo rapporto fornisce il grado di incidenza delle leggi annuali sull'assetto generale, un "indice di

Laddove la curva sale sono previsti più criteri direttivi specifici nelle leggi annuali, e quindi le stesse tendono a sostituire la l. 234/2012, o perlomeno ad attenuarne la portata precettiva. Al contrario, dove i valori scendono la l. 234/2012 conserva il proprio ruolo di legge “sistemica”.

In realtà, il dato in coincidenza della legge del 2016 tende ad alzare di molto la media, sicché il fatto che nel 40,97% dei casi siano stati previsti criteri specifici potrebbe essere un dato destinato a calare nel medio-lungo periodo. Il campione è ancora ristretto, quindi sarebbe errato compiere delle indebite generalizzazioni e provare a delineare un *trend*. Tuttavia, nell’attesa delle prossime leggi annuali di delegazione si può affermare che finora la legge del 2012 conserva una forte carica regolatoria dei rapporti tra Parlamento e Governo.



(grafico 2)<sup>143</sup>

Un'altra informazione interessante che emerge dall’analisi dei dati è rappresentata dal numero di deleghe che vengono effettivamente esercitate

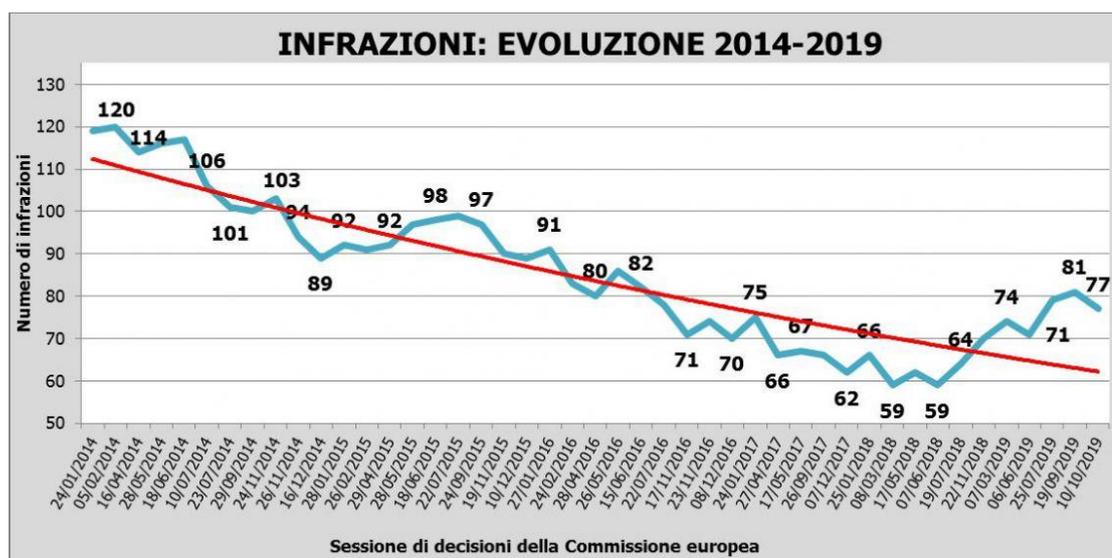
---

innovazione” delle leggi annuali. Il valore così ottenuto è compreso nell’intervallo tra 0 e 1, laddove in coincidenza dello “0” non vengono previsti nuovi criteri specifici ed in coincidenza dell’”1” viene previsto almeno un criterio specifico per ogni delega. Per esempio, la legge 114/2015 ha conferito al Governo 70 deleghe, e in 22 di queste ha specificato dei criteri direttivi specifici. Il rapporto (22 / 70) dà come risultato 0,31. I dati relativi al grafico sono raccolti ed ordinati nella Tabella II, nell’Appendice.

<sup>143</sup> Nota: in questo caso l’ordinata rappresenta un indice compreso tra 0 ed 1, laddove però in coincidenza dello “0” il Governo non ha emanato alcun decreto attuativo, mentre per “1” ha evaso tutte le deleghe conferite. I dati raccolti sono disponibili alla Tabella III, Appendice.

dal Governo. Ad eccezione della legge 117/2019, per la quale ancora non sono state esercitate le deleghe, risulta che l'Esecutivo abbia emanato 165 decreti legislativi a fronte di 190 deleghe conferitegli dal Parlamento, esercitando quindi l'86,84% delle stesse. Il dato è positivo perché attesta un funzionamento "fluido" della legge di delegazione europea, la quale conduce al recepimento degli atti UE senza incontrare grandi intoppi. Come denota il grafico 2, nel corso del tempo la capacità di recepimento del Governo è rimasta costante, salvo un calo (anche in questo caso) relativo alla l. 170/2016.

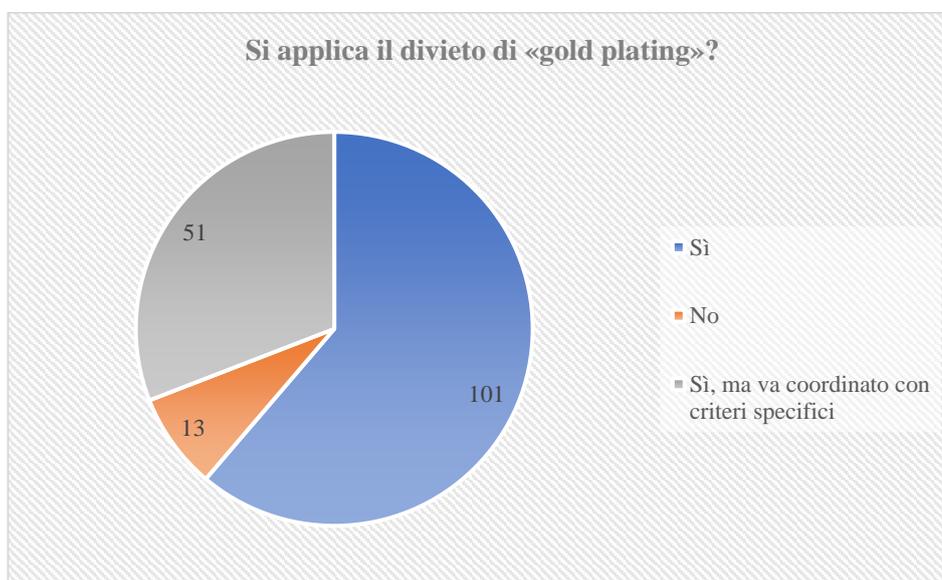
A seguito del nuovo sistema di recepimento degli atti dell'Unione Europea, pertanto, sembrerebbe che l'Italia abbia trovato un modo per attuare ordinatamente e con tempistiche serrate il diritto europeo. Il dato, tra l'altro, è in linea con quello relativo al rispetto degli obblighi europei da parte dell'Italia, come denota l'andamento delle procedure d'infrazione aperte da parte della Commissione europea:



\*Fonte: Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione Europea, "Procedure d'infrazione", [https://italiaue.esteri.it/rapp\\_ue/it/ambasciata/cosa\\_facciamo/procinfra.html](https://italiaue.esteri.it/rapp_ue/it/ambasciata/cosa_facciamo/procinfra.html)

Dai dati emersi è dunque possibile estrarre le informazioni essenziali per rispondere alla domanda iniziale, ossia per capire a quali atti effettivamente si applichi il divieto di «gold plating». Mettendo a confronto le tre categorie di dati (atti UE delegati - criteri direttivi specifici – decreti legislativi attuativi) è possibile individuare a loro volta tre tipi di decreti legislativi: quelli a cui si applica il divieto di «gold plating»; quelli a cui esso si applica soltanto in quanto compatibile con altri vincoli specifici determinati

nella legge delega annuale; quelli per cui l'applicabilità di tale divieto è esclusa. I dati sono così riassunti nel grafico 3.



(grafico 3)

È chiaro quindi che il divieto di «gold plating» si applica all'ampia maggioranza dei decreti legislativi di attuazione del diritto UE (101 su 165). Ma la quantità aumenta ancora se si considera che in 51 casi su 165 l'applicabilità del divieto non è esclusa, ma va saggiata caso per caso per capire in concreto come bilanciarla con i criteri di volta in volta specificati. Tuttavia un tale discernimento non può essere svolto in base ad un'analisi prettamente quantitativa, perché implica delle considerazioni di natura esegetica che, in sostanza, competono ai giudici e per quanto di sua competenza alla Corte costituzionale. Sfortunatamente, però, come si vedrà meglio in seguito (*infra* §12), si assiste finora ad una scarsa elaborazione giurisprudenziale sul tema.

Proprio al fine di chiarire la portata applicativa del divieto di «gold plating» nell'ordinamento, è stata stilata una lista dei decreti legislativi per i quali esso rappresenta parametro interposto di legittimità *ex art. 76 Cost.*. Essa è consultabile nell'Appendice (Tabella IV). Come si può agevolmente osservare, tra essi sono ricompresi anche provvedimenti concernenti interessi di primaria rilevanza nazionale. Per esempio, il decreto legislativo 18 maggio 2018, n. 65 recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione, soggiace al divieto di «gold plating». L'importanza strategica di questo settore è attestata dalle recenti modifiche introdotte dal decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, in materia di sicurezza nazionale cibernetica. Sotto altro profilo, tale criterio direttivo

ispira anche il decreto legislativo 11 maggio 2018, n. 71, relativo alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi e collocamento alla pari. Una misura, quest'ultima, di forte interesse per il processo di integrazione europea e globale.

In sintesi, il divieto di «gold plating» funge da parametro interposto di legittimità per la maggior parte dei decreti legislativi emanati dal Governo nell'ambito del *framework* costruito dalla l. 234/2012. D'altra parte, è interessante notare che l'applicazione dello stesso è stata esplicitamente esclusa dal Parlamento soltanto in rari casi (tredici tra quelli sopra enumerati), e tutti questi sono accomunati dal fatto di essere stati emanati in attuazione di decisioni-quadro adottate dal Consiglio dell'Unione europea in composizione “Giustizia e Affari Interni”.

### 5.3. *La legge 28 gennaio 2016, n. 11...*

Si avrà sicuramente avuto modo di notare che nell'elenco così compilato non compare il riferimento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il quale oltre ad essere la fonte primaria della disciplina dei contratti pubblici, è l'atto di recepimento delle tre direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. Sarebbe stato dunque ragionevole osservarne la collocazione all'interno del quadro generale delineato dalla l. 234/2012, ma così non è stato<sup>144</sup>. Il decreto in questione è stato adottato dal Governo sulla base della legge 28 gennaio 2016, n. 11, la quale formalmente non si inserisce nel solco delle leggi annuali di delegazione europea<sup>145</sup>.

Le tre direttive che il Codice dei contratti pubblici del 2016 ha attuato sono nate al termine di un lungo periodo di gestazione a livello europeo cominciato nel 2011<sup>146</sup>, nel quale si è tentato di apportare le necessarie modifiche alla vecchia normativa in materia di appalti e di integrarla con gli

---

<sup>144</sup> Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *La produzione normativa nella XVII legislatura. Aggiornamento al 31 gennaio 2016*, su <https://www.camera.it/leg17/386>: “La scelta si giustifica per la complessità e la delicatezza della materia, che impone una organica revisione del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), anche nella prospettiva, più volte richiamata, della semplificazione”.

<sup>145</sup> Anche se un collegamento potrebbe essere stabilito con l'art. 34 della l. 234/2012, laddove stabilisce la possibilità di conferire “*deleghe per il recepimento di atti dell'Unione europea contenute in leggi diverse dalla legge di delegazione europea annuale*”.

<sup>146</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 27.1.2011, COM(2011) 15 definitivo.

ultimi indirizzi di politica comunitaria<sup>147</sup>. Le nuove esigenze, che poi hanno trovato sbocco nei testi normativi, sono riassumibili in tre istanze: migliorare il contesto generale per l'innovazione nelle imprese, utilizzando integralmente le politiche incentrate sulla domanda; favorire la transizione verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse e a basse emissioni di carbonio, ad esempio promuovendo un più ampio ricorso agli appalti pubblici "verdi"; migliorare il clima imprenditoriale, specialmente per le PMI innovative<sup>148</sup>. Si è visto come quest'ultimo punto fosse in realtà il *leitmotiv* di quegli anni<sup>149</sup>, con noti riflessi anche sul diritto nazionale (*supra* §5.1.).

L'idea che ispira le direttive del 2014 è quella di consolidare la nuova concezione della materia dei contratti pubblici, andando oltre al mero obiettivo di armonizzare il mercato interno nell'ambito delle commesse pubbliche sulla base dell'art. 114 TFUE e cercando quindi di perseguire ulteriori interessi considerati strategici e di rilevanza apicale nel contesto dell'Unione Europea<sup>150</sup>: in sostanza, perseguire un "uso strategico degli appalti pubblici in risposta alle nuove sfide"<sup>151</sup>. In realtà la *ratio* ispiratrice dell'intervento normativo consta di una limitata portata innovativa, considerato che l'utilizzo strategico degli appalti pubblici per perseguire finalità sociali o ambientali era una possibilità già riconosciuta dalla giurisprudenza della CGUE<sup>152</sup>.

Le direttrici appena delineate hanno lasciato una chiara impronta nei testi redatti a livello europeo, i quali hanno apportato novità importanti

---

<sup>147</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione. Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, Bruxelles, 3.3.2010 COM(2010) 2020 definitivo.

<sup>148</sup> Quest'ultimo elemento appare forse preponderante, come attesta la sua presenza già al considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE: "la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE ... e della direttiva 2004/18/CE ... dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici...".

<sup>149</sup> Le politiche a sostegno delle PMI vengono da lontano, come attestato dalla Carta europea per le piccole imprese (2000), La comunicazione per attuare il programma comunitario di Lisbona una politica moderna a favore delle PMI per la crescita e l'occupazione (2005) e lo Small Business Act per l'Europa (2008).

<sup>150</sup> Vedi art. 9 TFUE: "Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale ..."; art. 11 TFUE: "Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e dell'azione dell'Unione ...".

<sup>151</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*, op. cit., 36.

<sup>152</sup> Per una disamina della tematica in questa prospettiva, vedi HETTNE J, *Strategic Use of Public Procurement – Limits and Opportunities*, in EPA, 2013(7).

rispetto alla disciplina normativa previgente<sup>153</sup>. Per quanto riguarda la spinta verso l'innovazione, è stato osservato che la nuova disciplina delinea una specie di “mercato delle conoscenze”<sup>154</sup>, come attestato dall'art. 31 della direttiva 2014/24/UE che prevede il partenariato per l'innovazione, ossia quella procedura attraverso cui si “*punta a sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e al successivo acquisto delle forniture, servizi o lavori che ne risultano, a condizione che essi corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le amministrazioni aggiudicatrici e i partecipanti*”<sup>155</sup>.

Ma l'elemento che forse ha avuto maggiore impatto, *de iure condito*, è l'obiettivo di rimuovere quanto più possibile le barriere all'ingresso nel mercato delle commesse pubbliche per le PMI. Di questo aspetto si riscontrano varie attestazioni<sup>156</sup>: basti pensare alla decisione di dividere in lotti l'oggetto dell'appalto, che diventa la regola<sup>157</sup>; oppure ai vari istituti atti a permettere la cooperazione delle imprese di piccole dimensioni attraverso la comunione dei requisiti di idoneità professionale, di capacità tecnica ed economica, quali i consorzi o l'avvalimento; o ancora alla scelta di prevedere il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio ordinario<sup>158</sup>, il quale tiene conto anche dei “costi del ciclo di vita” dell'oggetto della prestazione contrattuale<sup>159</sup>.

Sicuramente, però, il maggiore limite all'ingresso delle PMI nel mercato delle commesse pubbliche è rappresentato dall'enorme mole di adempimenti e documentazione amministrativa necessari per partecipare alle gare<sup>160</sup>, ed è su questo aspetto che le direttive del 2014 cercano di intervenire

---

<sup>153</sup> Vedi CHITI M.P., *Le direttive 2014 dell'Unione europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, in DELLA TORRE G. (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, 89.

<sup>154</sup> Vedi CHIARIELLO C., *Il partenariato per l'innovazione*, in *Giustamm.it*, 2016(2).

<sup>155</sup> Per un commento della disciplina del partenariato per l'innovazione nell'esperienza italiana, vedi BIGAZZI S., *Le “innovazioni” del partenariato per l'innovazione*, in FIORITTO A. (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017.

<sup>156</sup> Vedi PANAGOPOULOS S., *Strategic EU public procurement and small and medium size enterprises*, in BOVIS C. (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham, 2016, 268.

<sup>157</sup> Art.46 direttiva 2014/24/UE.

<sup>158</sup> Art. 67 direttiva 2014/24/UE; l'approccio è ancor più innovativo rispetto al nostro Paese, se si considera che dal punto di vista nazionale l'approccio più risalente era di segno completamente opposto: la legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni), nella sua versione originaria, attribuiva chiara supremazia al criterio di aggu.

<sup>159</sup> Art. 68 direttiva 2014/24/UE.

<sup>160</sup> Considerando n. 84 della direttiva 2014/24/UE: “*Molti operatori economici, non da ultimo le PMI, ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici*

con forza. Di regola, infatti, le PMI non hanno un apparato amministrativo e delle capacità tecniche sufficienti a reggere il peso di una burocrazia asfissiante. La raccolta di documentazione relativa alla gara pesa quindi in termini di tempo e conseguentemente di costi, con ripercussioni sulla capacità delle PMI di competere in questo mercato. La problematica era già stata affrontata nel 2008 dalla Commissione europea, con uno strumento di *soft law*, indicando agli Stati membri alcune possibili soluzioni al problema: prima tra tutte, la preferenza per l'auto-dichiarazione; oppure, la limitazione delle richieste di documentazione qualora la stazione appaltante fosse già per altra via in possesso della stessa<sup>161</sup>.

La direttiva 2014/24/UE si è limitata a recepire e vincolare gli Stati membri su questi punti, prevedendo l'obbligo per le stazioni appaltanti di accettare il nuovo Documento di Gara Unico Europeo (DGUE)<sup>162</sup>, oppure stabilendo che *“agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora e sempre che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti direttamente accedendo a una banca dati nazionale che sia disponibile gratuitamente in un qualunque Stato membro”*<sup>163</sup>.

Emerge dunque chiaramente da quanto detto che una delle principali ragioni dell'intervento normativo del 2014 fosse proprio quella di ridurre il carico di oneri amministrativi in capo alle imprese, soprattutto quelle di piccole e medie dimensioni. Ma se così è, ben si spiega allora l'inserimento del divieto di «gold plating» all'articolo 1, comma 1, lett. a), della legge 28 gennaio 2016, n. 11. Come si è visto, infatti, una delle finalità ispiratrici dell'istituto è proprio quella di ridurre gli oneri amministrativi in capo alle imprese, con particolare attenzione alle PMI (*supra* §5.1.).

Il divieto di «gold plating», in questo caso, lungi dall'essere un mero richiamo alla disciplina generale imposta dalla l. 234/2012, è invece un vero e proprio criterio direttivo specifico per la materia dei contratti pubblici così

---

*consista negli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione”.*

<sup>161</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Commission staff working document european code of best practices facilitating access by smes to public procurement contracts*, Brussels, 25.6.2008, SEC(2008) 2193.

<sup>162</sup> Art. 59 direttiva 2014/24/UE. Sul legame tra divieto di «gold plating», DGUE ed oneri amministrativi, vedi CALABRÒ M., *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*, in *DE*, 2017(2), 219.

<sup>163</sup> Art. 59, par. 5, direttiva 2014/24/UE.

come delineata dalle direttive del 2014<sup>164</sup>. D'altronde, lo stesso Legislatore, all'art. 1, prima richiama genericamente l'art. 32 della l. 234/2012, poi nell'elencazione dei criteri "specifici" pone al primo posto proprio il divieto in questione.

Si comprende dunque perché tale criterio direttivo della legge delega abbia ricevuto una consistente attenzione da parte dei primi commentatori, nonostante in realtà dal punto di vista strettamente normativo esso non raggiunga nulla a quanto già disposto dalla l. 234/2012.

### 5.3.1. ... e le reazioni dei commentatori

Una delle primarie esigenze a cui ha fatto fronte la riforma del 2016 è stata quindi quella di semplificare il contesto normativo e amministrativo a beneficio delle piccole e medie imprese<sup>165</sup>. Il nuovo intento è riscontrabile anche da un punto di vista prettamente quantitativo, dal momento che si è passati da un sistema normativo multilivello, composto da un decreto legislativo e da un regolamento d'attuazione, ad un modello auto-applicativo che prevedeva soltanto la presenza delle Linee guida dell'ANAC e dei decreti ministeriali ad integrare la disciplina codicistica (impostazione comunque abbandonata a seguito del d.l. 32/2019 – c.d. "sblocca-cantieri"). Si è passati da 660 articoli e oltre 1500 commi ad un sistema più snello composto da un articolato di soli 220 elementi, operando quindi una "riforma corposa"<sup>166</sup> dell'impianto generale. Nonostante questo intento pregevole, tuttavia, la stesura della legge delega ha preso la maggior parte del tempo disponibile per il recepimento delle direttive, lasciando infine all'attività istruttoria del Governo uno spazio veramente risibile<sup>167</sup>. Da questo sono originate inesattezze materiali nella prima versione del Codice e la necessità di prevedere un intervento correttivo un anno dopo. Sono state, in sostanza, riesumate le cattive pratiche che venivano criticate alla precedente gestione normativa del Codice del 2006, e finora il d.lgs. 50/2016 ha subito

---

<sup>164</sup> Sul rapporto tra divieto di «gold plating» e partecipazione delle PMI, vedi MARCHIANÒ G., *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *RIDPC*, 2016(1), 1.

<sup>165</sup> Vedi il comunicato stampa della seduta del Consiglio dei ministri n. 107 del 3.3.2016: "Il nuovo "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" contiene criteri di semplificazione, snellimento, riduzione delle norme in materia, rispetto del divieto di gold plating".

<sup>166</sup> Così definita dallo stesso Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, nella conferenza stampa del 3 marzo 2016, che ha annunciato l'approvazione del decreto legislativo.

<sup>167</sup> CONTESSA C., *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, op. cit., 3. L'A. sottolinea che l'Italia ha avuto a disposizione ventiquattro mesi per recepire le direttive. Di questi, ventuno sono stati utilizzati per la legge delega e soltanto tre sono stati lasciati al Governo per la concreta redazione del testo.

l'intervento di diciotto atti normativi<sup>168</sup>, con una media quindi di circa uno ogni tre mesi.

Ma ciò che colpisce è che quasi nella metà dei casi (8 su 18) si è trattato di decreti-legge, ai quali sono chiaramente seguite altrettante leggi di conversione che hanno emendato quanto poc'anzi previsto. Resta da chiedersi in quali casi effettivamente il Governo versasse nei "casi straordinari di necessità e d'urgenza" prescritti dall'art. 77 Cost. per l'esercizio di tale prerogativa: nel frattempo ci si limita a rilevare che tale esperienza è paradigmatica di come le distorsioni dei rapporti istituzionali si ripercuotano sull'assetto delle fonti in un ordinamento, in certi casi vanificando le regole preposte alla semplificazione del contesto normativo<sup>169</sup>.

Queste brevi considerazioni rendono palese la discrasia tra gli scopi professati dal Legislatore e i risultati raggiunti. In questo binomio, dovrebbe giocare un ruolo fondamentale il divieto di «gold plating», come norma non soltanto attuativa del disegno delle direttive, ma anche volta ad evitare il c.d. "circolo vizioso della normazione", ossia quel meccanismo per cui l'eccesso e il disordine delle fonti legislative irrigidisce il sistema e richiede interventi di pari rango, innescando per l'appunto un meccanismo circolare attraverso cui il numero di leggi regolatorie di una materia aumenta esponenzialmente<sup>170</sup>. Il fenomeno descritto, d'altronde, è stato proprio uno dei punti più critici della disciplina sui contratti pubblici del 2006, la quale ha subito una quantità di interventi correttivi, integrativi ed abrogativi tale da essere soltanto stimabile<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> A questi interventi, dotati di carattere innovativo dell'ordinamento, va aggiunta la cospicua mole di rettifiche apportate a seguito dell'emanazione nel 2016 (G.U. 15.07.2016, n.164), la quale ha corretto errori materiali presenti in oltre cento disposizioni del Codice.

<sup>169</sup> Vedi sul punto DAL CANTO F., *Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica. Atti normativi del governo e qualità della normazione*, in *OF*, 2016(3). L'A. rileva come "una produzione normativa che si realizza, in numerosi casi, forzando le regole che ne definiscono i caratteri tipici distintivi, finisce per rischiare di depotenziare, o addirittura "vanificare", l'efficacia degli istituti posti a presidio della qualità della normazione in senso stretto".

<sup>170</sup> L'espressione è mutuata da MATTARELLA B.G., *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011, 28; nel caso del Codice del 2006, la dialettica tra giurisprudenza e attività normativa è stata serrata: tra il 2006 e il 2016 sono stati sollevati oltre cento rinvii pregiudiziali alla CGUE ex art. 267 TFUE, e di questi venti provenivano dall'Italia; la stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta con 42 sentenze. Il circolo così instauratosi ha provocato una sorta di "nomorrea" nel contesto degli appalti pubblici. Sul punto, vedi CHITI M. P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *GDA*, 2016(4), 436.

<sup>171</sup> Vedi ancora CHITI M.P., *Le direttive 2014 dell'Unione europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, op. cit., 92, secondo cui "il nostro Codice contratti pubblici del 2006, che aveva attuato le direttive ora citate, è stato successivamente modificato più di duecento volte (tanto che il numero esatto non è definibile precisamente)". Il Cons. Stato, nell'Adunanza della commissione speciale del 21.3.2016, ha calcolato che in dieci anni sono intervenuti 52 atti normativi a modificare il d.lgs. 163/2006.

I commentatori hanno quindi fin da subito rilevato la portata dirompente del principio ed hanno sviluppato varie considerazioni. Tuttavia, come a breve si dirà, la discussione sul tema ha forse scontato il fatto che i contorni del fenomeno in discussione sono poco nitidi. Come si è già evidenziato (*supra* §3), il «gold plating» è una locuzione mutuata da un'altra lingua, con tutte le implicazioni che una pratica di questo genere comporta sul piano dello sviluppo dogmatico di un istituto<sup>172</sup>.

Anzitutto ci si è interrogati sull'estensione del divieto, chiedendosi se lo stesso si applichi soltanto al decreto legislativo emanato originariamente o anche ai successivi atti sopravvenuti, che come visto sono molteplici. La legge delega 11/2016 fornisce una prima risposta per quanto concerne il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, laddove stabilisce, all'art. 1, comma 8, che “*entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1 il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura di cui al presente articolo*”<sup>173</sup>.

Per i restanti atti normativi valgono considerazioni più complesse. È stato correttamente rilevato che il «gold plating» è costituito non solo dall'inserimento, ma anche dal mero mantenimento di livelli di regolamentazione superiori rispetto a quelli richiesti dalle direttive (c.d. «gold plating» passivo). Da ciò discende che l'analisi comparativa dei costi connessi ad un intervento normativo non può essere soltanto proiettata in avanti ma deve implicare anche valutazioni di tipo retrospettivo, riferite alla legislazione vigente<sup>174</sup>. Quindi ogni intervento di riordino e aggiornamento del d.lgs. 50/2016 dovrebbe, a rigor di logica, prevenire la formazione del «gold plating». Bisogna però ricordare che la legge 11/2016 non è altro che una legge ordinaria, sicché eventuali leggi successive possono legittimamente inserire dei livelli di regolamentazione superiori a quelli previsti dalle direttive: il divieto di «gold plating» funge da criterio di legittimità per l'attività normativa del Governo, non del Parlamento. Ne deriva quindi che tale criterio direttivo originario dev'essere di volta in volta temperato e bilanciato con le disposizioni previste dagli atti normativi di rango primario.

---

<sup>172</sup> CONTESSA C., *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, op. cit., 4.

<sup>173</sup> Ed infatti il Governo, con la Relazione AIR sullo schema del d.lgs. 56/2017, ha specificato che “*il correttivo contribuisce a risolvere in termini positivi taluni punti che erano suscettibili di introdurre gold-plating sul recepimento*”.

<sup>174</sup> In questo senso, vedi TORCHIA L., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *GDA*, 2016(5), 605; GNES M., *Il divieto di "gold plating" nella legge delega sugli appalti pubblici*, in *QG*, 23.3.2016.

Da più parti si sono poi levate delle critiche alle scelte operate nella legge delega, evidenziandone una certa contraddittorietà<sup>175</sup>, dal momento che prima ha vietato il «gold plating» e poi successivamente ha elencato essa stessa dei criteri direttivi che innalzano i livelli di regolazione rispetto a quelli richiesti dalle direttive<sup>176</sup>. Anche in questo caso, il problema va risolto alla stregua dei normali rapporti tra le fonti del diritto, sicché nulla vieta – di regola e salvo eccezioni - che il Parlamento si discosti da quanto poc’anzi esso stesso ha stabilito<sup>177</sup>. Anzi, com’è stato già evidenziato (*supra* §5.1.2.), il divieto di «gold plating» può subire delle deroghe giustificate dall’emergere di interessi considerati parimenti meritevoli di tutela<sup>178</sup>. Ed è proprio in questo modo che il Consiglio di Stato ha letto i criteri direttivi della legge delega, statuendo che non “*potrebbe sostenersi una contraddittorietà intrinseca nella delega, con un primato di una parte di essa sull'altra, dovendosi invece dare delle varie disposizioni una interpretazione armonica e sistematica*”<sup>179</sup>.

Infine, non tutte le disposizioni che regolano la materia dei contratti pubblici sono contenute nel d.lgs. 50/2016. Una parte importante del fabbisogno normativo richiesto da questo settore è stato finora soddisfatto dall’ANAC, che come detto è abilitata a adottare Linee guida aventi varia

---

<sup>175</sup> DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2016(5),503; CONTESSA C., *Dalla legge delega al nuovo ‘Codice’: opportunità e profili di criticità*, *op. cit.*; CAIANELLO L., *Il fenomeno del lobbying entro la disciplina nazionale sul dibattito pubblico*, in *Ist. Fed.*, 2018(3-4), 371; GNES M., *Il divieto di "gold plating" nella legge delega sugli appalti pubblici*, *op. cit.*.

<sup>176</sup> CONTESSA C., *Dalla legge delega al nuovo ‘Codice’: opportunità e profili di criticità*, *op. cit.*, 5, che fornisce un elenco non esaustivo dei criteri direttivi in eccesso. Questi sono: la previsione di un sistema di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive (criterio di delega q5); ora: articolo 83, comma 10 del nuovo Codice); l’istituzione di un nuovo albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (criterio di delega hh); ora: articolo 78 del nuovo Codice); l’istituzione presso l’ANAC di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in regime di c.d. ‘in house providing’ (criterio di delega eee); ora: articolo 192 del nuovo Codice); la previsione di una particolare disciplina transitoria per l’affidamento delle concessioni autostradali scadute o prossime alla scadenza (criterio di delega mmm) – ora: articolo 178 del Codice); l’introduzione di una prima disciplina nazionale in tema di lobbismo accreditato’ e di *débat public* (criteri di delega ppp e qqg); ora: articolo 22 del nuovo Codice). Invero, anche CAMERA DEI DEPUTATI, *Dossier n° 92 - Elementi di valutazione sulla qualità del testo 30 luglio 2015*, disponibile su <https://www.camera.it/leg17/126?pd1=3194>, relativamente al A.C. 3194, ammoniva sulla opportunità “*di valutare come si coordinino con tale divieto talune previsioni (per esempio quelle contenute nelle lettere n), ff), gg) e oo) ), che sembrano introdurre ulteriori adempimenti rispetto a quelli previsti dalle direttive ovvero che sembrano limitare la portata di talune disposizioni delle direttive medesime*”.

<sup>177</sup> Tale regola è riassunta dall’espressione di Dicey “*the Parliament cannot bind its successors*”, la quale subisce certamente dei temperamenti negli ordinamenti contemporanei, ma che nel caso di specie conserva la propria pregnanza.

<sup>178</sup> Art. 14, comma 24-*quater*, l. 246/2005.

<sup>179</sup> Cons. Stato, adunanza della commissione speciale del 21.3.2016, n. 855, reso sullo schema del d.lgs. 50/2016.

natura giuridica (*supra* §3). Anche da questi strumenti possono derivare adempimenti burocratici ed oneri amministrativi ingiustificati, in eccesso rispetto a quanto richiesto dalle direttive. Per questo motivo il Codice ha fin da subito fugato ogni ambiguità, stabilendo all'art. 213, comma 2, che l'Autorità si doti di strumenti di *“analisi e di verifica dell'impatto della regolazione [...] 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”*<sup>180</sup>. La previsione è quantomai opportuna dal momento che, come si vedrà a breve, in alcuni casi il «gold plating» si genera proprio in questa sede ed anzi, l'Autorità è stata accusata di avere un approccio *“indirizzato verso una forte tendenza espansiva dei regimi vincolistici”*<sup>181</sup>.

Un altro aspetto che ha diviso i commentatori è la natura dell'istituto in questione. Sono due le possibili letture: da una parte c'è chi ha annoverato il divieto di «gold plating» tra gli strumenti di *deregulation*<sup>182</sup>; dall'altra, invece, si trova chi ha individuato in esso uno strumento volto a contenere gli oneri amministrativi<sup>183</sup>. Tra le due, parrebbe preferibile la seconda impostazione, sia per le ragioni sistematiche finora esposte (*supra* §1.2.), sia perché lo stesso Consiglio di Stato pare aderire a questa tesi, laddove afferma che il *“divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive va rettamete interpretato in una prospettiva di riduzione della "oneri non necessari", e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive”*<sup>184</sup>.

Da ultimo, è interessante registrare le riflessioni della dottrina in merito alle possibili ipotesi di «gold plating» presenti nel d.lgs. 50/2016 e nelle Linee guida dell'ANAC.

---

<sup>180</sup> Sul punto vedi anche D'ALTERIO E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *GDA*, 2016(4), 499; LONGOBARDI N., *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, *op. cit.*.

<sup>181</sup> Vedi COLAVITTI G., *L'affidamento dei servizi legali tra Codice dei contratti pubblici e Linee guida ANAC: una probabile violazione del divieto di gold plating*, in *RTA*, 2019(1), 47.

<sup>182</sup> MANTINI P., *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e Autonomie Speciali*, in *Giustamm.it*, 2016(2); CAROLI CASAVOLA H., *Le procedure di aggiudicazione*, in *GDA*, 2016(4), 451.

<sup>183</sup> DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 506.

<sup>184</sup> Cons. Stato, parere n. 855/2016. In questo senso, vedi anche Corte cost., 100/2020, *infra* §12.2.3.

### 5.3.2. *Le possibili ipotesi di «gold plating»*

Una scelta che ha destato particolare scalpore fin dagli esordi è stata quella di limitare il ricorso al subappalto nel limite del 30% dell'importo complessivo dei contratti di lavori, servizi o forniture<sup>185</sup>. Tale limite non compare infatti in alcuna disposizione delle direttive, ed oltre ad essere una restrizione in eccesso, limita l'ingresso delle PMI nel mercato delle commesse pubbliche<sup>186</sup>. Invero, nella bozza originaria del Codice il limite del 30% era limitato alle opere c.d. "super-specialistiche", poiché lo stesso Governo aveva rilevato che "la direttiva lascia sostanzialmente libera tale facoltà" e che "il nostro ordinamento e la legge delega prevedono il divieto di gold plating"<sup>187</sup>. D'altra parte, il Consiglio di Stato, nel parere n. 855/2016 sulla medesima bozza, aveva invitato il Governo a vagliare la possibilità di estendere il limite del 30% a tutti i contratti, con l'avvertimento però che "l'AIR dovrebbe indicare con pregnante motivazione le ragioni di ancor più generale interesse pubblico (tutela della trasparenza e del lavoro), poste a base della scelta – ovviamente politica - di estensione dei limiti al subappalto". Sulla scorta di queste indicazioni il Governo ha quindi deciso di apporre tale "miglioria" allo schema originario.

Gli sviluppi della vicenda sono poi cosa nota. Dapprima, la Commissione europea ha aperto una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, adducendo proprio un contrasto tra la disposizione dell'art. 105, comma 2, del d.lgs. 50/2016 e l'articolo 63, paragrafi 1 e 2, nonché l'articolo 71 della direttiva 2014/24/UE<sup>188</sup>. Poi, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha definitivamente acclarato l'illegittimità dell'art. 105, comma 2, rispetto al diritto UE<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> Vedi art. 105, comma 2, versione originale del d.lgs. 50/2016.

<sup>186</sup> Si vedano, sul punto, le riflessioni di MANTINI P., *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e Autonomie Speciali*, op. cit.; PAJNO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, su [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it), 2015, 18; GIANNELLI A., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: cronaca di una rivoluzione (solo) annunciata*, in *Nuove Autonomie*, 2016(3), 391; GIUFFRÉ G.A., *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in *RIDPC*, 2018(1), 85.

<sup>187</sup> Vedi la *Relazione illustrativa* allo "Schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", trasmesso alla Presidenza del Senato il 5 marzo 2016, disponibile su <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/docnonleg/32158.htm>.

<sup>188</sup> Vedi COMMISSIONE EUROPEA, *Costituzione in mora – Infrazione n. 2018/2273*, Bruxelles, 24.1.2019, 452 final.

<sup>189</sup> Causa C-63/18 (*Vitali S.p.A. contro Autostrade per l'Italia S.p.A.*)

Altra scelta criticata è quella relativa al soccorso istruttorio<sup>190</sup>. Com'è noto, attraverso tale istituto *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate”*<sup>191</sup>. Orbene, nella versione originale del Codice era ammessa una regolarizzazione a patto che il concorrente procedesse al *“pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro”*. È stato a tal proposito correttamente rilevato che la disposizione in esame, oltre a suscitare qualche dubbio rispetto al divieto di «gold plating», rappresentava certamente un eccesso di delega del Governo<sup>192</sup>, poiché la legge 11/2016 attribuiva esplicitamente la *“piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda”*<sup>193</sup>. A tacer di quest'aspetto, il soccorso istruttorio oneroso si ripercuoteva in modo discriminatorio sulla partecipazione delle PMI alle gare, sia perché queste ultime risultano maggiormente penalizzate dal coacervo di oneri dichiarativi e documentali, sia perché la previsione di una sanzione pecuniaria di ammontare “fisso” produce *ex se* una forma di discriminazione indiretta<sup>194</sup>. Diverso sarebbe stato, a parer dello scrivente, se la sanzione fosse stata commisurata per esempio al fatturato annuo dell'impresa, attribuendo così valore alla diversa capacità degli operatori di far fronte agli oneri amministrativi.

Non a caso, il soccorso istruttorio oneroso è stato fin dall'inizio oggetto degli attacchi della giurisprudenza, che ne ha rilevato i possibili elementi di attrito con l'ordinamento UE, sollevando una questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*<sup>195</sup>. La Corte, in risposta, ha affermato che le norme dell'Unione europea *“non ostano, in linea di principio, a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una*

---

<sup>190</sup> Vedi GIANNELLI A., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: cronaca di una rivoluzione (solo) annunciata*, *op. cit.*; DI NITTO T., *Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *GDA*, 2016(4), 464

<sup>191</sup> Art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016. L'istituto rappresenta un adattamento alla materia degli appalti della più generale disciplina prevista dall'art. 6, comma 1, lett. b), l. 241/1990.

<sup>192</sup> Sul punto vedi DI NITTO T., *Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, *op. cit.*, 467.

<sup>193</sup> Art. 1, comma 1, lett. z).

<sup>194</sup> Vale a dire un trattamento apparentemente neutro ed uguale per tutti ma che in realtà tradisce una condizione di fatto fortemente differenziata.

<sup>195</sup> Vedi Tar Lazio – Roma, sez. III, 3.10.2016, ord. n. 10012; 13.10.2016, ord. n. 10222. Il Giudice ha rilevato che *“il rischio della “sproporzione” è dunque insito e strutturale nello stesso meccanismo normativo, giacché concepito in modo tale da non evitare (in generale) l'applicazione di sanzioni di misura uguale in relazione a fattispecie notevolmente diverse, sintomatiche di diversa gravità della condotta rispettivamente ascrivibile alle diverse imprese concorrenti”*.

*procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali ai sensi di detta normativa a regolarizzare la propria offerta previo pagamento di una sanzione pecuniaria, purché l'importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare*"<sup>196</sup>.

L'intervento della Corte è risultato comunque superfluo dal momento che il Governo, con il d.lgs. 56/2017, aveva già "corretto" tale disposizione ed eliminato il riferimento alla sanzione amministrativa.

Un altro elemento che può destare qualche perplessità è rappresentato dall'istituto dell'avvalimento, ossia lo strumento attraverso cui "*l'operatore economico [...] può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83*"<sup>197</sup>. Come tale, esso punta ad ampliare la capacità delle PMI di partecipare alle gare, e quindi la sua maggiore o minore estensione rappresenta una precisa scelta di politica economica.

Ora, la scelta delle direttive europee e conseguentemente del Codice del 2016 è stata quella di permettere il ricorso all'avvalimento come regola generale. Tuttavia, l'art. 146 del Codice prevede un'importante deroga, laddove stabilisce che per i contratti relativi al settore dei beni culturali, "*considerata la specificità del settore ai sensi dell'art. 36 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento*". La disposizione è stata fin da subito accostata al concetto di «gold plating», non soltanto dai primi commentatori<sup>198</sup>, ma anche dal Consiglio di Stato<sup>199</sup>.

Quest'ultimo ha evidenziato come una restrizione dell'ambito d'applicazione dell'avvalimento costituisca certamente «gold plating», ma ha anche riconosciuto che tale scelta possa ritenersi giustificata proprio in ragione della specificità della materia e degli interessi coinvolti, come si evince dal richiamo all'art. 36 del TFUE. D'altronde, i Giudici di Palazzo Spada hanno fin da subito esplicitato la *ratio* del divieto di «gold plating», riconoscendo che il superamento dei livelli minimi di regolazione possa ritenersi giustificato "*(quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e*

---

<sup>196</sup> CGUE, Cause riunite C-523/16 e C-536/16.

<sup>197</sup> Art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016. Vedi anche GUCCIONE C., *I requisiti degli operatori economici*, in *GDA*, 2016(4), 495.

<sup>198</sup> Vedi ALBISINNI F., *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, in *GDA*, 2016(4), 510; GIANNELLI A., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: cronaca di una rivoluzione (solo) annunciata*, *op. cit.*

<sup>199</sup> Vedi sempre Cons. Stato, parere n. 855/2016.

valori costituzionali, ovvero enunciati nell'art. 36 del TFUE"<sup>200</sup>. D'altronde, la stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea ha chiarito che anche per la materia dei contratti pubblici vale l'assunto per cui "va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza. [...] Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell'obbligo summenzionati"<sup>201</sup>.

Ad ogni modo, anche nel caso degli appalti nel settore dei beni culturali, il Consiglio di Stato ha ricordato che il «gold plating», per essere giustificato, dev'essere accompagnato da un'adeguata motivazione nella relazione AIR.

Più in generale, il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori rispetto a quelli richiesti dalle direttive, specialmente nella materia dei contratti pubblici, contrasta con un eccessivo "formalismo" nelle gare, che si sostanzia nell'espansione a dismisura degli oneri dichiarativi<sup>202</sup> e nell'irrigidimento dei requisiti generali di partecipazione<sup>203</sup>.

Riguardo a questi ultimi, per esempio, è stata criticata la scelta del Legislatore di limitare l'operatività del c.d. «self-cleaning»<sup>204</sup> in materia di regolarità fiscale<sup>205</sup>. Com'è noto, l'art. 80, comma 4, d.lgs. 50/2016 prevede l'esclusione del partecipante alla gara che non sia in regola con il pagamento

---

<sup>200</sup> Per il rapporto tra l'art. 36 TFUE e la materia dei contratti pubblici, vedi HETTNE J., *Strategic Use of Public Procurement – Limits and Opportunities*, op. cit., passim.

<sup>201</sup> CGUE, C-425/14 (*Impresa Edilux Srl contro Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana*)

<sup>202</sup> Un esempio di tale tendenza è offerto dalla giurisprudenza di questi anni in materia di "gravi illeciti professionali" ed obblighi dichiarativi connessi. I più recenti indirizzi affermano infatti il principio di "onnicomprendività delle dichiarazioni", sicché gli operatori economici sono tenuti a riferire alla stazione appaltante qualsiasi fatto astrattamente idoneo a porre in dubbio la loro affidabilità morale e professionale. Sul punto, *ex plurimis*, vedi Cons. Stato, sez. III, 5.3.2020, n. 1633; Cons. St. sez. III, 20.12.2018, n. 7173; Cons. St. sez. III, 13.6.2018, n. 3628. Per un commento sugli ultimi arresti in materia, sia concesso un rimando a RIVELLINI G., *Gli obblighi dichiarativi nel codice dei contratti pubblici: tra omesse e false dichiarazioni*, in *Urb. App.*, 2020(2), 163.

<sup>203</sup> Vedi GNES M., *Il divieto di "gold plating" nella legge delega sugli appalti pubblici*, op. cit..

<sup>204</sup> L'istituto è disciplinato in via generale dall'art. 80, commi 7 e 8, d.lgs. 50/2016, e costituisce una sorta di "ravvedimento operoso" in materia di cause di esclusione. Vedi FEZZA A., LOMBARDO G., SAVINI I. A., *Le misure di "self cleaning" tra codice dei contratti pubblici, le linee guida ANAC e modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231 del 2001*, in *RTA*, 2019(1), 247.

<sup>205</sup> Vedi GIOVANNELLI M., *Partecipazione a gare di appalto e requisiti di regolarità fiscale*, in *Urb. App.*, 2018(2), 237.

delle imposte, delle tasse o dei contributi previdenziali. Tuttavia, a tale regola fa eccezione il caso in cui *“l’operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, [...] purché il pagamento o l’impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande”*. Ebbene, quest’ultimo inciso è frutto di una scelta del Governo, e non trova alcun fondamento nell’art. 57 della direttiva 2014/24/UE, che anzi specifica soltanto che tale motivo di esclusione *“non è più applicabile quando l’operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe”*. La disposizione in esame, quindi, costituisce *de plano* un’ipotesi di «gold plating», non soltanto per l’aggravio normativo che comporta, ma soprattutto perché rappresenta una barriera all’ingresso nelle gare per gli operatori economici. Non si esclude però che questa possa trovare una giustificazione in altri interessi considerati meritevoli di tutela, quali la certezza del diritto e la *par condicio* dei partecipanti alla gara. È stato infatti rilevato che tale opzione *“consente a tutti i concorrenti di conoscere esattamente i termini entro cui lo strumento può essere utilizzato, evitando di rimettere all’interprete il compito di individuare le modalità e le condizioni di utilizzo e dunque scongiurando sin da subito il rischio di interpretazioni diversificate dell’enunciato normativo”*<sup>206</sup>; ed è proprio questa la posizione assunta dalla giurisprudenza, la quale è stata chiamata a deliberare la necessità di sollevare una q.l.c. sulla disposizione di cui all’art. 80, comma 4<sup>207</sup>.

Sempre riguardo agli oneri dichiarativi, un'altra disposizione di dubbia compatibilità con il divieto di «gold plating» è l’art. 95, comma 10, del Codice, laddove prevede che *“nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”*<sup>208</sup>. La norma, inutile a dirlo, è di origine nazionale e non trova alcun fondamento nelle direttive. Anzi, è frutto del correttivo del 2017, per il

---

<sup>206</sup> *Ibidem*, 243.

<sup>207</sup> Vedi Tar Lazio – Roma, sez. II, 9.11.2017, n. 11173, con cui si afferma che *“il giusto punto di equilibrio rinvenibile nella norma de qua è frutto di scelta coerente e consapevole, tesa ad armonizzare nel modo ottimale il principio del favor participationis con quello della par condicio nonché con l’altro principio superiore costituito dall’interesse pubblico al corretto e funzionale svolgimento delle gare pubbliche”*; in senso analogo Tar Lazio – Roma, sez. I-quater, 17.11.2017, n. 11384;

<sup>208</sup> Sulla rilettura di tale norma alla luce del divieto di «gold plating», vedi CAMPONESCHI G., *Indicazione dei costi per la manodopera, completezza sostanziale dell’offerta e cause di esclusione. Note a margine di Cons. Stato, ad. plen. (ord.), 24 gennaio 2019 n. 3*, in *Giustamm.it*, 2019(5).

quale il Governo ha avuto ampio margine per svolgere un'istruttoria adeguata.

Sul punto si è aperta una *querelle* giurisprudenziale, che ha visto fronteggiarsi la fazione di chi ritiene che la violazione di tale obbligo comporti l'esclusione dalla gara<sup>209</sup>, contro chi invece sostiene che questa mancanza sia sanabile tramite il soccorso istruttorio<sup>210</sup>. La prima tesi sembra privilegiare un approccio maggiormente formalistico e incentrato sulla *par condicio* dei partecipanti alla gara - pur tutelando in seconda battuta anche altri interessi di primaria importanza come la tutela dei lavoratori - la seconda invece propugna chiaramente il *favor participationis*.

A dirimere la diatriba è intervenuta, anche stavolta, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale ha affermato che le direttive UE “*non ostanto a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione*”. Tale assunto, però, subisce un'eccezione - specifica la Corte - perché “*se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostanto alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice*”<sup>211</sup>.

Il “nodo gordiano” dell'indicazione dei costi della manodopera sembrava sciolto, ma la giurisprudenza interna ha cominciato ad interrogarsi sulla portata dell'eccezione delineata dalla Corte, la quale ha stabilito una relazione tra l'impossibilità materiale di indicare i costi nell'offerta e la

---

<sup>209</sup> Cons. Stato, sez. V, 7.2.2017, n. 815; Cons. Stato, sez. V, 28.2.2018, n. 1228; Cons. Stato, sez. V, 12.3.2018, n. 1228; Cons. Stato, sez. V, 25.9.2018, n. 653.

<sup>210</sup> Cons. Stato, sez. III, 27.4.2018, n. 2554. Tra l'altro, è interessante notare come in questa sentenza i giudici di Palazzo Spada richiamino esplicitamente il divieto di «gold plating» a sostegno della propria tesi.

<sup>211</sup> CGUE, Causa C-309/18 (*Lavorgna S.r.l. contro Comune di Montelanico et al.*).

pretesa di utilizzare il soccorso istruttorio<sup>212</sup>. Il punto ha sollevato ulteriori problemi ermeneutici, fino ad infrangersi su un nuovo arresto dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha fatto autorevolmente applicazione del principio di diritto enunciato dalla CGUE: la materiale impossibilità di indicazione dei costi della manodopera deve ritenersi insussistente se anche soltanto uno dei partecipanti alla procedura ha ottemperato all'obbligo previsto dall'art. 95, comma 10<sup>213</sup>.

L'approdo, seppur ineccepibile sul piano argomentativo, rischia di condurre a risultati estremi. Ad esempio, è possibile che la concorrenza in una gara venga "falcidiata" in ragione del fatto, del tutto estrinseco e formale, che tutti i concorrenti tranne uno non hanno formalmente esplicitato i costi relativi della manodopera. Questo anche a prescindere dall'eventuale congruità dell'offerta, che non viene neanche presa in considerazione.

L'interpretazione della disposizione sembrerebbe costituire «gold plating». Ciò che resta da indagare è (se e) come esso venga giustificato. Tale informazione però non è fornita dalla relazione AIR allegata allo schema del d.lgs. 56/2017.

Infine, come anticipato, anche l'ANAC nella sua funzione regolatoria può introdurre «gold plating». Per questo motivo è previsto che essa si doti di strumenti di analisi adeguati a prevenirne la formazione e che pubblichi sul proprio sito istituzionale le risultanze della propria istruttoria.

Secondo alcuni commentatori, però, questo non ha evitato che venissero introdotti surrettiziamente dei livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive. Le materie maggiormente colpite sono l'*in house providing*<sup>214</sup> e l'affidamento dei servizi legali<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> Sul punto, vedi Cons. Stato, sez. V, 24.1.2020, n. 604; Cons. Stato, sez. V, 10.2.2020, n. 1008; Tar Lazio – Roma, sez. II-bis, 14.2.2020, n. 1994.

<sup>213</sup> Vedi Cons. Stato, Ad. Plen, 2.4.2020, n. 7.

<sup>214</sup> Vedi PAJNO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, op. cit.; MANTINI P., *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e Autonomie Speciali*, op. cit.; FRACCHIA F., *Senato della repubblica – Commissione VIII Lavori pubblici. Audizione 15 gennaio 2015*, disponibile su [http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/documenti/44998\\_documenti.htm](http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/documenti/44998_documenti.htm); soprattutto per Linee guida ANAC n. 7, vedi SPAGNA V., *L'elenco ANAC delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house. Luci ed ombre della nuova disciplina*, in *RGE*, 2019(1), 67; MACCHIA M., *Amministrazioni statali e affidamenti in house*, in *GDA*, 2018(3). 286.

<sup>215</sup> COLAVITTI G., *L'affidamento dei servizi legali tra Codice dei contratti pubblici e Linee guida ANAC: una probabile violazione del divieto di gold plating*, op. cit..

Rispetto al primo, com'è noto, le direttive del 2014 ampliano la possibilità di ricorrere all'affidamento interno<sup>216</sup>, il quale a partire dalla giurisprudenza *Teckal* permette di derogare alla normale disciplina ad evidenza pubblica<sup>217</sup>. Il Legislatore italiano ha recepito le nuove disposizioni, senza alterarne la sostanza, parte nel d.lgs. 50/2016<sup>218</sup> e parte nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (*“Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”*)<sup>219</sup>. Per quel che interessa in questa sede, l'art. 192 del Codice, rubricato *“Regime speciale degli affidamenti in house”*, dispone che *“È istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house”*.

Da una prima lettura della disposizione, parrebbe che l'iscrizione nell'elenco curato dall'ANAC possa avere effetti ulteriori rispetto alla garanzia di *“adeguati livelli di pubblicità e trasparenza”*. Questa interpretazione però è stata categoricamente smentita dal Consiglio di Stato, il quale ha chiarito che il ricorso all'*in house providing* è subordinato alla mera domanda di iscrizione al suddetto elenco, non già all'effettiva iscrizione<sup>220</sup>. È escluso quindi che la stessa sia dotata di efficacia costitutiva.

I problemi sono sorti quando l'ANAC ha emanato le proprie Linee guida n. 7, recanti *“Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016”*. In queste sono fissati i criteri che l'Autorità segue per iscrivere le amministrazioni aggiudicatrici nell'elenco.

---

<sup>216</sup> SPAGNA V., *L'elenco ANAC delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house. Luci ed ombre della nuova disciplina*, op. cit., 71. L'art. 12 della direttiva 2014/24/UE stabilisce che l'affidamento diretto ad una società controllata è concesso quando: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

<sup>217</sup> CGUE, Causa C-107/98 (*Teckal S.r.l. contro Comune di Viano*). Per l'evoluzione dell'istituto, vedi CLARKE C., *Public Procurement and Contracting Authorities*, in BOVIS C. (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham, 2016, 60, spec. 83.

<sup>218</sup> Vedi art. 5, comma 1, del d.lgs. 50/2016.

<sup>219</sup> Artt. 4 e 16 del d.lgs. 175/2016.

<sup>220</sup> Cons. Stato, parere 855/2016.

Formalmente, non sono previsti ulteriori requisiti rispetto a quelli richiesti dall'art. 5 del Codice (che a sua volta, come visto, segue pedissequamente le direttive), ed anzi l'ANAC si è preoccupata di non introdurre ulteriori oneri in capo alle amministrazioni proprio per prevenire il «gold plating»<sup>221</sup>; tuttavia il procedimento di iscrizione costituisce comunque un aggravio amministrativo, obbligando talvolta l'amministrazione istante a fornire delle controdeduzioni<sup>222</sup>.

Sul punto il Consiglio di Stato, nel parere reso proprio sulla prima versione delle Linee guida<sup>223</sup>, ha aderito alla tesi secondo cui l'iscrizione non è dotata di efficacia costitutiva e anzi l'affidamento diretto è subordinato alla mera domanda dell'amministrazione aggiudicatrice<sup>224</sup>, tuttavia ha anche precisato che la fattispecie descritta dall'art. 192 del Codice rispecchia quella delineata dall'art. 19 della l. 241/1990 (S.C.I.A.), sicché l'istanza dell'amministrazione è un atto di impulso che innesca il controllo dell'ANAC. Da ciò discenderebbe, secondo alcuni commentatori, che siccome l'Autorità ha previsto dei controlli molto stringenti sul requisito del «controllo analogo», sono stati inseriti surrettiziamente dei livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive<sup>225</sup>.

Infine hanno ricevuto delle critiche anche le Linee guida ANAC n. 12, volte a fornire le indicazioni operative per procedere agli affidamenti di servizi legali sotto la vigenza del d.lgs. 50/2016<sup>226</sup>. Quest'ultimo, all'art. 17, disciplina i settori esclusi dalla disciplina ad evidenza pubblica, ricomprendendo tra questi i servizi legali riconducibili a tre categorie: anzitutto quelli relativi alla difesa in giudizio; in secondo luogo, quelli che sono espressione di attività stragiudiziale comunque connessa all'attività giurisdizionale (c.d. di precontenzioso); infine quelli riconnessi, anche occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri. La disposizione italiana anche in questo caso ricopia quella di derivazione europea<sup>227</sup>.

A sua volta, l'ANAC ha fornito un'interpretazione dell'art. 17 del Codice, stabilendo che cosa si intende per servizi legali connessi all'esercizio

---

<sup>221</sup> Vedi ANAC, *Relazione AIR sulle Linee guida n. 7*, disponibile su <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaDocumentazione/ContrattiPubblici/LineeGuida/lineeGuida7>.

<sup>222</sup> Vedi Linee Guida n. 7, punto 5.

<sup>223</sup> Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 9 gennaio 2017, n. 282.

<sup>224</sup> È interessante notare che i giudici di Palazzo Spada hanno fatto ricorso ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, dal momento che hanno richiamato espressamente il divieto di «gold plating» come uno degli elementi che fanno propendere per l'efficacia meramente dichiarativa dell'iscrizione all'elenco.

<sup>225</sup> Vedi MACCHIA M., *Amministrazioni statali e affidamenti in house*, op. cit..

<sup>226</sup> Vedi COLAVITTI G., *L'affidamento dei servizi legali tra Codice dei contratti pubblici e Linee guida ANAC: una probabile violazione del divieto di gold plating*, op. cit..

<sup>227</sup> Vedi art. 10, par. 1, lett. d), direttiva 2014/24/UE.

di pubblici poteri, come tali intendendosi soltanto quelli che “*rappresentano un presupposto logico dell’esercizio del potere, ponendosi alla stregua di una fase del procedimento in cui il potere pubblico è esercitato*”<sup>228</sup>. È chiaro che da una lettura più o meno estesa di tale nozione discendono importanti conseguenze sul piano della disciplina applicabile ai contratti concernenti i servizi legali. È stato per esempio evidenziato come le direttive in realtà facciano propendere per un’interpretazione più ampia dell’esclusione<sup>229</sup>.

Il problema, in sintesi, deriva dal fatto che ai c.d. contratti esclusi si applicano i principi previsti dall’art. 4 del Codice: economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica. Chiaramente principi ampi che conducono a delle procedure più flessibili e snelle rispetto a quelle previste ordinariamente dal Codice. Oltretutto, tali principi sono spesso enucleati in concetti giuridici indeterminati, e quindi necessitano di un’attività definitoria e di un consolidamento della prassi applicativa. Per questo motivo l’ANAC è intervenuta anche per cercare di specificarne i tratti essenziali.

Per ciò che concerne il principio di pubblicità, per esempio, l’Autorità ha evidenziato l’opportunità di pubblicare degli avvisi sui proprio siti istituzionali, dando adeguato preavviso per la presentazione delle offerte. Con riguardo all’economicità, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a vagliare la congruità ed equità del compenso pattuito (*i.e.* motivando adeguatamente sul punto), magari ricorrendo alla comparazione con precedenti affidamenti. Ma soprattutto, è previsto che i soggetti comunque coinvolti in tali procedure siano in possesso dei requisiti ricavabili dall’art. 80 del Codice<sup>230</sup>.

Insomma, la disciplina stabilita nel complesso dall’ANAC sembra ignorare la natura dei rapporti negoziali aventi ad oggetto i servizi legali, caratterizzati da una spiccata rilevanza dell’*intuitus personae*. Ne deriva un apparato regolatorio tendenzialmente in eccesso rispetto a quanto richiesto dalle direttive, anche se in questo caso, proprio in ragione del carattere “indeterminato” dei concetti di derivazione europea, lo spazio discrezionale per il regolatore nazionale è maggiore.

Ed è proprio su questo aspetto che ha fatto leva l’ANAC, chiamata a fornire una motivazione sul superamento dei livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive. Secondo l’ANAC, “*l’atto regolatorio in esame, in*

---

<sup>228</sup> Linee guida ANAC n. 12, punto 1.4.1. A titolo esemplificativo, rientra in questa categoria la “*collaborazione per la redazione di proposte di elaborati normativi, di natura legislativa e regolamentare*”.

<sup>229</sup> Vedi COLAVITTI G., *L’affidamento dei servizi legali tra Codice dei contratti pubblici e Linee guida ANAC: una probabile violazione del divieto di gold plating*, op. cit., 51.

<sup>230</sup> Linee guida ANAC n. 12, punto 3.1.5.

conformità al principio del divieto di gold plating, non ha prescritto alcuna specifica, tassativa procedura che le stazioni appaltanti sono tenute a seguire nell'affidamento dei servizi legali esclusi dal Codice dei contratti pubblici, né ha previsto come obbligatorio il confronto di più preventivi, ma ha declinato i principi di cui al citato art. 4, seguendo, tra l'altro, anche le indicazioni contenute nella Comunicazione interpretativa 2006/C 179/02 della Commissione europea”<sup>231</sup>.

#### 5.4. Le direttive applicative del Presidente del Consiglio dei ministri

Avendo passato in rassegna il quadro normativo interno di rango primario, resta da chiedersi quali siano i concreti margini di operatività del divieto di «gold plating». Se, come si è dimostrato, l'istituto in esame presenta il carattere della “generalità”, non solo per la collocazione normativa, ma anche per la concreta diffusione nel panorama delle fonti, d'altra parte si coglie il rischio che questo possa essere anche “generico”. Come coniugare, infatti, l'ampio spettro applicativo della norma con l'eterogeneo panorama degli atti cui essa fa riferimento?

Invero, nell'impianto previsto dalla legge 246/2005, la quale ha aperto le porte del nostro ordinamento a tale istituto, il divieto di «gold plating» è un principio destinato per sua natura ad attagliarsi agli atti normativi che dovrebbe conformare. È, come detto, un concetto relazionale, nel senso che presuppone la compresenza di due elementi: una direttiva ed un atto interno da emanare. Ma non solo. È anche un concetto relativo o prettamente formale, nel senso che varia il proprio contenuto sostanziale in funzione della direttiva cui fa riferimento (*id est*, i “livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti”)<sup>232</sup>. In sintesi, essendo una regola sulla formazione delle regole, appare piuttosto come una “meta-regola” o, come già si è ricordato, una regola “sostanzialmente costituzionale”<sup>233</sup>.

Da ciò derivano essenzialmente due corollari necessari per un suo corretto funzionamento: *in primis*, l'adozione di moduli procedurali, atti a conformarne il contenuto alle concrete esigenze di volta in volta emergenti dall'attuazione delle direttive; *in secundis*, l'elevazione della norma al rango

---

<sup>231</sup> Vedi ANAC, *Relazione AIR sulle Linee guida n. 12*, disponibile su <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Atto?id=e80a88540a7780427719e7f416d3123d>.

<sup>232</sup> “Per ciascun atto, il livello minimo di regolazione da rispettare è determinato dalla direttiva europea da recepire”, cfr. direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 16 febbraio 2018.

<sup>233</sup> Vedi AINIS M., *Lo statuto come fonte sulla produzione normativa regionale*, op. cit., 814.

di Costituzione formale. Quest'ultimo elemento pare raggiunto attraverso il meccanismo del parametro interposto di legittimità *ex art. 76 Cost.*.

Per risolvere la prima questione, invece, la l. 246/2005 individua come soluzione l'analisi d'impatto della regolamentazione che, come si è detto, deve svolgere una comparazione tra i livelli di regolazione (*rectius*, i costi che ne derivano) e dar conto, ove necessario, dell'eventuale superamento dei livelli minimi fissati dalle direttive. Sempre l'art. 14, al comma 6, stabilisce poi che “*i metodi di analisi e i modelli di AIR [...] sono adottati con direttive del Presidente del Consiglio dei ministri e sono sottoposti a revisione, con cadenza non superiore al triennio*”. Sulla scorta di quest'ultima disposizione è stata dapprima adottata la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 16 gennaio 2013, recante la “disciplina sul rispetto dei livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee”<sup>234</sup>, e poi la stessa è stata sostituita dalla “Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione”, approvata con direttiva del 16 febbraio 2018 (d'ora in poi solo “Guida”).

La prima direttiva apporta un importante contributo alla disciplina interna del «gold plating», perché da una parte aiuta a connotare gli elementi strutturali finora descritti, e dall'altra fornisce il nuovo modello di AIR che le amministrazioni centrali devono utilizzare durante l'istruttoria legislativa.

Il provvedimento si divide in tre parti: la prima specifica le finalità e l'ambito di applicazione della direttiva; la seconda circoscrive il concetto di “livello minimo di regolazione”, fornendo degli esempi a riguardo; la terza, infine, stabilisce delle indicazioni operative su come valutare il “superamento del livello minimo di regolazione”.

Partendo dal primo elemento della triade, rileva subito il fatto che la direttiva si applichi anche agli atti che non sono soggetti all'AIR<sup>235</sup>. Le determinazioni che discendono da tale estensione applicativa vengono incorporate nella relazione illustrativa, e “*qualora si renda necessario superare il livello minimo di regolazione l'amministrazione dà, comunque, conto della sussistenza di circostanze eccezionali che rendono necessaria la propria scelta secondo i criteri previsti dalla presente direttiva*”.

---

<sup>234</sup> Per un commento alla direttiva, vedi LUPU N., PERNICIARO G., *Verso una better regulation nella attuazione delle direttive UE?*, in *GDA*, 2013(8-9), 828 ss.

<sup>235</sup> Oggi, i provvedimenti soggetti ad AIR sono individuati dagli artt. 5, 6 e 7 del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169 (“Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione”). In generale, l'ambito di applicazione è improntato all'idea della “selettività”; sul punto, vedi CACCIATORE F., *Che cosa cambia nella normativa statale sulla better regulation*, in *GDA*, 2018(5), 581

Ma le indicazioni più importanti sono fornite per quanto riguarda l'individuazione dei "livelli minimi di regolazione" stabiliti a livello europeo. Al riguardo, la direttiva indica tre ipotesi.

La prima, quando la direttiva europea specifica uno o più elementi di quelli elencati all'art. 14, comma 24-ter, l. 246/2005. In altri termini, in questo caso la direttiva europea specifica i requisiti, gli standard, gli obblighi e gli oneri per il raggiungimento dei propri obiettivi (quindi presenta delle disposizioni dettagliate). Oppure, essa delinea in maniera precisa il proprio ambito soggettivo e oggettivo di applicazione, senza margini di indeterminatezza. O infine, essa prevede sanzioni, procedure o meccanismi operativi in maniera specifica. In questo caso, i livelli minimi di regolazione sono chiaramente ben individuati.

La seconda ipotesi, quando la direttiva europea non specifica alcuno dei suddetti elementi e d'altra parte non lascia agli Stati membri lo spazio regolatorio per prevederne.

Infine, v'è l'ipotesi in cui la direttiva non chiarisce gli elementi di cui al comma 24-ter e rimette agli Stati membri la loro definizione.

Questa tripartizione in realtà rispecchia la duplice natura che possono avere le direttive: possono essere generiche, e quindi necessitare dell'intervento di intermediazione regolatoria degli Stati; oppure dettagliate, sostituendosi allo Stato membro ed arrivando a possedere persino degli effetti diretti in capo ai privati (*supra* §5.1.1.). Chiaramente questa distinzione non è netta, ma graduale: è possibile che le direttive possiedano diversi tipi di disposizioni, alcune più specifiche di altre.

Ed infatti i precetti previsti dalle direttive del 2014 possono essere suddivisi in tre categorie: (i) disposizioni a recepimento vincolato; (ii) disposizioni che lasciano margini di flessibilità agli Stati membri, consentendo un recepimento o più severo o più liberale; (iii) disposizioni che impongono agli Stati membri di lasciare spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti<sup>236</sup>.

Per esempio, l'art. 59 della direttiva 2014/24/UE dispone che "*al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici accettano il documento di gara unico europeo (DGUE)*". Questa disposizione non lascia chiaramente spazio ad interpretazione, e dunque rientra tra quelle a recepimento vincolato. Ne discende che in sede di analisi di impatto di regolamentazione, il livello minimo di regolazione della direttiva è facilmente individuabile, e quindi, ad esempio, la normativa nazionale non può richiedere la presentazione di una

---

<sup>236</sup> Vedi Cons. Stato, parere 855/2016.

certificazione al posto del DGUE. D'altra parte, all'art. 57, par. 4 ("Motivi di esclusione"), sono invece previste delle disposizioni che lasciano un margine di discrezionalità agli Stati membri e alle amministrazioni aggiudicatrici<sup>237</sup>.

Il passaggio logico-giuridico successivo è quello di evitare il superamento dei suddetti livelli minimi. Anche in questo caso, la direttiva del 2013 è utile, laddove fornisce importanti esempi applicativi. Costituisce «gold plating» l'imposizione di una certificazione laddove le direttive UE si limitano a prevedere l'autocertificazione. D'altra parte, nel caso in cui un'attività dei privati sia libera, qualsiasi funzione di controllo o di certificazione sulla stessa costituisce «gold plating». Infine, quando la direttiva europea prevede dei requisiti per accedere ad un'attività, lasciando però lo Stato membro libero di definirne la procedura d'avvio della stessa, esso non potrà chiaramente prevedere dei requisiti ulteriori senza incappare nel «gold plating».

Da ultimo, la direttiva applicativa di Palazzo Chigi delinea le valutazioni che devono essere svolte qualora il regolatore intenda superare i livelli minimi previsti a livello europeo. Il procedimento di analisi ricalca il c.d. «standard cost model», che consiste in uno strumento di calcolo degli oneri amministrativi, così come emergenti dalle consultazioni con gli *stakeholders* interessati<sup>238</sup>.

Dunque l'amministrazione dovrà prima di tutto individuare i fattori di aumento degli oneri, sia sotto un profilo oggettivo (la loro stima), sia soggettivo (i loro destinatari). Parallelamente, l'amministrazione deve stimare l'estensione dell'ambito d'applicazione soggettivo della regolazione rispetto a quanto previsto dalle direttive. Infine dovrà essere svolta una valutazione sui benefici previsti dall'intervento normativo e dal superamento dei livelli minimi di regolazione. Tale valutazione, nel complesso preferibilmente di tipo quantitativo, deve tener conto del numero e della tipologia dei soggetti coinvolti. In sostanza, la relazione finale dell'analisi svolta deve mettere in luce gli elementi che rendono necessario il superamento dei livelli minimi richiesti dalle direttive.

Alla direttiva del 16 gennaio 2013 è seguita la Guida del 2018, la quale non ha apportato modifiche sostanziali alla disciplina dell'AIR, ma ha

---

<sup>237</sup> L'art. 57, par 4, così recita: "*Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere...*". Nelle indicazioni della Commissione (vedi *infra* §6.2.2.), in questi casi, l'aggravio degli oneri amministrativi, se concretamente previsti in sede di recepimento, ricade interamente sullo Stato membro.

<sup>238</sup> Per una trattazione aggiornata sul metodo in parola, vedi COMMISSIONE EUROPEA, *Better regulation "Toolbox"*, disponibile su [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox\\_it](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox_it), 488.

piuttosto esteso le considerazioni sul «gold plating» anche alla VIR. Come correttamente evidenziato nella Guida, la VIR rappresenta “*un’opportunità ancora più significativa per individuare in modo sistematico i casi in cui la normativa nazionale impone oneri, standard, requisiti e obblighi inutilmente più gravosi rispetto a quanto previsto dalla corrispondente disciplina europea*”. Questo aspetto rispecchia il c.d. “*approccio ciclico*” alla semplificazione normativa, che ha ispirato la riforma della disciplina dell’AIR e della VIR fra il 2017 e 2018<sup>239</sup>, sulla scia di quanto suggerito dalla Commissione europea<sup>240</sup>.

Dunque, l’amministrazione valuta con il supporto degli *stakeholders* gli effetti specificamente prodotti dal «gold plating», in termini di benefici ottenuti a fronte dei maggiori costi imposti ai destinatari. La valutazione deve tendere a dimostrare il valore aggiunto, anche in chiave comparata, delle disposizioni non strettamente necessarie per il recepimento della legislazione dell’UE.

La disciplina operativa, nel complesso, sembrerebbe fornire alle pubbliche amministrazioni centrali degli strumenti applicativi utili per la prevenzione del «gold plating». Tuttavia, come ogni disciplina operativa, anche questa necessita di essere raffinata attraverso la prassi. Questo aspetto verrà affrontato nel prossimo capitolo. Quel che è certo, però, è che la *ratio* ispiratrice della disciplina è quella di adeguare gli strumenti di semplificazione ai più recenti sviluppi in ambito europeo, come dichiarato nella stessa sezione introduttiva della Guida.

## 6. *La disciplina europea del «gold plating»*

Il fenomeno del «gold plating» ha ricevuto attenzione anche da parte delle istituzioni europee. Questo fatto non stupisce, poiché come si è detto il concetto di «gold plating» presuppone una relazione tra le fonti nazionali e quelle europee. Per questo motivo l’Unione Europea, nel perseguimento degli obiettivi di semplificazione normativa e amministrativa, ha preso in considerazione anche quest’aspetto.

Nei prossimi paragrafi si descriverà dapprima l’ingresso della nozione di «gold plating» a livello europeo, per poi descrivere gli strumenti concretamente adottati dall’Unione per cercare di limitare il ricorso, da parte

---

<sup>239</sup> Vedi anche il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169, sull’AIR, sulla VIR e sulle consultazioni.

<sup>240</sup> Per un commento, vedi CACCIATORE F., *Che cosa cambia nella normativa statale sulla better regulation*, op. cit..

degli Stati membri, a livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive.

### 6.1. *Comparsa e sviluppo del concetto di «gold plating» nell’Unione europea*

Il più vecchio documento ufficiale nel quale si è riusciti a rintracciare, nel contesto comunitario, un riferimento al fenomeno del «gold plating», è il c.d. “Rapporto Mandelkern” sulla qualità della regolazione, risalente al 2001<sup>241</sup>.

Il rapporto rappresenta una tappa fondamentale nel percorso intrapreso dall’Unione europea per sviluppare le politiche che ricadono sotto l’etichetta di “*better regulation*”. Tuttavia, al tempo in cui fu assunta tale iniziativa, gli sforzi da parte dell’Unione Europea erano ancora minimi e i passi avanti venivano fatti soprattutto sulla spinta degli Stati membri, e dunque su modelli intergovernativi<sup>242</sup>. La scelta di raccogliere un gruppo di esperti provenienti dagli Stati membri fu dunque frutto dell’iniziativa dei Ministri nazionali, in attuazione degli indirizzi stabiliti nella seduta del Consiglio europeo di Lisbona del 2000<sup>243</sup>.

Si legge, nel Rapporto Mandelkern, che “*Member States still face problems during their transposition process. This section focuses on problems relating to correct transposition, timely transposition and gold plating (that is going beyond the European requirements)*”<sup>244</sup>. Il fenomeno del «gold plating» veniva quindi considerato in quella sede come collegato con i meccanismi di recepimento delle direttive, ma estraneo al discorso della loro corretta e tempestiva trasposizione. Proseguendo, si legge che “*Quite frequently Member States in transposing a Directive decide to adopt rules which are stricter than those provided for by the Directive. This phenomenon,*

---

<sup>241</sup> Vedi MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION, *Final Report - 13 November 2001*, disponibile su <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=6647>. Il fatto che questo sia il primo documento dove compare un riferimento esplicito al «gold plating» può ritenersi plausibile, considerando quanto accennato nel §3, ossia che nel Regno Unito e Paesi Bassi ci si stava focalizzando sul fenomeno proprio in quegli anni.

<sup>242</sup> Vedi CARBONE L., *Qualità della regolazione e competitività: ricette diverse ma ingredienti comuni*, su <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/e-co/e-contributo-al-seminario-su-better-regulation-26-gen-07--3-.pdf>.

<sup>243</sup> Si legge nelle conclusioni del *summit* (par. 17) che il Consiglio chiedeva alla Commissione, al Consiglio e agli Stati membri di “*fissare entro il 2001 una strategia per altre azioni coordinate intese a semplificare il quadro regolamentare, inclusa l’efficienza dell’amministrazione pubblica, a livello sia nazionale che comunitario*”. Vedi CONSIGLIO EUROPEO, *Consiglio europeo Lisbona - 23 e 24 marzo 2000 - conclusioni della Presidenza*, disponibile su [https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1\\_it.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm).

<sup>244</sup> MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION, *Final Report - 13 November 2001*, *op. cit.*, 66.

which is sometimes known as "gold plating", usually occurs where a Directive provides for minimum harmonisation or where the Treaties contain an explicit legal base for stricter national measures"<sup>245</sup>. Si stabilisce quindi un legame tra il fenomeno in questione e il grado di armonizzazione delle direttive: minore è la convergenza impartita dalle direttive, più spazio hanno gli Stati per prevedere "regole più severe" (vedi *supra* §5.1.1.).

A seguito dell'Accordo interistituzionale tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione del 2003, denominato "Legiferare meglio"<sup>246</sup>, l'Unione ha iniziato a adottare misure più incisive sia sul piano della semplificazione normativa, con maggiore attenzione anche agli aspetti di *drafting* legislativo, sia su quello della semplificazione amministrativa, per ridurre quanto più possibile gli oneri amministrativi. Ed è con riguardo a questo secondo punto che è stato sollevato un problema: come operare se i costi amministrativi non dipendono direttamente dall'UE? Questo è proprio ciò che si verifica con il «gold plating».

Su questo punto la Commissione, come si vedrà meglio a breve, ha perseguito due obiettivi: da una parte, cercare di migliorare la qualità dei testi normativi da recepire nei singoli Stati membri, per renderne più agevole la trasposizione e l'implementazione; dall'altra, tentare di aumentare la trasparenza tra gli Stati membri, invitandoli a scambiarsi informazioni sulle politiche di recepimento e di contenimento del «gold plating». Questo secondo punto è molto importante per la Commissione, perché permette di ripartire il giusto carico di responsabilità tra gli attori politici per l'imposizione di oneri amministrativi su cittadini ed imprese.

Di conseguenza già nel 2006 la Commissione, chiamata a stabilire i metodi di analisi d'impatto della regolamentazione per quanto riguarda gli oneri amministrativi, evidenziava l'importanza di individuare la corretta distribuzione delle responsabilità all'interno dell'Unione Europea. Da un'analisi sperimentale condotta in Danimarca e Regno Unito emergeva che la maggior parte dei costi amministrativi nei due Paesi era di origine nazionale: 57% per la prima e 44% per il secondo<sup>247</sup>.

In seguito, stime più accurate nel 2009 hanno formato la base per una comunicazione inviata al Parlamento europeo e al Consiglio, nella quale

---

<sup>245</sup> MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION, *Final Report - 13 November 2001*, *op. cit.*, 68.

<sup>246</sup> Testo in italiano disponibile su [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231(01)&from=EN).

<sup>247</sup> Vedi COMMISSIONE EUROPEA, *Misurazione dei costi amministrativi e riduzione degli oneri amministrativi nell'Unione europea*, Bruxelles, 14.11.2006 COM(2006) 691 definitivo, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006DC0691&from=LT>.

appunto si stimava al 32% l'incidenza dei costi amministrativi di origine nazionale<sup>248</sup>. A tal proposito la Commissione chiosava che “*Significant differences in the burdens imposed by national measures implementing EU legislation indicate that the exchange of best practices would greatly reduce the level of administrative burdens in many Member States*”.

La via intrapresa è dunque quella più mite, che fa leva sullo scambio di buone pratiche tra gli Stati membri. E non potrebbe essere altrimenti, visto che in definitiva il compito di attuare gli atti normativi dell'Unione spetta soltanto agli Stati<sup>249</sup>. La Commissione, quindi, non dispone di alcuna base legale per intervenire direttamente sul fenomeno del «gold plating», salvo che questo causi surrettiziamente una violazione del diritto europeo: in questo caso la via da intraprendere è quella della procedura di infrazione.

In realtà non sono mancate proposte più radicali, come quella del Parlamento europeo nel 2007, che in una risoluzione aveva suggerito di riconoscere in capo ai cittadini degli Stati membri un vero e proprio diritto d'azione per rispondere alle violazioni del divieto di «gold plating»<sup>250</sup>.

Le considerazioni finora esposte sono infine confluite nella Comunicazione del 2010 sulla “*Smart regulation*”, che definisce il «gold plating» come “*the practice of national bodies going beyond what is required in EU legislation when transposing or implementing it at Member State level*”<sup>251</sup>. Conseguentemente, la Commissione ha incaricato il “Gruppo ad alto livello di parti interessate indipendenti sugli oneri amministrativi” (il c.d. gruppo Stoiber) di presentare entro il 2011 una relazione sulle pratiche di recepimento degli Stati membri, focalizzandosi sugli oneri amministrativi.

Il rapporto che ne è derivato, giunto a compimento il 15 novembre 2011, rappresenta un importante strumento di lettura delle politiche sul «gold plating» che si sono sviluppate negli anni successivi<sup>252</sup>.

---

<sup>248</sup> Vedi COMMISSIONE EUROPEA, *Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the EU Sectoral Reduction Plans and 2009 Actions*, Brussels, 22.10.2009 COM(2009) 544 final, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0544:FIN:EN:PDF>.

<sup>249</sup> Art. 291 TFUE: “*Gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione*”.

<sup>250</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 4 settembre 2007 su «Legiferare meglio nell'Unione europea» (2007/2095(INI))*, op. cit.

<sup>251</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Smart Regulation in the European Union*, Brussels, 8.10.2010 COM(2010) 543 final, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0543:FIN:EN:PDF>.

<sup>252</sup> COMMISSION EUROPEA, *L'Europa può fare meglio. Relazione sulle buone pratiche degli Stati membri per l'attuazione della normativa UE con il minor onere amministrativo*, Varsavia 15 novembre 2011, disponibile su [http://www.qualitanormazione.gov.it/uploads/download/file/134/bp\\_report\\_signature\\_it.pdf](http://www.qualitanormazione.gov.it/uploads/download/file/134/bp_report_signature_it.pdf).

Anzitutto, il gruppo Stoiber evidenzia e circoscrive la portata del fenomeno del «gold plating»: se è vero che il 32% degli oneri amministrativi nasce a livello nazionale, soltanto il 4% è direttamente correlato al «gold plating»; il restante 28 % scaturisce invece dalle “*inefficienze delle procedure amministrative nazionali, cioè al fatto che in molti casi le disposizioni della normativa UE vengono recepite nella legislazione nazionale imponendo oneri di gran lunga superiori rispetto a quanto accade in quegli Stati membri che hanno adottato requisiti "intelligenti" e meno onerosi*”<sup>253</sup>.

Un altro aspetto fondamentale evidenziato dal gruppo Stoiber è che per prevenire il «gold plating» è necessario un continuo scambio di informazioni e buone pratiche tra gli Stati membri, per favorire un approccio trasversale all’implementazione delle politiche dell’Unione<sup>254</sup>.

Infine, nel rapporto si suggerisce un approccio alla questione del tipo “*comply or explain*”: gli Stati membri, qualora intendano inserire dei livelli di regolazione che comportino oneri in eccesso rispetto a quanto previsto dagli atti dell’Unione, devono fornire una motivazione sul punto. Come si è visto, è proprio questa la strada che ha intrapreso l’Italia con la l. 183/2011. Ma il rapporto fornisce ulteriori spunti comparatistici con altri Paesi, come Germania e Regno Unito<sup>255</sup>.

Su queste premesse, la Commissione europea e le altre istituzioni hanno tentato di sviluppare i propri strumenti giuridici per limitare al minimo il ricorso al «gold plating».

## 6.2. L’agenda sulla “*better regulation*” del 2015

Da ultimo, la Commissione europea ha adottato una comunicazione nel 2015 per aggiornare gli obiettivi e gli strumenti a disposizione per il perseguimento delle politiche di semplificazione<sup>256</sup>. La nuova agenda si caratterizza per alcuni aspetti fondamentali<sup>257</sup>.

Anzitutto, il c.d. approccio ciclico alla normazione. Per esso si intende il procedimento di creazione normativa costituito dei seguenti passaggi: programmazione, analisi *ex ante*, implementazione, analisi *ex post*, consultazione, revisione (*supra* §2). Per ottenere tale risultato, la

---

<sup>253</sup> *Ibidem*, 12.

<sup>254</sup> *Ibidem*, 34.

<sup>255</sup> *Ibidem*, 35 e 36.

<sup>256</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Legiferare meglio per ottenere risultati migliori — Agenda dell’UE, Strasburgo, 19.5.2015 COM(2015) 215 final*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1451989021436&uri=CELEX:52015DC0215>.

<sup>257</sup> Vedi, per un primo commento di sintesi, ELIANTONIO, M., SPENDZHAROVA, A., *The European Union’s New Better Regulation Agenda: Between Procedures and Politics: Introduction to the Special Issue*, in *EJLR*, 20175(1-2), 3.

Commissione ha tentato di dare centralità all'istituto delle consultazioni pubbliche, come strumento utile per controbilanciare le asimmetrie informative tra soggetto regolatore e soggetto regolato. L'obiettivo ultimo è quello di favorire maggiore trasparenza nell'attività regolatoria della Commissione: “*spiegare meglio cosa stiamo facendo e perché lo facciamo*”<sup>258</sup>.

Ma proprio perché il ciclo della regolamentazione del diritto europeo passa anche attraverso l'implementazione, che spesso è appannaggio degli Stati membri, la Commissione rinnova il proprio auspicio a migliorare la cooperazione tra le istituzioni a vario titolo coinvolte nella produzione normativa: prevalentemente Parlamento europeo e Stati membri, dunque<sup>259</sup>.

Infine, per garantire un continuo scambio di buone pratiche, la Commissione punta a rafforzare il “Programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione” (meglio conosciuto come “*Regulatory Fitness and Performance Programme – REFIT*”) <sup>260</sup>.

#### 6.2.1. La cooperazione interistituzionale

Nel 2016 è stato siglato l'accordo interistituzionale tra Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea, e Commissione, per dare attuazione ai nuovi indirizzi dell'agenda del 2015<sup>261</sup>. L'accordo ha sostituito il suo omonimo del 2013 ed è stato adottato in base all'art. 295 TFUE, che permette alle tre istituzioni coinvolte nella procedura legislativa di stipulare accordi – anche a carattere vincolante – volti a definire le modalità della loro cooperazione.

Orbene, una parte dell'accordo in questione è dedicata interamente all'attuazione ed applicazione della legislazione dell'Unione. In esso si riafferma l'importanza della cooperazione tra le tre istituzioni per una corretta valutazione della legislazione da emanare e vigente<sup>262</sup>. Altre due statuizioni sono poi dedicate agli Stati membri: da una parte si ribadisce l'importanza di

---

<sup>258</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Legiferare meglio per ottenere risultati migliori — Agenda dell'UE, Strasburgo, 19.5.2015 COM(2015) 215 final, op. cit., 5.*

<sup>259</sup> *Ibidem*, 7.

<sup>260</sup> Il cui lavoro è liberamente consultabile su [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly_en).

<sup>261</sup> Vedi *Accordo interistituzionale «legiferare meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/ALL/?uri=CELEX%3A32016Q0512%2801%29>.

<sup>262</sup> *Ibidem*, par. 41: “*Le tre istituzioni concordano sull'importanza di cooperare in modo più strutturato per valutare l'applicazione e l'efficacia del diritto dell'Unione in vista del suo miglioramento mediante la futura legislazione*”.

una corretta e sollecita attuazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri<sup>263</sup>; dall'altra viene evidenziata l'importanza della trasparenza nei meccanismi di recepimento.

Il paragrafo 43 recita infatti: *“Le tre istituzioni invitano gli Stati membri a comunicare chiaramente ai loro cittadini le misure che essi adottano per recepire o attuare la legislazione dell'Unione o per garantire l'esecuzione del bilancio dell'Unione”*. Ma soprattutto, con specifico interesse per il «gold plating», si fa presente che: *“Quando, in fase di recepimento delle direttive nel diritto nazionale, gli Stati membri scelgono di aggiungere elementi che non sono collegati in alcun modo alla legislazione dell'Unione in questione, tali aggiunte dovrebbero essere rese identificabili tramite l'atto o gli atti di recepimento, oppure tramite i documenti connessi”*.

Purtroppo il tenore letterale e il valore legale dell'atto in cui questa disposizione è incorporata non permettono di imporre in capo agli Stati membri un'obbligazione giuridicamente vincolante. Questo per due motivi.

Il primo è che la base legale di tale accordo è l'art. 295 TFUE, dunque le istituzioni coinvolte sono soltanto il Parlamento europeo, la Commissione e il Consiglio dell'Unione Europea. In altri termini, i firmatari dell'accordo non sono gli Stati membri. Queste considerazioni vanno ad aggiungersi ad un principio cardine degli accordi interistituzionali: essi non possono prevedere delle prescrizioni in contrasto con quanto previsto dalle fonti primarie e/o secondarie dell'Unione (*i.e.* non possono validamente modificarle)<sup>264</sup>. Visto quindi che i Trattati attribuiscono una precisa prerogativa agli Stati membri, che è quella di attuare il diritto dell'Unione liberamente, se ne deduce che la prescrizione prevista dall'Accordo del 2016 (*“tali aggiunte dovrebbero essere rese identificabili tramite l'atto o gli atti di recepimento, oppure tramite i documenti connessi”*) non rappresenta nulla di più che una statuizione con valore politico.

In secondo luogo, depone nello stesso senso il tenore letterale della disposizione in esame. Da una parte, infatti, non si fornisce una chiara definizione delle “aggiunte” che andrebbero comunicate o comunque evidenziate in sede di recepimento. Inoltre, la prescrizione è predicata in

---

<sup>263</sup> *Ibidem*, par. 42: *“Le tre istituzioni sottolineano la necessità di un'applicazione tempestiva e corretta della legislazione dell'Unione negli Stati membri. Il termine di recepimento delle direttive è quanto più breve possibile e non supera, di regola, i due anni”*

<sup>264</sup> Sul punto, vedi EISELT I., SLOMINSKI P., *Sub-Constitutional Engineering: Negotiation, Content, and Legal Value of Interinstitutional Agreements in the EU*, in *ELJ*, 2006(2), 209. Gli autori fanno riferimento anche al Caso C-204/86 nel quale l'Avvocato generale ha ricordato che *“it remains nevertheless undeniable that joint declarations and similar measures merely constitute “droit de complément” which may not derogate from primary law on pain of invalidity”*.

modo ottativo (“*le tre istituzioni invitano...*”; “*tali aggiunte dovrebbero...*”), e quindi non è in grado di vincolare effettivamente i destinatari della stessa<sup>265</sup>.

L’invito agli Stati membri è stato poi ripetuto in una risoluzione del Parlamento europeo del 2018, nella quale esso ha sottolineato “*l’importanza del principio di cui al punto 43 del nuovo AII, nel quale si afferma che, se in fase di recepimento delle direttive nel diritto nazionale gli Stati membri decidono di aggiungere elementi che non sono collegati in alcun modo alla legislazione dell’Unione in questione, tali aggiunte dovrebbero essere rese identificabili tramite l’atto o gli atti di recepimento, oppure tramite i documenti connessi*”; il Parlamento ha inoltre osservato che “*tale informazione è spesso ancora assente*”; e dunque ha invitato “*la Commissione e gli Stati membri ad agire in modo congiunto e coerente per far fronte alla mancanza di trasparenza e ad altri problemi legati alla sovra-regolamentazione (“gold plating”)*”<sup>266</sup>.

Tuttavia, per quanto detto sopra, non stupisce che tale monito sia rimasto inascoltato. I dati più aggiornati riportano che soltanto due Paesi abbiano seguito tale indicazione: il Regno Unito e il Belgio<sup>267</sup>.

### 6.2.2. *Le Guidelines e la Toolbox della Commissione europea*

Sempre per proseguire negli obiettivi assunti con l’Agenda del 2015, la Commissione europea ha pubblicato delle Linee guida e una “Toolbox” per procedimentalizzare il proprio operato nella produzione normativa e conformarlo alle migliori pratiche diffuse in ambito nazionale e internazionale<sup>268</sup>. I due documenti sono ricchi di informazioni particolareggiate, e per questo motivo ci si limiterà a mettere in luce gli aspetti più rilevanti per la disciplina del «gold plating».

---

<sup>265</sup> Sulla correlazione tra tenore letterale e capacità vincolante degli accordi interistituzionali, vedi *Ibidem*, 212.

<sup>266</sup> Vedi PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 30 maggio 2018 sull’interpretazione e l’applicazione dell’accordo interistituzionale “Legiferare meglio”*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52018IP0225>.

<sup>267</sup> Vedi COMMISSIONE EUROPEA, *Monitoring the Application of Union Law - 2018 Annual Report - Part I: general statistical overview*, disponibile su [https://ec.europa.eu/info/publications/2018-commission-report-monitoring-application-eu-law\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/2018-commission-report-monitoring-application-eu-law_en). Per il Regno Unito, il riferimento è alle direttive 2016/680/EU e 2016/681/EU; per il Belgio, alla direttiva 2010/63/EU.

<sup>268</sup> Vedi COMMISSIONE EUROPEA, *Better Regulation Guidelines, Brussels, 7 July 2017 SWD (2017) 350*, disponibile su [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox\\_it](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_it); vedi COMMISSIONE EUROPEA, *Better regulation “Toolbox”*, disponibile su [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox\\_it](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox_it);

Anzitutto, per chiarire subito la differenza tra i due strumenti, nelle *Guidelines* è stabilito che “*The main Guidelines set out the mandatory requirements and obligations for each step in the policy cycle while the Toolbox provides additional guidance and advice which is not binding unless expressly stated to be so*”. I due documenti sono dunque dotati di un’efficacia differente. Le Linee guida sono vincolanti per i soggetti cui sono rivolte, cioè i funzionari coinvolti nel ciclo della normazione. La *Toolbox* invece prevede dei suggerimenti, salvo che sia disposto altrimenti.

Con riguardo al «gold plating», le Linee guida precisano che è importante monitorare la legislazione in tutti i suoi aspetti, con un occhio di riguardo per la fase di implementazione a livello nazionale. È proprio qui che rischiano di essere aggiunti degli ulteriori oneri amministrativi. Pertanto, la Commissione si impegna ad assistere gli Stati membri nell’attuazione attraverso la redazione di *Staff Working Documents* (SWD), che prendono il nome in questo caso di *Implementing Plans* (IP)<sup>269</sup>.

Inoltre, sono esplicitati i tre obiettivi che ispirano l’attività di supporto della Commissione in quest’ambito: anticipare i problemi di implementazione e facilitare la trasposizione a livello nazionale; redigere al meglio gli atti da recepire da un punto di vista formale; favorire la trasparenza tra gli Stati membri e l’Unione Europea nell’attuazione del diritto europeo. Di questi, il primo ed il terzo possono avere risvolti interessanti per il contenimento del «gold plating» a livello nazionale.

Per quanto riguarda i problemi di recepimento, la Commissione intende coadiuvare gli Stati membri attraverso gli *Implementing Plans*. Questi vengono redatti secondo un criterio di selettività, che privilegia le “*framework directives, directives with a large scope containing a large number of legal obligations, directives aimed at the full harmonisation of a policy area, and directives having a significant impact on or amending various branches of the national legal order*”<sup>270</sup>. In sostanza, tali documenti sono limitati gli atti più complessi. La *Toolbox* poi scandisce il contenuto degli IP, specificando che una parte di essi debba essere dedicata alle possibili azioni che possono intraprendere gli Stati per recepire le fonti europee<sup>271</sup>. Questo aspetto potrebbe essere molto utile ad evitare il «gold plating» c.d. “passivo”<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup> Vedi COMMISSION EUROPEA, *Better Regulation Guidelines*, Brussels, 7 July 2017 SWD (2017) 350, *op. cit.*, 9.

<sup>270</sup> *Ibidem*, 35.

<sup>271</sup> COMMISSION EUROPEA, *Better regulation "Toolbox"*, *op. cit.*, 282.

<sup>272</sup> Per «gold plating» passivo, si intende il mantenimento di livelli di regolazione superiori rispetto a quelli previsti dalle direttive e previgenti rispetto all’intervento di queste. Per tale definizione, vedi COMMISSION EUROPEA, *L’Europa può fare meglio. Relazione sulle buone pratiche degli Stati membri per l’attuazione della normativa UE con il minor onere amministrativo*, Varsavia 15 novembre 2011, *op. cit.*, 35.

Sull'altro versante, che concerne la trasparenza tra gli Stati membri e la Commissione, quest'ultima ha evidenziato l'importanza degli *Explanatory Documents*, ossia documenti esplicativi redatti dagli Stati membri ed allegati agli atti di recepimento delle direttive e degli atti dell'Unione (quindi, sul modello *comply or explain*). In sostanza, questi documenti possono essere richiesti dalla Commissione negli stessi casi in cui questa è tenuta a redigere degli *Implementing Plans*<sup>273</sup>.

Infine, la *Toolbox* adegua i metodi di analisi dei costi amministrativi (*Standard Cost Model*) e dedica una parte di tale valutazione al fenomeno del «gold plating». In pratica, nell'istruttoria normativa a livello europeo, la Commissione deve optare per un metodo di valutazione delle proposte<sup>274</sup> e quantificare gli oneri amministrativi che derivano da queste<sup>275</sup>. Quest'attività è importante perché permette di ripartire le percentuali di costi che derivano dall'attività dell'Unione e quelli invece che sono da attribuire agli Stati membri. È importante evidenziare che qualora nelle direttive siano previste «clausole discrezionali», vale a dire delle clausole che lasciano allo Stato membro la decisione ultima se imporre o meno una determinata obbligazione in capo ai cittadini, il costo derivante da quest'ultima dev'essere imputato alla regolazione dello Stato, non già a quella europea<sup>276</sup>.

## 7. Breve sintesi dei risultati

Dalle ricerche svolte finora è emerso quanto segue.

Anzitutto il divieto di «gold plating» è un istituto di derivazione inglese, sviluppatosi dapprima nel Regno Unito e poi esportato in altri Paesi, fino a coprire l'intera Unione Europea. L'istituto va annoverato tra gli strumenti di semplificazione amministrativa in un contesto di *governance* multilivello, anche se la sua definizione può variare per certi aspetti da Stato

---

<sup>273</sup> Vedi COMMISSIONE EUROPEA, *Better Regulation Guidelines*, Brussels, 7 July 2017 SWD (2017) 350, *op. cit.*, 41.

<sup>274</sup> Esistono infatti diversi tipi di metodi valutativi, e dalla scelta di ognuno possono discendere valutazioni divergenti. I metodi elencati nella *Tollbox* (p. 451 e ss) sono: Cost-benefit analysis, Multi-criteria Analysis, Least Cost analysis, Cost-effectiveness analysis, Counter-factual analysis e SWOT analysis.

<sup>275</sup> Gli oneri amministrativi propriamente detti sono quelli che esulano dai costi di «ordinaria amministrazione» (*business-as-usual costs*). Questi ultimi sono i costi che le imprese avrebbero comunque sostenuto per la raccolta e conservazione di informazioni, anche in assenza della nuova legislazione.

<sup>276</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Better regulation "Toolbox"*, *op. cit.*, 493. Un esempio di disposizione di questo tipo, in materia di contratti pubblici, è offerto dalla direttiva 2014/24/UE all'articolo 57, laddove afferma al par. 4 che «Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni ...».

a Stato. Questo accade in parte perché le modalità di recepimento degli atti dell'Unione Europea differiscono tra gli Stati membri, e poi perché il "prestito" linguistico tra diversi ordinamenti è di per sé foriero di possibili ambiguità. Ne è la riprova il caso italiano, che dal punto di vista del diritto positivo rende il divieto di «gold plating» con una perifrasi, anche se non è mancato il tentativo, ad esempio, di tradurlo con "orpellatura".

Per quanto riguarda la genesi normativa dell'istituto nel nostro ordinamento, è interessante notare che esso rappresenta la sintesi di diversi aspetti contingenti e di lungo corso. Da una parte, esso rappresenta l'evoluzione ormai consolidata degli strumenti elaborati per perseguire la semplificazione normativa ed amministrativa. Come tale, anzi, esso allinea l'ordinamento italiano alle migliori pratiche affermatesi a livello europeo. Da un altro punto di vista, però, esso è anche il frutto delle forti tensioni istituzionali che ne hanno preceduto l'inserimento. In breve tempo il divieto di «gold plating» è passato dall'essere sconosciuto in Italia all'essere enucleato tra i principi generali che regolano il recepimento dell'intero comparto degli atti normativi dell'Unione Europea. Come emerge dall'analisi quantitativa effettuata sulle leggi di delegazione annuali emanate dal 2013 ad oggi, il divieto di «gold plating» vincola il Governo per la maggior parte della sua attività normativa di derivazione europea. Il dispositivo utilizzato per raggiungere tale scopo è quello dell'art. 76 Cost., che come si è detto apre la strada ad un possibile sindacato di legittimità da parte della Corte costituzionale.

Parallelamente, è stata dedicata particolare attenzione alla definizione dell'istituto in questione nella materia dei contratti pubblici, in parte perché questa rappresenta una parte importante del PIL degli Stati membri dell'Unione, in parte perché la *ratio* del divieto di «gold plating» è proprio quella di consolidare il mercato comune e tutelare le PMI.

A voler portare alle estreme conseguenze il ragionamento, si potrebbe affermare che il divieto di «gold plating» in materia di contratti pubblici rappresenta un possibile punto di incontro tra due contrapposte esigenze che hanno caratterizzato l'attività normativa a cavallo tra XX e XXI secolo: da un lato, la tendenza a diversificare la legislazione, tipica tendenza invalsa a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana nel 1948, che ha condotto alla formazione di microsistemi che hanno complicato e scatenato l'ipertrofia legislativa a detrimento della certezza del diritto<sup>277</sup>; dall'altro lato, in tutta risposta, le tendenze alla *deregulation* e alla semplificazione normativa e burocratica che hanno caratterizzato gli ultimi anni.

---

<sup>277</sup> Vedi IRTIN., *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999.

Al crocevia tra le due si trovano gli strumenti volti a contenere e ridurre gli oneri amministrativi in capo alle PMI, tra cui appunto il divieto di «gold plating». Un principio che, come non ha mancato di ricordare il Consiglio di Stato<sup>278</sup>, non va letto in “*una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali*”, ma rettamente inteso come espressione di quel diritto costituzionale all’iniziativa economica per le PMI, spesso frustrato da un eccessivo carico burocratico.

Per questo motivo, l’eventuale contrasto tra divieto di «gold plating» e altri interessi costituzionalmente rilevanti va risolto alla stregua dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza, attraverso una ponderazione effettuata dal Legislatore nell’analisi di impatto della regolamentazione.

D’altronde, anche l’Unione Europea sembra collocarsi su questa posizione, come attestano i nuovi indirizzi enucleati nell’Agenda “Legiferare meglio” del 2015. Il «gold plating» è un fenomeno nazionale, e quindi va risolto in tale sede. Tuttavia la Commissione europea sta tentando di limitare al minimo il ricorso a livelli di regolazione superiori rispetto a quelli richiesti dagli atti europei, proprio perché questo vanifica il lavoro sulla qualità della normazione effettuato a monte. Per questo motivo sono stati adottati degli strumenti indirizzati a favorire un monitoraggio continuo ed un dialogo proficuo tra tutti i soggetti istituzionali coinvolti nel ciclo della regolamentazione.

Se queste però sono le premesse normative, da un punto di vista statico, non è chiaro come funzioni in pratica il divieto di «gold plating». Le amministrazioni chiamate a redigere le norme compiono un’adeguata istruttoria in sede di AIR, per prevenire e, ove necessario, giustificare il «gold plating»?

Sotto altra prospettiva, il divieto di «gold plating» è assunto a parametro interposto di legittimità *ex art. 76 Cost.*. Dunque, come si comporta la giurisprudenza amministrativa sul punto? Il sindacato di legittimità sulle norme si verifica spesso in via incidentale, dunque i Tribunali rappresentano il canale d’accesso alla giustizia costituzionale. Quali sono i fattori che limitano il sindacato della Corte costituzionale sul divieto di «gold plating»? Come si è visto, soprattutto nella materia dei contratti pubblici, il problema è attuale, perché il superamento dei livelli minimi di regolazione spesso si traduce nelle censure della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e nelle procedure d’infrazione aperte dalla Commissione europea.

A tutte queste domande si risponderà nel prossimo capitolo, focalizzando la ricerca sulle relazioni AIR del Governo e dell’ANAC in

---

<sup>278</sup> Cons. Stato, parere n. 855/2016.

materia di contratti pubblici e sulla giurisprudenza amministrativa che è stata chiamata ad esprimersi sul rispetto del divieto di «gold plating».

## CAPITOLO III

### L'EFFETTIVITÀ DEL DIVIETO DI «GOLD PLATING»

#### 8. *Il problema dell'effettività del diritto*

Nel presente capitolo si intende studiare l'istituto del divieto di «gold plating» nella sua dinamicità, ossia andando oltre la mera descrizione del quadro normativo di riferimento. In altri termini, si tratta di comprendere come si comportano i pubblici poteri chiamati a dare concretamente attuazione alla normativa descritta nel Capitolo II.

L'oggetto rimane dunque immutato: cambia l'approccio metodologico, o meglio, la prospettiva adottata. Nei paragrafi che seguiranno si affronterà la tematica dell'effettività del divieto di «gold plating». Tuttavia, una premessa è doverosa.

Quando si parla di “effettività” si fa riferimento ad un concetto apparentemente ben rodato nel lessico dei giuristi. Non bisogna però lasciarsi trarre in inganno dalle apparenze, perché la nozione di effettività è tutt'altro che chiara o “sedimentata”, e cambia piuttosto a seconda della prospettiva che si assume. È stato rilevato che per alcuni il concetto in questione si riconduce alla capacità di una norma di mutare il contesto normativo di riferimento; per altri, la concezione della norma come strumento di ingegneria sociale postula come obiettivo ultimo un mutamento del contesto sociale su cui essa interviene (di conseguenza, tanto più quest'ultimo muterà in ragione della norma, tanto più questa sarà effettiva); infine c'è chi privilegia una concezione della norma come sintesi della dialettica politica, e perciò, nella valutazione che se ne dà, bisogna prendere in considerazione gli scopi emersi dal dibattito politico<sup>279</sup>.

Per far capire la portata della distinzione, se si aderisce all'ultima prospettiva, bisogna ricomprendere nella metodologia di analisi delle norme anche i lavori preparatori che ne hanno portato alla stesura<sup>280</sup>. Quindi, per esempio, come emerso dall'analisi svolta nel Capitolo II, il divieto di «gold plating» è penetrato nel nostro ordinamento sulla spinta di vari interessi: la tutela della PMI, la generale necessità di ridurre gli oneri amministrativi, ma

---

<sup>279</sup> ZAMBONI M., *Legislative Policy and Effectiveness: A (Small) Contribution from Legal Theory*, in *EJRR*, 2018(9), 416.

<sup>280</sup> Vedi MCNOLLGAST, *Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory In Statutory Interpretation*, in *L&CP*, 1994(1), 3, dove si fornisce, invero, principalmente un contributo alla c.d. “*statutory interpretation*”.

anche l'impellenza di smentire una visione impietosa del sistema economico italiano, asfissiato dalla burocrazia e dunque inadatto a superare la crisi economica del 2008 (*supra* §5.1.). Volendo aderire a questa narrazione, dunque, sarebbe interessante valutare quanto l'adozione della normativa sul «gold plating» abbia influito sulla percezione dell'Italia all'estero, per esempio utilizzando come strumenti di analisi i report dell'OECD o della Banca Mondiale prima e dopo le riforme del 2011-2012.

D'altra parte, se si privilegia invece l'impatto che una normativa ha sulla società, nel nostro caso bisognerebbe indagare se effettivamente la quantità degli oneri amministrativi è diminuita a seguito dell'entrata in vigore del divieto di «gold plating». A titolo esemplificativo, nella materia dei contratti pubblici, bisognerebbe prendere in considerazione un campione di operatori economici (“popolazione”) e valutarne le spese relative agli oneri amministrativi prima e dopo la riforma del 2016<sup>281</sup>.

Per aiutare a chiarire meglio le opzioni in campo, è utile far riferimento alla distinzione tra i concetti di effettività e di efficacia<sup>282</sup>. Mentre quest'ultima è la capacità di una norma di raggiungere gli obiettivi per i quali è stata concepita, l'effettività ha più a che fare con la concreta implementazione delle regole previste. In altri termini, interrogarsi sull'effettività di una norma, da un punto di vista strettamente giuridico, significa interrogarsi sul grado di *compliance* che essa riceve.

Nel nostro caso, il divieto di «gold plating» nella materia dei contratti pubblici è diretto al Legislatore delegato e, a cascata, all'ANAC. Un primo aspetto da considerare quindi, è il grado di *compliance* che questi due soggetti dimostrano nei confronti del principio menzionato. L'oggetto del divieto, per loro, si traduce prima di tutto nel rispetto di obblighi strumentali, genericamente riconnessi allo svolgimento dell'AIR durante la redazione delle norme.

Dall'altra parte, il divieto di «gold plating» gode, in quanto tale, di un apparato sanzionatorio. Essendo infatti un criterio di delega nella l. 11/2016, esso funge da parametro interposto di legittimità per il Legislatore delegato. Simultaneamente, esso rappresenta un parametro di legittimità dell'attività regolatoria dell'ANAC, *ex art.* 213 del Codice. Ne consegue che per comprendere effettivamente il grado di effettività della disciplina, è utile chiarire il comportamento della giurisprudenza (sia amministrativa che costituzionale) rispetto al divieto in questione.

---

<sup>281</sup> Per considerazioni di ordine generale, vedi MADER L., *Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation*, in *SLR*, 2001(2), 119.

<sup>282</sup> *Ibidem*.

A tanto si procede nei seguenti paragrafi, offrendo prima di tutto una ricognizione dell'attività normativa del Governo e dell'ANAC in materia, osservando quanto effettivamente essi abbiano dato corso finora al criterio di delega del 2016. Successivamente, verrà data una sintesi dei principali orientamenti emersi in giurisprudenza e si cercherà di evidenziare i maggiori punti che ostano ad un'effettiva implementazione della disciplina.

#### 9. *L'effettività della disciplina sull'AIR: considerazioni di sintesi*

È utile, per quanto esposto sopra, offrire prima di tutto delle considerazioni di sintesi sull'attività normativa delle pubbliche amministrazioni centrali, osservando come viene applicata la disciplina AIR in generale. La premessa è d'obbligo, perché permette di capire se eventuali disfunzioni relative al «gold plating» sono peculiari di quest'ultimo o sono semplicemente dei riflessi di problemi di carattere “sistematico”.

Come noto, la l. 246/2005, all'art. 14, comma 10, prevede che “entro il 31 marzo di ogni anno, le amministrazioni comunicano al DAGL i dati e gli elementi informativi necessari per la presentazione al Parlamento, entro il 30 aprile, della relazione annuale del Presidente del Consiglio dei ministri sullo stato di applicazione dell'AIR”. È ragionevole quindi fare riferimento a tali compendi per uno sguardo di sintesi sull'applicazione della disciplina in commento, utilizzando i dati più aggiornati forniti dalla “Relazione sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (Anno 2018)”, comunicata alla Presidenza del Senato il 1° agosto 2019 (di seguito soltanto “Relazione”)<sup>283</sup>.

Anzitutto, è interessante notare come, da un punto di vista redazionale, la Relazione ricalchi le indicazioni previste dall'art. 19 del DPCM 169/2017. Tale disposizione attuativa fornisce delle specifiche importanti su come dev'essere strutturata la Relazione annuale prevista dalla l. 246/2005, proprio per garantire uno studio diacronico dell'applicazione dell'AIR e della VIR nel nostro ordinamento<sup>284</sup>.

---

<sup>283</sup> Le relazioni annuali più recenti, ivi inclusa quella in commento, sono consultabili all'indirizzo [http://presidenza.governo.it/DAGL/uff\\_studi/servizio\\_analisi\\_verifica.html](http://presidenza.governo.it/DAGL/uff_studi/servizio_analisi_verifica.html). link

<sup>284</sup> Le relazioni annuali devono riportare i seguenti elementi: a) numero di AIR e di VIR concluse nell'anno; b) numero e casi di esclusione e di esenzione dall'AIR; c) numero di relazioni AIR integrate su richiesta del DAGL, del Parlamento, o su sollecitazione del Consiglio di Stato in sede consultiva; d) metodologie applicate, scelte organizzative adottate dalle amministrazioni; e) numero di consultazioni realizzate nel corso dell'AIR e della VIR e relative metodologie; f) piani biennali per la valutazione e la revisione della

La Relazione del 2018 si apre con una ricognizione delle maggiori novità introdotte nel 2018: ci si riferisce al completamento delle riforme concernenti la disciplina dell’AIR, della VIR e delle consultazioni pubbliche (*supra* §2). Tra queste è centrale il ruolo assunto dal principio di concentrazione di cui all’art. 2, comma 3, del DPCM 169/2017, secondo cui “l’AIR è riservata ad iniziative normative di impatto significativo su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni”. La disposizione, quantomai opportuna, è frutto del contemperamento di vari interessi.

Prima di tutto, rileva il tentativo di allineare l’utilizzo degli strumenti di analisi della regolamentazione alle prassi consolidate (e funzionanti) riscontrabili negli Stati Uniti d’America: qui, già da tempo l’analisi e la valutazione d’impatto della regolamentazione sono svolte prevalentemente sulle misure più significative. Questo permette di garantire (in concomitanza con altri fattori) degli standard di qualità elevati per quanto riguarda l’analisi svolta<sup>285</sup>.

#### Numero di AIR svolte dal 2007 al 2018

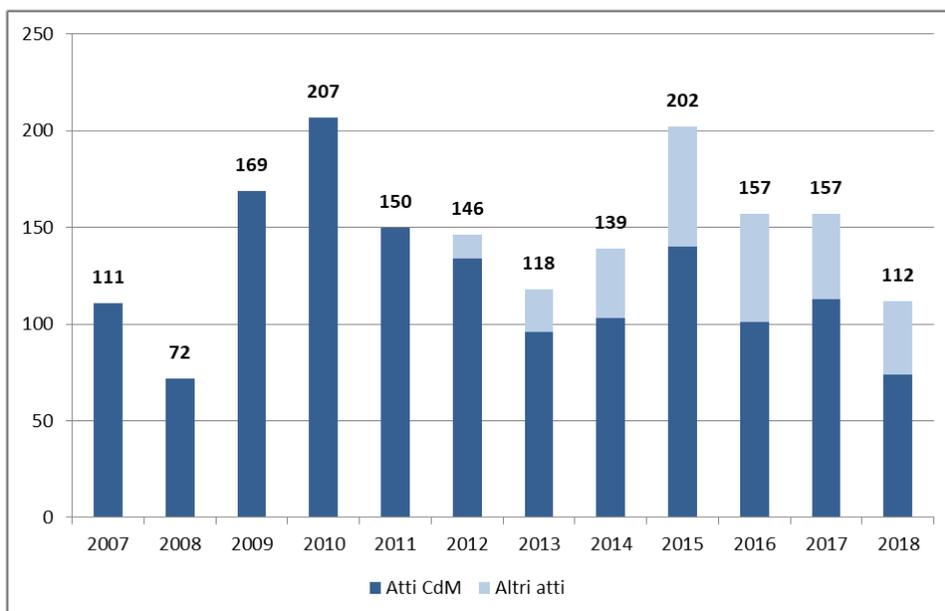


Grafico 4 (dati raccolti dal DAGL)

regolazione redatti ai sensi dell’articolo 12 e loro aggiornamenti; g) riferimenti alle esperienze di AIR e di VIR presso le istituzioni dell’Unione europea, le autorità indipendenti, le regioni, gli enti locali, evidenziando le migliori pratiche anche a livello internazionale; h) eventuali criticità riscontrate a livello di Amministrazioni nello svolgimento delle AIR e delle VIR; i) iniziative per la formazione e il miglioramento delle capacità istituzionali nello svolgimento dell’AIR, della VIR e delle consultazioni.

<sup>285</sup> CECOT C. *et al.*, *An evaluation of the quality of impact assessment in the European Union with lessons for the US and the EU*, in R&G, 2008(2), 405.

Un altro aspetto importante è poi costituito dal rischio (invero soltanto paventato) della c.d. *paralysis by analysis*<sup>286</sup>, ossia che un utilizzo troppo generoso dell'analisi d'impatto della regolamentazione comporti un irrigidimento eccessivo dell'attività dei decisori pubblici, con conseguenti ritardi spesso incompatibili con l'esigenza di garantire una normazione al passo con le esigenze della società<sup>287</sup>.

La Relazione, dunque, riporta che il numero complessivo delle AIR rispetto al 2017 è calato del 30% (grafico 4) e sono aumentati i casi di esclusione<sup>288</sup>. Questi ultimi hanno riguardato in tutto 34 provvedimenti.

Ma il dato veramente interessante, soprattutto se rapportato all'attività normativa nei contratti pubblici, è quello relativo alla tipologia di provvedimenti sottoposti ad AIR: nel 2018, su un totale di 74 AIR svolte su atti sottoposti all'esame del Consiglio dei ministri, 42 riguardavano decreti legislativi, 10 disegni di legge, 15 decreti del Presidente della Repubblica e soltanto 7 decreti-legge (grafico 5).

---

<sup>286</sup> Vedi SUSTEIN C. R., *Is cost-benefit analysis for everyone*, in *ALR*, 2001(1), 299.

<sup>287</sup> Vedi COGLIANESE C., *The Rhetoric and Reality of Regulatory Reform*, in *YJR*, 2008(1), 85, il quale denuncia (negli USA) la discrasia che c'è tra la retorica che definisce l'AIR come un rallentamento per le pubbliche amministrazioni e la realtà, nella quale non si riscontrano evidenze empiriche di un effettivo appesantimento dell'attività regolatoria.

<sup>288</sup> Gli atti normativi esclusi dall'applicazione dell'AIR sono disciplinati dall'art. 6 del DPCM 169/2017, e sono: (a) disegni di legge costituzionale; (b) norme di attuazione degli statuti delle Regioni a statuto speciale; (c) disposizioni direttamente incidenti su interessi fondamentali in materia di sicurezza interna ed esterna dello Stato; (d) disegni di legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali; (e) norme di mero recepimento di disposizioni recate da accordi internazionali ratificati; (f) norme di approvazione di bilanci e rendiconti generali; (g) testi unici meramente compilativi; (h) provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 17, commi 4-bis e 4-ter, della legge 23 agosto 1988, n. 400 e s.m.i.

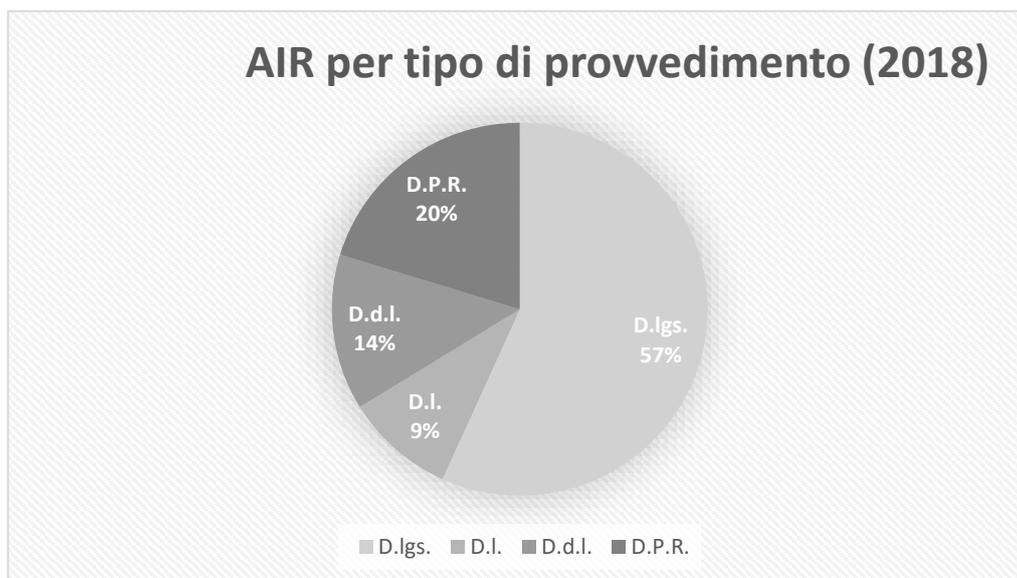


Grafico 5 (dati forniti dal DAGL)

Il numero esiguo di AIR svolte su decreti-legge stride con le novità introdotte dal DPCM 169/2017, il quale prevede, all'art. 10, una formula semplificata di analisi per queste fonti, proprio per tentare di appianare la contraddizione irriducibile tra lo strumento emergenziale del decreto-legge e l'attività di istruttoria normativa<sup>289</sup>.

Tali dati, se confrontati con l'attività normativa del Governo in generale e soprattutto con quella relativa ai contratti pubblici, restituiscono un ritratto d'insieme dalle tinte fosche. Sotto il primo profilo va infatti considerato che, dall'inizio della XVIII Legislatura fino a marzo 2020, sono state approvate 107 leggi (37 sono leggi di conversione di decreti-legge) e sono stati emanati 46 decreti-legge, 63 decreti legislativi e 9 regolamenti di delegificazione<sup>290</sup>. Lo strumento previsto dall'art. 77 Cost., dunque, rappresenta una porzione tutt'altro che marginale nell'attività normativa del Governo e del Parlamento. Ancor di più, quindi, si appalesa l'inefficacia degli strumenti sulla qualità della regolamentazione concepiti sulla base di un funzionamento fisiologico del sistema delle fonti del diritto, a fronte di una

<sup>289</sup> L'AIR in questi casi dovrebbe infatti articolarsi almeno nelle seguenti fasi: a) individuazione dei problemi da affrontare, con riferimento all'area o settore di regolamentazione in cui si inserisce l'iniziativa normativa, con illustrazione delle esigenze e delle criticità di tipo normativo, amministrativo, economico e sociale constatate nella situazione attuale, che motivano l'intervento; b) definizione degli obiettivi dell'intervento normativo, coerenti con l'analisi dei problemi di cui alla lettera a); c) individuazione dei potenziali destinatari, pubblici e privati, dell'intervento e definizione della loro consistenza numerica; d) valutazione dell'intervento, con descrizione e, ove possibile, quantificazione dei principali impatti (benefici e costi attesi) per categoria di destinatari e per la collettività nel suo complesso; e) individuazione delle condizioni specifiche per l'attuazione dell'intervento e delle relative modalità di effettuazione del monitoraggio e della successiva valutazione.

<sup>290</sup> CAMERA DEI DEPUTATI, *La produzione normativa: cifre e caratteristiche*, cit..

realtà dei fatti che da tempo attesta delle storture patologiche in questo senso<sup>291</sup>. Paradossalmente, invece, i decreti-legge si presterebbero per loro natura ad essere l'oggetto privilegiato di un'analisi d'impatto effettivamente ponderata, dal momento che non devono passare per il vaglio preventivo del Parlamento e quindi non scontano il rischio di essere modificati dopo lo svolgimento dell'istruttoria.

Parallelamente, sotto il profilo dei contratti pubblici, si assiste ad una netta prevalenza della decretazione d'urgenza in materia. Come già accennato nel capitolo II (*supra* §5.3.1.), nel periodo compreso tra l'aprile 2016 e l'aprile 2020, il Codice dei contratti pubblici ha subito l'intervento di 20 atti normativi: di questi, 10 sono decreti-legge, 3 decreti legislativi e 7 leggi (di cui almeno la metà sono leggi di conversione dei decreti-legge). Dunque anche in questa materia, che come si è visto necessiterebbe per ragioni tecniche (la grande complessità) e normative (l'espresso divieto di «gold plating») di un'adeguata istruttoria normativa, viene utilizzato lo strumento che meno di tutti è idoneo al raggiungimento tale scopo. Gli spunti introduttivi appena forniti, ad ogni modo, verranno confermati dall'analisi più approfondita dei prossimi paragrafi (*infra* §10.1.).

Per concludere, è interessante riportare la breve sintesi sui problemi dell'AIR fornita dalla Relazione. Dal costante lavoro di monitoraggio del Nucleo AIR istituito presso la Presidenza del Consiglio, è emerso che “*(L)a fase in cui permangono le maggiori difficoltà è la valutazione degli impatti, sia generali, sia specifici (riferiti, cioè, alla valutazione sulle PMI, alla concorrenza, agli oneri amministrativi e al c.d. gold-plating): in genere, tale valutazione ha continuato ad essere solo di tipo qualitativo ed eccessivamente generica, sia sotto il profilo dell'esame dei presumibili effetti derivanti dai cambiamenti imposti (o indotti) dalla nuova regolazione, sia sotto quello della chiara indicazione dei costi e dei benefici per le diverse categorie di destinatari*”<sup>292</sup>. In sostanza, le maggiori criticità si riscontrano nell'analisi quantitativa degli impatti della normazione: in altre parole, proprio il lavoro che serve per prevenire il «gold plating». Le ragioni di tale approccio, che privilegia il momento qualitativo a scapito di quello quantitativo, possono essere molteplici. È stata sicuramente denunciata, ad esempio, la scarsa capacità interdisciplinare degli uffici preposti all'analisi della

---

<sup>291</sup> Vedi sempre DAL CANTO F., *Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica. Atti normativi del governo e qualità della normazione, cit.*

<sup>292</sup> Relazione 2018, p. 20.

regolamentazione, dal momento che l’AIR viene svolta solitamente da giuristi “puri”<sup>293</sup>.

#### 10. *Il «gold plating» nelle fonti di rango primario*

Nel presente paragrafo verrà analizzata l’applicazione della disciplina sul divieto di «gold plating» da parte delle amministrazioni centrali, prendendo in considerazione gli atti normativi di rango primario che hanno modificato il d.lgs. 50/2016 dalla sua entrata in vigore sino oggi. Prima però, è utile esplicitare come sono stati raccolti i dati.

Come noto, l’art. 9, comma 7, del DPCM 169/2017, impone alle amministrazioni centrali degli obblighi di trasparenza e comunicazione in merito alle relazioni AIR. Segnatamente, *“la relazione AIR che accompagna il provvedimento, verificata dal DAGL, è trasmessa al Parlamento ed è pubblicata sul sito istituzionale dell’Amministrazione proponente, nonché sul sito istituzionale del Governo”*.

Dunque, per ciascun atto intervenuto dal 2016 ad oggi dovrebbe essere disponibile sul sito del Governo la relazione AIR ad esso connessa. Tuttavia tali informazioni non sembrano reperibili. Parallelamente, sempre in base alla disposizione citata, il Governo è tenuto a trasmettere al Parlamento le relazioni AIR. Fortunatamente, il Servizio per la qualità degli atti normativi istituito presso il Senato svolge un’importante attività di archiviazione e ricerca in materia, e conseguentemente rende accessibile mensilmente al pubblico il “Bollettino AIR”, ossia la raccolta dei disegni di legge presentati in quel determinato lasso di tempo corredati (eventualmente) delle relazioni AIR.

Di conseguenza si è presa a principale fonte di raccolta dei dati il menzionato Bollettino AIR. C’è però un lato negativo: la raccolta offerta dal Senato è in grado di dire se il Governo ha trasmesso o meno la relazione AIR, e in caso affermativo, la mette a disposizione del pubblico. Tuttavia, non è detto che in caso di mancata trasmissione la relazione sia del tutto assente. È possibile che il Governo l’abbia redatta senza comunicarla al Parlamento. Dunque i dati di seguito riportati vanno considerati alla luce di questa specifica.

Come detto, in quattro anni sono intervenuti 20 atti normativi a modificare il Codice<sup>294</sup>. Di questi, molti hanno inciso in modo limitato

---

<sup>293</sup> Sul punto, tra i tanti, vedi BACHETTI M., *Relazione introduttiva - Per un osservatorio del contenzioso come strumento di qualità normativa. Contenimento della spesa pubblica e sviluppo economico*, in RAS, 2018(2), 22-23.

<sup>294</sup> Per un prospetto riepilogativo delle modifiche, vedi Tabella V in Appendice.

sull'articolato del d.lgs. 50/2016. Nella maggior parte dei casi, le disposizioni modificate si contano sulle dita di una mano. Tuttavia, questo non basta a valutare la "rilevanza" di un intervento normativo. È quasi superfluo ricordare che vi sono disposizioni che hanno un impatto economico più di altre.

Per esempio, il decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 ha modificato soltanto una disposizione: l'art. 80 ("*Motivi di esclusione*"). È chiaro che una novella che incide sui requisiti di ordine generale di partecipazione alle gare è per sua natura idonea a caricare gli operatori economici di maggiori oneri, anche di natura documentale<sup>295</sup>.

Specularmente, il decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, si è limitato a coordinare l'entrata in vigore del nuovo "*Codice della protezione civile*" con il Codice dei contratti pubblici, segnatamente rispetto all'art. 163 ("*Procedure in caso di somma urgenza e protezione civile*"). In questo caso, si è trattato semplicemente di una modifica di stampo meramente redazionale e quindi non idonea a provocare «gold plating».

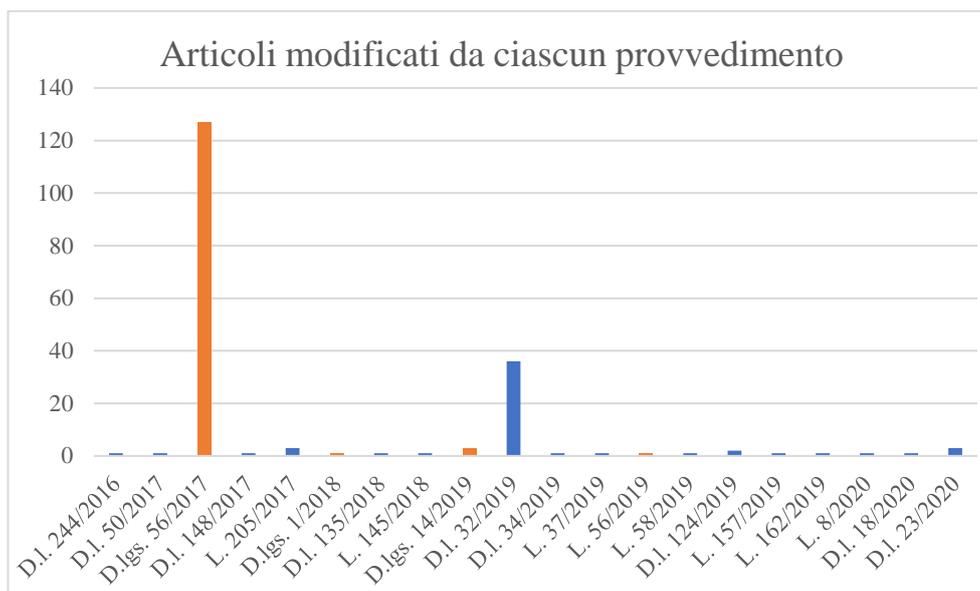
In linea di massima, e nonostante questa doverosa premessa, sembrerebbe comunque ragionevole ipotizzare che il Governo abbia svolto un'analisi d'impatto della regolamentazione accurata su quegli atti che hanno inciso in maniera organica sull'articolato del Codice, poiché è presumibile che questi ultimi abbiano avuto un maggiore impatto. È utile quindi osservare se esistono delle evidenze empiriche a sostegno di tale ipotesi.

Ebbene, su 20 atti normativi presi in considerazione, di questi soltanto 4 risultano essere corredati di una relazione AIR trasmessa al Parlamento: si tratta del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 ("correttivo"), del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 e della legge 19 giugno 2019, n. 56.

D'altra parte, da un punto di vista prettamente quantitativo, gli atti che hanno avuto un maggiore impatto sull'articolato del Codice sono il correttivo del 2017 e il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 ("sblocca cantieri"). Il primo, che ha modificato ben 127 articoli del Codice, risulta corredato di un'approfondita relazione AIR; il secondo, che ha emendato 36 articoli, ne risulta invece privo.

---

<sup>295</sup> Per esempio, con il d.l. 135/2018 è stata recepita a livello legislativo la tesi della "natura esemplificativa" dei gravi illeciti professionali, la quale già si era affermata nella giurisprudenza. Vedi, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 2.3.2018, n. 1299; Cons. Stato, sez. V, 3.9.2018, n. 5136; Cons. Stato, sez. V, 24.1.2019, n. 591. In dottrina, vedi FOÀ S., RICCIARDO CALDERARO M., *I gravi illeciti professionali dell'operatore economico come elenco esemplificativo*, in *Giur. it.*, 2017(7), 1681.



■ Provvedimenti privi di AIR ■ Provvedimenti muniti di AIR (Grafico 6)

Svolgendo la medesima analisi per tutti e 20 gli atti presi in considerazione, non sembra si possa inferire alcuna correlazione tra l’impatto normativo di un atto e il fatto che esso venga sottoposto ad AIR. Come emerge chiaramente dal “grafico 6”, il Governo non sembra curarsi di quest’aspetto nello svolgimento dell’AIR, posto che la stessa risulta espletata allo stesso modo per provvedimenti ad alto impatto sul Codice (come per il correttivo del 2017) così come per atti di scarso impatto (es: d.lgs. 1/2018).

Piuttosto, se si volesse azzardare una correlazione, si potrebbe rilevare che lo svolgimento dell’AIR dipende più dal tipo di atto adottato che dall’impatto dello stesso. In pratica, nella materia dei contratti pubblici, tutte le volte in cui il Governo è intervenuto con un decreto legislativo ha anche svolto l’analisi d’impatto della regolamentazione. Al contrario, non si rilevano relazioni AIR allegate a decreti-legge. L’osservazione è peraltro in linea con i numeri generali forniti nella Relazione 2018<sup>296</sup>, secondo cui la maggioranza delle AIR svolte nell’anno di riferimento riguardava decreti legislativi (57%)<sup>297</sup>.

In sostanza, quindi, l’ipotesi di partenza secondo cui l’AIR nei contratti pubblici viene svolta sulla base dell’impatto normativo dei provvedimenti sembra essere smentita dalle risultanze empiriche. D’altra

<sup>296</sup> Vedi *supra* grafico 5, §9.

<sup>297</sup> Il *trend* relativo all’analisi d’impatto della regolamentazione sembra muoversi parallelamente all’affermarsi del decreto legislativo come fonte privilegiata del diritto. Sul punto, vedi CELOTTO A., FRONTINI E., *Legge di delega e decreto legislativo*, in *ED*, 2002, che affermano laconicamente che “*in un sistema delle fonti sempre più farraginoso, disarticolato e scoordinato - la delega è finita con l’assumere un ruolo privilegiato*”.

parte, non sembra potersi riscontrare altri criteri (di tipo qualitativo) che indirizzino l'azione del Governo in questo senso, se non quello strettamente formale del tipo di atto adottato. Si è infatti rilevato come atti normativi che emendano singole disposizioni di grande impatto sulle imprese non vengano comunque sottoposti ad AIR.

Per quanto riguarda lo specifico profilo del «gold plating», poi, i rilievi non sono migliori. Entrando nel merito delle 4 relazioni AIR effettuate dal 2016 ad oggi, non sembra che questo profilo venga curato con la dovuta attenzione. Di seguito verranno analizzate singolarmente le relazioni in questione, dopo aver brevemente riassunto il contenuto di quella relativa al d.lgs. 50/2016.

#### A) Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50<sup>298</sup>

Per cominciare, è necessario analizzare preliminarmente la relazione allegata allo schema del Codice del 2016. Visto l'espresso richiamo al divieto di «gold plating» contenuto nella legge delega, e soprattutto l'importanza che esso assume in generale nell'ordinamento e segnatamente nella materia dei contratti pubblici, ci si sarebbe aspettati che la relazione AIR contenesse una corposa sezione dedicata all'argomento. Tali aspettative sono state però fin da subito frustrate.

Nella “sezione 8”, adibita appunto al “Rispetto dei livelli minimi di regolazione europea”, si legge semplicemente: “*Fermo restando il rispetto di tutti i criteri di delega, l'intervento normativo non introduce livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive*”. Ebbene, sarebbe pleonastico ora soffermarsi sull'apoditticità di tale proposizione logica.

In realtà, il tema del «gold plating» era stato preso in considerazione dal Governo: in parte sulla spinta delle consultazioni delle parti interessate, che avevano sottolineato l'importanza del criterio direttivo in questione (vedi principalmente ANCE e CNA); in parte per autonomi rilievi effettuati dall'esecutivo in materia di subappalto.

Segnatamente, rispetto a tale ultima questione, è interessante notare come essa rappresenti un caso paradigmatico di “disfunzione” della normativa in materia AIR. Il Governo aveva infatti optato, inizialmente, per la rimozione del limite del 30% al valore delle prestazioni subappaltabili, limite invece presente nella previgente disciplina<sup>299</sup>. Tuttavia, in base ai rilievi effettuati dal Consiglio di Stato nel già citato parere n. 855 del 2016, il

---

<sup>298</sup> La relazione in questione è stata allegata all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 283 - XVII Legislatura, ed è consultabile al link <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/docnonleg/32158.htm>.

<sup>299</sup> Cfr. Art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Legislatore delegato ha poi fatto *dietrofront*. La scelta, formalmente ineccepibile sul piano procedurale e pienamente rispettosa dell'alto valore tecnico e professionale dei giudici di Palazzo Spada, si è poi rivelata errata. Basti citare la sentenza della CGUE C-63/18, che ha censurato la normativa italiana sul punto. È evidente che la mancanza di un'integrazione dell'AIR successiva al parere del Consiglio di Stato ha di fatto vanificato gli sforzi profusi precedentemente<sup>300</sup>.

*B) Il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. "correttivo")*<sup>301</sup>

Il correttivo del 2017 rappresenta una delle tante manifestazioni dell'utilizzo della delega legislativa in funzione "correttiva" e/o "integrativa". Invero, il fenomeno è risalente, e l'esperienza dei contratti pubblici costituisce forse un esempio virtuoso di tale approccio all'istituto previsto dall'art. 76 Cost.<sup>302</sup>. È stato ricordato che la prima attestazione di legge contenente una delega per un correttivo risale alla legge 9 ottobre 1971, n. 825 (*"Delega legislativa al Governo della Repubblica per la riforma tributaria"*)<sup>303</sup>.

Nel solco di questa tradizione, anche la legge n. 11 del 2016 ha previsto, all'art. 1, comma 8, che *"(E)ntro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1 il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura di cui al presente articolo"*.

Venendo alla relazione AIR, comunicata unitamente allo schema del decreto correttivo per ottenere un parere dalle competenti commissioni parlamentari, essa si occupa del «gold plating» in vari punti. Si anticipa fin da subito che nell'istruttoria normativa ha avuto un peso importante la consultazione delle parti interessate.

Difatti, un primo punto riguarda il c.d. soccorso istruttorio oneroso. Inizialmente, come già spiegato diffusamente nel capitolo II, era previsto che gli operatori economici pagassero una somma per essere ammessi all'integrazione documentale. La disposizione, fin da subito criticata, è stata poi elisa con il correttivo del 2017. Gli stessi *stakeholders* hanno accolto con favore la scelta.

Un'altra asserita ipotesi di «gold plating», cancellata con il d.lgs. 56/2017, concerneva i controlli amministrativi post-aggiudicazione

---

<sup>300</sup> Sul punto, per una trattazione più approfondita, vedi *passim* Capitolo II.

<sup>301</sup> La relazione in commento, allegata all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 397 - XVII Legislatura, è consultabile al link <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/docnonleg/33995.htm>.

<sup>302</sup> Per maggiori riflessioni sul punto, vedi *infra* §10.2..

<sup>303</sup> Per un riferimento in tal senso, vedi LUPO N., *Lo sviluppo delle deleghe e dei decreti legislativi «correttivi»*, in *Osservatorio sulle fonti* 1996, 1996.

sull'impresa seconda classificata in graduatoria. L'art. 85 del Codice, nella versione originaria, al comma 5 prevedeva infatti che *“(P)rima dell'aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, nonché all'impresa che la segue in graduatoria, ... di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 86 e, se del caso, all'articolo 87”*. Anche questa previsione è stata eliminata con il correttivo.

La scelta, invero, non ha comportato grossi sgravi per gli operatori economici, ma più per le stazioni appaltanti, che sono state messe nelle condizioni di velocizzare la fase post-aggiudicazione che conduce alla stipula contrattuale. Non sono comunque mancate le critiche, perché è stato fatto notare che nel caso di scorrimento della graduatoria (ad es., nel caso sia necessario il c.d. interpello), le stazioni appaltanti potrebbero incontrare maggiori difficoltà<sup>304</sup>.

Infine, la sezione 8, sede naturale delle riflessioni sul divieto di «gold plating», risulta più articolata della sua omonima di un anno prima, ma comunque insufficiente. Se ne riporta integralmente il testo appresso:

*“Fermo restando il rispetto di tutti i criteri di delega, l'intervento normativo non introduce livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive. Peraltro, il correttivo contribuisce a risolvere in termini positivi taluni punti che erano suscettibili di introdurre gold-plating sul recepimento. A titolo puramente esemplificativo, si consideri ad esempio l'art. 34, che modifica in termini positivi l'art. 34 del Codice dove si parla di premialità e non più di qualificazione. O ancora, l'art. 36 che modifica dell'art. 86 del Codice "Mezzi di prova" (eliminazione dell'attività di controllo sui secondi concorrenti)”<sup>305</sup>.*

In sintesi, se da una parte emergono dei risultati promettenti per quanto riguarda l'analisi retrospettiva delle criticità emerse nell'anno precedente, dall'altra è sempre carente la componente prospettiva. In pratica, l'AIR svolta sui decreti correttivi e integrativi sembrerebbe fungere più da VIR.

Eppure, anche il d.lgs. 56/2017 ha creato nuovi problemi sotto il profilo del «gold plating». Basti pensare all'obbligo di esplicitare i costi relativi alla manodopera e di sicurezza aziendale nell'offerta: una scelta che ha provocato (e provoca tutt'ora) grossi problemi e incertezze tra gli addetti ai lavori<sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> Cfr. p. 51 della relazione AIR al d.lgs. n. 56 del 2017.

<sup>305</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 57.

<sup>306</sup> Per una trattazione più approfondita del tema, vedi *supra* §5.3.2..

In conclusione, non si può bocciare *in toto* la relazione AIR sul correttivo del 2017. Essa, perlomeno, dà conto delle criticità emerse dalle consultazioni e si occupa efficacemente del «gold plating» contenuto nel Codice originario. Tuttavia, essa è opinabile per quanto riguarda l'effettiva analisi delle disposizioni di nuova introduzione. Infine, va rilevato che, anche in questo caso, la “sezione 8” sui livelli di regolazioni minimi previsti dal diritto europeo è stata compilata senza la dovuta accuratezza e soprattutto senza seguire le indicazioni della direttiva del 2013 (applicabile *ratione temporis*)<sup>307</sup>.

C) *Il decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1*<sup>308</sup>

Il decreto legislativo n. 1 del 2018 è intervenuto a riordinare la disciplina in materia di protezione civile. La materia, per sua natura di importanza strategica, pertiene trasversalmente varie branche del diritto. Una di queste è appunto quella dei contratti pubblici, proprio perché, nei casi di calamità naturale o eventi affini, è necessario che le pubbliche amministrazioni sia approvvigionino di beni e servizi in tempi rapidi<sup>309</sup>. Non a caso, nell'epoca dell'emergenza sanitaria causata dal COVID-19, anche l'ANAC ha fatto presente che il Codice prevede alcune soluzioni per far fronte alle circostanze straordinarie: tra queste rientra sicuramente la disciplina degli affidamenti in caso di somma urgenza e di protezione civile, *ex art. 163*<sup>310</sup>.

È dunque naturale che, quando il Legislatore è intervenuto nel 2018 a riordinare la disciplina della protezione civile, abbia dovuto adeguare anche le disposizioni del Codice ad essa collegate. Tuttavia, ci si è limitati ad effettuare un raccordo normativo, adeguando i rinvii del Codice al T.U. sulla protezione civile.

Data la natura meramente formale degli interventi, quindi, è ragionevole che il Governo nella relazione AIR abbia liquidato la sezione

---

<sup>307</sup> Cfr. direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 16 gennaio 2013.

<sup>308</sup> La relazione in commento, allegata all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 479 - XVII Legislatura, è consultabile al link <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/docnonleg/35236.htm>.

<sup>309</sup> Per una rassegna all'indomani del Codice, vedi TRIVELLONI S., *La gestione dell'emergenza alla luce del nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in RDETA, 2017.

<sup>310</sup> Vedi in proposito ANAC, *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, 22 aprile 2020, disponibile su [https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/ComunicatiStampa/\\_comunicati?id=cabce7d00a77804235b8e97709435026](https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/ComunicatiStampa/_comunicati?id=cabce7d00a77804235b8e97709435026).

relativa al «gold plating» con “N.A.” (“not available”), anche se forse sarebbe stato più appropriato esplicitare i ragionamenti sviluppati poc’anzi.

D) *Il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*<sup>311</sup>

Il d.lgs. n. 14 del 2019, conosciuto anche come “*Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*” è intervenuto a sostituire la precedente disciplina risalente al 1942, anche se quest’ultima è ancora in vigore nel nostro ordinamento<sup>312</sup>.

Anche in questo caso, la materia è per sua natura idonea ad incidere su svariate branche del diritto e per questo motivo, un’analisi dei risvolti della nuova disciplina sui contratti pubblici è imprescindibile<sup>313</sup>. D’altronde, la centralità del tema è stata ribadita anche da una recente sentenza della Consulta, che ha rigettato una q.l.c. concernente la possibilità per un’impresa sottoposta a concordato preventivo di risultare aggiudicataria di un appalto in qualità di mandataria di un RTI<sup>314</sup>.

Sotto quest’ultimo aspetto, ossia la capacità delle imprese sottoposte a liquidazione giudiziale (*id est*, l’attuale fallimento) di partecipare alle gare pubbliche, il d.lgs. 14/2019 apporta un’importante novità: l’art. 211, al comma 10, esclude categoricamente che il curatore autorizzato all’esercizio dell’impresa possa “*partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto*”. Sulla scia di tale novità, il d.l. “sblocca cantieri” ha emendato l’art. 110 del d.lgs. 50/2016, escludendo fin d’ora la possibilità per la curatela di partecipare ad una procedura di affidamento, a prescindere dall’eventuale autorizzazione a proseguire l’attività d’impresa concessa dal giudice delegato<sup>315</sup>. La scelta, chiaramente incidente sui requisiti di partecipazione di cui all’art. 80, non trova giustificazione nella normativa UE sui contratti pubblici, e dunque avrebbe meritato quantomeno un esame approfondito in sede di AIR. Invece, la relazione allegata allo schema di decreto legislativo comunicato al Parlamento, afferma laconicamente che:

---

<sup>311</sup> La relazione in commento, allegata all’ Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 53 - XVIII Legislatura è consultabile al link <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/docnonleg/37375.htm>.

<sup>312</sup> Si ricorda che, per quanto interessa alla presente trattazione, il d.lgs. 14/2019 non entrerà in vigore sino al 01.09.2021.

<sup>313</sup> Per una riflessione approfondita sull’argomento, vedi ARMELI B., *Affidamento di contratti pubblici e procedure concorsuali: le novità introdotte dal Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza e le modifiche previste dal decreto “sblocca cantieri”*, in A&C, 2019(6), 11.

<sup>314</sup> Cort. cost. sent. 85/2020.

<sup>315</sup> ARMELI B., *Affidamento di contratti pubblici e procedure concorsuali*, op. cit., 21.

*“L'intervento-normativo non è chiamato ad adeguarsi ad un livello minimo di regolazione europea. In ogni caso, si pone in linea con il contenuto della Raccomandazione n. 135/2014/UE, del novellato regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera Regolamento UE 2015/848 e con la proposta di Direttiva Insolvency 2016/0359”<sup>316</sup>.*

L'approccio alla tematica del «gold plating» si conferma anche in questo caso del tutto inadeguato. Ma v'è di più. In questo caso sono opinabili persino i presupposti logici dell'analisi: nel momento in cui il Legislatore delegato è intervenuto sul Codice dei contratti pubblici in base a dei criteri di delega dettati per la crisi d'impresa, avrebbe dovuto bilanciare questi ultimi con i criteri di delega previsti dalla l. 11/2016, che appunto vieta non solo l'inserimento, ma anche il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dal diritto UE.

E) *La legge 19 giugno 2019, n. 56*<sup>317</sup>

Infine, l'ultima relazione da analizzare è quella relativa alla legge n. 56 del 2019. Già l'intestazione del provvedimento, *“Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo”*, tradisce l'intento latamente propagandistico dell'intervento normativo. Come è stato saggiamente evidenziato, la legge in questione appartiene al novero di quelle che *“contengono normalmente sia misure utili, sia misure dannose o più spesso innocue, caratterizzate da un alto tasso di demagogia”*<sup>318</sup>.

Ad ogni modo, anche in questa circostanza la materia dei contratti pubblici viene interessata collateralmente: l'art. 5 della legge in commento, infatti, inserisce un periodo al comma 5 dell'art. 144 del Codice dei contratti pubblici. Quest'ultima disposizione concerne i servizi di ristorazione, e segnatamente l'attività di emissione di buoni pasto, intesa come *“attività finalizzata a rendere per il tramite di esercizi convenzionati il servizio sostitutivo di mensa aziendale”*<sup>319</sup>. In sostanza, le pubbliche amministrazioni possono esternalizzare il servizio interno di mensa ad esercenti terzi, i quali

---

<sup>316</sup> Cfr. p. 34 della relazione AIR al d.lgs. n. 14 del 2019.

<sup>317</sup> La relazione in commento, allegata all' Atto Senato n. 920 - XVIII Legislatura, è disponibile al link [http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/50887\\_testi.htm](http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/50887_testi.htm).

<sup>318</sup> Cfr. MATTARELLA B. G., *La concretezza dell'amministrazione e quella della legge*, in *GDA*, 2019(6), 714. L'A. effettua una disamina critica delle principali innovazioni della l. 56/2019.

<sup>319</sup> Vedi art. 144, comma 3, d.lgs. 50/2016.

si impegnano a garantire il servizio in questione in forza di accordi stipulati con le società che emettono buoni pasto.

Ebbene, l'art. 144, comma 5, disciplina questi ultimi accordi, che soggiacciono al controllo dell'ANAC. La legge n. 56 del 2019 ha stabilito che questi negozi devono sempre prevedere *“una garanzia fideiussoria rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalla legislazione vigente, che le società emittenti sono tenute a consegnare agli esercizi convenzionati”*. La disposizione, è stata inserita dopo che Consip S.p.A. ha risolto un'importante convenzione in materia nel 2018, proprio perché la società emittente era risultata insolvente verso gli esercizi convenzionati<sup>320</sup>.

La disposizione, quindi, poggia su solide basi empiriche che ne giustificano l'adozione. Tuttavia, essa introduce oggettivamente un onere ulteriore in capo alle società emittenti, costituendo probabilmente «gold plating». Nonostante questo rischio, la relazione AIR allegata al d.d.l. non sembra prendere in considerazione quest'aspetto. Essa, infatti, recita testualmente:

*“l'intervento risulta in linea con le norme in materia derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea. In particolare, il provvedimento, con riguardo alle misure per il contrasto dell'assenteismo, si conforma al Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE. Difatti, all'articolo 2, comma 1, viene previsto che le relative modalità attuative della disposizione verranno disciplinate mediante un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, previo parere del Garante per la protezione dei dati personali sulle modalità di trattamento dei dati biometrici. Inoltre, non risultano particolari indicazioni di linee prevalenti della regolamentazione in altri Stati membri dell'Unione europea rilevanti ai fini degli interventi specifici in esame”*<sup>321</sup>.

Le osservazioni svolte meritano un commento. Anzitutto, sembra che sia stato frainteso l'obbligo di attenersi ai livelli minimi previsti dalla normativa europea: come si è ampiamente spiegato nel Capitolo II, esso non

---

<sup>320</sup> Vedi sempre MATTARELLA B. G., *La concretezza dell'amministrazione e quella della legge, op. cit.*, 718. Per il provvedimento di risoluzione, vedi <https://www.consip.it/media/news-e-comunicati/consip-risolta-la-convenzione-con-la-societa-quigroup-spa-per-i-lotti-1-e-3-buoni-pasto-ed7>.

<sup>321</sup> Cfr. p. 46 della relazione allegata alla legge 56/2019.

va confuso con l'obbligo di conformità con il diritto europeo. Quindi non si comprende il riferimento al Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 (GDPR), dal momento che la finalità del divieto di «gold plating» è completamente diversa.

Analogamente, anche in questo caso sembra che sia stato completamente ignorato l'intervento sul Codice appalti, che invece si sostanzia proprio in un livello di regolazione superiore a quello richiesto dalle direttive.

Infine, l'unica nota positiva (anche se tenue) è rappresentata dal riferimento alle esperienze presenti negli altri Stati membri, anche se ridotto a poco più di una clausola di stile<sup>322</sup>.

### 10.1. *Gli scarsi risultati del Governo*

Dopo aver raccolto i dati sulla *compliance* del Governo sulla disciplina del «gold plating», il giudizio che si può avanzare non può che essere negativo. In numeri assoluti, si è visto come l'AIR sia stata svolta soltanto sul 20% dei provvedimenti intervenuti dal 2016 ad oggi. Tra l'altro, non sembra che lo scarso utilizzo di tale strumento sia stato determinato dall'esigenza di concentrarsi sui provvedimenti più importanti. Piuttosto, è la forma dell'atto (*id est*, il decreto legislativo) che incide maggiormente sulle scelte del Governo in tal senso.

D'altro canto, si è provato ad abbozzare una panoramica del concreto funzionamento del divieto di «gold plating» nelle seppur esigue relazioni AIR raccolte. I risultati, anche in questo caso, non sono incoraggianti.

Spesso la sezione delle relazioni dedicata a tale scopo è poco curata, quando non scade persino in affermazioni apodittiche. Risulta pienamente confermata la sintesi effettuata nella Relazione annuale 2018 (vedi *supra* §9), secondo cui le relazioni AIR sono carenti in genere per quanto riguarda l'analisi quantitativa delle opzioni regolatorie prescelte<sup>323</sup>.

### 10.2. *L'eccezione dei decreti legislativi correttivi e integrativi*

Ad ogni modo, bisogna evidenziare anche un aspetto positivo. La relazione AIR del d.lgs. 56/2017 è risultata la più curata e probabilmente la

---

<sup>322</sup> Si ricorda che il richiamo alle esperienze giuridiche straniere è espressamente suggerito dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 16 febbraio 2018. Sul punto, vedi *supra* §5.4..

<sup>323</sup> Per considerazioni analoghe, vedi anche MAZZANTINI G., RANGONE N., *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione Annuario 2017-2018*, Roma, 2019.

più efficace. Essa è stata in grado di esaltare la funzione delle consultazioni pubbliche, utilizzandole per correggere le storture della prima versione del Codice, anche per quanto riguarda il «gold plating». Il segnale è incoraggiante, perché potrebbe suggerire un modello da utilizzare diffusamente nelle politiche di semplificazione normativa ed amministrativa.

Come è noto, lo strumento della delega legislativa è divenuto con il tempo la via preferita dal Legislatore per esercitare le proprie prerogative. In generale, questa cessione del potere normativo nelle mani del Governo si discosta dal disegno originario dei costituenti, che avevano concepito la legge ordinaria come lo strumento principe tra fonti statali di rango primario<sup>324</sup>. I primi sentori di questa tendenza vengono fatti risalire ancora agli anni '90 dello scorso secolo<sup>325</sup>, con un *trend* che in questi anni è andato persino acuendosi<sup>326</sup>.

Ma il profilo di maggiore interesse per la presente analisi è quello costituito dai decreti legislativi c.d. “correttivi” o “integrativi”, ossia quegli atti con i quali il Governo esercita una delega collegata e successiva ad una principale<sup>327</sup>. Il fine di tale meccanismo è quello di correggere, tramite l’esercizio di una nuova delega, eventuali errori nella disciplina regolata con un primo decreto legislativo, tipicamente nell’ambito delle discipline più intricate. In questo senso, come non ha mancato di suggerire anche la Corte costituzionale, tale strumento si presta ad essere utilizzato “*soprattutto in occasione di deleghe complesse, il cui esercizio può postulare un periodo di verifica, dopo la prima attuazione, e dunque la possibilità di apportare modifiche di dettaglio al corpo delle norme delegate, sulla base anche dell’esperienza o di rilievi ed esigenze avanzate dopo la loro emanazione, senza la necessità di far ricorso ad un nuovo procedimento legislativo parlamentare, quale si renderebbe necessario se la delega fosse ormai completamente esaurita e il relativo termine scaduto*”<sup>328</sup>.

---

<sup>324</sup> Come affermato a chiare lettere dalla Corte costituzionale nella nota sentenza 171/2007: “*Tenuto conto del tenore dell’art. 70 Cost., ... le disposizioni dei commi successivi ... hanno carattere derogatorio rispetto all’essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell’ambito delle competenze dello Stato centrale*”. Per un commento alla sentenza, vedi CELOTTO A., *C’è sempre una prima volta ... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *GiustAmm.it*, 2007.

<sup>325</sup> Vedi ancora LUPU N., *Lo sviluppo delle deleghe e dei decreti legislativi «correttivi», op. cit.*

<sup>326</sup> Vedi soprattutto MARCHETTI G., *La delegazione legislativa nella prassi: l’allontanamento dell’istituto dal modello costituzionale e dalla legge n. 400/1988*, in *OF*, 2019(1).

<sup>327</sup> Per una trattazione aggiornata del tema, con ampi riferimenti di stampo quantitativo, vedi GORI L., *Dalla «fonte» decreto legislativo integrativo e correttivo al «fine» di integrazione e correzione (tramite una pluralità di fonti)*, in *OF*, 2019(2).

<sup>328</sup> Cfr. Cort. cost., sentenza 206/2001.

Parafrasando, i decreti correttivi e integrativi sono la fonte che più si presta a svolgere un'analisi ed una verifica dell'impatto della regolamentazione ponderate. Non stupisce, quindi, che dalla rassegna sopra effettuata emerga proprio che la relazione AIR più curata sia stata quella del decreto legislativo n. 56 del 2017.

D'altra parte, solo uno studio più approfondito potrebbe far luce sulla reale portata di tale fenomeno, ossia se sia vero che i decreti legislativi di questo tipo godano in generale di un'attenzione maggiore durante lo svolgimento dell'AIR. Un tale studio, tuttavia, andrebbe ben oltre l'oggetto del presente scritto.

Più pertinente è invece lo studio dell'altra categoria di atti, talvolta normativi, talvolta semplicemente d'indirizzo, costituita dalle Linee guida dell'ANAC. A tanto si procede dunque, con metodologia analoga a quella sinora utilizzata, nel prossimo paragrafo.

#### 11. *Il «gold plating» nelle Linee guida dell'ANAC*

Come già ricordato, la versione originale del Codice ha introdotto l'importante novità delle Linee guida dell'ANAC. La natura giuridica di tali strumenti è stata per un certo periodo dibattuta, tanto che taluno li riconduceva alla categoria di «soft law», poiché non vincolanti<sup>329</sup>. In realtà, sia la giurisprudenza<sup>330</sup> che la dottrina<sup>331</sup> hanno fin da subito evidenziato come nel nostro sistema delle fonti non vi sia spazio per questa categoria dogmatica.

La precisazione è importante, perché ha riflessi non di poco conto sulla tutela giurisdizionale nei confronti di tali strumenti di regolazione flessibile. Nel momento in cui si riconosce la non vincolatività di buona parte delle Linee guida dell'ANAC, allora le stesse sono inidonee a produrre effetti immediati nei confronti dei destinatari: aspetto fondamentale per quanto concerne la legittimazione attiva ad impugnarle per chiederne l'annullamento. Come si vedrà meglio in seguito (*infra* §12.1.2.), quest'ultimo aspetto costituisce una sorta di imbuto che restringe considerevolmente nella prassi il sindacato sulle Linee guida da parte del

---

<sup>329</sup> In questo senso vedi, tra gli altri, FELICETTI C., *L'insostenibile "leggerezza" delle linee guida ANAC*, in *GiustAmm.it*, 2019(1). Secondo l'A., "La questione relativa alla posizione nella scala gerarchica delle linee guida ANAC sembra preannunciare la necessità di catalogare una "nuova fonte del diritto"". Vedi anche MANTINI P., *Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, 2017(2).

<sup>330</sup> Cfr. Cons. Stato 855/2016.

<sup>331</sup> Su tutti, vedi MAZZAMUTO, M., *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *DA*, 2015(4), 683.

Giudice Amministrativo. Tutto ciò, riduce di molto i casi in cui il divieto di «gold plating» viene fatto valere nei confronti dell'ANAC.

Va ricordato, difatti, che l'art. 213 del Codice prevede espressamente 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”*.

Giustamente il Codice si preoccupa di assicurare che, in un sistema di *governance* multilivello, anche le autorità collocate ad un grado inferiore perseguano i propri fini istituzionali rispettando il principio di semplificazione normativa ed amministrativa. Dunque, il Codice non richiama soltanto il divieto di «gold plating», bensì anche tutti i principi previsti dalla legge n. 11 del 2016 e dal susseguente Codice.

Sulla scorta della citata disposizione, l'ANAC ha aggiornato, con delibera del 13 giugno 2018, il proprio *“Regolamento per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR)”* (d'ora innanzi solo *“Regolamento”*), sostituendo il vecchio risalente al 2013<sup>332</sup>.

È utile quindi preliminarmente fornire una breve sintesi della disciplina AIR dell'ANAC per poi passare in rassegna i concreti esempi di applicazione presenti nelle Linee guida sui contratti pubblici.

### *11.1. La disciplina AIR dell'ANAC*

In via generale, l'obbligo per le autorità indipendenti di svolgere l'AIR è sancito dall'art. 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229 (legge di semplificazione 2001), che così recita: *“Le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie, si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di*

---

<sup>332</sup> Cfr. *“Regolamento – Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)”* pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013.

*atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione”.*

L’obbligo di dotarsi di procedure interne di analisi di impatto della regolamentazione ha una duplice finalità: da una parte, garantire che anche in quest’ambito la produzione normativa sia improntata ai criteri di semplificazione; dall’altra, che sia assicurata una procedimentalizzazione delle consultazioni pubbliche dei soggetti interessati. Difatti, ogni analisi d’impatto che si rispetti non può prescindere da tale elemento.

L’attenzione per la fase delle consultazioni è, notoriamente, giustificata dall’idea che le autorità amministrative indipendenti siano scollegate dal circuito democratico, e quindi il loro *deficit* di rappresentatività (che ha riflessi sul principio di legalità sostanziale) debba essere controbilanciato da meccanismi partecipativi dei soggetti regolati<sup>333</sup>. A tale assunto, per altro, si è pienamente conformata la giurisprudenza, la quale ha precisato che *“in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio”*<sup>334</sup>.

Ma se queste sono le premesse di ordine sistematico, bisogna anche evidenziare come il Giudice Amministrativo abbia tendenzialmente rifiutato di considerare l’AIR come un presupposto di legittimità per l’azione regolatoria della autorità amministrative indipendenti. Facendo leva sull’art. 13 della legge n. 241 del 1990, è stato escluso, ad esempio, che le autorità indipendenti debbano motivare in merito alla soluzione regolatoria prescelta<sup>335</sup>.

Ad ogni modo, sulla scorta di tale impianto normativo, anche l’ANAC si è dotata delle proprie procedure interne per lo svolgimento dell’AIR, della VIR e delle consultazioni pubbliche. L’ultimo atto adottato, come detto sopra, è il Regolamento del 2018.

In tale sede sono previsti, all’art. 8, i casi in cui un provvedimento regolatorio dell’ANAC dev’essere sottoposto ad AIR. Segnatamente: *“quando gli atti regolatori riguardano questioni di particolare rilevanza per*

---

<sup>333</sup> La letteratura sul punto è vasta. Senza pretese di esaustività, si veda POLITI F., *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in LONGOBARDI G., (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017(1).

<sup>334</sup> Vedi, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 20.4.2006, n. 2201.

<sup>335</sup> Vedi ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 2.3.2010, n. 1215.

*il mercato o producono effetti su un numero elevato di destinatari, l’Autorità, laddove sussista un ampio potere discrezionale per la ponderazione degli interessi coinvolti, con deliberazione debitamente motivata sottopone i predetti atti, oltre che a consultazione pubblica, anche ad Analisi di impatto della regolazione”.*

Sostanzialmente, l’ANAC procede con l’AIR al ricorrere cumulativamente di due circostanze: la prima, analoga a quella prevista dalla disciplina generale per le amministrazioni centrali, è che il provvedimento da scrutinare abbia un impatto rilevante sul mercato; la seconda, più peculiare, è che l’Autorità disponga di “*ampio potere discrezionale per la ponderazione degli interessi coinvolti*”. La ragione di questo secondo presupposto è evidente, e sta nel fatto che l’ANAC produce generalmente norme di tipo esecutivo o di attuazione. Questo tipo di norme, per loro natura, devono sottostare ai vincoli imposti dalla legislazione primaria, e quindi a volte non v’è particolare margine di manovra.

A tal proposito, dall’analisi della prassi emerge che la *summa divisio* è tra provvedimenti di prima attuazione e provvedimenti di adeguamento. Sostanzialmente, mentre per i primi l’AIR viene generalmente svolta, per i secondi essa viene di solito sostituita dalla relazione illustrativa, poiché tali interventi sono giustificati semplicemente da sopravvenienze nella normativa primaria.

Infine, differentemente dalla disciplina sull’AIR delle amministrazioni centrali, il Regolamento dell’ANAC non fornisce indicazioni sull’*iter* di analisi da seguire per prevenire il «gold plating».

## 11.2. I dati dell’ANAC<sup>336</sup>

Ora si passeranno in rassegna le relazioni AIR svolte dall’ANAC sulle proprie Linee guida.

Dal 2016 ad oggi, l’Autorità ha emanato 15 Linee guida in attuazione del Codice dei contratti pubblici. Di queste, 12 sono state sottoposte ad AIR, mentre alle restanti 3 sono state allegate soltanto le relazioni illustrative<sup>337</sup>. In

---

<sup>336</sup> I dati analizzati in questo paragrafo sono stati raccolti direttamente dal sito istituzionale dell’ANAC, nella pagina relativa alle Linee guida, consultabile al link <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/ContrattiPubblici/LineeGuida>.

<sup>337</sup> L’art. 8 del Regolamento del 13 giugno 2018 prevede infatti che, nei casi in cui non si ritiene necessaria l’AIR, “*anche in ottemperanza al principio di proporzionalità e di buon andamento ed economicità dell’azione amministrativa, l’Autorità predispone una Relazione Illustrativa in cui dà conto delle scelte adottate, anche in rapporto alle osservazioni pervenute dai soggetti interessati*”.

generale, da un punto di vista qualitativo, non si riscontrano particolari differenze tra il contenuto dell’AIR e quello della relazione illustrativa.

Una prova in tal senso è offerta proprio dalle riflessioni presenti sul divieto «gold plating». Considerando che tale istituto presuppone un’analisi di tipo quantitativo per il suo corretto funzionamento, ci si aspetterebbe di trovarne menzione soltanto nell’AIR, che sulla carta dovrebbe consistere in un’analisi più attenta e strutturata. In realtà, l’evidenza empirica smentisce tale ipotesi, dal momento che per esempio la relazione illustrativa allegata alle Linee guida n. 14, recanti le “*Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato*” prende in considerazione tale aspetto.

Posto dunque che non si riscontra una particolare differenza sul piano fenomenologico tra l’AIR e la relazione illustrativa così come presentata dall’ANAC, in generale tali strumenti mostrano lo stesso difetto della relazione AIR di matrice governativa: anche in questo caso l’analisi di tipo quantitativo è carente.

Passando poi all’analisi specifica del «gold plating» nelle Linee guida dell’ANAC, emerge quanto segue.

Anzitutto, è indicativo il dato per cui i livelli minimi di regolazione fissati dal diritto europeo vengono presi in considerazione soltanto in 6 casi su 15. Il numero non è incoraggiante, considerando che la materia regolata in questo caso ricade interamente nello spettro applicativo del diritto UE<sup>338</sup>.

Inoltre, il richiamo al «gold plating» è spesso effettuato per giustificare l’opzione regolatoria scelta a fronte dei rilievi critici emersi in sede di consultazioni con i portatori di interessi. Tale evidenza è riscontrabile nella breve rassegna offerta di seguito.

#### *A) Linee guida n. 3 - Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni*

La disciplina del responsabile unico del procedimento (RUP) nella materia dei contratti pubblici è contenuta in prima battuta nell’art. 31 del Codice, in seconda battuta nella legge n. 241 del 1990, ed infine nelle Linee guida dell’ANAC in commento<sup>339</sup>. Queste ultime sono emanate in base al comma 5 del citato articolo 31, a mente del quale le stesse devono indicare

---

<sup>338</sup> Segnatamente, per i contratti sopra soglia, la disciplina ricade sotto le direttive del 2014; per i restanti contratti invece, si applica la disciplina dei principi generali dell’Unione (che quindi fissano un livello di regolamentazione persino più basso).

<sup>339</sup> Per una disamina aggiornata dell’organo, vedi ESPOSITO R., *Il responsabile unico del procedimento nella fase di affidamento di gare pubbliche. Principali problematiche alla luce del codice dei contratti pubblici, delle linee guida ANAC e dei recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Amministrativ@mente*, 2019(1).

*“una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori”.*

Nell’adempiere a tale compito, l’ANAC *“ha proceduto in un’ottica di semplificazione e razionalizzazione degli adempimenti e nel rispetto del divieto di gold plating, evitando l’introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee”*<sup>340</sup>. Per esempio, *“non sono state accolte le richieste relative all’inserimento di alcuni specifici compiti non previsti dalla normativa vigente in capo al RUP (es. la verifica del rispetto di quanto previsto all’art. 95, comma 2, quarto periodo e dell’art. 3, comma 9 della legge n. 136/2010 che disciplina la tracciabilità dei flussi finanziari)”*<sup>341</sup>.

Infine, per evidenziare l’importanza della dialettica tra gli *stakeholders* e l’Autorità durante l’istruttoria normativa, nella relazione si legge che *“non è stata accolta la richiesta di procedere alla quantificazione delle penali in conformità a quanto previsto dall’abrogato art. 145 del d.p.r. 207/2010 nel rispetto del divieto di gold plating ed in considerazione del fatto che, in mancanza di specifiche previsioni troverà applicazione la disciplina del codice civile”*<sup>342</sup>. Segnatamente, l’art. 145, comma 3, del D.P.R. 207/2010 prevedeva che *“le penali da applicare sono stabilite dal responsabile del procedimento ... in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l’1 per mille dell’ammontare netto contrattuale, e comunque complessivamente non superiore al dieci per cento, da determinare in relazione all’entità delle conseguenze legate all’eventuale ritardo”*. Nella versione originaria del Codice del 2016 tale riferimento era assente (è stato inserito solo con il d.lgs. 56/2017), e conseguentemente le Linee guida del 2016 si sono attenute a tale impianto.

*B) Linee guida n. 6 - Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*

Le Linee guida in commento regolano un settore (quello del possesso dei requisiti di ordine generale) di fondamentale interesse per la materia ma soprattutto per il rispetto del divieto di «gold plating». Non a caso,

---

<sup>340</sup> Cfr. p. 4 della Relazione AIR trasmessa al Consiglio di Stato.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 6.

quest'ultimo elemento è stato posto al centro del dibattito nelle consultazioni per le Linee guida.

Si legge, ad esempio, che “alcuni soggetti intervenuti alla consultazione ritengono che l'individuazione quale cause di esclusione di ipotesi delittuose diverse da quelle previste dall'art. 80, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016 appaia di dubbia legittimità, in quanto non in linea con la legge delega e con il divieto di gold plating”<sup>343</sup>.

Ma soprattutto, è metodologicamente corretta la motivazione che l'ANAC dà rispetto all'opzione regolatoria prescelta. Si legge infatti che “Nel rispetto del divieto di gold plating ed in considerazione del fatto che il legislatore non ha inteso introdurre ulteriori fattispecie di reato rilevanti ai fini dell'esclusione rispetto a quelle previste tassativamente al comma 1 dell'art. 80 del Codice, nonostante fosse pervenuto un invito in tal senso anche dal Consiglio di Stato con il parere reso sul d.lgs. 50/2016, l'Autorità, con le presenti Linee guida, ha ritenuto opportuno limitarsi ad esplicitare quali gravi illeciti professionali sono considerati idonei a porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità del concorrente nelle fasi dello svolgimento delle procedure di selezione e di esecuzione del contratto”<sup>344</sup>.

Nel citato parere 855/2016, il Consiglio di Stato aveva suggerito di inserire, al comma 1 dell'art. 80, una clausola generale (sullo stampo del vecchio art. 38 del d.lgs. 163/2006) che punisse “ogni altro reato grave in danno dello Stato o dell'Unione europea che sia idoneo ad incidere sulla moralità professionale”. A detta dei giudici di Palazzo Spada, tale opzione sarebbe stata rispettosa del divieto di «gold plating», perché espressione di “principi di tutela dell'ordine pubblico”. Al contrario, l'ANAC ha preferito ignorare tale suggerimento, non ritenendo dirimente la spiegazione offerta dal Consiglio di Stato.

*C) Linee guida n. 7 - Istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, previsto dall'art. 192 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*

Come già evidenziato nel Capitolo II, la questione degli affidamenti *in house* è uno dei punti caldi della disciplina dei contratti pubblici e crea forti attriti riguardo al divieto di «gold plating»<sup>345</sup>. Una volta riconosciuta per via

---

<sup>343</sup> Cfr. p. 6 della Relazione AIR trasmessa al Consiglio di Stato.

<sup>344</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>345</sup> Per i riflessi sulla giurisprudenza, vedi *infra* §12 *passim*.

pretoria la possibilità di ricorrere a questa modalità di affidamento<sup>346</sup>, le direttive del 2014 hanno essenzialmente chiarito i tre presupposti attualmente richiesti per procedere con il c.d. “in house providing”.

Anzitutto, l’amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi<sup>347</sup>. In aggiunta a ciò, oltre l’80 % delle attività della persona giuridica controllata devono essere effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi. E infine, nella persona giuridica controllata non vi dev’essere alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitino un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Il Legislatore italiano ha sostanzialmente regolato la materia in parte nel Codice dei contratti pubblici ed in parte nel d.lgs. 175/2016, ricalcando i requisiti sopra elencati. In aggiunta però, con il nobile fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza, all’art. 192 del Codice ha anche previsto che l’ANAC istituisca un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori che procedono tramite affidamento *in house*<sup>348</sup>.

Sulla scorta di tale riserva, l’Autorità ha adottato le Linee guida in commento, che però hanno sollevato alcune perplessità proprio con riguardo al rispetto del divieto di «gold plating»<sup>349</sup>.

Senza voler ripercorrere l’essenza del dibattito che si è sviluppato sul tema, per il cui approfondimento si rinvia a quanto detto sopra, è interessante evidenziare anche in questo caso la metodologia seguita dall’ANAC. Se da una parte, infatti, l’Autorità si è riproposta di “evitare l’introduzione di nuovi o maggiori oneri a carico delle amministrazioni, nel rispetto del divieto di

---

<sup>346</sup> CGUE, Causa C-107/98 (*Teckal S.r.l. contro Comune di Viano*). Per l’evoluzione dell’istituto, vedi CLARKE C., *Public Procurement and Contracting Authorities*, in BOVIS C. (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham, 2016, 60, spec. 83.

<sup>347</sup> Per ampie riflessioni sul punto, vedi CODAZZI E., *L’assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull’in house providing tra specialità della disciplina e “proporzionalità delle deroghe”*, in *DE*, 2019(2), 127.

<sup>348</sup> Per un commento sull’elenco in questione, con un taglio di ordine sistematico, vedi USAI D., *Elenco delle società in house – essenza del controllo analogo nelle società di diritto comune*, in *DE*, 2019(2), 79.

<sup>349</sup> Vedi sul punto vedi SPAGNA V., *L’elenco ANAC delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house. Luci ed ombre della nuova disciplina*, *op. cit.*

*gold plating*”<sup>350</sup>, ciononostante manca qualsiasi riferimento ad un’ipotetica analisi quantitativa degli oneri amministrativi imposti alle pubbliche amministrazioni. Il rilievo è conforme, peraltro, a quanto visto finora per le Linee guida esaminate.

Oltre a ciò, sempre per tracciare un parallelismo con quanto osservato sino ad adesso, anche in questo caso il divieto di «gold plating» è stato chiamato in causa per giustificare il rigetto delle proposte avanzate dai portatori di interessi, al fine di giustificare l’opzione regolatoria prescelta. Si legge infatti che durante le consultazioni era stato suggerito di estendere l’ambito di applicazione dell’elenco in questione anche agli affidamenti in favore di *joint venture* di cui all’art. 6 del Codice<sup>351</sup>. Tale proposta non è stata tuttavia accolta dall’ANAC, proprio perché il dato legislativo è chiaro nel separare le due discipline e perché l’esigenza di garantire la pubblicità e la trasparenza non sarebbero stati sufficienti a giustificare una scelta in aperto contrasto con il divieto di «gold plating»<sup>352</sup>.

*D) Linee guida n. 11 - Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all’articolo 177, comma 1, del codice dei contratti pubblici, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell’Unione europea*

Tra le novità più importanti apportate dal Codice del 2016 rientra sicuramente il disposto di cui all’art. 177, comma 1. Ivi è prevista una norma transitoria<sup>353</sup> per cui i soggetti che, alla data di entrata in vigore del d.lgs.

---

<sup>350</sup> Cfr. p. 13 della Relazione trasmessa al Consiglio di Stato.

<sup>351</sup> Per chiarezza espositiva, si ricorda che l’art. 6 prevede quanto segue: “1. *In deroga all’articolo 5, a condizione che la joint venture sia stata costituita per le attività oggetto dell’appalto o della concessione per un periodo di almeno tre anni e che l’atto costitutivo preveda che gli enti aggiudicatori che la compongono ne faranno parte almeno per un periodo di pari durata, il codice non si applica agli appalti nei settori speciali e alle concessioni aggiudicate da: a) una joint venture, ovvero una associazione o consorzio o una impresa comune aventi personalità giuridica composti esclusivamente da più enti aggiudicatori, per svolgere un’attività ai sensi degli articoli da 115 a 121 e di cui all’allegato II con un’impresa collegata a uno di tali enti aggiudicatori b) un ente aggiudicatore alla joint venture di cui fa parte*”.

<sup>352</sup> Cfr. p. 15 della Relazione AIR trasmessa al Consiglio di Stato.

<sup>353</sup> La transitorietà della norma si evince dal fatto che la stessa si applichi soltanto ai contratti di concessione già in essere alla data di entrata in vigore del Codice: essendo i contratti di durata limitata nel tempo, anche la norma è destinata ad esaurire il proprio effetto con lo spirare di quelli. In tal senso, vedi PERFETTI L. R., *Codice dei contratti pubblici commentato – art. 177*, Milano, 2017, 1436. Per le novità in materia concessoria del nuovo Codice, vedi

50/2016, erano già concessionari di lavori servizi o forniture, sono obbligati ad esternalizzare almeno l'80% della loro attività a soggetti terzi in forza di procedure ad evidenza pubblica.

Tale attività, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, soggiace alla vigilanza dell'ANAC, che ne regola lo svolgimento grazie a proprie Linee guida. Proprio in base a tale disposizione, sono state emanate le Linee guida in commento.

In realtà, la disciplina in questione suscita forti dubbi di compatibilità con il divieto di «gold plating»: da una parte, infatti, non si rinvencono disposizioni analoghe nella direttiva europea sulle concessioni, 2014/23/UE; dall'altra la previsione italiana costituisce un *unicum* tra i Paesi europei.

Basti guardare (per una situazione analoga a quella italiana) alla Francia, la cui disciplina attuativa delle concessioni è contenuta nella *Ordonnance* del 29 gennaio 2016, n. 165, a cui è stata data attuazione attraverso il *Décret* del 1 febbraio 2016, n. 86: in nessuno di questi provvedimenti è prevista una disposizione analoga a quella dell'art. 177 del Codice italiano.

Date queste premesse, è comprensibile che l'ANAC si sia preoccupata di garantire il rispetto del divieto di «gold plating» nella redazione delle Linee guida. L'Autorità ha infatti evidenziato come “*la previsione di nuove verifiche comporta inevitabilmente oneri ulteriori a carico dei concessionari e dei soggetti deputati ai controlli*”<sup>354</sup>. Conseguentemente, la scelta tra le diverse opzioni regolatorie è stata ispirata dal rispetto dei livelli minimi di regolazione previsti dalla normativa europea.

Quanto detto sopra in generale vale in particolare per la sezione delle Linee guida n. 11 che regola gli “obblighi di pubblicazione”, la cui disciplina di massima è sancita dall'art. 29 del Codice. Nello specifico, l'ANAC ha previsto nelle Linee guida che l'amministrazione concedente pubblichi sul proprio sito sia una sezione dove sono elencate tutte le concessioni ricadenti sotto lo spettro applicativo dell'art. 177, sia i programmi annuali degli affidamenti, stilati dai soggetti concessionari obbligati alle esternalizzazioni. Quel che è interessante notare è che l'ANAC ha deciso di “*prevedere l'obbligo di pubblicazione di tutti i dati necessari ai concedenti per lo svolgimento delle verifiche di competenza sul rispetto dei limiti percentuali e*

---

anche DI MARTINO A., *Le concessioni nel Codice dei contratti pubblici: profili di apertura al mercato e novità in tema di esecuzione del contratto*, in NA, 2018(3), 617.

<sup>354</sup> Cfr. p. 6 della Relazione AIR

all'ANAC per l'attività di vigilanza" nonostante tale opzione regolatoria non fosse la più conforme al divieto di «gold plating»<sup>355</sup>.

#### *E) Linee guida n. 12 - L'affidamento dei servizi legali*

Come già anticipato nel Capitolo II, la questione dell'affidamento dei servizi legali sotto la vigenza del nuovo Codice ha suscitato qualche perplessità con riguardo al divieto di «gold plating»<sup>356</sup>. Data la natura dei servizi in questione, difatti, la scelta del Legislatore europeo e nazionale è stata quella di escluderli dall'ambito di applicazione delle direttive e quindi di lasciarli sostanzialmente liberi, pur nel rispetto dei principi dell'Unione. Conseguentemente, l'ANAC è stata incaricata di delimitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta delle procedure per affidare tali contratti: in sostanza, si tratta di un'opera di specificazione dei principi generali previsti all'art. 4 del Codice (*id est*, principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica)<sup>357</sup>.

In quest'ottica, dunque, l'ANAC ha delimitato l'estensione delle fattispecie previste all'art. 17 del Codice ed ha stabilito gli adempimenti che le stazioni appaltanti devono rispettare per procedere ad affidamenti in linea con i principi sopra elencati. Proprio al fine di evitare un eccessivo aggravio procedimentale, tuttavia, l'ANAC ha preferito non stabilire in maniera univoca le attività da svolgere, lasciando sostanzialmente libere le stazioni appaltanti di scegliere le modalità di affidamento più conformi alle loro esigenze. Si legge nella relazione AIR che *“l'atto regolatorio in esame, in conformità al principio del divieto di gold plating, non ha prescritto alcuna specifica, tassativa procedura che le stazioni appaltanti sono tenute a seguire nell'affidamento dei servizi legali esclusi dal Codice dei contratti pubblici, né ha previsto come obbligatorio il confronto di più preventivi”*<sup>358</sup>.

---

<sup>355</sup> L'alternativa era, come esplicitato proprio dall'ANAC, quella di *“Prevedere l'obbligo di pubblicazione dei dati soltanto se supportati da norme di legge, in ottemperanza al divieto di gold-plating”*.

<sup>356</sup> Vedi COLAVITTI G., *L'affidamento dei servizi legali tra Codice dei contratti pubblici e Linee guida ANAC: una probabile violazione del divieto di gold plating*, in RTA, 2019(1), 47.

<sup>357</sup> Tale impianto è stato recentemente approvato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella causa C-264/18, che ha stabilito che *“Spetta ai legislatori nazionali stabilire se i servizi legali di cui all'art. 10, lett. c), d), i), ii) e v), della Dir. 2014/ 24/UE, debbano essere soggetti alle norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici”*. Per un commento alla sentenza, vedi PATRITO P., *Contratti pubblici e intuitus personae: l'affidamento dei servizi legali*, in Giur. it., 2019(12), 2723.

<sup>358</sup> Cfr. Relazione AIR trasmessa al Consiglio di Stato, p. 17.

Tuttavia, non sono mancate delle critiche da parte dei soggetti consultati. Questi ultimi hanno evidenziato l'irrazionalità delle scelte compiute dall'ANAC, proprio rispetto al divieto di «gold plating». Infatti, *“l'affidamento dell'incarico di patrocinio legale di importo inferiore a € 40.000 sarebbe proceduralmente più complesso dell'affidamento di un appalto pubblico, che ai sensi dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici può essere aggiudicato senza confronto tra preventivi. Il che comporterebbe una violazione del divieto di gold plating”*. In realtà, ad opinione dello scrivente, la considerazione non è sufficiente a provare una violazione del divieto di «gold plating». Si pensi al fatto che per giurisprudenza contabile consolidata<sup>359</sup>, l'affidamento di servizi legali che non si sostanzino in attività di patrocinio legale rientra astrattamente sotto l'art. 7 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che disciplina l'affidamento di incarichi a consulenti esterni<sup>360</sup>. Per procedere in tal senso, le stazioni appaltanti devono, a prescindere dal valore della consulenza, rendere comunque *“pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione”*<sup>361</sup>. Sembrerebbe, al contrario, di scorgere una certa coerenza sistematica della disciplina prevista dalle Linee guida dell'ANAC.

*F) Linee guida n. 14 - Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato*

Infine, il problema del «gold plating» è stato affrontato anche nello svolgimento dell'AIR relativa alle Linee guida volte a disciplinare le consultazioni preliminari di mercato. È interessante notare che in questo caso non è possibile rivenire la relazione AIR, sicché le seguenti considerazioni sono sviluppate a partire dalla Relazione illustrativa.

Le consultazioni preliminari, previste dall'art. 66 del Codice, possono considerarsi come uno strumento ambivalente: da una parte sono *“sicuramente uno strumento istruttorio nel caso in cui siano coinvolti esperti e autorità di garanzia”*; dall'altra, però, possono anche atteggiarsi come *“strumento pre-negoziale in concreto”* se impiegate *“nel senso di sollecitare*

---

<sup>359</sup> Vedi da ultima Corte conti, Sez. Controllo Emilia-Romagna, 11 dicembre 2018, Deliberazione n.144/2018/VSGO.

<sup>360</sup> Sulla distinzione tra appalti di servizi e consulenze esterne, vedi CAMARDA A., *Incarichi professionali: consulenze o appalto di servizi?*, in *Dir. Prat. Amm.*, 2013(2), 65.

<sup>361</sup> Art. 7, comma 6-bis, d.lgs. 165/2001.

*consulenze di operatori del mercato, i quali ben potranno essere concorrenti in una futura competizione*<sup>362</sup>.

Quel che è certo, ad ogni modo, è che tale strumento è indubbiamente concepito in un'ottica pro-concorrenziale. Di conseguenza, l'ANAC si è preoccupata di evitare indebite restrizioni alla partecipazione dei soggetti interessati durante le consultazioni. Per esempio, l'Autorità ha escluso che la stazione appaltante debba richiedere il possesso dei requisiti di ordine generale ai possibili partecipanti ad una consultazione preliminare. Tale scelta, tra l'altro, è di segno opposto rispetto a quanto riscontrato nella prassi, dove invece le pubbliche amministrazioni tendono in via cautelativa a esigere la suddetta integrità "morale". La soluzione adottata dall'ANAC, invece, "è sembrata preferibile a quella opposta riscontrata nella prassi, sia in ossequio al divieto di gold plating, sia sulla base della considerazione secondo cui non è sempre possibile verificare il possesso di tali requisiti in capo ai soggetti che intervengono"<sup>363</sup>.

D'altronde il fenomeno della restrizione della concorrenza anche in questa fase procedimentale non è un problema estraneo alla giurisprudenza. Per esempio, è stata dichiarata illegittima una consultazione preliminare nella quale una ASL aveva ammesso a partecipare soltanto determinati operatori dotati di requisiti tecnico professionali particolarmente elevati. La scelta, però, è stata censurata dal Consiglio di Stato, tanto da ritenere che "in tal modo, resta frustrato in partenza lo scopo primario che assolve l'istituto, ossia quello di superare eventuali asimmetrie informative che fanno velo ad un'effettiva conoscenza del mercato"<sup>364</sup>.

Dunque, l'ANAC sembrerebbe aver operato correttamente sul piano metodologico, tentando di correggere le prassi deleterie riscontrate tra le stazioni appaltanti, anche in ottemperanza al divieto di «gold plating».

### 11.3. *L'analisi dei risultati*

Grazie alla rassegna compilata finora si possono avanzare alcune considerazioni di sintesi rispetto al rapporto tra il divieto di «gold plating» e l'attività regolatoria dell'ANAC. Per valutare il livello di *compliance* dell'ANAC nei confronti disciplina in questione, bisogna prendere in considerazione vari aspetti.

---

<sup>362</sup> Per tale ricostruzione dell'istituto, vedi GAMBARDELLA F., *Procedura negoziata senza bando e consultazioni preliminari di mercato. Intorno a una recente proposta di Linee guida dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 2017(7).

<sup>363</sup> Cfr. p. 13 della Relazione illustrativa allegata alle Linee guida n. 14.

<sup>364</sup> Vedi da ultimo Cons. Stato, sez. III, 23.9.2019, n. 6302. Per un commento alla sentenza, vedi GUCCIONE C., *Le consultazioni preliminari di mercato*, in *GDA*, 2020(1), 109.

Anzitutto, come già ricordato, le norme che disciplinano l'analisi d'impatto della regolamentazione svolta dall'ANAC non sono assolutamente comparabili, quanto al grado di specificità, con quelle previste per le amministrazioni centrali. In sostanza, l'ANAC dispone di una maggiore libertà di forme per quanto riguarda lo svolgimento dell'AIR, tanto che una riflessione sul «gold plating» è spesso del tutto mancante.

Questo aspetto si ripercuote maggiormente sullo stile di approccio al problema: meno incentrato su un'analisi quantitativa delle eventuali criticità emergenti e maggiormente incline a delle riflessioni di stampo eminentemente giuridico. Si è visto, in pratica, come il tema del «gold plating» venga spesso trattato in connessione agli sviluppi presenti nel panorama giurisprudenziale europeo e nazionale. In realtà, nonostante un approccio scarsamente quantitativo sia criticabile rispetto al divieto di «gold plating», nella specifica esperienza dell'ANAC il bagaglio tecnico-professionale sembrerebbe sopperire parzialmente a tale carenza.

D'altro canto, pare che il vero punto di forza dell'Autorità rispetto al divieto di «gold plating» sia dato dall'approccio “partecipativo” al ciclo della regolazione. Come già ricordato in precedenza (*supra* §11.1.), in generale le autorità amministrative indipendenti devono sopperire con l'istituto della partecipazione alla “caduta della legalità sostanziale” che le affligge. Tale approccio si ripercuote in maniera positiva sull'AIR in generale e quindi anche sul rispetto del divieto di «gold plating». Si è osservato, in pratica, come nella maggior parte dei casi la riflessione su questo tema sia suscitata dai rilievi effettuati dagli *stakeholders*.

Sotto questo profilo, si potrebbe azzardare un parallelismo con quanto visto precedentemente in relazione al livello di *compliance* del Governo (*supra* §10.2.). Una riflessione seria sul divieto di «gold plating» spesso si ha soltanto qualora vengano adeguatamente coinvolti i soggetti interessati, come è avvenuto ad esempio per il decreto correttivo e integrativo n. 56/2017.

In conclusione, i due elementi necessari (ma non sufficienti) a garantire un minimo di effettività al divieto di «gold plating» sono la partecipazione dei soggetti portatori di interessi (*rectius*, “onerati”, nella fattispecie in questione) e l'analisi *ex post* della regolamentazione. Si è osservato come la prima condizione sia integrata diversamente a seconda dell'istituzione chiamata in causa: nel caso del Governo, essa dipende maggiormente dal tipo di fonte che si intende adottare; nel caso dell'ANAC essa costituisce invece un elemento strutturale dell'attività regolatoria. Per quanto riguarda la valutazione *ex post*, che nell'impianto normativo dovrebbe sostanziarsi nella VIR, essa stenta a decollare.

## 12. *La giustiziabilità del divieto di «gold plating»*

Nelle pagine che seguono verrà affrontata la tematica dell'effettività del divieto di «gold plating» sotto il profilo del suo apparato sanzionatorio. Come anticipato brevemente in precedenza (*supra* §8), l'istituto in questione gode astrattamente di due tipi di sanzione: da una parte v'è il sindacato della Corte costituzionale, chiamata in causa grazie all'art. 76 Cost.; dall'altra si pone invece il sindacato del Giudice amministrativo, con il proprio potere di annullamento degli atti amministrativi nel caso in cui questi siano adottati in violazione di legge.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è quasi pleonastico ricordare che *“le forme di investitura della Corte costituzionale di un giudizio sulle leggi espressamente previste sono, com'è noto, due: la via diretta (o principale) del ricorso statale contro leggi regionali e viceversa della regione avverso leggi statali o di altre regioni, e quella incidentale, da parte di un giudice nel corso di un giudizio”*<sup>365</sup>. Data la conformazione normativa del divieto di «gold plating», sembra implausibile che lo stesso possa dar luogo ad un conflitto tra Stato e Regioni. Dunque ci si è dedicati all'analisi della giurisprudenza di merito per indagare le eventuali questioni di legittimità costituzionale sollevate e, soprattutto, i motivi per i quali queste sono così rare.

Sotto l'altro profilo, concernente il potere di annullamento del Giudice amministrativo, per ovvie ragioni esso non può che essere riferito alle fonti normative di rango sub-primario o secondario. In altri termini, il divieto di «gold plating» può fondare una richiesta di annullamento soltanto rispetto ad un atto regolamentare del Governo o di un'autorità amministrativa indipendente.

Conseguentemente, nei paragrafi che seguono l'attenzione si concentrerà sulla giurisprudenza del Giudice amministrativo, inteso sia come ipotetico giudice *a quo* di un giudizio di legittimità costituzionale, sia come giudice istituzionalmente chiamato ad annullare eventuali atti amministrativi dotati di forza normativa.

### 12.1. *Analisi del contenzioso sul «gold plating»*

Per sviluppare le linee di ricerca sopra abbozzate, sono state raccolte tutte le pronunce del Giudice amministrativo nelle quali è stata allegata dalle parti (o rilevata dal giudice) la questione del rispetto del divieto di «gold

---

<sup>365</sup> Cfr. ROMBOLI R., ROSSI E., *Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in ED, 2001.

plating»<sup>366</sup>. Gli sforzi si sono concentrati sull'attività del Giudice amministrativo in sede giurisdizionale, accantonando cioè l'analisi dell'attività consultiva del Consiglio di Stato<sup>367</sup>. Essendo il totale delle pronunce un numero abbastanza esiguo (a maggio 2020 ammontano a 48 sentenze), le considerazioni di seguito sviluppate sono incentrate sull'intero corpo delle sentenze raccolte e non già su un mero campione rappresentativo<sup>368</sup>.

Date queste premesse quindi, prima di procedere all'analisi delle singole questioni di maggiore interesse, è utile fornire una visione di sintesi dei dati raccolti.

### 12.1.1. Le linee di tendenza

Come è noto, il divieto di «gold plating» è stato inserito nella legge n. 246 del 2005 ad opera della legge n. 183 del 2011. In pratica, dunque, esso è presente nel nostro ordinamento da quasi dieci anni.

Oltre a ciò, si è evidenziato come grazie al richiamo contenuto all'art. 32 della legge 234/2012, il divieto di «gold plating» sia diventato un criterio di delega generalizzato nel recepimento del diritto UE. La ricerca svolta nel Capitolo II (*supra* §5.2.1.) ha messo in luce come tale principio abbia vincolato il Governo nell'emanazione di ben 152 decreti legislativi adottati dal 2013 ad oggi.

Infine, il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli previsti dal diritto UE costituisce un criterio di delega anche nella legge 11/2016.

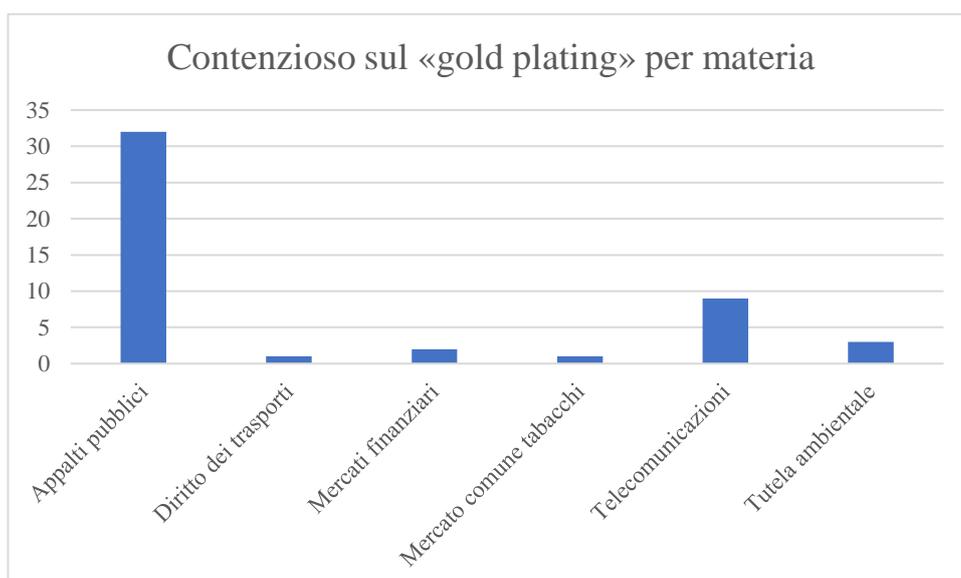
Da un punto di vista normativo, i tre atti appena citati hanno lo stesso rango nel sistema delle fonti, dunque è ragionevole ipotizzare che essi abbiano un impatto sul contenzioso amministrativo pressoché analogo gli uni agli altri.

---

<sup>366</sup> I dati sono stati raccolti attraverso una ricerca testuale sul sito <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

<sup>367</sup> Ad ogni modo, ampi riferimenti ai pareri del Consiglio di Stato sono contenuti *passim* nei paragrafi precedenti, specialmente vedi *supra* §5.3.2..

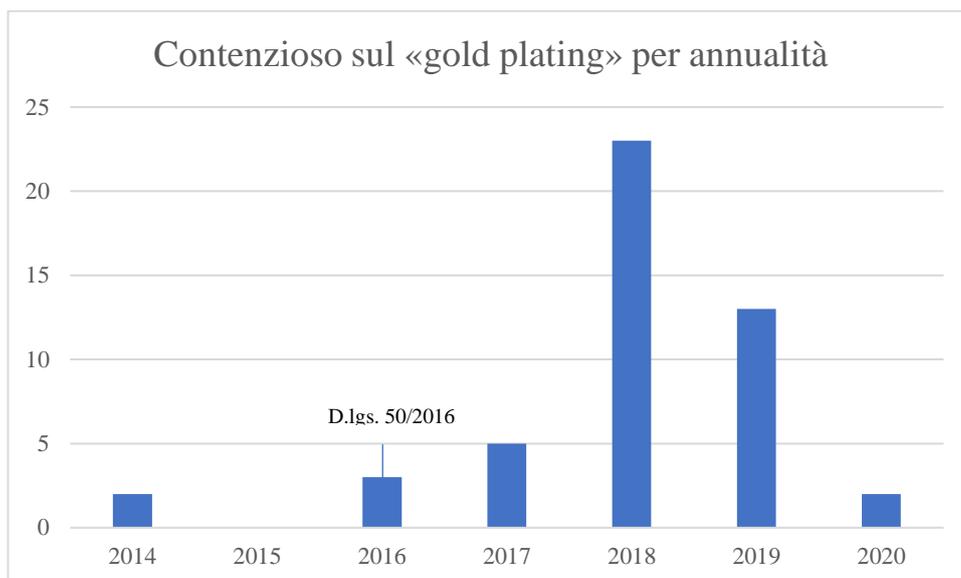
<sup>368</sup> Per un lavoro analogo, ma meno sistematico, si veda DURANTE N., *Aspetti irrisolti in tema di gold plating e di efficacia scriminante delle linee guida – Relazione al Convegno su “I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi”*, organizzato dall'Università degli Studi di Ferrara l'8 novembre 2019, 2019, consultabile su <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/aspetti-irrisolti-in-tema-di-gold-plating-e-di-efficacia-scriminante-delle-linee-guida>.



(Grafico 7)

Passando all'analisi dei dati, tuttavia, tale assunto viene smentito. Si è già anticipato che dal 2014 ad oggi il Giudice amministrativo ha pronunciato 48 sentenze nelle quali il problema del «gold plating» è stato affrontato. Come rappresentato nel grafico 7, la maggior parte sono originate dal contenzioso in materia di contratti pubblici (32), un'altra parte in materia di telecomunicazioni (9) e le restanti riguardano la regolazione dei trasporti (1), la tutela dell'ambiente (3), il mercato comune dei tabacchi (1) ed i mercati finanziari (2).

Il dato del contenzioso disaggregato per materia rileva quindi un'assoluta preminenza della materia dei contratti pubblici sulle altre, assegnando un primato assoluto alla l. 11/2016. La considerazione, tra l'altro, è suffragata anche dal dato disaggregato per annualità, che come rivela il grafico 8 registra un aumento del contenzioso sul «gold plating» con l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016.



(Grafico 8)

Sicuramente la rilevanza del divieto di «gold plating» nel diritto dei contratti pubblici è giustificabile per ragioni non solo strutturali, ma anche culturali. Se è vero, infatti, che la contrattualistica pubblica, per l'enorme flusso di documentazione amministrativa che innesca, è una materia che ben si presta a sviluppare un contenzioso sul punto, a ciò va aggiunto che il criterio di delega della l. 11/2016 è stato accolto dagli operatori del diritto con grande entusiasmo.

A riprova di tale affermazione si potrebbe citare quella giurisprudenza che, chiamata ad esprimersi su una procedura bandita dopo le direttive del 2014 ma nelle more dell'entrata in vigore del nuovo Codice, si è trovata a dover fronteggiare questioni relative al «gold plating» riferite a fattispecie ricadenti sotto la disciplina del d.lgs. 163/2006 *ratione temporis* applicabile. Giustamente, in tal caso le censure relative ai livelli minimi di regolazione sono state rigettate, proprio perché anche a voler chiamare in causa le direttive del 2014, queste ultime non erano direttamente applicabili e quindi non potevano fungere da termine di paragone ai fini del rispetto del divieto di «gold plating»<sup>369</sup>.

### *12.1.2. Rassegna giurisprudenziale*

L'applicazione del divieto di «gold plating» da parte del Giudice amministrativo presenta una fenomenologia complessa e per certi aspetti frammentaria. Partendo dal dato normativo, è utile ricordare che l'art. 14,

<sup>369</sup> Cfr. Tar Lombardia – Milano, sez. I, 14.7.2016, n. 1423.

comma 24-*quater*, della legge 246/2005 stabilisce che “*l'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria*”.

Dunque, qualora il giudice rilevi che un atto normativo sia andato oltre i livelli di regolazione europea, ha davanti due opzioni: la prima è indagare spontaneamente se sussistono delle circostanze eccezionali che rendono necessario il superamento di tale soglia; la seconda, invece, è concentrarsi sulle spiegazioni fornite dall'amministrazione nella relazione AIR.

Passando all'esame del panorama giurisprudenziale, emerge anzitutto che la questione del «gold plating» viene spesso impropriamente confusa con un problema di compatibilità del diritto interno con quello europeo.

Per esempio, in materia di *in house providing*, è stata analizzata d'ufficio “*la questione della compatibilità della normativa nazionale - ed in particolare delle pertinenti norme dei decreti legislativi nn. 50 e 175/2016 - con le direttive comunitarie, anche in relazione al divieto di c.d. gold plating*”<sup>370</sup>. In quel caso il giudice ha ritenuto la normativa compatibile con il diritto europeo (senza considerare i profili peculiari del «gold plating»).

Sulla falsa riga della questione di compatibilità con il diritto europeo si è anche posta un'altra pronuncia del Giudice amministrativo, nella quale veniva affrontato il tema delle conseguenze per un concorrente in una gara nel caso in cui il soggetto indicato come subappaltatore si rivelasse privo dei requisiti previsti dall'art. 80, comma 5, del Codice. Il ricorrente lamentava che tale disciplina fosse in contrasto con le direttive UE e con la Costituzione italiana, limitatamente agli artt. 3 e 41 Cost.: veniva infatti considerata irragionevole la distinzione della disciplina tra la fase del confronto concorrenziale (nella quale la mancanza dei requisiti in capo al subappaltatore comporta l'esclusione del concorrente) e quella dell'esecuzione (nella quale invece il subappaltatore può essere sostituito *ex art. 105, comma 12*). Solo incidentalmente poi, veniva richiamato il divieto di «gold plating». Il Tar ligure, in questo caso, ha liquidato la questione di legittimità comunitaria affermando che la procedura oggetto di censure, riguardando un appalto sotto soglia, non era disciplinata dalle direttive. Conseguentemente, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, rientrando la scelta effettuata dal Legislatore nell'alveo della propria discrezionalità<sup>371</sup>. Anche in questo caso, dunque, la questione del «gold plating» è stata affrontata in maniera inadeguata.

---

<sup>370</sup> Cfr. Tar Marche – Ancona, sez. I, 16/1/2018, n. 49.

<sup>371</sup> Cfr. Tar Liguria – Genova, sez. I, 26.11.2018, n. 928.

Infine, va segnalata un'altra sentenza degna di nota, questa volta pronunciata dal Tar Lazio, nella quale la violazione del divieto di «gold plating» è stata configurata come un vizio di illegittimità comunitaria. Nello specifico, la questione riguardava l'art. 177, che come è noto obbliga i soggetti concessionari in forza di un contratto affidato direttamente prima del 2016, ad esternalizzare una quota maggioritaria delle loro concessioni. Parte ricorrente chiedeva che venisse rimessa sul punto la questione alla CGUE, ex art. 267 TFUE. *Ad abundantiam*, veniva denunciata anche la violazione del divieto di «gold plating», proprio perché le direttive non prevedono tale obbligo. Il giudice, anche in questo caso, ha ignorato sostanzialmente quest'ultimo aspetto, concentrandosi sulla questione dell'incompatibilità del diritto interno con quello UE. È stato infatti affermato che *“Non si rinviene ... una violazione del divieto di “gold plating”, dato che la misura legislativa come interpretata dal MIT consente proprio di porre immediato rimedio al “vulnus” alla concorrenza derivante dalla specifica gestione della concessione con affidamenti “diretti”, prevedendo che una non esigua quota dei contratti conseguenti sia affidata con procedure a evidenza pubblica; tanto in applicazione di tutte le disposizioni europolitane che impongono il ricorso alle predette procedure a tutela degli altrettanto fondamentali principi di concorrenza, economicità, efficacia, efficienza e trasparenza, sicuramente prevalenti su quello del “legittimo affidamento” invocabile da singole imprese in merito a interpretazione delle norme vigenti e a contestazione di norme sopravvenute che ben possono modificare un regime concessorio in corso a tutela del pubblico interesse”*<sup>372</sup>.

Su un piano analogo si pone poi un'altra sentenza del Tar Lazio che però riguardava un procedimento per il rilascio di un'autorizzazione integrata ambientale relativa ad un impianto di gassificazione di idrocarburi a ciclo combinato. In questo caso, parte ricorrente censurava il parere istruttorio del Ministero dell'Ambiente con il quale le venivano chiesti ulteriori adempimenti istruttori, in forza dell'art. 29-*sexies*, comma 9-*sexies*, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, per integrare la “relazione di riferimento” necessaria per il rilascio dell'autorizzazione<sup>373</sup>. A detta della ricorrente, le norme di legge che regolano tali adempimenti istruttori costituivano «gold plating». In risposta, il Tribunale ha ricordato che gli artt. 192 e 193 del TFUE prevedono che gli Stati membri possano prevedere degli

---

<sup>372</sup> Cfr. Tar Lazio – Roma, sez. I, 3.7.2019, n. 8678.

<sup>373</sup> Per completezza, si ricorda che tale relazione contiene “*informazioni sullo stato di qualità del suolo e delle acque sotterranee, con riferimento alla presenza di sostanze pericolose pertinenti, necessarie al fine di effettuare un raffronto in termini quantitativi con lo stato al momento della cessazione definitiva delle attività*” (cfr. art. 5, comma 1, lett. v-*bis*), del d.lgs. 152/2006).

standard di protezione più elevati. Così facendo, però, il giudice ha mostrato di assorbire nuovamente la questione del «gold plating» nella diversa problematica della compatibilità con il diritto europeo<sup>374</sup>.

Un'altra categoria di pronunce di indubbio interesse è quella relativa al contenzioso che si è venuto formando negli ultimi anni sugli obblighi di fatturazione e tariffazione delle compagnie telefoniche. Ci si riferisce al filone del contenzioso amministrativo originato dalla scelta di diversi operatori sul mercato delle telecomunicazioni di accorciare il periodo di fatturazione a 28 giorni a partire dal 2016<sup>375</sup>. Anche in quest'ambito si è assistito ad una parziale confusione sul vero significato del divieto di «gold plating».

Come già ricordato dal Consiglio di Stato nel noto parere 855/2016, infatti, il divieto in questione non va confuso con il concetto di *deregulation*: in pratica, il Legislatore (prima) del 2011 e (poi) del 2016 non ha inteso sgomberare il campo da interessi paralleli alla concorrenza e parimenti meritevoli di tutela. Bensì, ha inteso perseguire una tendenziale “sburocratizzazione” delle procedure amministrative laddove queste intervengano in un ambito parzialmente regolato dal diritto europeo.

Al contrario, in alcune sentenze del Giudice amministrativo in materia di telecomunicazioni la questione è stata posta proprio nei termini anzidetti: il «gold plating» è stato in pratica chiamato in causa per tentare di limitare l'attività di controllo e vigilanza dell'Autorità Garante delle Comunicazioni (AGCOM).

In alcuni casi le compagnie telefoniche hanno ad esempio contestato il potere dell'AGCOM di fissare un periodo minimo di fatturazione, sostenendo che tale prerogativa non fosse prevista nelle direttive europee. La censura tradiva chiaramente il tentativo degli operatori economici di ottenere un abbassamento delle tutele nei confronti dell'utenza, nell'ottica della *deregulation*. Prova ne è il fatto che l'asserita violazione del divieto di «gold plating» veniva configurata in accoppiamento con l'art. 41 Cost., e non con l'art. 76 Cost..

In questi casi il Giudice amministrativo non si è mostrato sempre ben consapevole del sindacato che era chiamato a compiere, ed ha disciolto il concetto di «gold plating» in un giudizio di proporzionalità. In sintesi, ha rigettato le censure affermando che “*l'AGCom, dopo aver accertato che il mercato della telefonia si era orientato verso una cadenza a 28 giorni dei periodi di rinnovo/fatturazione, nel rispetto del principio di proporzionalità, ha esercitato il potere regolatorio di cui disponeva in materia, secondo*

---

<sup>374</sup> Cfr. Tar Lazio – Roma, sez. II-bis, 20.11.2017, n. 11452.

<sup>375</sup> Per un commento sul punto, vedi LUPI P., PERRUCCI A., *Quanti giorni in un mese?*, in *MCR*, 2018(2), 247.

quanto “strettamente indispensabile”, individuando un limite minimo per la durata dei rinnovi/fatturazione per la telefonia fissa, al fine di assicurare maggiore trasparenza e più agevole comparabilità delle offerte”<sup>376</sup>.

Altre volte, invece, la questione è stata ricondotta sui giusti binari dall’organo giudicante. A tal proposito va segnalata un’altra pronuncia del Tar Lazio sempre in materia di telecomunicazioni, che invece ha sancito chiaramente la distinzione tra illegittimità comunitaria e violazione del divieto di «gold plating». In quel caso è stato affermato che “Le norme europee ... non descrivono obblighi specifici a carico degli Stati ma, piuttosto, fissano degli obiettivi, in particolare quello dell’accesso equivalente dei disabili ai servizi di comunicazione”, traendone la conclusione che “Si può porre semmai il problema della idoneità in concreto delle misure adottate all’obiettivo determinato a livello comunitario, ma è questione ben distinta dalla violazione del divieto di “gold plating” che comporta un raffronto in astratto tra norme interne (anche di tipo regolatorio) e disposizioni e/o principi UE. Nella specie, invero, manca in radice il parametro per poter stabilire se il livello di regolazione è più restrittivo di quello previsto dalla direttiva”<sup>377</sup>. La questione, così definita in termini cristallini, sembra ricalcare la prospettazione contenuta nella Guida AIR del 2018 (*supra* §5.4.)<sup>378</sup>.

Tra l’altro, la questione era stata posta negli stessi termini anche dal Tar toscano, in un caso concernente però una licenza per la vendita di tabacchi. Il ricorrente aveva lamentato che la disposizione normativa che comminava la sospensione della licenza, nel caso di vendita di tabacchi a dei minorenni, fosse in violazione del divieto di «gold plating». In quel caso però il Tribunale ha stabilito che “quella in esame è norma solo attuativa della previsione ... della direttiva ... UE, che rimette agli Stati lo stabilire “le norme relative alle sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali adottate ai sensi della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per l’applicazione di tali sanzioni”; la stessa disposizione europea aggiunge che “le sanzioni previste sono efficaci, proporzionate e dissuasive”. In mancanza di una esplicita disciplina, nella norma europea da recepire, del profilo sanzionatorio, non si vede come possa imputarsi al legislatore nazionale di aver violato il divieto di introdurre livelli di regolazione superiore a quelli minimi richiesti dalla direttiva (c.d. divieto

---

<sup>376</sup> Cfr. in questo senso Tar Lazio – Roma, sez. III, 22.3.2018, n. 3259; Tar Lazio – Roma, sez. III, 22.3.2018, n. 3258; Tar Lazio – Roma, sez. III, 22.3.2018, n. 3261. Nello stesso senso, vedi anche Tar Lazio – Roma, sez. III, 4.5.2018, n. 5001; Tar Lazio – Roma, sez. III, 10.5.2019, n. 5842.

<sup>377</sup> Cfr. Tar Lazio – Roma, sez. III, 30.4.2018, n. 4746.

<sup>378</sup> Vedi Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 febbraio 2018.

*del gold plating*)”<sup>379</sup>. In quel caso, anche se l’impostazione era corretta (raffronto tra i due livelli di regolamentazione, quello italiano e quello UE), le conclusioni lasciavano a desiderare, dal momento che l’ipotesi descritta dal Giudice (la mancata esplicitazione a livello europeo dei livelli minimi) è disciplinata in un modo differente dalla Guida del 2018. Quest’ultima stabilisce che qualora si ricada nell’ipotesi descritta “*le amministrazioni dovranno comunque privilegiare le opzioni che garantiscono minori oneri, standard, requisiti e obblighi per i destinatari*”. In pratica, in questi casi una corretta applicazione del divieto di «gold plating» presuppone un giudizio di proporzionalità sull’opzione normativa adottata.

Un aspetto che invece colpisce positivamente è che talvolta i giudici hanno applicato il divieto di «gold plating» non solo agli atti normativi, ma anche alla *lex specialis* redatta dalla stazione appaltante. Per esempio, in un caso era stata censurata la disposizione in un bando che non aveva, a detta del ricorrente, adeguatamente motivato la richiesta del requisito del fatturato minimo di partecipazione alle gare, *ex art. 83, comma 5*. Come è noto, questa disposizione prevede che “*La stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara*”. La disposizione sembrerebbe declinare il criterio direttivo della legge delega 11/2016 anche nei confronti delle stazioni appaltanti. Coerentemente, quindi, il Consiglio di Stato ha ricordato che “*Il divieto di gold plating comporta che non si possano stabilire oneri a carico degli operatori economici ulteriori rispetto a quelli previsti dalle direttive europee, ma nel caso in esame si discute se debba o meno essere motivata l’imposizione di un requisito che, secondo le direttive e la disciplina nazionale, potrebbe anche non essere richiesto perché sostituito da altri, in ipotesi meno impegnativi e selettivi. Quindi, un onere di motivazione sui requisiti più esteso non contrasta la ratio pro-concorrenziale e di favore per la semplificazione delle procedure amministrative di evidenza pubblica sottesa al divieto*”<sup>380</sup>.

Infine, merita di essere menzionato il contenzioso che si è sviluppato attorno alle Linee guida dell’ANAC. Come già ricordato in precedenza, anche questi atti sono tenuti a rispettare il divieto di «gold plating». Non stupisce quindi che in alcune pronunce il Giudice amministrativo sia stato chiamato ad esaminare la questione relativamente alle Linee guida n. 11, che come è noto disciplinano i profili operativi dell’obbligo di esternalizzazione delle procedure di cui all’art. 177 del d.lgs. 50/2016.

---

<sup>379</sup> Cfr. Tar Toscana – Firenze, sez. II, 27.11.2018, n. 1527.

<sup>380</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 19.1.2018, n. 357. Nello stesso senso, vedi anche Tar Campania – Napoli, sez. III, 16.7.2018, n. 4729.

Tuttavia, il problema del «gold plating» non è stato affrontato nel merito, dal momento che le censure mosse contro le Linee guida si sono infrante sulle eccezioni di rito sollevate nel corso del processo. Il Giudice ha infatti statuito che “... le “linee guida non vincolanti” non presentano una portata immediatamente lesiva, assolvendo allo scopo, al pari delle circolari interpretative, di supportare l’amministrazione e favorire comportamenti omogenei”<sup>381</sup>.

Da questa breve rassegna della giurisprudenza amministrativa è quindi emersa una certa confusione logica e semantica sul concetto di «gold plating». Talvolta, infatti, la sua violazione viene prospettata come una questione di compatibilità con il diritto dell’Unione europea. Altre volte il problema viene posto nei termini di una violazione dell’art. 41 Cost.. D’altra parte, l’accoglimento di una censura imperniata sulla violazione del divieto di «gold plating» conduce a due possibili esiti: se la censura colpisce un atto amministrativo, il giudice può esercitare astrattamente il proprio potere di annullamento (cosa che finora non è mai successa, come si è visto); altrimenti, se viene denunciato un vizio relativo ad un atto avente forza di legge, la strada da seguire è quella della questione di legittimità costituzionale.

Avendo affrontato il primo problema, ci si accinge ora a trattare il secondo.

## 12.2. *La giustizia costituzionale, tra momenti di diffusione e momenti di accentramento*

In questo paragrafo è utile ripercorrere quali sono le “regole d’ingaggio” alle quali deve sottostare un giudice *a quo* per sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte. Come infatti si dirà meglio in seguito, la Corte costituzionale si è espressa soltanto recentemente, per la prima ed unica volta, sulla portata e sul funzionamento del divieto «gold plating» nel nostro ordinamento (*infra* §10.2.3.)<sup>382</sup>. Tuttavia, il criterio di

---

<sup>381</sup> Cfr. Tar Lazio – Roma, sez. I, 27.6.2019, n. 8369; Tar Lazio – Roma, sez. I, 27.6.2019, n. 8371; Tar Lazio – Roma, sez. I, 27.6.2019, n. 8372; Tar Lazio – Roma, sez. I, 27.6.2019, n. 8373; Tar Lazio – Roma, sez. I, 27.6.2019, n. 8374; Tar Lazio – Roma, sez. I, 27.6.2019, n. 8376; Tar Lazio – Roma, sez. I, 27.6.2019, n. 8386.

<sup>382</sup> Cfr. Corte cost., sentenza del 27.5.2020, n. 100. In realtà, la questione «gold plating» era stata introdotta in un giudizio davanti alla Corte anche in una difesa dell’Avvocatura di Stato nella sentenza n. 75 del 2017. In quel caso, veniva censurato l’art. 49 della legge 221 del 2015, con la quale veniva sottratta al regime autorizzatorio una determinata pratica di miscelazione di rifiuti. La Regione aveva impugnato la legge per contrasto con le direttive UE in materia. Secondo la difesa statale, tuttavia, la disposizione censurata era stata adottata in un’ottica di liberalizzazione, proprio in ottemperanza al divieto di «gold plating». La Corte, di diverso avviso, ha invece accolto la q.l.c. sostenendo che (in questo caso sì) vi fosse un contrasto con la direttiva UE (*rectius*, con l’art. 117, comma 1, Cost.).

delega vige nel nostro ordinamento dal 2012, e nonostante ciò, ha coinvolto la Corte costituzionale solo marginalmente.

Per questo motivo è utile passare in rassegna ora i diversi elementi che ostano alla rimessione di una questione di legittimità costituzionale alla Consulta, declinando tali aspetti nella dinamica del divieto di «gold plating». In altri termini, bisogna analizzare i presupposti di instaurazione di un giudizio di legittimità costituzionale. Questi ultimi, d'altronde, connotano l'intero sistema di giustizia costituzionale, facendolo propendere verso l'uno o l'altro dei prototipi astrattamente esistenti in materia<sup>383</sup>.

Ora, come è noto, l'art. 136 Cost. assegna alla Corte costituzionale, e ad essa soltanto, il potere di dichiarare incostituzionale *erga omnes* un atto avente forza di legge, giacché “*la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*”. Per questo motivo, il suddetto sistema viene qualificato come “accentrato”, in contrapposizione al controllo “diffuso” che invece si verifica ad esempio negli Stati Uniti<sup>384</sup>.

La Costituzione però non regola nel dettaglio la disciplina della Corte, demandando ad una legge costituzionale (per “*le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte*”) e ad una legge ordinaria (per “*la costituzione e il funzionamento della Corte*”) la definizione degli ulteriori aspetti (art. 137 Cost.). La legge 11 marzo 1953, n. 87, all'art. 23, stabilisce che un giudice possa interpellare la Corte “*qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata*”. Da qui discendono i due noti presupposti per l'instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale: la “rilevanza” e la “non manifesta infondatezza” della questione.

Per quanto concerne la prima, essa è stata qualificata come una vera e propria “pregiudizialità costituzionale”<sup>385</sup>. Tale concetto implica una stretta strumentalità della norma impugnata rispetto alla questione concreta da risolvere, rappresentando essa la premessa maggiore di un sillogismo giuridico applicativo<sup>386</sup>. Non è sufficiente, come qualcuno inizialmente aveva sostenuto, considerare il riferimento alla “rilevanza per il giudizio” in senso

---

<sup>383</sup> Cfr. ZAGREBELSKY G., *Processo costituzionale*, in ED, 1987.

<sup>384</sup> Cfr. ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.

<sup>385</sup> *Ibid.* 283.

<sup>386</sup> Cfr. su tutte Cort. cost., ord. 130 del 1971.

meramente spazio-temporale, come “occasione” qualificata per il giudice di sollevare una q.l.c.<sup>387</sup>.

### 12.2.1. La “rilevanza”

Passando a declinare il requisito della rilevanza alla luce del divieto di «gold plating»<sup>388</sup>, si evidenzia che per esempio in un caso il Consiglio di Stato ha rigettato un’eccezione di illegittimità costituzionale concernente l’art. 80 del Codice dei contratti pubblici. In quel caso, si censurava tale disposizione nella parte in cui, al comma 5, prevede l’esclusione del partecipante per aver omesso di dichiarare una circostanza rilevante in grado di influenzare le decisioni della stazione appaltante. Tale enunciato, differentemente dall’art. 57 della direttiva 2014/24/UE, non richiede che l’influenza di tale omissione sulla formazione della volontà della stazione appaltante sia di consistenza “notevole”. I Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto tale eccezione irrilevante, perché anche a voler aderire alla tesi di parte, comunque le omissioni censurate, nel caso di specie, avevano avuto un’influenza notevole, quindi, un’eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale non avrebbe influito in alcun modo sulla risoluzione della controversia<sup>389</sup>.

Dal tema della pregiudizialità costituzionale discende anche quello della c.d. “doppia pregiudizialità”, che si verifica qualora il dubbio di legittimità investa la norma di legge sia rispetto alla Costituzione, sia rispetto al diritto europeo. In questi casi, la Corte costituzionale pretende che il giudice sollevi prima la questione davanti alla CGUE per vedere risolti i problemi ermeneutici connessi al diritto europeo<sup>390</sup>.

In materia di subappalto, sono state sollevate dal Giudice amministrativo svariate questioni di compatibilità con il diritto europeo alla

---

<sup>387</sup> Cfr. ad esempio ZAGREBELSKY G., *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001. L’A. aveva avanzato tale ipotesi per evitare che si formassero “zone franche” dal sindacato della Corte.

<sup>388</sup> E senza entrare nel merito di questioni che sono naufragate per eccezioni di rito dinanzi al giudice di prime cure, cfr. Tar Umbria – Perugia, sez. I, 3.1.2019, n. 3.

<sup>389</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 8.5.2018, n. 2747.

<sup>390</sup> Cfr. Cort. cost. ord. n. 536 del 1995 e ord. 319 del 1996. Vedi CARTABIA M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità» comunitaria e costituzionale*, in *For. It.*, 1997(5), 222. Attualmente, a seguito della sentenza 269 del 2017, esiste però un’eccezione, quando cioè vengano in contestazione i diritti fondamentali della persona. In questo caso “le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes” della Corte costituzionale. Per un commento, vedi SCACCIA G., *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, 2948.

Corte di Lussemburgo, sia per quanto riguarda l'attuale disciplina del 2016<sup>391</sup> che rispetto a quella previgente del 2006<sup>392</sup>. In sostanza, è stato censurato il limite quantitativo del 30% posto alle prestazioni del contratto subappaltabili. Le questioni, come è noto, hanno condotto specularmente a due decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha censurato la disciplina italiana<sup>393</sup>.

Rispetto a queste due vicende processuali, è interessante notare come, nonostante non fosse venuta in esame la questione della “doppia pregiudizialità”, nelle due ordinanze di rimessione era stata analizzata la disciplina del subappalto sia alla luce del diritto UE che sotto il diverso profilo del rispetto del divieto di «gold plating». Chiaramente, una volta risolta la questione sotto il primo aspetto, il secondo ha perso di rilevanza.

Esaurito questo tema, si passa ora al secondo presupposto per accedere al giudizio di legittimità costituzionale, ossia la “non manifesta infondatezza”.

#### 12.2.2. La “non manifesta infondatezza”

Tale elemento, fin da tempi risalenti, è sembrato aprire degli spiragli ad una sorta di valutazione diffusa di costituzionalità<sup>394</sup>. Tale intuizione è stata poi confermata dalla nota sentenza n. 356 del 1996, che ha sancito a chiare lettere l'obbligo del giudice comune di provare ad interpretare in maniera conforme a Costituzione la disposizione di legge della cui legittimità si dubita. In sintesi, la Consulta ha chiarito che *“le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”*.

Sulla scorta di queste indicazioni ha riacquisito centralità, all'interno del nostro sistema di giustizia costituzionale, la figura del giudice comune, tanto che per alcuni il suddetto sistema sarebbe ormai talmente ibrido da doversi considerare “misto”<sup>395</sup>. In realtà sembrerebbe preferibile sostenere che la giustizia costituzionale abbia vissuto nella sua storia, per ragioni sociali

---

<sup>391</sup> Cfr. Tar Lombardia – Milano, sez. I, 19.1.2018, ord. n. 148.

<sup>392</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11.6.2018, ord. n. 3553.

<sup>393</sup> Per la disciplina del d.lgs. 50/2016, cfr. CGUE Causa C-63/18 (*Vitali*); per la disciplina del d.lgs. 163/2006, vedi invece CGUE Causa C-402/18 (*Tedeschi*).

<sup>394</sup> Cfr. CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1976.

<sup>395</sup> Vedi NICO A. M., *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2007, *passim*.

e politiche, varie fasi o “momenti” di maggiore o minore accentrimento o diffusione<sup>396</sup>.

Per quanto riguarda il «gold plating», si è assistito finora ad un controllo dei giudici comuni che ha limitato al minimo il coinvolgimento della Corte costituzionale, chiamata in causa per la prima volta con la sentenza 27 maggio 2020, n. 100. Questo è accaduto perché spesso i giudici di merito hanno tentato di interpretare in maniera conforme al divieto di «gold plating» le disposizioni del Codice appalti, rendendo quindi manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale.

Per esempio, è stato affermato che, in una gara per l'affidamento di un appalto di lavori, qualora un concorrente modifichi l'elenco prezzi predisposto dalla stazione appaltante, quest'ultima non può escluderlo ritenendo a priori tale prezzario essenziale ai fini dell'ammissione alla gara. Una diversa interpretazione, “risulterebbe esasperatamente formalistica e come tale contraria ai canoni di massima partecipazione e divieto di gold plating”<sup>397</sup>.

Un altro esempio interpretazione conforme a costituzione è offerto da quella giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sull'ambito soggettivo di applicazione delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del Codice. In pratica, l'art. 80, comma 3, disciplina in quali casi si verifica il c.d. “contagio” di una causa di esclusione da una persona fisica ad una giuridica, in ragione di un particolare legame funzionale o strutturale intercorrente tra le due.

Ebbene, si era formata una giurisprudenza che affermava che i motivi di esclusione rilevanti ai fini della partecipazione di una società (organizzata in un sistema di amministrazione “tradizionale”) si estendessero anche al componente *supplente* del collegio sindacale<sup>398</sup>. Tale assunto è stato smentito però dal Consiglio di Stato, che ha escluso che la disposizione ricomprendesse anche i sindaci supplenti e che, proprio sui richiami di parte al divieto di «gold plating», ha interpretato l'art. 80, comma 3, in perfetta sintonia con l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, ricordando che altrimenti si sarebbe determinato “un avanzamento eccessivo della soglia di prevenzione dall'affidamento di contratti pubblici”<sup>399</sup>.

Ma la vicenda forse più gravida di implicazioni per il sistema di giustizia costituzionale è quella relativa all'esclusione per la mancata

---

<sup>396</sup> Cfr. ROMBOLI R., *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentrimento” e “momenti di diffusione”*, in *GP*, 2020(2).

<sup>397</sup> Cfr. Tar Sardegna – Cagliari, sez. I, 22.12.2017, n. 810.

<sup>398</sup> Cfr. Tar Lazio – Roma, sez. II, 23.7.2018, n. 8309; Tar Lazio – Roma, sez. II, 23.7.2018, n. 8289; Tar Lazio – Roma, sez. II, 23.7.2018, n. 8288; Tar Lazio – Roma, sez. II, 23.7.2018, n. 8287; Tar Lazio – Roma, sez. II, 23.7.2018, n. 8286.

<sup>399</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3.12.2018, n. 6866.

indicazione dei costi relativi alla manodopera e alla sicurezza aziendale<sup>400</sup>. Come è noto (vedi *supra* §5.3.2.), sul tema si erano affermati due orientamenti: il primo, più rigoroso, sosteneva l'automatica esclusione del partecipante che non avesse indicato i suddetti costi nella propria offerta<sup>401</sup>; il secondo, invece, preferiva seguire una linea più "morbida", ammettendo la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio nel caso in cui la documentazione di gara fosse in qualche modo decettiva<sup>402</sup>.

Questo secondo indirizzo è di particolare interesse per l'oggetto della presente ricerca, perché basava il proprio convincimento, tra le altre cose, proprio sul rispetto del divieto di «gold plating». I giudici di Palazzo Spada hanno infatti affermato che *“La soluzione automaticamente escludente si pone ... in contrasto*

*con l'indirizzo del diritto UE quale consacrato del giudice eurounitario ... secondo cui dal quadro della normativa eurounitaria ... «non emerge che la mancanza di indicazioni, da parte degli offerenti, del rispetto di tali obblighi determini automaticamente l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione», ma ora, e maggior ragione, anche con il divieto di gold plating”*<sup>403</sup>. In sintesi, quindi, per scegliere la propria soluzione esegetica, i giudici hanno fatto riferimento al canone di interpretazione costituzionalmente orientato.

Tuttavia – e qui viene il punto – i limiti maggiori di un siffatto sistema di giustizia costituzionale (e quindi di giustiziabilità del divieto di «gold plating») non hanno tardato ad emergere. È infatti inutile ricordare che l'ostacolo maggiore al corretto funzionamento di un tale meccanismo è rappresentato dal fatto che le decisioni dei giudici comuni producono i loro effetti soltanto *inter partes*, e che nel nostro ordinamento il precedente non ha efficacia vincolante.

Ne discende il rischio che una tale interpretazione adeguatrice resti poi nei fatti lettera morta, e venga invece soppiantata da un diritto vivente di segno opposto. E tanto è accaduto proprio sulla portata automaticamente escludente dell'obbligo previsto dall'art. 95, comma 10, del Codice, laddove l'indirizzo sopra esposto, seppur sensibile al criterio direttivo della legge delega, è risultato infine minoritario. È recente, infatti, la pronuncia dell'Adunanza plenaria che da ultima ha definitivamente rigettato la tesi più rispettosa del divieto di «gold plating»<sup>404</sup>.

---

<sup>400</sup> Da ultimo, vedi MARASCA M., *La giurisprudenza amministrativa sull'obbligo indicazione degli oneri di sicurezza aziendale e dei costi manodopera*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2020.

<sup>401</sup> Su tutti, cfr. Cons. Stato, sez. V, 7.2.2018, n. 815.

<sup>402</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 27.4.2018, n. 2554.

<sup>403</sup> *Ibidem*; nello stesso senso, vedi Tar Basilicata – Potenza, sez. I, 3.7.2018, n. 438.

<sup>404</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2.4.2020, n. 7.

### 12.2.3. La sentenza 27 maggio 2020, n. 100

Questo sistema unicamente decentrato (e quindi scarsamente efficace) è stato di recente parzialmente smentito dalla sentenza 27 maggio 2020, n. 100, vale a dire la prima pronuncia della Corte costituzionale sul divieto di «gold plating». La decisione che ci si accinge a commentare, sebbene abbia dichiarato l'infondatezza della questione, rappresenta un'importante tappa nel percorso definitorio del concetto di «gold plating».

Non bisogna infatti dimenticare che il sindacato della Corte costituzionale si basa in pratica sul raffronto di due elementi: una norma impugnata e un'altra che funge da parametro di legittimità. Il secondo elemento, di solito, è contenuto in una disposizione enunciata nella carta costituzionale, quindi risulta corroborato da una stratificazione della giurisprudenza della Corte. Tuttavia, nel meccanismo di delega legislativa ciò non si verifica, perché il parametro interposto di legittimità (rappresentato dai principi e criteri direttivi di cui all'art. 76 Cost.) è spesso una creazione del Legislatore ordinario<sup>405</sup>.

Come si è visto, con specifico riguardo al concetto di «gold plating», l'assenza delle Corte costituzionale ha provocato nel corso degli anni degli oscillamenti in giurisprudenza (*supra* §12.1.2.). Per questo motivo la pronuncia di cui sopra è importante, perché aiuta a fissare definitivamente dei paletti concettuali che potrebbero aiutare anche i giudici comuni nella loro opera di controllo diffuso.

La decisione delle Consulta origina da un'ordinanza del Tar ligure, che ha rilevato la possibile illegittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016, “*nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto nella motivazione del provvedimento di affidamento in house “delle ragioni del mancato ricorso al mercato”, per contrasto con l’art. 76 della Costituzione, in relazione all’art. 1 lettere a) ed eee) della legge 28.1.2016, n. 11*”<sup>406</sup>.

La Corte, investita della questione, l'ha ritenuta infondata. Una recente pronuncia della CGUE ha statuito infatti che la direttiva 2014/24/UE “*non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un’operazione interna, denominata anche «contratto in house»,*

---

<sup>405</sup> Vedi ANZON A., *I problemi attuali del sindacato della Corte costituzionale sulla delega legislativa*, in *La delega legislativa – Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, 2009.

<sup>406</sup> Cfr. Tar Liguria – Genova, sez. II, 15.12.2018, ord. n. 886. Per un commento, vedi GUARINI C. P., *Una nuova stagione per l’in house providing? L’art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *federalismi.it*, 2019(8).

*all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna*"<sup>407</sup>. Sulla scorta di tale insegnamento, la Consulta ha quindi ritenuto che la disciplina impugnata non contrastasse con il divieto di «gold plating».

Ora, lasciando in disparte i possibili punti critici di un tale *iter* motivazionale<sup>408</sup>, preme qui evidenziare quei passaggi che invece fissano dei paletti importanti nella disciplina del «gold plating».

Anzitutto, la Corte ha chiarito che il suddetto meccanismo di contenimento degli oneri amministrativi è un istituto volto ad operare internamente, la cui vincolatività in sostanza non deriva dal diritto europeo. Il c.d. «gold plating» *“non è un principio di diritto comunitario, il quale, come è noto, vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati (salvo che per le norme direttamente applicabili)”* (4° considerato in diritto). Vengono quindi smentite quelle posizioni in giurisprudenza che tendevano a ricondurre la violazione del divieto di «gold plating» ad un problema di compatibilità comunitaria (*supra* §12.1.2.).

Oltre a ciò, la Consulta ha chiarito altresì la *ratio* di tale istituto, che *“è quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini”*. Nel caso di specie, invece *“è evidente che la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice pro-concorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato”* (5° considerato in diritto). In questo senso, la pronuncia è importante, perché sembra suggerire che il «gold plating» non opera *tout court* per tutti gli oneri amministrativi, ma soltanto per quelli che si traducano in maggiori costi per i cittadini e le imprese (*supra* §5.1.1.).

Infine, è rilevante il riferimento al già più volte citato parere n. 855 del 2016 del Consiglio di Stato. La Corte, infatti, ne ha recepito l'insegnamento, affermando che *“il “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive” va rettamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli “oneri non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in*

---

<sup>407</sup> CGUE, cause riunite da C-89/19 a C-91/19 (*Rieco S.p.A.*).

<sup>408</sup> La Corte ha fatto leva su una pronuncia della CGUE che *autorizza* gli Stati membri a prevedere un obbligo motivazionale in caso di mancata esternalizzazione del servizio. La concreta previsione di tale obbligo, invece, è un fatto di diritto interno, ed è qui che sorge il problema del «gold plating», che parrebbe essere ignorato dalla Consulta.

*relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive*". Anche qui, dunque, viene indicata la strada da seguire, mettendo da parte quindi quella parte della giurisprudenza che identificava il divieto di «gold plating» con la *deregulation*.

Ma se queste sono le premesse (condivisibili, a parere di chi scrive, per tutto quanto detto finora) non appare completamente immune da possibili critiche la scelta argomentativa della Corte, nella parte in cui, come si è detto, ha dichiarato infondata la questione sulla base della citata giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Ad ogni modo, così facendo essa ha lasciato impregiudicato – e questo è forse il punto – il vero problema che osta alla completa operatività del divieto di «gold plating», che consiste nel capire che cosa accade qualora venga rilevato un effettivo superamento dei livelli minimi di regolazione previsti a livello europeo. Alla luce del parametro interposto di legittimità, essa avrebbe dovuto indagare se esistono delle ragioni che giustificano tale superamento. Sarebbe stato utile, in questo caso, conoscere come si sarebbe sviluppato il sindacato della Corte.

### 13. *Le esperienze straniere*

Dopo aver sviluppato in maniera approfondita il concreto funzionamento del divieto di «gold plating» in Italia, è utile passare brevemente in rassegna la disciplina presente negli altri Stati membri (ove presente), per provare a trarre eventuali insegnamenti.

Si può prima di tutto tracciare una distinzione tra i Paesi che hanno istituito un organo *ad hoc* per monitorare e prevenire la formazione del «gold plating» e quelli che invece hanno assegnato tali funzioni a dei soggetti già esistenti, quali ad esempio i singoli ministeri.

Al primo gruppo di Paesi appartengono, ad esempio, la Svezia e la Danimarca.

Per quanto riguarda la prima, il controllo sugli oneri amministrativi viene svolto dal Consiglio sulla qualità legislativa (*Regelrådet*)<sup>409</sup>. A tale organo, di nomina governativa, è demandato il compito di monitorare l'impatto della legislazione sulle imprese e perseguire le conseguenti politiche di semplificazione. Concretamente, il *Regelrådet* funziona come il DAGL in Italia: è in sostanza un organo interno all'amministrazione centrale incaricato di valutare l'attività istruttoria dei singoli ministeri, eventualmente

---

<sup>409</sup> Vedi ATTHOFF K., WALLGREN M., *Clarifying Gold-Plating – Better Implementation of EU Legislation*, 2012.

suggerendo gli approfondimenti finalizzati a migliorarne l'analisi *ex ante* e quindi, a cascata, anche la qualità della legislazione in generale.

Ma il contenimento del «gold plating» viene perseguito anche dai singoli ministeri. Infatti, in base alla Circolare n. 14, recante le Linee guida sulla trasposizione delle direttive europee (“*Riktlinjer för genomförande av unions-rättsakter*”), i singoli ministri sono incaricati di assicurare un recepimento tempestivo delle direttive e di evitare misure che oltrepassino i livelli minimi di regolazione richiesti dal diritto europeo.

L'altro Paese, la Danimarca, ha istituito il Consiglio per l'attuazione delle direttive, incaricato di promuovere la competitività delle imprese danesi nel mercato unico europeo e di assicurare la trasparenza e la responsabilità politica dei decisori pubblici. Nello svolgimento di tali funzioni, il Consiglio si muove in tre direzioni: si mostra proattivo all'attività di *lobbying*; previene l'apposizione di vincoli alle imprese non richiesti dall'*acquis* comunitario («gold plating»); e infine, svolge l'attività di “neighbour checking”, ossia lo studio delle migliori pratiche sviluppate negli altri Stati membri<sup>410</sup>. Si coglie, in questo sistema, una connotazione fortemente pro-concorrenziale del divieto di «gold plating».

Sull'altro versante, ci sono Paesi che non hanno assegnato il controllo sui livelli minimi di regolazione ad uno specifico organo. Tra questi, rientra la Francia, che soltanto recentemente ha assunto un impegno concreto in questo senso. Infatti, con la “*Circulaire du 26 juillet 2017 relative à la maîtrise des textes réglementaires et de leur impact*” essa si è impegnata a contrastare seriamente il divieto di «gold plating». In tale atto si legge che “*Toute mesure allant au-delà des exigences minimales de la directive est en principe proscrite. Les dérogations à ce principe, qui peuvent résulter de choix politiques, supposent la présentation d'un dossier explicitant et justifiant la mesure qui sera soumise à l'arbitrage de mon cabinet*”. La norma, anche da un punto di vista strutturale, sembra ricalcare la disposizione dell'ordinamento italiano contenuta all'art. 14 della legge 246/2005. Tuttavia, l'omologa francese è meno dettagliata: manca infatti una precisa definizione di che cosa si intenda per “andare al di là dei livelli minimi europei”.

E qui si giunge ad una seconda distinzione: mentre vi sono degli Stati che forniscono una descrizione dettagliata di che cosa si intenda per «gold plating», altri sembrano affrontare il problema in maniera più blanda. Come si è visto, Svezia, Danimarca e Francia sembrerebbero soffrire di questo problema. Su tutt'altra linea si muove (o si muoveva, vista la sua uscita

---

<sup>410</sup> Cfr. REFIT Platform Opinion on Transparent Transposition by a member of the Stakeholder group disponibile su [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/xxii.9.a\\_transparent-transposition.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/xxii.9.a_transparent-transposition.pdf).

dall'Unione Europea) il Regno Unito, che come si è visto (*supra* §3) è il luogo dove il concetto di «gold plating» è nato. In una nota *Guidance* del 2011 il Governo inglese ha stabilito degli importanti principi in materia di «gold plating»<sup>411</sup>. Tali indicazioni, sebbene non vincolanti per i funzionari, svolgono un'imprescindibile opera chiarificatrice sul punto. Si legge infatti: “*Government policy is that you should not to go beyond the minimum requirements of European Directives, unless there are exceptional circumstances, justified by a cost-benefit analysis and consultation with stakeholders. Any gold-plating ... must be explained in your impact assessment and will need to be cleared by the Reducing Regulation Committee*”<sup>412</sup>. Si potrebbe pensare che, viste le tempistiche e la pressoché totale sovrapposizione, la disposizione italiana abbia copiato quella inglese.

Ciò su cui invece è insuperabile la disciplina d'oltremarica è la minuziosità con cui vengono definiti i casi di «gold plating». Rientrano tra questi: “*extending the scope, adding in some way to the substantive requirement, or substituting wider UK legal terms for those used in the Directive; or not taking full advantage of any derogations which keep requirements to a minimum (e.g. for certain scales of operation, or specific activities); or retaining pre-existing UK standards where they are higher than those required by the Directive; or providing sanctions, enforcement mechanisms and matters such as burden of proof which are not aligned with the principles of good regulation; or implementing early, before the date given in the Directive*”<sup>413</sup>.

Se molte delle ipotesi ivi previste sono state pienamente recepite dalla normativa italiana, una differenza fondamentale è data dall'ultimo punto, nel quale la *Guidance* considera «gold plating» anche l'attuazione delle direttive prima del termine fissato nelle direttive.

In conclusione, anche se il contrasto al «gold plating» è un fine comune a diversi Stati membri, alcuni più di altri sembrano intenzionati ad affrontare concretamente il problema. Si è visto come in certi casi tale obiettivo venga perseguito affidando ad un organo *ad hoc* la funzione di monitorare e coadiuvare i soggetti regolatori. In altre esperienze viene preferito un approccio più incentrato sulla tipizzazione dei casi di «gold plating».

Tutto sommato, la disciplina italiana, sembra rappresentare il giusto mezzo tra le diverse visioni. Anzitutto, la legge n. 183 del 2011 ha tipizzato

---

<sup>411</sup> Vedi DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *Transposition Guidance, How to implement European Directives effectively*, disponibile su <https://www.gov.uk/government/publications/implementing-eu-directives-into-uk-law>.

<sup>412</sup> *Ibid.*, 7.

<sup>413</sup> *Ibid.*, 8.

in maniera abbastanza chiara le ipotesi di «gold plating». Un importante contributo in tal senso, d'altronde, è fornito anche dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 16 febbraio 2018, che ha ulteriormente circoscritto i termini della questione.

Ma l'aspetto che forse caratterizza maggiormente la disciplina italiana è costituito, da una parte, dalla generalizzazione, ad opera della legge n. 234 del 2012, del divieto di «gold plating» all'interno dei meccanismi di recepimento del diritto europeo, e dall'altra, dalla “costituzionalizzazione” del suddetto, il quale è diventato un vero e proprio parametro interposto di legittimità astrattamente azionabile dinanzi alla Corte costituzionale.

## Conclusioni

È giunto ora il momento di tirare le somme del lavoro sviluppato in queste pagine.

Si è visto come il divieto di «gold plating» sia un istituto dalle molteplici sfaccettature. È un concetto trapiantato da altri ordinamenti, di origine anglosassone, che ha seguito una strada tortuosa per essere poi recepito nel nostro ordinamento alla fine del 2011. Sono quindi quasi dieci anni che tale regola è entrata a far parte dell'ordinamento giuridico italiano, ma già da prima serpeggiava nel linguaggio gergale dei giuristi.

Nel Capitolo II si è cercato di scomporre ed analizzare minuziosamente queste sfaccettature. Ne è emersa la genesi storico-normativa del divieto di «gold plating», una genesi legata a movimenti di lungo corso ed a stravolgimenti traumatici che hanno visto protagonista l'Unione Europea ed in particolare l'Italia. Il divieto di «gold plating», concepito e sviluppato inizialmente nel Regno Unito, ha ricevuto sempre più attenzione a livello europeo, per contrastare lo sviluppo di una burocrazia ipertrofica ed asfissiante per le imprese, soprattutto per quelle di piccole e medie dimensioni. È sintomatico, d'altronde, che tale concetto sia germogliato proprio oltremarina, ossia nel luogo dove più di tutti in Europa si è consumato un vero e proprio scontro di culture giuridiche, per certi aspetti inconciliabili: da una parte, un sistema di *common law*, diffidente per sua natura nei confronti del diritto di derivazione legislativa; dall'altra, la tradizione giuridica continentale, chiamata ormai da tempo a fronteggiare l'arcinoto problema dell'ipertrofia legislativa. Da questo connubio è nato il divieto di «gold plating»: sicuramente un risvolto marginale, ma ciononostante paradigmatico.

Tuttavia, l'esperienza italiana è stata segnata da ulteriori vicende, che hanno conferito al divieto di «gold plating» una connotazione ancora più traumatica. La sua introduzione ha coinciso storicamente con una crisi finanziaria che ha messo a dura prova il sistema economico e, di riflesso, quello politico. La risposta a tali eventi è stata una “corsa in avanti” per tentare di allineare l'Italia agli altri Paesi dell'Unione Europea, non solo sotto la prospettiva macroeconomica, ma anche e soprattutto sotto quella giuridica. In questo senso, le pagine di presente scritto hanno tentato di ricostruire, quasi in termini “filologici”, la comparsa nel nostro ordinamento del divieto di prevedere livelli di regolazione superiori a quelli minimi previsti dal diritto europeo.

Non si può nascondere, tuttavia, che un'innovazione dotata di questo potenziale non ha in realtà sortito l'effetto sperato, a dieci anni di distanza. Di

ciò si è provato a dare ampia dimostrazione nel corso delle analisi svolte poc'anzi, che hanno evidenziato come tale divieto venga in realtà spesso ignorato dalle amministrazioni chiamate a produrre le regole. Le ragioni di un fallimento così conclamato sono da addebitare a diversi ordini di motivi.

Anzitutto, è mancata, almeno finora, una riflessione seria e ben strutturata sul significato e sull'effettiva portata del concetto di «gold plating». Una locuzione, quest'ultima, tutt'altro che rara nel gergo giuridico, specialmente di area pubblicistica. Ciononostante, una locuzione che, letteralmente, non trova alcun riscontro normativo all'interno del nostro ordinamento, e che anche quando ha provato a trovare uno sbocco, è stata bloccata dal Consiglio di Stato, che l'ha giudicata foriera di ambiguità, proprio perché di derivazione straniera. Così essa viene resa in italiano con una perifrasi, salvo il caso più unico che raro in cui essa è stata tradotta con “orpellatura”.

E se queste riflessioni di stampo linguistico possono sembrare superflue, la realtà dei fatti non manca di smentire tale opinione, dal momento che sia la dottrina che la giurisprudenza hanno mostrato finora un certo spaesamento nel rapportarsi con il concetto di «gold plating». Tra chi l'ha ricondotto meramente ad un problema di antinomia con il diritto europeo, a chi l'ha liquidato come una tendenza alla *deregulation*, il divieto di «gold plating» ha versato finora in uno stato di confusione semantica: questa sicuramente è stata una delle ragioni del suo scarso rilievo operativo. E a questa confusione è rivolto il presente lavoro, con cui si è tentato di metter ordine tra le diverse tesi interpretative. Operazione necessaria per il corretto funzionamento dell'istituto.

D'altra parte, un'altra ragione della scarsa effettività del divieto di «gold plating» è certamente da ricercare nella natura dei poteri e degli interessi sui quali esso insiste. Quando si parla di divieto di superare i livelli minimi di regolazione previsti dal diritto europeo, si parla di rapporto tra ordinamenti giuridici (quello europeo e quello nazionale) e di limiti alla potestà normativa, una potestà storicamente “sovrana”, e quindi restia a subire compressioni di alcun genere. Invece, il divieto di «gold plating» punta proprio a questo: a curare l'interesse *bipartisan* alla buona legislazione, il quale implica però una limitazione dei poteri di chi quella legislazione è chiamato a concepirla. Per le ragioni storiche anzidette, unite ad una deprecabile confusione semantica, il Legislatore è stato finora refrattario a dare concreta attuazione al divieto di «gold plating», proprio perché esso è stato vissuto come un agente estraneo nel nostro ordinamento.

E tanto ha fatto la giurisprudenza, per sua natura poco incline, da sempre, agli strappi improvvisi in avanti. A nulla è servito, infatti,

costituzionalizzare il divieto di «gold plating», al fine di renderlo effettivamente giustiziabile davanti alla Corte costituzionale. Il Giudice Amministrativo si è mostrato ricalcitante a sfruttare questo nuovo istituto, interpretandolo spesso in modo restrittivo, se non persino errato, come hanno dimostrato i più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale.

Si è infatti dato conto della prima pronuncia della Consulta sul tema, nella quale essa ha finalmente chiarito alcuni aspetti nevralgici del divieto di «gold plating». Non l'ha concretamente sfruttato per dichiarare incostituzionale una norma, ma ne ha sancito l'interpretazione "autentica", che è già qualcosa.

D'altronde, si è cercato di dimostrare come un controllo costituzionale sul divieto di «gold plating» non sia completamente assente: esso è andato conformandosi, complice anche lo strumento della delega legislativa, come un sindacato di tipo prevalentemente diffuso, nel quale la giurisprudenza di merito ha provato a fornire un'interpretazione adeguatrice della normativa caso per caso sospettata di incostituzionalità. E questo con tutte le inefficienze di un sistema così configurato, nel quale il precedente giurisprudenziale non è vincolante e quindi la decisione del singolo giudice avrà sempre e solo un'efficacia *inter partes*.

Infine, l'ultimo grande scoglio per la concreta operatività del divieto di «gold plating» sembra essere la conclamata incapacità degli uffici legislativi di svolgere analisi con un taglio economico o comunque di stampo quantitativo. Un problema, questo, che non riguarda invero soltanto questo istituto, ma l'intero comparto della *better regulation*, spesso ostaggio di giuristi dalla formazione "pura" (con i dovuti distinguo, chiaramente).

Ma se è vero, come è vero, che il divieto di «gold plating» ha avuto finora una scarsa applicazione, sono stati documentati anche dei casi in cui esso è sembrato funzionare correttamente. Lasciando in disparte le già citate questioni di giustizia costituzionale, si è dimostrato come l'ANAC abbia generalmente utilizzato il divieto di «gold plating» con il fine per il quale esso è stato concepito: aiutare, cioè, a scegliere tra diverse le opzioni regolatorie quella meno onerosa per i destinatari. Con tutti i limiti che si sono evidenziati, l'Autorità ha tutto sommato preso in debita considerazione il divieto di «gold plating», inserendolo sovente nell'analisi *ex ante* delle Linee guida, anche sulla spinta delle consultazioni pubbliche.

E su questo punto, se un parallelismo può essere tracciato anche con l'esperienza governativa, va detto che laddove le consultazioni hanno funzionato correttamente, il divieto di «gold plating» è stato valorizzato. Una prova è offerta dal "correttivo" al codice dei contratti pubblici del 2017: un tipo di atto-fonte che per sua natura rappresenta la sede ideale per svolgere

un'istruttoria normativa approfondita, e dove quindi il divieto di inserire livelli di regolazione superiori a quelli previsti dal diritto europeo ha trovato il giusto spazio.

In conclusione, volendo abbozzare una sorta di cronistoria del divieto di «gold plating» in Italia, si potrebbero delineare tre stagioni.

In una prima fase, risalente all'incirca al primo decennio degli anni duemila, questo istituto è rimasto in gestazione a livello europeo, con le prime emersioni in alcuni Stati membri e con l'ovvia eccezione del Regno Unito, nel quale esso era invece già presente da tempo. In questa fase, del divieto di «gold plating» si è discusso prevalentemente nei tavoli di lavoro europei, con moduli intergovernativi, senza un dibattito pubblico. In questa fase l'Italia ha partecipato passivamente.

Con la crisi economica mondiale, a partire dal 2008, si è nuovamente acuita l'esigenza di semplificare la macchina amministrativa, per favorire la competitività delle imprese nell'Unione Europea. In questa seconda fase, anche il divieto di «gold plating» ha conquistato uno spazio nel dibattito pubblico, tanto da trovare il primo sbocco normativo nel 2011 e poi diventare, nel 2012, persino un principio generale che disciplina il recepimento di tutto il diritto europeo. Tuttavia, in questa stagione sia la dottrina che la giurisprudenza hanno sostanzialmente ignorato l'introduzione nel nostro ordinamento di questo istituto, quasi a suggerire il fatto che esso fosse frutto di un fenomeno di “marketing legislativo”.

Infine, nel 2016, le cose sono cambiate. La legge delega sul recepimento delle tre direttive del 2014, in materia di contratti pubblici, ha infatti ribadito in tale ambito la vigenza del divieto di «gold plating». In questo caso, si è visto come vi sia stata un'immediata attenzione da parte della dottrina, e lo stesso vale per la giurisprudenza. Nella terza stagione, che dura tutt'ora, il divieto di «gold plating» ha cominciato ad essere studiato con maggiore attenzione, ad essere rielaborato e quindi meglio compreso.

Il presente lavoro ha registrato questi accadimenti, ha provato ad individuarne le connessioni logiche e a restituirne un risultato di sintesi.

Appendice

**Tabella I – Recepimento del diritto UE dal 2013 ad oggi**

Legge di delegazione europea	Atti dell'Unione delegati	Principi specifici	Decreti legislativi adottati
LEGGE 6 agosto 2013, n. 96 (40)	2009/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio		
	2009/102/CE del Parlamento europeo e del Consiglio		
	2009/158/CE del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 3 dicembre 2014, n. 199
	2010/32/UE del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 19 febbraio 2014, n. 19
	2010/63/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 26
	2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 32 DECRETO LEGISLATIVO 23 giugno 2016, n. 129
	2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 46
	2011/16/UE del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 29
	2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 38
	2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 24
	2011/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 13 febbraio 2014, n. 12
	2011/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 44
	2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 19 febbraio 2014, n. 17
	2011/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 27 DECRETO LEGISLATIVO 15 giugno 2016, n. 124
	2011/70/Euratom del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 45
	2011/76/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 43
	2011/77/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 21 febbraio 2014, n. 22
	2011/82/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 37
	2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 21 febbraio 2014, n. 21
	2011/85/UE del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 54
2011/89/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 53	
2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 39	

	2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 21 febbraio 2014, n. 18
	2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 40
	2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 11 febbraio 2015, n. 9
	2012/4/UE della Commissione, del 22 febbraio 2012		
	2012/12/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 19 febbraio 2014, n. 20
	2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 1 luglio 2014, n. 101
	2012/18/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 14 marzo 2014, n. 48 DECRETO LEGISLATIVO 26 giugno 2015, n. 105
	2012/19/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 14 marzo 2014, n. 49
	2012/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 42
	2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 4 luglio 2014, n. 102
	2012/28/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 10 novembre 2014, n. 163
	2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 15 dicembre 2015, n. 212
	2012/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 16 luglio 2014, n. 112
	2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 15 luglio 2015, n. 112
	2012/52/UE della Commissione, del 20 dicembre 2012		
	2013/1/UE del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 13 febbraio 2014, n. 11
	Rettifica della direttiva 2006/112/CE del Consiglio	<b>X</b>	
	regolamento (CE) n. 2173/2005 del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 30 ottobre 2014, n. 178
		10 su 40	38 (35 su 40)
LEGGE 7 ottobre 2014, n. 154 (22)	2013/37/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2015, n. 102
	2013/61/UE del Consiglio, del 17 dicembre 2013		
	2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 12 maggio 2015, n. 74
	2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		
	2012/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 12 maggio 2015, n. 71
	2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 6 agosto 2015, n. 130
	2013/14/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 7 maggio 2015, n. 66
	2013/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 29 luglio 2015, n. 123
	2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 18 agosto 2015, n. 145
	2013/31/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 12 maggio 2015, n. 73

	2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		
	2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 18 agosto 2015, n. 142
	2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 18 agosto 2015, n. 136 DECRETO LEGISLATIVO 18 agosto 2015, n. 139
	2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 12 maggio 2015, n. 7
	2013/38/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 7 maggio 2015, n. 67
	2013/39/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 13 ottobre 2015, n. 172
	2013/42/UE del Consiglio, del 22 luglio 2013		DECRETO LEGISLATIVO 11 febbraio 2016, n. 24
	2013/43/UE del Consiglio, del 22 luglio 2013		DECRETO LEGISLATIVO 11 febbraio 2016, n. 24
	2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 29 ottobre 2016, n. 202
	regolamento (UE) n. 345/2013	<b>X</b>	
	decisione quadro 2006/960/GAI	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 23 aprile 2015, n. 54
	decisione quadro 2006/783/GAI	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 7 agosto 2015, n. 137
		6 su 22	18 (18 su 22)
LEGGE 9 luglio 2015, n. 114 (70)	2014/111/UE direttiva di esecuzione della Commissione, del 17 dicembre 2014		DECRETO LEGISLATIVO 12 novembre 2015, n. 190
	2010/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		
	2012/25/UE direttiva di esecuzione della Commissione, del 9 ottobre 2012		
	2013/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 1 agosto 2016, n. 159
	2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		
	2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 15 settembre 2016, n. 184
	2013/50/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 25
	2013/51/Euratom del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 28
	2013/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 11 gennaio 2016, n. 5
	2013/54/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 32
	2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 28 gennaio 2016, n. 15
	2013/56/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 27
	2013/59/Euratom del Consiglio		
	2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 21 aprile 2016, n. 72

2014/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 39
2014/28/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 81
2014/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 82
2014/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2016, n. 80
2014/31/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 83
2014/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 84
2014/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 85
2014/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 86
2014/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 29 ottobre 2016, n. 203
2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 21 giugno 2017, n. 108
2014/48/UE del Consiglio		
2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 30
2014/50/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 21 giugno 2018, n. 88
2014/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		
2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 16 giugno 2017, n. 104
2014/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 22 giugno 2016, n. 128
2014/54/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		
2014/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 27 dicembre 2018, n. 148
2014/56/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 17 luglio 2016, n. 135
2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
2014/58/UE direttiva di esecuzione della Commissione, del 16 aprile 2014		DECRETO LEGISLATIVO 7 gennaio 2016, n. 1
2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 16 novembre 2015, n. 180 DECRETO LEGISLATIVO 16 novembre 2015, n. 181
2014/60/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 7 gennaio 2016, n. 2
2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 33
2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 21 giugno 2016, n. 125
2014/63/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 7 gennaio 2016, n. 3

2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 3 agosto 2017, n. 129 DECRETO LEGISLATIVO 25 novembre 2019, n. 165
2014/66/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 29 dicembre 2016, n. 253
2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 17 luglio 2016, n. 136
2014/68/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 26
2014/86/UE del Consiglio		
2014/87/Euratom del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 15 settembre 2017, n. 137
2014/89/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 17 ottobre 2016, n. 201
2014/91/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 71
2014/94/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 16 dicembre 2016, n. 257
2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 30 dicembre 2016, n. 254
2014/100/UE della Commissione, del 28 ottobre 2014		DECRETO LEGISLATIVO 7 gennaio 2016, n. 4
2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 19 gennaio 2017, n. 3
2014/107/UE del Consiglio		
2014/112/UE del Consiglio		
(UE) 2015/13 direttiva delegata della Commissione		
UE) 2015/412 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 14 novembre 2016, n. 227
(UE) 2015/413 del Parlamento europeo e del Consiglio		
regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 14 novembre 2016, n. 223
direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 12 gennaio 2016, n. 6
regolamento (UE) n. 909/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 12 agosto 2016, n. 176
regolamento (UE) n. 1286/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 14 novembre 2016, n. 224
decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 34
decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 35
decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 37

	decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 38
	decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 31
	decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 36
	decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 29
	decisione quadro 2009/315/GAI del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 12 maggio 2016, n. 74
	decisione quadro 2009/316/GAI del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 12 maggio 2016, n. 75
	decisione quadro 2008/675/GAI del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 12 maggio 2016, n. 73
		22 su 70	60 (57 su 70)
LEGGE 12 agosto 2016, n. 170 (20)	Direttiva 2009/156/CE del Consiglio		
	direttiva (UE) 2015/565 della Commissione, dell'8 aprile 2015		DECRETO LEGISLATIVO 16 dicembre 2016, n. 256
	Direttiva 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 marzo 2017, n. 35
	direttiva 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 marzo 2017, n. 37
	direttiva (UE) 2015/637 del Consiglio, del 20 aprile 2015	X	DECRETO LEGISLATIVO 22 dicembre 2017, n. 234
	direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio, del 20 aprile 2015		DECRETO LEGISLATIVO 21 marzo 2017, n. 51
	direttiva (UE) 2015/720 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	
	direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 25 maggio 2017, n. 90 DECRETO LEGISLATIVO 25 maggio 2017, n. 92 DECRETO LEGISLATIVO 4 ottobre 2019, n. 125
	direttiva UE 2015/1513 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	
	direttiva (UE) 2015/2193 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 novembre 2017, n. 183
	direttiva (UE) 2015/2376 del Consiglio, dell'8 dicembre 2015		DECRETO LEGISLATIVO 15 marzo 2017, n. 32
	regolamento (UE) n. 1143/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 dicembre 2017, n. 230
regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 settembre 2017, n. 145 DECRETO LEGISLATIVO 15 dicembre 2017, n. 231	

	regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 dicembre 2017, n. 223
	regolamento (UE) n. 305/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 16 giugno 2017, n. 106
	raccomandazione CERS/2011/3 del Comitato europeo per il rischio sistemico	X	
	regolamento (UE) 751/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015	X	
	direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 dicembre 2017, n. 218
	regolamento (UE) 2015/760 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 dicembre 2017, n. 233
	direttiva 2014/90/UE del Parlamento europeo e del Consiglio		
	decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 15 marzo 2017, n. 38
	direttiva (UE) 2015/2203 del Parlamento europeo e del Consiglio		
		16 su 20	18 (13 su 20)
LEGGE 25 ottobre 2017, n. 163 (38)	direttiva (UE) 2015/1794 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2018, n. 61
	direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 21 maggio 2018, n. 62
	direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 21 maggio 2018, n. 68
	direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2018, n. 51
	direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 21 maggio 2018, n. 53
	direttiva (UE) 2016/797 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 14 maggio 2019, n. 57
	direttiva (UE) 2016/798 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 14 maggio 2019, n. 50
	direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2016/801 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 11 maggio 2018, n. 71
	direttiva (UE) 2016/844 della Commissione, del 27 maggio 2016		DECRETO LEGISLATIVO 16 febbraio 2018, n. 25
	direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio, del 25 maggio 2016		
	direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio	X	DECRETO LEGISLATIVO 11 maggio 2018, n. 63
	direttiva (UE) 2016/1034 del Parlamento europeo e del Consiglio		
direttiva (UE) 2016/1065 del Consiglio, del 27 giugno 2016		DECRETO LEGISLATIVO 29 novembre 2018, n. 141	

direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2018, n. 65
direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016		DECRETO LEGISLATIVO 29 novembre 2018, n. 142
direttiva (UE) 2016/1214 della Commissione, del 25 luglio 2016		DECRETO LEGISLATIVO 19 marzo 2018, n. 19
direttiva (UE) 2016/1629 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 7 settembre 2018, n. 114
direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 7 marzo 2019, n. 24
direttiva (UE) 2016/2102 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 10 agosto 2018, n. 106
direttiva (UE) 2016/2258 del Consiglio, del 6 dicembre 2016		DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2018, n. 60
direttiva (UE) 2016/2284 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 30 maggio 2018, n. 81
direttiva (UE) 2016/2341 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 13 dicembre 2018, n. 147
direttiva (UE) 2016/2370 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 23 novembre 2018, n. 139
direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio		
direttiva (UE) 2017/828 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 10 maggio 2019, n. 49
direttiva (UE) 2017/853 del Parlamento europeo e del Consiglio		DECRETO LEGISLATIVO 10 agosto 2018, n. 104
direttiva (UE) 2015/2436 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 20 febbraio 2019, n. 15
regolamento (UE) n. 1257/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 19 febbraio 2019, n. 18
regolamento (UE) 2016/425 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 19 febbraio 2019, n. 17
regolamento (UE) 2016/426 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 21 febbraio 2019, n. 23 DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 6 agosto 2019, n. 121
direttive 2003/124/CE della commissione	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 10 agosto 2018, n. 107
direttive 2003/125/CE della Commissione	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 10 agosto 2018, n. 107
Direttiva 2004/72/CE della Commissione	<b>X</b>	
regolamento (UE) 2016/1011 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 13 febbraio 2019, n. 19
regolamento (UE) 2015/2365 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	DECRETO LEGISLATIVO 10 agosto 2018, n. 101

		15 su 38	31 (31 su 38)
LEGGE 4 ottobre 2019, n. 117 (37)	direttiva 2013/59/Euratom del Consiglio, del 5 dicembre 2013	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2017/159 del Consiglio	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2017/828 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2017/1852 del Consiglio, del 10 ottobre 2017	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2017/2102 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2017/2108 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2017/2109 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2017/2110 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2017/2397 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2017/2398 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2017/2455 del Consiglio, del 5 dicembre 2017		
	direttiva (UE) 2018/131 del Consiglio, del 23 gennaio 2018		
	direttiva (UE) 2018/410 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2018/645 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018		
	direttiva (UE) 2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2018/844 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2018/849 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2018/850 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2018/851 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
	direttiva (UE) 2018/852 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2018/957 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2018/958 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2018/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio		
	direttiva (UE) 2019/692 del Parlamento europeo e del Consiglio	<b>X</b>	
	regolamento (UE) n. 2017/1939	<b>X</b>	
	regolamento (UE) n. 655/2014	<b>X</b>	
decisione quadro 2002/584/GAI	<b>X</b>		

		regolamento (UE) 2017/1129		X	
		regolamento (UE) 2017/1131		X	
		regolamento (UE) 2016/2031		X	
		regolamento (UE) 2017/625		X	
		direttiva (UE) 2018/410		X	
		regolamento (UE) 2017/821		X	
		regolamento (UE) n. 952/2013		X	
		regolamento (UE) 2017/1938		X	
				24 su 37	
<b>Totale leggi</b>	<b>6</b>	<b>Totale atti delegati</b>	<b>227</b>	<b>93 / 227 (40,97%)</b>	<b>Totale decreti legislativi</b>
					<b>165</b>

Nota: i provvedimenti **evidenziati** sono quelli in cui il Legislatore ha espressamente escluso l'applicabilità del divieto di «gold plating».

**Tabella II – specificità delle leggi di delegazione europea annuali**

Anni	Principi specifici	Deleghe conferite	Principi su deleghe
2013	10	40	0,25
2014	6	22	0,27
2015	22	70	0,31
2016	16	20	0,8
2017	15	38	0,39
2019	24	37	0,64

**Tabella III – esercizio delle deleghe in ambito europeo da parte del Governo**

Anni	Deleghe esercitate	Deleghe conferite	Deleghe evase su deleghe conferite
2013	35	40	0,87
2014	18	22	0,81
2015	57	70	0,81
2016	13	20	0,65
2017	31	38	0,82

**Tabella IV – atti soggetti al divieto di «gold plating»**

Decreti legislativi soggetti al divieto di «gold plating»
DECRETO LEGISLATIVO 3 dicembre 2014, n. 199
DECRETO LEGISLATIVO 19 febbraio 2014, n. 19
DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 32
DECRETO LEGISLATIVO 23 giugno 2016, n. 129
DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 29
DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 38
DECRETO LEGISLATIVO 19 febbraio 2014, n. 17
DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 27
DECRETO LEGISLATIVO 15 giugno 2016, n. 124
DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 45
DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 43
DECRETO LEGISLATIVO 21 febbraio 2014, n. 22
DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 37
DECRETO LEGISLATIVO 21 febbraio 2014, n. 21
DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 53
DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 39
DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 40
DECRETO LEGISLATIVO 11 febbraio 2015, n. 9
DECRETO LEGISLATIVO 19 febbraio 2014, n. 20
DECRETO LEGISLATIVO 1 luglio 2014, n. 101
DECRETO LEGISLATIVO 14 marzo 2014, n. 48
DECRETO LEGISLATIVO 26 giugno 2015, n. 105
DECRETO LEGISLATIVO 14 marzo 2014, n. 49
DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2014, n. 42
DECRETO LEGISLATIVO 10 novembre 2014, n. 163
DECRETO LEGISLATIVO 15 dicembre 2015, n. 212
DECRETO LEGISLATIVO 16 luglio 2014, n. 112
DECRETO LEGISLATIVO 15 luglio 2015, n. 112
DECRETO LEGISLATIVO 13 febbraio 2014, n. 11
DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2015, n. 102
DECRETO LEGISLATIVO 12 maggio 2015, n. 74
DECRETO LEGISLATIVO 12 maggio 2015, n. 71
DECRETO LEGISLATIVO 29 luglio 2015, n. 123
DECRETO LEGISLATIVO 18 agosto 2015, n. 145
DECRETO LEGISLATIVO 12 maggio 2015, n. 73
DECRETO LEGISLATIVO 18 agosto 2015, n. 142
DECRETO LEGISLATIVO 18 agosto 2015, n. 136
DECRETO LEGISLATIVO 18 agosto 2015, n. 139
DECRETO LEGISLATIVO 7 maggio 2015, n. 67

DECRETO LEGISLATIVO 13 ottobre 2015, n. 172
DECRETO LEGISLATIVO 11 febbraio 2016, n. 24
DECRETO LEGISLATIVO 29 ottobre 2016, n. 202
DECRETO LEGISLATIVO 12 novembre 2015, n. 190
DECRETO LEGISLATIVO 15 settembre 2016, n. 184
DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 28
DECRETO LEGISLATIVO 11 gennaio 2016, n. 5
DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 32
DECRETO LEGISLATIVO 28 gennaio 2016, n. 15
DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 27
DECRETO LEGISLATIVO 21 aprile 2016, n. 72
DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 39
DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 81
DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 82
DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2016, n. 80
DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 83
DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 84
DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 85
DECRETO LEGISLATIVO 19 maggio 2016, n. 86
DECRETO LEGISLATIVO 29 ottobre 2016, n. 203
DECRETO LEGISLATIVO 21 giugno 2017, n. 108
DECRETO LEGISLATIVO 21 giugno 2018, n. 88
DECRETO LEGISLATIVO 22 giugno 2016, n. 128
DECRETO LEGISLATIVO 27 dicembre 2018, n. 148
DECRETO LEGISLATIVO 17 luglio 2016, n. 135
DECRETO LEGISLATIVO 7 gennaio 2016, n. 1
DECRETO LEGISLATIVO 7 gennaio 2016, n. 2
DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 33
DECRETO LEGISLATIVO 21 giugno 2016, n. 125
DECRETO LEGISLATIVO 7 gennaio 2016, n. 3
DECRETO LEGISLATIVO 3 agosto 2017, n. 129
DECRETO LEGISLATIVO 25 novembre 2019, n. 165
DECRETO LEGISLATIVO 29 dicembre 2016, n. 253
DECRETO LEGISLATIVO 17 luglio 2016, n. 136
DECRETO LEGISLATIVO 15 febbraio 2016, n. 26
DECRETO LEGISLATIVO 15 settembre 2017, n. 137
DECRETO LEGISLATIVO 17 ottobre 2016, n. 201
DECRETO LEGISLATIVO 16 dicembre 2016, n. 257
DECRETO LEGISLATIVO 30 dicembre 2016, n. 254
DECRETO LEGISLATIVO 7 gennaio 2016, n. 4
DECRETO LEGISLATIVO 14 novembre 2016, n. 227

DECRETO LEGISLATIVO 16 dicembre 2016, n. 256	
DECRETO LEGISLATIVO 21 marzo 2017, n. 51	
DECRETO LEGISLATIVO 15 marzo 2017, n. 32	
DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2018, n. 61	
DECRETO LEGISLATIVO 21 maggio 2018, n. 62	
DECRETO LEGISLATIVO 14 maggio 2019, n. 57	
DECRETO LEGISLATIVO 14 maggio 2019, n. 50	
DECRETO LEGISLATIVO 11 maggio 2018, n. 71	
DECRETO LEGISLATIVO 16 febbraio 2018, n. 25	
DECRETO LEGISLATIVO 29 novembre 2018, n. 141	
DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2018, n. 65	
DECRETO LEGISLATIVO 29 novembre 2018, n. 142	
DECRETO LEGISLATIVO 19 marzo 2018, n. 19	
DECRETO LEGISLATIVO 7 settembre 2018, n. 114	
DECRETO LEGISLATIVO 7 marzo 2019, n. 24	
DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2018, n. 60	
DECRETO LEGISLATIVO 30 maggio 2018, n. 81	
DECRETO LEGISLATIVO 13 dicembre 2018, n. 147	
DECRETO LEGISLATIVO 23 novembre 2018, n. 139	
DECRETO LEGISLATIVO 10 maggio 2019, n. 49	
DECRETO LEGISLATIVO 10 agosto 2018, n. 104	
<b>TOTALE</b>	<b>101</b>

## Bibliografia

- AINIS M., *Lo statuto come fonte sulla produzione normativa regionale*, in *Le Regioni*, 2000(5), 813;
- ALBISINNI F., *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, in *GDA*, 2016(4), 510;
- ALGOSTINO A., *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, 2016(3), 255;
- AMBLER T., CHITTENDEN F., OBODOVSKI M., *How Much Regulation Is Establishing Gold Plating? A Study of UK Elaboration of EU Directives*, Londra, British Chambers of Commerce, 2004;
- ANGELETTI S., *La misurazione degli oneri amministrativi in dieci anni di politiche di semplificazione. Risultati e prospettive*, in *AP*, 2018(3), 335;
- ANZON A., *I problemi attuali del sindacato della Corte costituzionale sulla delega legislativa*, in *La delega legislativa – Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, 2009;
- ARMELI B., *Affidamento di contratti pubblici e procedure concorsuali: le novità introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche previste dal decreto "sblocca cantieri"*, in *A&C*, 2019(6), 11;
- ATTHOFF K., WALLGREN M., *Clarifying Gold-Plating – Better Implementation of EU Legislation*, 2012;
- ATTI DELL'ASSEMBLEA COSTITUENTE, *II sottocommissione, seduta del 4.9.1946.*

- BACHE I., BARTLE I., FLINDERS M., *Multi-level governance*, in ANSELL C. (a cura di), *Handbook on Theories of Governance*, Cheltenham, 2016;
- BACHETTI M., *Relazione introduttiva - Per un osservatorio del contenzioso come strumento di qualità normativa. Contenimento della spesa pubblica e sviluppo economico*, in RAS, 2018(2), 22-23;
- BASSANINI F., PAPARO S., TIBERI G., *Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, su [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it), 2005, 90;
- BENETAZZO C., *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell’ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, 2018(5);
- BEUKERS T., *The new ECB and its relationship with the eurozone Member States: between Central Bank independence and Central Bank intervention*, in *CMLR*, 2013, 1579;
- BIGAZZI S., *Le “innovazioni” del partenariato per l’innovazione*, in FIORITTO A. (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017;
- BOARDMAN G., VINING W., *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*, Harlow, 2014;
- CACCIATORE F., *Che cosa cambia nella normativa statale sulla better regulation*, in *GDA*, 2018(5), 581;
- CAIANELLO L., *Il fenomeno del lobbying entro la disciplina nazionale sul dibattito pubblico*, in *Ist. Fed.*, 2018(3-4), 371;
- CALABRÒ M., *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*, in *DE*, 2017(2), 219;

CAMARDA A., *Incarichi professionali: consulenze o appalto di servizi?*, in *Dir. Prat. Amm.*, 2013(2), 65;

CAMERA DEI DEPUTATI, A.C. 4773, V Commissione, seduta del 11 novembre 2011, disponibile su <https://leg16.camera.it/126?tab=4&leg=16&idDocumento=4773&se de=&tipo=#>;

CAMERA DEI DEPUTATI, *Appunti del comitato Appunti del comitato per la legislazione – I numeri delle leggi*, 11.02.2019, su <https://temi.camera.it/leg18/dossier/OCD18-11721/appunti-del-comitato-legislazione-i-numeri-leggi-11-02-2019.html>;

CAMERA DEI DEPUTATI, *Appunti del comitato Appunti del comitato per la legislazione – I numeri delle leggi*, 6.12.2019, su <https://temi.camera.it/dossier/OCD18-13122/appunti-del-comitato-legislazione-i-numeri-leggi-6-12-2019.html>;

CAMERA DEI DEPUTATI, *Dossier n° 92 - Elementi di valutazione sulla qualità del testo 30 luglio 2015*, disponibile su <https://www.camera.it/leg17/126?pd1=3194>;

CAMERA DEI DEPUTATI, *Il Rapporto sulla legislazione 2017 – 2018*, disponibile su <https://temi.camera.it/leg18/macroArea/politiche-legislazione/a.html>;

CAMERA DEI DEPUTATI, *La produzione normativa nella XVII legislatura. Aggiornamento al 31 gennaio 2016*, su <https://www.camera.it/leg17/386>;

CAMERA DEI DEPUTATI, *La produzione normativa: cifre e caratteristiche*, disponibile su <https://temi.camera.it/leg18/macroArea/politiche-legislazione/a.html>;

- CAMMEO F., *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur.it.*, 1912(III);
- CAMPONESCHI G., *Indicazione dei costi per la manodopera, completezza sostanziale dell'offerta e cause di esclusione. Note a margine di Cons. Stato, ad. plen. (ord.)*, 24 gennaio 2019 n. 3, in *Giustamm.it*, 2019(5);
- CAPELLI F., *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale e direttive opzionali*, in *DCSI*, 2000(4), 755;
- CARBONE L., CICI L., D'ADAMO M., *La qualità delle regole nel processo normativo regionale e il ruolo dei dirigenti nella formazione delle norme tra necessità politiche ed esigenze tecniche*, in PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Il governo delle Regioni tra politica e amministrazione*, Torino, 2007;
- CARBONE L., *Qualità della regolazione e competitività: ricette diverse ma ingredienti comuni*, su <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/e-co/e-contributo-al-seminario-su-better-regulation-26-gen-07--3-.pdf>;
- CARETTI P., *La legge n. 234/2012 che disciplina la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea: un traguardo o ancora una tappa intermedia?*, in *Le Regioni*, 2012(5-6), 837;
- CARNELUTTI F., *Certezza, autonomia, libertà, diritto*, in *DE*, 1956, 1185;
- CAROLI CASAVOLA H., *Le procedure di aggiudicazione*, in *GDA*, 2016(4), 451;
- CARTABIA M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità» comunitaria e costituzionale*, in *For. It.*, 1997(5), 222;

- CARTABIA M., *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, in *Giur. cost.*, 1993, 2051;
- CASSESE S., *Che cosa fanno gli uffici legislativi dei ministeri?*, in *GDA*, 2013(2), 113;
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo globale*, in *RTDP*, 2005(2), 331;
- CASSESE S., *Il futuro del diritto pubblico*, in *GDA*, 2017(2), 176;
- CASSESE S., *Introduzione allo studio della normazione*, in *RTDP*, 1992(2), 307;
- CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *RTDP.*, 2001(3), 601;
- CASSESE S., *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *RTDP*, 1998(3), 699;
- CASSESE S., *Universalità del diritto*, (Intervento tenuto in occasione dell'inaugurazione dell'Anno accademico 2004/2005 presso l'Università La Sapienza), 23 marzo 2005;
- CECOT C. *et al.*, *An evaluation of the quality of impact assessment in the European Union with lessons for the US and the EU*, in *R&G*, 2008(2), 405;
- CELOTTO A., *C'è sempre una prima volta ... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *GiustAmm.it*, 2007;
- CELOTTO A., FRONTINI E., *Legge di delega e decreto legislativo*, in *ED*, 2002;
- CHIARIELLO C., *Il partenariato per l'innovazione*, in *Giustamm.it*, 2016(2);
- CHITI M. P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *GDA*, 2016(4), 436;

- CHITI M. P., *Le direttive 2014 dell'Unione europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, in DELLA TORRE G. (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, 89;
- CLARKE C., *Public Procurement and Contracting Authorities*, in BOVIS C. (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham, 2016, 60;
- CODAZZI E., *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, in *DE*, 2019(2), 127;
- COGLIANESE C., *The Rhetoric and Reality of Regulatory Reform*, in *YJR*, 2008(1), 85;
- COLAVITTI G., *L'affidamento dei servizi legali tra Codice dei contratti pubblici e Linee guida ANAC: una probabile violazione del divieto di gold plating*, in *RTA*, 2019(1), 47;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the EU Sectoral Reduction Plans and 2009 Actions*, Brussels, 22.10.2009 COM(2009) 544 final, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0544:FIN:EN:PDF>;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Better regulation "Toolbox"*, disponibile su [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox\\_it](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox_it);
- COMMISSIONE EUROPEA, *Better Regulation Guidelines*, Brussels, 7 July 2017 SWD (2017) 350, disponibile su <https://ec.europa.eu/info/law/law->

[making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox\\_it;](#)

COMMISSIONE EUROPEA, *Commission staff working document european code of best practices facilitating access by SME'S to public procurement contracts*, Brussels, 25.6.2008, SEC(2008) 2193;

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione. Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, Bruxelles, 3.3.2010 COM(2010) 2020 definitivo;

COMMISSIONE EUROPEA, *Costituzione in mora – Infrazione n. 2018/2273*, Bruxelles, 24.1.2019, 452 final;

COMMISSIONE EUROPEA, *Internal Market Scoreboard – n° 15-bis*, Luxembourg, 2007;

COMMISSIONE EUROPEA, *Legiferare meglio per ottenere risultati migliori — Agenda dell'UE, Strasburgo, 19.5.2015 COM(2015) 215 final*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1451989021436&uri=CELEX:52015DC0215> ;

COMMISSIONE EUROPEA, *L'Europa può fare meglio. Relazione sulle buone pratiche degli Stati membri per l'attuazione della normativa UE con il minor onere amministrativo, Varsavia 15 novembre 2011*, disponibile su [http://www.qualitanormazione.gov.it/uploads/download/file/134/bp\\_report\\_signature\\_it.pdf](http://www.qualitanormazione.gov.it/uploads/download/file/134/bp_report_signature_it.pdf);

COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 27.1.2011, COM(2011) 15 definitivo;

- COMMISSIONE EUROPEA, *Misurazione dei costi amministrativi e riduzione degli oneri amministrativi nell'Unione europea*, Bruxelles, 14.11.2006 COM(2006) 691 definitivo, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006DC0691&from=LT>;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Monitoring the Application of Union Law - 2018 Annual Report - Part I: general statistical overview*, disponibile su [https://ec.europa.eu/info/publications/2018-commission-report-monitoring-application-eu-law\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/2018-commission-report-monitoring-application-eu-law_en);
- COMMISSIONE EUROPEA, *Smart Regulation in the European Union*, Brussels, 8.10.2010 COM(2010) 543 final, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0543:FIN:EN:PDF>;
- CONSEIL D'ÉTAT, *Étude du Conseil d'État, Directives européennes: anticiper pour mieux transposer*, La documentation française, 2015;
- CONSEIL D'ÉTAT, *Guide de légistique*, Pargi, 2017;
- CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, 2013;
- CONSIGLIO EUROPEO, *Consiglio europeo Lisbona - 23 e 24 marzo 2000 - conclusioni della Presidenza*, disponibile su [https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1\\_it.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm);
- CONTESSA C., *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in *Giustamm.it*, 2016(4);
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1976;
- D'ALTERIO E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *GDA*, 2016(4), 499;
- D'ATENA A., *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. Cost.*, 2003(1), 15;

- DAL CANTO F., *Government vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica. Atti normativi del governo e qualità della normazione*, in *OF*, 2016(3);
- DAVIDSON N., *Davidson Review: Implementation of EU Legislation*, 2006;
- DE BENEDETTO M et al., *La qualità delle regole*, Bologna, 2011;
- DE MARIA B., *I rapporti tra Parlamento e Governo nell'attuazione delle norme comunitarie*, in DICKMANN R., STAIANO S. (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza italiana*, Milano, 2008;
- DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2016(5),503;
- DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *GiustAmm.it*, 2019(4);
- DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *Trasposition Guidance, How to implement European Directives effectively*, disponibile su <https://www.gov.uk/government/publications/implementing-eu-directives-into-uk-law>;
- DI MARTINO A., *Le concessioni nel Codice dei contratti pubblici: profili di apertura al mercato e novità in tema di esecuzione del contratto*, in *NA*, 2018(3), 617;
- DI NITTO T., *Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *GDA*, 2016(4), 464;
- DUNLOP C., RADAELLI C., *Handbook of Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham, 2016;
- DURANTE N., *Aspetti irrisolti in tema di gold plating e di efficacia scriminante delle linee guida – Relazione al Convegno su “I contratti pubblici: la*

*difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*”, organizzato dall’Università degli Studi di Ferrara l’8 novembre 2019, 2019, consultabile su <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/aspetti-irrisolti-in-tema-di-gold-plating-e-di-efficacia-scriminante-delle-linee-guida>;

DWORKING R., *Taking rights seriously*, Cambridge, 1978;

EISELT I., SLOMINSKI P., *Sub-Constitutional Engineering: Negotiation, Content, and Legal Value of Interinstitutional Agreements in the EU*, in *ELJ*, 2006(2), 209;

ELIANTONIO, M., SPENDZHAROVA, A., *The European Union's New Better Regulation Agenda: Between Procedures and Politics: Introduction to the Special Issue*, in *EJLR*, 20175(1-2), 3;

ESPOSITO R., *Il responsabile unico del procedimento nella fase di affidamento di gare pubbliche. Principali problematiche alla luce del codice dei contratti pubblici, delle linee guida ANAC e dei recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Amministrativ@mente*, 2019(1);

FAVILLI C., *Ancora una riforma delle norme sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione delle politiche dell’Unione Europea*, in *RDI*, 2013(3), 701;

FELICETTI C., *L’insostenibile “leggerezza” delle linee guida ANAC*, in *GiustAmm.it*, 2019(1);

FEZZA A., LOMBARDO G., SAVINI I. A., *Le misure di "self cleaning" tra codice dei contratti pubblici, le linee guida ANAC e modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231 del 2001*, in *RTA*, 2019(1), 247;

FOÀ S., RICCIARDO CALDERARO M., *I gravi illeciti professionali dell’operatore economico come elenco esemplificativo*, in *Giur. it.*, 2017(7), 1681;

- FOIS P., *Dall'armonizzazione all'unificazione dei diritti interni nell'Unione europea. Valutazione critica di una tendenza in atto*, in *SIE*, 2012, 37;
- FRACCHIA F., *Senato della repubblica – Commissione VIII Lavori pubblici. Audizione 15 gennaio 2015*, disponibile su [http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/documenti/44998\\_documenti.htm](http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/documenti/44998_documenti.htm);
- GAJA G., *Quali «principi e criteri direttivi» nella delega al Governo per attuare direttive comunitarie?*, in *RDI*, 1983(2-3), 423;
- GAMBARDELLA F., *Procedura negoziata senza bando e consultazioni preliminari di mercato. Intorno a una recente proposta di Linee guida dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 2017(7);
- GIANNELLI A., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: cronaca di una rivoluzione (solo) annunciata*, in *Nuove Autonomie*, 2016(3), 391;
- GIANNINI M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *ED*, 1977(XXVII);
- GIOVANNELLI M., *Partecipazione a gare di appalto e requisiti di regolarità fiscale*, in *Urb. App.*, 2018(2), 237;
- GIUFFRÉ G.A., *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in *RIDPC*, 2018(1), 85;
- GNES M., *Il divieto di "gold plating" nella legge delega sugli appalti pubblici*, in *QG*, 23.3.2016;
- GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Bari, 2016;
- GUARINI C. P., *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *federalismi.it*, 2019(8);
- GUCCIONE C., *I requisiti degli operatori economici*, in *GDA*, 2016(4), 495;

- GUCCIONE C., *Le consultazioni preliminari di mercato*, in *GDA*, 2020(1), 109;
- HETTNE J., *Strategic Use of Public Procurement – Limits and Opportunities*, in *EPA*, 2013(7);
- HOUSE OF LORDS, *What happened next? A study of Post-Implementation Reviews of secondary legislation*, Londra, 2009;
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999;
- IUVONE C., *Il livello regionale e il raccordo multilivello*, in NATALINI A. (a cura di), *La tela di Penelope*, Bologna, 2010;
- JACOBS S., *Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making*, Jacobs and Associates, 2006;
- LA SPINA A., CAVATORTO S., *La consultazione nell'analisi dell'impatto della regolazione*, Soveria Mannelli, 2001;
- LONGOBARDI N., *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *DPA*, 2017(1), 15;
- LUPI P., PERRUCCI A., *Quanti giorni in un mese?*, in *MCR*, 2018(2), 247;
- LUPO N., *L'adeguamento del sistema istituzionale italiano al trattato di Lisbona. Osservazioni sui disegni di legge di riforma della legge n. 11 del 2005*, disponibile a [http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/documenti/36640\\_documenti.htm](http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/documenti/36640_documenti.htm);
- LUPO N., *La prima legge annuale di semplificazione. Commento alla legge n. 50 del 1999*, Milano, 2000;
- LUPO N., *Lo sviluppo delle deleghe e dei decreti legislativi «correttivi»*, in *Osservatorio sulle fonti 1996*, 1996;

- LUPO N., PERNICIARO G., *Verso una better regulation nella attuazione delle direttive UE?*, in *GDA*, 2013(8-9), 828 ss;
- MACCHIA M., *Amministrazioni statali e affidamenti in house*, in *GDA*, 2018(3). 286;
- MADER L., *Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation*, in *SLR*, 2001(2), 119;
- MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION, *Final Report - 13 November 2001*, disponibile su <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=6647>;
- MANTINI P., *Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, 2017(2);
- MANTINI P., *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e Autonomie Speciali*, in *Giustamm.it*, 2016(2);
- MARCHIANÒ G., *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *RIDPC*, 2016(1), 1;
- MARCI S., *Senato della Repubblica - La nuova disciplina dell'analisi e della verifica dell'impatto della regolamentazione*, 2018;
- MATTARELLA B. G., *La concretezza dell'amministrazione e quella della legge*, in *GDA*, 2019(6), 714;
- MATTARELLA B.G., *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Osservatorio AIR*;
- MATTARELLA B.G., *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011;
- MAZZAMUTO M., *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2015(4), 683;

- MAZZANTINI G., RANGONE N., *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione* *Annuario 2017-2018*, Roma, 2019;
- MCNOLLGAST, *Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory In Statutory Interpretation*, in *L&CP*, 1994(1), 3;
- MORTATI C., *Perplexità e riserve in merito alla fondazione di una "scienza della legislazione"*, in *DE*, 1960, 826;
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008
- NATALINI A., *Nuove politiche di semplificazione: i fabbisogni delle Regioni*, 2008, disponibile su <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=10311>;
- NICO A. M., *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2007;
- NOCILLA D., *Competenze legislative regionali e qualità della regolamentazione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Atti del convegno "La qualità della regolamentazione: casi italiani e confronti internazionali"*, pubblicati su *Iter legis*, 2004;
- OECD, *Cutting Red Tape. Why Is Administrative Simplification So Complicated? Looking beyond 2010*, Parigi, 2010;
- OECD, *Esame OCSE sulla Riforma della Regolazione Italia assicurare la qualità della regolazione a tutti i livelli di governo*, 2007, disponibile su [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/esame-ocse-sulla-riforma-della-regolazione-italia-2007\\_9789264040465-it](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/esame-ocse-sulla-riforma-della-regolazione-italia-2007_9789264040465-it);
- OECD, *The OECD report on regulatory reform: synthesis*, Parigi, 1997;
- PAGANO R., *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2004;

- PAJNO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, su [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it), 2015, 18;
- PANAGOPOULOS S., *Strategic EU public procurement and small and medium size enterprises*, in BOVIS C. (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham, 2016;
- PARIS D., *Le leggi europea e di delegazione europea 2013. Osservazioni sulla prima attuazione dello "sdoppiamento" della legge comunitaria*, in *OF*, 2014(1);
- PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 30 maggio 2018 sull'interpretazione e l'applicazione dell'accordo interistituzionale "Legiferare meglio"*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52018IP0225>;
- PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 4 settembre 2007 su «Legiferare meglio nell'Unione europea» (2007/2095(INI))*, su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=OJ:C:2008:187E:TOC>;
- PATRITO P., *Contratti pubblici e intuitus personae: l'affidamento dei servizi legali*, in *Giur. it.*, 2019(12), 2723;
- PERFETTI L. R., *Codice dei contratti pubblici commentato – art. 177*, Milano, 2017, 1436;
- POLITI F., *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in LONGOBARDI G., (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009;
- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Relazione annuale sulla partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, 2007;

- RAMAJOLI M., TONOLETTI B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *DA*, 2013(1-2), 53;
- RESCIGNO U., *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *DP*, 2002(3), 767;
- RIVELLINI G., *Gli obblighi dichiarativi nel codice dei contratti pubblici: tra omesse e false dichiarazioni*, in *Urb. App.*, 2020(2), 163;
- ROMBOLI R., *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “momenti di diffusione”*, in *GP*, 2020(2);
- ROMBOLI R., ROSSI E., *Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *ED*, 2001;
- ROSINI M., *L’attuazione del diritto dell’Unione Europea nel più recente periodo: legge di delegazione europea e legge europea alla luce della prassi applicativa*, in *OF*, 2017(2);
- SAULLE M.R., *Direttiva comunitaria*, in *ED*, 1998;
- SBORDONI S., *AIR e VIR: strumenti di implementazione della qualità della normazione*, in *RA*, 2018(2), 93;
- SCACCIA G., *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, 2948;
- SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, in *RDP*, 1971, 553;
- SENATO DELLA REPUBBLICA, *Relazione della I Commissione permanente del Senato sul disegno di legge n. 2646 approvato in prima lettura dalla Camera*;
- SOCCI F., *L’“ingorgo europeo” al Senato e la riforma della legge comunitaria*, in *FQCR*, 10 aprile 2013;
- SOMMA A., (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009;

- SPAGNA V., *L'elenco ANAC delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house. Luci ed ombre della nuova disciplina*, in *RGE*, 2019(1), 67;
- SQUINTANI L., *Beyond Minimum Harmonisation. Gold-Plating and Green-Plating of European Environmental Law*, Cambridge, 2019;
- SUSTEIN C. R., *Is cost-benefit analysis for everyone*, in *ALR*, 2001(1), 299;
- TESAURO G., *Procedura di adeguamento al diritto comunitario: problemi antichi e nuovi propositi*, in *RIDPC*, 1992(2), 385;
- TIBERI G., *La qualità della regolamentazione in un sistema di governance multilivello tra Unione europea, Stati membri e Regioni*, in NATALINI A. (a cura di), *La tela di Penelope*, Bologna, 2010;
- TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017(1);
- TORCHIA L., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *GDA*, 2016(5), 605;
- TOSATO G., *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione tra i livelli europeo e interno*, in *RDI*, 2014(1), 5;
- TRIVELLONI S., *La gestione dell'emergenza alla luce del nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in *RDETA*, 2017;
- USAID., *Elenco delle società in house – essenza del controllo analogo nelle società di diritto comune*, in *DE*, 2019(2), 79;
- WATSON A., *Society and Legal Change*, Philadelphia, 2<sup>nd</sup> ed., 2001;

WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2020*, Washington, 2020;

ZAGREBELSKY G., *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001;

ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012;

ZAGREBELSKY G., *Processo costituzionale*, in *ED*, 1987;

ZAMBONI M., *Legislative Policy and Effectiveness: A (Small) Contribution from Legal Theory*, in *EJRR*, 2018(9), 416;

ZULIANI A., *Autonomia e qualità della statistica pubblica*, in *RIDPC*, 1999(2), 653;