

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/05/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38202-le-linee-guida-anac-nel-sistema-delle-fonti-del-diritto>

Autore: Morano Giuseppe

Le linee guida anac nel sistema delle fonti del diritto

LE LINEE GUIDA ANAC NEL SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO

Il dibattito sul fenomeno della fuga dal regolamento, è destinato a ravvivarsi in seguito all' inedita previsione, nel nuovo Codice degli appalti (dlgs 50/2016) di linee guida vincolanti, destinate all'attuazione ed all'integrazione della disciplina primaria. La prima fase della "fuga dal regolamento" è dovuta alla prassi, diffusa soprattutto negli anni duemila, e consistente nell'adozione da parte del Governo o di singoli ministri, di atti a contenuto normativo-regolamentare senza osservare in toto il procedimento richiesto dalla legge 400 del 1988; omettendo, ad esempio, la richiesta del parere del Consiglio di Stato o la previa comunicazione al Presidente del consiglio dei ministri.

La difformità rispetto al modello procedimentale è stata spesso sanzionata dalla giurisprudenza che, talvolta ha ritenuto di negare la natura regolamentare dell'atto in mancanza dei requisiti formali, talaltra ha ravvisato atti a contenuto normativo viziati e quindi meritevoli di annullamento per la mancata osservanza delle norme procedurali.

Una seconda fase del fenomeno della "fuga dal regolamento" si è avuto a seguito della riforma del titolo V della nostra costituzione nel 2001.

Difatti, l'esercizio del potere normativo di fonte secondaria (regolamenti e circolari), è disciplinato dall' art 117 sesto comma della Costituzione e dall' art. 17 della legge n.400 del 1988.

Se la disposizione costituzionale ha stabilito, in coerenza con il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, operato dalla riforma costituzionale del 2001, che la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle sole materie affidate alla sua competenza esclusiva, mentre compete alle Regioni in tutte le altre materie e agli enti locali limitatamente alla disciplina dell'organizzazione e dell'esercizio delle funzioni loro attribuite, la legge 400 del 1988 si è preoccupata, invece, di prevedere e disciplinare le diverse tipologie di regolamenti, quanto a contenuti e presupposti, oltrechè a regolarne la procedura di approvazione.

Mentre, infatti, le fonti di rango primario sono pacificamente considerate un *numerus clausus*, essendo tutte tassativamente previste in Costituzione (legge, decreto legge e decreto legislativo), le fonti di rango secondario sono state da sempre ascritte a un assetto ordinamentale caratterizzato da atipicità e mobilità.

In questo senso, la legge n.400 del 1988, essendo rimasta priva di “copertura costituzionale, è fragile ed instabile, non in grado di vincolare il legislatore successivo ad utilizzare il solo modello regolamentare ivi previsto.

Difatti il rango di legge ordinaria della legge in questione, impedisce di riconoscergli qualsiasi capacità di resistenza a disposizioni derogatorie successive di pari rango. L’entrata in vigore della riforma del Titolo V della Costituzione ha, successivamente, incoraggiato le deroghe al regime formale dei regolamenti governativi, nella misura in cui ha circoscritto il perimetro di operatività della potestà regolamentare dello Stato alle sole materie affidate alla sua competenza legislativa esclusiva.

Il riconosciuto fondamento costituzionale della potestà regolamentare dell’esecutivo ha prodotto un naturale rafforzamento dei poteri normativi del Governo, così come l’interpretazione della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato, volta a rendere sostanzialmente fluidi i confini tra competenze normative dello Stato e delle Regioni, ha indotto una maggiore flessibilità di giudizio sulle forme e sui tipi di atto adottati dall’esecutivo ed una maggiore “indulgenza” circa i limiti della competenza regolamentare dello Stato. Difatti, nelle more dell’entrata in vigore della riforma costituzionale, il Consiglio di Stato in sede consultiva, ha riconosciuto la legittimità dell’esercizio del potere regolamentare dello Stato, in nome della competenza alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”. A titolo esemplificativo, il parere dell’8 novembre 2001 n. 207 afferma la spettanza allo Stato del potere regolamentare per la definizione e l’erogazione dei finanziamenti a favore di associazioni di volontariato per l’assistenza a soggetti con handicap gravi.

Per comprendere al meglio la natura giuridica delle linee guida Anac, costituisce premessa doverosa, quella di tratteggiare le differenze tra gli atti normativi e quelli amministrativi generali.

L'atto normativo è caratterizzato dalla generalità (l'attitudine ad applicare il precetto a un numero indeterminato di soggetti), dall'astrattezza (l'attitudine ad applicare il precetto a un numero indeterminato di situazioni), dalla innovatività (l'idoneità ad introdurre una norma giuridica nuova, e non a precisare le modalità di attuazione di un precetto esistente) e dalla non temporaneità dei suoi effetti .

Al contrario, l'atto amministrativo generale si caratterizza per essere indirizzato a un numero limitato e identificabile di destinatari, per produrre effetti in ordine a una situazione concreta e particolare e per esaurire la sua portata dispositiva alla regolazione di uno o più rapporti determinati o determinabili. la crisi del regolamento è stata generata in larga misura dalle istanze del mondo dell'economia reale e, in generale, del mercato di una regolazione flessibile e veloce, soprattutto, non più imbrigliata nei lacci antiquati delle procedure formali di approvazione dei regolamenti.

Le linee guida Anac, sono una novità assoluta, perlomeno nei termini in cui è stata concepita, per l'ordinamento giuridico italiano.

La qualificazione giuridica di un atto del tutto atipico, persino nel nome, e quindi non rientrante nel tradizionale assetto delle fonti di produzione del diritto, si appalesa del tutto problematica ed incerta.

Va segnalato, inoltre, l'improprio richiamo alla nozione, di soft law.

Mentre il fenomeno della soft law è nato nel diritto anglosassone e nel diritto internazionale per risolvere questioni e rapporti non soggetti ad alcuna normazione cogente e quindi non soggetti ad una normazione vincolante, le linee guida, al contrario, sono state pensate e previste come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai destinatari, tanto da sostituire, le disposizioni regolamentari contestualmente abrogate (regolamento esecutivo del vecchio codice degli appalti – dpr 207/2010).

Pur nella forse fin troppo ampia eterogeneità dei diversi modelli di linee guida, il

Consiglio di Stato (con parere della Commissione speciale sul Codice degli appalti 855/2016), ha classificato tre tipologie di linee guida:

- 1) quelle approvate con decreto ministeriale;
- 2) quelle vincolanti adottate dall'ANAC ;
- 3) quelle non vincolanti , sempre adottate dall'ANAC.

Orbene, risulta agevole la qualificazione delle linee guida di cui al modello n. 1, quali regolamenti ministeriali di cui all'art.17, comma 3, l. 400/1988, con tutte le implicazioni in termini di rispetto delle garanzie procedurali ivi previste (e nonostante la differente regolazione procedurale contenuta nel decreto legislativo, che si appalesa come un caso evidente di fuga dal regolamento).

Anche la classificazione del modello n.2 non è complessa, intendendosi tale fonte del diritto analoga agli amministrativi generali, al pari delle circolari contenenti istruzioni operative sull'applicazione della normativa di riferimento.

Più problematica appare , invece, la catalogazione delle linee guida ascrivibili allo schema n.3, ovvero le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC, ma non approvate con decreto del Ministro per le infrastrutture e i trasporti.

Ma, la compatibilità con il sistema delle fonti della potestà regolamentare delle Autorità indipendenti, è stata riconosciuta da tempo , benché sprovvista di una specifica copertura costituzionale. Ci si è basati nel legittimare tale attività normativa, difatti, sulla tipologia di interessi costituzionalmente protetti che entrano in gioco (es. concorrenza tra imprese) e sulla tecnicità della normativa in questione (es. definizione del sistema di qualificazione delle imprese, dei requisiti di partecipazione alle gare, delle regole dell'avvalimento e del regime delle SOA) . Con tale azione, il legislatore , anche alla luce delle numerose e recenti inchieste giudiziarie relative ad attività illecite in ambito di appalti, ha espresso l' intenzione di allontanare il mercato dei lavori pubblici dalla totale sfera di controllo dell' Esecutivo, affidando, (anche se solo parte) della normazione di dettaglio e secondaria afferente a tale settore, ad un' Autorità indipendente da (Anac) e quindi potenzialmente priva di conflitti d' interesse. Difatti, l' esecutivo, ha spesso avuto al proprio interno membri che

svolgono o hanno svolto professionalmente importanti attività imprenditoriali e che potrebbero avere interessi concreti ad una regolamentazione di dettaglio in un modo più tosto che in un altro. Inoltre, l' esecutivo, gestisce, seppur indirettamente , molte imprese ex monopoliste in taluni settori strategici (Poste, Eni, Enel, FS, Finmeccanica).

Alla luce di quanto sopra visto, pertanto, le linee guida in esame, possono essere ricondotte nel novero degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti.

Il più immediato corollario di tale ultima ipotesi ricostruttiva è quello della non piena sovrapponibilità del tipo di atto in questione con il sistema delle fonti secondarie così come definito dall' art. 17 della legge n. 400 del 1988, che prevede: la denominazione espressa di "regolamento", la sottoposizione dello schema di regolamento al controllo del Consiglio di Stato, la delibera del Consiglio dei ministri, il decreto presidenziale di emanazione, la registrazione della Corte dei Conti, e la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Orbene, la maggior critica che si eleva a tale nuova impostazione, è che l'introduzione nell'ordinamento di norme giuridiche destinate a regolare i rapporti tra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni, non può che restare riservata ad autorità democraticamente legittimate a limitare le posizioni soggettive dei consociati e quindi da autorità alle quali la Costituzione riconosce la rappresentatività della collettività tramite la delega di sovranità effettuata al momento del voto e, quindi, solo al Parlamento o al Governo (che ritrae la sua legittimazione democratica dalla fiducia accordata dal Parlamento).

Ragionando a contrario, taluni escludono la titolarità della legittimazione a produrre norme di diritto in capo ad Autorità del tutto sprovviste di quella legittimazione democratica che fonda il potere di limitare la sfera giuridica dei cittadini.

Pertanto, mentre in favore della disciplina di attuazione degli appalti pubblici tramite linee guida Anac, entrano in gioco : esigenze di regolazione tecnica nel complesso settore degli appalti pubblici, appropriata tutela di interessi costituzionalmente e comunitariamente protetti (libera concorrenza), imparzialità tendente alla neutralità in

un settore che ha visto ampliarsi sempre più i conflitti d'interesse tra politica ed imprenditoria con l'emergere di molteplici problematiche corruttive; di contro, si pone l'assenza di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti.

Tuttavia, tale ultima considerazione può anche essere attenuata dalla considerazione che la legittimazione democratica delle Authorities promana dal basso, attraverso il rafforzamento del procedimento amministrativo e tramite il coinvolgimento e la partecipazione effettiva dei soggetti coinvolti nella normazione, ai fini dell'emanazione degli atti.

Difatti, prima della definizione delle linee guida in materia di appalti, l'Anac è tenuta a seguire l'iter previsto dal proprio regolamento n.92 del 2015, recante la disciplina di partecipazione ai procedimenti di regolazione.

Un contemperamento degli opposti principi prima esposti, potrebbe anche indurre ad utilizzare gli strumenti di regolazione flessibile e dalla nomenclatura atipica, quali sono le linee guida, solo per le istruzioni e le raccomandazioni che non incidono direttamente sui diritti e sugli obblighi dei consociati e che attengono, invece, alle migliori pratiche di attuazione della normativa di riferimento e alla più efficace realizzazione dei suoi obiettivi.

Le linee guida, in altri termini, dovrebbero fungere da accompagnamento e da supporto alle pubbliche amministrazioni, ai fini della più utile attuazione della normativa primaria e secondaria di riferimento e, in definitiva, a ottenere l'impatto più coerente con le ragioni e con gli scopi che hanno giustificato l'intervento regolativo.

Se ricondotte entro questi limiti, risulteranno uno strumento molto efficace attraverso il loro carattere informale e duttile ed eviteranno di complicare l'attuazione delle leggi generando il rischio di un contenzioso dagli esiti incerti circa la loro compatibilità costituzionale. Una tale impostazione, per un verso, permetterebbe di arginare il fenomeno dell'atipicità delle fonti secondarie e della fuga dal regolamento, con conseguente riconduzione dell'attività di normazione sub-legislativa entro gli schemi regolamentari tipici di cui alla legge 400 del 1988, ma,

per altro verso, manterrebbe quasi univoco il legame tra il potere esecutivo e la disciplina degli appalti pubblici, limitando fortemente lo spazio di operatività normativa dell' Anac con riferimento alla disciplina di settore ,escludendo la possibilità di emanare linee guida cogenti che non siano recepite in regolamenti ministeriali.

Dott. Giuseppe Morano