

ritengono che la carenza dei presupposti prescritti integri un'ipotesi di cattivo uso del potere, con attribuzione al giudice amministrativo delle relative controversie.

In ogni caso, quale che sia la tesi preferibile, sarà garantita la tutela risarcitoria per i danni cagionati per effetto dell'esercizio del potere di ordinanza, stante la generale risarcibilità degli interessi legittimi a seguito della storica sentenza della Cass. n. 500/1999 (v. parte V, cap. 1).

### *6.1. Le misure urgenti previste dai D.L. nn. 6 e 19 del 2020 per fronteggiare l'emergenza sanitaria da COVID-19*

Il sistema delle fonti è stato oggetto di significativi dibattiti a seguito dell'intervento della normativa emergenziale da contenimento dell'epidemia da COVID-19.

In dettaglio, il **D.L. 23 febbraio 2020, n. 6** ha costituito la base legale per legittimare misure limitative di libertà e diritti fondamentali (cd. misure di contenimento) attraverso numerosi D.P.C.M. e provvedimenti regionali.

Tali atti urgenti, di natura normativa in caso di prescrizioni a contenuto generale e astratto, **alimentavano dubbi di legittimità costituzionale** in quanto contenutisticamente atipici e incidenti su materie coperte da riserva assoluta di legge che interessavano diritti fondamentali della persona (quali la libertà personale di cui all'art. 13 Cost. e 5 CEDU; la libertà di circolazione riconosciuta dagli artt. 16 Cost. e 4 CEDU; libertà di riunione ex artt. 17 Cost. e 11 CEDU; vita affettiva e familiare. di cui agli artt. 2 e 29 Cost. e 8 CEDU).

Con il successivo D.L. del 25 marzo del 2020, n. 19 (recante "*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*"), **il Governo ha realizzato un'opera di riordino dell'iper-produzione normativa**, ristabilendo una coerenza interna nella gerarchia delle fonti. Tale obiettivo è stato raggiunto anche mediante l'abrogazione, espressamente prevista all'art. 5 del D.L. in esame, del precedente Decreto n. 6/2020, sostituendo in tal modo l'architrave della disciplina dell'emergenza (Cons. St., parere 13 maggio 2021, n. 850).

I primi tre articoli del decreto delineano un nuovo assetto, che ruota attorno ai seguenti canoni:

*a) l'estensione di misure di contenimento del virus - se necessario - all'intero territorio nazionale.* Viene così sanata dal D.L. n. 19/2020 la mancanza della base legale delle misure introdotte, al di fuori delle "zone rosse", sulla base del D.L. n. 6/2020, nato come provvedimento volto a disciplinare misure di estensione locale, in quanto circoscritte a quelle sole zone;

*b) il carattere tassativo delle misure alternative - nel compreso 29 tipologie - ora elencate (nell'art. 2) senza più riprodurre la clausola in bianco delle eventuali "ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza" adottabili con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.* Viene così evitato un *vulnus* al principio di riserva di legge che la Costituzione prevede quale condizione e garanzia per limitare l'esercizio delle libertà fondamentali, come quelle di cui all'art. 16 (libertà di circolazione) e 41 (libertà di iniziativa economica) della Costituzione. Non è d'altra parte priva di significato, nella prospettiva del principio di riserva di legge e del tentativo di restituire un ruolo centrale al

Parlamento, pur nell'emergenza, la previsione secondo cui *“il Presidente del Consiglio o il Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto”* (art. 2, comma 5);

c) *l'adeguatezza specifica e la proporzionalità al rischio effettivamente presente, su base locale e nazionale*, come criteri che legittimano l'adozione delle misure limitative per periodo predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili fino al 31 luglio 2020 (termine dello stato di emergenza dichiarato il 31 gennaio 2020 e a oggi ulteriormente prorogato fino al 30 aprile 2021) e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del virus (art.1); una previsione questa che, nel dare rilievo alle adeguatezze rispetto al fine preventivo, alla proporzione rispetto al sacrificio di diritti e libertà fondamentali e al carattere temporaneo delle misure, sembra coerente con i principi del sistema, a partire dal fondamentale canone di ragionevolezza (art. 3 Cost.). È inoltre previsto (art. 2) che *“per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità”*, le misure sono adottate dopo aver sentito un apposito comitato tecnico scientifico;

d) *il carattere primario e centrale della competenza statale nell'adozione delle misure limitative*. Resta infatti confermato, come già nella previsione dell'art. 3 d.l. n. 6/2020, che le misure sono adottate di regola con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti i (o su proposta dei) presidenti delle regioni interessate, ovvero del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome (nel caso di misure che riguardino l'intero territorio nazionale). Si conferma, altresì, la previsione che attribuisce al Ministero della Salute il potere di adottare le misure limitative con ordinanza, ai sensi dell'art. 32 L. n. 833 del 1987 (legge istitutiva del servizio sanitario nazionale) solo *“nelle more”* dell'adozione del D.P.C.M. e *“nei casi di estrema necessità e urgenza”*;

e) *la competenza eccezionale delle regioni attribuita per introdurre in via d'urgenza misure limitative, tra quelle tipizzate dall'art. 1 del D.L., e solo nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, con efficacia limitata fino a tale momento*. Le misure possono essere adottate dalle regioni in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatosi nel loro territorio o in una parte di esso. La potestà è attribuita alle regioni *“esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale”*;

f) *il divieto per i Sindaci di adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali o che siano relative ad attività non di loro competenza ovvero relative ad attività produttive o di rilevanza strategica per l'economia nazionale* (TAR Puglia, Bari, sez. III, 22 maggio 2020 n. 733: *“I Sindaci dei Comuni non possono adottare ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza da epidemia da COVID-19, in contrasto con le misure statali, né eccedere i limiti di oggetto di cui all'articolo 1 comma 1 del D.L 25 marzo 2020 n. 19. I sindaci, in altri termini, in una cornice di riferimento normativo di questo tipo, non sono privati del potere di ordinanza extra ordinem ma – diversamente da quanto avviene in periodi non qualificabili come emergenza nazionali, in cui l'ordinanza contingibili e urgente vale a fronteggiare un'emergenza locale e può avere finanche attitudine derogatoria dell'ordinamento giuridico neppure possono esercitare il potere di ordinanza travalicando i limiti dettati dalla normativa statale, non solo per quel che concerne i presupposti ma anche quanto l'oggetto della misura limitativa”*).

Stante il carattere fortemente limitativo che le misure adottate procurano ai diritti e libertà fondamentali, tuttavia, si renderebbe necessario un ulteriore sforzo per l'adeguamento ai principi costituzionali e convenzionali. Sarebbe, difatti, auspicabile un intervento del Parlamento che, con legge ordinaria, disciplini in modo puntuale i presupposti per l'applicazione delle suddette misure, individuando, inoltre, l'autorità competente a ordinarle, prevedendone la durata e i relativi doveri di informazione, nonché le vie per una tutela giurisdizionale, senza che tali compiti siano rimessi a D.P.C.M. od ordinanze ministeriali, privi della democraticità garantita dalla legge e dal suo procedimento di adozione.

## 7. *Segue. Gli altri atti di dubbia natura giuridica*

Lo spettro delle fonti sopra descritte è ulteriormente arricchito, secondo un certo orientamento dottrinario, da ulteriori provvedimenti, per i quali la natura di fonti secondarie è assai discussa.

Le principali fonti dubbie sono:

- a) I bandi militari.** Sono atti emanati dal Comandante Supremo delle Forze Armate o, dietro sua delega, dai Comandanti di grandi unità terrestri, navali e aeree in caso di stato di guerra o di emergenza internazionale dichiarata dal Parlamento ex art. 78 Cost..

Essi contengono disposizioni in deroga al diritto vigente, e sono perciò ritenuti, da alcuni, **atti di normazione primaria**, qualificazione che desta perplessità, in ragione della mancanza di una copertura costituzionale, che, per i più, lascerebbe presupporre una tacita abrogazione degli stessi. Altri ravvisano il fondamento implicito di tali atti nell'art. 78 Cost., ove si stabilisce che *"le Camere [...] conferiscono al governo i poteri necessari"* a seguito della dichiarazione dello stato di guerra.

- b) I provvedimenti di fissazione dei prezzi e delle tariffe.** L'adozione di tali provvedimenti rientra nella competenza del CIPE (Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica) e, a livello locale, degli uffici provinciali del Ministero dell'Industria, nonché delle autorità indipendenti in settori del mercato sensibili.

Secondo un primo, risalente orientamento, i provvedimenti in esame costituirebbero **espressione di scelte di carattere politico** in relazione alla rilevanza sociale di certi beni e servizi (Cons. St., Sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210), pur non sostanziosamente in atti politici in senso stretto. Secondo un altro orientamento, i provvedimenti-prezzo ed i tariffari sono **atti normativi**, in quanto contenenti delle statuizioni generali ed astratte, applicabili per un certo periodo ad un numero indeterminato di destinatari e indefinito di casi (SANDULLI). Qualificati i provvedimenti in parola quali atti normativi, essi sono poi stati collocati variamente nella gerarchia delle fonti quali norme secondarie, sub-primarie o primarie di secondo grado. Tuttavia, al riconoscimento della natura normativa dei provvedimenti-prezzo osta la mancanza dell'attitudine di tali atti ad innovare l'ordinamento giuridico. La

dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, infatti, ritengono si tratti di **atti amministrativi generali**, di atti di accertamento, ovvero di atti di autorizzazione: tutti di natura squisitamente amministrativa, con la conseguente soggezione alla relativa disciplina.

In ogni caso, lo strumento dei provvedimenti prezzo e tariffari è destinato a trovare un'applicazione sempre più residuale, per il difficile coordinamento con la normativa eurounitaria, orientata all'eliminazione di qualsiasi ostacolo alla libera circolazione dei beni ed all'armonizzazione dei prezzi.

**c) Capitolati generali d'oneri.** Si tratta di atti predisposti dalla P.A. al fine di disciplinare intere categorie di contratti (ad es. in materia di lavori pubblici), mediante la predisposizione unilaterale di clausole contrattuali per regolare in modo uniforme il contenuto negoziale di una serie indefinita e omogenea di futuri contratti con identico contenuto.

Proprio in ragione della determinazione unilaterale ad opera della P.A., la natura dei capitolati d'oneri è assai discussa. Parte della giurisprudenza ne valorizza il carattere programmatico, desumendone la **natura normativa** ed escludendo, pertanto, l'applicabilità dell'art. 1341 c.c. sulle condizioni generali di contratto (Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 2013, n. 16621; Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 2018, n. 25061). Secondo una diversa impostazione (Cons. St., Sez. V, 2 febbraio 2011, n. 752), i capitolati generali, posto che comportano deroghe alla disciplina civilistica in materia contrattuale, hanno **natura negoziale** di manifestazione di autonomia privata: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe che tale deroga venga operata da fonti subprimarie, in contrasto con i principi di gerarchia del diritto. Nonostante il riconoscimento della natura negoziale dei capitolati generali, tuttavia, la giurisprudenza è orientata nel senso di escludere la necessità di una specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie ex art. 1341, co. 2 c.c., ritenendo che in caso di recepimento del capitolato generale, il contenuto contrattuale sia sufficientemente determinato *per relationem*. In talune ipotesi, lo stesso Legislatore ha provveduto a qualificare *expressis verbis* la natura degli atti in parola. È quanto accaduto con l'art. 3, co. 5, L. n. 109/1994 (cd. *legge quadro sui lavori pubblici*), che prevede espressamente la **natura di regolamento ministeriale del capitolato generale d'appalto** per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici.

**d) Piani regolatori generali.** Disciplinati dagli artt. 7 ss. della L. urbanistica n. 1150/1942, costituiscono lo strumento per pianificare in via generale lo sviluppo urbanistico-edilizio del territorio comunale. Essi constano di una struttura assai complessa, comprendente le cd. *norme di zonizzazione*, che dividono il territorio comunale in grandi aree omogenee caratterizzate da una determinata vocazione (edificatoria, industriale, agricola ecc.) e le *norme di localizzazione*, con le quali si individuano le aree destinate alla realizzazione di opere ed impianti pubblici o di interesse pubblico.

Proprio la compresenza di queste due tipologie di norme all'interno dello stesso piano ha suscitato dubbi in ordine alla loro natura. Mentre parte della dottrina valorizza la fun-

**zione programmatico-pianificatoria** del territorio mediante la predisposizione di norme generali ed astratte, qualificando i piani regolatori come **norme regolamentari**, la giurisprudenza, al contrario, sostiene la natura di **atti amministrativi generali**, in virtù del gran numero di prescrizioni concrete e di vincoli immediatamente efficaci.

Una **posizione mediana**, accolta dalla dottrina dominante nonché dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, propende per la **natura mista**, distinguendo tra clausole di carattere normativo, contenenti prescrizioni astratte di carattere programmatico, e clausole aventi valore provvedimentale contenenti prescrizioni concrete e dal contenuto precettivo. Tale distinzione rileva anche ai fini dell'individuazione dell'interesse ad impugnare, in quanto solo nel primo caso, trattandosi di prescrizioni normative non immediatamente lesive, esse dovranno impugnarsi congiuntamente all'atto applicativo, al contrario di quanto accade per le clausole aventi contenuto immediatamente precettivo, soggette all'ordinario regime impugnatorio.

**e) Carte dei servizi pubblici.** Rese obbligatorie dall'art. 11 del D.lgs. n. 286/1999 e definite dall'art. 8 del D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (cd. *Manovra Monti*), esse individuano *“gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, anche locali, o di un'infrastruttura necessaria per l'esercizio di attività di impresa o per l'esercizio di un diritto della persona costituzionalmente garantito”*. Esse, dunque, contengono prescrizioni atte a consentire la misurazione della qualità delle prestazioni erogate da parte degli enti gestori di pubblici servizi, attraverso l'individuazione di standard che ne fissino il livello minimo e sono elaborate mediante l'apporto collaborativo degli utenti; esse, inoltre, costituiscono la fonte di obbligazioni unilaterali in capo al gestore del servizio, in quanto causa di integrazione *ab externo* dei cd. “contratti di utenza pubblica”.

Oggi, la violazione degli obblighi ivi previsti fa sorgere il diritto al risarcimento del danno, così come stabilito dall'art. 8 del citato *decreto Monti*, il quale, al comma 1, precisa che le stesse Carte dei servizi *“indicano in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori del servizio e dell'infrastruttura”*.

La natura giuridica delle carte dei servizi pubblici è di **carattere negoziale-giusciviltico** ove adottata da un gestore privato del servizio, fatta salva l'ipotesi in cui l'atto in questione sia contenuto ed inglobato nel provvedimento amministrativo di concessione. Qualora, invece, il servizio sia erogato da un ente pubblico, si delinea un **provvedimento amministrativo**, in quanto espressione della potestà di autorganizzazione che presidia l'attività dell'ente pubblico anche se sotto forma di e.p.e. di ispirazione privatistica. A seconda del tipo di prescrizioni ivi contenute, poi, sarà possibile ascrivere al provvedimento in parola **natura amministrativa o regolamentare**, in base al fatto che contenga o meno statuizioni od obblighi attuabili in via immediata e diretta.

Talvolta, peraltro, è la stessa legge a qualificare la carta dei servizi pubblici quale atto regolamentare: è quanto avviene, ad esempio, ad opera del combinato disposto dell'art. 2, co. 12, lett. g, e co. 37, L. n. 481/1995, che individua il regolamento di servizio quale fonte di individuazione dei livelli qualitativi garantiti.

## 8. Le norme interne

Le norme interne sono costituite da quegli atti che tutte le amministrazioni Pubbliche emanano per disciplinare l'organizzazione e l'azione dei propri organi ed uffici, dando così vita ad un ordinamento giuridico "particolare": esse si rivolgono, cioè, soltanto a coloro che svolgono l'attività nell'ambito di quel determinato sistema.

Esse esprimono il **potere di auto-organizzazione della P.A.**, che costituisce il nucleo primario ed indefettibile della natura autoritativa degli enti pubblici e del principio generale di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. (cap. 2).

Pur inserendosi e operando all'interno di un ordinamento giuridico particolare, le norme interne assumono rilevanza giuridica generale, in via mediata e indiretta, in tutto l'ordinamento, perché impongono ai propri destinatari di darvi esecuzione, anche mediante l'adozione di atti rilevanti all'esterno, pena l'illegittimità, *sub specie* di eccesso di potere, del singolo provvedimento amministrativo con le stesse contrastanti.

Resta, comunque, fermo il margine di possibilità di discostarsene riconosciuto dalla legge: si pensi, ad esempio, all'art. 17 del D.P.R. n. 10 gennaio 1957 n. 3 ed al D.lgs. n. 165/2001, che consentono al pubblico dipendente di non rispettare l'ordine contenuto in norme interne, se questo risulta illegittimo.

A differenza di quanto accade per le altre norme secondarie, proprio in ragione della mera rilevanza interna degli atti in parola, non è necessaria una copertura legislativa che abiliti alla loro emanazione. Se ne desume, quindi, la loro **natura non normativa**, posto che il loro fondamento è rinvenibile nel potere di autorganizzazione.

Le **principali tipologie di norme interne** sono:

- a) *i regolamenti interni*, che disciplinano il funzionamento degli uffici;
- b) *gli ordini*, che si sostanziano nel comando ad agire in un determinato modo, impartito da una autorità gerarchicamente superiore nei confronti di un soggetto pubblico subordinato;
- c) *le direttive* che fissano un obiettivo da perseguire, ferma restando in capo al destinatario la possibilità di operare scelte discrezionali in merito a modalità, strumenti e tempi con cui raggiungerlo;
- d) *le istruzioni*, di carattere tecnico, impartite per lo più dagli uffici tecnici a quelli amministrativi;
- e) *le circolari*, di cui si dirà nel paragrafo successivo, che costituiscono la fattispecie più controversa di norme interne.

### 8.1. Segue. Le circolari: caratteri generali

Nate storicamente in ambito militare per indicare il mezzo con cui gli ordini venivano trasmessi agli ufficiali subalterni dislocati al fronte, le circolari rappresentano senz'altro la fattispecie più controversa di norme interne.

Molto si è discusso sulla **natura giuridica** di tali fonti: ad una prima tesi (SANDULLI) che riconosce alle circolari dignità di autonomo istituto giuridico, espressione del potere di autorganizzazione e del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici, si è contrapposta l'opinione di chi (GIANNINI) le ritiene semplici strumenti di comunicazione, privi di autonoma dignità giuridica.

La giurisprudenza prevalente si è uniformata a tale seconda opzione ermeneutica, osservando che esse **non hanno carattere normativo**, ma rappresentano lo strumento mediante il quale l'Amministrazione fornisce indicazioni in via generale e astratta in ordine alle modalità con cui dovranno comportarsi in futuro i propri dipendenti e i propri uffici. Rientrano, di conseguenza, nel *genus* degli atti interni all'Amministrazione, potendo avere diverso contenuto, così da dettare disposizioni sull'organizzazione degli uffici, da dare semplice notizia di determinazioni adottate da organi superiori e, infine, da contenere ordini interni, partecipazioni o diffide (Cass. civ., Sez. VI, 10 agosto 2015, n. 16644; Cons. St., Sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4196; Trib., Bari, sez. I, 13 aprile 2020).

La qualificazione giuridica degli atti in parola si pone in termini diversi ove sia la legge a rinviare esplicitamente alla circolare; secondo la tesi prevalente, la circolare, recependo la volontà del Legislatore, acquisterebbe efficacia legislativa assurgendo al rango di legge di attuazione. In ogni caso, anche le circolari, come le altre norme interne, possono assumere una **rilevanza esterna mediata e indiretta**, qualora siano oggetto di applicazione mediante atti amministrativi, con la conseguente censurabilità, *sub specie* di eccesso di potere, degli atti difformi.

Data la diffusione degli atti in parola, l'art. 26 della L. 7 agosto 1990, n. 241, prevede la pubblicazione delle circolari, secondo le modalità contemplate dai singoli ordinamenti, unitamente a tutti gli atti organizzativi delle P.A.

Le tipologie di circolari individuate dalla giurisprudenza sono assai numerose.

Tra le tante, si ricordano quelle di più frequente applicazione pratica:

- a) *Circolari organizzative*, che disciplinano il funzionamento burocratico e organizzativo degli uffici;
- b) *Circolari interpretative*, che, al fine di un'applicazione uniforme di leggi e regolamenti, ne forniscono un'indicazione esegetica. Esse, pertanto, sono prive di efficacia vincolante, limitandosi a riproporre il contenuto precettivo di atti normativi in vigore, non sussistendo di conseguenza interesse a ricorrere contro la medesima;
- c) *Circolari normative*, attraverso cui gli organi sovraordinati dettano norme di comportamento agli uffici subordinati nell'esercizio delle loro attività;
- d) *Circolari di cortesia*, prive di rilevanza giuridica, contenenti auguri, saluti, attestati di stima;
- e) *Circolari informative*, che contengono informazioni circa determinati accadimenti reputati utili ai fini dell'esercizio dell'attività amministrativa dei destinatari;
- f) *Circolari regolamento*, particolari figure di circolari eccezionalmente idonee a produrre effetti normativi esterni.

In realtà, per il principio di indifferenza del *nomen* degli atti, si tratta di norme sostanzialmente regolamentari, caratterizzate dai requisiti della generalità, dell'astrattezza e dell'innovatività propri degli atti normativi. Esse, pertanto, andranno convertite in regolamenti ove siano presenti i requisiti formali, procedurali e sostanziali prescritti dalla L. n. 400/1988; in mancanza, vanno considerate quali regolamenti nulli, inesistenti o illegittimi;

- g) *Circolari interorganiche*, rivolte, cioè, ad organi ed uffici dello stesso plesso amministrativo;
- h) *Circolari intersoggettive*, dirette all'esterno dell'organizzazione amministrativa da cui provengono, onde favorire il coordinamento di enti deputati alla tutela di interessi identici, omogenei o collegati. Esse sono comunque, per la dottrina prevalente, prive di efficacia vincolante, stante l'insussistenza in capo all'autorità emanante del potere di supremazia cui le circolari normative sono riconducibili.

#### 8.1.1. Segue. L'impugnazione delle circolari

La rilevanza esterna mediata delle circolari implica il problema della verifica delle relative modalità di impugnazione.

*Nulla quaestio* ove la circolare – e il relativo atto applicativo – incida su diritti soggettivi, posto che in tali casi il G.O. può valutare la fondatezza della pretesa attraverso la cognizione incidentale degli atti emanati dalla P.A. e procedere, eventualmente, alla loro disapplicazione.

Ove la circolare incida su interessi legittimi, invece, si pone il problema della sua diretta ed autonoma impugnazione.

**In linea di principio, invero, è da escludersi l'impugnabilità diretta dell'atto in questione**, stante il suo carattere non vincolante; maggiori perplessità, invece, riguardano la necessità che l'impugnazione attenga congiuntamente alla circolare e all'atto attuativo (secondo il meccanismo della doppia impugnativa) o solo a quest'ultimo.

**Secondo un primo orientamento, l'impugnazione deve riguardare il solo atto applicativo** proprio in ragione della non vincolatività della circolare, inidonea, perciò, ad incidere direttamente sulle posizioni soggettive. Ne consegue che il giudice amministrativo può conoscere solo incidentalmente della circolare, al fine di appurare la conformità alla stessa dell'atto amministrativo applicativo, con la conseguente possibilità di disapplicarla ove risultasse illegittima (così, TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 29 maggio 2014, n. 1323). **Per la giurisprudenza maggioritaria, invece, l'impugnazione della circolare congiuntamente all'atto applicativo non è inammissibile, anche se non necessaria, analogamente alla doppia impugnazione prevista in materia regolamentare** (v. Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 367; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 17 febbraio 2020, n. 311). Il privato ha, quindi, la facoltà di decidere se impugnare il solo atto applicativo o anche la circolare: in quest'ultimo caso, essendo generalmente la circolare emanata da un organo di vertice in sede centrale, si verifica uno spostamento della competenza dal TAR periferico al TAR centrale – Lazio. Secondo un altro indirizzo, ancora, vi è l'impugnabilità immediata della circolare immediatamente lesiva, a prescindere dall'intervento dei successivi atti applicativi (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 5 luglio 2011, n. 1010). Propende infine per la disapplicazione delle circolari TAR Lazio, Roma, sez. III, 7 maggio 2021, n. 5369: *“Le circolari amministrative sono atti diretti agli*

*organi ed uffici periferici ovvero sottordinati, e non hanno di per sé valore normativo o provvedimentale o, comunque, vincolante per i soggetti estranei all'Amministrazione, con la conseguenza che i soggetti destinatari degli atti applicativi di esse non hanno alcun onere di impugnativa, ma possono limitarsi a contestarne la legittimità al solo scopo di sostenere che 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".*

## 9. Le consuetudini

Per consuetudine deve intendersi la ripetizione di un comportamento costante ed uniforme per un certo periodo di tempo da parte di una generalità di persone (cd. *diuturnitas*), con la convinzione di ottemperare ad una prescrizione giuridica (cd. *opinio iuris ac necessitatis*).

**La ripetizione del comportamento deve essere generale** (ovvero tenuto dalla maggior parte della collettività), **uniforme** (il comportamento deve essere tenuto in modo identico o simile), **costante** (la condotta deve essere attuata sempre nelle medesime situazioni cui essa si ascrive).

Rientrano nel novero delle fonti del diritto amministrativo la *consuetudine praeter legem*, che attiene a materie non disciplinate dalla legge, e la *consuetudine secundum legem*, che ha efficacia soltanto se espressamente richiamata dalla legge. Restano, invece, escluse dalle fonti del diritto – anche amministrativo – la *consuetudine contra legem*, che implica comportamenti contrari alle norme di legge, in quanto, ai sensi dell'art. 15 disp. prel. c.c., le leggi possono essere abrogate solamente da altre leggi posteriori, e la *desuetudine*, ossia l'abrogazione di una norma in base alla convenzione di non applicarla, dal momento che una norma non può essere mai abrogata in conseguenza della sua non applicazione.

L'esistenza della consuetudine implica necessariamente entrambi gli elementi (*opinio* e *diuturnitas*): per tale ragione non costituisce fonte del diritto amministrativo la **prassi amministrativa**, in quanto in essa, pur configurandosi un comportamento costantemente tenuto, manca la convinzione della sua obbligatorietà. Essa, tutt'al più, può costituire un utile punto di riferimento per le scelte discrezionali che l'organo amministrativo deve effettuare, ma non ha valore vincolante, né carattere innovativo per l'ordinamento giuridico.

Tuttavia, la prassi non deve essere considerata un fatto puramente materiale, poiché essa può essere valorizzata dal cd. "principio dell'affidamento": la reiterazione di un dato comportamento, pur in mancanza della convinzione della sua obbligatorietà, è senz'altro idonea ad ingenerare la buona fede dei cittadini, che confidano nel dovere di coerenza della P.A., che deve provvedere a soddisfare gli interessi pubblici mediante un'azione coerente, uniforme e costante nel tempo.

Per l'approfondimento del principio dell'affidamento si rinvia al cap. 2.

## 10. Le linee guida dell'ANAC

Oggi, sul sistema delle fonti del diritto spira un importante vento riformatore, in ragione della sempre più cospicua proliferazione di atti di normazione secondaria “di nuova generazione”, che spesso, per la loro particolare forza innovatrice e conformativa, impongono un ripensamento generale dell'intero complesso della gerarchia delle fonti.

Ci si riferisce, in particolare, alle linee guida adottate, stante il nuovo Codice dei contratti pubblici, dall'ANAC, quale normazione di dettaglio in materia di contratti della P.A.. Esse rappresentano la cartina al tornasole del fenomeno in esame: novità assoluta nel sistema italiano, dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 hanno prodotto un impatto dirompente sul nostro ordinamento giuridico.

Rinviando al Capitolo 8 della Parte IV e al Capitolo 1 della Parte VII per l'esame esaustivo dell'istituto, in questa sede è sufficiente rammentare che siffatta forma di regolazione del settore arricchisce il quadro delle fonti di riferimento in materia di contratti pubblici, affiancandosi ai decreti ministeriali e interministeriali, emanati d'intesa con il Ministero delle Infrastrutture, e ponendo una questione interpretativa in merito alla natura delle linee guida.

Sul punto, un primo orientamento dottrinale ritiene che le linee guida emanate dall'ANAC finiscano con l'implementare il quadro delle fonti normative dell'ordinamento, riconoscendo, pertanto, all'autorità la titolarità di un potere normativo in senso stretto. Di diverso avviso è il Consiglio di Stato, il quale, nel parere 1° aprile 2016, n. 855 reso sulla bozza finale del Codice dei contratti pubblici, ha escluso la natura regolamentare delle linee guida, definendo l'istituto come espressivo di un potere di regolazione che, pur presentando i caratteri di generalità e astrattezza, promana da un organo amministrativo e non persegue una funzione normativa, bensì di indirizzo. Deve, pertanto, ritenersi che gli atti in questione costituiscono una forma di “*soft-law*”, collocate nel panorama delle fonti del diritto su un piano intermedio tra i regolamenti e gli atti amministrativi generali, così confermando la specialità e la innovatività del modello di amministrazione delle autorità indipendenti (v. Cons. St., Comm. spec. 3 maggio 2018, n. 435, che ha espressamente riconosciuto la titolarità di uno specifico potere regolamentare in capo all'ANAC).

Più in generale, il potenziamento delle competenze dell'ANAC, evidenziato dai nuovi poteri relativi alla fase del precontenzioso (art. 211 D. Lgs. n. 50/2016), consente di ritenere maturato il passaggio da un'Autorità di mera vigilanza, con poteri limitati, a un'A.I. che, in base a una logica giurisdicente, assomma, in modo collaborativo e sinergico, poteri di regolazione, di vigilanza, di sanzione e di consulenza.

Merita, invero, precisare che il c.d. “**Decreto Sblocca Cantieri**” (D.L. 32 del 2019 come convertito in L. n. 55 del 2019), in ciò confermato dalla **legge n. 78/2022**, di delega alla riforma del codice dei contratti pubblici, **ha disposto la progressiva “estinzione” del sistema delle Linee guida vincolanti**, sostituendolo con la più tradizionale normazione regolamentare.