

UFFICIO STUDI CODAU

"DOCUMENTO REDATTO CON IL CONTRIBUTO DEI COMPONENTI DELL'UFFICIO STUDI E VALIDATO DAL COMITATO SCIENTIFICO DEL CODAU".

LA NATURA GIURIDICA DELLE LINEE GUIDA DELL'ANAC E LA LORO TUTELA GIURISDIZIONALE

Commento a Tar Lazio sez. I sentenza n.1375 del 14 febbraio 2018

La fattispecie concreta

La sentenza in commento offre l'occasione per approfondire la tematica relativa alla natura giuridica delle linee guida dell'Anac, alla loro eventuale vincolatività ed alla sorte di un atto amministrativo che non rispetti le indicazioni in esse contenute.

L'odierna pronuncia, che non entra nel merito della vicenda, rileva l'inammissibilità di un ricorso avente ad oggetto la richiesta di annullamento del provvedimento dell'ANAC concernente "Linee guida recanti indicazioni sull'attuazione dell'art. 14 del D. Lgs. 33/2013 "obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali". Nello specifico un Ordine Professionale aveva impugnato, con il ricorso al TAR, le suddette linee guida Anac perché ritenute "direttamente lesive in virtù della loro portata generale" nonché del loro "carattere immediatamente precettivo". Secondo il ricorrente, infatti, anche alla luce dell'introduzione del comma 1 bis all'art. 14 d. lgs. 33/2013, gli obblighi di pubblicazione dei dati personali in questione potevano essere imposti solo ai titolari di incarichi politici nello Stato, nelle Regioni e negli enti locali "secondo la limitazione del comma 1 da correlarsi al comma 1 bis". Ne derivava che gli enti pubblici non economici a carattere associativo rimanevano estranei a tale obbligo. Rilevava altresì l'Ordine professionale che, là dove l'interpretazione dei commi 1 e 1 bis così come proposta dall'Anac fosse stata condivisibile, "la fonte legislativa alla base del provvedimento impugnato doveva a sua volta ritenersi illegittima per eccesso di delegazione".

Il ricorrente, spiegando le motivazioni dell'interpretazione restrittiva della legge delega, aveva altresì richiesto la rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale nel senso illustrato nel ricorso".

Il Tar Lazio, rilevando la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per impugnazione di un atto non immediatamente lesivo, fornisce chiarimenti utili agli operatori del diritto poiché illustra quale possa essere la sorte degli atti amministrativi che disattendono apertamente le indicazioni contenute nelle linee guida.

La natura giuridica delle Linee Guida dell'Anac.

Il discorso relativo alla natura giuridica delle linee guida non può prescindere dal riferimento alle fonti del diritto che, negli ultimi tempi, hanno assistito ad una sorta di trasformazione e di moltiplicazione ^[1], dovuta all'azione di diversi fenomeni, tra cui l'accresciuta centralità del Governo e lo sbilanciamento a suo favore della produzione normativa nazionale, il frequente ricorso ai decreti ministeriali di natura non regolamentare ^[2], il rinvio, anche normativo, ad atti di altri soggetti (come le Autorità amministrative indipendenti) con finalità integrativa del dettato legislativo per via della specifica competenza. Ci si riferisce, in particolare, alle “Linee guida” che hanno avuto, in poco tempo, una enorme diffusione contribuendo allo sviluppo della cosiddetta *soft law* ^[3] visto che, nella maggior parte dei casi, le stesse non hanno carattere obbligatorio e vincolante. Per comprendere questo aspetto, rilevante soprattutto per gli operatori del diritto, è necessario far riferimento alla previsione contenuta nell'art. 213 del D. Lgs. 50 del 2016 che individua tre tipologie di linee guida:

- quelle proposte dall'ANAC ed approvate con decreto ministeriale;
- quelle approvate dalla stessa ANAC con carattere vincolante;
- quelle approvate dall'ANAC ma con carattere non vincolante.

Se non esistono particolari difficoltà per le linee guida appartenenti alla prima tipologia essendo approvate da decreto ministeriale e dunque sotto l'egida del precetto normativo ^[4], alcuni dubbi sono sorti in merito alla seconda categoria e, in particolare, al concetto di vincolatività imposta dalla stessa ANAC. Il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire, in più di una pronuncia, che siffatte linee guida “non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione ^[5] delle Autorità amministrative indipendenti” ^[6]. Ciò incide anche sulla fase di attuazione demandata alle Amministrazioni ed agli enti aggiudicatori che sono obbligati a darne esecuzione con la conseguenza che, in caso di inosservanza ed in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità in via di autotutela o in via giurisdizionale), gli atti consequenziali possono essere illegittimi ^[7]. A differenza delle precedenti, però, la vincolatività di queste linee guida non può negare la “discrezionalità esecutiva” delle amministrazioni che devono valutare di volta in volta la natura del precetto – che deve emergere in maniera chiara e comprensibile – per stabilire se esso sia compatibile con l'ulteriore svolgimento della propria attività valutativa e decisionale ^[8].

Le linee guida non vincolanti e la figura dell'eccesso di potere

Le linee guida appartenenti a quest'ultima categoria – che hanno interessato la pronuncia *de qua* – sono anch'esse atti amministrativi generali che richiedono la conseguente applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo. Non è previsto per le amministrazioni un obbligo di conformazione vista la loro natura non vincolante e dunque esclusivamente finalizzata ad offrire una corretta interpretazione della disciplina legislativa primaria e coerenti istruzioni operative. È lo stesso art. 213 del codice dei contratti a disporre che l'ANAC “garantisce la promozione dell'efficienza,

della qualità delle stazioni appaltanti cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”. Anche nel caso di specie, il TAR, richiamando quanto già evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere della Commissione speciale n. 1257 del 29 maggio 2017, annovera le linee guida relative all’attuazione dell’art. 14 del D. Lgs. 33/2013 nella categoria degli “atti non regolamentari” mediante i quali “l’Anac chiarisce la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti dalla normativa di cui alla legge n. 190 del 2012 ed al d. lgs. 33 del 2013 come novellato dal d. lgs. 97 del 2016 a carico dei soggetti pubblici e privati sottoposti, al pari delle pubbliche amministrazioni, agli obblighi finalizzati a prevenire la corruzione e ad assicurare la trasparenza nell’azione amministrativa, rispetto ai quali l’Autorità ha una potestà di vigilanza”. Tale ‘potestà’ è stata riconosciuta dalla sentenza in oggetto, in quanto è desumibile dalla normativa vigente in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza amministrativa ^[9], così come tra l’altro indicato dalle difese dell’Autorità. Appartenendo tali linee guida alla categoria di quelle “non vincolanti”, il Tar ribadisce, con le stesse parole adottate dal Consiglio di Stato, che i destinatari ben possono discostarsi dalle stesse ma solo “mediante atti che contengano una adeguata e puntuale motivazione anche ai fini di trasparenza, idonea a dar conto delle ragioni della diversa scelta amministrativa” ^[10], infatti, “la violazione delle linee guida può essere considerata, in sede giurisdizionale, come elemento sintomatico ^[11] dell’eccesso di potere, sulla falsariga dell’elaborazione che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari”. Queste ultime, atti interni, a contenuto non normativo ^[12] emanate da un’Autorità gerarchicamente sovraordinata a quella autrice dell’atto, hanno la funzione di fornire indicazioni in via generale ed astratta su come dovranno essere esercitate le scelte discrezionali delle amministrazioni. La violazione delle circolari comporta l’illegittimità dell’atto conseguente per eccesso di potere e non per violazione di legge vista l’assenza della natura normativa. La figura dell’eccesso di potere, uno dei principali vizi di legittimità, è ravvisabile quando la pubblica amministrazione abusa del suo potere discrezionale ^[13] ed agisce in contrasto con i principi generali della correttezza e della diligenza. Nel caso di specie, pertanto, non si ricade nel vizio dell’eccesso di potere là dove l’amministrazione interessata, non potendo prescindere dalla valutazione del caso concreto, sarà legittimata a non osservare le linee guida qualora “la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall’indirizzo fornito da Anac”.

Ad ogni modo la sentenza in oggetto ha chiarito come tali Linee guida abbiano una finalità istruttiva, in quanto, richiamando e non parafrasando gli obblighi derivanti dalla normativa, hanno come finalità quella di evidenziare i punti che necessitano di una scelta interpretativa.

La tutela giurisdizionale delle linee guida dell’Anac

L’ultimo aspetto trattato dalla pronuncia in esame riguarda la corretta modalità di impugnazione delle linee guida che, se disattesa, può determinare, come nel caso *de quo*, addirittura l’inammissibilità del ricorso.

In particolare, il Tar sottolinea che le linee guida non vincolanti, essendo finalizzate a fornire indicazioni sul corretto modo di adempiere agli obblighi previsti dalla normativa, non possono essere immediatamente lesive delle posizioni soggettive dedotte in giudizio ^[14], “prendendo spessore l’eventuale lesività solo all’esito del procedimento instaurato per l’adozione dei provvedimenti conseguenti”. Fondamentale dunque è il rispetto della “doppia impugnazione” delle linee guida unitamente agli atti applicativi conseguenti. ^[15]

[1] Come lo definisce G. Serges, Crisi della rappresentanza e moltiplicazione delle fonti, in Osservatorio sulle fonti.it, fasc. 3/2017, p. 12.

[2] Ci si riferisce infatti ad una categoria di atti non prevista dalla legge 400 del 1988.

[3] Con tale espressione ci si riferisce ad un sistema di regole non caratterizzato dai tratti tipici e ricorrenti della norma giuridica: l’essere parte di un ordinamento giuridico e l’essere dotata di una qualche forza vincolante o precettiva. Le regole di soft law, infatti, non scaturiscono da una formale procedura di produzione normativa ed è dunque dubitabile che di esse possa predicarsi una qualche forma, sia pur sfumata e generica, di giuridicità. Per tale ragione le regole in questione non impongono soluzioni vincolanti ma suggeriscono la possibile composizione di ipotetici conflitti di interessi facendo affidamento sulla spontanea adesione dei soggetti ai quali tali regole potrebbero giovare nel reperimento di una soluzione più opportuna o adeguata. www.treccani.it, *ad vocem*.

[4] In tal caso le Amministrazioni e gli enti aggiudicatori sono obbligati ad osservare il precetto normativo senza che alle stesse sia consentito di disattendere il contenuto. La violazione dei decreti comporta infatti l’illegittimità del provvedimento attuativo. I decreti, essendo privi di immediata lesività per la loro natura sostanzialmente normativa, potranno essere impugnati unitamente al provvedimento della stazione appaltante che ad essi dà attuazione. Non si esclude però che particolari enti, portatori di interessi diffusi, possono essere legittimati ad un’impugnazione immediata senza che sia necessario attendere il provvedimento di svolgimento attuativo. Così, testualmente, Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale, 6 luglio 2016 n. 1273.

[5] È l’art. 213 del Codice dei contratti pubblici a far ricorso al concetto di “regolazione” (comma 1) riconducendo, nel novero, “linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile” (comma 2).

[6] Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale, 6 luglio 2016 n. 1273 in cui si specifica che l’Anac, laddove emani linee guida vincolanti, debba delineare “in modo chiaro e preciso il precetto vincolante da osservare” da parte dei destinatari, pubblici e privati.

[7] È dubbio se l’illegittimità sia inquadrabile nel vizio della violazione di legge o eccesso di potere.

[8] In caso di impugnazione in sede giurisdizionale, onde evitare l’inammissibilità del ricorso, dovranno essere impugnate le linee guida unitamente agli atti applicativi secondo lo schema della doppia impugnazione dell’atto applicativo e di quello (amministrativo generale) presupposto.

[9] Art. 1, comma 2, lett. f), e comma 3 Legge n. 190/2012; Artt. 45, comma 1 e 4, 47, comma 3, e 48 d.lgs. n. 33/2013

[10] Secondo il Consiglio di Stato, 25 maggio 2017 n. 2457 l’obbligo della motivazione, essenziale in ogni atto amministrativo, “è da intendersi rispettato quando l’atto reca l’esternazione del percorso logico-giuridico seguito

dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata e il destinatario è in grado di comprendere le ragioni di quest'ultimo e, conseguentemente, di utilmente accedere alla tutela giurisdizionale in conformità ai principi di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione".

[11] Per individuare il vizio dell'eccesso di potere la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato una serie di "figure sintomatiche" rappresentate da indizi o sintomi che rivelano un cattivo uso del potere da parte dell'amministrazione. Lo si può capire, non tanto analizzando l'atto in sé, quanto dimostrando che il ragionamento dell'amministrazione che ha condotto ad adottare quell'atto sia illogico, irragionevole o incoerente. Le figure sintomatiche dell'eccesso di potere sono:

- Travisamento ed erronea valutazione dei fatti;
- Illogicità e contraddittorietà della motivazione;
- Contraddittorietà tra più atti;
- Inosservanza di circolari;
- Ingiustizia manifesta;
- Violazione e vizi del procedimento che non si concretizzano in violazione di leggi;
- Vizi della volontà;
- Mancanza di idonei parametri di riferimento;
- Violazione di principi generali del diritto.

[12] La Corte di Cassazione, nella sentenza del 9 gennaio 2009 n. 237 ha chiaramente statuito che le circolari non sono atti normativi e pertanto risultano prive del potere di innovare l'ordinamento giuridico. Le circolari possono contenere semplici comunicazioni ovvero precise direttive o istruzioni in ordine alla modalità di comportamento che i destinatari devono adottare o, ancora, l'interpretazione che l'organo emanante dà di una certa norma di legge. Conforme Cass. 9 ottobre 2007 n. 23031.

[13] Tale figura non ricorre quando l'attività della PA è vincolata giacché, in tal caso, tale attività si limita ad applicare meccanicamente la legge. In tal caso l'atto adottato sarà eventualmente illegittimo per violazione di legge.

[14] Così come le circolari che non sono direttamente lesive delle posizioni giuridiche delle parti ricorrenti. Secondo un indirizzo consolidato in giurisprudenza relativamente alla natura delle circolari amministrative, non ricorre la necessità di impugnare le stesse dinanzi al giudice amministrativo ma solamente gli atti che ne costituiscono diretta applicazione in quanto solo questi ultimi sono dotati di efficacia lesiva. In questo senso Cons. Stato 13 settembre 2012 n. 4859, Cons. Stato, 12 giugno 2010, n. 3877; Cons. Stato, 15 ottobre 2010 n. 7521.

[15] Si ringrazia la dott.ssa Alessandra Ciccarelli Università di Camerino Area Affari Legali