

Obblighi di pubblicazione *online*

# Pubbliche amministrazioni in crisi ai tempi della trasparenza

T.A.R. Lazio, Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1734 - Pres. Volpe - Est. Correale - Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (FNOMCeO) c. Autorità Nazionale Anticorruzione e Ministero della Salute

**Le Linee guida sull'attuazione dell' art. 14 del D.Lgs. n. 33 del 2013, "Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali", sono prive di contenuto lesivo diretto nei confronti dei potenziali destinatari, rappresentando un mero atto di indirizzo e supporto che può essere oggetto di impugnazione avanti al g.a. solo unitamente all'atto specifico che, in applicazione di tale indirizzo ove recepito, incida in maniera puntuale sulla posizione giuridica del destinatario.**

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conforme</b>	T.A.R. Lazio, Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1735; T.A.R. Lazio, Sez. I <i>quater</i> , 19 settembre 2017, n. 9828; Cons. Stato, Sez. IV, 16 ottobre 2000, n. 5506; Cons. Stato, IV, 20 settembre 1994, n. 720.
<b>Difforme</b>	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

(*Omissis*)

## IL COMMENTO

di Elisa D'Alterio

La sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1734, appartiene a un esteso gruppo di casi giudiziari in materia di trasparenza amministrativa e anticorruzione. Tale decisione fornisce alcuni rilevanti chiarimenti in merito alla natura e ai caratteri delle linee guida dell'Anac sull'applicazione del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, in tema di obblighi di pubblicazione online. Pur non contenendo indicazioni innovative rispetto al passato, il caso offre l'occasione per riflettere sul contesto in cui operano attualmente le pubbliche amministrazioni, alle prese con i problemi applicativi collegati alle differenti categorie di atti dell'Autorità. Dietro ai tanto dibattuti problemi di qualificazione di nuovi poteri e fonti giuridiche, l'analisi giunge a cogliere alcuni "mali" profondi su cui sarebbe utile avviare ampie indagini.

### Premessa

La sentenza della Sez. I del T.A.R. Lazio dello scorso 14 febbraio 2018 è una decisione breve, su un argomento ormai molto ricorrente (obblighi di

pubblicazione *online*), e con contenuti non particolarmente innovativi in rapporto all'ormai copioso *case law* in tema di trasparenza amministrativa e attività dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) (1).

(1) Tale sentenza va considerata unitamente alla sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. I, 17 gennaio - 14 febbraio 2018, n. 1735, pronunciata nel ricorso promosso dal Consiglio nazionale forense.

Si tratta, difatti, di sentenze "gemelle". Giurisprudenza e pareri del Consiglio di Stato sui temi e sugli ambiti di competenza dell'Autorità nazionale anticorruzione sono raccolti in un'apposita

Tuttavia, dietro a questa pronuncia, si cela una questione di estremo interesse e sintetizzabile nella seguente domanda: a quanti “comandanti” - *lato sensu* - devono obbedire le pubbliche amministrazioni? Il tema è di non poco conto. Rispondere a una tale domanda oggi significa interrogarsi sull'assetto vigente del sistema amministrativo italiano, sui delicati equilibri (o squilibri) esistenti tra ruolo del governo e attività delle amministrazioni, sulle tendenze legislative in atto in materia di pubblica amministrazione, sul graduale processo di “svalutazione” che sta investendo il pubblico impiego. È in questo quadro che affondano le radici dello sviluppo di istituti, poteri e mezzi “singolari” per il diritto amministrativo italiano, quali quelli che caratterizzano attualmente gli ambiti della trasparenza, dell'anticorruzione e, soprattutto, dei contratti pubblici. Come noto, nel giro degli ultimi quattro anni circa, l'Anac - autorità indipendente, risultato di un graduale processo di trasformazione della Commissione indipendente per la valutazione trasparenza e integrità delle amministrazioni pubbliche (Civit) e successivo inglobamento dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Avcp) - è divenuta titolare di un numero di poteri molto esteso: poteri di regolazione, indirizzo, raccomandazione, programmazione, vigilanza, controllo, segnalazione, punizione, gestione del contenzioso, per citare soltanto le categorie generali (2). Su questo complesso di attività, e sugli atti prodotti nel loro esercizio, già esistono una ricca letteratura, una crescente giurisprudenza e numerose interpretazioni. I problemi affrontati vanno dall'analisi della natura di tale organismo nel panorama delle autorità indipendenti, all'esame del suo ruolo nel quadro della disciplina

dell'anticorruzione e della trasparenza (3); dall'approfondimento del complesso dei poteri attribuiti dal Codice dei contratti pubblici, alla “vivisezione” della natura giuridica degli atti adottati (che include l'ormai noto rompicapo sulla qualificazione delle linee guida) (4); dall'esame del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità, all'individuazione dei problemi organizzativi e gestionali prodotti dagli indirizzi espressi, anche in rapporto alle differenti tipologie di enti (5). Si potrebbe - provocatoriamente - dire che ormai sull'Anac, e su quello che fa, “sappiamo tutto” e che la veloce evoluzione legislativa e giurisprudenziale sui temi oggetto delle sue estese competenze continuano, oltremodo, ad alimentare occasioni di riflessione e dibattito. Ciò che, invece, per il momento sembra rimanere fuori dal cono di luce dei riflettori puntati su queste tematiche è quello che sta accadendo alle pubbliche amministrazioni in rapporto a un tale contesto.

In un ormai lontano passato, la pubblica amministrazione era “espressione del sovrano da cui [era] legittimata, al quale appart[eneva] e di cui attua[va] la volontà esercitandone le prerogative di autorità” (6); con il passaggio alla forma repubblicana, la base di legittimazione è divenuta “la scrupolosa osservanza del nuovo, la legge, che disciplina le modalità di azione della Pa [...]”, sotto gli indirizzi e la responsabilità del governo (sia che si tratti di quello nazionale, che di quello regionale o locale) (7). Lo schema, sancito dalla Costituzione e qui soltanto riassumibile senza alcuna pretesa di esaustività, è noto: “così come il governo deve rispondere al Parlamento, la pubblica amministrazione deve rispondere al governo” (8).

sezione, presente sul sito istituzionale della giustizia amministrativa (<https://www.giustizia-amministrativa.it>). Per la giurisprudenza sull'applicazione del D.Lgs. n. 33/2013, si consenta di rinviare a E. D'Alterio, *La prevenzione della corruzione sotto la lente dei giudici amministrativi*, in *Quotidiano giuridico*, 26 febbraio 2016, online e Id., *La trasparenza amministrativa*, in B.G. Mattarella - E. D'Alterio (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge n. 124 del 2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, 2017, 165-177. Sul tema generale della trasparenza esiste una vasta letteratura: tra tutti, si ricorda il volume di F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

(2) Molti di questi poteri sono disciplinati dal Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e suc. mod.; si v. spec. l'art. 213). Al commento dell'intero Codice è stato dedicato il n. 4/2016 di questa *Rivista*.

(3) Sull'Anac sono stati pubblicati vari volumi, due dei quali a cura degli stessi componenti dell'Autorità: R. Cantone - F. Merloni (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015 e I. Nicotra (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016. Tra le voci enciclopediche, si v. S. Sticchi Damiani, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Il Libro dell'anno del diritto* (2015), accessibile su

[www.treccani.it/enciclopedia/i-nuovi-poteri-dell-autorita-anticorruzione\\_%28Il-Libro-dell'anno-del-Diritto%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/i-nuovi-poteri-dell-autorita-anticorruzione_%28Il-Libro-dell'anno-del-Diritto%29/).

(4) Si cfr. M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2016, 4, 436 ss.; L. Torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in questa *Rivista*, 2016, 5, 605 ss.; N. Longobardi, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *GiustAmm.it*, 2016, 6, 11; V.C. Deodato, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, 2016, consultabile sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 345 ss. Si consenta, altresì, di rinviare a E. D'Alterio, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: “post fata resurgam”*, in questa *Rivista*, 2015, 6, 757 ss.

(5) Si v., in particolare, F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 2, 381 ss.

(6) M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 20.

(7) M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, cit., 21.

(8) S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, Milano, 175 ss., che ricostruisce le basi costituzionali del sistema amministrativo

Comandanti, comandati e mezzi di comando sono, dunque, chiari (9).

L'avvento dell'Anac, nella sua attuale configurazione, lungi dal compromettere il predetto assetto, sembra tuttavia alterare alcuni equilibri (10). Da una parte, si tratta di un organismo (non previsto dalla Costituzione) che concentra poteri tra cui, tendenzialmente, andrebbe garantita la separazione; dall'altra, tale Autorità esercita poteri di regolazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni, a differenza di tutte le altre autorità indipendenti che, al contrario, adottano atti di regolazione principalmente nei confronti di soggetti privati (11). Da qui nascono alcune questioni rilevanti, come quella dell'assenza di fondamento di una regolazione indipendente per il mercato dei contratti pubblici (12) o quella di un aggravamento del c.d. *deficit* di legalità sostanziale che, caratterizzando in via generale gli atti di regolazione delle autorità indipendenti, diviene ancora più forte in presenza di un organismo che regola e controlla l'uso di risorse pubbliche (13).

italiano, evidenziando come i rapporti tra Parlamento, governo e pubblica amministrazione reggano primariamente sui principi di legalità e di responsabilità: dal primo principio discendono lo sdoppiamento tra governo e amministrazione e la sottoposizione dell'amministrazione al Parlamento; dal secondo deriva che il governo deve rispondere al Parlamento e la pubblica amministrazione deve rispondere al governo.

(9) La nozione di "comando" è molto ampia e nel diritto amministrativo si trova usualmente impiegata con almeno due possibili significati. Il primo, più comune, è quello che fa riferimento al c.d. regime di comando applicabile al dipendente pubblico che, per un certo intervallo temporale, va a prestare il proprio servizio presso una amministrazione differente da quella di appartenenza; il secondo, invece, ormai desueto, è quello che riguarda l'assetto dei rapporti organizzativi, con particolare riferimento ai rapporti di sopordinazione e gerarchia. Sul punto, si rinvia a M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*<sup>3</sup>, I, Milano, 1993, 311 ss.

(10) Si consideri che già con l'avvento delle autorità indipendenti (di cui si è sempre segnalato un c.d. "deficit democratico" e anche costituzionale) le basi del sistema amministrativo italiano hanno subito un significativo mutamento (in tal senso, la previsione di forme di partecipazione alle procedure di queste autorità è stato considerato, in via compensativa, un elemento di "legittimazione": E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.; M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, Relazione tenuta al Convegno su "La regolazione dei servizi di interesse economico generale", Firenze, 6 novembre 2009, reperibile sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*. Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, 91 ss.). Lo stesso dicasi con riferimento ai poteri di indirizzo esercitati dalle istituzioni dell'Unione europea, con diretta applicazione negli Stati membri, soprattutto in alcuni ambiti di estremo rilievo per le pubbliche amministrazioni (a partire da quello della finanza pubblica: G. della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, il Mulino, 1996, *passim* e a R. Perez, *Il controllo sulla finanza pubblica*, in *La nuova costituzione economica*<sup>4</sup>, a cura di S. Cassese, Roma-Bari, 2007, 265 ss.).

La sentenza in esame offre l'occasione per guardare a questi temi utilizzando il punto di vista delle pubbliche amministrazioni e per provare a riflettere sulle ragioni profonde dell'anomalo contesto in cui esse si trovano ad operare, caratterizzato da nuovi "comandanti" e nuovi "mezzi di comando". A tal fine, i prossimi paragrafi analizzano i contenuti della sentenza partendo dal fatto e descrivendo la decisione; si passa, quindi, ad approfondire alcune disfunzioni e ad analizzarne ragioni e possibili conclusioni.

### I contenuti della sentenza

La sentenza in esame fa parte di un gruppo di casi giudiziari relativi all'applicazione degli obblighi di pubblicazione *online* previsti dal D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e relative delibere dell'Anac (linee guida) di attuazione (14). Nell'ambito di uno di questi ricorsi, è stata altresì sollevata questione di legittimità costituzionale sull'art. 14 del citato decreto (comma 1, lett. c) ed f), comma 1 *bis* e comma 1 *ter*), di cui, allo stato, si attende il relativo giudizio (15).

(11) Questi aspetti erano stati già evidenziati in E. D'Alterio, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2016, 4, cit., 504, a cui sia consentito rinviare.

(12) La questione è posta da L. Torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 607, che aggiunge: "La presenza di un'autorità indipendente per il mercato dei contratti pubblici non è invece prevista dalle direttive europee, né sussiste nella maggior parte dei paesi europei, con la conseguenza che la qualificazione dei poteri regolatori resta incerta anche per la mancanza di un quadro di riferimento generale e diffuso negli altri ordinamenti soggetti alle regole delle direttive europee in materia".

(13) Sul punto, il Consiglio di Stato ha comunque evidenziato che "gli atti di regolazione adottati dalle autorità, proprio perché espressione di un potere che è carente sotto il profilo della legalità sostanziale e promananti da soggetti che sfuggono al tradizionale circuito della responsabilità politica, debbano essere adottati nel rispetto di un procedimento articolato, aperto al contraddittorio e alla partecipazione dei soggetti interessati, e sottoposto al vaglio consultivo del Consiglio di Stato" (Cons. Stato, comm. speciale, parere 14 settembre 2016, n. 1920).

(14) Per una analisi di tale giurisprudenza, si v. F. Marone, *L'atipicità dei poteri di regolazione dell'Anac nelle linee guida sugli obblighi di trasparenza della p.a.*, in questa *Rivista*, n. 6, 2017, spec. 806. Dello stesso autore, si v. *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, 743 ss.

(15) Il T.A.R. Lazio, Sez. 1 *quater*, con ordinanza del 19 settembre 2017, ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 14, comma 1, lett. c) ed f), comma 1 *bis* e comma 1 *ter* del D.Lgs. n. 33/2013. L'ordinanza è stata adottata nell'ambito del ricorso promosso da un gruppo di dirigenti del Garante per la protezione dei dati personali contro il provvedimento del Segretario generale del Garante stesso, con cui venivano richiesti i dati di tali dirigenti ai fini della pubblicazione sul sito istituzionale. Secondo i ricorrenti, le suddette disposizioni normative, nella parte in cui obbligano i dirigenti a pubblicare i predetti dati, violerebbero alcuni principi in materia di trattamento dei dati personali stabiliti dal diritto dell'UE, corrispondenti, in modo particolare, alla

### Il fatto

Il ricorso in esame è promosso dalla Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (FNOMCeO) contro l'Anac e il Ministero della salute per l'annullamento parziale, previa sospensione, delle linee guida dell'Anac recanti indicazioni sull'attuazione dell'art. 14, del D.Lgs. n. 33/2013 "Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali" come modificato dall'art. 13 del D.Lgs. n. 97/2016 (8 marzo 2017, n. 241) (16). La Federazione chiede l'annullamento nella parte in cui tali linee guida sono destinate anche agli ordini professionali sia nazionali, sia territoriali, prevedendo espressamente che "per gli ordini professionali, sia nazionali che territoriali [...] sussiste l'obbligo di pubblicare i dati di cui all'art. 14, relativamente agli incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati" (17). In particolare, sono lamentate: la non corretta interpretazione dell'ambito di applicazione dell'art. 14 (18); la sussistenza di un eccesso di delega, rimettendo peraltro la relativa questione di legittimità alla Corte costituzionale (19); la violazione della normativa europea in materia di protezione dei dati personali, chiedendo altresì il rinvio

tutela del diritto alla vita privata e alla protezione dei dati, ai principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento, al principio di finalità, nonché al principio di ragionevolezza. A livello costituzionale interno, i ricorrenti lamenterebbero, invece, la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., nonché degli artt. 2, 3 e 13 Cost., con riferimento ai principi di eguaglianza e alla libertà personale. Nell'ambito del medesimo ricorso, il T.A.R. ha, altresì, accolto la domanda cautelare presentata dai ricorrenti, disponendo la sospensione dell'efficacia del provvedimento oggetto di impugnazione (n. 1030/2017). Allo stato attuale (agg. 13 aprile 2018), non è nota la data dell'udienza fissata dalla Corte costituzionale. Gli esiti di un tale giudizio non sono, comunque, rilevanti ai fini della presente indagine.

(16) Nel complesso, le delibere/determinazioni dell'Anac in tema di trasparenza sono state oggetto di vari ricorsi, promossi al fine di chiarire l'ambito soggettivo di applicazione delle stesse: si cfr., con riferimento all'Ordine nazionale degli avvocati, T.A.R. Lazio, Sez. III, 24 settembre 2015, n. 11391 e 11392. Con ordinanza cautelare n. 1093/2016, il Consiglio di Stato ha, tuttavia, sospeso l'esecutività della sentenza n. 11392/2015; a inizio novembre 2016, l'appellante ha poi depositato una dichiarazione di sopravvenuto difetto di interesse. Riguardo all'applicabilità dei predetti atti alle libere università, si v. T.A.R. Lazio, Sez. III, 15 giugno 2015, n. 8374, 8375 e 8376.

(17) L'art. 14 del D.Lgs. n. 33/2013, a seguito delle modifiche apportate dal D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, prevede obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali. In particolare, gli obblighi "più contestati" (originariamente, soltanto da parte degli organi di indirizzo politico, dopo il 2016, a seguito dell'estensione del perimetro soggettivo di applicazione della norma, anche da parte dei dirigenti) sono quelli riguardanti la pubblicazione dei compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica e gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici (lett. c, comma 1); le dichiarazioni reddituali e patrimoniali proprie, del coniuge non separato e dei parenti entro il

pregiudiziale alla Corte di giustizia europea o la rimessione della questione di legittimità, anche per tale censura, alla Corte costituzionale (20); la non applicabilità della disciplina, data la natura di "giudice speciale pre-costituzionale" della Federazione (21).

L'Anac ribatte eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso, risultando le linee guida impugnate di carattere "non vincolante" e quindi prive di qualunque contenuto lesivo diretto nei confronti dei ricorrenti, non essendo stata, peraltro, irrogata alcuna sanzione da parte dell'Autorità (22).

### La decisione e le relative argomentazioni

Il Collegio rileva, in via preliminare, la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per impugnazione di atto non direttamente lesivo, dichiarando quindi il ricorso inammissibile per carenza di interesse. A sostegno di una tale decisione, il T.A.R. rinvia al parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato (n. 1257 del 29 maggio 2017), reso nell'adunanza del 20 aprile 2017, sullo schema di alcune linee guida dell'Anac relative all'attuazione della disciplina su anticorruzione e trasparenza alle società e agli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e agli

secondo grado, ove gli stessi vi consentano (lett. f, comma 1); gli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica (comma 1 *ter*).

(18) Secondo la Federazione, 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 di cui al comma 1 da correlarsi logicamente anche al comma 1 *bis* dello stesso art. 14.

(19) La legge delega (prima la L. 6 novembre 2012, n. 190, e poi l'art. 7 della L. 7 agosto 2015, n. 124), secondo la Federazione, circoscriveva i destinatari degli obblighi previsti ai soli titolari di incarichi "politici" o, comunque, di "esercizio di poteri di indirizzo politico", limitati agli ambiti pubblici statale centrale, regionale e locale.

(20) Il ricorso riprende alcuni contenuti di quello promosso dai dirigenti del Garante per la protezione dei dati personali (si v. *supra*).

(21) Tale fondamento, secondo i ricorrenti, risiederebbe negli artt. 102 e 108 Cost. e nella VI disp. trans. Cost.

(22) Sul punto, si ricorda che l'art. 47, comma 1, D.Lgs. n. 33/2013 stabilisce che "La mancata o incompleta comunicazione delle informazioni e dei dati di cui all'articolo 14, concernenti la situazione patrimoniale complessiva del titolare dell'incarico al momento dell'assunzione in carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado, nonché tutti i compensi cui da diritto l'assunzione della carica, dà luogo a una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro a carico del responsabile della mancata comunicazione e il relativo provvedimento è pubblicato sul sito internet dell'amministrazione o organismo interessato"; ai sensi del successivo co. 3: "Le sanzioni di cui al comma 1 sono irrogate dall'Autorità nazionale anticorruzione. L'Autorità nazionale anticorruzione disciplina con proprio regolamento, nel rispetto delle norme previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, il procedimento per l'irrogazione delle sanzioni".



enti pubblici economici (23). Nel parere si precisa che le linee guida sono un “atto non regolamentare”, mediante il quale l’Anac chiarisce la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti dalla suddetta normativa, esercitando a tal riguardo poteri di vigilanza.

Si tratta, dunque, di linee guida “non vincolanti”, da cui deriva che le stesse non sono “immediatamente lesive, prendendo spessore l’eventuale lesività solo all’esito del procedimento instaurato per l’adozione dei provvedimenti conseguenti”. I destinatari di tali atti possono, difatti, discostarsi dagli indirizzi ivi contenuti, fermo restando l’obbligo di darne adeguata e puntuale motivazione; l’assenza di quest’ultima potrebbe essere, tutt’al più, considerata un indice sintomatico dell’eccesso di potere, “sulla falsariga dell’elaborazione che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari”.

Da tutto ciò il T.A.R. ricava che le linee guida, oggetto di impugnazione, sono prive di “contenuto lesivo diretto nei confronti dei potenziali destinatari e dell’odierna parte ricorrente, risultando queste un mero atto di indirizzo e supporto che può essere oggetto di impugnazione avanti al g.a. solo unitamente all’atto specifico che, in applicazione di tale indirizzo ove recepito, incida in maniera puntuale sulla posizione giuridica del destinatario” (24).

### Il “laboratorio” dell’Anac e l’incertezza giuridica

Linee guida, pareri, raccomandazioni, segnalazioni, proposte di decreti ministeriali, bandi-tipo, contratti-tipo, protocolli o intese, comunicati del Presidente, misure straordinarie (ex art. 32 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90), ordini, misure sanzionatorie, corrispondono alle principali tipologie di atti adottati

dall’Anac (25). Tali categorie si disarticolano poi in ulteriori sottocategorie: ad esempio, nella categoria dei pareri, si distinguono i pareri sulla normativa e i pareri di precontenzioso; nella categoria dei comunicati del Presidente, vi sono quelli specificamente diretti alle società organismi di attestazione (soa); in altre categorie, come quelle delle raccomandazioni e delle linee guida, è possibile distinguere tra atti con contenuto vincolante e quelli con contenuto non vincolante.

Questo esteso panorama di atti sta, tuttavia, generando un certo disorientamento presso le amministrazioni.

Si pensi, ad esempio, ai comunicati del Presidente con cui vengono date indicazioni in tema di attuazione o interpretazione di certe norme. Sull’art. 14 del D.Lgs. n. 33/2013 - oggetto proprio della controversia in esame - sono stati emessi, dal 2014 ad oggi, numerosi comunicati: alcuni di questi hanno affermato la necessaria applicazione degli obblighi di pubblicazione, secondo i termini dettati dalle linee guida dell’Anac, a fronte del contenzioso sviluppatosi in merito all’attuazione dell’art. 14; i comunicati più recenti, invece, hanno smentito e sostituito i precedenti, indicando alle amministrazioni di ritenere “sospesa” l’efficacia dei predetti comunicati e delle parti delle linee guida a cui si faceva riferimento, nell’attesa della pronuncia della Corte costituzionale sulla legittimità della norma in questione (26).

L’effetto di questi atti è stato (ed è tuttora) un diffuso sconcerto. Si deve allora ritenere sospesa anche l’efficacia degli obblighi di pubblicazione sanciti dall’art. 14 (spec. comma 1, lett. c) ed f), comma 1 *bis* e comma 1 *ter*)? Può un comunicato del Presidente di un’autorità indipendente sospendere l’efficacia di un obbligo di legge? E come potrebbe, in ogni caso, l’Autorità sanzionare (ex comma 1, art. 47, D.Lgs. n. 33/2013) l’amministrazione che non ha applicato i predetti

(23) In relazione alla precedente delibera del 2015, si cfr. L.R. Perfetti - A. Maltoni - F. Goisis - M. Antonioli, *Alcune osservazioni sulle “linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti”*, in *Amministrativamente*, n. 3-4, 2015.

(24) L’inammissibilità del ricorso preclude, naturalmente, l’esame delle questioni di legittimità costituzionale e di compatibilità con il diritto dell’UE, come proposte da parte ricorrente.

(25) Il sito web dell’Anac raccoglie tali atti, in sezioni distinte per categorie ([www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita](http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita)).

(26) A seguito dell’ordinanza T.A.R. n. 1030/2017, con cui è stata sospesa l’efficacia del provvedimento del Segretario generale del Garante con cui si chiedevano ai dirigenti i dati ai fini della pubblicazione (si v. *supra*), l’Autorità ha adottato la delibera n. 382/2017, sospendendo l’efficacia della delibera n. 241/2017 limitatamente alle indicazioni relative all’applicazione dell’art. 14 comma 1, lett. c) ed f) del D.Lgs. n. 33/2013 per tutti i dirigenti pubblici,

compresi quelli del SSN, in attesa della definizione nel merito del giudizio di costituzionalità o di un intervento legislativo chiarificatore. Con comunicato poi dello scorso maggio 2017, il Consiglio dell’Autorità ha ribadito che “l’obbligo di pubblicazione degli emolumenti complessivi a carico della finanza pubblica percepiti dai dirigenti, disposto dall’art. 14, co. 1-*ter*, debba ritenersi non sospeso e, dunque, da rispettare”. Con ulteriore comunicato dello scorso marzo 2018, il Consiglio dell’Autorità “ha valutato opportuno sospendere, in attesa della definizione della questione di legittimità costituzionale, l’efficacia delle linee guida n. 241/2017, limitatamente alle indicazioni relative alla pubblicazione dei dati di cui all’art. 14 comma 1 *ter* ultimo periodo del D.Lgs. n. 33/2013, concernente l’obbligo dell’amministrazione di pubblicare sul proprio sito istituzionale il dato trasmesso da ciascun dirigente sull’importo complessivo degli emolumenti percepiti a carico della finanza pubblica”. Tutti questi comunicati inducono ad intendere che le linee guida adottate in tema di trasparenza abbiano una natura vincolante: altrimenti perché preoccuparsi di disporre la sospensione dell’efficacia?

obblighi di pubblicazione facendo affidamento sull'indicazione contenuta nel comunicato della stessa Autorità? L'eventuale provvedimento sanzionatorio (che l'Anac, per evidenti ragioni di opportunità, non adotterebbe, ma che potrebbe in linea teorica adottare in virtù di una norma vigente ed efficace) (27) non risulterebbe, quantomeno, affetto da eccesso di potere (per contraddittorietà tra atti dello stesso organo)? Che cosa fare poi con i dati già pubblicati? Vanno tolti dal sito istituzionale o vanno lasciati (con inevitabile discriminazione nel trattamento)?

Lo sconcerto, soprattutto presso i responsabili per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza e gli organismi indipendenti di valutazione-Oiv (tenuti a segnalare le mancate o cattive applicazioni dell'art. 14), è poi ancora più grave, posto che la mancata irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, quale è quella prevista dal citato art. 47 per i casi di violazione degli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 14, potrebbe essere fonte di responsabilità amministrativa anche per chi non ha consentito l'attivazione del procedimento sanzionatorio (28). Che fare quindi? Applicare la legge o seguire i comunicati del Presidente dell'Autorità (29)?

Ulteriori esempi riguardano poi la disciplina delle raccomandazioni e - in questa sede ancor più di interesse - la natura delle linee guida.

Sulle raccomandazioni, è possibile ricordare il comma 2 dell'art. 211 del Codice dei contratti

pubblici, dove era riconosciuto un potere di "raccomandazione vincolante", rivolto alle stazioni appaltanti, di annullare in autotutela un atto ritenuto (dall'Autorità stessa) illegittimo, pena l'irrogazione (da parte della stessa Autorità) di una sanzione amministrativa pecuniaria, con effetti anche sul sistema reputazionale della stazione appaltante. Nonostante si trattasse di un potere "stravagante" (in contrasto - come rilevato dal Consiglio di Stato - con la natura delle raccomandazioni, i caratteri discrezionali del potere di autotutela, le finalità della funzione di controllo, i presupposti della responsabilità per illecito amministrativo) (30), la sua abrogazione ha suscitato aspre polemiche, ritenendola lesiva delle prerogative dell'Autorità (31).

Il risultato è stata la formulazione di nuove previsioni normative, i commi 1 *bis* e 1 *ter* dell'art. 211 (32). In quest'ultimo comma, in particolare, è riconosciuto il potere dell'Anac di promuovere ricorso contro un (qualsiasi) provvedimento delle stazioni appaltanti ritenuto (dalla stessa Anac) viziato da gravi violazioni del Codice e non modificato secondo le indicazioni espresse nel parere dell'Autorità entro il termine dalla stessa assegnato (33). In altre parole, si è introdotta una nuova forma di legittimazione speciale ad agire (34). Tuttavia, anche in questo caso, emergono alcune perplessità: quale sarebbe

(27) Si nota che sull'art. 47, commi 1 e 3, relativo al potere sanzionatorio dell'Anac per violazione degli obblighi di cui all'art. 14, così come modificati dal D.Lgs. n. 97/2016, non pendono questioni di legittimità costituzionale.

(28) Oggetto del giudizio di responsabilità amministrativa sono i comportamenti, sorretti da dolo o colpa grave, laddove risultino casualmente idonei a determinare un pregiudizio erariale consistente nel mancato incasso di introiti sanzionatori, che in questo caso potrebbe conseguire all'omessa segnalazione della violazione di un obbligo per la quale è prevista l'irrogazione di una sanzione ai sensi della L. 24 novembre 1981, n. 689. Nel caso in esame, sarebbe comunque difficile dimostrare la sussistenza di dolo o colpa grave dei soggetti suindicati, posto che la stessa Autorità, titolare del potere sanzionatorio e di riscossione della relativa sanzione, ha indotto le amministrazioni a non pubblicare i dati di cui all'art. 14 sul sito istituzionale. Si tratterebbe, certamente, di un caso paradossale.

(29) Si ricorda che l'Anac, prima dell'adozione del D.Lgs. n. 97/2016, aveva riconosciuto il proprio potere sanzionatorio nei confronti dei componenti degli organi di indirizzo per violazione degli obblighi di cui all'art. 14 (tale riconoscimento era avvenuto con propria delibera n. 10 del 21 gennaio 2015, seguita dal regolamento del 15 luglio 2015). Sul tema, G. Rivosecchi, *L'Anac uniforma il regime sanzionatorio sulla trasparenza amministrativa*, in questa *Rivista*, 2015, 3, 422 ss.

(30) Il Consiglio di Stato vi aveva riconosciuto una singolare forma di "responsabilità da atto legittimo", proponendo la riformulazione della norma (parere n. 855/2016, 223), ribadita anche in successivi pareri (n. 782/2017).

(31) Sul tema, si cfr. S. Tuccillo, *Le raccomandazioni vincolanti dell'Anac tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi*, 22 marzo 2017.

(32) Art. 52 *ter*, D.L. 24 aprile 2017, n. 50, introdotto dalla legge di conversione 21 giugno 2017, n. 96, che inserisce i commi 1 *bis*, 1 *ter* e 1 *quater* nell'art. 211 del Codice. Sul punto, si cfr. O.M. Caputo, *Linee guida, attribuzioni precontenziose e potere sanzionatorio dell'Anac*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1, 2018, 5 ss.

(33) A tal riguardo, si v. M. Lipari, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, consultabile su [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), 4 luglio 2017, che evidenzia come "uno dei 'mali' del settore dei contratti è costituito proprio dall'eccesso di contenzioso. Pertanto, la legittimazione speciale dell'Anac potrebbe determinare, in numerosi casi concreti, un fenomeno di 'sostituzione processuale', piuttosto che di *personificazione* di interessi diffusi. Spetterà all'Autorità verificare se restringere l'esercizio del proprio potere di azione, escludendolo nei casi in cui la proposizione del ricorso potrebbe apparire come una forma di "supplenza" alla inerzia delle iniziative spettanti ai soggetti direttamente interessati. Paradossalmente, la riforma del 2017 sembra segnare un inedito passaggio dal *precontenzioso* ad una sorta di *supercontenzioso*, di *pluscontenzioso* o di *extracontenzioso*, perché, potenzialmente, si dilata notevolmente l'ambito entro cui potranno aprirsi controversie dinanzi al giudice".

(34) Si tratta di un regime simile a quello previsto dall'art. 21 *bis* della L. 10 ottobre 1990, n. 287, con la differenza che in questo caso le norme riguardano la tutela della concorrenza, sul cui rispetto le amministrazioni non sono chiamate a vigilare o a

l'interesse ad agire? (35) Trattasi di un generale interesse di garanzia della legalità degli atti? Ma in questo modo non si rischia di configurare un nuovo controllo di legittimità "in controtendenza", dati i passati interventi di limitazione di quello, invece, della Corte dei conti (36)?

Secondo il Consiglio di Stato (37), questa disciplina è certamente preferibile rispetto alla ormai abrogata previsione del c.d. "potere di raccomandazione vincolante", rappresentando peraltro un "istituto non nuovo", simile a quello previsto in materia di tutela della concorrenza (38).

Tuttavia, alcune differenze tra i due ambiti (concorrenza e contratti pubblici) ci sono e riguardano la circostanza per cui mentre in merito all'osservanza delle norme sulla tutela della concorrenza (c.d. norme *antitrust*) non esistono nelle pubbliche amministrazioni apposite figure ed uffici deputati allo svolgimento sistematico di controlli *ad hoc*, in tema di contratti pubblici esistono varie figure ed uffici, in ogni amministrazione, deputati allo svolgimento di (numerosi) controlli sul corretto rispetto delle norme del Codice dei contratti pubblici e, più in generale, sulla regolarità dell'azione amministrativa (responsabili del procedimento - Rup, direttori dell'esecuzione, responsabili per la prevenzione della corruzione e della trasparenza, servizi economici e finanziari, uffici appalti, revisori legali, uffici centrali di bilancio o ragionerie territoriali, uffici di *internal audit*, ecc.).

Emerge, dunque, il rischio che il ruolo di tali soggetti e strutture possa essere, in qualche misura, svilito. Si pensi al caso in cui il collegio dei revisori di un ente pubblico, chiamato ad esprimere un parere sulla regolarità degli atti di una certa procedura

contrattuale, riscontri una perfetta conformità dei provvedimenti adottati rispetto alla normativa di riferimento (il Codice dei contratti pubblici) (39); tuttavia, si supponga che l'Anac, trovandosi a verificare quegli stessi atti, ritenga che essi, al contrario, violino determinate previsioni del Codice: l'amministrazione a chi dovrà dare retta?

Di fatto, l'amministrazione non potrà che eseguire quanto indicato nel parere dell'Anac, dato che la conseguenza della mancata esecuzione è il possibile ricorso dell'Autorità dinanzi al giudice amministrativo, conseguenza non riconoscibile, invece, nel caso della mancata osservanza del parere del collegio dei revisori, trattandosi di organo sfornito della eventuale legittimazione ad agire e data la natura non vincolante dei loro pareri (40).

Per quanto infine attiene alle linee guida, il "rebus" sulla loro corretta qualificazione giuridica non è semplice da sciogliere ed è oggetto ormai di un intenso dibattito che va avanti da molto tempo. Il problema è duplice. In primo luogo, non è sempre agevole capire se le linee guida, adottate di volta in volta dall'Autorità in attuazione delle varie previsioni normative del Codice dei contratti pubblici, vadano considerate vincolanti o non vincolanti. Non esistono, infatti, sempre precisi indicatori al riguardo. Un importante parametro di riferimento è rappresentato dal parere del Consiglio di Stato, che l'Autorità ormai richiede in relazione a tutte le linee guida adottate in tale ambito. In ogni parere è presente, infatti, un apposito paragrafo ove il Consiglio di Stato esamina la natura giuridica delle linee guida, alla luce della norma

svolgere particolari attività gestionali. Ai sensi della citata norma, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) agisce per la tutela della concorrenza a vantaggio dei privati (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264; Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171). Ancora diversa è la forma di legittimazione ad agire da parte del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca nei casi di eventuale illegittimità di statuti e regolamenti delle università, ai sensi dell'art. 6 della legge 9 maggio 1989, n. 168 e dell'art. 2, comma 7, della legge 20 dicembre 2010, n. 240. Ancora più limitata è, infine, la norma che attribuisce all'Autorità di regolazione dei trasporti un potere di ricorso al giudice amministrativo, in materia di provvedimenti concernenti il rilascio di licenze taxi (art. 37, comma 2, lett. n, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201).

(35) Nel caso dell'Agcm, si è precisato che l'art. 21 *bis*, "lungi dall'introdurre una ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo per la tutela di un interesse generale, delinea un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali, qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad un'Autorità pubblica" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720).

(36) Il controllo di legittimità della Corte dei conti ha natura preventiva ed è stato limitato a un elenco di casi tassativamente indicati dall'art. 3, comma 1, L. 14 gennaio 1994, n. 20.

(37) Parere n. 1119 del 26 aprile 2018.

(38) Si tratta di "un istituto non nuovo, essendo sostanzialmente analogo a quello previsto dall'art. 21 *bis* della L. 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) che consente all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato di agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (comma 1), previo parere motivato, nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate, laddove l'amministrazione non si sia conformata (comma 2)" (Cons. Stato, par. n. 1119/2018).

(39) I revisori svolgono un generale controllo di regolarità amministrativa e contabile, che può essere di tipo sia preventivo sia successivo, e può avere tendenzialmente ad oggetto tutti gli atti delle pubbliche amministrazioni (si v. il D.Lgs. 30 giugno 2011, n. 123).

(40) Sull'attività dei revisori, è molto utile la lettura della circolare della Ragioneria generale dello Stato, aprile 2017, contenente il *Vademecum per la revisione amministrativo contabile degli enti e organismi pubblici*.

attributiva, di volta in volta, del potere, definendole vincolanti o non vincolanti a seconda dei casi (41).

In secondo luogo, anche una volta compresa la natura giuridica dell'atto (vincolante o non vincolante), non è assolutamente chiara la sua qualificazione in termini generali. Una preziosa chiave di lettura è quella offerta sempre dal Consiglio di Stato, che ha qualificato le linee guida non vincolanti come "atti amministrativi generali" e le linee guida vincolanti come "atti di regolazione" (42). In entrambi i casi, rimane fermo il generale regime di impugnabilità degli atti dell'Autorità previsto dallo stesso Codice (co. 2, art. 213).

Non tutti sono però d'accordo con questa classificazione e nelle PP.AA. emerge la difficoltà, soprattutto per gli indirizzi definiti vincolanti, di identificare specificamente la parte precettiva degli indirizzi stessi (43). La difficoltà è, poi, ancora più elevata in merito alle linee guida considerate "soltanto parzialmente" vincolanti: questo è, ad esempio, il caso delle Linee guida n. 9 in tema di *Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*, ritenute "non vincolanti quanto al contenuto della parte prima e invece vincolanti quanto alla parte

seconda" (44). La complessità del sistema è evidente (45).

A questo quadro si aggiungono le linee guida in tema di trasparenza e accesso civico, oggetto della decisione in esame. Si tratta, a ben vedere, di un *tertium genus* di linee guida, diverso dai due generi previsti dal Codice dei contratti pubblici. La distinzione di queste linee guida rispetto a quelle adottate in materia di contratti pubblici si basa, innanzitutto, sull'assenza di una previsione normativa che ne consenta la diretta impugnabilità. Va notato che questa prima differenza non è chiara a molte amministrazioni: lo stesso caso in esame parte dall'erroneo presupposto per cui, secondo la Federazione ricorrente, anche alle linee guida in tema di trasparenza sia applicabile lo stesso regime di impugnabilità previsto per (tutti) gli atti dell'Autorità ai sensi del Codice dei contratti pubblici (ex comma 2, art. 213, Codice), ragione per cui sono state direttamente impugunate dinanzi al giudice amministrativo (46).

Nella decisione in commento, il T.A.R. Lazio chiarisce alcuni caratteri strutturali di questo genere di linee guida. In sintesi, si tratta di atti con portata generale e diffusa, assimilabili alle circolari amministrative (47), caratterizzati da una finalità "istruttiva", privi di una natura

(41) Sulla base di tali pareri del Consiglio di Stato è possibile, al momento (agg. al 13 aprile 2018), affermare che: le linee guida n. 1 (in tema di affidamento dei servizi nei settori dell'ingegneria e dell'architettura) non sono vincolanti; le linee guida n. 2 (sull'offerta economicamente più vantaggiosa) non sono vincolanti; le linee guida n. 3 (in tema di responsabile unico del procedimento) sono, in larga misura e ad accezione di alcune parti, vincolanti; le linee guida n. 4 (sugli affidamenti sotto soglia) non sono vincolanti; le linee guida n. 5 (in tema di commissioni di gara) sono vincolanti; le linee guida n. 6 (sui mezzi di prova delle cause di esclusione dalle procedure) non sono vincolanti; le linee guida n. 7 (in tema di affidamenti diretti a soggetti *in house*) sono vincolanti; le linee guida n. 8 (sulle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando in caso di beni e servizi infungibili) non sono vincolanti.

(42) Sul punto, si cfr. C. Benetazzo, *I nuovi poteri "regolatori" e di precontenzioso dell'Anac nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 28 febbraio 2018.

(43) Si cfr. G. Morbidelli, *Le linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, relazione al 62° Convegno di studi amministrativi, "L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione", Varenna (LC), 22-24 settembre 2016. In termini più generali, rispetto alla rilevanza sostanziale degli atti amministrativi ai fini di una loro corretta qualificazione, si v. R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 628.

(44) Cons. Stato, parere n. 775 del 29 marzo 2017, par. 4.3: "le Linee guida in esame, dal punto di vista giuridico, hanno in realtà una duplice natura. Sono non vincolanti quanto al contenuto della parte prima e invece vincolanti quanto alla parte seconda: ciò in conseguenza della stessa previsione normativa che assegna direttamente natura vincolante alle linee guida Anac, espressamente richiamandole solo per quanto riguarda la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio per il controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sull'attività dell'operatore

economico. In effetti la prima parte, come evidenziato dalla stessa Autorità, contiene sostanzialmente delle indicazioni, come tali non vincolanti, per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici la identificazione e la valutazione dei rischi connessi alla valutazione e alla gestione dell'opera, anche al fine di adottare le misure idonee a ridurre gli effetti negativi di tali vizi".

(45) Ai fini della valutazione della natura vincolante della linea guida, il Consiglio di Stato utilizza il criterio della natura integrativa dell'attività dell'Anac: pertanto, se la norma del Codice attribuisce all'Anac il potere di "integrare" l'ordinamento, adottando nuove disposizioni (che non siano mere precisazioni o articolazioni più dettagliate di quelle del Codice), l'atto in questione dovrà ritenersi vincolante. Sul punto, è possibile, su un differente piano, ricordare quanto evidenziava A.M. Sandulli in *L'attività normativa della pubblica amministrazione. Origini, funzioni, caratteri*, Napoli, 1970 (suc. ed. del 1983), per cui l'identificazione degli atti normativi (e loro natura vincolante) "non può avvenire sulla base di una loro effettiva innovatività sostanziale [...] la identificazione degli atti in questione va effettuata sulla base della potestà che si intese utilizzare [...]", p. 93.

(46) "Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'Anac innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa". Sul punto, F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., spec. par. 6 sul sindacato avente ad oggetto le linee guida vincolanti e par. 7-10 sul sindacato relativo alle linee guida non vincolanti.

(47) Sul punto, il T.A.R. evidenzia: "Ed è noto che, per la giurisprudenza, le circolari non rivestono una rilevanza determinante nella genesi dei provvedimenti che ne fanno applicazione, per cui i soggetti destinatari di questi ultimi non hanno alcun onere di impugnare la circolare, essendo meramente facoltizzati (e quindi non onerati), a contestarne la legittimità".



immediatamente precettiva e lesiva, e non impugnabili se non unitamente ad atti di concreta applicazione (come ad esempio, i provvedimenti sanzionatori). Questi atti sono, in sintesi, “vere” linee guida (48).

Da questa descrizione si può ricavare come, in verità, tali linee guida si pongano in perfetta linea di continuità con gli atti di indirizzo adottati dall’Autorità fin dai tempi della sua originaria istituzione (49). Caratteri e natura coincidono, infatti, con quelli dei numerosi atti di indirizzo adottati dal 2010 in poi in materia di trasparenza (50).

Tuttavia, anche questi atti - che, a differenza degli altri, di “nuovo” non hanno quindi nulla - contribuiscono a un generale disorientamento. Vi sono interrogativi sulla loro riconducibilità a un potere di regolazione, di cui però mancherebbe il fondamento normativo; emergono dubbi sul valore delle deroghe ad alcuni obblighi di legge, ivi contenute; gli stessi dubbi emergono in merito alla loro capacità di “integrazione” rispetto alle norme vigenti (51).

Certamente, molte di tali questioni sembrano provocate, di fatto, dalla generale “ribellione” della dirigenza pubblica all’imposizione di obblighi di pubblicazione concernenti la propria situazione reddituale e patrimoniale secondo i termini delle linee guida (52). Altre questioni, però, nascono dall’effettiva difficoltà di capire quale sia il “potere” alla base dell’adozione delle differenti categorie di atti in questione (comunicati, raccomandazioni, linee guida di vario tipo, sanzioni pecuniarie ante D.Lgs. n. 97/2016, ecc.). E proprio tali dubbi alimentano, come in un circuito vizioso, una generale tendenza delle pubbliche amministrazioni a riconoscere nei predetti atti nuove forme di “comando” e a riconoscere così, nei fatti, singolari forme di potere (53).

### Conclusioni: un problema di fonti o di altro?

La breve sintesi delle questioni sopraesposte rappresenta un interessante “spaccato” dell’incertezza giuridica che caratterizza l’operato delle pubbliche amministrazioni. In questo quadro, emerge un nuovo e originale corredo di strumenti di comando e controllo, rivolti alle amministrazioni. Si tratta di strumenti molto originali non soltanto nella forma ma soprattutto per quello che rappresentano: l’esercizio di un potere “quasi o para-normativo” (c.d. regolazione) di un’autorità amministrativa indipendente nei confronti di altre amministrazioni e istituzioni (incluse le altre autorità indipendenti), ad ogni livello (Stato, regioni, enti locali).

In ogni caso, non è corretto ritenere che le anomalie di un tale contesto, descritte nei precedenti paragrafi, siano da imputare al ruolo e all’attività dell’Autorità. La descritta incertezza giuridica non può essere, infatti, limitata a un problema di qualificazione dei poteri e degli atti dell’Anac e all’emersione di nuove “fonti”. Una tale lettura potrebbe essere limitativa e fuorviante. Al contrario, sarebbe utile indagare su quali “mali” profondi oggi investono le pubbliche amministrazioni e inducono, da una parte, il legislatore a prevedere nei loro confronti sempre più numerosi strumenti di restrizione e punizione, dall’altra, le stesse amministrazioni ad agire in modo non sempre ragionevole (54). Naturalmente, una tale indagine richiederebbe tempi e spazi qui non disponibili ma è possibile identificare alcune tendenze generali. Innanzitutto, va premesso che le problematiche della corruzione *lato sensu* e dell’assenza di trasparenza rappresentano soltanto un primo e più visibile strato degli attuali “mali” delle pubbliche amministrazioni. Un più profondo e generale male sembra, invece,

(48) In questo senso, la linea guida rientra nella definizione di “soft law”: “Cooperation based on instruments that are not legally binding, or whose binding force is somewhat ‘weaker’ than that of traditional law, such as codes of conduct, guidelines, roadmaps, peer reviews” (OECD, <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/irc10.htm>).

(49) Si fa riferimento alle delibere in tema di trasparenza adottate dalla Civit.

(50) Si pensi alla delibera Civit n. 105/2010 (*Linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l’integrità*) o alla più recente delibera Civit n. 50/2013 (*Linee guida per l’aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l’integrità 2014-2016*). Nella decisione in commento, si fa peraltro notare che anche qualora l’autorità irrogasse una sanzione pecuniaria per violazione dell’art. 14 (esercitando quindi il potere di cui ai commi 1 e 3 dell’art. 47 del D.Lgs. n. 33/2013), il ricorrente potrebbe limitarsi alla impugnazione della sola sanzione, senza dover impugnare le linee guida dell’Anac, da cui, in ogni caso, non

possono discendere effetti lesivi. Sull’applicazione della disciplina della trasparenza negli ambiti dell’organizzazione e del personale, si cfr. A. Pioggia, *La trasparenza dell’organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in *La trasparenza amministrativa*, cit., 693 ss.

(51) Per una analisi di questi aspetti, si cfr. F. Marone, *L’atipicità dei poteri di regolazione dell’Anac nelle linee guida sugli obblighi di trasparenza della p.a.*, cit., 798 ss.

(52) Come dimostra il ricorso promosso dal gruppo di dirigenti del Garante per la protezione dei dati personali (si v. *supra*).

(53) In questo senso, si cfr. G. Morbidelli, *Le linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?*, cit.

(54) La P.A. è, ormai da decenni, affetta da profondi “mali”: si ricorda il noto *Rapporto Giannini* del 1979 - *Rapporto sui principali problemi dell’Amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979, ripubblicato in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 715 ss.

riconoscibile nel graduale peggioramento dello “stato di crisi” del sistema amministrativo italiano.

Non è una novità che il sistema amministrativo sia affetto da una generale crisi (55); ciò che colpisce è, tuttavia, sia l'incapacità di uscire da questa condizione, sia, ancor peggio, il suo continuo aggravamento. Ne sono espressione i molteplici problemi attuativi di alcuni importanti contenuti della più recente riforma della pubblica amministrazione (56), i continui interventi di taglio lineare delle risorse dettati dalla difficoltà di attuazione di programmi di “vera” *spending review* (57), l'inefficiente gestione delle politiche retributive e di quelle di reclutamento del pubblico impiego, costantemente “ostaggio” dei condizionamenti di “gruppi di pressione”, in verità, sempre meno rappresentativi (58). E si tratta soltanto di alcuni esempi.

Tale crisi investe poi, in modo sempre più profondo, il rapporto tra vertici politici e amministrazioni. In molteplici contesti, sono in atto forme non solo “esplicithe” ma anche “implicite” di commissariamento della macchina amministrativa per opera dei vertici (59). Queste ultime forme sono quelle che destano maggiore attenzione. In particolare, si tratta di tutti quei casi in cui, essendosi affermato un clima di forte sfiducia nei confronti sia delle capacità, sia della integrità morale della dirigenza impiegata presso l'amministrazione, i vertici politici e quelli amministrativi, dai primi nominati, avocano a sé stessi le relative

funzioni (dalla più complessa fino al potere di firma persino di un impegno di spesa). Si tratta di una tendenza del tutto informale e ormai in atto presso varie amministrazioni.

È evidente che una delle cause di questo male risiede nella difficoltà materiale (ma non impossibilità) dell'esercizio del potere di licenziamento nella pubblica amministrazione laddove ve ne sarebbe bisogno. Tale difficoltà porta, dunque, a dovere attuare soluzioni di compromesso (come quella di tenere soggetti inattivi o incapaci privandoli delle funzioni o, di fatto, demansionandoli) al posto di azioni più efficienti ed efficaci. Questo, a sua volta, innesca poi ulteriori disfunzioni, ad esempio collegate alla circostanza per cui questi soggetti continuano a percepire retribuzioni e indennità per funzioni che di fatto non svolgono e per responsabilità a cui, di conseguenza, difficilmente si espongono (condizione che alimenta, oltretutto, la frustrazione di chi invece lavora e opera bene).

In un contesto di diffusa debolezza delle amministrazioni, è naturale che nuove forme di comando trovino terreno fertile (60). Sono, infatti, le stesse amministrazioni che, condizionate dai suddetti fattori, mostrano il crescente bisogno di “farsi dire” esattamente cosa fare e come farlo, anche quando dovrebbero operare in assoluta autonomia e nell'esercizio di una piena e corretta discrezionalità. Questo spiega perché soggetti nati come organi indipendenti di controllo (ex Civit e

(55) Tra tutte, si v. le analisi di S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983 e di L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, che colgono, per i periodi di riferimento, le principali disfunzioni del sistema (rispettivamente, 273 ss. e 425 ss.).

(56) In particolare, le amministrazioni locali, con riferimento soprattutto alle nuove misure di semplificazione ed estensione del regime di S.c.i.a., continuano ad imporre ai cittadini, interessati a svolgere determinate attività, oneri ormai obsoleti e in contrasto con il nuovo quadro legislativo vigente. Problemi applicativi riguardano poi l'attuazione del nuovo istituto del c.d. accesso civico generalizzato, che molte amministrazioni non sono ancora in grado di distinguere dall'accesso ai sensi degli artt. 22 ss. della L. 7 agosto 1990, n. 241.

(57) Sulle difficoltà di attuazione delle politiche di *spending review*, si cfr. il breve volume di C. Cottarelli, *La lista della spesa*, Milano, Feltrinelli, 2015.

(58) Si pensi alla nuova formulazione dell'art. 19 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (a seguito dell'adozione del D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 74), che ha riconosciuto alle rappresentanze sindacali un significativo potere di incidenza sulla determinazione delle modalità di distribuzione del trattamento accessorio collegato alla c.d. produttività, da definire, infatti, ora in sede di contrattazione collettiva nazionale (definizione che, in alcuni casi, è stata poi per alcuni aspetti rinviata alla contrattazione collettiva integrativa, come ad esempio stabilito dall'art. 20 del nuovo contratto

collettivo nazionale del settore della scuola, dell'università e della ricerca).

(59) Per forme “esplicithe” di commissariamento, si intendono le ipotesi di nomina di commissari straordinari al vertice dell'amministrazione (si pensi, soprattutto, ai casi di alcune amministrazioni regionali colpite da gravi dissesti finanziari).

(60) La nozione giuridica di “comando” riguarda, in modo particolare, i rapporti di sopordinazione e gerarchia, caratterizzati da un potere di ordine, che può esprimersi, appunto, con ordini ma anche con atti di indirizzo vincolanti. Il comando si distingue, dunque, dalla “direzione”: più precisamente, “il potere di ordine e il potere di direttiva hanno in comune una parte dell'effetto, che è un vincolo del comportamento dell'autorità subordinata, la quale adotta un “giudizio di adattamento” al caso concreto, quando è chiamata a provvedere. Ciò che varia è il contenuto del giudizio di adattamento, che mentre nell'ordine ha carattere puramente applicativo (meccanico, dicono taluni), nella direttiva ha carattere valutativo, talora anche in modo molto pronunciato”, M.S. Gianini, *Diritto amministrativo*<sup>3</sup>, cit., 314-315. I poteri di ordine dell'Anac, espressi attraverso l'adozione di ordini (si v. in materia di trasparenza, ex art. 45, commi 1 e 4, D.Lgs. n. 33/2013) e atti vincolanti (come le linee guida in materia di contratti pubblici) presentano caratteri molto affini alla nozione di comando sopra delineata, pur non potendosi riconoscere tra la stessa Anac e le pubbliche amministrazioni un rapporto di sopordinazione o gerarchia *stricto sensu*.

Avcp, ora Anac) si trovano oggi ad esercitare vere e proprie funzioni di “comando”. Tali funzioni, tuttavia, non dovrebbero spettare a un organo che, al contrario, avrebbe dovuto essere

titolare di una funzione di controllo “puro”. È un peccato, perché di un organo di controllo “puro” sull’uso delle risorse pubbliche ce ne sarebbe, invece, tanto bisogno (61).

---

(61) La funzione di controllo (“puro”) non può incidere sulla discrezionalità e gestione amministrativa, il che non esclude, in ogni caso, che il soggetto controllore disponga di un potere di indirizzo; tuttavia, tale potere di indirizzo non potrà che riguardare le modalità di svolgimento del controllo stesso (o dei sistemi di controllo interno) e mai i contenuti dell’attività gestionale del soggetto controllato. Quanto indicato trova riscontro nei caratteri delle attività dei principali soggetti controllori che operano nell’ordinamento: si pensi ai revisori (co. 5, art. 20, d.lgs. n. 123/2011), ai

servizi ispettivi di finanza pubblica della Ragioneria generale dello Stato (artt. 23 e 24, D.Lgs. n. 123/2011), alle sezioni di controllo della Corte dei conti (art. 3, commi 4 ss., L. n. 20/1994), agli organismi indipendenti di valutazione (art. 14, D.Lgs. n. 150/2009), ecc. Al contempo, questi soggetti controllori sono caratterizzati da alcuni rilevanti limiti e contraddizioni (per una ampia disamina di tali aspetti, sia consentito il rinvio a E. D’Alterio, *I controlli sull’uso delle risorse pubbliche*, Milano, 2015, spec. 340 ss.).