

Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione *

Breve premessa introduttiva. Le linee guida sono sicuramente uno degli istituti su cui, dopo l'entrata in vigore del codice del 2016, si è maggiormente concentrata l'attenzione della dottrina. Le ragioni sono molteplici. In primo luogo è necessario studiarne a fondo la natura giuridica. Occorre, in secondo luogo, verificare quali conseguenze scaturiscano dalla loro violazione. Va, in terzo luogo, esaminato anche il problema relativo agli strumenti di tutela azionabili nei confronti delle linee guida.

Allo stato, tuttavia, risultano poco indagate altre due questioni sui cui ci si concentrerà nel presente scritto: la possibilità per il giudice amministrativo di disapplicare le linee guida contrastanti con la legge; l'equiparabilità delle linee guida ai regolamenti ai fini dell'accertamento del reato di abuso di ufficio previsto dall'articolo 323 c.p.

Le fonti. Per esaminare, e rispondere, ai due interrogativi da ultimo posti è necessario ripercorrere, seppur brevemente, la storia delle linee guida.¹

L'articolo 1, co. 1, lett. t) della legge delega 11/2016 ha previsto, tra l'altro, per l'ANAC il potere di adozione “di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa”. Balza subito

* Questo scritto, pubblicato anche su *Urbanistica e Appalti*, 2018, fasc. 2, p. 145 e segg., è la rielaborazione di un lezione tenuta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Kore di Enna; in esso vi sono opinioni personali dell'autore che non impegnano in alcun modo l'Istituto cui appartiene.

¹ R. de Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 5, p. 503; Mario P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*; *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, fasc. 4, p. 436; M. Delle Foglie, *Verso un “nuovo” sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, www.giustamm.it, 5 luglio 2017; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC (Testo scritto provvisorio della relazione tenuta al convegno L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma “Madia”, in Lecce, 28 e 29 ottobre 2016)*, *ItaliAppalti*; N. Mari, *Linee Guida ANAC: la soft law e la gerarchia delle fonti*, *ItaliAppalti*; L. Torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, fasc. 5, p. 605; L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, p. 72; P. Patrito, *Il nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2017, fasc.1, p. 0335B; G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, *Diritto amministrativo*, 2016, fasc. 3, p. 273; R. Proietti, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, *Il corriere giuridico*, 2016, fasc. 8-9, p. 1041; R. Mangani, *Riforma appalti/4. Ma sulla “soft law” non mancano dubbi: iter e costituzionalità*, *Quotidiano del Sole 24 Ore*, 23 febbraio 2016; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, www.giustizia-amministrativa.it; C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo Il caso delle linee guida dell'ANAC*, *federalismi.it*, 2017, fasc. 2, p. 2; Mantini, *Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, www.giustamm.it, 27 marzo 2017; V. Marchianò, *ANAC e potere di regolazione*, *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 7-8, p. 52.

agli occhi la particolarità della disposizione di legge nella parte in cui ritiene possibile l'efficacia vincolante degli strumenti di regolazione flessibile² e che può essere spiegata con l'intenzione del legislatore delegante di prevedere uno strumento più flessibile del regolamento, in relazione al procedimento di adozione, ma dotato di uguale efficacia vincolante.

L'articolo 213, co. 2, codice stabilisce, dal canto suo, che l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività 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. Il legislatore delegato si affretta a precisare – circostanza molto importante questa che verrà sviluppata nel prosieguo della trattazione – che resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. In relazione, infine, alle procedure di adozione delle linee guida il già citato co. 2 prevede che l'autorità 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. 11/2016 e dal codice.

Numerose sono le disposizioni del codice in cui si richiamano le linee guida. A scopo meramente esemplificativo si ricordino l'articolo 31, co. 5 (per definire 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), l'articolo 36, co. 7 (relative alle modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure sotto soglia, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici, oltre che le specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale), l'articolo 78, co. 1 (che, nel dettare la disciplina delle commissioni aggiudicatrici, prevede espressamente che ai fini dell'iscrizione nell'albo, i soggetti interessati devono essere in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore

² L. Torchia, La regolazione del mercato dei contratti pubblici, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, p. 73 nell'accennare ai problemi fa riferimento allo "apparente ossimoro della formula normativa che mette insieme flessibilità e vincolatività".

a cui si riferisce il contratto, secondo i criteri e le modalità che l'Autorità definisce con apposite linee guida, valutando la possibilità di articolare l'Albo per aree tematiche omogenee) e co. 1 bis (introdotto dal decreto correttivo per disciplinare le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici) nonché l'articolo 80, co. 13 (per "precisare", al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c).

Di particolare interesse risulta anche l'articolo 83, co. 2, che, nel disciplinare i requisiti speciali, stabilisce espressamente che per i lavori, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottare, su proposta dell'ANAC entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui all'articolo ora citato e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XV.

I tre tipi di linee guida. La disciplina codicistica rende facile la distinzione che la commissione speciale, istituita presso il Consiglio di Stato, ha compiuto tra linee guida recepite con apposito decreto ministeriale, linee guida vincolanti *erga omnes* e linee guida non vincolanti.³

Più complessa, invece, risulta la distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti. **Per una prima tesi** le linee guida possono essere considerate vincolanti solo nel caso in cui **il legislatore le qualifichi espressamente come tali**; in tutti gli altri casi dovrebbero essere considerate linee guida non vincolanti. Tale opinione si fonda su due argomenti. È la stessa denominazione ("linee guida") a far propendere per la natura non vincolante delle linee guida fatti salvi i casi in cui la legge stabilisca il contrario. In secondo luogo, è l'articolo 231, co.2, codice che in via generale attribuisce all'autorità il potere di adottare "linee guida ...ed altri strumenti di regolazione flessibile", così chiarendo che le linee guida appartengono essenzialmente alla c.d. soft law⁴ salvo che il legislatore espressamente dica il contrario.

³ Parere 1 aprile 2016, n. 855.

⁴ M. Clarich, La funzione di regolazione e le fonti del diritto, Manuale di diritto amministrativo, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 87. Per l'Autore, una delle linee direttrici entro cui si muove l'evoluzione del sistema delle fonti è rappresentata proprio dalla diffusione della c.d. soft law, emersa nei Paesi anglosassoni e a livello europeo. Gli atti di

Tale opinione, pur avendo, a giudizio di alcuni, il pregio della chiarezza, rischierebbe di vanificare l'impalcatura costruita dal legislatore del 2016 e, in ultima analisi, di "depotenziare" lo strumento delle linee guida che, nella maggior parte dei casi, sarebbero "degradate" al rango di mere raccomandazione non vincolanti.

Per altra tesi, invece, la natura vincolante delle linee guida deve essere ricostruita alla stregua della funzione loro demandata dal codice. Se il legislatore dell'aprile 2016 attribuisce alle linee guida il compito di **integrare e attuare il precetto primario**, allora ci troveremo innanzi a linee guida vincolanti. Qualora invece il compito sia quello di dettare buone prassi applicative di **norme già "complete"**, allora dovremmo concludere per la natura non vincolante delle linee guida in questione.

Attenta dottrina ha chiarito che "la natura vincolante è consustanziale a talune delle regolazioni di cui ANAC è onerata ex lege"⁵ soprattutto nei casi in cui le materie "non possono che essere disciplinate attraverso norme precettive".⁶ Lo stesso autore ha precisato che è necessario procedere ad una "disamina caso per caso" potendosi riconoscere il carattere non vincolante quando "si traducono o in esplicitazione dei principi generali... o in mere parafrasi o ripetizioni di norme di legge ... oppure in suggerimenti e raccomandazioni...volte a favorire l'adozione di comportamenti omogenei".⁷

La natura giuridica. Con riferimento alle **linee guida destinate ad essere poi adottate con decreti ministeriali** o interministeriali, non sussistono particolari problemi in ordine alla possibilità di inquadrarle tra gli atti soggettivamente amministrativi ma oggettivamente normativi, **al pari dei regolamenti**.⁸

soft law sono accomunati dal carattere essenzialmente non vincolante delle regole che con essi vengono poste e il loro grado di effettività varia a seconda dell'autorevolezza dell'organo da cui promanano. Contrapponendosi alla c.d. hard law, che designa l'insieme delle fonti del diritto tradizionalmente intese, "la soft law mette in discussione il principio di tipicità delle fonti degli atti amministrativi con valenza regolatoria che costituisce un'esplicazione del principio di legalità". G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, *Diritto amministrativo*, 2016, fasc. 3, p. 273. Per l'Autore, la categoria della soft law "appartiene a una sorta di nouvelle vague del diritto e ... si caratterizza per l'estrema latitudine di impiego e dunque di significati". L'Autore evidenzia altresì come gli atti di soft law nascano per una molteplicità di ragioni, talvolta compresenti. Attesa, dunque, da un lato, l'estraneità all'ordinamento nazionale e, dall'altro lato, la varietà che caratterizza sia il significato sia la ratio sottesa all'emanazione degli atti di soft law, l'Autore suggerisce di non ricorrere ad una generica "categoria della soft law" per definire determinati atti ed i relativi effetti giuridici; semmai – si afferma – il termine di soft law può essere utilizzato per indicare la "flessibilità" tipica degli atti di regolazione.

⁵ Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *dir. Amm.*, 2016, fasc. 3, p. 273 e segg.

⁶ Ancora Morbidelli, *cit.*

⁷ Ancora Morbidelli, *cit.*

⁸ *Parere 1 aprile 2016*, n. 855, p. 37-38. L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, p. 74; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, www.giustizia-amministrativa.it; A. Amore, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, *Urbanistica e Appalti*, 2017, fasc. 6, p. 765.

In relazione alle **altre due tipologie di linee guida**, è nota la qualificazione che ne ha dato la commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato. Per Palazzo Spada le linee guida non vincolanti appaiono pacificamente inquadrabili come **ordinari atti amministrativi**.⁹ Per le linee guida vincolanti, invece, la commissione ha ritenuto che l'inclusione delle stesse tra i provvedimenti aventi “una vera e propria natura normativa extra ordinem... suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale, soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti”.¹⁰ Ecco perché, combinando la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante, la commissione speciale ha ritenuto di qualificarli “**atti di regolazione delle Autorità indipendenti**, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto di ‘regolazione’”.¹¹

Tale soluzione per il Consiglio ha il **pregio** di confermare gli effetti *erga omnes* delle predette linee guida, di assicurare che tali atti vengano adottati con tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione, di obbligare l'ANAC a sottoporre le delibere ad una preventiva fase di consultazione e di obbligare l'ANAC a dotarsi di strumenti di qualità della regolazione quali l'AIR e la VIR.¹²

Parte della dottrina non ha condiviso questo inquadramento ritenendo che **le linee guida vincolanti abbiano natura regolamentare** sia perché dotate delle caratteristiche proprie dei regolamenti – **generalità, astrattezza e innovatività** – sia perché diverse dagli atti di regolazione veri e propri;¹³ sarebbe il codice stesso, peraltro, a conferire alle linee guida le stessa funzione di **esecuzione, integrazione e attuazione** propria del regolamento al quale peraltro succedono.¹⁴ A tale conclusione non sarebbe di ostacolo né la mancata tipizzazione del potere regolamentare né il deficit di legittimazione democratica dell'ANAC.¹⁵ Non manca chi, anche

⁹ Parere 1 aprile 2016, n. 855.

¹⁰ Parere 1 aprile 2016, n. 855, p. 39.

¹¹ Parere 1 aprile 2016, n. 855, p. 39

¹² Ritiene che la ricostruzione del Consiglio di Stato consenta di chiarire e risolvere una serie di problemi applicativi: R. de Nictolis, Il nuovo codice dei contratti pubblici, Urbanistica e appalti, 2016, fasc. 5, p. 512.

¹³ Morbidelli, cit.

¹⁴ Morbidelli, cit.

¹⁵ Morbidelli, cit. Sulla natura giuridica, e in generale sulle linee guida, si vedano anche i contributi di F. Cintioli, Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANA, italiaappalti.it; M.P. Chiti, Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici, *giorn. Dir. Amm.*, 2016, fasc. 4, p. 436 e segg.; R. De Nictolis, Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà, in www.giustizia-amministrativa.it; C. Deodato, La linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?, in www.giustizia-amministrativa.it; R. Proietti, Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche, in *Corr. Giur.*, 2016, fasc. 8-9, p. 1041 e segg.; M.A. Sandulli, Crisi economica e giustizia amministrativa, in “La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana; L. Torchia, La regolazione del mercato dei contratti pubblici, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, p. 72 e segg.; id., Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, fasc. 5, p. 605 e segg.

richiamando l'esistenza dei bandi-tipo adottati sempre dall'ANAC, ha definito "il quadro nel complesso assai confuso".¹⁶

Non è possibile in questa sede approfondire la tematica ma, a giudizio di chi scrive, **esistono buoni argomenti** per inquadrare le linee guida vincolanti tra gli atti soggettivamente amministrativi e oggettivamente normativi e, per tale via, **assimilarli ai regolamenti**. Nella consapevolezza che il deficit di democraticità dell'ANAC è certamente elemento ostativo ad una piena equiparazione delle linee guida vincolanti ai regolamenti, va tuttavia rilevato che da tempo la dottrina, nella materia delle fonti, riconosce uno spazio sempre maggiore al criterio della competenza a discapito di quello gerarchico che grosso modo si basava sulla legittimazione democratica.¹⁷ Peraltro la natura autenticamente regolamentare trova conforto sia nelle previsioni di cui all'articolo 213, co.2, codice – nella parte in cui stabilisce un vero e proprio procedimento per l'adozione delle linee guida, individua le modalità di pubblicazione, impone la raccolta in testi unici integrati e applica la regola del gold plating – sia nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in numerosi pareri, ha ribadito la possibilità per l'ANAC, pur non essendone obbligata, a sottoporre lo schema di linee guida al parere del Consiglio di Stato.¹⁸

¹⁶ M.P. Chiti, Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici, *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, fasc. 4, p. 436 e segg.

¹⁷ La trasformazione del sistema delle fonti, già in atto da diversi decenni, si è compiutamente realizzata con la riforma del titolo V della Costituzione sia in ragione della diversa distribuzione della potestà legislativa tra Stato e Regioni sia in considerazione della rimodulazione degli spazi di competenze dei regolamenti statali e regionali oltre che dell'accentuazione dell'autonomia territoriale. A. Pisaneschi, *Norme giuridiche e fonti del diritto*, in *Diritto costituzionale*, 2 ed., Giappichelli, 2017, p. 83; G. Guzzetta- F.S. Marini, *Le fonti del diritto positivo*, in *Lineamenti di diritto pubblico italiano ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 28; S. Battini, *L'abrogazione nei rapporti fra leggi statali e regionali*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, fasc. 10, p. 939; B.G. Mattarella, *La riforma del Titolo V: bilanci e prospettive*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, fasc. 6, p. 731. Tra i casi di regolamenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti, si annoverano, a titolo meramente esemplificativo: il "Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70", adottato con la delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013 dall'Agcom; il "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie", adottato con Delibera 1 aprile 2015, n.25411 dall'AGCM; il "Regolamento attuativo in materia di rating di legalità" adottato con Delibera 14 novembre 2012, n. 24075 dall'AGCM e da ultimo modificato con delibera n. 26166 del 13 luglio 2016.

¹⁸ Le linee guida dell'Anac, secondo una buona prassi collaborativa e al di fuori di un obbligo legale, sono sottoposte all'attività consultiva del Consiglio di Stato. Invero, in diverse occasioni l'Autorità anticorruzione – pur non essendovi obbligata - ha chiesto al Consiglio di Stato di esercitare le proprie funzioni consultive in relazione alle linee guida dalla stessa elaborate: parere sull'aggiornamento delle linee guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria» (Cons. St., comm. spec., 22 dicembre 2017, n. 2698); parere sulle Linee guida Anac relative a criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici (Cons. St., comm. spec., 19 ottobre 2017, n. 2163); parere sulle Linee guida Anac che aggiornano le precedenti Linee guida di nomina, ruolo e compiti del Responsabile unico del procedimento (Cons. St., comm. spec., 25 settembre 2017, n. 2040); parere sulle Linee guida Anac 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, d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. St., comm. spec., 5 settembre 2017, n. 1940); parere sulle Linee guida dell'Anac relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili (Cons. St., comm.

Diversa è la conclusione per le **linee guida non vincolanti** perché in queste ultime difetta il carattere della vincolatività e, per le ragioni prima esposte, dell'innovatività; conseguentemente vanno certamente ascritte nell'ambito degli atti amministrativi di tipo generale (ma non di regolazione).

Da parte di alcuni è stata tentata l'assimilazione alle circolari;¹⁹ la tesi è suggestiva. Le circolari storicamente nascono nell'organizzazione militare per portare a conoscenza delle unità dislocate sul territorio gli ordini del comando²⁰ sul presupposto dell'esistenza di un rapporto di tipo gerarchico tra l'autorità emanante la circolare e gli organi destinatari della stessa. Per Cameo le circolari sono "atti di un'autorità superiore che stabiliscono in via generale ed astratta regole di condotta di autorità inferiori nel disbrigo degli affari d'ufficio".²¹ Per tale via è stato semplice definirle come "norme interne" e tale caratteristica è certamente assente nelle linee guida non vincolanti perché, a tacer d'altro, tra l'ANAC e le stazioni appalti, essenzialmente destinatarie delle predette linee guida, non v'è rapporto di subordinazione gerarchica né appartenenza allo stesso plesso amministrativo-organizzativo. Seppure la dottrina di recente si è soffermata sulle molteplici tipologie di circolari oggi esistenti e sulla possibilità che queste si rivolgano a soggetti non rientranti nell'organizzazione di chi ha adottato la circolare,²² non va dimenticato che il diritto amministrativo conosce anche le c.d. **direttive intersoggettive** che indicano "fini e obiettivi da raggiungere, criteri di massima, mezzi per raggiungere i fini"²³ lasciando ai destinatari anche la possibilità di discostarsene "per ragioni che devono essere espresse nella motivazione".²⁴ È tuttavia vero che nel caso delle linee guida non vincolanti si tratta di direttive²⁵ 'pesanti' perché suggeriscono anche modelli

spec., 19 luglio 2017, n. 1708); parere sullo schema di linee guida Anac recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato" (Cons. St., comm. spec., 29 marzo 2017, n. 775); parere sulle "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" (Cons. St., comm. spec., 1 febbraio 2017, n. 282); parere sulle Linee guida redatte dall'ANAC sulla "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" (Cons. St., comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2286); parere sulle Linee guida Anac relative a "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici" (Cons. St., comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1919); parere sulle Linee guida Anac in materia di "procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" (Cons. St., comm. spec., 13 settembre 2016, n. 1903).

¹⁹ Per C. Deodato, Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?, in www.giustizia-amministrativa.it, le linee guida non vincolanti sono "da valersi quali atti amministrativi generali al pari di circolari contenenti istruzioni operative sull'applicazione della normativa di riferimento".

²⁰ Lo ricorda M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2013, p. 83.

²¹ La definizione del Cameo è riportata in Clarich, cit., p. 83.

²² Ancora Clarich, cit., p. 84.

²³ M. Clarich, cit., p. 78

²⁴ Ancora Clarich, cit., p. 79.

²⁵ Le riconduce alle direttive accostandole poi, a seconda del contenuto, anche alle circolari interpretative, Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, 2016, fasc. 3, p. 273 e segg.

uniformi di interpretazione e applicazione delle norme, oltre che modelli uniformi di atti amministrativi. V'è quindi anche un aspetto di vicinanza alle *best practices* che, se disattese, possono, come vedremo, essere sintomo del vizio di eccesso di potere (da accertare di caso in caso) ma che certamente non determinano l'illegittimità dell'atto per violazione di legge. Ciò spiega perché una parte della dottrina ritenga comunque le linee guida non vincolanti "produttive di effetti giuridici. Se non altro perché costituiscono parametri di legittimità dei provvedimenti consequenziali salvo naturalmente che vi siano i presupposti per non osservare il parametro stesso".²⁶

Violazione delle linee guida e reato di abuso di ufficio. Ricostruire la natura giuridica delle linee guida è necessario anche per affrontare altro tema, poco indagato dalla dottrina, relativo alla configurabilità dell'elemento oggettivo del reato di abuso d'ufficio nel caso di violazione delle linee guida adottate dall'ANAC.

Come è noto l'articolo 323 c.p. punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto.²⁷

Ai fini che qui interessano occorre comprendere se la violazione delle linee guida ANAC, perpetrata con l'adozione di un provvedimento amministrativo connesso ad una gara pubblica, possa integrare il requisito della "violazione di legge o di regolamento".

È noto che una delle finalità della riforma del reato di abuso d'ufficio è stata quella di circoscriverne la rilevanza penale restringendo "l'area degli illeciti amministrativi penalmente rilevanti, onde evitare che si potesse riprodurre quell'elevato tasso di indeterminatezza che aveva caratterizzato le precedenti figure del peculato per distrazione, dell'interesse privato in atti di ufficio e dell'abuso c.d. innominato".²⁸ Sintomatico di ciò è, per un verso, la precisazione che la condotta deve essere tenuta "nello svolgimento delle funzioni o del servizio" e, per altro verso, l'introduzione dell'elemento della "violazione di norme di legge o di regolamento" proprio allo scopo di superare i dubbi di indeterminatezza della fattispecie penale con

²⁶ Ancora Morbidelli, cit.

²⁷ G. Fiandaca – E. Musco, Abuso di ufficio, Diritto penale – parte speciale, vol. I, IV ed., Zanichelli, Bologna, 2011, p. 243; E. Zanalda, Sul soggetto passivo dell'abuso d'ufficio, Giurisprudenza italiana, 2013, fasc. 8-9, p. 1909; A.F. Morone, Abuso d'ufficio e oggetto della tutela penale, 2013, fasc. 1381; R. Avola Faraci, Abuso d'ufficio, Legislazione penale, 2006, fasc. 4; M. Scoletta, Problemi interpretativi in tema di abuso d'ufficio, Diritto penale e processo 2003, fasc. 4, p. 444.

²⁸ Codice penale commentato, diretto da Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, Wolters Kluwer, 2015, tomo II, sub art. 323, p. 464.

conseguente violazione dell'articolo 25, co. 2, Cost. Altra finalità è stata quella di “evitare il più possibile la penetrazione indebita del giudice penale in settori riservati istituzionalmente all'attività discrezionale”²⁹ dell'amministrazione.

Soffermandoci ora sulla violazione di norme di legge o di regolamento³⁰ va innanzitutto ricordato che tale violazione deve essere eziologicamente collegata all'evento e che, sotto altro aspetto, serve a dare contenuto e determinatezza alla condotta penalmente rilevante. La dottrina è concorde nel ritenere che la locuzione “violazione di norme di legge” non sia esattamente sovrapponibile con la violazione di legge che, ai sensi dell'articolo 21 *octies* l. 241/1990, rende l'atto illegittimo. Ciò tra l'altro perché la violazione di legge prevista dall'articolo 323 c.p. deve essere riferita alla legge come fonte di diritto tanto che può venire in rilievo anche a prescindere dall'emanazione di un provvedimento amministrativo vero e proprio (ad esempio una condotta materiale).³¹

Più complessa è invece la questione relativa alla **violazione di regolamento**. Al riguardo, **per un primo orientamento**, ci si trova innanzi ad un regolamento solo se l'atto violato è qualificato espressamente come regolamento e unicamente se promani da un'autorità che per legge abbia il potere di adottarlo. Ciò senza dubbio vale a delineare con certezza l'ambito applicativo della norma sia sotto il profilo della tipicità sia sotto il differente profilo della qualificazione formale. Seguendo tale approccio è stata esclusa la rilevanza penale nel caso di violazione delle delibera di giunta, dei capitolati generali e financo per i regolamenti degli organi costituzionali e per i regolamenti comunitari. Tuttavia è anche vero che altra dottrina, sempre di matrice penalistica, ritiene di poter configurare la violazione di regolamento nel caso della violazione dello statuto comunale in considerazione della particolare posizione che tra le fonti a questo è riservata dalla Costituzione ma certamente non anche per le ordinanze contingibili e urgenti.

È noto, invece, che la **giurisprudenza amministrativa e ordinaria** hanno, per ragioni differenti e in contesti certamente diversi da quello penale, optato per un criterio sostanziale affermando che si è in presenza di un regolamento ogni qualvolta l'atto presenti le caratteristiche della generalità, astrattezza e innovatività dell'ordinamento giuridico.³²

²⁹ Codice penale commentato, diretto da Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, Wolters Kluwer, 2015, tomo II, sub art. 323, p. 465.

³⁰ Tale elemento normativo viene dalla dottrina e dalla giurisprudenza qualificato come “mero presupposto di fatto per l'integrazione del delitto” in considerazione del fatto che la regola violata non esprime il disvalore del reato (in tal senso Codice penale commentato, diretto da Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, Wolters Kluwer, 2015, tomo II, sub art. 323, p. 488-489).

³¹ In termini simili, Codice penale commentato, diretto da Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, Wolters Kluwer, 2015, tomo II, sub art. 323, p. 479.

³² Cass., III, 5 marzo 2007, n. 5062; Cass., III, 22 febbraio, 2000, n. 1972; Cass., III, 5 luglio 1999, n. 6933; Cons. St., VI, 26 ottobre, n. 6411; Cons. St., IV, 16 febbraio 2012, n. 812; Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2012 n. 9; Cons. St.,

Un settore che ha fatto molto discutere la giurisprudenza è quello della violazione del piano regolatore generale e della possibilità di ritenere integrato il reato in questione. Prescindendo dalla qualificazione del piano regolatore, per un primo orientamento, improntato al criterio formale, la violazione del p.r.g. non integra il reato di abuso d'ufficio mancando proprio la violazione di norme del regolamento.

Altra tesi, invece, ritiene che il reato in questione possa essere contestato in considerazione del fatto che la violazione del p.r.g. integri una violazione mediata della legge edilizia che impone il rilascio del permesso di costruire solo se vi è piena conformità con le norme di rango legislativo e gli strumenti urbanistici, tra cui naturalmente rientra il p.r.g.

Fatte queste brevi premesse, sembra a chi scrive, che **la violazione delle linee guida ANAC di tipo vincolante possa farsi rientrare nella violazione di regolamento** quale presupposto per l'applicazione del reato in questione.

Se, sotto un primo profilo, è certamente vero che le linee guida vincolanti non hanno il *nomen iuris* di regolamento e che dunque manca il requisito della qualificazione formale, sotto altro profilo, non v'è dubbio che tali linee guida condividono del regolamento numerose caratteristiche che, senza particolari difficoltà, possono farci concludere nel senso ora indicato. Ed invero l'ANAC è titolare per legge di un vero e proprio potere di adozione di tali linee guida al pari di quello che avviene per il potere regolamentare del Governo con l'articolo 17 l. 400/1988. In secondo luogo non v'è dubbio che tali linee guida possiedono le caratteristiche proprie dei regolamenti – generalità astrattezza e innovatività – e ne condividono la natura sostanziale tanto da avere preso, in alcuni casi, proprio il posto del regolamento di esecuzione. Infine la conclusione può dirsi corretta anche sotto il profilo del

Commissione speciale, 14 febbraio 2013, n. 677; Cons. St., VI, 18 febbraio 2015, n. 823. L'affermazione in via pretoria di un criterio di natura sostanziale ai fini della qualificazione di un determinato atto come "regolamento" si spiega anche in ragione della necessità di contrastare il diffuso fenomeno della c.d. "fuga dal regolamento". Come è noto, in via generale, con tale espressione si suole fare riferimento alla prassi dell'esecutivo di esercitare poteri di natura sostanzialmente normativa, senza tuttavia rispettare la formale procedura di adozione del regolamento prevista dalla legge, così ricorrendo all'adozione di "atti normativi secondari atipici". La questione della "fuga dal regolamento" è stata affrontata dalla sopra citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 9/2012: «*Nonostante la crescente diffusione di quel fenomeno efficacemente descritto in termini di "fuga dal regolamento" (che si manifesta, talvolta anche in base ad esplicite indicazioni legislative, tramite l'adozione di atti normativi secondari che si autoqualificano in termini non regolamentari) deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti "atipici", di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall'art. 17 legge n. 400/1988*». In particolare, è possibile distinguere due tipologie di "fuga dal regolamento": l'una "spontanea" e l'altra "autorizzata". La prima non è prevista dalla legge ed è diretta ad aggirare i tempi e gli oneri procedurali richiesti per la formazione del regolamento (quali il parere preventivo obbligatorio del Consiglio di Stato, il visto e la registrazione della Corte dei Conti, la pubblicazione in G.U., l'obbligo di comunicazione al Presidente del Consiglio per i regolamenti ministeriali). La seconda, invece, si è sviluppata in seguito alla riforma del titolo V della Costituzione avvenuta con l. cost. n. 3/2001 ed è "permessa" dal legislatore al fine di aggirare la riserva regolamentare regionale ex art. 117, comma 6 Cost., mediante l'adozione di atti normativi secondari che si autoqualificano come non regolamentari.

procedimento di adozione perché il procedimento descritto dall'articolo 213, co. 2, codice, pur essendo diverso da quello delineato dall'articolo 17 l. 400/1988, garantisce una formazione di tali atti rispettosa di diversi principi tra cui quello di pubblicità. In altri termini la "fuga dal regolamento" (in questo caso prevista dalla legge), con riferimento alle linee guida ANAC, non ha determinato un deficit di pubblicità né l'attenuazione delle garanzie connesse al rispetto di un procedimento per l'adozione di un atto sostanzialmente normativo.

Va in ultimo precisato che a conclusione analoga può giungersi anche per altra via: poiché è la legge stessa a prevedere in alcuni casi la vincolatività delle linee guida (si ricordi quanto stabilito dall'articolo 1, comma 1, lett. t) l. 11/2016), la violazione di quest'ultime integra la violazione della legge e quindi il presupposto del fatto di reato di cui abbiamo parlato.³³

Naturalmente a **conclusione opposte** deve giungersi con riferimento alle **linee guida non vincolanti** in ragione della differente natura giuridica. Anche se l'accostamento è solo parzialmente esatto, va ricordato che dottrina e giurisprudenza escludono che la violazione delle circolari possa integrare il reato di abuso d'ufficio proprio perché in queste manca il requisito della cogenza.³⁴

La disapplicazione delle linee guida da parte del giudice amministrativo. Non è certamente questa la sede per affrontare in modo completo la tematica della disapplicazione davanti al giudice ordinario e a quello amministrativo.³⁵

³³ D'altronde una soluzione differente sarebbe in contrasto con un recente orientamento giurisprudenziale, per il vero giustamente avvertito dalla dottrina, che reputa integrato il reato già con la semplice violazione dei principi di buon andamento e imparzialità di cui all'articolo 97 Cost. (Codice penale commentato, diretto da Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, Wolters Kluwer, 2015, tomo II, sub art. 323, p. 484).

³⁴ Codice penale commentato, diretto da Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, Wolters Kluwer, 2015, tomo II, sub art. 323, p. 497. Cass. pen., VI, 21 aprile 2010, n. 15272: "non integra il delitto di cui all'art. 323 c.p. la violazione di una circolare, in quanto essa non possiede la forza normativa della legge o del regolamento". Cass. pen., VI, 24 ottobre 2005, n. 44952: "in tema di reato di abuso d'ufficio la condotta dell'agente rileva penalmente solo se l'ingiusto vantaggio patrimoniale è conseguito attraverso la violazione di legge o di regolamento, con esclusione degli atti che hanno natura meramente interpretativa o attuativa di normative preesistenti e che comunque sono privi della forza normativa propria della legge o del regolamento". Cass. pen., VI, 13 maggio 2003, n. 27007: "in tema di reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), le disposizioni contenute nelle circolari ministeriali atte a regolamentare l'uso delle auto di servizio non assumono né il carattere formale e sostanziale di cogenza autonoma uti universi, tipicizzante le norme di legge né quello del regolamento, per difetto di contenuto di efficacia primaria o secondaria erga omnes, risolvendosi in disposizioni regolamentanti il funzionamento interno dell'ufficio e, come tali, correttamente qualificabili come normativa ad efficacia interna che non può essere ricompresa nella sfera di tipica violazione di legge e regolamento di cui all'art. 323 c.p.".

³⁵ M. Clarich, La funzione di regolazione e le fonti del diritto, in Manuale di diritto amministrativo, Il Mulino, 2013, p. 67; P.M. Zerman, Le fonti del diritto amministrativo, in Manuale di diritto amministrativo, a cura di Maurizio Mirabella, Giuffrè, Milano, 2012, p. 63; M. Mirabella, Caratteri del provvedimento amministrativo, in Manuale di diritto amministrativo, a cura di Maurizio Mirabella, Giuffrè, Milano, 2012, p. 497; F. Ancora, La disapplicazione da parte del giudice amministrativo: disapplicazione provvedimento e disapplicazione normativa, Giurisprudenza di merito, 2000, fasc. 4-5-, vol. 32, p. 942; C. Ferrari - M. Airoldi, La disapplicazione del regolamento da parte del giudice amministrativo, Diritto processuale amministrativo, 1998, fasc. 1, p. 27-47; D. Foti - M. Minniti, Il destino dei

Non v'è dubbio che il **giudice ordinario** può, avvalendosi degli articoli 5 e 6 l.a.c., disapplicare tutti i provvedimenti amministrativi se non conformi a legge.

Più complesso, come è noto, il problema della **disapplicazione davanti al giudice amministrativo**. Molto spesso infatti il provvedimento lesivo trova la sua giustificazione in un atto a monte che, a volte, ha natura normativa (ad esempio un regolamento) mentre altre volte ha la natura di atto amministrativo (un bando di gara, di concorso, un piano regolatore, ecc.). Occorre domandarsi se, impugnato unicamente l'atto a valle, il giudice amministrativo che riscontri l'illegittimità dell'atto presupposto (il regolamento, l'atto amministrativo generale, ecc.) possa disapplicare quest'ultimo.

La giurisprudenza ha stabilito, ormai da qualche anno, che nelle controversie **relative a diritti soggettivi**, spettanti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, è sempre possibile la disapplicazione degli atti amministrativi sia che questi abbiano carattere provvedimentale sia nelle ipotesi di atti aventi natura normativa.³⁶ Ciò al precipuo scopo di assicurare, in mancanza di impugnazione dell'atto presupposto, al diritto soggettivo una tutela analoga a quella che è prevista davanti al giudice ordinario.

Quando oggetto del giudizio è un interesse legittimo, invece, la giurisprudenza effettua un'importante distinzione. Se è mancata l'impugnazione di un atto a monte avente natura provvedimentale il giudice amministrativo non potrà procedere a disapplicare l'atto presupposto perché, in caso contrario, risulterebbe elusa la disciplina dell'impugnazione dei provvedimenti amministrativi; l'unico strumento per sindacare la legittimità dell'atto presupposto è l'impugnazione del provvedimento nel rispetto delle regole di decadenza e di rito. Se, invece, l'atto a monte (o presupposto) ha natura normativa – ad esempio è un regolamento che si assume essere illegittimo per violazione di legge – allora al giudice amministrativo sarà consentito disapplicare

regolamenti illegittimi dalla disapplicazione alla invalidazione, Diritto e giustizia, 2002, fasc. 40, p. 58-61; R. Proietti, Disapplicazione, una nuova frontiera, Diritto e giustizia 2003, fasc. 26, p. 44-48.

³⁶ Cons. St., IV, 27 agosto 1998, n. 598; Cons. St., V, 10 gennaio 2003, n. 35: "il potere del giudice amministrativo di disapplicare atti non ritualmente impugnati è ammesso nelle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva, relativamente alle controversie relative a diritti soggettivi, nonché nei riguardi di regolamenti illegittimi, sia quando il provvedimento impugnato sia contrastante con il regolamento sia quando sia conforme al presupposto normativo e, in ogni caso, anche quando si verte in materia di interessi legittimi, pertanto, va esclusa, al di fuori delle limitate ipotesi sopra indicate, la disapplicazione di provvedimenti amministrativi non ritualmente impugnati che, ancorché connotati da una valenza generale, risultano privi di valenza normativa"; Cons. St., V, 4 febbraio 2004, n. 367: "nel giudizio amministrativo, la disapplicazione è ammessa nei soli riguardi di atti aventi valenza normativa (come i regolamenti) o nelle controversie di giurisdizione esclusiva, purché, in concreto, afferenti a posizioni di diritto". Anche nella decisione del Cons. St., IV, n. 1124 del 2006 si ricorda che, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità "non è consentita al giudice amministrativo la disapplicazione incidenter tantum di un atto non avente natura normativa".

l'atto regolamentare sia nelle ipotesi di **rapporto di simpatia sia nel caso di rapporto di antipatia**.³⁷

Riportando queste affermazioni alla tematica delle linee guida è chiaro che la possibilità di disapplicarle o meno dipende dalla natura giuridica che ad esse si riconoscerà.

Non sussistono particolari dubbi sulla possibilità di disapplicare **le linee guida che vengono adottate con decreto ministeriale** attesa la loro natura regolamentare.

Più complesso è invece il tema per le **linee guida vincolanti** adottate dall'ANAC. Se, come ha fatto il Consiglio di Stato, dovesse optarsi per la qualificazione in termini di atti di regolazione, dovremmo escludere che, in mancanza di impugnazione, il giudice amministrativo possa disapplicare le predette linee guida essendo pacificamente esclusa la c.d. disapplicazione provvedimentoale. A diversa conclusione, invece, si arriverà se le linee guida dovessero essere inquadrare tra gli atti aventi natura regolamentare perché in tal caso è pacifico il ricorso alla disapplicazione. Si sono già indicate le ragioni per cui convince maggiormente la tesi della natura regolamentare delle linee guida vincolanti e conseguentemente deve concludersi per il potere del giudice amministrativo di disapplicare le linee guida qualora le stesse non siano state tempestivamente, e ritualmente, impuginate.

Possono allora ipotizzarsi **diversi scenari**:

Fermo restando che la portata generale e astratta delle linee guida, nella maggior parte dei casi, esclude l'esistenza di un interesse all'immediata impugnazione delle stesse, in astratto può ipotizzarsi:

- a) **impugnazione congiunta** dell'atto applicativo e delle linee guida vincolanti – entrambi non conformi a legge – per ottenere sia l'annullamento dell'atto lesivo a valle (generalmente adottato dalla stazione appaltante) sia delle linee guida a monte con la precisazione, ormai scontata, che in casi del genere l'annullamento delle linee guida avrà effetti *erga omnes* mentre l'annullamento

³⁷ Cons. St., V, 26 febbraio 1992, n. 154 (disapplicazione del regolamento in ipotesi di rapporto di antipatia); Cons. St., V, 24 luglio 1993, n. 799 (disapplicazione del regolamento in ipotesi di rapporto di simpatia); Cons. St., V, 19 settembre 1995, n. 1332; Cons. St., VI, 29 febbraio 1996, n. 222; Cons. St., VI, 12 aprile 2000, n. 2183; Cons. St., V, 30 ottobre 2002, n. 5972; Cons. St., VI, 19 giugno 2001, n. 3242; Cons. St., VI, 5 dicembre 2002, n. 6657; Cons. St., VI, 3 ottobre 2007, n. 5098; Cons. St., VI, 2 marzo 2009, n. 1169. Riepiloga in modo efficace l'orientamento della giurisprudenza amministrativa sul potere di disapplicazione del regolamento da parte del GA nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità Cons. St., IV, 16 febbraio 2012, n. 812, così concludendo: "*l'orientamento ormai prevalente che ammette la disapplicazione dei regolamenti non ritualmente impugnati risulta, in particolare, fondato sul rilievo della natura sostanzialmente normativa del regolamento e sulla necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e di accordare, quindi, prevalenza a quella di rango superiore (e cioè alla legge o ad altro atto di normazione primaria). Si è così superata la risalente posizione volta a sopravvalutare il carattere formale dei regolamenti, intesi quali atti amministrativi, privilegiando viceversa la loro natura normativa e il ruolo che essi svolgono nel complessivo quadro normativo nel quale il giudice è chiamato a decidere la controversia*".

dell'atto a valle resterà limitato oggettivamente e soggettivamente a quel giudizio;

- b) **impugnazione del solo atto a valle** emesso dalla stazione appaltante in conformità a linee guida illegittime: in questo caso il giudice, previa disapplicazione delle linee guida con effetti limitati a quel giudizio, annullerà l'atto impugnato;
- c) **impugnazione di un atto difforme** dalle linee guida ma conforme a legge: in tali ipotesi il giudice, previa disapplicazione delle linee guida illegittime, respingerà il ricorso avverso l'atto applicativo.

Le conclusioni cui si è ora pervenuti sembrano, a chi scrive, maggiormente rispettose dei principi costituzionali e dell'ordinamento giuridico per una molteplicità di ragioni.

In primo luogo, ragionando diversamente, verrebbe di fatto violato il **principio della gerarchia delle fonti** applicando un regolamento illegittimo a discapito di una norma di legge sovraordinata. In altri termini, se al giudice non dovesse essere riconosciuta la possibilità di disapplicare il regolamento illegittimo la conseguenza sarebbe il necessario annullamento dell'atto impugnato in rapporto di antipatia con il regolamento illegittimo o il rigetto del ricorso nel caso di rapporto di simpatia tra atto e regolamento illegittimo.

In secondo luogo la tesi della disapplicazione sembra maggiormente conforme al **principio iura novit curia**.

In ultimo, soprattutto in una materia qual è quella degli appalti pubblici, la possibilità di disapplicazione garantisce meglio la **“primazia” del diritto comunitario**, nei termini in cui è già stata affermata nel caso Santex.³⁸

³⁸ Sulla possibilità di disapplicare l'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario è intervenuta in questi termini la Corte Giust. CE, Sez. VI, 27 febbraio 2003, n. C-327/00 - Pres. Puissechet - Santex S.p.a c. Unita Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia: *“La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che essa — una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità — impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità”* (Foro it., 2003, fasc. 10, vol. 128, p. 474). La Corte di Giustizia ha quindi stabilito che spetta agli ordinamenti interni degli Stati membri definire le modalità relative al termine di presentazione del ricorso destinate a tutelare le situazioni giuridiche soggettive attribuite dal diritto comunitario, purché siano sempre rispettati i principi di equivalenza e di effettività. In seguito alla pronuncia Santex, la giurisprudenza amministrativa ha escluso la disapplicabilità del provvedimento amministrativo contrastante con il diritto comunitario, con la conseguenza di qualificare il vizio che caratterizza l'atto amministrativo conforme ad una norma nazionale a propria volta in contrasto con il diritto comunitario “sia quello tipico dell'annullabilità per

Passando, infine, allo **studio delle linee guida non vincolanti**, occorre comprendere se queste possano essere disapplicate, fermo restando che, ai sensi dell'articolo 213 codice, possono essere impugnate se esiste l'interesse.

In via generale le linee guida non vincolanti non obbligano la stazione appaltante a rispettarle. Come già affermato dal Consiglio di Stato, l'amministrazione potrà motivatamente discostarsene, potendosi ipotizzare il vizio di eccesso di potere nel caso in cui la stazione appaltante abbia disatteso le linee guida senza esplicitare il motivo.

Se, dunque, le linee guida non vincolano la stazione appaltante, a maggior ragione non saranno vincolanti per il giudice che, qualora non dovesse ritenerle conformi a legge, potrà tranquillamente disattenderle. Qui a ben vedere non ci si trova dinnanzi ad un vero e proprio caso di disapplicazione in considerazione del fatto che si tratta di atti aventi natura non cogente per i destinatari e per il giudice. Ad avviso di chi scrive nel caso di linee guida non vincolanti illegittime vi è un rapporto diretto tra l'atto e la norma di legge primaria non potendo avere rilievo alcuno le predette linee guida.

Tali conclusioni sono peraltro in linea con la giurisprudenza. In più occasioni si è stabilito che le circolari amministrative non hanno valore normativo o provvedimentale e non assumono carattere vincolante per i soggetti destinatari dei relativi atti applicativi, che non hanno l'onere di impugnarle, ma possono limitarsi a contestarne la legittimità al solo scopo di sostenere che detti atti sono illegittimi perché scaturiscono da una circolare illegittima che avrebbe dovuto essere disapplicata; ne discende, *a fortiori*, che una circolare amministrativa *contra legem* può essere disapplicata anche d'ufficio dal giudice investito dell'impugnazione dell'atto che ne fa applicazione, anche in assenza di richiesta delle parti.³⁹

Vincenzo Neri
Consigliere di Stato

violazione di legge, in quanto tale deducibile in sede giurisdizionale nell'ordinario termine di decadenza" (Cons. St., VI, 23 luglio 2008, n. 3621; Cons. St., IV, 21 febbraio 2005, n. 579; Cons. St., IV, 21 febbraio 2005, n. 579).

³⁹ Cons. St., 28 gennaio 2016 n. 310; Cons. St., 8 gennaio 2016 n. 30; Cons. St., 28 maggio 2013 n. 2916. La giurisprudenza tuttavia in un'occasione ha precisato che le circolari, pur quando sono formalmente dirette agli organi periferici dell'amministrazione, hanno una indubbia rilevanza esterna quando non sono espressione di una mera attività interpretativa (in quanto tale suscettibile di "disapplicazione" da parte - teoricamente - degli organi periferici e del giudice); ma incidono negativamente sulla legittimità dell'atto individuale: in presenza di queste condizioni, le circolari sono senz'altro impugnabili congiuntamente all'atto applicativo (Cons. St., a.p., 14 novembre 2011 n. 19).

pubblicato il 6 marzo 2018