

Il legittimo affidamento nel diritto europeo e nel diritto interno

di Luigi Alla

SOMMARIO: 1. La nozione. 2. Il legittimo affidamento nel diritto europeo. 3. I principi che hanno ispirato il legittimo affidamento. - 4. L'affidamento legittimo nei rapporti con la pubblica amministrazione: genesi e tutela. - 5. Le declinazioni del principio nel diritto interno. - 5.1. Legittimo affidamento e autotutela nella Legge fondamentale sul procedimento amministrativo. 5.2. Legittimo affidamento nei contratti in cui è parte la pubblica amministrazione. - 6. Riflessioni conclusive.

1. La nozione

Nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, il principio del legittimo affidamento tutela la posizione del soggetto che subisce un pregiudizio a causa di un intervento dei pubblici poteri, di una modifica normativa, di un comportamento della pubblica amministrazione, che frustrano una sua "aspettativa", legittima proprio perché ingenerata- si passi l'espressione - da un *factum principis*.

Gli atti oppure i comportamenti della pubblica amministrazione, anche protratti nel tempo, possono, infatti, indurre nel cittadino un affidamento legittimo sul perdurare di una determinata situazione di vantaggio, connessa all'esercizio del potere, nella quale il cittadino in totale buona fede confida.

Tale posizione del privato è considerata meritevole di tutela dall'ordinamento, che appresta rimedi procedurali, risarcitori e ripristinatori, ove sia violata.

Come rileva autorevole dottrina, il principio costituisce un criterio regolativo del confronto tra due esigenze fondamentali: la certezza delle regole che presiedono all'agire della p.a. e, dall'altro, la tutela dell'equo trattamento del singolo nel caso concreto. Tale principio, quindi, è un canone essenziale del modo di manifestarsi del potere e del rapporto tra autorità e libertà¹.

La tutela del legittimo affidamento assume particolare spessore nel diritto europeo e molteplici declinazioni nel diritto interno.

¹ R. SESTINI, *Legittimo affidamento e certezza giuridica*, in www.agatif.org/download/2012-Lione-rel-Sestini.pdf

2. Il legittimo affidamento nel diritto europeo

Il principio del legittimo affidamento non è espressamente contemplato nei Trattati dell'Unione Europea, ma la sua piena cittadinanza nel diritto europeo si deve all'opera creativa della giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado², che, ispirati dalle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza tedesca³, hanno affermato che *"il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario"*⁴.

In ambito europeo il legittimo affidamento riguarda non solo gli atti amministrativi, ma anche gli atti legislativi e opera nei rapporti tra gli stati membri, tra questi e le istituzioni comunitarie, tra queste ultime e i cittadini.

Con riferimento agli atti delle Istituzioni, la giurisprudenza afferma che la tutela spetta solo nel caso di atti produttivi di effetti giuridici e impugnabili, con la conseguenza che le risoluzioni del Parlamento Europeo non sono idonee a ingenerare il legittimo affidamento⁵.

Il legittimo affidamento opera con riferimento alle direttive *self executing*, qualora sia scaduto il termine per il recepimento delle stesse nell'ordinamento interno.

In particolare la Corte ha applicato il principio con riferimento ai regolamenti e alle direttive con effetto retroattivo e nonostante l'imperante principio della certezza del diritto e il suo corollario della irretroattività degli atti normativi, ha ammesso in limitati casi la possibilità di emanazione di norme retroattive, se sorrette dal pubblico interesse che rende indispensabile la retroazione degli effetti giuridici. Tale effetto tuttavia opera solo nel rispetto del legittimo affidamento degli interessati e sempre che sussista la prevedibilità dell'intervento normativo, individuabile attraverso - ad esempio - la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della proposta normativa, oppure desumibile dal preambolo motivazionale degli atti modificati dai quali si poteva inferire una possibile futura modifica con effetti retroattivi⁶. La Corte in tali casi ha annullato il regolamento che determinava

² Tribunale I Grado CE, 17 dicembre 1998, causa T-203/96; Trib. I Grado CE, 13 marzo 2003, n. 125.

³ La dottrina tedesca sin dagli inizi del Novecento, ha attribuito notevole rilevanza all'affidamento del privato cittadino anche nei riguardi del soggetto pubblico e lo ha fatto derivare dal principio di certezza del diritto (*Rechtssicherheit*), considerato dalla Corte Costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, un elemento fondamentale dello Stato di diritto, con la conseguenza che merita tutela l'affidamento del cittadino che ha riposto la sua fiducia nel perdurare di un determinato assetto giuridico vantaggioso. L'affidamento legittimo costituisce anche un limite alla retroattività della legge.

⁴ CGCE, Causa C-12/77 del 3 maggio 1978 (Topfer), Corte di Giustizia, 19 settembre 2000, Ampafrance and Sanofi, causa C-177/99, 181/99; Corte di Giustizia, 18 gennaio 2001, Commissione c. Spagna, in causa C-83/99.

⁵ CGE, 5 giugno 1973, Commissione CE/Consiglio CE, causa 81/72; CGE 30 giugno 1992, Repubblica Italiana/Commissione CE Causa 47/91.

⁶ Giuseppe Grasso, *L'affidamento quale principio generale del diritto*, in Articolo del 23.12.2011 pubblicato in www.altalex.com. e giurisprudenza ivi richiamata: C-98/78 Racke; C-276/80 Ferriera padana; C-110/81 Roquette

effetti retroattivi proprio per violazione del legittimo affidamento e della certezza del diritto, in quanto a seguito della pubblicazione tali atti sono immediatamente efficaci e, come tali, non consentono agli interessati di adottare con tempestività scelte organizzative di adeguamento al diritto europeo.

Con riferimento agli atti normativi che vanno a incidere sui rapporti di durata, la Corte di Giustizia ha tutelato il legittimo affidamento assumendo che gli effetti già prodotti non possono essere incisi dall'atto sopravvenuto, ma sono governati dalle norme pregresse, mentre la nuova norma opera unicamente per gli effetti futuri, ossia quelli che il rapporto di durata non ha ancora prodotto⁷.

Il legittimo affidamento, come si è detto, opera anche nel caso di atti amministrativi ed è ingenerato da un comportamento delle istituzioni o degli stati membri capace di far nascere un'aspettativa. Tale comportamento può consistere in un atto di amministrazione attiva, che accresca la sfera giuridica soggettiva dei destinatari dell'atto, ovvero nell'inerzia, più o meno qualificata, per effetto della quale non viene rimossa la situazione di vantaggio di cui il cittadino beneficia e nella quale egli confida.

Il legittimo affidamento, quindi, può insorgere a seguito dell'adozione di un atto ampliativo della sfera giuridica soggettiva o per la mancata adozione di un atto sfavorevole⁸. Il principio ha trovato applicazione anche nelle sentenze in tema di revoca dell'atto amministrativo, che opera in relazione al ragionevole lasso di tempo trascorso tra l'atto e la sua revoca⁹.

La semplice prassi amministrativa non può ingenerare un affidamento legittimo e pertanto può essere rimossa, con ogni conseguenza per il privato, anche a seguito di una pronuncia della Corte di Giustizia di segno contrario¹⁰.

In ogni caso la tutela del legittimo affidamento non assume valore assoluto, perché non opera quando l'affidamento è riconducibile alla condotta imprudente del cittadino che ha provocato, ad esempio, con dichiarazioni false, mendaci o incomplete, l'atto lesivo o l'inerzia lesiva.

Nel contesto europeo il legittimo affidamento presuppone quella che, nel diritto interno, è la buona fede, che, come noto, esclude il dolo e al tempo stesso è esclusa dal dolo, con la conseguenza che

Frères; C-114/81 Tunnel Refineries, C- 331/88 Fedesa; C-143/88-C92/89 Zuckerfabrik Suederditmarschen; C-459/02 Gereken; C-260- C-261/91 Diversinted ed Iberlacta; C-108/81 Amylum; C-84/81 Staple.

⁷ CGCE-143/73 Sopad.

⁸ CGCE, 1 ottobre 1987, Regno Unito/Commissione CE, causa 84/85. L'indirizzo, tuttavia non è consolidato cfr CGE, 1 giugno 1994, Commissione CE/Repubblica federale di Germania, causa 317/92.

⁹ C-15/60 Simon.

¹⁰ CGCE, 15 dicembre 1982, *Hauptzollamt Krefeld/Maizena GmbH*, causa 5/82; CGE, 26 aprile 1988, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas/Ditta P. Krücken*, causa 316/86; CGE, 14 febbraio 1990, *Société française des Biscuits Delacre e a./Commissione CE*, causa 350/88.

l'impresa che scientemente ha violato il diritto europeo, ovvero che ha indotto in errore l'amministrazione non potrà mai invocare il legittimo affidamento¹¹

Il legittimo affidamento è stato altresì affermato nella giurisprudenza europea in tema di aiuti di stato e contributi comunitari, che valorizza il rispetto delle regole procedurali e l'operato della pubblica amministrazione che, attraverso comportamenti e atti di univoca interpretazione, abbia instaurato negli interessati il convincimento della legittimità degli atti compiuti¹².

La tutela del legittimo affidamento, infine, recede dinanzi alle finalità che i Trattati intendono perseguire e soprattutto non opera quando il mutamento normativo è stato dettato dalla modifica di situazioni di fatto che lo hanno reso necessario e non procrastinabile¹³

3. I principi che hanno ispirato il legittimo affidamento

Il legittimo affidamento spesso è ricondotto alla clausola generale della buona fede, che consta di due accezioni: in senso soggettivo è l'ignoranza di ledere l'altrui diritto; in senso oggettivo è l'insieme delle regole di correttezza che devono presiedere allo svolgimento di un rapporto giuridico.

Il codice civile richiama più volte tale principio: ad esempio, nell'art. 1375 riferito ai contratti; nell'art. 1337 sulla responsabilità precontrattuale; nell'art. 1336 in tema di interpretazione del contratto; nel 1374 in funzione integrativa delle clausole negoziali ed infine nell'art. 1175 riferito ai rapporti obbligatori. In tale ultima norma il termine utilizzato è "correttezza", che tuttavia la dottrina prevalente considera un sinonimo di buona fede, espressione di solidarietà e leale cooperazione¹⁴.

La buona fede è un dovere che si impone alle persone fisiche o giuridiche, private o pubbliche, di comportarsi lealmente nel compimento di atti giuridicamente rilevanti, in grado di riverberare i loro effetti nella sfera giuridica altrui¹⁵.

¹¹ C-90/95 De Compte.

¹² Giuseppe Grasso, *L'affidamento quale principio generale del diritto*, op.cit. e giurisprudenza ivi richiamata: C-15/85 Consorzio cooperative d'Abruzzo.

¹³ CGE 23 novembre 1999, n. 149, *Rep. Portogallo/Consiglio*. Tale pronuncia è riferita alla politica commerciale, ma analoghe decisioni sono state assunte con riguardo alla politica agricola, agli aiuti di stato, al mercato comune.

¹⁴ Giuseppe Grasso, *L'affidamento quale principio generale del diritto*, op.cit.

¹⁵ Gianluca Grasso, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in www.sspa.it

Nel rapporto giuridico, la correttezza opera già nella fase che precede il sorgere del rapporto, si consolida al momento della nascita e si impone durante tutto lo svolgimento. La necessità di tutelare l'affidamento ingenerato dalla propria condotta, costituisce una delle possibili applicazioni del dovere di buona fede.

Tale concezione, che richiama i principi generali dell'ordinamento, comporta che il legittimo affidamento non necessita di copertura legislativa, né costituzionale, proprio perché è un principio generale che funge da criterio di interpretazione, applicazione e talvolta integrazione del diritto positivo¹⁶.

Secondo un diverso orientamento, influenzato dalla dottrina tedesca, il legittimo affidamento nei riguardi del soggetto pubblico deriva dal principio di certezza del diritto e delle situazioni giuridiche soggettive ingenerate da un precedente comportamento della Pubblica Amministrazione o del legislatore¹⁷.

La dottrina domestica ha tentato di conferire al legittimo affidamento un rilievo costituzionale, facendo leva, talvolta sui doveri di solidarietà sociale affermati dall'art. 2 della *magna carta*, che consentono l'esercizio dei diritti, ma solo entro il limite di un apprezzabile sacrificio della altrui sfera giuridica; altre volte il principio è stato ricondotto all'art. 97, in quanto il canone dell'imparzialità impone alla p.a. un comportamento leale e, dunque, di buona fede verso i destinatari della sua azione.

In altre occasioni la Consulta ha ancorato il principio del legittimo affidamento del cittadino al principio di eguaglianza, nella declinazione dell'obbligo di ragionevolezza ex art. 3, comma 1 Cost., che anima tutti i rapporti giuridici e, dunque, anche quelli tra i cittadini e le istituzioni¹⁸.

4. L'affidamento legittimo nei rapporti con la pubblica amministrazione: genesi e tutela

L'affidamento legittimo sorge a seguito di un comportamento dell'amministrazione che ha determinato una posizione di vantaggio in capo al cittadino.

¹⁶ Gianluca Grasso, op. cit.

¹⁷ Gianluca Grasso, op. cit. e dottrina ivi richiamata alla nota n.76.

¹⁸ Gianluca Grasso, op. cit. e dottrina ivi richiamata alle note nn. 79 e 80.

L'affidamento è dunque un fatto relazionale, che scaturisce dal contatto tra la pa e il privato il quale, proprio nell'ambito di tale rapporto, anela tutela. In tal senso può sostenersi che l'affidamento deve essere "imputabile", sul piano causale, alla parte nei cui riguardi si pretende invocare la tutela. In ogni caso non ogni comportamento della pa è idoneo a generare un affidamento legittimo, ma debbono ricorrere alcuni specifici presupposti.

L'affidamento innanzitutto richiede atti favorevoli, in quanto rispetto agli atti sfavorevoli vi è solo un interesse qualificato e tutelabile alla loro rimozione.

L'atto o il comportamento della p.a. ingenera un affidamento legittimo solo se il comportamento è stato posto in essere dall'organo competente e se si tratta di un organo collegiale regolarmente composto¹⁹.

L'affidamento si forma in ragione del decorrere di un significativo lasso di tempo rispetto al momento in cui è stata posta in essere la condotta che ne ha determinato la genesi.

L'affidamento assume prospettive diverse a seconda che lo stesso sia provocato da un provvedimento idoneo a incidere nella sfera giuridica soggettiva di un destinatario predeterminato, ovvero da una prassi o da un atto indirizzato alla generalità dei consociati²⁰

Con riferimento alla prima fattispecie l'affidamento può essere ingenerato da informazioni, rivelatisi non corrette, della pa: in tal caso la tutela non può che essere di tipo risarcitorio.

L'altra ipotesi è l'adozione di un atto favorevole legittimo, che il privato ha interesse a conservare a fronte dell'interesse opposto della pa alla revoca, ovvero all'annullamento.

Con riferimento alla prassi amministrativa la tesi prevalente assume che solo la prassi legittima²¹, ovvero non contrastante con norme di legge o atti normativi secondari, genera il legittimo affidamento. Non così le prassi *contra legem*, che non si prestano alla conservazione, proprio perché in contrasto con altri precetti dell'ordinamento.

Sul tema si registra, tuttavia, un'antinomia tra l'ordinamento interno e l'ordinamento europeo, perché mentre in quest'ultimo la Corte di giustizia non assegna, come si è detto, alcun rilievo alla prassi, nell'ordinamento interno l'amministrazione che voglia discostarsi da una prassi *secundum legem* deve adeguatamente motivare la scelta, per non incorrere nel vizio di eccesso di potere. Ciò

¹⁹ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 20 marzo 1991, n. 79, in T.A.R., 1991, I, 1796.

²⁰ Gianluca GRASSO, op. cit. e dottrina richiamata alla nota F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 156 ss.

²¹ F. MERUSI, op. cit..

conferma che nel nostro ordinamento opera la tutela dell'affidamento ingenerato dalle prassi amministrative²².

Le circolari, fonti secondarie dell'ordinamento, possono fondare il legittimo affidamento, perché con esse la pa chiarisce il proprio operato, detta linee guida e istruzioni operative, che possono orientare e condizionare coloro che entrano in contatto con la stessa amministrazione, tanto che la loro violazione fonda il vizio di eccesso di potere e può dar luogo non solo alla rimozione dell'atto, ma, ove ne ricorrano i presupposti, anche alla tutela di tipo risarcitorio²³.

Inoltre, qualora la p.a voglia discostarsi scientemente da una precedente circolare, deve giustificare il suo operato sulla base di un'attenta motivazione, l'unica che possa rendere l'azione immune dal vizio di eccesso di potere.

5. Le declinazioni del principio nel diritto interno

Nel diritto interno il legittimo affidamento ha avuto molteplici applicazioni.

L'istituto nato in ambito civilistico è stato traslato nel diritto pubblico e si è consolidato anche per effetto della forza propulsiva del diritto europeo.

La dottrina amministrativistica negava l'esistenza e la rilevanza del principio di buona fede, in quanto considerandolo interamente assorbito dall'interesse pubblico lo ammetteva esclusivamente nell'ambito dei rapporti paritetici²⁴.

In ragione del mutato rapporto tra cittadino e pa, si può, invece, affermare che la tutela del legittimo affidamento oggi costituisce un formante significativo ed ineludibile dell'azione amministrativa.

Tale principio conosce molteplici declinazioni nel diritto interno²⁵, è stato affermato in modo particolare nella legge fondamentale sul procedimento amministrativo e nelle procedure di gara, che sono divenute il banco di prova della capacità di resistenza del principio stesso.

²² T.A.R. Toscana, sez. II, 31 maggio 2002, n. 1155, che riconosce il principio nell'ambito delle procedure di concorso per il pubblico impiego. Tale indirizzo è tuttavia osteggiato da altra giurisprudenza che nega rilievo alla prassi, in quanto essa non è fonte del diritto e dunque non è in grado di generare situazioni assistite da quel grado di certezza che è richiesto per l'affermarsi del legittimo affidamento cfr C. Stato, sez. V, 20 giugno 1987, n. 403.

²³ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

²⁴ G. GRASSO, op. cit. e dottrina ivi richiamata alla nota n. 21.

²⁵ Il principio è stato affermato non solo nello svolgimento del rapporto di lavoro contrattualizzato, in cui buona fede e correttezza si impongono in ragione dell'equiparazione al rapporto di lavoro di diritto privato, ma anche nella fase del pubblico concorso e, in particolare, nella interpretazione delle clausole del bando. Il principio è stato affermato in diritto urbanistico, ove incontra il limite del comportamento illegittimo del privato. Nel diritto tributario il principio è

A questi due specifici settori sarà circoscritta la disamina che segue.

5.1. Legittimo affidamento e autotutela nella Legge fondamentale sul procedimento amministrativo

Il legittimo affidamento trova riconoscimento nella legge fondamentale sul procedimento amministrativo da un lato in forza del richiamo che la stessa legge ai principi del diritto europeo.

Come si è detto, il principio del legittimo affidamento incontra nel diritto europeo particolare attenzione e dunque attraverso tale ordinamento e la sua capacità di penetrazione in quello domestico, esso è divenuto un formante del procedimento amministrativo²⁶.

In particolare le norme poste dalla Legge fondamentale sul procedimento amministrativo costituiscono un parametro per saggiare la buona fede dell'amministrazione procedente. La rilevanza della buona fede e dell'affidamento è stata affermata anche con riferimento al doveroso rispetto dei termini procedurali. In particolare una interessante pronuncia della Corte dei Conti²⁷ conferma come il tempo sia considerato un valore dell'ordinamento e dunque anche il rispetto dei termini procedurali che garantiscono la celerità e la stessa certezza dell'azione amministrativa.

Il principio trova poi peculiare affermazione nelle norme della legge 241/1990 che disciplinano l'autotutela decisoria.

Come noto, l'autotutela è espressione del potere di revisione del proprio operato che l'ordinamento riconosce alla pubblica amministrazione, la quale può operare *ex officio* ovvero su stimolo del destinatario dell'atto che la invoca o che ha agito in via giurisdizionale per la rimozione dell'atto asseritamente lesivo.

L'autotutela si manifesta nell'annullamento d'ufficio, quando l'atto è affetto da un vizio di legittimità, ovvero nella revoca, quando sopraggiungono fatti che impongono una nuova e diversa

stato consacrato nello cd Statuto del contribuente (Legge 212/2000), che ha recepito le pronunce che lo avevano consacrato in via pretoria.

²⁶ Giuseppe Grasso, op. cit.

²⁷ Giuseppe Grasso, op. cit., che richiama C. Conti, Sez. Riun., QM7/2007, della quale è utile enucleare un interessante passaggio: "l'affidamento nella sicurezza giuridica costituisce invero un valore fondamentale dello Stato di diritto, costituzionalmente protetto nel nostro ordinamento (cfr. Corte costituzionale, sentenze 17 dicembre 1985, n. 349, 14 luglio 1988, n. 822, 4 aprile 1990, n. 155, 10 febbraio 1993, n. 39), ora ancor più rilevante considerato che lo stesso legislatore prescrive che l'attività amministrativa sia retta (anche) dai principi dell'ordinamento europeo (art. 1, primo comma, della legge 7 agosto 1990 n. 241 quale modificato dall'art. 1 della legge 11 febbraio 2005 n. 15), nel quale il principio di legittimo affidamento è stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria in un'ottica di accentuata tutela dell'interesse privato nei confronti delle azioni normativa e amministrativa delle istituzioni europee (Corte di giustizia delle Comunità europee, 15 luglio 2004, causa C459/02; 14 febbraio 1990, causa C350/88; 3 maggio 1978, causa 112/77).

ponderazione degli interessi in gioco, che rendono l'atto non più opportuno o non più idoneo a realizzare l'interesse pubblico affidato in cura alla pubblica amministrazione.

Gli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della L. 241/1990, come novellati dalla L. 15/2005, nel recepire gli istituti della revoca e dell'annullamento, già affermati in via pretoria, hanno avuto il pregio di valorizzare proprio l'affidamento del privato, che "entra in contatto" (qualificato) con la pubblica amministrazione.

Nel caso dell'annullamento d'ufficio l'affidamento del destinatario, che ha visto ampliata la propria sfera giuridica soggettiva, è tutelato attraverso il richiamo al "ragionevole lasso di tempo" che intercorre tra l'atto e la sua rimozione. La tutela dell'affidamento investe anche la posizione dei controinteressati i cui interessi debbono essere adeguatamente ponderati prima della rimozione dell'atto²⁸.

La tutela dell'affidamento, dunque, in talune fattispecie può anche prevalere sul canone della legittimità dell'azione amministrativa, perché anche in presenza di un atto illegittimo l'annullamento non è sempre doveroso e incontra il limite del legittimo affidamento.

Nel caso della revoca, invece, la tutela dell'affidamento non si spinge a precludere l'esercizio del potere di autotutela, ma fonda il diritto dei soggetti lesi per effetto della revoca stessa a ottenere l'indennizzo previsto dall'art. 21 *quinquies*.

Il legislatore, nel richiamare l'indennizzo, che costituisce, in teoria generale, il corrispettivo per l'adozione di un atto legittimo ma dannoso, ha dunque espresso una scelta di fondo: la tutela dell'affidamento non opera soltanto con riferimento agli atti *contra legem*, ma anche per gli atti *ab origine* (o non più) opportuni che la pa rimuove per superiori motivi di interesse pubblico, ma che impongono comunque la tutela dell'affidamento in essi riposta dai privati.

Il tempo tra il compimento dell'atto di amministrazione attiva e il momento in cui si manifesta l'esigenza di autotutela rileva, dunque, in modo diverso nelle due manifestazioni di autotutela: nell'annullamento d'ufficio il perdurare dell'atto consolida l'affidamento e preclude l'esercizio dell'autotutela; nella revoca, invece, il fattore tempo non rileva come elemento preclusivo, ma assume peso decisivo ai fini della determinazione dell'indennizzo.

5.2. Legittimo affidamento nei contratti in cui è parte la pubblica amministrazione

I contratti in cui è parte la p.a. costituiscono la sede elettiva per la tutela del legittimo affidamento.

²⁸ Cfr T.a.r. Lazio, sez. II-bis, 20 giugno 2008 n. 6978; Cons. Stato, sez. VI, 4 dicembre 2006 n. 7102; sez. IV, 14 febbraio 2006 n. 564.

Nulla quaestio quando la pa agisce *iure privatorum*, perché in tal caso è tenuta come ogni altro privato cittadino a rispettare l'affidamento che ha ingenerato nell'altro contraente nella fase che precede, accompagna e segue la stipula di un contratto.

Maggiori dubbi hanno accompagnato, invece, l'affermarsi del principio nelle procedure di evidenza pubblica, in quanto si riteneva che la presunzione di legittimità che investe l'operato della pa quando agisce come autorità precludesse il rilievo dell'affidamento.

Questa impostazione non trova più sostrato né ideologico, né normativo nel nostro ordinamento: buona fede e tutela dell'affidamento rilevano nei contratti pubblici e si impongono in ogni fase delle procedure che ne precedono la stipula.

La tutela dell'affidamento del privato, infatti, non opera solo nella fase esecutiva, retta, come noto, da regole privatistiche, ma anche nella fase dell'evidenza pubblica, che precede la stipula ed è governata da regole pubblicistiche e pertanto anche nelle procedure di evidenza pubblica, quindi, l'amministrazione procedente dovrà tenere conto dell'affidamento che ha ingenerato negli aspiranti contraenti.

Tale affidamento sarà minimo nel caso della determina a contrarre; si accentuerà a seguito della emanazione del bando; si consolida per effetto della aggiudicazione definitiva; si dubita, invece, della sua rilevanza con riferimento all'aggiudicazione provvisoria.

La tutela del legittimo nelle pubbliche gare assume, dunque, connotati differenti in ragione della fase in cui si trova la gara.

Il principio del legittimo affidamento assume rilievo sin dalla stessa predisposizione del bando, che deve essere non solo legittimo, ma formulato in modo non ambiguo anche in considerazione del fatto che lo stesso costituisce la *lex specialis* della singola gara ed è idoneo a orientare e indirizzare l'interprete nella soluzione delle problematiche che dovessero insorgere durante la procedura selettiva.

Il bando, dunque, dovrà avere una formulazione chiara e precisa e qualora le sue clausole risultassero ambigue, in virtù del principio del legittimo affidamento dovrà essere privilegiata l'interpretazione che favorisca la più ampia partecipazione, nel rispetto della *par condicio* tra concorrenti²⁹ e del loro l'affidamento³⁰.

²⁹ T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 5 giugno 2002, n. 1455; T.A.R. Basilicata, 22 aprile 1989, n. 122; Cons. St., sez. VI, 12 maggio 1994, n. 759; T.A.R. Piemonte, 13 giugno 2003, n. 909.

³⁰ Cons. St., sez. VI, 12 maggio 1994, n. 759.

Con riferimento agli atti della procedura di evidenza pubblica si discute se l'aggiudicazione provvisoria possa ingenerare un legittimo affidamento. In particolare quanti negano tale opzione ritengono che l'amministrazione, qualora voglia revocare l'aggiudicazione provvisoria, non debba neppure comunicare l'avvio del procedimento. La revoca dell'aggiudicazione provvisoria, infatti, non sarebbe un *contrarius actus*, ma l'espressione dello stesso potere di amministrazione attiva che si è manifestato nella celebrazione della gara.

La tutela dell'affidamento assume connotati particolari con riferimento agli atti di revoca o di annullamento legittimi: si pensi alla revoca del bando di gara o all'annullamento dell'aggiudicazione per mancanza della provvista finanziaria. L'autotutela in tal caso non solo è legittima, ma addirittura doverosa e si pone il problema del privato che ha riposto fiducia nella pubblica gara, ha investito risorse e personale per la presentazione dell'offerta e ha, ovviamente, un interesse qualificato alla sua celebrazione per sfruttare la *chance* di lavoro che la procedura gli offre. Analogo e più forte interesse vanta, ovviamente, l'aggiudicatario definitivo e secondo taluni anche l'aggiudicatario provvisorio, come si è detto.

Secondo una parte della dottrina, prima della stipula del contratto, con riferimento agli atti di autotutela legittimi, l'aspirante contraente non ha una posizione tutelabile in via risarcitoria. Secondo un diverso orientamento, invece, l'amministrazione procedente, come ogni altro privato contraente è tenuta anche nella fase selettiva che precede la stipula a rispettare le regole di buona fede e correttezza. Ciò anche in forza del richiamo alle regole civilistiche operato dall'art. 2, comma 4 del Codice dei contratti pubblici. Secondo questa tesi anche se la stazione appaltante esercita legittimamente il potere di autotutela, può incorrere nella responsabilità per violazione del dovere di buona fede e correttezza con il conseguente obbligo di risarcire il danno inferto al privato.

Sul punto assumono rilievo dirimente le pronunce del supremo consesso di giustizia amministrativa, che affermano la risarcibilità del danno cagionato dalla pa in autotutela nell'ambito delle pubbliche gare³¹.

L'atto con cui la pa revoca l'aggiudicazione definitiva in autotutela, anche se giustificato dal venir meno della provvista finanziaria necessaria per realizzare la commessa pubblica, può dar luogo a responsabilità precontrattuale, se l'amministrazione non ha agito correttamente perché, ad esempio, non ha avvertito con sollecitudine i partecipanti della sopravvenuta carenza di disponibilità

³¹ CDS, Ad. Plen n.6/2005.

economiche, ovvero se *ab origine* non si è procurata la provvista oppure non ha vigilato affinché le risorse fossero preservate per la realizzazione dell'opera, del servizio o della fornitura programmati. Il comportamento dell'amministrazione che, pur essendosi accorta della mancanza di fondi necessari per l'attuazione della commessa pubblica, non abbia disposto il rinvio della gara, contrasta con il principio di buona fede e correttezza che deve presiedere tutte le relazioni negoziali, anche quelle in cui è parte la pubblica amministrazione e anche nella fase pubblicistica che precede la stipula³². Il comportamento della pa irrispettoso del legittimo affidamento determina una responsabilità di tipo risarcitorio a favore degli operatori economici che abbiano partecipato alla gara, facendo incolpevole affidamento sulla regolarità della gara stessa.

La responsabilità è di tipo extracontrattuale ai sensi dell'art. 1337 cc.³³ e fonda il diritto al risarcimento del danno che sarà calcolato nei limiti dell'interesse negativo.

Dopo l'aggiudicazione definitiva la tutela dell'affidamento è più netta e dunque merita tutela l'operatore economico aggiudicatario che vede opporsi il rifiuto della pa alla stipula. La tutela è stata estesa anche al ritardo nella stipula, ingiustificato e imputabile all'operato della stazione appaltante. In tali casi è stato privilegiato l'affidamento dell'aspirante contraente alla stipula, che si è consolidato per effetto dell'aggiudicazione definitiva.

La tutela dell'affidamento rileva anche nell'ambito della procedura di verifica dell'anomalia delle offerte, in quanto se la pa si è autolimitata indicando nel bando il criterio di valutazione e la procedura di verifica dell'anomalia delle offerte, non può adottare una procedura diversa da quella indicata nel bando, perché sulla *lex specialis* e sulla procedure da essa delineate gli offerenti hanno riposto l'affidamento³⁴.

Il legittimo affidamento insorge anche a seguito del cd auto vincolo, ossia di scelte procedurali o sostanziali con cui la pa, pur non essendovi tenuta, ha limitato il proprio operato³⁵.

³² Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457; cfr anche T.A.R. Lazio, sez. I, 7 luglio 2003, n. 5991, che ha ritenuto contrario ai principi della correttezza, della buona fede e dell'affidamento il comportamento della P.A. che, dopo l'aggiudicazione, si rifiuta di sottoscrivere il contratto, adducendo la mancanza fin dall'origine dei fondi.

³³ Sulla natura di tale responsabilità si registra tuttavia un contrario avviso che, valorizzando il contatto sociale che si instaura tra l'aspirante contraente e l'amministrazione a seguito dell'instaurazione del procedimento di evidenza pubblica, ritiene che la violazione del dovere di correttezza nella fase che precede la stipula del contratto determini una responsabilità di tipo contrattuale, soggetta alla prescrizione decennale e caratterizzata da un onere probatorio meno rigoroso di quello che impera nella responsabilità aquiliana, perché limitato alla sola prova del titolo e del danno e alla allegazione dell'inadempimento del dovere di correttezza. La pa, invece, ha l'onere di dimostrare l'adempimento.

³⁴ T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 3 aprile 1996, n. 206.

³⁵ T.A.R. Toscana, sez. II, 25 gennaio 1996, n. 19.

I recenti approdi della giurisprudenza, dunque, assicurano tutela all'aspirante contraente rispetto agli atti di gara legittimi, agli atti di gara illegittimi, agli atti in autotutela illegittimi e persino rispetto agli atti di autotutela legittimi, ma violativi dei canoni della buona fede e della correttezza.

6. Riflessioni conclusive

Il principio del legittimo affidamento trova affermazione in molti rami del diritto ed in particolare nei rapporti tra l'amministrazione e il privato cittadino. I livelli della tutela sono molteplici e la sua violazione può scaturire non solo da un atto illegittimo, che è possibile sindacare sotto il profilo dell'eccesso di potere, ma anche a seguito della adozione di un atto legittimo ma dannoso e persino dalla inerzia colpevole.

Il formante europeo ha indubbiamente inciso sulla affermazione del principio e ha favorito senz'altro il consolidarsi della tutela.

Il legittimo affidamento è dunque un canone dell'azione amministrativa, corollario della imparzialità, che affonda le sue radici proprio nella nozione di uguaglianza sostanziale consacrata nell'art. 3 della Costituzione.