

Gianluca Grasso

Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione.

Sommario: 1. Premessa: il legittimo affidamento quale canone fondamentale dell'azione amministrativa. - 1. 1. La tutela delle situazioni giuridiche non reali: l'affidamento e l'apparenza. La tutela dell'affidamento. L'elemento qualificante della buona fede. Rilievo generale del principio - 1. 2. Un principio esclusivo del diritto civile? - 1. 2. 1. Carattere trasversale del principio dell'affidamento nei diversi ambiti dell'ordinamento giuridico. - 2. Il legittimo affidamento generato dall'Amministrazione pubblica: ricostruzione teorica dell'istituto. - 2. 1. L'affermazione del principio nell'ordinamento italiano. - 2. 2. Il ruolo della giurisprudenza tedesca. - 2. 3. L'elaborazione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. - 2. 4. Il fondamento dell'istituto. - 2. 4. 1. Il legittimo affidamento quale precipitato della buona fede. - 2. 4. 2. Il legittimo affidamento e il principio di certezza del diritto. - 2. 4. 3. La ricerca del fondamento costituzionale della tutela del legittimo affidamento e della buona fede nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano. - 2. 4. 4. La preferenza per il modello ancorato alla buona fede. - 2. 5. La struttura complessa della fattispecie: le condizioni che consentono il rilievo del principio. Il comportamento dell'Amministrazione e quello del cittadino. - 2. 5. 1. Il comportamento dell'Amministrazione idoneo a determinare l'altrui affidamento nei riguardi del singolo e della generalità dei consociati. - 2. 5. 2. La posizione del cittadino e della controparte in genere. Il dovere di rispettare il canone della buona fede grava anche sulla parte privata. - 2. 5. 3. La ponderazione del legittimo affidamento quale espressione dei doveri di correttezza e di buona fede: la fase decisoria. - 2. 6. Le modalità di tutela: la conservazione dell'atto illegittimo e i profili di responsabilità civile. - 2. 7. Legittimo affidamento e ragionevolezza. - 2. 8. Il rilievo della buona fede oltre il legittimo affidamento. - 2. 9. La tutela del legittimo affidamento lede il principio di legalità? - 3. L'ambito dell'istituto nella sua dimensione operativa. - 3. 1. L'attività contrattuale e le concessioni contratto. - 3. 1. 1. I bandi di concorso e le procedure di evidenza pubblica. - 3. 1. 1. 1. L'aggiudicazione: legittimo affidamento e responsabilità precontrattuale. - 3. 1. 2. La dinamica negoziale: il dovere di agire secondo buona fede. - 3. 1. 2. 1. Le concessioni contratto, con particolare riferimento al servizio sanitario. - 3. 1. 2. 2. I rapporti contrattuali di fatto in assenza di un accordo formalizzato: il rilievo del contatto sociale. - 3. 2. Il rapporto di pubblico impiego. - 3. 2. 1. Le procedure concorsuali. Il conferimento di incarichi dirigenziali. - 3. 2. 2. La buona fede nello svolgimento del rapporto di lavoro: dall'atto di nomina alla risoluzione. - 3. 2. 2. 1. La ripetizione di somme di denaro indebitamente erogate ai pubblici dipendenti. - 3. 3. Il rilievo del legittimo affidamento in materia di urbanistica ed edilizia. - 3. 3. 1. Programmazione, tutela del territorio ed esercizio dello *ius aedificandi*. - 3. 3. 2. L'assegnazione di alloggi. - 3. 4. Le sovvenzioni e gli aiuti di Stato. - 3. 5. Le prestazioni previdenziali. - 3. 5. 1. Il danno derivante da erronee informazioni relative al rapporto assicurativo. La natura contrattuale della responsabilità. - 3. 5. 2. La ripetibilità delle somme erogate indebitamente - 3. 6. Disposizioni tributarie e tutela dell'affidamento: la progressiva affermazione del principio. - 3. 6. 1. Lo Statuto del contribuente: il principio della correttezza e della buona fede nei rapporti tra l'Amministrazione e il contribuente. - 3. 6. 2. La portata generale del principio dell'affidamento legittimo nel rapporto tributario: applicabilità ai rapporti anteriori all'entrata in vigore dello Statuto del contribuente e al di là delle previsioni dell'art. 10. Il ruolo alla Corte di Cassazione. - 3. 6. 3. Rilievo espansivo del principio al di fuori dell'ambito tributario. - 3. 7. Applicazione della normativa comunitaria da parte dell'Autorità nazionale. - 4. Le modifiche alla l.n. 241/90 e la mancata esplicita previsione del principio del legittimo affidamento tra i canoni fondamentali dell'azione amministrativa. - 4. 1. Il riferimento implicito al canone del legittimo affidamento nel richiamo dei principi dell'ordinamento comunitario di cui all'art. 1 della l.n. 241/90. - 4. 2. Il rilievo del dovere di collaborazione e del legittimo affidamento nell'ambito della riforma della legge sul procedimento amministrativo. Il canone del diritto privato nell'attività di natura non autoritativa e la preferenza per la forma negoziale. Il preavviso di rigetto. - 4. 3. La violazione del legittimo affidamento nell'ambito dei vizi di legittimità. La disciplina dell'invalidità del provvedimento amministrativo e l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Il potere di convalida.

1. Premessa: il legittimo affidamento quale canone fondamentale dell'azione amministrativa.

Il legittimo affidamento costituisce un principio fondamentale dell'azione amministrativa, da cui la funzione pubblica non può prescindere. Frutto dell'elaborazione della giurisprudenza e della sistemazione dottrinale, come molti dei principi del diritto amministrativo, il legittimo affidamento rappresenta uno strumento di tutela avverso il comportamento irragionevole e contraddittorio dell'Amministrazione. Recepito dal legislatore nella redazione dello Statuto del contribuente (l.n. 212/2000), il principio in questione figurava espressamente nel progetto di riforma della l.n. 241/90 tra i canoni fondamentali dell'azione amministrativa. La versione approvata dalle Camere, tuttavia, non presenta più l'esplicito richiamo del principio. La nuova formula dell'art. 1 della l.n. 212/2000 non è peraltro valsa a privare ogni rilievo al legittimo affidamento, poiché la norma esplicitamente assoggetta l'azione amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario. Tra di essi, infatti, assume un rilievo di primo piano proprio la tutela dell'affidamento legittimo.

Tale assetto costituisce una conquista relativamente recente dell'ordinamento italiano.

L'opinione tradizionale espressa dalla dottrina escludeva infatti la tutelabilità del legittimo affidamento in seno ai rapporti di diritto pubblico, considerando l'istituto proprio del diritto civile e dei rapporti patrimoniali in special modo. La giurisprudenza, da par suo, rifuggiva dal discorrere di tutela del legittimo affidamento in ambito amministrativo. Il quadro si evolve progressivamente, prima in giurisprudenza poi in dottrina, giungendo all'inizio degli anni settanta del Novecento ad una compiuta elaborazione che costituisce tutt'oggi la base dell'istituto.

Il presente lavoro intende indagare l'assetto attuale del legittimo affidamento, tenendo conto dell'evoluzione dell'istituto nel diritto interno e in quello comunitario. Nei due ambiti infatti, l'istituto si è sviluppato parallelamente e con modalità parzialmente diverse. La riformulazione dei principi dell'azione amministrativa, facendo espresso richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario, e attraverso di essi al legittimo affidamento, consente di ridurre ad unità il sistema. Prima di delineare l'ambito dell'istituto nella sua dimensione applicativa è opportuno ripercorrerne i profili dell'elaborazione teorica.

1. 1. La tutela delle situazioni giuridiche non reali: l'affidamento e l'apparenza. La tutela dell'affidamento. L'elemento qualificante della buona fede. Rilievo generale del principio

L'affidamento indica, in termini generici, la garanzia e la fiducia¹. L'espressione qualifica sia lo stato di fiducia del soggetto che l'atto di riporre fiducia su di un soggetto, su di una cosa o su una certa situazione².

¹ Lo Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana* di Nicola Zingarelli, Bologna 2002, 50.

² Cfr. V. PIETROBON, *Affidamento*, voce dell'*Enc. giur.*, I, Roma 1988, 1. Non sono molti i saggi specificamente dedicati al tema dell'affidamento. Oltre alla voce di Pietrobon, si segnalano: R. SACCO, *Affidamento*, voce dell'*Enc. dir.*, I, Milano 1958, 661; M. BESSONE, *Errore comune e affidamento nella disciplina del contratto*, in *Foro it.*, 1966, I, 1572 ss.; ID., *Dal principio di tutela dell'affidamento all'amministrazione giudiziale dei rischi contrattuali*, in *Foro pad.*, 1978, IV, 102 ss. L'argomento è altresì trattato incidentalmente in lavori specificamente riguardanti l'apparenza, la dottrina generale del contratto, la buona fede e il negozio giuridico che saranno citati nel corso della trattazione.

In ambito giuridico, il termine affidamento è utilizzato per esprimere fenomeni giuridici diversi³. Si può così discorrere, ad esempio, di affidamento riguardo all'erronea opinione relativa di un certo fatto, all'apparenza ingannevole di una determinata situazione, alla fiducia sull'adempimento del debitore o in relazione ai poteri attribuiti ad un terzo in seno al rapporto fiduciario. L'affidamento indica anche il riconoscimento, l'attribuzione di un dato incarico o di una certa funzione e il termine è sovente utilizzato nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica. Al pari si parla di affidamento di minori con riguardo al diritto di famiglia. Tali ultime accezioni sono peraltro estranee al tema in oggetto, che attiene all'affidamento quale stato di fiducia. In particolare, esso concerne fatti presenti o passati, riguardando la fiducia in un fatto o in un comportamento futuro situazioni estranee al tema dell'affidamento propriamente detto.

Come tutti i concetti giuridici, in difetto di una sua formulazione legislativa, l'affidamento è suscettibile di diverse definizioni. Discussi, inoltre, sono gli elementi che lo compongono e l'estensione stessa del principio. In via del tutto generale può definirsi l'affidamento lo stato di fiducia sull'apparenza delle situazioni e dei fatti divergenti dalla loro effettiva sostanza⁴. Nello specifico è dato distinguere una concezione lata dell'affidamento da una maggiormente ristretta⁵.

L'accezione ampia indica nell'affidamento la tendenza ad attenuare sia i profili di volontarietà dell'atto che quelli formali⁶. In contrapposizione ai principi della volontà e della dichiarazione, l'affidamento esprime l'esigenza, propria della giustizia sostanziale, di sottoporre il contratto ad una valutazione di buona fede che tenga conto del comportamento delle parti. Tale concezione valorizza la clausola generale di buona fede e la sua rilevanza è stata apprezzata, soprattutto, nell'ordinamento tedesco, grazie al ruolo in esso riconosciuto alla formulazione del § 242 *BGB*.

Nel suo significato più ristretto, invece, l'affidamento indica le ipotesi in cui l'ordinamento accorda la propria tutela allo stato di fiducia⁷. Quest'ultima accezione ha trovato nell'ordinamento italiano maggior fortuna, reputandosi estraneo al nostro sistema un criterio generale di buona fede avente funzione correttiva degli altri istituti giuridici.

Il tema dell'affidamento risulta intimamente legato sia all'apparenza che alla buona fede⁸ e da tale legame sono derivate parziali sovrapposizioni tra questi concetti. Pur tuttavia, è necessario procedere a talune distinzioni al fine di apprezzare l'esatto contenuto del principio della tutela dell'affidamento.

L'affidamento, in particolare, si distingue dalla buona fede soggettiva sotto il profilo dell'oggetto su cui ricade la fiducia⁹. Nell'ipotesi di buona fede soggettiva, la fiducia riguarda il comportamento di chi la invoca e consiste nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto. L'affidamento, viceversa, concerne la fiducia che si è posta nel comportamento della controparte.

³ R. SACCO, *Affidamento*, voce dell'*Enc. dir.*, cit., 661.

⁴ V. PIETROBON, *Affidamento*, voce dell'*Enc. giur.*, cit., 1.

⁵ Ivi, 2.

⁶ Ivi, 3.

⁷ Si pensi, ad esempio, all'esclusione del rilievo generale dell'*exceptio doli*. Cfr. *amplius* V. PIETROBON, *Affidamento*, voce dell'*Enc. giur.*, cit., 3; L. CARRARO, *Valore attuale della massima fraus omnia corrumpit*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 728 ss.

⁸ R. SACCO, *Affidamento*, voce dell'*Enc. dir.*, cit., 661 riferisce del principio dell'affidamento come la regola «secondo cui, rispettivamente, una certa situazione di fatto o di diritto è inoperante se non è nota ad un determinato soggetto, o se ne è contrastata da un'opposta apparenza, o dalle risultanze degli indici di pubblicità; e, reciprocamente, tutto procede come se la situazione di fatto o di diritto fosse quella erroneamente ritenuta da un certo soggetto, o quell'apparente, o quella risultante dall'indice di pubblicità».

⁹ V. PIETROBON, *Affidamento*, voce dell'*Enc. giur.*, cit., 4.

L'elemento relazionale consente di distinguere l'affidamento dalla mera apparenza o altresì detta «apparenza pura»¹⁰. Tanto l'affidamento quanto l'apparenza presuppongono una situazione non reale in grado di influire sullo stato di fiducia. Tuttavia, l'apparenza concerne lo stato di fiducia sull'esistenza di una certa situazione giuridica che costituisce il presupposto dell'efficacia dell'atto e prescinde dal comportamento altrui. Quest'ultimo, nel caso concreto, potrebbe anche mancare. Rispetto all'apparenza non ha senso parlare di parte o di controparte, poiché tutti assumono la posizione di terzo rispetto al titolare della situazione giuridica¹¹. Per la sua rilevanza è infatti sufficiente la situazione di diritto in cui si trova l'agente, ovvero sia l'apparente titolarità di una situazione giuridica¹². Tutelare l'affidamento, pertanto, non vuol dire riconoscere valore assoluto all'apparenza ma proteggere la buona fede di chi è stato indotto a un certo convincimento dalla condotta altrui¹³. In tale ottica può accostarsi all'affidamento la cd. «apparenza colposa», che presuppone un comportamento colposo o doloso del soggetto nei cui riguardi l'apparenza è invocata. Pur distinguendosi dall'apparenza pura, l'affidamento si colloca comunque nell'ambito più ampio dell'*apparentia iuris*.

Con l'affidamento, pertanto, si rappresenta l'interesse alla tutela di una certa situazione giuridica generata da un comportamento altrui che ha indotto la parte interessata a confidare nel conseguimento di un dato risultato o sull'esistenza di una certa situazione giuridica. La convinzione dell'agente, pertanto, si basa sull'atteggiamento altrui e lo presuppone¹⁴.

La ragione pratica dell'istituto è tradizionalmente ricondotta alla tutela del traffico giuridico, anche se è stato osservato che vi sono casi in cui tale esigenza può non essere rilevante¹⁵. Del pari è stato criticato il richiamo all'esigenza di garantire interessi collettivi generali a fronte di interessi individualistici¹⁶. Considerata tuttavia la varietà delle ipotesi riconducibili all'affidamento, le quali non attengono soltanto all'ambito strettamente contrattuale, l'elemento che contraddistingue la categoria, insieme alla situazione di apparenza,

¹⁰ A. FALZEA, *Apparenza*, voce dell'*Enc. dir.*, II, Milano 1958, 698 discorre di «apparenza pura» nei casi in cui l'errore del terzo «sia causato soltanto dalla situazione di fatto tuo che manifesta falsamente una situazione di diritto» in contrapposizione alla «apparenza colposa».

¹¹ V. PIETROBON, *Affidamento*, voce dell'*Enc. giur.*, cit., 4.

¹² A. FALZEA, *Apparenza*, voce dell'*Enc. dir.*, cit., 687 ss. qualifica l'apparenza come «una falsa segnalazione di realtà», «una situazione di fatto che manifesta e fa apparire reale una situazione giuridica non reale». Secondo Falzea il legame tra buona fede e apparenza non sarebbe necessario, rilevando tale nesso solo nei casi puntualmente previsti. Riconduce l'apparenza alla buona fede S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 1957, 258. La connessione tra la buona fede oggettiva e le teorie dell'apparenza è prospettata da M. D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, voce del *Nuovo dig. it.*, I, Torino 1939, 687 ss. successivamente ristampata in *Nss. dig. it.*, I, Torino 1957, 714 ss.

¹³ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 33 ed., Padova 1992, 180 ss.

¹⁴ Chiarissima, in tal senso, Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11246, in *Giust. civ. Mass.*, 2003: «affinché si verifichi una situazione di affidamento, come tale meritevole di tutela, anche sul piano risarcitorio, secondo l'ordinamento, è necessario che il soggetto che invochi l'affidamento sia il destinatario del comportamento altrui, che crea l'affidamento stesso». Enunciando tale principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva escluso che la lettera del concessionario, contenente il divieto di accesso alle sale da gioco del casinò, fosse idonea a creare nel fratello del destinatario dell'esclusione, e socio del medesimo in una società di persone, alcuna posizione giuridica meritevole di tutela, tale da legittimare, in capo al medesimo, la richiesta di risarcimento danni per la mancata traduzione, nel concreto, del divieto di accesso. Secondo Cass. civ., sez. III, 10 gennaio 2003, n. 204, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 52, in tema di rappresentanza, l'applicabilità del principio dell'apparenza del diritto richiede che il rappresentato abbia tenuto un comportamento colposo tale da ingenerare nel terzo il ragionevole convincimento che al rappresentante apparente fosse stato effettivamente conferito il relativo potere e che il terzo abbia in buona fede fatto affidamento sulla esistenza di detto potere.

¹⁵ Il caso è quello del matrimonio nullo contratto in buona fede, R. SACCO, *Affidamento*, voce dell'*Enc. dir.*, cit., 663.

¹⁶ *Ibidem*.

è la buona fede. E quest'ultima, a ben considerare, rappresenta proprio il fondamento dell'istituto, poiché l'esigenza di tutelare la fiducia posta nel comportamento altrui poggia sulle regole di correttezza e di buona fede che gravano su tutti consociati e specie tra le parti di un rapporto giuridico. I doveri di correttezza e buona fede (buona fede oggettiva), infatti, impongono di tener conto dell'aspettativa altrui (buona fede soggettiva) generata dal proprio comportamento. Sul piano strutturale, l'affidamento rappresenta una fattispecie complessa, alla cui emersione concorrono diversi elementi, che attengono sia ai profili oggettivi che a quelli soggettivi del canone della buona fede. Il convincimento della situazione di apparenza deve infatti essere stato generato da un comportamento altrui e richiede, da parte di chi invoca la tutela, il rispetto dei principi di correttezza¹⁷. In presenza di un affidamento così determinato, la controparte è tenuta a considerare e rispettare la situazione di apparenza cui ha dato corso. Ad imporlo sono i principi di buona fede e di correttezza. Dal canone della buona fede, infatti, discende l'obbligo di lealtà della condotta che consiste nel non suscitare falsi affidamenti nella controparte¹⁸. L'espressione legittimo affidamento indica, in particolare, l'affidamento meritevole di tutela. Ciò posto va chiarito che il principio della tutela del legittimo affidamento non esaurisce l'ambito di rilevanza della buona fede, costituendo una delle possibili esemplificazioni del canone della correttezza.

In quanto precipitato della buona fede, l'affidamento ha rilievo generale, perché il dovere di rispettare il canone della correttezza grava indistintamente su tutti i consociati ed è altrettanto certo che ciascuno è chiamato a rispondere delle proprie azioni (principio di autoresponsabilità). Va qui richiamata la giurisprudenza che ha riconosciuto rilievo generale al principio della tutela dell'apparenza colpevole, quando l'erronea rappresentazione del terzo in buona fede è stata determinata dal comportamento doloso o colposo del titolare della situazione apparente¹⁹. In tal senso ciò che rileva non è tanto il fatto apparente quanto

¹⁷ Secondo Cass. civ., sez. I, 22 marzo 2001, n. 4089, in *Il Fallimento*, 2002, 151 ss. l'apparenza non è oggetto di tutela in se stessa, ma solo in quanto strumentale alla tutela dell'affidamento dei terzi di buona fede, onde essa non può essere invocata da chi sia consapevole dell'inesistenza della fattispecie. La pronuncia, resa in tema di società di fatto, ha stabilito che per la configurabilità della responsabilità delle persone e o dell'ente, anche in sede fallimentare, non è necessaria la prova dell'esistenza della società, essendo sufficiente la cosiddetta "apparenza della società", ossia il comportamento di due o più persone che, pur non essendo legate da vincoli sociali, operano nel mondo esterno in modo da generare il convincimento che esse agiscono come soci. La tutela dell'apparenza, peraltro, è preclusa a chi è conoscenza dell'inesistenza del vincolo sociale.

¹⁸ C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209 con riferimento ai rapporti contrattuali distingue all'interno del principio di buona fede il canone della lealtà del comportamento dall'obbligo di salvaguardia. Secondo V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano 2001, 177 nel sistema giuridico italiano il dovere di buona fede nel corso delle trattative si concretizza nel dovere di verità, nel dovere di chiarezza e nel dovere di non deludere l'affidamento sull'affare generato nella controparte. Tali considerazioni, sviluppate in seno alle questioni negoziali, possono essere estese a tutti casi in cui si crea una relazione tra le parti sulla base di un dato rapporto giuridico.

¹⁹ Le maggiori ipotesi di apparenza colposa sono identificate nella rappresentanza apparente, nel trasferimento di azienda non portato a conoscenza dei terzi con mezzi toni e l'ipotesi dell'imprenditore apparente. Secondo Cass. civ., sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 972; in *Danno e resp.*, 1999, 1012 con nota di P. LAGHEZZA, *Il falsus procurator ed il risparmiatore*; in *Corr. giur.*, 1999, 1501 con nota di G. CECCHERINI, *Apparenza di rappresentanza e responsabilità del "dominus"*, il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile a quello più generale della tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato in tema di rappresentanza, nei confronti dell'apparente rappresentato, dal terzo che abbia in buona fede contratto con persona sfornita di procura, allorché l'apparente rappresentato abbia tenuto un comportamento colposo, tale da giustificare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente. Come specificato dalla Cassazione (Cass. civ., sez. II, 30 dicembre 1997, n. 13099, in *Danno e resp.*, 1998, 456 con nota di P. LAGHEZZA, *Rappresentanza apparente obiettiva e colpevole*; in *Contratti*, 1998, 453 con nota di M. MULLACE, *Rappresentanza apparente: la responsabilità del "dominus" apparente*) spetta a chi invoca il principio dell'apparenza dimostrare la sussistenza di un comportamento colposo del rappresentato che abbia, in qualche modo, accreditato l'apparente

l'aspettativa generata dall'altrui comportamento e l'obbligo di chi ha realizzato il comportamento di mantenersi coerente alla propria precedente condotta²⁰. Diverso discorso riguarda l'apparenza nella sua forma pura. Essendo esclusivamente legata all'errore dell'agente che prescinde dal comportamento altrui, l'apparenza deve essere contemplata da una specifica norma di legge che ne affermi la rilevanza. In quest'ultimo caso, dunque, non si chiede che il fatto sia imputabile alla controparte. Pertanto, la salvezza della fattispecie illegittima e l'incidenza sulla sfera giuridica altrui, per poter operare, devono essere giustificate, caso per caso, dalla norma eventualmente applicabile²¹.

1. 2. Un principio esclusivo del diritto civile?

L'istituto dell'affidamento è tradizionalmente considerato di pertinenza quasi esclusiva del diritto civile²². L'affidamento generato dal comportamento altrui è infatti più agevolmente concepibile nell'ambito di rapporti paritari, come sono quelli tra privati cittadini. Nei confronti dell'Autorità pubblica, nei riguardi dello Stato, l'affidamento del cittadino non sembrerebbe avere molti spazi, considerato che l'azione amministrativa è governata da ragioni superiori di interesse pubblico, dinanzi alle quali la posizione del privato, seppur frutto di un'aspettativa, è destinata a cadere. Il principio di legalità, inteso in una accezione particolarmente rigorosa, completa il quadro, ostacolando l'affermazione di comportamenti e situazioni *contra legem*. Nell'ambito pubblico sarebbero predeterminati sia gli interessi da proteggere che le modalità di tutela. Quello descritto è davvero l'assetto attuale della questione?

1. 2. 1. Carattere trasversale del principio dell'affidamento nei diversi ambiti dell'ordinamento giuridico.

L'opinione che esclude la rilevanza dell'affidamento e della buona fede in genere al di fuori dell'ambito del diritto privato è frutto di un'impostazione autoritaria e autoreferenziale dell'Autorità pubblica e del suo agire, che non corrisponde all'assetto moderno dell'ordinamento democratico, ove il governo della cosa pubblica avviene nell'interesse dei

rappresentanza. *Amplius* cfr. M. BESSONE-M. DI PAOLO, *Apparenza*, voce dell'*Enc. giur.*, II, Roma 1988, 3 ss. R. SACCO, *Apparenza*, voce *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Torino 1987, 357 ha definito il principio dell'apparenza come la più importante norma civilistica creata dal giudice in modo «preterlegale». Sull'apparenza colposa risulta fondamentale l'elaborazione di A. FALZEA, *Apparenza*, voce dell'*Enc. dir.*, cit., 699 ss. Il rilievo generale del principio dell'apparenza colposa trova la sua affermazione in giurisprudenza fin dagli anni trenta del Novecento grazie all'interpretazione della Corte Suprema di Cassazione, cui non poco ha contribuito il suo primo presidente di allora M. D'Amelio, anche sul piano dell'elaborazione dottrina (M. D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, voce del *Nuovo dig. it.*, I, cit., 689 ss.). La questione era già conosciuta a livello europeo e particolare rilievo avevano assunto gli studi compiuti dalla pandettistica tedesca e dalla scuola francese, i cui esiti hanno contribuito all'elaborazione del principio della letteratura italiana cfr.: A. FALZEA, *Apparenza*, voce dell'*Enc. dir.*, cit., 699 ss.; R. SACCO, *Apparenza*, voce *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, cit., 1987, 354 ss.; E. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 311 ss.; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano 1973, 11 ss.

²⁰ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano 2001, 131 s.

²¹ A. FALZEA, *Apparenza*, voce dell'*Enc. dir.*, cit., 699 ss.

²² Nel diritto civile si discorre di affidamento delle parti e di affidamento dei terzi, R. SACCO, *Affidamento*, voce dell'*Enc. dir.*, cit., 661 ss.; V. PIETROBON, *Affidamento*, voce dell'*Enc. giur.*, cit., 1 ss.

cittadini. Ecco allora emergere l'esigenza di proteggere i diritti quesiti, di garantire l'irretroattività della legge e dei provvedimenti, di tutelare la buona fede ingenerata nell'altrui persona. Ciò, a ben vedere, proprio a garanzia di quel principio di certezza del diritto che è alla base dello Stato moderno. Sulla scorta della migliore dottrina può quindi ritenersi che l'affidamento, così come la buona fede, è principio generale presente in ogni ambito giuridico.

A tale rilievo non fa eccezione il diritto amministrativo. Si discorre di affidamento non solo con riguardo ai rapporti privatistici, ma anche nel diritto internazionale²³, nella disciplina del diritto costituzionale²⁴, nell'ordinamento amministrativo²⁵ e in quello comunitario²⁶. L'affidamento costituisce un principio trasversale e universale²⁷. Alla sua affermazione ha contribuito non poco l'elaborazione della giurisprudenza.

Se gli Stati, nelle relazioni che intrattengono, devono rispettare il principio di buona fede ed esso costituisce un canone di interpretazione dei trattati, nell'ordinamento comunitario, che di quello internazionale costituisce una particolare accezione, l'affidamento legittimo rappresenta un principio generale di diritto non scritto. Per la sua affermazione è stata decisiva l'opera della Corte di Giustizia delle Comunità Europee²⁸. In sede comunitaria la protezione dell'affidamento legittimo riguarda non solo gli atti di amministrativi ma anche quelli di carattere legislativo. Il principio opera nei rapporti tra privati e Comunità Europea ma altresì tra gli Stati membri e le Istituzioni comunitarie, nonché nei riguardi dell'Amministrazione nazionale che è chiamata a dare attuazione alla normativa di matrice europea. L'interpretazione della Corte di Giustizia è peraltro stata influenzata dall'elaborazione fattane dalla Corte Costituzionale tedesca²⁹.

Nell'ordinamento interno la buona fede prescrive al legislatore il dovere di agire coerentemente e in maniera non contraddittoria³⁰. S'impone pertanto l'esigenza di tener conto dell'affidamento generato nei cittadini. Nei riguardi del legislatore il principio del legittimo

²³ L'affidamento è considerato estrinsecazione del principio di buona fede che deve caratterizzare il comportamento degli Stati e i rapporti tra di essi, B. CONFORTI, *Buona fede e diritto internazionale*, in *Il principio di buona fede*, Milano 1987, 87 ss.; F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995, 34 ss.; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino 1998, 154 s. Secondo Trib. CE, 22 gennaio 1997, n. 115, in *Riv. dir. Internazionale*, 1997, 817 il principio di buona fede è una norma di diritto internazionale consuetudinario che vincola la Comunità. Il principio di buona fede è il corollario, nel diritto internazionale pubblico, del principio di tutela del legittimo affidamento che fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario.

²⁴ P. CARNEVALE, « ... Al fuggir di giovinezza ... nel doman s'ha più certezza » (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur. cost.*, 1999, 3643 ss.

²⁵ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 15 ss.

²⁶ L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 154 ss.

²⁷ Ivi, 28 ss.

²⁸ Fra le numerosissime pronunce: Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, causa 112/77; Corte di Giustizia, 21 settembre 1983 in cause riunite 205-215/82; Corte di Giustizia, 19 maggio 1983, causa 289/81; Corte di Giustizia, 26 febbraio 1987, causa 15/85, Corte di Giustizia, 20 giugno 1991, causa C-248/89; Corte di Giustizia, 17 aprile 1997, causa C-90/95. Una dettagliata e sistematica analisi della giurisprudenza comunitaria è presente in L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 154 ss.

²⁹ Cfr. E. CASTORINA, « *Certezza del diritto* » e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio « comune », in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1998, 1194 ss.; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 9 ss.

³⁰ Nel nostro ordinamento ruolo fondamentale per l'elaborazione del principio è stato svolto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 30 ss. Per una dettagliata analisi delle pronunce della Consulta, cfr. P. CARNEVALE, « ... Al fuggir di giovinezza ... nel doman s'ha più certezza » (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), cit., 3643 ss.

affidamento si esprime, innanzitutto, quale limite alla retroattività della legge. Nel nostro ordinamento il divieto di retroattività della legge, pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale, cui il legislatore deve in linea di principio attenersi, non è stato elevato a dignità costituzionale, eccettuata la previsione dell'art. 25 Cost. relativa alla legge penale. Fuori di tale ambito, quindi, il legislatore può emanare norme con efficacia retroattiva. Ciò deve peraltro avvenire nel rispetto di determinati limiti. Tra questi si pone senz'altro la condizione che la retroattività sia giustificata sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti, quale ad esempio l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica³¹. Da tali considerazioni può trarsi il principio del divieto di intervenire in maniera retroattiva sulle posizioni giuridiche consolidate dei privati o la necessità di proteggere tali situazioni con provvedimenti particolari che si affiancano alle modifiche. La tutela del legittimo affidamento non è un principio che riceve una protezione assoluta, potendo essere sacrificato a fronte di altri interessi maggiormente meritevoli tutela. Sarà pertanto necessario attuare una comparazione tra l'affidamento generato e gli altri interessi che si intendono perseguire. Uno dei parametri di valutazione dell'operato del legislatore è quello della ragionevolezza.

La tutela del legittimo affidamento, nell'ambito l'ordinamento interno, non opera soltanto nei confronti del legislatore ma si estende anche ai rapporti con l'Amministrazione pubblica.

2. Il legittimo affidamento generato dall'Amministrazione pubblica: ricostruzione teorica dell'istituto.

In ambito amministrativo, con l'affidamento legittimo si rappresenta l'interesse alla tutela di una certa situazione giuridica generata da un precedente comportamento della P.A. che ha indotto il cittadino a confidare nel conseguimento di un dato risultato. È necessario tuttavia chiedersi se nei riguardi della Pubblica Amministrazione il principio del legittimo affidamento abbia rilievo in tutti i rapporti intrattenuti con i cittadini, siano essi di diritto pubblico o di diritto privato.

Quale precipitato della buona fede, il principio risulta pacificamente applicabile nei rapporti squisitamente privatistici in cui è parte l'Autorità pubblica. È ormai assodato che l'Amministrazione nei rapporti di tipo paritario e nell'ambito contrattuale in specie è sottoposta alla disciplina del codice civile, pur non essendo libera ma vincolata al perseguimento di interessi pubblici³². Canone fondamentale della dimensione negoziale è il rispetto delle regole di buona fede. Quando opera alla stregua di un privato cittadino, l'Amministrazione è dunque

³¹ Secondo la Corte Costituzionale (*ex multis*: Corte Cost., 26 luglio 1995, n. 390, in *Giust. civ.*, 1995, I, 326; in *Orient. giur. lav.*, 1995, I, 1084; Corte Cost., 11 giugno 1999, n. 229, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2919; in *Cons. Stato*, 1999, II, 823; Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416, in *Giust. civ.*, 2000, I, 973; in *Giur. it.*, 2000, 678; Corte Cost., 22 novembre 2000, n. 525, in *Rass. trib.*, 2000, 1889; in *Foro it.*, 2000, I, 3397), l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica è principio che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere leso da norme con effetto retroattivo che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti.

³² In tal senso l'Amministrazione non gode dell'autonomia privata. Cfr. F. G. COCA, *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, Agg. VI, Milano 2002, 94 ss. Di autonomia privata propria delle persone giuridiche che farebbe capo agli enti pubblici discorre invece M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1970, 58 ss. pur qualificando l'autonomia in termini ampi, quale «potere di autonormazione per la regolazione dei propri interessi, condizionato alle norme imperative dell'ordinamento».

tenuta a rispettare il legittimo affidamento generato nel cittadino in conseguenza del suo comportamento.

Maggiormente problematica risulta l'applicazione del principio ai rapporti di diritto pubblico, ove l'Amministrazione si pone su di un piano differenziato rispetto al cittadino. Il principio di legalità e la presunzione di legittimità degli atti amministrativi hanno tradizionalmente rappresentato un ostacolo al riconoscimento della vigenza del principio dell'affidamento legittimo nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico.

2. 1. L'affermazione del principio nell'ordinamento italiano.

La dottrina italiana, ancorata ad una concezione autoritaria del diritto pubblico, ha per lungo tempo escluso che il principio di buona fede potesse trovare applicazione con riferimento al diritto amministrativo³³. Sulla base di un'idea di legalità squisitamente formalistica e del suo imprescindibile rispetto, la dottrina ha negato che di fronte alla funzione primaria dello Stato e alla necessità di ripristinare la legalità violata, il cittadino potesse invocare la lesione di regole di buona fede al fine di ottenere la permanenza di un atto legittimo. Secondo tale prospettazione, nel diritto amministrativo la buona fede rappresenterebbe un inutile duplicato dell'interesse pubblico, dato che l'agire secondo i dettami della correttezza sarebbe implicito nell'obbligo di perseguire l'interesse prefigurato dall'ordinamento. Se l'impiego del canone della buona fede risulta senz'altro precluso nelle attività disciplinate dal diritto pubblico, l'applicazione del principio potrebbe soltanto figurare nell'ambito dei rapporti di diritto privato facenti capo all'Amministrazione³⁴.

In tale contesto, la giurisprudenza per lungo tempo non ha preso espressa posizione sulla questione anche se, come è stato evidenziato in seguito³⁵, il Consiglio di Stato in talune sentenze ha dato risalto alla buona fede nel cittadino di fronte all'attività dell'Amministrazione. Si è trattato peraltro di pronunce la cui portata pratica, priva di riferimenti sistematici, è rimasta circoscritta ai singoli casi esaminati.

L'emersione della buona fede e del legittimo affidamento nel diritto pubblico è dovuta alle aperture della dottrina che si è accostata all'argomento del rilievo del comportamento

³³ Sulla questione ha pesato a lungo il giudizio di E. GUICCIARDI, *Recensione a K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in *Arch. giur. dir. pub.*, 1936, 556 ss. che escluse il rilievo della clausola di buona fede in seno al diritto amministrativo. L'avversità al principio di buona fede, manifestato in quegli anni turbolenti, si accompagnava alla diffidenza che in genere riguardava le clausole generali per i possibili abusi interpretativi che sarebbero potuti derivare da un uso disinvolto di tali strumenti. Ciò anche in ragione dell'ascesa del nazionalsocialismo in Germania e dell'uso delle clausole generali che si faceva in quell'ordinamento. Il pensiero di Schmitt risultava il frutto di tale contesto. Sostanzialmente contrario al rilievo della buona fede nel diritto amministrativo si mostra anche M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1939, 142 ss. che riconosce peraltro al principio solo una limitata e circoscritta operatività. Per un'articolata analisi della dottrina amministrativa sul tema della buona fede e dell'affidamento cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 115 ss.; F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 39 ss.

³⁴ Se la rilevanza del principio è stata esclusa nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico (M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1970, 607), si è ammesso tuttavia che nell'ambito dei rapporti di diritto privato l'Amministrazione sia soggetta al rispetto del principio di buona fede, come nel caso della responsabilità precontrattuale. Cfr. M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, 518.

³⁵ Cfr. F. MERUSI, *Buona fede e diritto pubblico*, in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 272.

dell'Amministrazione e della posizione del cittadino³⁶. Tali approfondimenti si collocano nel filone degli studi diretti alla ridefinizione del ruolo della Pubblica Amministrazione all'interno del nuovo ordinamento democratico rappresentato dalla Carta Costituzionale del 1948³⁷. In luogo di un'Amministrazione autoritaria ed autoreferenziale, si comincia a prospettare l'idea dell'Autorità pubblica come del soggetto che individua l'interesse da garantire all'interno della funzione amministrativa, che fa uso di strumenti consensuali accanto a quelli unilaterali ed autoritativi, che favorisce la partecipazione del privato alla funzione pubblica³⁸. Il pieno compimento di tali idee si avrà con l'emanazione della l.n. 241/1990 sul procedimento amministrativo e le successive riforme che hanno investito la struttura amministrativa³⁹. In tale contesto, appare chiaro che l'Amministrazione non persegue più soltanto un interesse pubblico cristallizzato nella norma di legge e che si identifica con l'interesse soggettivo dell'ente pubblico. L'interesse pubblico concreto emerge dal raffronto di tutti gli interessi coinvolti dall'azione amministrativa. Se non vi è più un solo interesse pubblico predefinito, se i rapporti tra l'Amministrazione e il cittadino devono ispirarsi al dovere di collaborazione, la buona fede, allora, non è un duplicato dell'interesse perseguito dall'Amministrazione ma un principio generale che deve ispirare ogni attività, sia che si svolga nelle forme del diritto pubblico o di quelle del diritto privato⁴⁰.

³⁶ Parte della dottrina ha cercato di condurre la buona fede nell'ambito del principio dell'imparzialità, costituzionalmente garantito, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965, 274 ss. S. ROMANO, *Buona fede (Diritto privato)*, voce dell'*Enc. dir.*, III, Milano 1959, 679 ha invece inteso identificare il principio di buona fede nell'ambito del diritto pubblico come osservanza di regole non giuridiche che condizionerebbero la validità degli obblighi contrattati. A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto può amministrativo*, Padova 1979, 118 ss. ha fatto riferimento alla buona fede come tutela delle situazioni favorevoli del privato. Queste rappresenterebbero un limite sostanziale alle scelte dell'Amministrazione.

³⁷ Tra i diversi contributi: F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, 121 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968; F. MODUGNO, *Funzione*, voce dell'*Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 134 ss.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova 1975, 849 ss. Per un profilo storico della trasformazione della struttura amministrativa nell'Italia repubblicana, G. MELIS, *Storia dell'Amministrazione italiana*, Bologna 1996, 83 ss.

³⁸ Tali idee, già presenti nella migliore letteratura dell'epoca, trovarono parziale esito nella formulazione delle disposizioni della Carta Costituzionale, ma l'auspicata riforma dell'Amministrazione non venne realizzata. Sulle vicende relative ai progetti di riforma della via all'epoca dell'approvazione della Carta fondamentale, cfr. E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica. Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, II, Bologna 1980, 225 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione*, voce dell'*Enc. giur.*, XIV, Roma 1989, 1 ss.

³⁹ Le riforme degli anni novanta non hanno peraltro risolto tutti i nodi della struttura amministrativa e del suo funzionamento. La stessa legge sul procedimento è stata oggetto di diversi interventi normativi. Per una prima analisi dei problemi che caratterizzano la Pubblica Amministrazione, S. CASSESE, *Lo Stato introvabile. Modernità è arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma 1998; B. DENTE, *In un diverso Stato*, 2 ed., Bologna 1999, 7 ss.

⁴⁰ Tale impostazione risulta pienamente confermata a seguito delle ultime modifiche della l.n. 241/1990 (Legge 11 febbraio 2005, n. 15, «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa») secondo cui, ai sensi dell'art. 1, comma 1-bis, la Pubblica Amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente. Il canone generale dell'azione amministrativa, al di fuori della potestà autoritativa, diventa dunque il diritto privato mentre le norme diritto pubblico si applicano solo in presenza di una espressa previsione di legge. La portata applicativa della norma rimane particolarmente discussa e si attende il riscontro della giurisprudenza. Cfr. i primi commenti apparsi su <http://www.giustamm.it/>: F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*; F. FRANCARIO, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*.

Per la ricostruzione organica del principio del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano, in particolare, risultano centrali gli studi compiuti da Merusi all'inizio degli anni settanta⁴¹. La sua analisi, che rappresenta il lavoro maggiormente organico apparso in argomento, sotto il profilo sia costituzionale che più strettamente amministrativo, ha offerto una valida base dottrinale per l'applicazione dell'istituto in seno ai rapporti di diritto pubblico. La letteratura sul tema è oggi univoca nel riconoscere al principio piena rilevanza in tutte le situazioni in cui è parte l'Amministrazione pubblica⁴².

Concordemente con l'analisi dottrinale, la giurisprudenza ha preso maggiore coscienza della portata del principio, traducendolo in numerose regole operative⁴³. Tra di esse particolare rilievo viene riconosciuto alla tutela del legittimo affidamento. Tale dato si registra non solo nell'ambito della giurisprudenza del Consiglio di Stato ma anche nelle pronunce della Corte di Cassazione, specie nel settore della responsabilità civile⁴⁴.

In una prospettiva più ampia, ma con una specifica ricaduta nel settore di cui qui si discute, va ricordato il percorso della Corte Costituzionale, che in numerose sentenze ha ribadito la centralità del principio anche con riguardo all'operato del legislatore, sopra tutto in tema di irretroattività della legge⁴⁵. Tra i possibili limiti alla retroattività delle norme primarie si pone anche l'affidamento legittimo posto dai cittadini nella certezza di una data situazione.

⁴¹ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970. L'Autore è ritornato in seguito più volte sul tema arricchendo e sviluppando le intuizioni fondamentali del testo del 1970. Il volume è stato riedito all'inizio del 2001 con l'aggiunta di taluni lavori che si sono susseguiti nel tempo: ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano 2001. Tra i diversi suoi contributi: ID., *Buona fede e diritto pubblico*, in *Quaderni della Scuola superiore. Il principio di buona fede*, Milano 1987, 75 ss.; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della "alternanza"*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2001, 561 ss.

⁴² F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit.; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 154 s.; F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 34 ss. Nella manualistica M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1988, 473 riconosce l'applicabilità del principio alla funzione amministrativa.

⁴³ *Ex multis*: Cons. St., sez. VI, 24 settembre 1996, n. 1255 *Studium iuris*, 1997, 197; in *Foro amm.*, 1997, 1065 (s.m.); in *Foro amm.*, 1997, 1434; Cons. St., sez. IV, 15 giugno 1994, n. 501, in *Foro amm.*, 1994, 1398 (s.m.); *Cons. Stato*, 1994, I, 735 (s.m.); Cons. St. a. plen., 30 settembre 1993, n. 11, in *Riv. Corte conti*, 1993, 205. La casistica offre un ampio spettro di ipotesi in cui la tutela della buona fede e del legittimo affidamento è stata affermata dai giudici amministrativi. Si va dalla ripetizione delle somme non dovute percepite in buona fede, all'esercizio del potere di autotutela, all'interpretazione dei bandi di concorso.

⁴⁴ Con riguardo ai profili della responsabilità civile, Cass. civ., sez. II., 21 febbraio 1983, n. 1308, in *Cons. st.*, 1983, II, 810 ha stabilito che la P.A. la quale, per il perseguimento delle proprie finalità, si avvalga di contratti di diritto privato, è tenuta, nella fase di esecuzione, a comportarsi secondo buona fede non può, per evitare la risoluzione, giustificare il rifiuto di eseguire la prestazione con l'inadempienza dell'altra parte, qualora l'interesse che in tal modo è rimasto insoddisfatto avrebbe potuto essere ugualmente realizzato, anche mediante la sua cooperazione quale creditore. Cass. civ., sez. un., 17 novembre 1978, n. 5328, in *Giust. civ.*, 1979, I, 32 ritenuto sussistente la responsabilità precontrattuale della P.A. la quale, dopo la conclusione di un contratto abbia ommesso di comunicare al privato contraente ogni notizia attinente al relativo controllo, malgrado che l'autorità di controllo facesse parte della stessa amministrazione e fosse anzi inquadrato nella stessa branca di attività e nello stesso apparato dell'organo contraente. Nell'ambito di pubblico impiego, Cass. civ., sez. lav., 21 febbraio 1991, n. 1836, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 94; Cass. civ., sez. un., 13 giugno 1989, n. 2845, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 6.

⁴⁵ Nell'individuare i limiti alla efficacia retroattiva delle leggi, la Corte Costituzionale (Corte Cost., 17 dicembre 1985, n. 349, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1585; Corte Cost., 14 luglio 1988, n. 822, in *Cons. Stato*, 1988, II, 1378; Corte Cost., 26 luglio 1995, n. 390, in *Giust. civ.*, 1995, I, 326; Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416, in *Giust. civ.*, 2000, I, 973; in *Giur. it.*, 2000, 678; Corte Cost., 22 novembre 2000, n. 525, in *Rass. trib.*, 2000; Corte Cost., 12 novembre 2002, n. 446, in *Giur. it.*, 2003, 841) ha precisato che nel vigente sistema costituzionale non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modificano sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (l'art. 25 comma secondo, Cost.). Dette

Dagli influssi di tale contesto non è rimasto immune lo stesso legislatore, che ha consacrato il legittimo affidamento in seno alle disposizioni previste nello Statuto del contribuente (l.n. 212/2000), con il quale sono stati codificati i principi fondamentali dell'attività amministrativa in ambito tributario.

Su tale evoluzione hanno senz'altro inciso sia l'elaborazione del principio offerta dalla giurisprudenza tedesca che le posizioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

2. 2. Il ruolo della giurisprudenza tedesca.

I giuristi tedeschi hanno sempre mostrato particolare dimestichezza con il tema delle clausole generali, ciò grazie anche alla formulazione del *BGB* e agli spazi interpretativi che consente. Espressione paradigmatica di tale tendenza è la clausola di buona fede (*Treu und Glauben*) di cui al § 242, intorno alla quale, specie nel diritto di contratti, è stato costruito un imponente edificio dogmatico, grazie anche alle aperture della giurisprudenza⁴⁶. Si pensi, tra

disposizioni però, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello stato di diritto. Sulla progressiva emersione del principio: P. CARNEVALE, « ... *Al fuggir di giovinezza ... nel doman s'ha più certezza*» (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), cit., 3643 ss. in Corte Cost., 11 giugno 1999, n. 229, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2919; in *Cons. Stato*, 1999, II, 823; Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416, in *Giust. civ.*, 2000, I, 973; in *Giur. it.*, 2000, 678; Corte Cost., 22 novembre 2000, n. 525, in *Rass. trib.*, 2000, 1889; in *Foro it.*, 2000, I, 3397

⁴⁶ L'ordinamento tedesco disciplina la buona fede e la correttezza (*Treu und Glauben*) nei rapporti contrattuali al § 242 *BGB*. Tale previsione stabilisce che il debitore deve adempiere l'obbligazione nel modo conforme alla buona fede e alla correttezza nel rispetto degli obblighi della morale sociale. La norma, intesa come clausola generale, rappresenta un punto cardine dell'ordinamento tedesco. Attraverso di essa la giurisprudenza, incidendo sul carattere individualista del codice, ha introdotto numerosi istituti non previsti originariamente dal legislatore, consentendo di adeguare il *BGB* alle nuove istanze sociali (P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 240 ss.; A. GUARNIERI, *Clausole generali*, voce del *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II, Torino 1988, 403 ss.; A. BARENGHI, *Una pura formalità: A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata nel diritto tedesco*, nota a *BverfG* 19 ottobre 1993, BVR nn. 567/89 e 1044/89, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 197 ss.; P. SCHLECHTRIEM, *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, in *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto da M.J. Bonell. Saggi, conferenze e seminari*, n. 24, Roma 1997, 1 ss. reperibile anche sul sito www.cnr.it/CRDCS/frames24.htm). In questo modo sono stati disciplinati i doveri di protezione, l'obbligo di cooperazione e di informazione, l'abuso del diritto e si è assicurata l'estensione dell'efficacia del contratto nei confronti del terzo. L'abuso del diritto, in particolare, è stato ritenuto sussistente: nel caso in cui una parte abbia voluto acquistare un diritto tramite un comportamento disonesto, nell'ipotesi di violazione del dovere di buona fede in cui la parte perde il proprio diritto quale conseguenza della sua azione, allorché il contraente dovrà restituire la prestazione subito dopo che l'abbia ricevuta, nel caso di perseguimento di un interesse non meritevole di tutela o quando si pretenda di fare affidamento su un comportamento incoerente con la precedente condotta. Per quanto ampio sia l'impiego del principio della buona fede, essa non autorizza il giudice a sostituire gli effetti del contratto con quelli derivanti da un suo apprezzamento conforme ai doveri di correttezza. Il rischio comunque insito nel sistema è quello di un numero eccessivo di casi di comportamento considerato contrario alla buona fede, con la conseguenza della diminuzione della certezza dei rapporti. In tema di buona fede, nell'ordinamento tedesco è intervenuta la recente riforma del diritto delle obbligazioni (G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 8 s. Sul *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* in generale S. PATTI, *Il progetto di riforma del codice civile tedesco*, in G. ALPA-E. N. BUCCICO (a cura di), *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, cit., 235 ss.; C.-W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*. A cura di G. De Cristofaro, Padova 2003, 26 ss.). Il legislatore ha infatti provveduto a recepire gli orientamenti giurisprudenziali sui doveri di buona fede,

le varie ipotesi, al fenomeno della rinegoziazione dei contratti di durata colpiti da uno squilibrio sopravvenuto, le cui prime applicazioni si dovettero all'esigenza di far fronte ai drammatici fenomeni inflattivi che colpirono la Germania tra le due guerre mondiali⁴⁷. In tale contesto si colloca la questione del legittimo affidamento.

Dottrina e giurisprudenza, fin dall'inizio del Novecento, hanno riconosciuto la rilevanza di tale situazione giuridica anche nei riguardi del soggetto pubblico. Nonostante il ruolo assegnato alla buona fede nell'ordinamento tedesco, tuttavia, il fondamento dell'istituto è stato ricondotto al principio di certezza del diritto (*Rechtssicherheit*).

Secondo la Corte Costituzionale della Repubblica federale tedesca, elemento fondamentale dello Stato di diritto è la sicurezza giuridica⁴⁸. Ciò implica, in particolare, la tutela dell'affidamento del cittadino che ha posto la sua fiducia nella stabilità di un certo assetto normativo. In tal senso, l'affidamento legittimamente determinatosi costituisce un limite alla retroattività della legge. In applicazione di tale principio il legislatore non può introdurre effetti svantaggiosi per l'affidamento del cittadino quando la fattispecie giuridica si è completamente esaurita (retroattività in senso proprio). Tale dato lo si riscontra soprattutto nella legislazione tributaria. Parzialmente diverso è il caso della retroattività impropria, ovverosia, quando la legge, pur non essendo retroattiva, modifica una situazione giuridica che non ha ancora esaurito i suoi effetti. La tutela dell'affidamento, in questo caso, nasce dalla ponderazione dell'interesse alla modifica della normativa vigente e dell'interesse contrario dei destinatari al mantenimento di quella situazione. La soluzione risiede allora nel caso concreto, nel peso da attribuire ai valori in gioco. Tale costrutto viene utilizzato anche dalla giurisprudenza amministrativa, al fine di garantire la posizione del cittadino di fronte ai comportamenti irragionevoli della Pubblica Amministrazione⁴⁹.

La riflessione maturata dalle corti tedesche ha influenzato l'interpretazione del principio offerta dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

provvedendo a fornire loro una specifica base giuridica. È stato così introdotto un secondo comma nel § 241, che disciplina la pretesa del creditore nei riguardi del debitore scaturente dal rapporto obbligatorio. Ai sensi del nuovo comma, il contratto può obbligare ciascuna delle due parti ad avere attenzione per i diritti, i beni giuridici e gli interessi dell'altra. I doveri di protezione, finora ricondotti al § 242, ricevono in tal modo una espressa base normativa. In tale contesto, la *culpa in contrahendo* è ora espressamente disciplinata dai commi secondo e terzo del § 311. Va segnalato che l'intervento del legislatore è avvenuto pur sempre attraverso l'impiego di formule generali ed elastiche che, pur consacrando l'istituto o il principio elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, continuano a rimettere loro l'opera di concretizzazione delle singole fattispecie. Sul carattere irrinunciabile delle clausole generali per l'ordinamento giuridico: P. RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, L. CABELLA PISU - L. NANNI, (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova 1998, 29 ss.

⁴⁷ M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano 2002, 97 ss.

⁴⁸ Tra le diverse e numerose pronunce: BVerfGE, 3, 237 (sent. n. 15 del 18 dicembre 1953); BVerfGE, 7, 89 ss. (sent. n. 14 del 24 luglio 1957); BVerfGE, 15, 319 (sent. n. 30 del 14 marzo 1963); BVerfGE, 25, 167 ss. (sent. n. 20 del 29 gennaio 1969); BVerfGE, 27, 297 ss. (sent. n. 28 del 16 dicembre 1969); BVerfGE, 60, 267 (sent. n. 20 del 20 aprile 1982); BVerfGE, 86, 268 II, 327 (sent. n. 15 del 3.6.1992). Per una dettagliata analisi della giurisprudenza costituzionale dell'ordinamento tedesco fino agli anni sessanta, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 21 ss.; 85 ss. Sul tema cfr. altresì E. CASTORINA, «*Certezza del diritto*» e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio «comune», cit., 1194 ss.

⁴⁹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 85 ss. Nell'ordinamento tedesco, inoltre, l'art. 48 *Verfahrensgesetz* prevede che qualora la P.A. annulli d'ufficio o revochi (art. 49 *VwVfG*, che richiama il predetto art. 48) un provvedimento, amministrativo, in quanto è ritenuto prevalente l'interesse pubblico sull'affidamento ingenerato nel privato, è dovuto un risarcimento all'amministrato per il danno patrimoniale prodottosi per avere il soggetto confidato nella stabilità dell'atto. L'affidamento deve comunque essere meritevole di tutela di fronte all'interesse pubblico. Cfr. E. CASTORINA, «*Certezza del diritto*» e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio «comune», cit., 1196.

2. 3. L'elaborazione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Il legittimo affidamento costituisce un principio generale dell'ordinamento comunitario⁵⁰. Numerosissime sono le pronunce della Corte di Giustizia⁵¹ e del Tribunale di primo grado⁵² che da tempo e costantemente affermano la vigenza e il carattere fondamentale di tale canone. Il principio in questione viene considerato un corollario di quello della certezza del diritto, nell'ambito del quale viene individuato il suo fondamento⁵³. La concezione propria della Corte di Giustizia deriva direttamente dagli approfondimenti svolti dalla giurisprudenza tedesca, da cui ha mutuato non solo la struttura teorica e i profili operativi, ma anche la terminologia⁵⁴.

Quale principio generale dell'ordinamento comunitario, la protezione dell'affidamento legittimo riguarda non solo gli atti amministrativi ma anche quelli di carattere legislativo. Esso opera nei rapporti tra privati e le Istituzioni comunitarie⁵⁵ ma altresì tra gli Stati membri che aderiscono al sistema delle Comunità Europee, nonché nei riguardi dell'Amministrazione nazionale che è chiamata a dare attuazione alla normativa di matrice comunitaria⁵⁶. Il principio

⁵⁰ Al tema è dedicata la monografia di L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 153 ss. Sull'argomento, con particolare riguardo l'ordinamento italiano, F. CAPELLI, *La tutela del legittimo affidamento del diritto o comunitario e nel diritto italiano (con particolare riferimento alla normativa CEE in materia agricola)*, in *Dir. com. sc. int.*, 1989, 106 ss. R. CARANTA, *La "comunitarizzazione" del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 417 ss.; G. GRECO, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2000, 375 ss.; P. M. HUBER, *Aiuti ex art. 87 e 88 del Trattato CE 1999 e tutela dell'affidamento nel diritto comunitario e nel diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2000, 321 ss.

Sul rilievo dei principi generali nell'ordinamento comunitario: A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994, 521 ss.; C. MARINELLI, *I principi generali del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994, 957 ss.; J. MALERBE, *L'égalité en matière fiscale dans la jurisprudence de la cour de justice des Communautés européennes*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994, II, 883 ss.; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel Procedimento amministrativo - La legge n.241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991.

⁵¹ Tra le varie sentenze: Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, causa 112/77; Corte di Giustizia, 21 settembre 1983 in cause riunite 205-215/82; Corte di Giustizia, 19 maggio 1983, causa 289/81; Corte di Giustizia, 17 aprile 1997, causa C-90/95; Corte di Giustizia, 26 febbraio 1987, causa 15/85, e Corte di Giustizia, 20 giugno 1991, causa C-248/89. Una rassegna ragionata delle pronunce della Corte di Giustizia sui principi più rilevanti l'ordinamento comunitario è presente sul sito www.dottoratotributario.it/Bologna.htm: *L'applicazione dei principi generali elaborati dalla Corte di Giustizia al procedimento amministrativo ed al procedimento tributario*.

⁵² Trib. CE, 17 dicembre 1998, causa T-203/96; Trib. CE, 13 marzo 2003, n. 125, in *Foro amm.*, 2003, 842 (s.m.)

⁵³ In tali termini, espressamente: Corte di Giustizia, 19 settembre 2000, *Ampafrance and Sanofi*, causa C-177/99, 181/99; Corte di Giustizia, 18 gennaio 2001, *Commission/Spain*, causa C-83/99. In talune pronunce i due principi sono tra loro affiancati e considerati in un unico contesto, Corte di Giustizia, 21 settembre 1983, *Deutsche Milchkontor GmbH*, causa 205/82; Corte di Giustizia, 21 giugno 1988, *Commission/Italy*, 257/86; Corte di Giustizia, 8 giugno 2000, *Grundstückgemeinschaft Schloßstraße*, causa C-396/98.

⁵⁴ Cfr. E. CASTORINA, «Certezza del diritto» e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio «comune», cit., 1194 ss.; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 14; 85.

⁵⁵ Corte di Giustizia, 19 maggio 1983, causa 289/81; Trib. CE, 17 dicembre 1998, causa T-203/96; Corte di Giustizia, 19 maggio 1983, *Vasilis Mavridis/PE*, causa 289/81.

⁵⁶ Gli Stati membri devono rispettare il legittimo affidamento nell'esercizio dei poteri che conferiscono loro le direttive comunitarie: Corte di Giustizia, 1 aprile 1993, *Lageder and others/Amministrazione delle finanze dello Stato*, causa C-31/91; Corte di Giustizia, 3 dicembre 1998, *Belgocodex*, causa C-381/97.

del legittimo affidamento non può tuttavia essere invocato da uno Stato membro per sfuggire alle conseguenze di una decisione della Corte che ha dichiarato l'invalidità di un atto comunitario⁵⁷.

Presupposto necessario per dar luogo ad un'aspettativa tutelabile è un comportamento delle Istituzioni o degli Stati membri capace di far nascere l'affidamento⁵⁸. Tale comportamento, che in genere acquisterà i contorni dell'atto positivo, può consistere anche in un'inerzia ricollegabile alla mancata adozione di un atto sfavorevole al cittadino⁵⁹. In ogni caso acquisterà rilievo il lasso di tempo trascorso tra il comportamento che ha generato l'affidamento e la successiva condotta che ha inciso su di esso⁶⁰. Per contro, si è escluso il rilievo della prassi amministrativa⁶¹. In tal senso è stato ritenuto doveroso modificare la condotta costantemente osservata in passato allorché sulla fattispecie sia intervenuta una sentenza della Corte di Giustizia contraria alla precedente prassi⁶². Riguardo agli atti posti in essere dalle Istituzioni, per poter vantare un legittimo affidamento si deve trattare di un atto produttivo di effetti giuridici e suscettibile di impugnazione⁶³. È stata pertanto esclusa la rilevanza delle risoluzioni del Parlamento europeo⁶⁴. In ordine alle Direttive, che vincolano lo Stato membro all'adozione della normativa interna, la tutela dell'affidamento è stata ritenuta possibile allorché la Direttiva sia stata già recepita dallo Stato ovvero quando siano scaduti i termini per la sua attuazione⁶⁵. Inoltre, per poter beneficiare dell'affidamento è necessario che il destinatario dell'atto abbia agito con lealtà e prudenza. Si esclude pertanto la tutela non solo della parte che abbia provocato l'atto mediante indicazioni false o incomplete ma altresì di chi non abbia agito in maniera prudente⁶⁶. Il legittimo affidamento non può inoltre essere invocato da un'impresa che si sia resa colpevole di una violazione manifesta della normativa vigente⁶⁷.

La sua tutela non assume peraltro carattere assoluto, dovendosi contemperare tale esigenza con gli altri interessi eventualmente confliggenti. In questo senso va rimarcato che il perseguimento delle finalità dei Trattati, specie negli ambiti in cui le Istituzioni godono di una

⁵⁷ Corte di Giustizia, 19/09/2000, *Ampafrance and Sanofi*, causa C-177/99, 181/99. Diversamente, si rimetterebbe in discussione la possibilità dei singoli di essere tutelati contro un comportamento dei pubblici poteri che risulterebbe fondato su norme illegittime.

⁵⁸ Corte di Giustizia, 19 maggio 1983, *Vasilis Mavridis/PE*, causa 289/81; Corte di Giustizia, 15 aprile 1997, *The Irish Farmers Association e a./Minister of Agriculture, Food and Forestry, Ireland*, causa 22/94.

⁵⁹ Corte di Giustizia, 1 ottobre 1987, *Regno Unito/Commissione CE*, causa 84/85. In altre pronunce, peraltro, la Corte ha negato rilevanza al comportamento omissivo: Corte di Giustizia, 1 giugno 1994, *Commissione CE/Repubblica federale di Germania*, causa 317/92.

⁶⁰ Corte di Giustizia, 26 febbraio 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commissione CE*, causa 15/85.

⁶¹ Corte di Giustizia, 15 dicembre 1982, *Hauptzollamt Krefeld/Maizena GmbH*, causa 5/82; Corte di Giustizia, 26 aprile 1988, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas/Ditta P. Krücken*, causa 316/86; Corte di Giustizia, 14 febbraio 1990, *Société française des Biscuits Delacre e a./Commissione CE*, causa 350/88.

⁶² Corte di Giustizia, 5 ottobre 1988, *Remo Padovani ed eredi Otello Mantovani/Amministrazione delle finanze dello Stato*, causa 210/87.

⁶³ Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, *Commissione CE/ Consiglio CE*, causa 81/72; Corte di Giustizia, 30 giugno 1992, *Repubblica italiana/Commissione CE*, causa 47/91.

⁶⁴ Corte di Giustizia, 11 luglio 1985, *Vittorio Salerno e a./Commissione CE e Consiglio CE*, cause 87/77, 130/77, 22/83, 9/84 e 10/84.

⁶⁵ Corte di Giustizia, 5 aprile 1979, *procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, causa 148/78.

⁶⁶ Corte di Giustizia, 15 aprile 1997, *The Irish Farmers Association e a./Minister of Agriculture, Food and Forestry, Ireland*, causa 22/94.

⁶⁷ Secondo Trib. CE, 13 marzo 2003, n. 125, in *Foro amm.*, cit., 842 (s.m.) non può avvalersi del legittimo affidamento il beneficiario di un contributo parzialmente revocato che non abbia rispettato una condizione essenziale alla quale era subordinata la relativa concessione. In relazione al potere di revoca o riduzione, il mancato rispetto, da parte della Commissione, del «termine ragionevole» non giustifica un annullamento automatico della decisione di revoca.

certa discrezionalità, esclude in genere la fondatezza dell'affidamento⁶⁸. Così accade in relazione alla politica agricola⁶⁹, agli aiuti di Stato⁷⁰, con riguardo alle misure relative al mercato comune⁷¹. Scelta discrezionale non vuol dire peraltro scelta libera o illogica. Le Istituzioni sono tenute a dare conto delle soluzioni adottate. A disporlo è l'art. 253 (ex 190) del Trattato CE, che prescrive l'obbligo di motivazione per gli atti comunitari.

Se questo è il quadro storico che ha dato rilievo al principio del legittimo affidamento, i diversi orientamenti non esprimono una medesima concezione del principio, distinguendosi sul piano teorico differenti ricostruzioni del canone in oggetto. Se si è dato per assunto che il legittimo affidamento con riguardo ai rapporti di rilievo pubblicistico discenda dalla buona fede, diversa opinione riconduce il principio alla certezza del diritto, elemento fondante dello Stato moderno. Sulla questione è opportuno ritornare poiché le due visioni possono dar luogo ad applicazioni differenti del principio.

2. 4. Il fondamento dell'istituto.

Le costruzioni enucleate per dare fondamento al legittimo affidamento generato dall'Autorità pubblica e dall'Amministrazione, in particolare, sono essenzialmente due⁷². La prima poggia sulla nozione ampia e generale della buona fede. La seconda si richiama al principio altrettanto generale, ma di diversa rilevanza, della certezza del diritto, proprio della concezione moderna dello Stato di diritto. Ad esse possono affiancarsi le concezioni che hanno cercato di ricondurre il legittimo affidamento e, più in generale, la buona fede alle disposizioni costituzionali.

2. 4. 1. Il legittimo affidamento quale precipitato della buona fede.

⁶⁸ Corte di Giustizia, 23 novembre 1999, n. 149, *Rep. Portogallo c. Consiglio Ue*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, 997 con nota di Ruotolo ha ritenuto che la circostanza che una decisione rientrante nella politica commerciale ai sensi dell'art. 133 par. 4 Trattato CE, di conseguenza adottabile a maggioranza qualificata, sia stata assunta malgrado l'opposizione in Consiglio di alcuni Stati membri, non costituisce violazione del principio della leale collaborazione tra Stati membri ed istituzioni comunitarie. Non costituisce, altresì, violazione del principio del legittimo affidamento la modifica di norme giuridiche dettata dal mutamento di situazioni di fatto legate alla congiuntura economica.

⁶⁹ Corte di Giustizia, 14 febbraio 1990, *Société française des Biscuits Delacre e a./ Commissione CE*, causa 350/88.

⁷⁰ Corte di Giustizia, 5 ottobre 1994, *Repubblica federale di Germania/Commissione CE*, causa 400/92.

⁷¹ Corte di Giustizia, 5 ottobre 1994, *Repubblica federale di Germania/Consiglio CE*, causa 280/93; Corte di Giustizia, sez. V, 5 ottobre 1994, n. 133, *Antonio Antonio Crispoltoni e a./ Fattoria Autonoma Tabacchi e Donatab Srl*, cause 133/93, 300/93 e 362/93, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 847. Pur essendo il principio del legittimo affidamento da iscriverne tra i principi fondamentali della comunità, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle istituzioni comunitarie, specialmente in un settore come quello delle organizzazioni comuni di mercato il cui scopo implica un costante adattamento in funzione dei mutamenti della situazione economica; gli operatori economici non possono far valere un diritto quesito alla conservazione di un vantaggio loro derivante dall'istituzione dell'organizzazione comune dei mercati e del quale hanno fruito in un determinato momento.

⁷² Il tema è diffusamente trattato in: F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 9 ss. Cfr. altresì F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 113 ss.

Nella prima accezione il legittimo affidamento rappresenterebbe il precipitato alla buona fede, principio diffuso in ogni branca dell'ordinamento e noto sin dai tempi del diritto romano⁷³. Tale costruzione si rinviene sia nella dottrina italiana⁷⁴ che in quella spagnola⁷⁵.

Secondo i suoi assunti fondamentali, il principio di buona fede oggettiva o correttezza permea ogni ambito dell'ordinamento giuridico. Esso, infatti, fa parte dei principi fondamentali del diritto che svolgono una funzione integrativa delle norme positive, le quali non possono disciplinare ogni possibile evenienza. Ecco, quindi, che il dovere di buona fede impone ad ogni soggetto giuridico, sia esso persona fisica o giuridica, privata o pubblica, di comportarsi lealmente nel compimento di atti giuridicamente rilevanti in grado di riverberare i loro effetti nella sfera giuridica altrui. La massima espressione della necessità di rispettare il canone di buona fede si pone all'interno del rapporto giuridico. La correttezza, in particolare, opera non solo al momento della sua nascita, così come nel corso del suo svolgimento, ma altresì nella fase precedente al sorgere del rapporto. In tale contesto, la necessità di tutelare l'altrui legittimo affidamento, derivante dalla propria condotta, costituisce una delle possibili applicazioni del dovere di buona fede.

Accedendo a tale concezione, che richiama i principi generali dell'ordinamento, non sarebbe necessario alcun fondamento legislativo o costituzionale dell'istituto. Nella sua formulazione pura, essa assume un carattere "estensivo", che dovrebbe indurre a ritenere che il legittimo affidamento sia sempre tutelato ogni qual volta ne sia accertata l'esistenza. La considerazione sistemica dei principi generali, tuttavia, consente di affermare che non esistono principi assoluti o, quanto meno, possono in concreto verificarsi casi in cui più principi di pari grado confliggano tra loro. Ne consegue, quindi, la necessità della loro ponderazione.

2. 4. 2. Il legittimo affidamento e il principio di certezza del diritto.

Diversa opinione fa derivare il legittimo affidamento nei riguardi del soggetto pubblico dal principio di certezza del diritto (*Rechtssicherheit*) proprio dello Stato moderno⁷⁶. Tale espressione sta a significare non tanto la prevedibilità legale ma la sicurezza delle situazioni giuridiche soggettive. L'esigenza di tutelare la sicurezza giuridica si tradurrebbe così per il cittadino in tutela dell'affidamento.

Siffatta tutela, pertanto, non costituisce un principio diffuso e trasversale dell'ordinamento giuridico ma un valore interno allo Stato. Per la sua protezione è necessario un precedente comportamento della Pubblica Amministrazione o del legislatore. Alla

⁷³ A favore di tale concezione si pone espressamente F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 9 ss.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ J. GONZALES PEREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid 1983, cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 9 ss.

⁷⁶ *Amplius*: F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 21 ss.; 35 ss. Sul tema della certezza del diritto: P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942, 345 ss.; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1943, 87 ss.; F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a cura di G. Astuti e con appendice di M. Corsale, Milano 1968; G. FRANCHI-F. BERTI ARNOALDI VELI-G. CONSO, *Certezza del diritto e legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, IV, 1970, 3; A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto. Profili applicativi*, voce dell'*Enc. giur.*, VI, Roma 1988; M. CORSALE, *Certezza del diritto*, voce dell'*Enc. giur.*, VI, Roma 1988; S. COTTA, *La certezza del diritto. Una questione da chiarire*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, 321 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, voce del *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II, Torino 1988, 275 ss.;

giurisprudenza è riconosciuto il ruolo di individuazione dei casi di affidamento tutelabile del cittadino.

Dati i suoi assunti, tale concezione risulta quindi “restrittiva”, in quanto legata al rispetto di determinati presupposti che spetta al giudice accertare. Elaborata dalla giurisprudenza tedesca, tale costruzione è stata in seguito recepita dagli orientamenti della Corte di Giustizia e dalla giurisprudenza francese (*principe de confiance légitime*)⁷⁷.

2. 4. 3. La ricerca del fondamento costituzionale della tutela del legittimo affidamento e della buona fede nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano.

Con riferimento particolare all'ordinamento italiano, accanto alla buona fede quale regola generale presente in ogni ambito del sistema giuridico e al principio di certezza del diritto si affiancano quelle ricostruzioni che hanno cercato di ricondurre il legittimo affidamento e la rilevanza, in genere, delle regole di correttezza e di buona fede alle previsioni della Carta Costituzionale.

La giurisprudenza costituzionale ha riferito il legittimo affidamento all'art. 3 della Carta fondamentale⁷⁸. Secondo la Consulta, il principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica - quale elemento essenziale dello Stato di diritto, viene ricondotto al principio di eguaglianza dinanzi alla legge, *sub specie* del rispetto del canone della ragionevolezza, di cui all'art. 3, comma primo, Cost. Tale principio sarebbe immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico. Il costrutto sembra accogliere l'impostazione della Corte Costituzionale tedesca allorquando apertamente fa riferimento al principio della sicurezza giuridica.

Oltre a tale significativo ed autorevole orientamento, è necessario riferire di due opinioni dottrinarie che hanno ipotizzato la sistemazione della buona fede nell'ambito del diritto amministrativo con riferimento a due diverse norme della Carta Costituzionale, l'art. 97 e l'art. 2.

La prima teoria fa derivare la buona fede dall'art. 97 Cost. e dal principio di imparzialità⁷⁹. Presupposto del costrutto è che l'Amministrazione ricopre il ruolo di parte imparziale che deve necessariamente tener conto delle posizioni soggettive di coloro che sono interessati all'esercizio di una determinata funzione di cui è titolare l'Autorità pubblica. Ne consegue che la funzione amministrativa deve essere ispirata ad un rapporto di collaborazione tra Amministrazione e cittadini, che si esplicita nella necessità di osservare reciprocamente una condotta leale, ovvero sia di rispettare le regole di buona fede.

Altra dottrina ha richiamato invece l'art. 2 Cost. e il dovere di solidarietà⁸⁰. Così declinato, il principio esprimerebbe il dovere di esercitare i diritti con modalità tali da non comportare un sacrificio eccessivo dell'altrui sfera giuridica (*neminem laedere*). Come

⁷⁷ *Tribunl administratif de Strasbourg*, 8 dicembre 1994; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 417 ss., con nota di R. CARANTA, *La “comunitarizzazione” del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*; in *Act. jur. dr. adm.*, 1995, 555; in *Rev. fr. dr. adm.*, 1995, 963, con nota di M. HEERS, *La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime*.

⁷⁸ Corte Cost. 4 novembre 1999, n. 416, in *Giur. cost.*, 1999, 3625 ss. Il ragionamento è fatto proprio e sviluppato dalla Corte di Cassazione, Cass. civ., sez. trib., 10 dicembre 2002, n. 17576, in *Foro it.*, 2003, I, 1104 ss.

⁷⁹ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 274 ss. Alla questione fa cenno F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, cit., 248.

⁸⁰ F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 114 ss. L'Autore riprende le tesi di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1973, 150 ss.; 174.

qualunque soggetto dell'ordinamento, né il legislatore né l'Amministrazione potrebbero sottrarsi alla sua osservanza.

2. 4. 4. La preferenza per il modello ancorato alla buona fede.

A fronte delle varie opzioni interpretative deve darsi preferenza al modello che riconosce nella buona fede il fondamento primo ed ultimo del legittimo affidamento. Tale soluzione appare la migliore sul piano della teoria generale e della ricostruzione sistemica dell'ordinamento. Deve infatti osservarsi che concettualmente l'affidamento generato dalla Pubblica Amministrazione non si distingue dall'affidamento del legislatore, né da quello dei privati o dello Stato che opera sul piano del diritto internazionale. Se molteplici sono gli ambiti di rilevanza e diversi tra loro sul piano delle coordinate giuridiche e dell'ordinamento giuridico di riferimento, ovunque l'affidamento si manifesta con le medesime caratteristiche. Ciò posto, sia la costruzione della certezza del diritto che quella dell'ancoraggio alla Carta Costituzionale, in quanto proprie unicamente di una data dimensione statutale, presentano una limitata capacità esplicativa. La chiave di lettura della buona fede, come principio immanente in ogni sistema giuridico, anzi quale regola pregiuridica, comune a tutti i rapporti sociali, appare maggiormente idonea a fondare l'istituto dell'affidamento⁸¹. Com'è noto, la buona fede disciplinata dei codici moderni è il frutto di una lunga elaborazione che trae origine dalle fonti romane⁸² e dalla pratica che della *bona fides* fecero gli operatori del diritto comune grazie anche gli influssi del diritto canonico e della morale cattolica⁸³. In ciò non va sottaciuto che i rapporti civili, ove l'affidamento ha trovato la sua piena espressione, presentano una chiara vocazione alla extrastatualità⁸⁴.

Giungere a tale conclusione non vuol dire escludere che il principio dell'affidamento informi e permei lo Stato di diritto nella sua prospettiva di certezza, né che vi possa essere anche un fondamento costituzionale del suo canone e della buona fede⁸⁵. Altra cosa, tuttavia, è affermare che il legittimo affidamento sia una creazione dello Stato moderno o delle

⁸¹ S. ROMANO, *Buona fede (Diritto privato)*, voce dell'*Enc. dir.*, III, cit., 679 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, voce del *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II, Torino 1993, 154 ss.; M. BESSONE - A. D'ANGELO, *Buona fede*, voce dell'*Enc. giur.*, V, Roma 1988. Di correttezza si discute anche con riferimento agli organi costituzionali e alla natura delle regole che permeano i loro rapporti, S. ROMANO, *Diritto e correttezza*, in *Scritti minori*, I, Milano 1950, 251 ss.; P. BARILE, *La costituzione come norma giuridica*, Firenze 1951, 14; G. TREVES, *Convenzioni costituzionali*, voce dell'*Enc. dir.*, X, Milano 1962, 735 ss.; G. TREVES, *Correttezza costituzionale*, voce dell'*Enc. dir.*, X, Milano 1962, 524 ss. Per un'analisi delle questioni con particolare riguardo al raffronto col sistema tedesco, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 41 ss.

⁸² L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, voce del *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, cit., 156.

⁸³ G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, voce del *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II, Torino 1993, 133 ss.; L. SCAVO LOMBARDO, *Buona fede (Diritto canonico)*, voce dell'*Enc. dir.*, V, Milano 1959, 664 ss.

⁸⁴ Sul punto, esemplare e celeberrimo, il saggio di F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, III, t. II, Milano 1960, 753 ss. ma analoghe considerazioni sono riprese in altri saggi come: *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi giuridici*, III, t. II, cit., 559 ss.; *Esame di coscienza di un giurista europeo*, in *Studi giuridici*, III, t. II, cit., 768 ss. Sulla figura e il pensiero di Vassalli, G. B. FERRI, *Filippo Vassalli o del diritto civile come opera d'arte*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 85 ss.

⁸⁵ P. CARNEVALE, « ... Al fuggir di giovinezza ... nel domani s'ha più certezza » (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), cit., 3646 sottolinea «come la positivizzazione di un principio generale dell'ordinamento non vale a negare l'eccedenza di contenuto assiologico o deontologico che lo condotta». Tale fondamento costituzionale potrebbe anzi servire a un più sicuro riconoscimento del principio.

Costituzioni. La tutela dell'affidamento, infatti, preesiste alla nascita dello Stato⁸⁶. La stessa Corte di Cassazione, pur richiamando il dettato dell'art. 3 della Carta Costituzionale, afferma, in ultima istanza, che il principio in questione risulta mutuato da quelli civilistici della buona fede e dell'affidamento incolpevole nei rapporti fondati sulla autonomia privata⁸⁷. La lettura del fondamento del legittimo affidamento nell'ottica esclusiva della certezza del diritto appare dunque riduttiva, frutto di una visione hegeliana e positivista della multiforme dimensione giuridica, secondo cui è "Diritto" solo ciò che esiste all'interno allo Stato ed è creato da esso. La dimensione giuridica, tuttavia, non si esaurisce nello Stato ed è senz'altro ad esso preesistente⁸⁸.

2. 5. La struttura complessa della fattispecie: le condizioni che consentono il rilievo del principio. Il comportamento dell'Amministrazione e quello del cittadino.

Dopo aver trattato delle diverse teorie sul fondamento dell'istituto, è necessario affrontare l'affidamento legittimo nella sua fattispecie strutturale. Si tratta di un profilo forse non sufficientemente esaminato. A fornire importanti elementi chiarificatori è giunta recentemente una dettagliata pronuncia della Suprema Corte di Cassazione⁸⁹, avente carattere quasi monografico, che ha esplicitato la struttura complessa della fattispecie. Pur riferendosi all'ambito tributario, il ragionamento della Suprema Corte è suscettibile di essere esteso ad ogni ambito dell'azione amministrativa. Ciò considerando l'amplissimo *excursus* svolto nel corso della parte motiva della pronuncia, che riconduce il legittimo affidamento ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e dell'azione amministrativa in particolare.

Secondo la Suprema Corte i presupposti che integrano una situazione di legittimo affidamento del cittadino di fronte all'azione dell'Amministrazione sono essenzialmente due⁹⁰.

Il primo fa riferimento alla condotta della P.A. L'affidamento deve infatti scaturire da un'attività dell'Amministrazione idonea a determinare una situazione di "apparente" legittimità e "apparente" coerenza dell'attività in senso favorevole al cittadino. Se la legittimità è solo apparente vuol dire che il comportamento dell'Amministrazione è stato realizzato in violazione delle regole che presidono lo svolgimento della sua attività. Diversamente, la legittimità sarebbe effettiva. Ma questo dato da solo non basta. L'atto illegittimo è infatti destinato ad essere rimosso dall'ordinamento giuridico. È allora necessario un *quid pluris* su cui poggiare l'affidamento del cittadino. Il parametro in tal senso

⁸⁶ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 9 sottolinea come la buona fede e la tutela dell'affidamento non sono prodotti delle Costituzioni moderne.

⁸⁷ Cass. civ., sez. trib., 10 dicembre 2002, n. 17576, in *Foro it.*, cit., 1104 ss.

⁸⁸ Tale consapevolezza, che spesso si perde di vista, era ben nota all'uomo medievale (P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, 7 ed., Roma-Bari 2000) ed è rimasta sempre viva almeno fino all'età delle codificazioni, ID., *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, 83 ss.

⁸⁹ Cass. civ., sez. trib., 10 dicembre 2002, n. 17576, in *Foro it.*, cit., 1104 ss.

⁹⁰ Il terzo fattore, in realtà, riassume taluni indici di rilevanza dei due presupposti principali che sono il comportamento dell'Amministrazione e quello del cittadino. Secondo la Corte di Cassazione, infatti, al terzo punto deve registrarsi «l'eventuale presenza di circostanze specifiche del caso concreto e "rilevanti", idonee, cioè, a costituire altrettanti "indici" della sussistenza o dell'insussistenza dei predetti presupposti: fra tali "circostanze" vanno annoverate, ad esempio, la situazione normativa astrattamente idonea a disciplinare la concreta fattispecie, nella quale si inseriscono le "condotte" dell'Amministrazione finanziaria e del contribuente e sulla (interpretazione ed applicazione della) quale potrebbe incidere il principio del legittimo affidamento; ovvero, lo stesso fluire del tempo, quale indice della "coerenza" dell'azione amministrativa tributaria e/o dell'affidamento del contribuente e/o del "consolidamento" della situazione giuridica soggettiva favorevole a quest'ultimo».

determinante è quello della coerenza, che presuppone il rispetto dei doveri della collaborazione e della buona fede. Per dar luogo ad affidamento il comportamento dell'Amministrazione deve quindi essere stato apparentemente costante e non contraddittorio, così che il suo mutamento costituisca un'ingiustificata violazione dell'affidamento della controparte.

Il secondo profilo concerne la posizione del cittadino. A fronte del comportamento dell'Amministrazione si deve riscontrare la conformazione "in buona fede", intesa in senso soggettivo, del cittadino, ovvero sia l'"affidamento" alla situazione giuridica "apparente". Non ogni affidamento è tuttavia tutelabile. Per poter assurgere a posizione qualificata, esso deve collocarsi nel contesto di una condotta anteriore, contemporanea e successiva all'attività dell'Amministrazione, connotata dall'assenza di qualsiasi violazione del generale dovere di correttezza gravante sul medesimo cittadino. Alla buona fede in senso soggettivo, data dalla convinzione dell'*apparentia iuris*, deve quindi cumularsi la buona fede oggettiva, ovvero sia l'apparenza deve coesistere con una condotta caratterizzata dal rispetto dei doveri di buona fede che gravano su tutti i soggetti giuridici. Solo così l'affidamento potrà dirsi "legittimo".

Con l'affidamento legittimo si rappresenta l'interesse alla tutela di una certa situazione giuridica ingenerata da un precedente comportamento della P.A. che abbia indotto il cittadino a confidare nel conseguimento di un dato risultato. La valutazione cui l'interprete è chiamato ad effettuare è pertanto duplice, potremmo dire bifasica, considerando la stretta connessione tra i due momenti: da un lato l'attività dell'Amministrazione, dall'altro la posizione del cittadino. L'affidamento, in tal senso, presuppone un previo comportamento da parte dell'Amministrazione in grado di influenzare la posizione della controparte.

2. 5. 1. Il comportamento dell'Amministrazione idoneo a determinare l'altrui affidamento nei riguardi del singolo e della generalità dei consociati.

Il primo elemento della fattispecie è costituito da un'attività posta in essere dall'Autorità pubblica. Il convincimento del privato in ordine alla legittimità della propria posizione scaturisce infatti dall'essersi precedentemente relazionato con la controparte pubblica. In tal senso l'affidamento deriva necessariamente da una condotta altrui. È del tutto evidente che per poter essere tutelato l'affidamento debba derivare da un comportamento del soggetto nei cui riguardi se ne reclama il riconoscimento. L'affidamento che si basasse sul comportamento di un terzo o su di una rappresentazione della realtà frutto di un mero errore, cui fosse estraneo il comportamento altrui, non sarebbe meritevole di tutela dinanzi alla controparte. Nei riguardi di questa, infatti, nulla sarebbe rimproverabile se il suo comportamento non rispettasse un affidamento cui fosse del tutto estranea. La disciplina dell'errore, inoltre, rileva nei limiti delle specifiche previsioni di legge che riconoscono tale vizio, mentre il comportamento del terzo potrà eventualmente rilevare come fonte di responsabilità extracontrattuale. In tal senso può sostenersi che l'affidamento deve essere "imputabile", sul piano causale, alla parte nei cui riguardi si pretende invocare la tutela.

Se questo è vero, non si può pretendere la protezione dell'affidamento a fronte di qualsiasi comportamento posto in essere dall'Amministrazione e dai suoi funzionari. La condotta dell'Amministrazione per dar luogo ad un affidamento legittimo, che sia quindi tutelabile, deve rispettare determinati canoni che sono stati evidenziati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Innanzitutto va chiarito che l'affidamento sorge di regola in relazione agli atti favorevoli al cittadino, ampliativi della sua sfera giuridica. È difficile infatti discorrere di

affidamento in relazione agli atti sfavorevoli. Riguardo ad essi non vi è in genere un interesse alla loro conservazione e pertanto non può esservi affidamento, ancor più se l'atto si riveli in seguito illegittimo. L'affidamento concerne le condotte favorevoli al privato.

Tale elemento non è sufficiente poiché è necessario che il comportamento sia stato posto in essere dall'organo competente. Non potrebbe infatti radicarsi un affidamento legittimo se la condotta fosse realizzata da un soggetto sfornito astrattamente del potere di realizzare quella determinata condotta sulla quale la controparte ha posto la propria fiducia⁹¹. Nell'ipotesi che l'atto sia stato adottato da un organo collegiale, questo deve essere stato regolarmente composto⁹².

Alla fattispecie dell'affidamento non è inoltre indifferente il fattore tempo⁹³. Un significativo lasso di tempo trascorso dal momento in cui è stata realizzata la condotta sulla quale si basa l'affidamento del cittadino, accompagnato dall'inerzia dell'Amministrazione o dalla reiterazione del comportamento, rappresenta un ulteriore elemento a favore del consolidamento della fattispecie.

A fronte di tali premesse generali, con l'intento di ricostruire e di dare sistema ai diversi casi che l'attività pubblica ha lasciato emergere, è possibile distinguere il comportamento della Pubblica Amministrazione che si è rivolto nei confronti del singolo destinatario del provvedimento da quello indirizzato alla generalità dei consociati⁹⁴.

Nei confronti del singolo il comportamento dell'Amministrazione può innanzitutto sostanziarsi nella dazione di informazioni che in seguito si rivelino inesatte. A tale ipotesi deve affiancarsi il caso della promessa. La condotta dell'Amministrazione può inoltre materializzarsi direttamente nell'adozione di un atto illegittimo favorevole al cittadino. I due ambiti delineati differiscono notevolmente in ordine alle aspettative che il cittadino può vantare. Se vi è stata l'emanazione di un atto, sia pure illegittimo, a fronte del potere di annullamento o di revoca vi sarà un interesse alla conservazione del provvedimento. La tutela risarcitoria avrà un carattere soltanto sussidiario. Riguardo alle informazioni o alle promesse,

⁹¹ Secondo Cass. civ., sez. lav., 2 novembre 1998, n. 10956, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2241 la deliberazione assunta dall'organo deliberante di un ente pubblico di stipulare un contratto non ha effetti nei riguardi dei terzi in quanto semplicemente preparatoria del futuro contratto, che dovrà essere stipulato dall'organo rappresentativo, mediante sottoscrizione, unitamente alle controparti, del relativo atto scritto, salvi gli eventuali controlli o approvazioni (pur non potendosi escludere la configurabilità in casi specifici di responsabilità precontrattuale dell'ente pubblico, in relazione a comportamenti idonei ad ingenerare un ragionevole affidamento nel privato interessato). Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che, in caso di interruzione di rapporto di collaborazione professionale instauratosi di fatto sulla base della sola deliberazione interna, aveva escluso il diritto dei terzi al risarcimento del danno da mancata prosecuzione del rapporto, salva l'eventuale azione di arricchimento senza causa.

⁹² T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 20 marzo 1991, n. 79, in *T.A.R.*, 1991, I, 1796.

⁹³ Secondo il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. VI, 29 marzo 1996, n. 520, in *Cons. Stato*, 1996, I, 510 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 1998, n. 161, in *Cons. Stato*, 1998, I, 267 (s.m.)) è illegittimo l'annullamento d'ufficio disposto dall'Amministrazione senza aver prima comparato l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata con quello del privato alla permanenza della situazione presunta illegittima in virtù dell'affidamento ingenerato da pregresse disposizioni. In tale valutazione non è indifferente il fattore tempo. La tutela dell'affidamento implica infatti un'approfondita motivazione dell'autotutela quando essa intervenga dopo un lungo periodo di tempo, tale da consolidare la posizione acquisita, non se ne deve dar puntigliosa contezza, invece, quando il breve tempo trascorso e l'incertezza o l'erroneità della posizione non fondino alcun serio affidamento in capo all'interessato, Cons. St., sez. V, 18 ottobre 1996, n. 1253, in *Foro amm.*, 1996, 2892 (s.m.). Sulla stessa linea T.A.R. Toscana, sez. I, 22 giugno 1999, n. 504, in *Foro amm.*, 2000, 1432 (s.m.), l'esercizio del potere di autotutela a distanza di svariati anni, il cui decorso ha ingenerato un legittimo affidamento degli interessati, va congruamente motivato sull'attualità dell'interesse pubblico in raffronto all'interesse privato toccato.

⁹⁴ La distinzione è formulata da F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 156 ss.

viceversa, non vi può essere un obbligo ad emanare un atto illegittimo. La tutela, pertanto, opererà sul piano della responsabilità.

Con riferimento alla generalità dei consociati vanno invece annoverate la prassi amministrativa⁹⁵ e le circolari interne. Ci si chiede, in tal senso, se l'Amministrazione possa modificare la sua prassi sulla base della propria potestà organizzativa, sacrificando la posizione del cittadino che aveva fatto affidamento su un determinato *modus operandi* dell'Amministrazione.

Sul piano squisitamente normativo la prassi e le circolari costituiscono delle fonti meramente interne all'organizzazione amministrativa, in quanto poste in essere dalla stessa Amministrazione al fine di chiarire l'ambito applicativo delle norme primarie e regolamentari (le circolari) o in quanto il frutto della consolidata reiterazione di taluni comportamenti (la prassi). Anche se su di esse si basa la concreta e quotidiana applicazione delle norme di legge nell'ambito degli uffici pubblici, né la prassi né le circolari possono essere richiamate per disapplicare norme primarie o regolamentari dell'ordinamento giuridico. Ciò non vuol dire che l'ordinamento sia indifferente nei riguardi di tali fonti. Il loro rilievo può desumersi in sede di sindacato dell'atto amministrativo, sotto il profilo dell'eccesso di potere e delle figure sintomatiche che ad adesso dà luogo. È peraltro controverso se la prassi o le circolari possano essere poste a fondamento della tutela dell'affidamento che il cittadino aveva posto in esse.

Riguardo alla prassi è necessario distinguere la prassi legittima da quella illegittima⁹⁶. La prima locuzione sta ad indicare che il comportamento non contrasta con norme primarie e secondarie che regolano l'azione amministrativa. In caso contrario, la prassi risulta illegittima. Solo nei riguardi della prima ipotesi può porsi, evidentemente, la questione del rilievo dell'affidamento e della conservazione della situazione giuridica. Nei confronti della prassi illegittima, viceversa, potrebbe soltanto prospettarsi il rilievo della sua tolleranza. A tal fine la dottrina ha distinto l'ipotesi dell'instaurazione di un rapporto di durata a prestazioni corrispettive sulla base di un provvedimento amministrativo viziato, dalla tolleranza di attività vietate. Nel primo caso, la natura del rapporto dovrebbe consentire il rilievo della buona fede sul piano della salvezza degli effetti già prodottisi. Al contrario, l'attività vietata, anche se tollerata, non genera alcun legittimo affidamento. La reiterazione di un comportamento illegittimo non può far nascere alcuna aspettativa in ordine alla sua conservazione⁹⁷. Fatte tali necessarie premesse, se in ambito comunitario la Corte di Giustizia ha escluso la rilevanza della prassi⁹⁸, nell'ordinamento italiano la giurisprudenza amministrativa⁹⁹ e ordinaria¹⁰⁰

⁹⁵ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano 1950, 251 ss.; L. MAJORANO, *Appunti per una teoria della prassi amministrativa*, Bari 1975; A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, Padova 1979, 249 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 5 ed., Milano 2003, 487 s.

⁹⁶ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 181 ss.

⁹⁷ Cons. St., sez. IV, 31 marzo 1965, n. 311, in *Foro amm.*, 1967, I, 2, 107; Cons. St., sez. IV, 7 aprile 1965, n. 324, in *Foro amm.*, 1965, I, 2, 441.

⁹⁸ In tal senso è stata ritenuta irrilevante la prassi ai fini della configurazione di un legittimo affidamento e si è giudicato doveroso modificare la condotta da costantemente tenuta allorquando sulla fattispecie sia intervenuta una sentenza della Corte di Giustizia contraria alla precedente prassi. Corte di Giustizia, 15 dicembre 1982, *Hauptzollamt Krefeld/Maizena GmbH*, causa 5/82; Corte di Giustizia, 26 aprile 1988, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas/Ditta P. Krücken*, causa 316/86; Corte di Giustizia, 5 ottobre 1988, *Remo Padovani ed eredi Otello Mantovani/Amministrazione delle finanze dello Stato*, causa 210/87; Corte di Giustizia, 14 febbraio 1990, *Société française des Biscuits Delacre e a./Commissione CE*, causa 350/88.

⁹⁹ Secondo T.A.R. Toscana, sez. II, 31 maggio 2002, n. 1155, in *Foro amm.*, 2002, I, 3215 ss. con nota di L. GILI, *Sulla rimessione in termini per errore scusabile nel processo amministrativo e sui valori così tutelati*, se l'Amministrazione ha in passato ammesso l'interessato ad un certo concorso valutando un diverso titolo, pur non previsto in bando, si configura un legittimo affidamento e un errore scusabile del concorrente che giustifica la rimessione in termini dello stesso per l'impugnativa del bando se questo sia assolutamente inequivoco nel

hanno talvolta riconosciuto, a determinate condizioni, tale rilievo. Pur non essendo fonte del diritto, poiché il comportamento dell'Amministrazione difetta sia della *voluntas populi* che dell'*opinio iuris et necessitatis* proprie della consuetudine, l'Amministrazione non può discostarsi dall'osservare la propria prassi senza addurre un'ideale giustificazione¹⁰¹. Diversamente essa incorre nel vizio di eccesso di potere.

Discorso analogo può effettuarsi con riferimento alle circolari¹⁰². Il termine "circolare", come è noto, non indica un dato atto normativo all'interno delle fonti, rappresentando più semplicemente un testo scritto che racchiude un contenuto destinato a una pluralità di destinatari¹⁰³. Anche qui può essere riproposto il distinguo fondato sul canone della legittimità. La circolare illegittima sarà sempre disapplicabile e non vincolante mentre quella legittima potrà dar luogo al vizio di eccesso di potere in caso di sua violazione. Tuttavia, l'Amministrazione potrà disattendere la circolare senza incorrere in alcuna censura sulla base di una congrua motivazione¹⁰⁴.

Devendosi privilegiare una concezione dell'attività amministrativa pienamente rispettosa dei doveri di correttezza e buona fede, la costante applicazione delle norme primarie e delle circolari interne devono possedere una certa rilevanza in sede di valutazione dell'affidamento che su di esse aveva posto il cittadino. Ciò non vuol dire che si debbano necessariamente mantenere in vita atti illegittimi. La rimozione dell'atto illegittimo è

prevedere espressamente uno specifico titolo di studio, escludendo quello posseduto dal ricorrente. Diversamente si è espresso il Consiglio di Stato (sez. V, 20 giugno 1987, n. 403, in *Cons. Stato*, 1987, I, 814), secondo cui la prassi, costituita da comportamenti osservati in modo costante ed uniforme dall'Amministrazione, senza alcuna convinzione della loro obbligatorietà e la cui legittimità è condizionata dalla conformità alle norme vigenti, non è fonte del diritto e, per tale ragione, non può valere «per sanare l'illegittimità della concessione edilizia. La prassi, inoltre, non può essere utilizzata per travolgere il senso letterale di una disposizione normalmente intellegibile, Cons. St. 28 giugno 1988, n. 409, in *Cons. Stato*, 1988, I, 655.

¹⁰⁰ Secondo Pret. Pizzo, 19 novembre 1986, in *Foro it.*, 1987, II, 628, dà luogo ad un affidamento legittimo l'assicurazione da parte del soggetto pubblico della liceità di un comportamento del privato. La fattispecie riguardava l'edificazione di un muro di recinzione lungo quaranta metri e con quattro pilastri di cemento armato sottoposto alle autorizzazioni previste nelle leggi n. 64/1974 e n. 1086/1971. Secondo il Pretore l'esistenza di una prassi amministrativa costante, pur se illegittima, in senso contrario confermata dai funzionari della pubblica amministrazione competente non può che originare un'ipotesi di buona fede del privato che edifica, il quale, pertanto, dev'essere assolto perché il fatto non costituisce reato, poiché se anche avesse presentato un regolare progetto non avrebbe potuto conseguire alcuna autorizzazione.

¹⁰¹ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 80.

¹⁰² Secondo Comm. trib. reg. Matera, sez. I, 28 febbraio 1994, n. 1578, in *Rass. trib.*, 1994, 1292 con nota di Barbone le circolari ministeriali generano nei contribuenti, in ossequio al principio di buona fede che è immanente nel nostro ordinamento, un legittimo affidamento in ordine al comportamento da tenere nei confronti dell'Amministrazione, permodoché questa non può discostarsi dalle circolari nei rapporti con i contribuenti che vi si sono uniformati, nè assegnare a nuove circolari inerenti alla stessa materia valore ed efficacia retroattivi. Analogamente: Comm. Trib. reg. Matera 4 giugno 1991, in *Giur. it.*, 1991, III, 2, 33 ss.; in *Riv. dir. tributario*, 1992, II, 311 ss.; in *Dir. e prat. trib.*, 1992, II, 294 ss. Ne consegue che la P.A. non può discostarsi dalle circolari in ordine ai rapporti in corso e conformi alle circolari. Nel caso di specie era stata stimata regolare la condotta della contribuente che si era conformata, nel momento in cui ha appostato in bilancio una passività deducibile, agli orientamenti interpretativi del ministero delle finanze. Più in generale, l'Amministrazione non può, a suo insindacabile giudizio, rivedere provvedimenti già consolidati e che hanno generato nel privato un affidamento circa la loro legittimità. In tal senso, T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 17 maggio 1994, n. 224, in *T.A.R.*, 1994, I, 2554, secondo cui anche in materia ambientale può essere rinvenuto, alla luce dei principi contenuti nell'ordinamento giuridico, un principio di affidamento del privato, in ordine all'attività della P.A. con la conseguenza che questa non può, senza un'adeguata riparazione a proprio insindacabile giudizio, rivedere provvedimenti già consolidati e che hanno ingenerato nel privato stesso la buona fede circa la legittimità dell'operato dell'Amministrazione medesima.

¹⁰³ M. S. GIANNINI, *Circolare*, voce dell'*Enc. dir.*, V, Milano 1969, 30 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15 ed., Napoli 1989, 88; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 486 s.

¹⁰⁴ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 487.

comunque un provvedimento discrezionale e gli effetti dell'azione amministrativa possono operare anche soltanto per il futuro¹⁰⁵. La presenza di un affidamento legittimo può comportare anche l'esonero da sanzioni ed interessi accessori e può altresì rilevare sul piano meramente risarcitorio.

2. 5. 2. La posizione del cittadino e della controparte in genere. Il dovere di rispettare il canone della buona fede grava anche sulla parte privata.

Prima di esplicitare tale profilo, va chiarito che l'utilizzo del termine "cittadino" riassume le posizioni di tutti coloro che fungono da controparte, da contraddittore, dell'Amministrazione, essendo quella del "cittadino" la posizione più diffusa e di maggiore visibilità, anche sul piano simbolico, di un diverso modo di essere dell'azione amministrativa. Il discorso va pertanto esteso alle imprese, agli enti collettivi, ai professionisti ed anche agli altri soggetti pubblici che intrattengano dei rapporti con l'Amministrazione del cui comportamento si discute.

Rispetto a quanto già indicato sul punto, va precisato che la valutazione del comportamento del cittadino, che segue l'analisi dell'attività amministrativa, si compone in realtà di un duplice momento. Per poter risultare rilevante, la situazione giuridica deve essere fondata sul convincimento della legittimità e della coerenza dell'azione amministrativa. La giurisprudenza ha inoltre ritenuto che non può allegarsi un legittimo affidamento del privato davanti ad una chiara previsione normativa, dal momento che in tal caso la presunzione di conoscenza che assiste la norma impedisce di ravvisare nella parte che l'abbia ignorata l'affidamento incolpevole invocato a sostegno della sua pretesa¹⁰⁶.

La rappresentazione della realtà, da sola, non è tuttavia sufficiente per invocare la tutela. Ad essa deve accompagnarsi una condotta rispettosa di quei canoni della buona fede e della correttezza di cui si pretende che l'Amministrazione rispetti.

Del tutto evidentemente la posizione del cittadino non è meritevole di tutela se alla base del suo convincimento vi è un comportamento scorretto. La tutela della situazione di apparenza può richiedere il sacrificio della posizione dell'Amministrazione soltanto se il cittadino ha osservato quelle regole che si pretende che siano rispettate dall'Amministrazione. In particolare, il Consiglio di Stato¹⁰⁷ ha precisato, in tema di annullamento d'ufficio, che la ponderazione dell'interesse privato con quello pubblico non è necessaria quando si tratti di rimuovere un ingiusto vantaggio conseguito dal privato. Questi, in tale ipotesi, non ha titolo per reclamare una tutela che non gli spetta, avendo agito al di fuori del canone della buona fede. Alla stessa stregua è stato ritenuto che per esercitare il potere di annullamento di ufficio di un provvedimento non occorre la presenza di specifiche ragioni di interesse pubblico, oltre all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, qualora il destinatario dell'atto annullato non sia in buona fede¹⁰⁸.

¹⁰⁵ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 80 ss.

¹⁰⁶ T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 1 aprile 2003, n. 573, in *Foro amm.*, 2003, 1391 (s.m.), nel caso esaminato la previsione normativa era quella di cui all'art. 42 *ter*, comma ottavo, l. reg. n. 21/1985. Il ricorrente aveva avanzato una pretesa risarcitoria fondata sulla responsabilità precontrattuale della P.A.

¹⁰⁷ Cons. St., sez. VI, 29 marzo 1996, n. 520, in *Cons. Stato*, cit., I, 510 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 1998, n. 161, in *Cons. Stato*, cit., I, 267 (s.m.).

¹⁰⁸ Cons. St., sez. V, 9 maggio 2000, n. 2648, in *Studium iuris*, 2000, 912 ss.; in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, 942 (s.m.).

L'affidamento che rispetti i principi enucleati, tuttavia, non è necessariamente destinato a prevalere sulle altre posizioni in gioco.

2. 5. 3. La ponderazione del legittimo affidamento quale espressione dei doveri di correttezza e di buona fede: la fase decisoria.

L'Amministrazione, come tutti i soggetti dell'ordinamento, non è sottratta al rispetto dei doveri di buona fede e correttezza. Tale dato lo si apprezza in maniera ancora più evidente all'interno del nuovo corso che le riforme degli anni novanta hanno impresso alla funzione pubblica. Ciò grazie alle riflessioni compiute dalla dottrina durante la seconda metà del Novecento e all'opera della giurisprudenza, che rappresentano l'humus di coltura della dimensione partecipativa culminata nell'elaborazione della legge sul procedimento. Se l'azione amministrativa, oltre a risultare imparziale ed orientata ai canoni del buon andamento, deve essere trasparente e il suo esercizio implica la possibilità della partecipazione del privato; se la P.A. può raggiungere con il privato degli accordi sostitutivi del provvedimento, e ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili; se il diritto civile, in definitiva, si afferma in zone tradizionalmente riservate al diritto pubblico e viene indicato dal legislatore come canone generale dell'azione amministrativa a contenuto non autoritativo¹⁰⁹, è del tutto normale che l'Amministrazione, come qualsiasi soggetto dell'ordinamento giuridico, rispetti i principi di buona fede e di correttezza anche nell'ambito di attività proprie del diritto pubblico. Poiché l'attività amministrativa è necessariamente procedimentalizzata, è questo il terreno d'elezione della verifica del rispetto di tali principi.

Una volta appurata la presenza di un affidamento astrattamente legittimo è necessario verificare, nel caso concreto, se la posizione del cittadino debba effettivamente prevalere. La tutela dell'affidamento è infatti solo uno dei possibili esiti dell'azione amministrativa. All'interno del procedimento non vi sono infatti posizioni tutelabili in maniera assoluta, sempre e comunque. L'interesse pubblico prevalente all'interno della funzione emerge dal raffronto e dalla comparazione dei diversi interessi coinvolti dall'azione amministrativa e l'interesse alla tutela dell'affidamento non si sottrae a tale valutazione. È soltanto nel caso specifico, quindi, che se ne può apprezzare la prevalenza. Il raffronto degli interessi in gioco con l'affidamento del cittadino opera nella fase della decisione, in presenza di tutti gli elementi raccolti per l'adozione dell'atto finale, quando l'Amministrazione è chiamata a compiere una scelta che abbia rilevanza esterna.

Ciò presuppone, peraltro, che sia stata precedentemente realizzata una compiuta istruttoria. Il Consiglio di Stato¹¹⁰ ha in tal senso evidenziato che nei procedimenti amministrativi l'istruttoria deve essere informata al principio della iniziativa d'ufficio e del potere-dovere del responsabile del procedimento di acquisire d'ufficio ogni elemento utile per l'istruttoria e di invitare gli interessati a regolarizzare istanze e dichiarazioni incomplete. Ne

¹⁰⁹ La riforma della l.n. 241/1990 ha infatti introdotto nell'art. 1 il comma 1-bis, in base al quale «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente». *Amplius* § 4. ss.

¹¹⁰ Cons. St., sez. IV, 17 dicembre 1998, n. 1815, in *Foro amm.*, 1998, f. 11-12 (s.m.). Nella fattispecie, si è ritenuto che fosse onere della commissione per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica richiedere all'aspirante assegnatario, che aveva prodotto un certificato medico attestante il grado di invalidità dante diritto a punteggio ritenuto formalmente non idoneo, l'esibizione di una ulteriore certificazione rispondente ai requisiti formali prescritti dalla legge.

deriva che, a fronte di una documentazione ritenuta inidonea, è onere dell'Amministrazione completare l'istruttoria richiedendo all'interessato quanto necessario a tal fine. L'art. 6, lettera b), della l.n. 241/1990, infatti, stabilisce, che il responsabile del procedimento «adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria», «può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete» e «può ordinare esibizioni documentali». Queste attività, evidentemente, vengono compiute nell'ottica della tutela della buona fede e dell'affidamento del cittadino, nonchè del rispetto del canone costituzionale dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

Sempre con riguardo al procedimento, la giurisprudenza ha ritenuto la legittimità dell'affidamento del privato alla prosecuzione del procedimento fino alla sua conclusione, una volta iniziato il relativo iter¹¹¹. Inoltre, se la comunicazione di avvio del procedimento può essere omessa per ragioni di celerità e di effettività, ai sensi dell'art. 7 della l.n. 241/1990, per fare ciò l'Amministrazione deve comunque tener conto dell'affidamento del destinatario dell'atto finale¹¹².

2. 6. Le modalità di tutela: la conservazione dell'atto illegittimo e i profili di responsabilità civile.

Fine specifico della tutela dell'affidamento è il conseguimento del risultato in cui si è confidato. Questo può determinare, a seconda dei casi, la conservazione della situazione pregressa o il soddisfacimento dell'interesse pretensivo. Ipotesi alternativa ed invero sussidiaria, allorché non sia possibile ottenere proprio quel bene che s'intendeva conseguire, è costituita dalla tutela per equivalente. Il ristoro patrimoniale, secondo i canoni generali della responsabilità civile, potrebbe supplire al mancato conseguimento del bene.

Se attività di diritto pubblico e attività di diritto privato tendono ad essere valutate in seno ad una concezione unitaria dell'attività amministrativa funzionalizzata¹¹³, permangono comunque degli evidenti profili di diversità in ordine alle modalità operative della tutela.

Nell'ambito dei rapporti di diritto privato, la lesione del legittimo affidamento trova principalmente protezione con l'applicazione delle regole della responsabilità civile, nelle forme della responsabilità patrimoniale e della tutela in forma specifica. Particolarmente rilevante risulta il profilo della responsabilità precontrattuale in seno all'attività negoziale posta in essere dall'Amministrazione¹¹⁴.

Riguardo ai rapporti di diritto pubblico, il legittimo affidamento emerge nell'ambito del vizio dell'eccesso di potere e si può apprezzare nella veste di una delle figure sintomatiche che lo compongono. Tra di esse, riguardo al mancato rispetto dell'affidamento, risultano il difetto di motivazione e l'irragionevolezza dell'atto. Il processo amministrativo di legittimità, tipicamente demolitorio, condurrà alla rimozione dell'atto adottato in spregio dell'affidamento legittimo. Resta aperta la questione dell'eventuale risarcimento del danno subito. Sussistendone i presupposti, anche a fronte della lesione di un interesse legittimo è possibile

¹¹¹ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 17 maggio 1994, n. 224, cit., 2564-2565.

¹¹² T.A.R. Sardegna, 8 giugno 1995, n. 1068, in T.A.R., 1995, I, 4066 ss.

¹¹³ F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, Agg. VI, cit., 95 ss.

¹¹⁴ Il tema della responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione non è più oggetto di incertezza né in dottrina né in giurisprudenza. O. DI PAOLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in T.A.R., 1982, II, 437 ss.; F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, voce dell'*Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991, 7; G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli 2000.

ottenere un ristoro patrimoniale. In applicazione di tale regola, formulata prima dalla giurisprudenza¹¹⁵ e poi dal legislatore¹¹⁶, risulta risarcibile la lesione dell'affidamento che si configura in termini di interesse legittimo.

Sul piano dell'autotutela, l'Amministrazione potrà, a seconda delle situazioni, revocare o annullare l'atto che abbia eventualmente inciso sulla situazione oggetto di affidamento¹¹⁷.

¹¹⁵ Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1108 con nota di G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*; in *Foro amm.*, 2000, 2062 con nota di A. A. SALEMME-C. CARPINELLI, *Interesse legittimo e risarcimento del danno: questioni di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*; in *Comuni Italia*, 2000, 587 s.m.; in *Foro amm.*, 2000, 349 con nota di G. SORICELLI, *Appunti su una "svolta epocale" in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria?*; in *Riv. arbitrato*, 2000, 47 con nota di M. A. SANDULLI, *Dopo la sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni Unite: appunti sulla tutela risarcitoria nei confronti della p.a. e sui riflessi rispetto all'arbitrato*; in *Dir. e giur. agr.*, 2000, 323 ss.; in *Giur. it.*, 2000, 21 con nota di L. V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*; in *Riv. Corte conti*, 1999, 227: ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana in capo all'autore di un fatto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto danneggiato, ma va affermata la risarcibilità degli interessi legittimi, quante volte risulti leso, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della P.A., l'interesse al bene in relazione al quale si correla l'interesse legittimo e sempre che il detto interesse risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo. La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo. Secondo l'insegnamento della Suprema Corte, i criteri cui deve attenersi il giudice di merito avanti al quale sia dedotta una domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c. nei confronti della P.A. attengono: a) la sussistenza di un evento dannoso; b) la incidenza del danno su un interesse rilevante per l'ordinamento; sia esso un interesse indifferenziatamente tutelato nelle forme del diritto soggettivo (assoluto o relativo) ovvero nelle forme dell'interesse legittimo o altro interesse giuridicamente rilevante e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto; c) la riferibilità dell'evento dannoso ad una condotta positiva od omissiva della P.A.; d) la imputazione a titolo di dolo o di colpa della P.A., non già sulla base del mero dato obiettivo della semplice adozione e/o alla esecuzione di un atto illegittimo, ma della violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione, alle quali deve ispirarsi l'esercizio della funzione amministrativa.

¹¹⁶ La responsabilità della P.A. per adozione di provvedimenti illegittimi è riservata alla cognizione del giudice amministrativo dall'art. 7 l.n. 205 del 2000, modificativa dell'art. 35 d.lgs. n. 80/1998. Secondo il Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2673 con nota di S. MORELLI, *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale?*; in *Foro amm.*, 2001, 2008 la responsabilità della P.A. per adozione di provvedimenti illegittimi (riservata alla cognizione del giudice amministrativo dall'art. 7 l.n. 205 del 2000, modificativa dell'art. 35 d.lgs. n. 80/1998), pur restando inserita nel sistema dell'illecito aquiliano ex art. 2043 ss. c.c., è assimilabile alla responsabilità precontrattuale ovvero a quella (contrattuale) da "contatto sociale" (in ragione del contatto qualificato che si realizza tra l'Amministrazione e l'interessato nel contesto del procedimento finalizzato all'emanazione del provvedimento), ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito, correlato alla colpa dell'apparato, per violazione di canoni di correttezza e buona fede oggettiva nella fase appunto di formazione dell'atto, che può ritenersi presunta (ancorché non *in re ipsa*) a fronte dell'illegittimità dell'atto stesso.

¹¹⁷ Revoca e annullamento differiscono in ordine all'oggetto (effetti dell'atto ed atto viziato), ai motivi del sindacato (revoca per ragioni di merito, cioè di convenienza e di opportunità, ed annullamento dell'atto per motivi di legittimità) e anche riguardo alla loro efficacia (*ex tunc* per l'annullamento, *ex nunc* per la revoca). F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 94 ss.; M.

L'annullamento è infatti una facoltà e non un obbligo dell'Amministrazione, che gode al riguardo di una certa discrezionalità. Si provvederà all'annullamento solo se ciò è richiesto dall'interesse pubblico concreto¹¹⁸. Sulla valutazione influiranno senz'altro la tempestività dell'intervento e la condotta del cittadino.

Tale valutazione, come si è visto, dovrà essere governata dal principio di buona fede. All'Amministrazione non è quindi preclusa la possibilità di rimuovere l'atto su cui il privato abbia fatto affidamento. Tuttavia, ciò deve essere la conseguenza di un'adeguata ponderazione degli interessi coinvolti e in particolare dell'interesse alla rimozione dell'atto invalido e di quello alla sua conservazione. La scelta di sacrificare la posizione di affidamento dovrà allora sostanziarsi in una congrua ed adeguata motivazione. In applicazione di tali principi, il Consiglio di Stato ha stabilito che in sede di controllo l'Amministrazione non può disporre l'annullamento di un provvedimento sulla base di un eventuale vizio di legittimità relativo a un atto presupposto rispetto a quello controllato, già divenuto esecutivo¹¹⁹. Tale annullamento infatti risulta contrario all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, cui si ricollega anche la tutela dell'affidamento del cittadino di fronte agli atti della P.A.

Anche lì dove si decida di sacrificare l'affidamento generato, tuttavia, la posizione del singolo non cessa di essere tutelata. La parte, infatti, conserva l'interesse ad un diverso futuro esercizio del potere o acquista, nel caso in cui siano stati sacrificati interessi di rilievo patrimoniale, il diritto a conseguire un equivalente pecuniario.

Conformemente a tale impostazione il legislatore ha disciplinato *ex novo*, nell'ambito della riforma della legge sul procedimento amministrativo¹²⁰, l'istituto dell'annullamento d'ufficio attraverso la disposizione dell'art. 21-*nonies*. Tale previsione, introdotta nel Capo IV-*bis*, che ha codificato la disciplina generale dell'efficacia e dell'invalidità degli atti amministrativi, prevede che il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21-*octies* - adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza - può

IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino 1999, 30 ss. La distinzione tra revoca d'ufficio di un atto amministrativo ed annullamento d'ufficio, sebbene pacifica in dottrina e in giurisprudenza, viene spesso trascurata nella pratica amministrativa, per cui il termine revoca è frequentemente usato come sinonimo di ritiro, e cioè di eliminazione dell'atto, quali ne siano le ragioni, da parte della stessa autorità emanante. L'esatta portata del provvedimento di eliminazione deve pertanto essere accertata caso per caso, Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6316, in *Foro amm.*, 2003, 2977 (s.m.). I due istituti sono ora disciplinati legislativamente agli artt. 21-*quinquies* (Revoca del provvedimento) e 21-*nonies* (Annullamento d'ufficio) nel Capo IV-*bis* della l.n. 241/1990, a seguito delle modifiche ed integrazioni introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15. Sulla nuova disciplina cfr. *infra* § 4. s.

¹¹⁸ Il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. IV, 28 luglio 1992, n. 704, in *Foro amm.*, 1992, 1633 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1992, I, 902 (s.m.); Cons. St., sez. V, 11 aprile 1996, n. 399, in *Foro amm.*, 1996, 1222 (s.m.)) ha specificato che l'Amministrazione, allorché intenda procedere ad annullamento d'ufficio, deve ponderare l'interesse privato, in comparazione con quello pubblico non identificabile sull'interesse al ripristino della legalità, quando dall'annullamento consegue un danno per il privato che aveva fatto affidamento sulla legittimità dell'azione amministrativa. L'obbligo di motivazione in ordine all'interesse pubblico posto a fondamento dell'esercizio da parte della P.A. del potere di autotutela non sussiste, tuttavia, nei riguardi degli atti la cui conservazione continuerebbe a produrre ingiusti vantaggi ai destinatari, Cons. St., sez. IV, 13 gennaio 1984, n. 9, in *Foro amm.*, 1984, 20 (s.m.), in *Cons. Stato*, 1984, I, 9 (s.m.). In tal senso è stato ritenuto legittimo l'annullamento di ufficio di atti di inquadramento in posizione apicale illegittimi, in quanto è assolutamente prevalente in questo caso l'interesse pubblico alla copertura di tali posti nei modi previsti dall'ordinamento. Del pari è stato ritenuto esente da vizi l'atto col quale l'Amministrazione procede alla revoca delle concessioni degli alloggi di proprietà dell'azienda autonoma delle ferrovie dello Stato fatte a propri dipendenti, per il solo motivo del venir meno del loro titolo giuridico (cessazione dal servizio).

¹¹⁹ Cons. St., sez. IV, 18 marzo 2002, n. 1610, in *Foro amm.*, 2002, 647 (s.m.).

¹²⁰ Legge 11 febbraio 2005, n. 15 «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa». Sulla nuova disciplina e sul rilievo del legittimo affidamento nell'ambito della riforma *Amplius infra* § 4. s.

essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole. La norma, dunque, confermando all'annullamento d'ufficio natura di istituto di carattere generale riconosce espressamente non solo il carattere discrezionale del relativo provvedimento ma anche e soprattutto la necessità di tener conto della posizione dei soggetti di interessati alla conservazione o alla rimozione dell'atto. In tal senso non può non giocare un ruolo di piano il principio dell'affidamento legittimo degli interessati e il principio della certezza del diritto¹²¹. Gli stessi principi sono chiamati ad orientare la scelta dell'Amministrazione in caso di convalida dell'atto.

2. 7. Legittimo affidamento e ragionevolezza.

Un profilo particolarmente rilevante che concerne la tutela dell'affidamento è quello dei rapporti tra il principio in oggetto e la ragionevolezza¹²².

La ragionevolezza costituisce in seno alla giurisprudenza amministrativa e costituzionale un importante parametro di riscontro del corretto esercizio dell'attività discrezionale. Attraverso il suo impiego, infatti, si consente di verificare la logicità e la coerenza delle scelte del decisore pubblico, sia nel campo dell'attività amministrativa che nell'esercizio del potere normativo. In maniera efficace si è parlato della ragionevolezza come il canone fondamentale della «deontologia della discrezionalità¹²³». Sul piano costituzionale, il principio in questione viene talvolta ricondotto all'articolo 3 Cost., affermandosi, ad esempio, la violazione del principio di uguaglianza quando la legge, senza un ragionevole motivo, disponga un trattamento diverso dei cittadini che si trovino in uguali situazioni¹²⁴. In ambito amministrativo il canone della ragionevolezza consente di censurare le scelte arbitrarie dell'Amministrazione sotto il profilo dell'eccesso di potere. La discrezionalità di cui gode la Pubblica Amministrazione non può infatti trasmodare in una scelta libera e priva di qualunque verifica. Il parametro della ragionevolezza, insieme a quello della proporzionalità e di tutela dell'affidamento delle parti, costituisce uno dei criteri ordinari per appurare la correttezza dell'operato amministrativo¹²⁵. L'utilizzo del termine ragionevolezza è

¹²¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, V parte*, in <http://www.giustamm.it/>, 12 s. il quale, peraltro, sottolinea come la giurisprudenza amministrativa ha spesso affermato l'irrelevanza del fattore tempo ai fini dell'annullamento d'ufficio.

¹²² Il tema non è stato oggetto di una diffusa trattazione da parte della dottrina, anche se il panorama degli studi si rinvengono taluni interessanti approfondimenti: P. M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 4 s. Sul principio di ragionevolezza cfr. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna 2005, 539 ss. che ne afferma la centralità in seno al procedimento amministrativo.

¹²³ P. M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, cit., 6 che mutua l'espressione da Guarino.

¹²⁴ P. M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, cit., 14.

¹²⁵ In ordine alla ragionevolezza e alla proporzionalità: Cons. St., sez. V, 17 febbraio 2004, n. 611, in *Foro amm.*, 2004, 458 (s.m.); Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9305, in *Foro amm.*, 2003, 3780 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2003, n. 1412, in *Foro amm.*, 2003, 1088 (s.m.). In termini più ampi, Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2003, n. 1059, in *Ragiusan*, 2003, 491 afferma che gli atti amministrativi, anche quando sono adottati utilizzando un alto tasso discrezionale, devono sempre rispondere a criteri di coerenza, trasparenza,

talvolta affiancato ai criteri di logicità, congruità, razionalità. Sul piano dell'interpretazione, il principio di ragionevolezza è stato richiamato insieme a quello di buona fede nelle ipotesi in cui l'atto risulti ambiguo o lacunoso¹²⁶.

Il rilievo fondamentale del canone di ragionevolezza traspare dalle applicazioni della giurisprudenza. In tema di bando di gara, ad esempio, è stato ritenuto che l'Amministrazione possa stabilire nel bando di gara requisiti di partecipazione e/o di ammissione ad una gara più stringenti e più elevati rispetto a quelli previsti dalla legge purché non superi il limite della ragionevolezza e della logicità al fine di non aggravare in modo eccessivo il procedimento¹²⁷. In contrasto con il principio di ragionevolezza, e perciò illegittime, sono pertanto tutte quelle clausole che impongono a carico dei concorrenti, a pena di esclusione, oneri non necessari per il corretto svolgimento della gara¹²⁸. In ordine alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, è stato ritenuto che il giudice ha il compito di verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con un utilizzo delle regole tecniche conforme a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti¹²⁹. Sotto altro profilo è stata ritenuta ammissibile la variazione, da parte dell'Amministrazione comunale, delle precedenti scelte urbanistiche, adottandone altre che siano più idonee a perseguire gli interessi pubblici generali in relazione alle mutate esigenze della collettività, purché tali nuove scelte rispondano ai criteri della logicità, della razionalità e della ragionevolezza e siano puntualmente motivate¹³⁰. Riguardo alle procedure concorsuali, l'obbligo di far luogo alla motivazione delle valutazioni è stato ritenuto imposto dalla necessità di tener fede al principio, presidiato sul piano costituzionale, che vuole sempre garantita la possibilità di un sindacato della ragionevolezza, della coerenza e della logicità delle stesse valutazioni concorsuali¹³¹. Le ultime pronunce richiamate evidenziano la centralità della motivazione per consentire il riscontro della ragionevolezza dell'operato amministrativo. L'esercizio del potere discrezionale, anche di natura tecnica, impone al soggetto pubblico un'adeguata motivazione delle sue scelte, da cui possa evincersi la loro ragionevolezza ed attendibilità¹³².

Il nesso tra la ragionevolezza e il legittimo affidamento discende dunque dal fatto che il parametro della logicità della motivazione rappresenta un indice di valutazione dell'operato della Pubblica Amministrazione dinanzi al giudice amministrativo. L'affidamento legittimo non è infatti un principio che riceve una tutela assoluta, dovendo essere comparato con gli altri interessi in gioco. Esso riceverà una tutela solo se ritenuto prevalente.

Nel caso in cui l'Amministrazione decida di sacrificare la posizione del privato, perché l'affidamento generato possa venir meno nonostante la sua fondatezza, si richiede, da parte del soggetto pubblico, una motivazione delle proprie scelte che risulti congrua, ragionevole e pertanto immune da censure sul piano del sindacato giurisdizionale. Per sacrificare

imparzialità e ragionevolezza. Il richiamo del principio dell'affidamento legittimo è contenuto in Cons. St., sez. V, 12 novembre 2002, n. 6259, in *Giust. civ.*, 2003, I, 805 secondo cui le clausole del bando di gara di aggiudicazione di opera pubblica devono essere valutate alla stregua dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità e di tutela dell'affidamento delle parti.

¹²⁶ Cons. St., sez. V, 26 maggio 2003, n. 2854, in *Foro amm.*, 2003, 1640 (s.m.); in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, 1509.

¹²⁷ Cons. St., sez. V, 28 giugno 2004, n. 4789, in *Foro amm.*, 2004, 1772 (s.m.); Cons. St., sez. V, 22 giugno 2004, n. 4347, in *Foro amm.*, 2004, 1757 (s.m.).

¹²⁸ Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2003, n. 1785, in *Foro it.*, 2004, III, 273.

¹²⁹ Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2004, n. 3500, in *Foro amm.*, 2004, 1792 (s.m.).

¹³⁰ Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 2004, n. 738, in *Foro amm.*, 2004, 405 (s.m.).

¹³¹ Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2003, n. 2331, in *Comuni Italia*, 2003, 94 (s.m.).

¹³² Cons. St., sez. IV, 25 marzo 2003, n. 1545, in *Foro amm.*, 2003, 925 (s.m.); in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, 1291; Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2002, n. 7255, in *Foro amm.*, 2002, 3145 (s.m.).

l'affidamento vi dev'essere un'adeguata giustificazione e questa deve emergere dalla parte motiva del provvedimento. Se ciò non avviene l'atto risulta viziato e può essere invalidato dall'Autorità giudiziaria. Pertanto, la ragionevolezza costituisce un indice, un sintomo, per appurare il rispetto del legittimo affidamento.

Se questo è vero, se a fronte della lesione illegittima dell'affidamento si può manifestare un atto irragionevole, non ogni atto irragionevole presuppone una lesione dell'affidamento legittimo. L'irragionevolezza è infatti figura sintomatica che può celare aspetti patologici diversi dell'atto, di cui l'affidamento legittimo costituisce uno dei possibili interessi lesi¹³³.

2. 8. Il rilievo della buona fede oltre il legittimo affidamento.

La tutela dell'affidamento, si è visto, discende dai doveri di buona fede. Questi, peraltro, non si esauriscono nell'affidamento, presentando un contenuto più ampio. Resta da chiedersi se sul piano della tutela la buona fede dell'Amministrazione acquisti una sua rilevanza a prescindere dall'affidamento del cittadino. La questione richiama il rapporto tra la buona fede come norma di comportamento e come modalità di giudizio sugli interessi¹³⁴.

Nel diritto pubblico, giacché l'attività amministrativa si configura come necessariamente procedimentale e tutti i rapporti sono in genere da questa preceduti, la buona fede, in seno alla funzione, opera innanzitutto in termini di integrazione della disciplina dell'esercizio del potere. Il canone di buona fede, ovverosia, introduce nel procedimento il dovere da parte dell'Amministrazione di comportarsi correttamente. Esso acquista di per sé rilievo nel divenire del procedimento, nell'ambito dell'attività istruttoria, che deve essere svolta nel rispetto delle regole di correttezza¹³⁵. Espressione diretta della buona fede comportamentale sarebbero il dovere dell'Amministrazione di provvedere sulle richieste dei privati¹³⁶, l'obbligo di motivazione¹³⁷, la necessità di garantire il diritto di informazione e di accesso da parte del cittadino¹³⁸. Quali specifiche applicazioni vanno ricordate, inoltre, l'osservanza delle procedure concorsuali¹³⁹ e il rispetto della buona fede nell'esecuzione dei contratti¹⁴⁰.

¹³³ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 486, riguardo all'ipotesi di difetto di motivazione, riferisce di motivazione insufficiente, incongrua, contraddittoria, apodittica, dubbiosa, illogica e perplessa.

¹³⁴ Il tema è diffusamente trattato in F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 187 ss.; 202 ss.

¹³⁵ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 4 s. fa riferimento alla buona fede come norma sul procedimento di elaborazione dell'atto.

¹³⁶ La questione riguardava il silenzio mantenuto dall'Amministrazione sulla domanda di inquadramento in ruolo.

¹³⁷ T.A.R. Campania, 19 gennaio 1989 n. 1, in T.A.R., 1989, I, 1033 allorché le giustificazioni richieste al privato non sono considerate nel corpo la motivazione ovvero vengono valutate in maniera non adeguata.

¹³⁸ F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 188.

¹³⁹ Cass. civ., sez. lav., 21 febbraio 1991, n. 1836, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 94; Cass. civ., sez. un., 13 giugno 1989, n. 2845, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 6; , in *Cons Stato*, 1989, II, 1398.

¹⁴⁰ Cass. civ., sez. II., 21 febbraio 1983, n. 1308, in *Cons Stato*, 1983, II, 810; in *Foro it.*, 1984, I, 248; Cass. civ., sez. un., 17 novembre 1978, n. 5328, in *Giust. civ.*, 1979, I, 32. Fonte di responsabilità è stato ritenuto anche il comportamento dell'Amministrazione che ha impedito alla controparte il raggiungimento di tutte le utilità del contratto, Cass. civ., sez. I, 17 maggio 1976, n. 1738, in *Cons Stato*, 1976, II, 934. La fattispecie

La necessità di ponderare il legittimo affidamento rappresenta una delle possibili applicazioni del principio di buona fede in seno alla funzione amministrativa. L'affidamento legittimo introduce infatti un interesse specifico all'interno del procedimento, che per prevalere sugli altri in gioco deve essere a questi comparato e ritenuto di maggior rilievo. La questione della tutela dell'affidamento emerge nella fase di decisione, quando la parte pubblica è chiamata a scegliere l'interesse che deve prevalere. Il canone di correttezza opera invece in ogni fase del procedimento.

Il riferirsi alla violazione dei doveri di buona fede relativi alla fase istruttoria piuttosto che al momento della decisione potrebbe avere dei riflessi sotto il profilo della tutela giudiziaria.

Se davanti al giudice civile ad essere valutato è un comportamento, ed è indifferente se la condotta attenga alla fase istruttoria o al momento decisorio, dinanzi al giudice amministrativo la valutazione concerne di regola gli atti posti in essere dalla parte pubblica. Diversi peraltro sono i vizi che possono colpire l'atto amministrativo.

Secondo parte della dottrina¹⁴¹, se consideriamo la buona fede in termini di valutazione dell'affidamento nella fase decisoria, intendendola come ponderazione con gli altri interessi in gioco, la sua lesione davanti all'Autorità giudiziaria amministrativa rileva nell'ambito dell'eccesso di potere in quanto scelta discrezionale. Se, viceversa, si fa riferimento alla buona fede come principio non scritto di natura procedimentale, che opera sempre e comunque, a prescindere dall'eventuale affidamento del singolo, la sua lesione dovrebbe implicare il vizio di violazione di legge, poiché ad essere sindacato non è la ponderazione di interessi ma la applicazione diretta di una norma generale del procedimento¹⁴².

Tale impostazione non può essere condivisa. La violazione di legge, intesa come vizio di carattere residuale, opera nel caso di violazione di disposizioni puntuali di legge, o di norme ad essa equiparate, e delle fonti secondarie. L'eccesso di potere, invece, consiste nella violazione di regole non scritte e di principi che disciplinano l'attività dell'Amministrazione. Tali sono, ad esempio, il principio di non contraddizione e quello di parità di trattamento. Ad essi può affiancarsi il principio di buona fede e quello di tutela del legittimo affidamento. Pur avendo carattere generale, la buona fede è un dovere, o per meglio dire un insieme di regole da osservare, espressione di un principio non scritto implicito nell'ordinamento giuridico ma il cui contenuto, indeterminato sul piano normativo, necessita di essere specificato dall'interprete in relazione al caso concreto, attraverso un'opera di integrazione della fattispecie¹⁴³. La sua rilevanza può essere allora apprezzata in quell'ampio ed eterogeneo settore che è costituito dall'eccesso di potere. Tale conclusione non è contraddetta dalla natura comportamentale della buona fede e dal fatto che essa rilevi a prescindere dall'affidamento generato. Tra le diverse figure di cui si compone l'eccesso di potere si annoverano anche i vizi relativi all'attività

riguardava la permuta di aree edificabili e la successiva dichiarazione di inedificabilità da parte dell'ente pubblico.

¹⁴¹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 15.

¹⁴² Sulla questione cfr. G. SALA, *Potere amministrativo che il principio dell'ordinamento*, Milano 1993, 211; ID., *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, 173 ss. secondo cui la buona fede dovrebbe trovare applicazione diretta quale principio generale quando la funzione sia diretta alla stipula di un accordo. In quanto principio generale, la lesione della buona fede rappresenterebbe un'ipotesi di violazione di legge e non di eccesso di potere. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 15 eleva la buona fede a principio generale di ogni procedimento.

¹⁴³ Cfr. F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 213.

amministrativa, quali la contraddittorietà tra provvedimenti o la disparità di trattamento¹⁴⁴. Ecco allora che il riferire la buona fede alla fase istruttoria o a quella della decisione vuol dire individuare, rispettivamente, un vizio relativo all'attività o all'atto. In ogni caso si tratterà pur sempre di un vizio di eccesso di potere.

Se l'affidamento risulta il precipitato del principio di buona fede, tali concetti non coincidono strettamente. L'affidamento di per sè si basa sull'apparenza di una determinata situazione di fatto o di diritto. Essa, per definizione, presuppone un comportamento, un'azione, un'omissione della controparte. Diverso è invece affermare il rilievo della correttezza e della buona fede in ogni fase dell'azione amministrativa, poiché il dovere di buona fede opera a prescindere dall'affidamento. Può pertanto ritenersi che l'affidamento è ricompreso nella buona fede ma non è vero il contrario, avendo la buona fede portata più ampia dell'affidamento. Vi possono pertanto essere delle situazioni in cui la correttezza dell'Amministrazione sia oggetto di valutazione a prescindere da un legittimo affidamento. Tuttavia, sul piano strettamente casistico, la maggior parte delle ipotesi di tutela della buona fede riguardano l'affidamento del cittadino e presuppongono un comportamento dell'Amministrazione. L'azione amministrativa, riguardo al rispetto dei doveri di buona fede, è pertanto di regola sindacabile ove abbia indotto un legittimo affidamento nel cittadino. Questi, infatti, può agire per tutelare una propria posizione soggettiva. La maggior parte delle ipotesi di sindacato della buona fede dell'Amministrazione si pongono quindi in relazione al legittimo affidamento generato da un precedente comportamento del soggetto pubblico. Pur non essendo l'unica situazione tutelabile nell'ambito del canone della buona fede, quella del legittimo affidamento è senz'altro la più rilevante.

2. 9. La tutela del legittimo affidamento lede il principio di legalità?

A conclusione del discorso sul fondamento dell'istituto e sulla sua ricostruzione sistematica è senz'altro utile chiarire una questione che è più volte emersa nel corso della trattazione. Si fa riferimento alla paventata contrapposizione tra il legittimo affidamento e il principio di legalità, che richiama e presuppone la questione dei rapporti tra legittimità di legalità¹⁴⁵. Può esservi un fondamento giuridico per la conservazione di un atto illegittimo posto in essere dalla Pubblica Amministrazione? L'esigenza del ripristino della legalità violata, si potrebbe sostenere, implica come conseguenza necessaria la caducazione dell'atto illegittimo, al fine di restaurare l'ordine compromesso. Diversamente, arriveremmo a ritenere che l'Amministrazione possa adottare atti invalidi ed inattuabili¹⁴⁶. La questione merita di essere approfondita.

¹⁴⁴ F. G. COCA, *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, Agg. VI, cit., 92 s. Si tratta, in questo caso, di vizi «estrinseci» all'atto, cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pub.*, 1950, I, 1 ss.

¹⁴⁵ Sul confronto tra legittimità e legalità cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 90 ss.; F. G. COCA, *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, Agg. VI, cit., 90 ss.

¹⁴⁶ Il tema, sviluppato nell'ambito della dottrina tedesca critica nei riguardi della giurisprudenza che ammetteva dei limiti all'annullamento d'ufficio degli atti favorevoli viziati, risulta presente anche nella letteratura italiana cfr. V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Padova 1939, 237. La questione è affrontata, con particolare riguardo al principio dell'affidamento, da F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 90 ss.

Il principio di legalità si è negli anni profondamente modificato. Parte della dottrina ha parlato anche di crisi del principio stesso¹⁴⁷. Ad una concezione fortemente formale, quale soggezione generale dell'Amministrazione, in ogni suo atto, alla legge del Parlamento, si è affiancata una nozione sostanziale che valorizza la complessità del quadro delle fonti, non più limitato alla sola legge formale, e che va intesa come necessità che l'attività amministrativa debba conformarsi ad un quadro normativo tendenzialmente predeterminato e completo¹⁴⁸. Ne consegue che gli interessi pubblici da perseguire nel caso concreto non sono più rigidamente e astrattamente predeterminati ma la loro emersione e rilevanza discende dall'esercizio della funzione amministrativa nel singolo caso, dal raffronto degli interessi coinvolti dall'azione pubblica, nell'ambito e attraverso le forme di quello strumento fondamentale e necessario che è il procedimento amministrativo¹⁴⁹. La funzione amministrativa non è più riservata all'esclusivo esercizio dell'Autorità pubblica ma è aperta alla partecipazione dei soggetti interessati. Questo non vuol dire che l'attività pubblica sia libera come quella privata, poiché l'azione amministrativa è sempre finalisticamente vincolata al perseguimento di interessi pubblici anche quando opera nelle forme di diritto privato. Accedendo ad una nozione ampia del principio di legalità, quale predeterminazione del quadro normativo di riferimento, legalità e legittimità finiscono per coincidere¹⁵⁰.

Nella prospettiva di un'accezione ampia e sostanziale del principio di legalità, lì dove l'interesse pubblico concreto emerge nell'alveo del procedimento, è allora ammissibile che tale interesse possa consistere nella permanenza dell'atto "formalmente" illegittimo o nel consolidamento della situazione di apparente legittimità. D'altronde, per costante giurisprudenza, il potere di annullamento ha natura discrezionale con riferimento all'opportunità del suo esercizio. L'annullamento di un atto illegittimo è pertanto una facoltà e non un obbligo per la Pubblica Amministrazione¹⁵¹. Non si è quindi obbligati ad annullare l'atto illegittimo, dovendosi ponderare gli interessi in gioco e, tra gli altri, il possibile legittimo affidamento posto dai diretti interessati¹⁵². Il mero ripristino della legalità, prescindendo dalle valutazioni del caso concreto, costituirebbe un'inaccettabile formalismo che condurrebbe a situazioni lesive proprio dell'interesse pubblico che l'Amministrazione è chiamata a perseguire¹⁵³. A sostegno di tali conclusioni può addursi anche la preminenza del principio generale di conservazione nell'ambito dell'ordinamento giuridico, secondo cui va prediletto il

¹⁴⁷ F. SATTÀ, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova 1980, 45; F. G. COCA, *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, Agg. VI, cit., 87.

¹⁴⁸ Sul tema cfr. F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, voce dell'*Enc. dir.*, XXIV, Milano 1974, 127 ss.; F. G. COCA, *Attività amministrativa*, di un voce dell'*Enc. dir.*, Agg. VI, cit., 75 ss.

¹⁴⁹ Sulla discrezionalità intesa come potere di individuazione dell'interesse pubblico concreto, A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 65 ss. Il tema era già presente nella monografia di M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939. Cfr. F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 2000, 1070 ss.

¹⁵⁰ F. G. COCA, *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, Agg. VI, cit., 90 ss.

¹⁵¹ E. CANNADA-BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, voce dell'*Enc. dir.*, II, Milano 1958, 484 ss.

¹⁵² F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 79 ss.

¹⁵³ Secondo il Consiglio di Stato il potere di autotutela deve essere esercitato ponderando l'interesse privato con quello pubblico specifico, avuto riguardo all'affidamento riposto nella legittimità dell'azione amministrativa. L'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione nell'esercizio di una specifica funzione risulta ulteriore (Cons. St., sez. V, 11 aprile 1996, n. 399, in *Finanza locale*, 1997, 1064). È stato peraltro ritenuto che l'obbligo di motivazione in ordine all'interesse pubblico posto a fondamento dell'esercizio del potere di autotutela non sussiste nei riguardi degli atti la cui conservazione continuerebbe a produrre ingiusti vantaggi ai destinatari, Cons. St., sez. IV, 13 gennaio 1984, n. 9, in *Foro amm.* 1984, 20 (s.m.), in *Cons. Stato*, 1984, I,9 (s.m.).

mantenimento di effetti giuridici rispetto alla loro rimozione¹⁵⁴. Può pertanto escludersi che la tutela del legittimo affidamento costituisca un attentato al principio di legalità.

A fronte di tali considerazioni va peraltro ribadito che non si può pensare di tutelare qualunque affidamento e ritenere intangibile ogni atto illegittimo su cui il cittadino abbia fondato un'apparente fiducia. Solo la valutazione del caso concreto è in grado di dare una risposta alla tutela delle aspettative del cittadino. Le scelte dell'Amministrazione non sono peraltro insindacabili e su di esse, a garanzia dei consociati, si erge il possibile controllo da parte dell'Autorità giudiziaria. Ed è proprio la giurisprudenza ad aver svolto un ruolo fondamentale per la sistemazione dell'istituto.

3. L'ambito dell'istituto nella sua dimensione operativa.

Numerose sono le pronunce della giurisprudenza che affrontano direttamente la questione del legittimo affidamento nei riguardi dell'Amministrazione sia nell'ambito dei rapporti di diritto privato che in riferimento al diritto pubblico. Dal punto di vista linguistico, l'utilizzo della locuzione "legittimo affidamento" si affianca al termine "buona fede" e a quello di "legittima aspettativa"¹⁵⁵.

Nei paragrafi successivi si cercherà di fornire un quadro complessivo e sistematico delle principali pronunce della giurisprudenza in tema di affidamento legittimo. Per ragioni espositive si è cercato di ricondurre la giurisprudenza ad aree tematiche omogenee. Gli ambiti oggetto di ricostruzione sono: l'attività contrattuale, il pubblico impiego, la materia urbanistica e l'edilizia, le sovvenzioni e gli aiuti di Stato, le prestazioni previdenziali, il diritto tributario nonché l'applicazione della normativa comunitaria da parte dell'Autorità nazionale. Ciascuna area, a seconda della diversità e della complessità delle questioni trattate, può presentarsi a sua volta articolata in una o più sottosezioni.

¹⁵⁴ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 106. Il principio di conservazione risulta diffuso nelle varie branche dell'ordinamento. Si può infatti discorrere di conservazione del negozio, dell'atto amministrativo, di quello processuale nonché degli atti normativi (F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1948, 438 ss.; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano 1959, 103 ss.; G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 411 ss.; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano 1973, 52 ss.; 111 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1992, 173 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, II, Torino 1999, 978 ss.; G. DE NOVA, *Dal principio di conservazione al favor contractus*, in L. CABELLA PISU-L. NANNI, (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., 303 ss.). Questioni controverse emergono peraltro in relazione al principio in oggetto, di cui si è dubitato dell'utilità di una sua formulazione in termini generali. In linea di estrema sintesi, si fronteggiano un indirizzo volto a ridurre l'operatività del principio di conservazione alla sola questione interpretativa (C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, voce dell'*Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 176; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova 1938, 161 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, II, Torino 1999, 981 s.) - distinguendosi così puntualmente la validità, l'interpretazione e l'efficacia - da una posizione che traendo spunto dalla connessione e reciproca interferenza sul piano pratico di tali diversi aspetti, propende per un principio di conservazione in senso lato (F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1948, 438 ss.; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., 103 ss.; G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, cit., 411 ss.; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano 1973, 52 ss.; 111 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 173 s.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano 2000, 436 ss.). La seconda posizione appare largamente maggioritaria.

¹⁵⁵ Cfr. L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 242 nt 78.

Nel corso della trattazione non si distingueranno in maniera radicale i rapporti di diritto privato da quelli di diritto pubblico. Lo svolgimento dell'attività amministrativa nelle forme del diritto privato ha assunto nel tempo un carattere progressivamente ampio e diffuso. A seguito dell'approvazione della riforma della legge sul procedimento amministrativo, l'attività di diritto privato è considerata l'attività normale dell'azione amministrativa nel compimento di atti non autoritativi. Tuttavia, come è stato evidenziato¹⁵⁶, l'attività della Pubblica Amministrazione è pur sempre attività amministrativa, a prescindere dalle forme del suo specifico impiego. Quella dell'Amministrazione è un'attività necessariamente procedimentalizzata, che mira al perseguimento di interessi pubblici e che presuppone lo svolgimento di una funzione.

3. 1. L'attività contrattuale e le concessioni contratto.

Campo d'elezione del riscontro dei doveri di correttezza e buona fede in capo all'Amministrazione è quello contrattuale. La dottrina¹⁵⁷, infatti, prima di addivenire al convincimento che il principio di correttezza si applica anche nell'ambito dell'attività pubblicistica riteneva possibile l'assoggettamento dell'Amministrazione ai doveri di buona fede ogniqualvolta operasse con gli strumenti del diritto privato. Tali principi trovano applicazione anche con riguardo alle convenzioni che accedono ai provvedimenti concessori e che disciplinano i rapporti tra Amministrazione e concessionario.

Prima di trattare dell'ambito dell'attività contrattuale propriamente detta, è opportuno richiamare la giurisprudenza formatasi con riguardo al procedimento dell'evidenza pubblica e del bando di concorso che precedono la stipula dell'atto.

3. 1. 1. I bandi di concorso e le procedure di evidenza pubblica.

Il principio della tutela dell'affidamento rileva, secondo la giurisprudenza, in tutte le fasi dell'evidenza pubblica, dalla pubblicazione del bando di gara al momento l'aggiudicazione. I principi di lealtà e buona fede contenuti dall'art. 1337 c.c. valgono anche per le pubbliche gare nelle quali l'Amministrazione procedente deve verificare la credibilità delle offerte anche ai fini del rispetto dell'art. 97 Cost.¹⁵⁸

Il bando di gara, di regola, rappresenta il dato necessario e fondamentale per la scelta del contraente. Attraverso di esso, infatti, l'Amministrazione esplicita le proprie esigenze, le caratteristiche delle imprese che possono partecipare alla gara e le modalità della procedura di selezione. Nel procedimento di gara d'appalto, il relativo bando deve essere inteso come *lex specialis* della stessa. Su di esso, quindi, si appuntano le attenzioni dei concorrenti. Il bando, in tal senso, deve rispettare non solo le norme di settore ma deve risultare chiaro e trasparente al fine di fugare ogni possibile incertezza che possa incidere negativamente sul regolare svolgimento della gara. Si può quindi ben comprendere che esso costituisce un importante banco di prova del rilievo dell'affidamento dei riguardi dell'Amministrazione.

¹⁵⁶ F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, Agg. VI, cit., 75 ss.

¹⁵⁷ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., 607; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 518.

¹⁵⁸ T.A.R. Liguria, sez. II, 24 maggio 2003, n. 676, in *Foro amm.*, 2003, 1600 (s.m.).

Bando di gara d'appalto, innanzitutto, è il documento che, così come qualificato dalla stessa stazione appaltante, sia stato come tale portato a conoscenza delle ditte partecipanti¹⁵⁹. Infatti, solo in ordine ad esso i partecipanti hanno assunto l'impegno di presa visione e dichiarata la piena conoscenza delle condizioni della gara. Secondo il giudice amministrativo, eventuali contrasti inconciliabili con altre disposizioni vanno risolti alla stregua della prevalenza che va accordata a quella che deve essere considerata la *lex specialis* della gara, ovvero il bando indicato dalla stazione appaltante, dando assoluta prevalenza, per un verso, al legittimo affidamento instillato nei concorrenti e, per un altro, alle esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa.

Sul piano interpretativo, la giurisprudenza privilegia il senso letterale delle disposizioni, senza ricorrere a significati ulteriori ed inespressi, qualora il dato letterale del bando sia chiaro e non dia adito a dubbi¹⁶⁰. In tutto il procedimento di gara il dato formale e l'apparenza hanno in genere rilievo fondamentale e prevalente, in quanto servono a garantire la *par condicio* fra i concorrenti, i quali su tale dato e su tale apparenza hanno fatto legittimo affidamento. Siffatta impostazione ermeneutica risulta perfettamente in linea con i canoni di interpretazione riferiti agli atti amministrativi. L'interpretazione degli atti amministrativi soggiace, infatti, alle stesse regole dettate dagli artt. 1362 ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti in quanto compatibili con il provvedimento amministrativo. Tra di esse assume carattere preminente quella collegata all'elemento letterale, dovendo il giudice ricostruire l'intento dell'Amministrazione ed il potere che ha in concreto inteso esercitare, tenendo conto del complesso dell'atto e del comportamento dell'Autorità amministrativa, oltre che di quanto può razionalmente intendere, secondo buona fede, il destinatario¹⁶¹. Comunque, nel caso in cui alcune clausole del bando di gara per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici risultino ambigue, secondo i giudici va privilegiata, in virtù del principio di legittimo affidamento indotto da atti della P.A., l'interpretazione che favorisca la più ampia partecipazione alla gara¹⁶².

Sotto diverso profilo, in tema di prescrizioni del disciplinare di gara in materia di esclusione dal procedimento, è stato ritenuto che tali disposizioni, contenute nella *lex specialis* regolante la gara, sono di stretta interpretazione, con riferimento alle ipotesi di comportamenti

¹⁵⁹ T.A.R. Veneto, sez. I, 13 luglio 1999, n. 1164, in *Comuni Italia*, 2000, 442 (s.m.).

¹⁶⁰ T.A.R. Calabria Catanzaro, 5 settembre 1995, n. 865, in *T.A.R.*, 1995, I, 4658.

¹⁶¹ T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 24 agosto 2002, n. 1464, in *Foro amm.*, 2002, 2720 (s.m.). Valorizzando i parametri indicati, T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 31 agosto 2001, n. 3399, in *Foro amm.*, 2001, (s.m.) ha precisato che le clausole ambigue del capitolato, costituente *lex specialis* della procedura di appalto devono essere interpretate non solo secondo il criterio letterale, ma anche secondo quello sistematico (tenuto conto dell'intero contenuto del capitolato), nonché secondo quello teleologico (tenuto conto della *ratio* della singola clausola), e soprattutto in ossequio ai principi fondamentali della buona fede e della *par condicio*.

¹⁶² T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 5 giugno 2002, n. 1455, in *Foro amm.*, 2002, 2191 (s.m.); T.A.R. Basilicata, 22 aprile 1989, n. 122, in *T.A.R.*, 1989, I, 2632. Analogamente, è stato ritenuto che nelle ipotesi di clausole ambigue del bando di gara deve accogliersi l'interpretazione che tuteli l'affidamento di interessati di buona fede, salvaguardando l'ammissibilità delle offerte, Cons. St., sez. VI, 12 maggio 1994, n. 759, in *Foro amm.*, 1994, 1148 (s.m.). In presenza di clausole dubbie la *lex specialis* di gara deve essere interpretata nel senso di tutelare le ragioni di affidamento degli interessati in buona fede e di favorire la massima partecipazione con l'unico limite del rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, T.A.R. Piemonte, 13 giugno 2003, n. 909, in *Foro amm.*, 2003, 1856 (s.m.). Il principio della massima partecipazione, secondo il quale, davanti ad una disposizione equivoca, sia essa una clausola del bando ovvero una dichiarazione proveniente dal concorrente, deve sempre prevalere l'interpretazione che favorisca la partecipazione di un numero maggiore di partecipanti alla procedura selettiva è di estrazione comunitaria, cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 7 gennaio 2003, n. 22, in *Foro amm.*, 2003, 294 (s.m.). Secondo il Consiglio di Stato, comunque, vanno tempestivamente impugnate solo le clausole del bando che impongono, in maniera inequivoca, un requisito di partecipazione, a pena di esclusione (Cons. St., sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7473, in *Foro amm.*, 2003, 3414 (s.m.)).

espressamente indicati quanto ai casi ed ambito di applicazione, anche in relazione al carattere rigido e non graduabile della misura afflittiva una volta addebitato il comportamento illecito, attesa la natura sanzionatoria delle citate prescrizioni¹⁶³. Ciò impedisce che l'esclusione possa discendere altresì dall'applicazione in via generale dei principi di cui agli artt. 1175 e 1337, c.c., che impongono l'osservanza degli obblighi di diligenza e correttezza anche in fase precontrattuale sia a carico dei concorrenti che dell'Amministrazione. Una volta escluso che la società avesse, con il proprio comportamento, violato gli obblighi di riservatezza, i giudici di primo e secondo grado concordarono nel ritenere che la violazione degli obblighi di correttezza non potesse comunque legittimare l'esclusione dalla gara e la conseguente escussione della fideiussione, in quanto non prevista dal disciplinare come motivo di esclusione, e non riconducibile alle altre previsioni del disciplinare stesso.

Se il bando è *lex specialis* della gara, ciò che fa fede, ai fini della partecipazione al concorso, è pur sempre il suo contenuto, per cui è ad esso che ci si deve riferire per risolvere le questioni dubbie. In questa ottica, nell'ambito di una gara di appalto, è stato ritenuto legittimo l'operato della commissione di gara che ha giudicato irrilevante, a tutela dell'affidamento incolpevole dei concorrenti, l'omissione nelle domande di partecipazione di una dichiarazione richiesta dal bando, omissione originata dal comportamento dell'Amministrazione appaltante, la quale non aveva inserito la relativa voce nel facsimile di domanda allegato al bando¹⁶⁴. Nella prospettiva della fattispecie complessa dell'affidamento, che richiede l'osservanza della buona fede e diligenza da parte del cittadino, il concorrente che intende partecipare alla gara non può limitarsi al facsimile della domanda ma deve leggere attentamente il bando di concorso. In altra pronuncia¹⁶⁵, tuttavia, si è dato risalto non solo al mero bando di concorso ma anche a tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara per la scelta del contraente, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera di invito e nei loro allegati - capitoli, convenzioni e simili - sul presupposto che tutti questi elementi concorrono a formare la *lex specialis*. In ipotesi di equivocità, pertanto, un corretto rapporto tra Amministrazione e privato, ai sensi del principio del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di quello di cui all'art. 1337 c.c., impone che si proceda ad una lettura della disciplina di gara idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede. Pertanto, le prescrizioni riguardanti specifici adempimenti in una pubblica gara, contenuti nel bando, devono essere interpretate secondo ragione, con riferimento cioè al contenuto sostanziale e non meramente formale dell'adempimento¹⁶⁶.

¹⁶³ Cons. St., sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4116, in *Foro amm.*, 2001, 2071 ss. con nota di F. G. TREBASTONI, *Tassatività dei motivi di esclusione da una gara e responsabilità precontrattuale: il caso "Blu"*. Il Consiglio di Stato ha confermato la pronuncia del T.A.R. Lazio, sez. II, 19 febbraio 2000 n. 1300. La vicenda ha riguardato la gara di assegnazione in Italia di licenze individuali nazionali per sistemi di comunicazioni mobili terrestri di terza generazione (Umts Imt - 2000). Nel caso di specie, dopo una richiesta di sospensione avanzata a termini del disciplinare, una delle società partecipanti alla gara aveva deciso di rinunciare alla prosecuzione della competizione. L'organo competente, dopo aver esaminato l'andamento e l'esito della gara, addebitava però a carico della società rinunciante la violazione degli obblighi di riservatezza e correttezza dei concorrenti quali stabiliti dal punto 7.3 del disciplinare, oltreché di correttezza e buona fede precontrattuale, e disponeva l'esclusione dalla gara della società medesima, con comminatoria dell'escussione della fideiussione bancaria, in applicazione del punto 6.4 del disciplinare. Tale provvedimento viene annullato, a seguito di impugnazione, in sede di primo grado ed è confermato anche dal Consiglio di Stato. I fatti contestati, nella specie, non sono stati ritenuti riconducibili alle prescrizioni del disciplinare.

¹⁶⁴ T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 16 aprile 2003, n. 1338, in *Foro amm.*, 2003, 1378 (s.m.).

¹⁶⁵ Cons. St., sez. V, 1 marzo 2003, n. 1142, in *Foro amm.*, 2003, 953 (s.m.).

¹⁶⁶ Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 161, in *Foro amm.*, 1995, 369; in *Cons. Stato*, 1995, I, 248. come specificato da Cons. St., sez. V, 1 febbraio 1995, n. 160, in *Foro amm.*, 1995, 341 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1995, I, 194 (s.m.) le prescrizioni dei bandi di gara o delle lettere di invito vanno interpretate, quando possano dar

Il bando, inoltre, deve essere completo in tutti i suoi dettagli, ciò anche al fine della tutela della buona fede. La giurisprudenza¹⁶⁷ ha infatti ritenuto che la P.A., in osservanza del principio di buona fede, deve indicare in via di massima, sin nel bando di un appalto concorso, i limiti di spesa entro i quali devono mantenersi i progetti presentati dai concorrenti. L'omissione di tale adempimento, tuttavia, mentre può tradursi in un vizio di legittimità del bando, non comporta l'obbligo per la stessa Amministrazione di pervenire in ogni caso all'aggiudicazione. Tali considerazioni non escludono la responsabilità dell'ente. Secondo la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁶⁸, il comportamento di un'Amministrazione che, pur essendosi accorta che mancavano i fondi necessari per la realizzazione dell'opera, non abbia disposto il rinvio della gara indetta per il loro affidamento contrasta con il principio di cui all'art. 1337 c.c., secondo il quale la P.A., al pari dei soggetti privati, è tenuta a comportarsi con correttezza nelle relazioni con i terzi nella fase prenegoziale. Tale comportamento determina il configurarsi, a carico dell'Amministrazione, della responsabilità di cui all'art. 1337 c.c. nei riguardi di una impresa che abbia partecipato alla gara, facendo incolpevole affidamento sulla regolarità della gara stessa¹⁶⁹. Se nel corso del procedimento di scelta del contraente pubblico agli interessati può essere riconosciuta soltanto la qualifica di partecipanti alla gara, cui è connesso l'interesse legittimo al corretto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione stessa tuttavia, nell'ipotesi in cui l'Amministrazione abbia tratto in inganno il privato ingenerando aspettative fondate su un suo comportamento, è configurabile l'applicazione del principio generale stabilito dall'art. 1337 c.c.¹⁷⁰

Sempre sul piano della correttezza e della regolarità della gara, l'Amministrazione non può introdurre regole di gara diverse da quelle previste dal bando. In tal senso è stata ritenuta illegittima la previsione di un sistema d'individuazione delle "offerte anomale" diverso da quello indicato nel bando, comunque contrastante con la disposizione di legge in esso richiamata¹⁷¹. L'esplicita formulazione nel bando di gara del metodo da seguire, ai fini della esclusione automatica delle "offerte anomale", comporta, infatti, negli interessati - per i generali principi di diritto amministrativo dell'affidamento, *par condicio* dei concorrenti, segretezza delle offerte - il convincimento che quella esplicitata è la regola datasi dalla P.A. e che essa corrisponde alla norma richiamata.

Le regole di correttezza accompagnano tutto lo svolgimento della gara e pertanto, in presenza di una dichiarazione dell'interessato in cui il documento è descritto e dichiarato come allegato, l'ente pubblico è tenuto a richiedere all'interessato l'integrazione della documentazione o comunque di far constare l'inesistenza o lo smarrimento del documento, consentendo una nuova produzione documentale¹⁷².

luogo a dubbi o possano essere intese in più d'un modo, sia nel senso più favorevole alla maggior partecipazione alla gara sia nel senso meno favorevole alle formalità inutili.

¹⁶⁷ Cons. St., sez. VI, 14 maggio 1997, n. 719, in *Cons. Stato*, 1997, I, 783; Cons. St., sez. V, 23 novembre 1993, n. 1207, in *Riv. Corte conti*, 1993, 218.

¹⁶⁸ Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *Dir. & Formazione*, 2003, 1054.

¹⁶⁹ In altra pronuncia è stato ritenuto contrario ai principi della correttezza, della buona fede e dell'affidamento il comportamento della P.A. che, dopo l'aggiudicazione di un contratto, si rifiuti di sottoscrivere l'atto negoziale, sulla base della considerazione della mancanza fin dall'origine dei relativi fondi, T.A.R. Lazio, sez. I, 7 luglio 2003, n. 5991.

¹⁷⁰ Nel caso di specie, T.A.R. Abruzzo Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, in *Foro amm.*, 2001, (s.m.) ha ritenuto applicabile in via analogica il principio generale stabilito dall'art. 1337 c.c., fermo restando, secondo il giudice amministrativo, che, data la non rilevanza degli stati d'animo soggettivi, tale violazione del precetto di buona fede deve risultare documentalmente e deve essere causata da ragioni che esulano dal pubblico interesse. La giurisprudenza maggioritaria, peraltro, ritiene applicabile in via diretta i principi di correttezza alla procedura di evidenza pubblica.

¹⁷¹ T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 3 aprile 1996, n. 206, in *Foro amm.*, 1997, 278 (s.m.).

¹⁷² T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 21 luglio 2003, n. 1178.

In applicazione dei principi di correttezza, è stato ritenuto che in corso di trattativa privata per l'aggiudicazione di un servizio pubblico la P.A., che nel denunciare incertezze normative sulla sussistenza di alcuni requisiti in capo ad una contraente non concluda la trattativa ma la interrompa, incorra nella relativa responsabilità precontrattuale¹⁷³.

Va inoltre segnalata una pronuncia che ha ritenuto il comportamento dell'Amministrazione prevalente sulla procedura prescelta per addivenire alla stipula del contratto¹⁷⁴. Il caso riguardava un ente pubblico che pur procedendo a trattativa privata aveva deciso di regolamentare la trattativa secondo i canoni propri di una gara come l'appalto concorso. Secondo i giudici, in questo caso l'ente non può prescindere dai principi d'imparzialità e correttezza a garanzia dell'effettiva tutela della *par condicio* delle imprese partecipanti al procedimento di gara, che traggono ragione di legittimo affidamento dal comportamento dell'Amministrazione che ha deciso di autolimitarsi nelle sue determinazioni.

3. 1. 1. 1. L'aggiudicazione: legittimo affidamento e responsabilità precontrattuale.

La procedura di evidenza pubblica si conclude con l'aggiudicazione, che costituisce l'atto con cui si accerta e si proclama il vincitore¹⁷⁵. Competente a emanarlo è il soggetto che presiede l'asta o la commissione di valutazione delle offerte nell'ambito della licitazione privata. Il verbale di aggiudicazione, secondo la normativa, equivale per ogni effetto legale al contratto. La sua successiva stipula, pertanto, ove prevista, assume un valore meramente riproduttivo dell'aggiudicazione. L'aggiudicazione ha invero carattere provvisorio quando sia sottoposta ad offerte in aumento o in diminuzione ma, in senso lato, è definita altresì provvisoria l'aggiudicazione che debba essere sottoposta all'approvazione o ad una successiva fase di controllo. Alla stipula del contratto può seguire, ove prevista, l'approvazione da parte dell'Autorità competente.

Prima dell'aggiudicazione l'impresa concorrente non vanta un diritto alla conclusione positiva del procedimento ma, più semplicemente, un'aspettativa qualificata, un interesse legittimo. Tale posizione, ove illegittimamente lesa, comporta il diritto ad un ristoro patrimoniale per il pregiudizio subito, secondo le regole proprie della responsabilità precontrattuale.

La giurisprudenza maggioritaria¹⁷⁶, al riguardo, ritiene che la responsabilità precontrattuale, per violazione della regola di condotta stabilita dall'art. 1337 c.c., a tutela del corretto svolgimento dell'iter formativo del contratto, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale¹⁷⁷. Ne consegue che la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno è a

¹⁷³ Cons. St., sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 1162; in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 1235 con nota di S. TASSONE, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della l. n. 205 del 2000*.

¹⁷⁴ T.A.R. Toscana, sez. II, 25 gennaio 1996, n. 19, in *Foro amm.*, 1996, 1995 (s.m.).

¹⁷⁵ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 536 ss.

¹⁷⁶ Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2003, n. 15172; Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160; Cass. civ., sez. un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1404.

¹⁷⁷ G. LEONE, *Osservazioni sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione con particolare riferimento alle trattative svolte senza autorizzazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 123 ss.; O. DI PAOLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *T.A.R.*, cit., 437 ss.; F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, voce dell'*Enc. giur.*, XXVII, cit., 1 ss.; G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit.; G. CHINÉ, *La responsabilità*

carico del danneggiato (art. 2043 e 2059 c.c.)¹⁷⁸. Secondo il Consiglio di Stato¹⁷⁹, peraltro, tale prova può essere data anche in via indiretta attraverso il ricorso a presunzioni, ovverosia indici significativi, come l'accertata illegittimità dell'atto amministrativo, atteso che la colpa costituisce un effetto, se non automatico, comunque altamente probabile della riscontrata

precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi, in *Foro amm.*, 2003, II, 797 ss.

¹⁷⁸ In ordine alla giurisdizione concernente i servizi pubblici e in particolare le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 aveva previsto la devoluzione di tali controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Con sentenza del 17 luglio 2000 n. 292, in *Foro it.*, 2000, I, 2393 ss. la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del d.lgs. n. 80/1998, nella previsione dell'art. 33 che aveva ampliato la giurisdizione esclusiva del g.a. all'intero ambito dei servizi pubblici nonché alle materie elencate nell'art. 34 per difetto di delega, poiché tale rimodulazione dei confini tra giudice ordinario e giudice amministrativo non era stata contemplata dalla legge di delega (art. 11 comma 4 lett. g), l.n. 59/1998). Il Legislatore ha in seguito emanato la l. 21 luglio 2000 n. 205, riscrivendo il testo degli art. 33, 34 e 35 e superando il vizio della carenza di delega. Alla luce del nuovo riparto di giurisdizione, pertanto, in fattispecie di giudizio successiva alla entrata in vigore della normativa, l'azione di risarcimento danni per responsabilità precontrattuale nei confronti della P.A. in relazione all'affidamento di appalto di lavori pubblici, è stata devoluta alla cognizione del giudice amministrativo. Restavano al giudice ordinario i giudizi pendenti anteriormente alla nuova disciplina, avendo la pretesa al risarcimento del danno natura di diritto soggettivo (Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160; Cass. civ., sez. un., 19 novembre 2002, n. 16319, in *Riv. Corte conti*, 2002, 338).

Con successivo intervento, tuttavia, la Corte Costituzionale (sentenza del 6 luglio 2004 n. 204 in *Foro it.*, 2004, I, 2593 ss.) ha dichiarato incostituzionale l'art. 33, 1° comma, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. a), l. 21 luglio 2000 n. 205, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli», anziché «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla Pubblica Amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 7 agosto 1990 n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché». Del pari è stato ritenuto incostituzionale l'art. 33, 2° comma, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. a), l. 21 luglio 2000 n. 205, nella parte in cui individua esemplificativamente controversie nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla Pubblica Amministrazione-autorità.

La Consulta, pertanto, attraverso tale fondamentale pronuncia, di tipo manipolativo, ripudia il sistema di riparto di giurisdizione elaborato dal legislatore per blocchi di materie. L'art. 33, pertanto, nella sua nuova formulazione deve essere inteso nel senso che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla Pubblica Amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 7 agosto 1990 n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla l. 14 novembre 1995 n. 481. Viene meno, quindi, il 2° comma dell'art. 33, che conteneva un'esemplificazione di controversie in materia di pubblici servizi. Cfr. la nota di S. BENINI alla sentenza della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004 n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, 2594 ss.

In seguito all'intervento della Corte Costituzionale, pertanto, la giurisdizione esclusiva inerte solo le vicende riguardanti l'affidamento del servizio mentre le controversie concernenti il suo adempimento ritornano al giudice ordinario. Riguardo alle controversie assegnate alla giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo conserva il potere di disporre il risarcimento del danno. In tale contesto le controversie meramente risarcitorie sono devolute al giudice ordinario, anche se riconducibili ai pubblici servizi, poiché l'unica a tutela del cittadino è quella risarcitoria ed è estraneo a tali fattispecie l'esercizio del potere amministrativo. Cfr. A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2603.

¹⁷⁹ Cons. St., sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7473, in *Foro amm.*, 2003, 3414 (s.m.); in *Guida al diritto*, n. 49, 2003, 82. Nella specie, peraltro, i giudici avevano escluso il risarcimento del danno in favore dell'ente escluso dalla gara per non aver prodotto il certificato penale ed essersi avvalso dell'autocertificazione. Pur giungendo ad annullare l'aggiudicazione non è stata ritenuta sussistente la colpa dell'Amministrazione considerata l'oggettiva incertezza della normativa.

illegittimità. In questo caso, tuttavia, non si determina un'inversione dell'onere della prova, non consentita nel sistema della generale responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c., dovendo sempre il giudice vagliare d'ufficio se le presunzioni fornite dal danneggiato sono idonee a provare la colpa, e dovendo pertanto escludere d'ufficio la colpa dell'Amministrazione se le presunzioni non appaiono idonee, precise e concordanti, secondo le risultanze concrete.

Per la relativa valutazione, in considerazione delle caratteristiche tipiche di tale responsabilità, nel caso di ingiustificato recesso dalla trattativa, occorre coordinare il principio secondo il quale il vincolo negoziale e i diritti che ne derivano sorgono soltanto con la stipula del contratto - sì che non è possibile ottenere un risarcimento equivalente a quello ottenibile se il contratto non fosse stato poi adempiuto - con quello per cui dalla lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative scaturisce il diritto ad esser risarcito per la perdita dei guadagni che sarebbero conseguiti da altre occasioni contrattuali se non si fosse fatto affidamento sulla conclusione del contratto. Si tratta del cosiddetto interesse negativo.

La conclusione della gara, tuttavia, non comporta necessariamente l'aggiudicazione dell'appalto. All'Amministrazione, sul punto, è riservata una certa discrezionalità ma l'ente pubblico, allorché decida di non addvenire all'aggiudicazione, deve dare specifica contezza delle sue determinazioni. Secondo la giurisprudenza¹⁸⁰, la facoltà di non procedere all'aggiudicazione di un appalto, ancorché il relativo procedimento sia stato compiuto, si colloca nell'esercizio della generale potestà di riesame sulla base di valutazioni ulteriori del pubblico interesse, anche connesse con il volume di spesa e la relativa copertura finanziaria, fermo restando il rispetto del principio di buona fede nello svolgimento delle contrattazioni e l'obbligo della motivazione del diverso divisamento. In tal senso è stato sottolineato che la discrezionalità dell'Amministrazione nell'individuazione del contraente e nella successiva conclusione dell'accordo trova un limite insuperabile nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento ingenerato nel privato, veri e propri cardini dell'ordinamento, non confinati ai soli rapporti tra privati¹⁸¹. La piena libertà dell'Amministrazione di non dare corso all'aggiudicazione con la stipula del contratto non esenta pertanto la stessa dai profili di responsabilità precontrattuale¹⁸².

Il possibile esercizio della facoltà di non aggiudicare l'appalto a certe condizioni può essere previsto nel bando di gara o essere dichiarato nell'ambito degli atti organizzativi della gara. In questa evenienza, in presenza del verificarsi di tali condizioni, è stato ritenuto che la decisione di non aggiudicare l'appalto per ragioni di pubblico interesse non comporta alcuna

¹⁸⁰ Cons. St., sez. VI, 19 ottobre 1995, n. 1188, in *Foro amm.*, 1995, 2290 (s.m.). Secondo Cons. St., sez. V, 23 novembre 1993, n. 1207, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1453 è legittimo il provvedimento che dispone non doversi procedere ad aggiudicazione di appalto concorso nei confronti di ditta che risulti avere presentato l'offerta economicamente e tecnicamente migliore, ove il provvedimento sia motivato con riferimento ad obiettive difficoltà di copertura finanziaria della spesa, il cui ammontare sia risultato eccedente i limiti compatibili con concorrenti imputazioni passive discrezionalmente deliberate in bilancio, ciò anche se l'Amministrazione abbia omesso di precisare nel bando di gara l'ammontare pecuniario entro il quale dovevano essere contenuti i progetti; una tale mancanza (in contrasto con il principio di buona fede e di buona Amministrazione) può tradursi in un vizio di legittimità del bando, ma non comporta l'obbligo di aggiudicazione e di stipula del relativo contratto.

¹⁸¹ T.A.R. Abruzzo Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, in *Foro amm.*, 2001, (s.m.).

¹⁸² Secondo T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 3 giugno 2002, n. 3258, in *Foro amm.*, 2002, 2132 (s.m.), la discrezionalità dell'Amministrazione, insindacabile sotto il profilo amministrativo, incontra un limite insuperabile nei principi di correttezza e buona fede - alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la P.A. nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c. - e nella contestuale tutela dell'affidamento ingenerato nel privato.

responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c., nei confronti della Amministrazione appaltante¹⁸³.

Secondo la giurisprudenza, inoltre, in presenza della mera aggiudicazione provvisoria non sussiste alcuno stabile affidamento in capo all'aggiudicatario¹⁸⁴. Il principio di conservazione degli atti giuridici, consente che il potere d'annullamento in autotutela possa essere esercitato parzialmente, ossia eliminando solo quegli atti del procedimento amministrativo reputati illegittimi e non anche gli altri non irretiti da vizi. Pertanto, è stato ritenuto legittimo l'annullamento, in caso d'invalidità d'una gara d'appalto per illegittima esclusione di una o più imprese, solo di quelli atti che ne hanno impedito la partecipazione, senza necessità di rimuovere l'intero procedimento di gara, mantenendo fermo il sub-procedimento di presentazione delle offerte e rinnovando solo quella dell'esame comparativo delle offerte già pervenute, senza alcuna specifica motivazione sul punto. In diversa occasione¹⁸⁵, valorizzando i principi fondamentali di buona fede e correttezza, il giudice amministrativo ha ritenuto configurabile la responsabilità dell'Amministrazione che, successivamente all'aggiudicazione provvisoria, aveva annullato il bando in via di autotutela. È stata così ammessa la responsabilità dell'ente pubblico per violazione dell'affidamento del privato, anche nella fase procedurale, preliminare o preparatoria all'emanazione di un provvedimento favorevole per il privato medesimo.

Nell'ipotesi in cui sia stato pronunciato l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione o di connessi provvedimenti illegittimi in materia di pubblici appalti, si pone la questione della responsabilità patrimoniale dell'ente pubblico. La giurisprudenza largamente maggioritaria ammette la possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione in caso di violazione delle regole di buona fede nella fase precedente l'aggiudicazione. La pronuncia della Corte di Cassazione che ha ammesso la risarcibilità degli interessi legittimi¹⁸⁶ e la successiva disciplina legislativa che ha devoluto al giudice amministrativo la giurisdizione sulla responsabilità della P.A. per adozione di provvedimenti illegittimi¹⁸⁷ hanno determinato il definitivo superamento di quell'interpretazione che negava la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione prima della conclusione del contratto¹⁸⁸.

¹⁸³ Cons. St., sez. V, 13 novembre 2002, n. 6291, in *Dir. & Formazione*, 2003, 217 ss. con nota di R. CHIEPPA, *Brevi riflessioni in tema di "danno da ritardo"*.

¹⁸⁴ Cons. St., sez. V, 26 luglio 1999, n. 508, in *Foro amm.*, 1999, 1473 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1999, I, 1148; in *Riv. giur. edilizia*, 1999, I, 1394 (s.m.).

¹⁸⁵ T.A.R. Abruzzo Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, in *Foro it.*, 2001, III, 2 con note di E. CASSETTA-F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici* e V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*. Secondo il T.A.R. anche se in capo alla P.A. non è configurabile la responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., può egualmente venire in rilievo una responsabilità per violazione dell'affidamento del privato. Nella specie il tribunale ha ritenuto l'art. 1337 suscettibile di applicazione analogica.

¹⁸⁶ Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 che ha ricondotto la responsabilità della P.A. per violazione di interessi legittimi alla responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.

¹⁸⁷ La cognizione relativa all'eventuale risarcimento del danno risulta riservata al giudice amministrativo dall'art. 7 l.n. 205 del 2000, modificativa dell'art. 35 d.lgs. n. 80/1998.

¹⁸⁸ Si consideri, ad esempio, Cass. civ., sez. III, 3 luglio 1997, n. 5995 secondo cui il privato che partecipa ad una gara indetta da un Comune per la costruzione di un'opera, anche se ottiene, dal giudice amministrativo (la cui decisione, per il giudice ordinario, costituisce giudicato esterno, da interpretarsi dal giudice di merito) l'annullamento dell'aggiudicazione ad un terzo, non è titolare di un diritto soggettivo al corretto esercizio, da parte della P.A., del potere di scelta del contraente, e quindi non può chiedere il risarcimento del danno per *culpa in contrahendo* (art. 1337 c.c.), difettando tra dette parti la configurabilità sia di trattative, sia di obblighi di buona fede. In precedenza, le sezioni unite la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 96 con nota di G. DE LUCA, *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla "culpa in contrahendo" della pubblica amministrazione*) avevano ritenuto che

Secondo il più recente orientamento del Consiglio di Stato¹⁸⁹, la responsabilità della P.A. per adozione di provvedimenti illegittimi, pur restando inserita nel sistema dell'illecito aquiliano ex art. 2043 ss. c.c., è assimilabile alla responsabilità precontrattuale ovvero a quella contrattuale da "contatto sociale" in ragione del contatto qualificato che si realizza tra l'Amministrazione e l'interessato nel contesto del procedimento finalizzato all'emanazione del provvedimento. Il ristoro patrimoniale presuppone un danno effettivo e il legame di tale pregiudizio con i provvedimenti annullati. Pertanto, non può essere accolta la domanda di risarcimento del danno a norma dell'art. 35 d.lgs. n. 80/1998, ove non sia provata l'esistenza del danno patrimoniale a carico del soggetto ricorrente e del nesso eziologico con i provvedimenti illegittimi annullati, in relazione alle concrete modalità della fattispecie, quali trattative precontrattuali e gli obblighi di buona fede che ne siano derivati¹⁹⁰. Tuttavia¹⁹¹, ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito, correlato alla colpa dell'apparato, per violazione di canoni di correttezza e buona fede oggettiva nella fase appunto di formazione dell'atto, che può ritenersi presunta, ancorché non *in re ipsa*, a fronte dell'illegittimità dell'atto stesso. La giurisprudenza¹⁹² ha così ritenuto che nel caso in cui la P.A. annulli in autotutela gli atti di approvazione di una promozione privata di opera pubblica, dopo la conclusione del contratto con l'impresa, la P.A. è responsabile ex art. 1338 c.c. per non aver informato la controparte della causa di invalidità del contratto. La misura del danno da risarcire corrisponde alle spese sostenute per l'esecuzione del contratto, come indicate e documentate, oltre agli accessori secondo la natura ed il regime dell'obbligazione risarcitoria considerata.

Riguardo alla posizione del privato, inoltre, è stato ritenuto che la carenza, in capo ad un'impresa, di un requisito essenziale per l'affidamento di un servizio pubblico, non risultante *ictu oculi* fin dalla presentazione della domanda ma emersa in una fase molto avanzata della procedura, non preclude la condanna della P.A. a responsabilità precontrattuale per difetto di buona fede, ex art. 1337 c.c.¹⁹³

3. 1. 2. La dinamica negoziale: il dovere di agire secondo buona fede.

I principi di correttezza e di buona fede devono essere rispettati dalle parti non solo nella fase delle trattative ma anche nella stipula e nell'esecuzione del contratto. Questo anche quando parte sia una P.A.¹⁹⁴ In tema di appalti pubblici, il dovere di cooperazione dell'Amministrazione va inteso quale mezzo rispetto al fine di rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore, ossia l'esecuzione dell'opera, che costituisce lo scopo perseguito dalle parti, seppur da posizioni contrapposte. Ne consegue che il dovere di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto impone all'Amministrazione committente di osservare tutti quei

l'apertura del procedimento amministrativo per l'aggiudicazione di lavori pubblici non determina in capo ai partecipanti alla gara un diritto soggettivo nei confronti della P.A. all'osservanza delle regole di buona fede ex art. 1337 c.c. ma solo un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta, le cui pretese violazioni ricadono nella giurisdizione del giudice amministrativo.

¹⁸⁹ Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2673 con nota di S. MORELLI, *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale?*; in *Foro amm.*, 2001, 2008.

¹⁹⁰ Cons. St., sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, in *Foro amm.*, 2000, 108.

¹⁹¹ Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Giust. civ.*, cit., 2673.

¹⁹² T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 23 giugno 2003, n. 1050, in *Foro amm.*, 2003, 2087 (s.m.).

¹⁹³ Cons. St., sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 1162; in *Giur. it.*, 2001, 400.

¹⁹⁴ T.A.R. Umbria, 22 dicembre 1997, n. 594, in *T.A.R.*, 1998, I, 626 (s.m.).

comportamenti che, indipendentemente dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere generale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi dell'appaltatore, senza rappresentare per l'Amministrazione stessa un apprezzabile sacrificio¹⁹⁵. Quale regola cardine del rapporto negoziale, il rispetto dei principi di correttezza e di buona fede si riverbera su ogni aspetto dell'esecuzione e, in particolare, sul piano interpretativo e dell'adempimento.

In tema di interpretazione, la buona fede, ai sensi dell'art. 1366 c.c., rappresenta la norma fondamentale dell'attività ermeneutica diretta ad enucleare l'effettiva volontà delle parti. Ne consegue che la clausola contrattuale, anche in materia di contratti della P.A., deve essere interpretata e attuata risalendo alla comune volontà delle parti alla luce del fondamentale principio di buona fede che domina la formazione e l'esecuzione dei contratti ai sensi degli art. 1337, 1366 e 1375 c.c.¹⁹⁶.

Essendo il contratto sottoposto ai principi di buona fede in virtù della natura ontologicamente negoziale del rapporto, la loro vigenza riguarda ogni profilo dell'esecuzione ancorché la regola invocata non trovi fondamento in una specifica norma pattizia. Ciò evidenzia anche la funzione integrativa della buona fede. Si è così ritenuto che l'appaltatore, il quale non sia in possesso dei grafici esecutivi dell'opera da realizzare né della documentazione relativa alle espropriazioni dei terreni, perché l'Amministrazione appaltante ha ommesso di consegnarglieli, ha l'obbligo di attivarsi per procurarseli, chiedendone copia alla medesima Amministrazione, derivando siffatto obbligo dal generale dovere di comportarsi secondo buona fede nella esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) e di tenere, quindi, comportamenti (positivi o negativi) che, ancorché non espressamente imposti dal regolamento pattizio, trovino la loro fonte nella regola di correttezza¹⁹⁷.

Con riguardo all'adempimento, ciascuna parte vanta un affidamento legittimo alla corretta esecuzione del contratto, in ragione dell'accordo pattuito. In applicazione di tale principio, con riferimento all'appalto di opera pubblica, è stato ritenuto che all'Amministrazione è inibito di ritardare *sine die* le sue determinazioni sul collaudo, in quanto ciò paralizzerebbe per un tempo indeterminato, ed in modo contrario ai principi di buona fede, la realizzazione delle pretese della controparte. La mancata adozione del collaudo, nonostante il decorso del tempo normalmente e ragionevolmente necessario in relazione alle effettive esigenze dell'esame valutativo, mentre denota, di per se stesso, il rifiuto del collaudo da parte della committente ed il suo correlativo inadempimento rispetto a questo momento contrattuale, legittima l'appaltatore ad agire in via giurisdizionale per far valere i suoi diritti¹⁹⁸.

Perfettamente in linea con la concezione prevalente della tutela dell'affidamento è la decisione del giudice amministrativo che ha ritenuto legittimo l'esercizio del potere di autotutela volto al rilascio di un immobile detenuto *sine titulo* anche a notevole distanza di tempo dalla decadenza del titolo concessorio, atteso che il perdurare della situazione anti-giuridica non è idonea a creare nel detentore dell'immobile alcun legittimo affidamento sulla disponibilità del bene¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cass. civ., sez. I, 23 maggio 2002, n. 7543, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 909; in *Foro it.*, 2003, I, 557; Cass. civ., sez. I, 26 agosto 1997, n. 8014, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1517.

¹⁹⁶ C. Conti, sez. contr., 7 settembre 1993, n. 126; in *Cons. Stato*, 1994, II, 289; in *Riv. Corte conti*, 1994, 5; Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 1983, n.1308, in *Giust. civ.*, 1983, 1, 2379. In dottrina, P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1995, I, 444, n.12; N. IRTI, *Brevi note sulla interpretazione dei contratti di diritto privato conclusi dalla p. a.*, in *Foro amm.*, 1960, 16.

¹⁹⁷ Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 1993, n. 12706, in *Giust. civ. Mass.*, 1993.

¹⁹⁸ Cass. civ., sez. un., 28 ottobre 1995, n. 11312, in *Giust. civ. Mass.*, 1995 ha ritenuto l'azione giudiziaria sia proponibile senza necessità di mettere preliminarmente in mora l'Amministrazione, né di assegnarle o chiederle che le venga assegnato un termine. Analogamente, Cass. civ., sez. I, 8 luglio 1995, n. 7550, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1349; Cass. civ., sez. I, 28 aprile 1995, n. 4726, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 921

¹⁹⁹ T.A.R. Toscana, sez. I, 24 luglio 1998, n. 460, in *Foro amm.*, 1999, 1298 (s.m.).

Va inoltre segnalato che in assenza di un procedimento amministrativo di evidenza pubblica che sia alla base della stipula del contratto di locazione, la giurisprudenza ha ritenuto che ove sia intervenuto un contratto di locazione tra privato ed Amministrazione comunale avente natura di diritto privato ed il Comune non abbia assunto alcuna iniziativa volta ad impedire la tacita rinnovazione dello stesso, questo ha creato un legittimo affidamento sulla continuità, alle medesime condizioni del precedente rapporto, che impedisce di valorizzare, in ogni caso, l'intervenuta conoscenza dell'interessato della trasformazione del titolo di proprietà comunale da privato a pubblico²⁰⁰. Tale pronuncia si colloca nel filone delle decisioni che privilegiano la posizione del privato, considerata la natura del rapporto dedotto.

I principi di buona fede e del legittimo affidamento trovano piena applicazione anche riguardo alle convenzioni che accedono a provvedimenti di concessione e che servono a regolamentare il rapporto instauratosi a seguito del provvedimento autoritativo. Lo stesso è a dirsi con riferimento ai rapporti contrattuali che nascono con l'Amministrazione in assenza di un formale accordo.

3. 1. 2. 1. Le concessioni contratto, con particolare riferimento al servizio sanitario.

Particolarmente significativo in ordine all'applicazione del principio dell'affidamento risulta l'ambito dei servizi pubblici in materia sanitaria, con specifico riguardo alle condizioni che attengono al sistema di remunerazione delle strutture accreditate col S.s.n. Il rapporto tra Amministrazione sanitaria e struttura privata è inquadrabile nello schema della concessione di pubblico servizio ed è configurabile come rapporto negoziale tra concedente e concessionario, con la conseguenza che, qualora l'Amministrazione si avvalga di convenzioni formulate sul modello privatistico, la stessa è tenuta, al pari del contraente privato, all'osservanza del principio generale della buona fede²⁰¹.

Di là della complessità della materia sul piano normativo, la ragione del contendere sorge in relazione agli sforamenti dei tetti di spesa rispetto ai valori programmati ed ai ritardi con cui l'Autorità pubblica delibera gli stanziamenti di spesa sanitaria. Si pone pertanto il problema della misura e delle modalità di remunerazione delle prestazioni fornite da strutture accreditate e da professionisti operanti nel settore sanitario.

Al riguardo va registrato che a fronte di una giurisprudenza in un primo momento favorevole alle ragioni della parte privata, sul presupposto dell'illegittimità dell'intervento dell'Amministrazione che regolava in via retroattiva le modalità di remunerazione delle prestazioni rese, si è affiancato un orientamento che dà maggior rilievo al carattere pubblico della funzione e agli oneri di conoscenza posti a carico del concessionario.

Il primo orientamento ha così costantemente ritenuto illegittimo il provvedimento che, approvando tardivamente il sistema di remunerazione delle strutture accreditate col S.s.n. per un determinato anno finanziario, opera con effetto retroattivo sulle prestazioni già erogate,

²⁰⁰ T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 21 ottobre 2003, n. 4852, in *Foro amm.*, 2003, 2572 (s.m.).

²⁰¹ T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 4 gennaio 1999, n. 49, in T.A.R., 1999, I, 872; in *Ragiufarm*, 1999, 105; in *Ragiusan*, 1999, 233; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 4 gennaio 1999, n. 49 in *Rass. dir. farmaceutico*, 1999, 57; in *Ragiufarm*, 1999, 105 in relazione al rapporto tra Amministrazione sanitaria e farmacia in ordine alla corresponsione dei compensi per l'erogazione del servizio di dispensazione dei farmaci convenzionati.

incidendo su soggetti che, in buona fede, abbiano fatto affidamento sul precedente e più favorevole trattamento goduto²⁰².

Tale posizione è stata oggetto di maggiore riflessione, in ragione della peculiarità del rapporto. Si è così osservato, innanzitutto, che gli operatori privati non possono vestire, nell'invocazione unilaterale del principio di buona fede/correttezza nei rapporti giuridici, a seconda della loro convenienza, ora i panni del mero fornitore di servizi, in un ambito puramente contrattualistico, sorretto dai principi del massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore, ora quelli del soggetto legato all'Amministrazione in un rapporto amministrativo qualificato dal riconoscimento di particolari diritti di partecipazione e cooperazione nella definizione della stessa pianificazione e programmazione della spesa sanitaria²⁰³. Tale orientamento, dunque, pone in risalto la natura complessa della fattispecie dell'affidamento, che richiede il rispetto del canone di diligenza anche da parte di chi ne invoca la tutela. Sulla base di questo presupposto assume rilievo proprio il notorio problema dello sfioramento dei limiti di budget regionale per la sanità, nonché delle complesse controversie sui tetti di spesa.

Si è così stabilito che in relazione al canone della buona fede nei rapporti contrattuali non è rinvenibile un affidamento meritevole di tutela nella posizione di quei centri privati, i quali avevano incrementato di circa il 45% il volume delle prestazioni rispetto all'anno precedente²⁰⁴. Secondo il giudice amministrativo, sul piano della buona fede, la stessa condotta dei ricorrenti soggetti privati, nello svolgimento del rapporto di provvisorio accreditamento, non può dirsi conforme al suddetto canone comportamentale, poiché i centri medesimi, pur consapevoli del notorio problema dello sfioramento dei limiti di budget regionale per la sanità, nonché delle complesse controversie sui tetti di spesa, pur essendo quindi del tutto consci della necessità di una determinazione - anche autoritativa - della spesa, che prima o poi si sarebbe imposta, hanno notevolmente incrementato la propria attività, nell'ambito del servizio pubblico, producendo quei vistosi aumenti che vengono assunti dalla Regione a motivo dell'introduzione dei severi limiti di spesa oggetto di causa. Ad essere

²⁰² T.A.R. Lazio, sez. III, 22 gennaio 2001, n. 336, in *Ragiusan*, 2001, 210; T.A.R. Lazio, sez. III, 7 marzo 2000, n. 1462, in *Ragiusan*, 2000, 249; T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 6 novembre 1999, n. 745, in *Ragiusan*, 2000, 223; T.A.R. Lazio, sez. III, 4 ottobre 2000, n. 7841, in *Ragiusan*, 2001, 186 in relazione alla delibera con la quale è stata definita, con effetto retroattivo, la remunerazione spettante a consuntivo a fronte delle prestazioni rese dai soggetti accreditati provvisoriamente col S.s.n., pur in presenza di un meccanismo a scalare che prevede abbattimenti nel caso di superamento dei limiti delle prestazioni ammissibili. T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 7 ottobre 1999, n. 724, in *Ragiusan*, 2000, 241 ha ritenuto che ai sensi degli art. 1 comma 32 l. 23 dicembre 1996 n. 662 e 32 comma 9 l. 27 dicembre 1997 n. 449, la Regione non può applicare tetti di spesa che fissano decurtazioni ai compensi tariffari per prestazioni offerte da operatori privati in regime di accreditamento anche dopo che le dette prestazioni sono state erogate. *Contra* T.A.R. Lazio, sez. III, 1 febbraio 2000, n. 543, in *Ragiusan*, 2000, 222 ha ritenuto legittimo, in quanto non viola il principio di irretroattività degli atti amministrativi, il provvedimento contenente il sistema di remunerazione delle strutture accreditate col S.s.n., nella parte in cui prevede un meccanismo di regressione tariffaria determinabile solo al termine dell'anno finanziario, in rapporto al volume di prestazioni sanitarie rese dalle singole strutture, atteso che, in questo caso, non si configura alcun legittimo affidamento in capo a queste ultime.

²⁰³ T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 13 febbraio 2003, n. 139, in *Foro amm.*, 2003, 715 (s.m.).

²⁰⁴ T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 13 febbraio 2003, n. 139, in *Foro amm.*, 2003, 715 (s.m.). Analogamente, T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 28 gennaio 2003, n. 74, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2003, 306 (s.m.): in caso di un patologico incremento della spesa delle prestazioni sanitarie rese nel periodo in cui mancava una guida programmatica a causa della tardiva adozione del piano annuale dei volumi delle prestazioni sanitarie in regime di accreditamento provvisorio non è possibile il consolidarsi di alcun affidamento in capo ai soggetti erogatori privati, che non potevano non essere a conoscenza (o comunque avrebbero dovuto esserlo, secondo canoni di responsabilità e buona fede minime esigibili) dell'insostenibilità di un siffatto incremento rispetto ai principi di governabilità e controllo della spesa sanitaria che, al pari di quello di libera scelta, costituiscono da anni sicura acquisizione giuridica idonea ad orientare la prassi.

sanzionato, pertanto, è il comportamento del privato che assumendo una posizione di passiva attesa della programmazione da parte della Regione, e pur essendo del tutto conscio della necessità di una determinazione anche autoritativa della spesa, che prima o poi si sarebbe imposta, ha notevolmente incrementato la propria attività nell'ambito del servizio pubblico, producendo i vistosi aumenti poi assunti dalla Regione a motivo dell'introduzione dei severi limiti di spesa pubblica²⁰⁵.

Sempre in relazione al principio generale della buona fede contrattuale è stato ritenuto ad esso contrario il comportamento dell'Amministrazione che, a distanza di un lunghissimo periodo di tempo e quando ormai è divenuta impossibile ogni controdeduzione da parte del farmacista, dopo aver attestato l'avvenuta ricezione delle prescrizioni da parte del titolare della farmacia ad aver rimborsato il relativo importo, aveva provveduto successivamente a trattenere in compensazione la stessa prestazione a seguito del risultato negativo di un controllo meramente quantitativo delle ricette²⁰⁶. Sussistendo il diritto del concessionario al rimborso delle ricette, il giudice amministrativo ha dato prevalenza all'affidamento riposto dal concessionario nella certezza dei rapporti pregressi, considerando che si discuteva dell'esecuzione dei reciproci obblighi e diritti secondo lo schema privatistico convenzionale.

In altra ipotesi, i giudici hanno ritenuto che nel caso in cui il diritto di credito del farmacista, sorto a seguito dell'avvenuta erogazione di farmaci durante il periodo feriale, trovi fondamento nell'esecuzione di un ordine dell'Autorità, la A.U.S.L. competente è tenuta al rimborso nonostante l'eventuale annullamento dell'ordinanza. In presenza di un legittimo affidamento nella regolarità dell'ordine ricevuto, e qualora l'imputabilità dell'evento non sia a carico del farmacista che si sia sottratto all'obbligo di chiusura, l'eventuale declaratoria di illegittimità del provvedimento autoritativo, impositivo dell'apertura durante il periodo feriale, non costituisce titolo per poter negare il pagamento delle prestazioni, nè dei rimborsi relativi ai farmaci erogati durante il detto periodo²⁰⁷.

Al di fuori dell'ambito del servizio sanitario si registrano comunque altre pronunce rilevanti per l'analisi di specie e relative al rapporto concessorio e alle pattuizioni annesse.

La prima pronuncia ha riguardo ad un contratto di concessione d'uso di impianti pubblicitari, stipulato tra un Comune ed un imprenditore privato²⁰⁸. La P.A. concedente, pur in assenza d'un rapporto in esclusiva con il concessionario, aveva autorizzato terzi imprenditori concorrenti ad installare un congruo numero di impianti del medesimo tipo di quelli concessi. Secondo i giudici del Consiglio Stato il comportamento dell'Amministrazione legittima il privato concessionario ad agire per risolvere il contratto per inadempimento, in quanto il dovere di lealtà contrattuale impone alla P.A. di non contrastare l'affidamento, ingenerato in capo alla controparte fin dalla formulazione della di lei offerta, sul mantenimento della parità delle condizioni concorrenziali nel periodo di validità della concessione, ossia di quella situazione necessaria affinché il concessionario possa realizzare il risultato economico in vista del quale costui s'è impegnato con il negozio²⁰⁹.

In applicazione dei principi di correttezza, inoltre, è stato ritenuto che la clausola che prevede la facoltà dell'ente concedente di risolvere anticipatamente *ad nutum* una concessione, deve essere interpretata secondo buona fede e, in caso di dubbio, a favore di colui che vi è

²⁰⁵ T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 6 dicembre 2002, n. 7845, in *Foro amm.*, 2002.

²⁰⁶ T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 4 gennaio 1999, n. 49 in *Rass. dir. farmaceutico*, cit., 57.

²⁰⁷ T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 8 maggio 2003, n. 5387, in *Foro amm.*, 2003, 1730 (s.m.).

²⁰⁸ Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2000, n. 5207, in *Foro amm.*, 2000 (s.m.).

²⁰⁹ Nel caso di specie l'affidamento è stato ritenuto ragionevole e legittimo in quanto anche i doveri d'imparzialità e di buona Amministrazione esigono che la P.A. agisca in modo coerente nei confronti degli altri imprenditori e, comunque, in modo tale da ottenere un adeguato rendimento dall'utilizzazione del suolo pubblico per l'installazione di tali impianti.

soggetto. Pertanto, è stata ritenuta illegittima una revoca anticipata che non si fonda su specifiche ragioni attinenti lo svolgimento dell'attività esercitata dall'ente²¹⁰. Sempre in tema di revoca di concessioni, si è ritenuto opportuno differenziare l'ipotesi della revoca di una concessione amministrativa (nella specie, per la gestione di un servizio pubblico), dal recesso anticipato nei contratti di durata, in quanto essa si ricollega alla potestà che la legge eccezionalmente attribuisce alla P.A. concedente d'intervenire dall'esterno nel rapporto concessorio - anche senza una clausola convenzionale *ad hoc* - e, quindi, abbisogna d'una congrua motivazione, sulla scorta di rigorosi presupposti oggettivi²¹¹. Diversamente, la disdetta degli accordi aggiuntivi o sostitutivi di concessioni di beni o servizi, se pattizamente prevista, serve, alla normale scadenza del rapporto, ad impedirne la rinnovazione tacita. In questo caso, l'atto di recesso è espressione di un diritto meramente potestativo, per cui non richiede alcuna giustificazione da parte della P.A. che se ne avvale - se non per il rispetto dei generali principi di correttezza e buona fede -, neppure se essa reputi opportuno dar sintetica contezza delle ragioni che l'hanno indotta allo scioglimento del rapporto concessorio²¹².

3. 1. 2. 2. I rapporti contrattuali di fatto in assenza di un accordo formalizzato: il rilievo del “contatto sociale”.

Sul piano dei rapporti tra Amministrazione e privato particolarmente interessante risulta una pronuncia del T.A.R. Campania resa con riferimento ad una fattispecie nella quale il rapporto contrattuale si era svolto in assenza di un formale accordo²¹³. In tale ipotesi, riguardante una fornitura effettuata da una società privata in via di fatto, è stato rinvenuto un caso di “contatto sociale”²¹⁴. Secondo i giudici, in tale evenienza si realizza una forma di affidamento di consistenza maggiore rispetto alle aspettative di mero fatto, poiché l'interesse legittimo, emergente nella specie, rappresenta una posizione individuata e differenziata dall'ordinamento giuridico. L'inesistenza di un accordo contrattuale tra la società fornitrice e l'Amministrazione fa sì che non possa parlarsi, dunque, di un diritto soggettivo perfetto a conseguire il preteso corrispettivo, ma piuttosto di un interesse legittimo ad ottenere almeno un ristoro indennitario alla lesione patrimoniale arrecata alla società dal comportamento illegittimo della P.A., collegato, da un verso, al cattivo uso del potere discrezionale di cui questa è titolare, e, dall'altro, all'affidamento ingenerato nel privato sulla (futura) esistenza di un valido rapporto di sinallagmaticità tra la prestazione e la controprestazione pecuniaria che si assume concordata. Il costrutto giuridico individuato dal T.A.R. serve a permettere al privato di conseguire un'utilità economica per la prestazione effettuata, in luogo del corrispettivo pecuniario che gli sarebbe spettato in esecuzione del contratto che fosse stato

²¹⁰ Cons. St., sez. VI, 30 settembre 1997, n. 1407, in *Studium iuris*, 1997, 1355.

²¹¹ Cons. St., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327, in *Foro amm.*, 2000, 891.

²¹² Nella specie, la P.A. ha disdetto il rapporto per decorso del termine di durata della concessione e ha fornito l'indicazione dei peculiari motivi posti a base di tale scelta, fermo restando che tale comportamento non modifica la natura giuridica della disdetta, nè la trasforma in una revoca.

²¹³ T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 4 febbraio 2003, n. 98, in *Foro amm.*, 2003, 716 (s.m.).

²¹⁴ In altra pronuncia, il Tribunale di Roma (Trib. Roma, 22 febbraio 1995, in *Cons. Stato*, 1997, II, 2142 con nota di G. CORONA, *In tema di responsabilità precontrattuale della p.a.*) ha ritenuto che la stipula di una convenzione orale non è idonea a configurare una situazione di legittimo affidamento ingenerato dal contraente. Presupposto della decisione è che l'ente pubblico, nella specie l'Inpdai, può costituire rapporti contrattuali con i terzi per il perseguimento dei propri fini solamente in forma scritta. Il giudice di merito, in quest'occasione, è giunto alla sua determinazione tenendo conto della vincolatività della forma e della presunzione di conoscenza delle norme applicabili, dettate dalla legge, e vevolevoli anche per il contraente privato.

legittimamente stipulato. A ben vedere, peraltro, l'applicazione della disciplina dell'indebito (artt. 2033 c.c. e ss.) o dell'ingiustificato arricchimento (artt. 2041 c.c.) avrebbe forse consentito di risolvere la questione in maniera più immediata e lineare²¹⁵. Il giudice amministrativo ha invece ritenuto necessario richiamare la teoria del contatto sociale. Tale scelta si riverbera anche sul piano della responsabilità.

Secondo il T.A.R., l'inesistenza di un valido rapporto contrattuale tra le parti esclude in radice la possibilità di configurare un risarcimento del danno, che il ricorrente assume di aver subito, sia sotto il profilo della responsabilità contrattuale sia sotto quello della responsabilità precontrattuale. Se tale posizione appare condivisibile in ordine alla responsabilità contrattuale, lo è meno rispetto a quella precontrattuale. Quest'ultima, infatti, si pone nell'alveo della responsabilità aquiliana e presuppone, per la sua sussistenza, il compimento dell'attività diretta alla conclusione di un accordo. Anche nel caso di specie, pertanto, non sussistono limiti logici all'ammissibilità della fattispecie. Diverso è il discorso della verifica di tutti gli elementi della fattispecie nel caso concreto. L'art. 1337 c.c. richiede infatti l'atteggiarsi di una attività rivolta alla preparazione della positiva conclusione del contratto, nonché la dimostrazione del requisito psicologico, ossia della malafede o della colpa dell'Amministrazione, quale apparato burocratico cui incombeva la responsabilità delle trattative e della loro necessaria conclusione. Essa è infine connessa ad un risarcimento nei limiti del cd. interesse negativo, quale danno emergente identificato nelle spese sostenute e/o nella perdita di chance.

3. 2. Il rapporto di pubblico impiego.

Il rapporto di pubblico impiego nasce come istituto finalizzato al soddisfacimento dell'interesse istituzionale della P.A. Considerata la natura preminente dell'interesse generale, per lungo tempo tale rapporto è stato caratterizzato da una disuguaglianza di posizioni e dal riconoscimento di una supremazia speciale in capo alla P.A. e dalla correlativa posizione di status in capo al dipendente. Se la legge quadro sul pubblico impiego (l.n. 93/83) ha introdotto una logica di scambio a livello collettivo, la cd. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego - giustificata da esigenze di efficienza, di riduzione della spesa pubblica e di razionalizzazione della materia - giunge a compimento con il d.lgs. n. 29/1993, modificato dai d.lgs. nn. 470/1993 e 546/1993. Tale assetto risulta confermato e completato dalle cd. leggi Bassanini (l.n. 59/97 e la l.n. 127/97) e dal T.U. sul pubblico impiego di cui al d.lgs. n. 165/2001. A seguito della privatizzazione, il rapporto del pubblico impiego perde la sua specialità, venendo assimilato al lavoro privato. Restano escluse dalla riforma talune categorie di pubblici dipendenti, tra cui i magistrati, gli avvocati dello Stato, il corpo prefettizio e quello

²¹⁵ In tema di responsabilità precontrattuale va inoltre richiamato quell'orientamento secondo cui il contraente che, sebbene non richiestone, esegue la prestazione prima dell'approvazione del contratto da parte della P.A. con la quale l'abbia stipulato e quindi prima che la stipulazione stessa venga regolarizzata nella forma scritta, *ad substantiam* per i contratti delle Amministrazioni Pubbliche, non può far valere, qualora non sopravvenga tale formale stipulazione, alcuna responsabilità della controparte per colpa *in contrahendo*. In tale caso, infatti, il contratto resta nullo per difetto della forma suddetta. L'invalidità del negozio, nel caso di specie, deriva da disposizioni generali, da presumersi note agli interessati, così da escludere l'ipotizzabilità di un affidamento incolpevole della parte adempiente, nè è legittimato ad esperire un'azione di arricchimento indebito salvo che l'Amministrazione abbia riconosciuto l'utilità della prestazione ricevuta con la concreta utilizzazione di essa, senza che rilevi, a tale ultimo riguardo, che l'atto di riconoscimento manchi dalle prescritte approvazioni o controlli, atteso che questi possono condizionare l'efficacia degli atti amministrativi sul piano negoziale e non già la loro operatività quali dichiarazioni di scienza ed accertamento (Cass. civ., sez. I, 20 agosto 1992, n. 9682).

diplomatico, il personale militare e delle forze di polizia di Stato, in ragione del particolare ruolo ricoperto da tali soggetti²¹⁶.

Il cuore della riforma è contenuto negli artt. 2 e 4 del d.lgs. n. 29/1993, ora trafusi nel d.lgs. n. 165/2001²¹⁷. In base a tali norme, i rapporti di lavoro dei dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nella disciplina speciale. Nello svolgimento di tali rapporti, la P.A. opera con i “poteri del datore di lavoro privato”, adottando tutte le misure inerenti alla loro organizzazione e gestione.

In quanto equiparata al datore di lavoro privato, l'Amministrazione è soggetta al rispetto dei doveri di correttezza e buona fede, che gravano su tutti i datori di lavoro nello svolgimento del rapporto con i loro dipendenti²¹⁸. Secondo la Suprema Corte²¹⁹, l'osservanza di tali regole, con riguardo all'attività privatistica della P.A., emerge anche alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Estranea alla privatizzazione è peraltro rimasta la fase antecedente la costituzione rapporto, che deve avvenire secondo le disposizioni del pubblico concorso. Le questioni attinenti a tale fase restano devolute al giudice amministrativo. La Pubblica Amministrazione, peraltro, anche nel corso dell'espletamento delle procedure concorsuali non è sottratta al rispetto dei doveri di correttezza.

3. 2. 1. Le procedure concorsuali. Il conferimento di incarichi dirigenziali.

²¹⁶ Le eccezioni sono contenute nell'art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001. I professori universitari e i ricercatori restano assoggettati, in attesa della riforma, a normativa vigente (art. 3, comma quinto).

²¹⁷ La specialità permane essenzialmente solo nel momento che precede la formazione del rapporto, poiché esigenze di pubblico interesse richiedono la celebrazione di una procedura concorsuale, di chiara natura pubblicistica. Logica conseguenza di tale assetto è stata la devoluzione al giudice ordinario delle controversie di pubblico impiego dal momento successivo all'approvazione della graduatoria che precede l'immissione in servizio (art. 63 del d.lgs. n. 165/2001). Tutte le vicende conseguenti a tale momento sono devolute, *ratione materiae*, al giudice ordinario se relative a fatti successivi al 30.6.1998 (art. 45, comma 17, d.lgs. n. 80/1998, attuale art. 69, comma 7 del T.U. del pubblico impiego emanato con il d.lgs. n. 165/2001). Alla giurisdizione del giudice amministrativo restano devolute le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro non privatizzati. La giurisdizione del giudice amministrativo cessa nel momento in cui la procedura di selezione è giunta al termine, e cioè nel momento in cui si è individuato il personale che ha diritto all'assunzione. Cfr. Pret. Roma, 20 maggio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 269 ss. Dalla analisi delle norme è evidente che ogni questione concernente il rapporto privatizzato del pubblico dipendente, dal momento della sua nascita, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario, sulla base di un nuovo riparto di giurisdizione intorno ad una distinzione delle fattispecie “per materia”, e non più sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. Secondo la Corte di Cassazione, sez. un., 24 febbraio 2000, n. 41, per effetto della cd. privatizzazione del pubblico impiego, essendo stato il rapporto di pubblico impiego riportato “sotto la disciplina del diritto civile”, in capo al lavoratore sono configurabili soltanto posizioni di diritto soggettivo (e non di interesse legittimo di diritto pubblico, ai quali invece si riferisce l'art. 103, comma primo, Cost.). In dottrina: P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano 1995; L. ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico né gli anni '90*, Torino 1998; C. VIDETTA, *Impiego pubblico*, voce del *Dig. disc. pub.*, agg., Torino 2000, 323 ss.

²¹⁸ *Ex multis*: Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2002, n. 2639, in *Notiziario giur. lav.*, 2002, 361; Cass. civ., sez. lav., 8 novembre 2002, n. 15749, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1943.

²¹⁹ Secondo Cass. sez. un., 26 giugno 2002, n. 9332, in *Giust. civ.*, 2003, I, 221 appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia concernente il provvedimento di conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario, che ha natura negoziale ed è, in quanto tale, sindacabile dal giudice ordinario sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede nell'esercizio dei poteri privati

Il dovere di uniformarsi ai principi di correttezza e buona fede opera anche nell'articolata fase che precede l'assunzione. Le procedure concorsuali rappresentano un ambito di riscontro della nostra indagine.

In via generale, la giurisprudenza ha ritenuto di dover utilizzare il principio della tutela del legittimo affidamento nell'interpretazione ed applicazione dei bandi di concorso²²⁰. Ne consegue la valorizzazione del criterio d'interpretazione letterale a discapito di procedimenti di integrazione ed estensione del significato del testo. Alla luce di tale principio, l'indicazione nel bando di concorso del numero dei posti da coprire è stata ritenuta una garanzia della correttezza dell'azione amministrativa²²¹.

Il principio generale dell'interpretazione secondo buona fede (di cui agli artt. 1366 e 1321 c.c.) trova applicazione anche in sede di esame delle istanze e degli atti presentati dal privato alla P.A. ai fini della partecipazione ad una procedura concorsuale. Pertanto, l'interprete deve ricercare l'effettiva volontà dell'istante senza trarre affrettate conclusioni sulla base di errori ed omissioni facilmente riconoscibili o addirittura provocati da mancanza di chiarezza della stessa Amministrazione²²².

Riguardo ai requisiti di partecipazione, particolarmente interessante, sotto il profilo dei progressi comportamenti posti in essere dall'Amministrazione, risulta una pronuncia resa in tema di impugnazione di bandi di concorso e di rimessione in termini²²³. Secondo il giudice amministrativo, qualora un bando di concorso sia assolutamente inequivoco nel prevedere espressamente uno specifico titolo di studio, l'interessato che ritenga illegittima l'esclusione di un diverso titolo di studio, ha l'onere di impugnarlo sin dal momento della sua conoscenza. Tuttavia se l'Amministrazione abbia in passato ammesso l'interessato ad analogo concorso valutando tale diverso titolo, pur non previsto in bando, si configura un legittimo affidamento e un errore scusabile del concorrente che giustifica la rimessione in termini dello stesso per l'impugnativa del bando. In questo caso il legittimo affidamento non consente l'immediata consolidazione della situazione soggettiva riguardante la partecipazione al concorso ma riserva all'interessato di far valere la sua pretesa dinanzi all'Autorità giudiziaria preposta.

In diversa occasione, il giudice ha escluso la tutela dell'aspirante concorrente quando il bando di concorso non comprenda espressamente il titolo di studio da lui posseduto²²⁴. Richiamando sul piano ermeneutico il principio dell'affidamento, che preclude ogni indagine rivolta, attraverso procedimenti integrativi, all'individuazione di ulteriori ed inespressi significati, si è escluso che, a fronte di una clausola di un bando di concorso pubblico che espressamente richieda tra i requisiti di ammissione la sola laurea in Giurisprudenza o in Scienze Politiche, senza prevedere l'equipollenza con altri titoli di studio, potesse partecipare

²²⁰ Cons. St., sez. V, 30 maggio 1997, n. 582, in *Foro amm.*, 1997, 1412 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1997, I, 733 (s.m.). Secondo T.A.R. Lazio, sez. II, 14 gennaio 2002, n. 251, in *Foro amm.*, 2002, 141 (s.m.) le norme di un bando di concorso devono interpretarsi, secondo il principio dell'affidamento, per ciò che esse espressamente dicono, rimanendo preclusa all'Amministrazione e agli aspiranti ogni indagine rivolta, attraverso procedimenti ermeneutici ed integrativi, all'individuazione di ulteriori ed inespressi significati. L'interpretazione delle clausole del bando di concorso a pubblico impiego deve ispirarsi ai principi di chiarezza e di affidamento del cittadino, in modo da escludere interpretazioni correttive ed integrative delle clausole contrarie alla buona fede ed alla *par condicio* dei partecipanti, Cons.giust.amm. Sicilia, sez. giurisd., 19 febbraio 1998, n. 52, in *Cons. Stato*, 1998, I, 293 (s.m.).

²²¹ Cons. St., sez. V, 23 gennaio 1991, n. 58, in *Foro amm.*, 1991, 52 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1991, I, 46 (s.m.) ha ritenuto illegittima la deliberazione con la quale i posti da coprire erano rimasti indeterminati.

²²² T.A.R. Lazio Latina, 4 ottobre 1992, n. 817, in *Foro amm.*, 1993, 1896 (s.m.).

²²³ T.A.R. Toscana, sez. II, 31 maggio 2002, n. 1155, in *Foro amm.*, 2002, 1583, 3215 con nota di L. GILI, *Sulla rimessione in termini per errore scusabile nel processo amministrativo e sui valori così tutelati*.

²²⁴ T.A.R. Lazio, sez. II, 14 gennaio 2002, n. 251, cit.

al concorso un concorrente laureato in Sociologia, nonostante l'esplicito riconoscimento, da parte della l.n. 1076/1971 dell'equipollenza tra la laurea da questi posseduta e quelle richieste dal bando. Il provvedimento di esclusione, per mancato possesso di un requisito richiesto dal bando, è stato pertanto ritenuto legittimo. La valorizzazione dell'elemento letterale rischia, in realtà, di favorire interpretazioni formalistiche come nel caso appena esaminato, ove l'equipollenza risultava chiaramente *aliunde*. In diversa pronuncia²²⁵, valorizzando proprio i principi di chiarezza e affidamento, è stato ritenuto, al contrario, che le prescrizioni di un bando di concorso a pubblico impiego vanno interpretate evitando applicazioni in contrasto con la buona fede e la esigenza di *par condicio* tra i partecipanti. In tal senso, la clausola che imponga l'elencazione dei titoli nella domanda non può intendersi formalisticamente, in guisa da doversi escludere dalla valutazione il possesso d'un titolo non elencato e tuttavia esplicitamente emergente dal contesto della domanda.

Nel corso della trattazione si è evidenziato il carattere complesso della fattispecie del legittimo affidamento. Se si vuol pretendere che l'Amministrazione si comporti correttamente è necessario che il cittadino osservi a sua volta i doveri di diligenza. Tale principio vale anche con riferimento alle procedure concorsuali.

In questo senso è stato ritenuto legittimo il provvedimento con il quale è stata disposta la revoca di un precedente provvedimento di rinvio della prova concorsuale di un candidato, nel caso in cui questi abbia contravvenuto al dovere di lealtà e di buona fede nei confronti dell'Amministrazione al fine di alterare a proprio vantaggio il principio di imparzialità, ponendo in essere comportamenti non rispondenti a verità e tali da indurre l'Amministrazione a determinazioni non sorrette da correttezza di presupposto²²⁶. Nella specie, il candidato aveva simulato un malore al fine di ottenere il rinvio della prova orale a data più vantaggiosa.

In altra occasione²²⁷, i giudici hanno escluso qualsiasi censura all'annullamento d'ufficio dell'esito concorsuale del candidato che non abbia dimostrato il previo possesso del titolo di studio richiesto dal bando di concorso, nè di titolo, a giudizio dell'Amministrazione, equipollente. La Pubblica Amministrazione aveva escluso la buona fede del soggetto concorrente a fronte del consapevole possesso di titolo di studio diverso da quello richiesto, disponendo in via di autotutela. Sulla base di tali presupposti, l'autotutela è stata ritenuta legittima indipendentemente dal decorso del tempo.

Con specifico riferimento al ruolo dirigenziale, va richiamata una pronuncia del Consiglio di Stato riguardo all'aspettativa del dipendente all'indizione di un dato bando di concorso²²⁸. Considerata l'ampia discrezionalità dell'Amministrazione sul punto di decidere se, come e quando bandire un concorso per la copertura di un incarico dirigenziale, i giudici hanno ritenuto che nel valutare la legittimità degli atti compiuti dalla P.A. e preordinati alla indizione del concorso, non sono utilizzabili i criteri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. In questo caso, la scelta dell'Amministrazione costituisce espressione di un potere pubblicistico, connesso all'organizzazione dell'ufficio, e a fronte del quale stanno soltanto posizioni di interesse legittimo dei candidati. Su tali conclusioni, peraltro, si può in parte dissentire considerato che il principio di correttezza costituisce un canone essenziale di ogni attività amministrativa. Altro discorso, e qui risulta condivisibile la scelta dei giudici, è

²²⁵ T.A.R. Abruzzo Pescara, 13 gennaio 1999, n. 4, in *Giur. merito*, 1999, 1087.

²²⁶ Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 1997, n. 1496, in *Foro amm.*, 1997, 2777 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1997, I, 1437 (s.m.).

²²⁷ Cons. St., sez. VI, 7 novembre 1996, n. 1522, in *Foro amm.*, 1996, 3345 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1996, I, 1777 (s.m.).

²²⁸ Cons. St., sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5495, in *Dir. e Giust.*, 2003, f. 40, 68 con nota di M. ALESIO, *L'indizione dei concorsi nell'ambito della potestà organizzativa*.

ritenere che, considerata l'alta discrezionalità riconosciuta in capo all'Amministrazione e la preminenza di interessi pubblici, non possa configurarsi alcun affidamento del dipendente.

In tema di incarichi dirigenziali nelle Amministrazioni statali, la Suprema Corte²²⁹, inoltre, argomentando sulla base della natura unilaterale non ricettizia dell'atto di conferimento, ha ritenuto che la sua formale adozione, pur essendo idonea a ingenerare nel designato l'aspettativa al perfezionamento della fattispecie attributiva dell'incarico, tutelata con il rimedio risarcitorio per l'eventuale lesione dannosa di legittimo affidamento, rispetto all'incarico al quale aspira, non gli attribuisce, prima della stipulazione del contratto, diritti ulteriori e diversi da quelli dei quali non fosse già titolare di fronte al potere organizzativo retto dal diritto privato. Logica conseguenza di tale argomentazione è che l'atto di conferimento può essere liberamente modificato o ritirato nell'esercizio dello stesso potere, e non nell'esercizio di autotutela decisoria amministrativa, senza perciò incontrare i limiti procedurali e sostanziali di questa. L'interessato non è ammesso a contestare in sé il potere di modifica o ritiro ma solo la legittimità della scelta operata nei suoi confronti, ovvero potrà dedurre la lesione dell'aspettativa quale fonte di danno. L'atto di conferimento (art. 19 d.lgs. n. 145/2001), secondo la Cassazione, ha necessaria struttura unilaterale non ricettizia, presentando natura di determinazione assunta dall'Amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, a norma dell'art. 5, comma secondo, del d.lgs. n. 145/2001, la cui formale adozione rileva esclusivamente sul piano dell'organizzazione e ai fini dei controlli interni di cui al comma terzo dello stesso articolo.

Con riferimento ai concorsi interni, è stato ritenuto che i principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. impongono al datore di lavoro l'obbligo della motivazione nell'esternazione della procedura selettiva in ordine al sistema di scelta del personale da promuovere alla qualifica superiore. Ancorché le norme della contrattazione collettiva non lo abbiano previsto, tale obbligo va desunto dall'applicazione al rapporto contrattuale dei principi suddetti²³⁰.

Se la buona fede opera senz'altro nella fase concorsuale, maggior rilievo essa riveste durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, una volta compiuta l'assunzione.

3. 2. 2. La buona fede nello svolgimento del rapporto di lavoro: dall'atto di nomina alla risoluzione.

La buona fede è clausola generale che presiede al corretto svolgimento dell'attività contrattuale. Essa opera con riguardo anche a quel particolare rapporto negoziale che è il contratto di lavoro, ove la pattuizione concerne la prestazione delle energie fisiche e intellettuali dell'individuo a fronte di un compenso. La buona fede presiede l'ordinato svolgimento del rapporto di lavoro e grava in ugual misura sia sul datore che sul prestatore d'opera. Nei confronti dell'Amministrazione pubblica, la privatizzazione del rapporto di lavoro e la devoluzione di tutte le controversie al giudice ordinario ha contribuito in maniera determinante all'affermazione di tali principi nel pubblico impiego. La Pubblica Amministrazione è infatti equiparata a qualunque datore di lavoro.

L'applicazione della disciplina del codice civile e delle leggi del lavoro privato (Statuto dei lavoratori *in primis*), la cognizione del giudice del lavoro, maggiormente incline a trattare la tutela dei diritti, il processo del lavoro, strumento più duttile rispetto al modello

²²⁹ Cass. civ., sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659.

²³⁰ Cons. St., sez. IV, 5 febbraio 2001, n. 471, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2025.

amministrativo, hanno determinato una vera e propria rivoluzione nel pubblico impiego, la cui portata richiede un'attenta sistemazione. A giovarne, innanzitutto, è l'efficienza del sistema.

La giurisdizione ordinaria, basata sulla cognizione del rapporto e dei diritti, consente maggiori garanzie di tutela sia per la parte datoriale che per il dipendente. Al centro del sistema vengono posti i diritti ed i doveri. Questo favorisce un maggiore soddisfacimento delle esigenze di giustizia, che nell'ambito del rapporto di lavoro assumono un rilievo del tutto peculiare, in quanto relative ai diritti della persona che nel lavoro esplica e realizza la propria personalità (artt. 3 e 4 Cost.). La giurisprudenza amministrativa sul rapporto di pubblico impiego costituisce, in tale contesto, un utile punto di partenza per le valutazioni del caso, ma essa non risolve ogni problema perché fa riferimento ad un quadro normativo che nel contempo è mutato. Ecco, allora, che il giudice del lavoro è chiamato ad un complesso compito ermeneutico di adattamento al nuovo rapporto di pubblico impiego della giurisprudenza amministrativa anteriore al trasferimento della giurisdizione e di quella più squisitamente giuslavoristica, formatasi in tema di rapporti privati di lavoro. La ricostruzione della tutela è allora un compito squisitamente pretorio, tenendo altresì conto che la disciplina che ha devoluto al giudice ordinario la giurisdizione del pubblico impiego ha stabilito una clausola temporale di decadenza in base alla quale al giudice ordinario possono essere portate solo le questioni sorte dopo il 30 giugno 1998. Per le altre, la tutela avrebbe dovuto essere azionata dinanzi al giudice amministrativo entro il 15 settembre 2000. Questo, almeno, è l'orientamento della Suprema Corte²³¹ in attesa di una pronuncia della Consulta. Tale situazione non deve peraltro far pensare ad una rinnovata stagione dei "Pretori d'assalto", che ne gli anni settanta si fecero tutori di istanze di giustizia sociale in favore della classe dei

²³¹ L'art. 45, comma 17 del d.lgs. n. 80/1998 (attuale art. 69, comma 7 del T.U. del pubblico impiego emanato con il d.lgs. n. 165/2001) statuisce che «Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 68 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, come modificato dal presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al rapporto di lavoro anteriori a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e debbono essere proposte, a pena di decadenza entro il 15 settembre 2000». Tale termine, conformemente alla lettera della norma, viene interpretato come previsione di decadenza. Al fine dell'individuazione del discrimine temporale, rilevante agli effetti del riparto di giurisdizione, è più volte intervenuta la Corte di Cassazione, a sezioni unite, affermando, che lo stesso debba essere ravvisato con riferimento non ad un atto giuridico o al momento di instaurazione della controversia, bensì al dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze poste a base della pretesa avanzata (Cfr. Cass. civ., sez. un., 7 novembre 2000, n. 1154; sez. un., 24 febbraio 2000, n. 41; sez. un., 20 novembre 1999, n. 808).

Il principale problema cui è affidata la risoluzione della questione della competenza giurisdizionale è, dunque, l'interpretazione della formula «questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro». Come rilevato dalla Suprema Corte, si tratta di una locuzione volutamente generica ed atecnica, a fronte della quale sarebbe palesemente insufficiente un'opzione ermeneutica che affidasse il discrimine temporale del trasferimento alla giurisdizione ordinaria a criteri collegati alla data del compimento, da parte dell'Amministrazione, dell'atto di gestione del rapporto che ha determinato l'insorgere della questione litigiosa o all'arco temporale di riferimento degli effetti di tale atto o, infine, al momento dell'insorgenza del diritto in contestazione. Gli incisi «periodo» e «questioni», congiuntamente richiamati dalla normativa esaminata, inducono a ritenere che debba essere considerato determinante il dato costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze, così come poste a base della pretesa avanzata, in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta la controversia. La giurisprudenza maggioritaria, inoltre, non condivide quell'interpretazione secondo cui le controversie introdotte con ricorso successivamente al 15 settembre 2000 - riguardanti il periodo anteriore al 30.6.1998 - devono essere proposte dinanzi al giudice del lavoro nei limiti della prescrizione. A seguire detta impostazione, infatti, si profilerebbero due distinti criteri di attribuzione della giurisdizione: uno fondato sull'insorgenza della questione, l'altro sulla proposizione della domanda, con la conseguenza che la previsione normativa della decadenza verrebbe privata di ogni fondamento e svuotata di significato. Diversamente argomentando, l'inciso «restano devolute», presente sia nel d.lgs. n. 80/1998 che nel d.lgs. n. 165/2001, non avrebbe ragione di esserci. La locuzione indica pertanto la conservazione del regime esclusivo di giurisdizione del giudice amministrativo con esclusione di un doppio binario di giurisdizione.

lavoratori²³². Quel periodo risulta ormai superato e la politica deve restare fuori dalle aule giudiziarie. Il compito cui è chiamato il giudice lavoro si colloca invece in continuità con la tradizione della giurisprudenza amministrativa, che dell'interpretazione e della ricostruzione pretoria degli istituti affatto il suo punto di forza.

Diverse, in tale contesto, sono le applicazioni del principio compiute dalla giurisprudenza²³³.

Secondo quanto delineato dalla riforma del pubblico impiego, la giurisdizione del giudice amministrativo concerne esclusivamente le procedure concorsuali, strumentali alla costituzione del rapporto con la P.A., che si sviluppano fino all'approvazione della graduatoria dei vincitori e degli eventuali idonei, ma non riguardano il successivo atto di nomina²³⁴. Tutto quel che accade successivamente, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro e il conferimento di incarichi dirigenziali, è devoluto alla cognizione del giudice del lavoro. Secondo il più recente orientamento della Corte di Cassazione sono tuttavia sottratte al giudice ordinario anche le controversie riguardanti i concorsi interni per acquisire una qualifica superiore²³⁵. Si è infatti ritenuto che il quarto comma dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/01, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo «le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle Pubbliche amministrazioni», fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore. Il termine “assunzione”, deve in tal senso essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale, dal momento che l'accesso nell'area superiore di personale interno od esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica.

Tanto premesso, il riscontro del rispetto delle regole di buona fede e correttezza spetta al giudice ordinario fin dal momento dell'atto di nomina. La Corte di Cassazione²³⁶ ha in tal

²³² Sul clima di quegli anni cfr. R. CANOSA, *Storia di un pretore*, Torino 1978, 22 ss.

²³³ Per illustrare la giurisprudenza in tema di tutela dell'affidamento e della buona fede nel pubblico impiego mi gioverò anche dell'esperienza di giudice del lavoro, svolta presso il Tribunale di Barcellona P.G.

²³⁴ L'art. 63, al quarto comma, del d.lgs. n. 165/01, stabilisce che al giudice amministrativo continua ad essere attribuita la giurisdizione generale di legittimità sulle controversie «in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle Pubbliche amministrazioni». In tal senso depono il consolidato orientamento della Suprema Corte, Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2002, n. 9332, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1102.

²³⁵ In sede di prima applicazione, la Cassazione (Cass. civ., sez. un., 27 febbraio 2002, n. 2954, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 343; in *Giur. it.*, 2002, 1942; Cass. civ., sez. un., 11 giugno 2001, n. 7859, in *Ragiusan*, 2002, 372, Cass. civ., sez. un., 10 dicembre 2001, n. 15602, in *Giur. it.*, 2002, 2167) ha ritenuto che la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa delle controversie in materia di impiego pubblico privatizzato riguardasse, esclusivamente, le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto di lavoro. Nei casi in cui il concorso fosse diretto non già ad assumere, ma a promuovere il personale già assunto da un profilo ad un altro, la cognizione sarebbe invece spettata al giudice ordinario. Tale esito scaturiva dalla considerazione che il legislatore ha inteso attribuire al giudice ordinario la giurisdizione su tutte le controversie inerenti al rapporto di lavoro, dalla sua instaurazione fino all'estinzione, compresa ogni fase intermedia relativa a qualsiasi vicenda modificativa, anche se finalizzata alla progressione in carriera e realizzata attraverso una selezione di tipo concorsuale.

L'orientamento in questione è stato tuttavia rivisto dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 2003, n. 15403, in *Foro amm.*, 2003, 2868; in *Lavoro nella giur.*, 2004, 362) sulla base di un costante orientamento della Corte Costituzionale. Il Giudice delle Leggi (Corte Cost., 23 luglio 2002, n. 373, Corte Cost., 16 maggio 2002, n. 194, in *Foro it.*, 2003, I, 22; Corte Cost., 4 gennaio 1999, n. 1, in *Cons. Stato*, 1999, II, 1; in *Giur. cost.*, 1999, 1) ha infatti ritenuto che anche dopo la privatizzazione del rapporto di impiego il passaggio ad una fascia funzionale superiore costituisce l'accesso ad un nuovo posto di lavoro. Logica conseguenza è che tale selezione, alla stregua di qualsiasi altro strumento di reclutamento, deve rimanere soggetta alla regola del pubblico concorso.

²³⁶ Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2002, n. 9332, in *Giust. civ.*, 2003, I, 221.

senso statuito che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia concernente il provvedimento di conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario ex art. 15 d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502. Avendo tale provvedimento natura negoziale esso è sindacabile dal giudice ordinario sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede nell'esercizio dei poteri privati. Tali regole, secondo la Suprema Corte, sono applicabili, con riguardo all'attività anche privatistica della P.A., alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Riguardo all'atto di nomina giova richiamare quella giurisprudenza amministrativa che ha costantemente negato il rilievo di qualsiasi legittimo affidamento allorché il candidato non possieda i requisiti previsti dal concorso. Ciò a prescindere dalla sua buona o malafede. La clausola costituzionale del pubblico concorso e la necessità che il candidato possieda i requisiti richiesti dalla normativa per l'accesso ad un dato ruolo rappresentano un ostacolo difficilmente superabile. Così, riguardo all'annullamento di una nomina illegittima, la giurisprudenza esclude qualsiasi rilievo dell'affidamento allorché il soggetto non possieda i requisiti richiesti dalla normativa per conseguire tale inquadramento²³⁷. Secondo i giudici, se è vero che l'Amministrazione, allorché intenda procedere all'annullamento d'ufficio di propri atti, deve ponderare l'interesse privato in comparazione con quello pubblico, non identificabile con il mero ripristino della legalità quando dall'annullamento consegue un danno per il privato che aveva fatto affidamento sulla legittimità dell'azione amministrativa, è altresì vero che tale ponderazione non occorre quando dall'annullamento derivi il venir meno di vantaggi che, contrastando con le finalità dell'ordinamento, debbono per ciò stesso essere rimossi. *A fortiori* è stato escluso che possano assumere rilievo gli interessi del dipendente al mantenimento del posto di lavoro e il suo stato psicologico di buona fede nell'ipotesi di conseguimento di impiego pubblico mediante la produzione di titoli falsi²³⁸. In tale ipotesi, infatti, l'Amministrazione non gode di alcuna discrezionalità, dovendosi limitare ad accertare la sussistenza del fatto e a dichiarare automaticamente la decadenza dall'impiego quale effetto voluto dall'art. 127 lett. d) T.U. 10 gennaio 1957 n. 3.

Alla luce dei nuovi principi del pubblico impiego, riguardo al concorrente vincitore di concorso in attesa dell'atto di nomina, è stato ritenuto che in caso di mancata stipula di un contratto di lavoro per il venir meno dell'interesse della P.A. alla conclusione del medesimo, si configura una responsabilità precontrattuale dell'Ente allorché lo stesso abbia violato, anche se per mera colpa, le norme di correttezza e buona fede che presiedono la fase precedente la stipula del contratto. in quanto portatore di un mero interesse legittimo²³⁹. Il

²³⁷ Secondo T.A.R. Toscana, sez. I, 22 giugno 1999, n. 508, in *Riv. personale ente locale*, 2000, 465 (s.m.) è legittimo il provvedimento di annullamento in sede di autotutela di un provvedimento di nomina di un dipendente appartenente alle categorie protette ex l.n. 482/1968 a seguito di accertamento della insussistenza e della invalidità. Cons.giust.amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 novembre 1997, n. 499, in *Ragiusan*, 1998, 270 ha ritenuto legittimo l'annullamento d'ufficio di atti di inquadramento illegittimi. Analogamente, Cons.giust.amm. Sicilia, sez. giurisd., 4 ottobre 2001, n. 524, in *Ragiusan*, 2002, 318 (s.m.). Sulla stessa linea, Cons. St., sez. IV, 28 luglio 1992, n. 704, in *Foro amm.*, 1992, 1633 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1992, I, 902 (s.m.) considerato legittimo l'annullamento di ufficio di atti di inquadramento in posizione apicale illegittimi, in quanto è assolutamente prevalente l'interesse pubblico alla copertura di tali posti nei modi previsti dall'ordinamento.

²³⁸ Cons. St., sez. VI, 7 dicembre 1994, n. 1752, in *Cons. Stato*, 1994, 1803 (s.m.). Nella specie, la ricorrente aveva conseguito la nomina in ruolo quale insegnante di scuola materna come vincitrice di un concorso speciale, cui era stata ammessa alla base di false attestazioni circa la natura pubblica della scuola in cui aveva in precedenza prestato servizio e la sua avvenuta assunzione mediante pubblica selezione.

²³⁹ Trib. Lodi, 31 gennaio 2002, in *D.L. Riv. critica dir. lav.*, 2002, 360. Nella fattispecie un ente locale, pur avendo chiesto la statalizzazione di una scuola materna, aveva indetto un concorso per l'assunzione a tempo determinato di una maestra di scuola materna, senza dare atto, nel bando, che in caso di accoglimento della predetta richiesta di statalizzazione non si sarebbe proceduto alla stipula del contratto di lavoro con la vincitrice del concorso.

principio di separazione dei poteri, la discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione nel procedere alle assunzioni e alla copertura dei posti d'organico escludono che il giudice ordinario possa condannare l'Amministrazione alla stipula del contratto dando luogo ad una pronuncia che si sostituisca all'incarico. Tale ampia discrezionalità non esclude l'osservanza dei doveri di correttezza ma limita la tutela del privato al ristoro patrimoniale. La posizione di chi si colloca in posizione utile per la nomina è peraltro differenziata dal concorrente meramente idoneo. Sul punto va confermata la giurisprudenza del giudice amministrativo²⁴⁰ che ha ritenuto la posizione del candidato dichiarato idoneo in un concorso a pubblici impieghi, anche quando vi siano posti disponibili ulteriori rispetto a quelli messi a concorso, tutelabile, in applicazione del generale principio di buona fede oggettiva nei rapporti giuridici, solo quando l'intenzione della P.A. sia di non procedere all'assunzione. L'idoneità, infatti, genera non già un diritto soggettivo alla nomina - che, del resto, non sorge neppure se il candidato si collochi in posizione utile -, ma soltanto un interesse legittimo, correlato alla potestà della P.A. di procedere alla nomina stessa in conformità alla graduatoria del concorso, nel tempo discrezionalmente da essa reputato all'uopo più opportuno. Sempre con riguardo agli atti di nomina è stato ritenuto che nel sistema di scelta del personale da promuovere alla qualifica superiore, ancorché le norme della contrattazione collettiva non lo abbiano previsto, l'obbligo della motivazione da parte del datore di lavoro nell'esternazione della procedura selettiva va desunto dall'applicazione al rapporto contrattuale dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.²⁴¹

Il rispetto dei doveri di correttezza accompagna tutto lo svolgimento del rapporto di lavoro, fino a momento della sua risoluzione. L'intervento del giudice, anche di quello ordinario, se da un lato consente di assicurarne l'osservanza e di tutelare l'affidamento ingenerato, dall'altro non può spingersi fino a sostituirsi all'ente pubblico nell'esercizio della sua discrezionalità, come accade con gli atti di nomina o di revoca di incarichi di profilo dirigenziale. In questi casi il sindacato del giudice deve limitarsi alla verifica della correttezza dell'esercizio del potere.

Riguardo alla revoca anticipata di incarico dirigenziale, pertanto, è stato ritenuto che il sindacato giurisdizionale non può entrare nel merito delle scelte gestionali adottate dall'Amministrazione, ma è limitato alla verifica se la scelta discrezionale sia effettivamente strumentale rispetto al nuovo assetto organizzativo liberamente scelto²⁴². Da questo punto di vista, pur con le debite differenze, il giudice del lavoro si trova dinanzi a limiti analoghi a quelli posti nell'ambito del sindacato delle scelte dell'imprenditore, per cui al giudice non è dato ingerirsi della concreta gestione dell'azienda. Nei riguardi dell'ente pubblico, strumento di verifica dell'esercizio dei poteri discrezionali è la motivazione degli atti. Attraverso di questa è possibile addivenire alla ricostruzione dei criteri di apprezzamento adottati e della loro concreta applicazione, svolgendo la funzione di rendere possibile la verifica dell'adempimento degli obblighi di correttezza e buona fede nel compimento delle valutazioni per il conferimento di incarichi dirigenziali.

In tema di sanzioni disciplinari, è stato ritenuto rilevante l'affidamento posto nelle istruzioni date dal responsabile del servizio, quale fatto esimente della responsabilità²⁴³. Il caso riguardava l'insegnante componente una commissione di esami. Seconda la disciplina vigente, il dipendente non si può allontanare dalle sedute della commissione per attendere ad altri compiti, quale un incarico di coordinamento di corsi di aggiornamento regionale. Tuttavia, i

²⁴⁰ Cons. St., sez. V, 23 aprile 1998, n. 465, in *Foro amm.*, 1998, 1079 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1998, I, 605 (s.m.).

²⁴¹ Cons. St., sez. IV, 5 febbraio 2001, n. 471, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2025.

²⁴² Trib. Trento, 8 novembre 2001, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2632.

²⁴³ Cons. St., sez. II, 7 aprile 1993, n. 774, in *Riv. giur. scuola*, 1994, 868 (s.m.).

giudici hanno ritenuto illegittima la sanzione disciplinare dell'avvertimento scritto inflitta se sia da riconoscere la buona fede dell'insegnante per essersi allontanato con il consenso del presidente della commissione.

Sotto altro profilo è stato ritenuto illegittimo il comportamento dell'Amministrazione che in tema di sospensione cautelare del lavoratore pubblico ha deciso di comunicare al dipendente l'avvio del procedimento di sospensione ma poi non ha atteso la risposta e non ne ha tenuto conto nel successivo provvedimento²⁴⁴. Secondo i giudici, se la sospensione cautelare non dev'essere preceduta dall'avviso di inizio del procedimento secondo l'art. 7 l. 7 agosto 1990 n. 241, qualora tuttavia l'Amministrazione decida di dare tale avviso ragioni di correttezza e salvaguardia dell'altrui buona fede, allora deve attendere la risposta e tenerne conto nel provvedere, anche per confutarla, o revocare l'avviso dando contezza dell'insussistenza dell'obbligo.

Ulteriore ipotesi di comportamento contrario ai doveri di buona fede e di affidamento è stata ravvisata nell'immotivato rifiuto di sottoposizione del dipendente a visita specialistica al fine dell'accertamento la sua idoneità a svolgere una particolare funzione in cui aveva sviluppato una riconosciuta professionalità²⁴⁵.

Riguardo al momento risolutivo, considerata la rilevanza della cessazione degli effetti del rapporto di impiego, la giurisprudenza pone particolare attenzione al rispetto dei doveri di buona fede e all'affidamento del dipendente. Pertanto, nei confronti del dipendente che aveva ottenuto, con provvedimento dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 15 l. 30 luglio 1973 n. 477 di permanere in servizio onde conseguire il massimo della pensione, è stato ritenuto rilevante il suo legittimo affidamento a prestare la sua opera fino al termine prefissato²⁴⁶. Secondo la giurisprudenza, in questo caso, la pretesa del dipendente, anche dopo il sopravvenire di un nuovo indirizzo interpretativo della norma, non può essere assimilata a quella di chi intenda conservare un ingiusto vantaggio e l'eventuale revoca del provvedimento non può, pertanto, ritenersi motivata *in re ipsa*, ma deve puntualmente spiegare, con riferimento al caso concreto, quale interesse pubblico preminente si opponga alla legittima aspettativa dell'interessato.

Sempre con riferimento al momento conclusivo del rapporto, è stato ritenuto contrario ai principi di buona fede e di affidamento il comportamento dell'Amministrazione che a fronte delle ripetute e numerosi istanze formali di riammissione in servizio del dipendente, che colto da depressione aveva dato le proprie dimissioni, revocandole peraltro nell'immediato ma soltanto dopo che erano giunte al datore di lavoro, ha in un primo momento manifestato la possibilità di valutare l'esame della richiesta, subordinando tale provvedimento ad una esplicita dichiarazione del dipendente sull'intervenuta risoluzione del rapporto, ma successivamente è rimasta del tutto inerte²⁴⁷.

²⁴⁴ T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 17 novembre 1999, n. 2984, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3033.

²⁴⁵ Trib. Barcellona P.G., 4 dicembre 2003. L'attività in questione riguardava lo svolgimento di immersioni di archeologia subacquea e il dipendente aveva presentato un attestato dell'azienda sanitaria pubblica che dava un riscontro positivo delle condizioni di salute del dipendente. A conferma della legittimità della richiesta, nelle more del giudizio, l'Amministrazione ha accolto la richiesta del dipendente a sottoporsi ad ulteriore verifica di controllo al fine di poter continuare a svolgere attività subacquea.

²⁴⁶ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 21 maggio 1992, n. 300, in *Giur. merito*, 1993, 1112.

²⁴⁷ Trib. Barcellona P.G., 4 marzo 2004. La ricorrente, da parte sua, aveva prontamente offerto di rinunciare al Tfr e di liberare l'ente da qualunque pretesa connessa all'intervenuta risoluzione del rapporto di lavoro per effetto delle dimissioni volontarie. Con atto successivo la ricorrente si riteneva a disposizione dell'Amministrazione, con nota del 15.01.01 chiedeva la riammissione in servizio, con nota del 30.05.01 presentava istanza di ammissione, il 24.9.01 sollecitava l'Amministrazione a provvedere sulla sua richiesta. A fronte di tali elementi, in maniera del tutto ingiustificata, l'Amministrazione non ha dato alcuna motivazione del rifiuto di provvedere, violando apertamente i principi di correttezza e buona fede. Il comportamento omissivo aveva inoltre fatto seguito ad alcuni atti che avevano lasciato intravedere una soluzione positiva alla vicenda.

Altresì contrario ai doveri di buona fede e di correttezza è risultato il comportamento dell'Amministrazione che ha deciso di dare avvio alla risoluzione del rapporto di lavoro per conclusione del periodo di comporto del dipendente in aspettativa per gravi motivi di salute quando, negli atti precedenti, la stessa Amministrazione aveva lasciato esplicitamente intuire che il periodo di comporto non era ancora spirato e che il dipendente era ancora in tempo a chiederne la proroga²⁴⁸.

Infine, ai fini della decadenza dall'impiego, si è ritenuto che non è richiesta la diffida a riprendere normale servizio nel caso in cui sussistano i presupposti di fatto da cui evincere la chiara e inequivocabile volontà dell'impiegato di abbandonare il servizio stesso²⁴⁹.

Tra tutte le questioni relative al pubblico impiego, quella di maggior rilievo riguardo ai profili di rilevanza del legittimo affidamento, sia sul piano statistico che su quello degli interessi coinvolti, concerne la ripetizione di somme di denaro indebitamente erogate ai pubblici dipendenti.

3. 2. 2. 1. La ripetizione di somme di denaro indebitamente erogate ai pubblici dipendenti.

Grande rilevanza assume nell'ambito del pubblico impiego la questione della ripetizione di somme di denaro indebitamente erogate²⁵⁰. Al riguardo sono numerose le decisioni dei giudici. Le diverse pronunce possono ricondursi, concettualmente, a due filoni fondamentali.

Nel caso di specie sussisteva anche l'interesse pubblico alla copertura di un posto vacante con personale che già aveva svolto tali funzioni.

²⁴⁸ Trib. Barcellona P.G., 18 maggio 2004. Secondo il giudice di merito, l'Amministrazione, nel provvedere alle sue determinazioni circa la durata del comporto delle relative conseguenze, è incorsa in taluni espliciti errori, che aggiunti ad una formulazione non chiara delle proprie statuizioni, hanno determinato una situazione di profonda incertezza interpretativa che avrebbe richiesto altra chiarezza, considerato anche l'oggetto del contendere: un prolungato periodo di assenza per malattia che può condurre al recesso dal rapporto di lavoro. La situazione risultava ancora più grave nel caso concreto, ove la dipendente appariva gravemente malata. Il comportamento poco diligente aveva violato l'affidamento che la dipendente aveva posto sulla circostanza che il periodo di comporto non fosse ancora spirato, inducendola a credere di poter ancora attendere per inoltrare l'istanza di proroga. L'affidamento in oggetto appariva legittimo perché basato su di un atto della P.A. che offriva tale interpretazione. L'atto di avvio del procedimento di risoluzione risultava pertanto illegittimo, stante la situazione di assoluta incertezza determinata dall'Amministrazione con i suoi precedenti provvedimenti, che non hanno lasciato intendere l'esatto arco temporale in cui doveva essere calcolato il periodo di comporto. Nel caso di specie, inoltre, la procedura di risoluzione era iniziata senza considerare il dettato del C.C.N.L. che avrebbe imposto di valutare, nel caso in cui il lavoratore fosse riconosciuto idoneo a proficuo lavoro ma non allo svolgimento delle mansioni per le quali era stato assunto, la possibilità di collocarlo in altra posizione lavorativa. Solo in assenza della possibilità di una diversa collocazione, o nell'ipotesi di inidoneità permanente a svolgere qualsiasi proficuo lavoro, si sarebbe potuti giungere alla risoluzione del rapporto di lavoro.

²⁴⁹ Cons. St., sez. VI, 31 dicembre 1987, n. 1055, in *Cons. Stato*, 1987, I, 1808.

²⁵⁰ Sul tema: E. MELE, «*Repetitio indebiti*» e certezza del diritto, in *Foro amm.*, 1987, II, 1003; I. FRANCO, *La repetitio indebiti nel rapporto di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1989, II, 2603 ss.; A. PIFFERI, *Ripetizione di somme indebitamente corrisposte ai pubblici dipendenti*, in *Amm. it.*, 1992, 1380; M. J. VACCARO, *Sul diritto della pubblica amministrazione a ripetere somme indebitamente pagate ai propri dipendenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, 591 ss.; F. ARTESE, *Pubblico impiego, pagamento e ripetizione di indebito*, in *Foro amm.*, 1993, II, 889; F. MANGANARO, *Ripetizione dell'indebito dal dipendente pubblico e buona fede nella riscossione*, in *Dir. amm.*, 1994, 125 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Procedimento ed ordine di recupero di somma indebitamente corrisposte a pubblici dipendenti*, in *Giur. it.*, 1993, III, 709 ss.

Il primo considera la buona fede e il legittimo affidamento del percettore come fattori ostativi alla ripetibilità delle somme erogate. Elementi qualificanti in tali situazioni, oltre alla buona fede del precettore, appaiono il lasso di tempo trascorso dalla prestazione, l'eventuale contenzioso in atto, la provvisorietà dell'atto dell'erogazione.

Il secondo orientamento, maggiormente rigoroso, esclude in linea di principio qualsiasi eccezione all'obbligo di ripetere le somme non dovute. In tal senso il recupero di somme erroneamente corrisposte dall'Amministrazione a un dipendente costituisce attività doverosa. La buona fede del dipendente può rilevare solo sul piano della rateizzazione delle modalità di recupero.

In materia è intervenuta anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato all'inizio degli anni novanta, stabilendo che la ripetizione dell'indebito debba necessariamente tener conto della buona fede del percettore delle somme²⁵¹. Secondo l'Adunanza plenaria la ripetizione di somme illegittimamente corrisposte al pubblico dipendente non costituisce un atto assolutamente vincolato, dovendo la P.A. verificare se il nuovo effettivo importo della retribuzione si riduca ad entità non più idonea ad assicurare a lui ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, come imposto dall'art. 36 Cost. Tale atto autoritativo implica o presuppone necessariamente l'autoannullamento del pregresso provvedimento, in base al quale era stata corrisposta una somma maggiore di quella dovuta. Secondo l'Adunanza plenaria, al fine di appurare la legittimità del provvedimento di recupero delle somme indebitamente corrisposte, è necessario verificare la sussistenza di determinate condizioni. *In primis*, il provvedimento deve essere specificamente e congruamente motivato (art. 3 l.n. 241/1990), con particolare attenzione agli effetti già prodotti dall'atto annullato ed all'affidamento ingenerato nel lavoratore circa la legittimità delle somme ricevute. In conformità alla legge sul procedimento, inoltre, l'atto d'avvio del procedimento di recupero deve essere comunicato personalmente al dipendente (art. 7 l.n. 241/1990) onde consentirgli la possibilità di chiedere la restituzione del debito. Infine, il provvedimento deve contenere l'analitico conteggio di quanto erogato in più, con indicazione puntuale: a) degli atti che hanno costituito concessione di credito da parte della P.A.; b) dell'epoca in cui è rinviato il pagamento non dovuto e di quella in cui si effettuerà il recupero; c) della eventuale rateizzazione; d) del numero e dell'importo delle rate²⁵².

Nonostante tale autorevole intervento, permangono in giurisprudenza due filoni interpretativi; uno favorevole a dare risalto alla buona fede quale limite dell'azione di recupero, l'altro, più restrittivo, secondo cui la buona fede non esclude in genere il recupero ma incide soltanto sulle sue modalità.

La giurisprudenza favorevole a configurare la buona fede quale limite al potere di ripetizione delle somme indebitamente erogate, ritiene che l'interesse pubblico alla ripetizione dell'indebito va comparato con l'eventuale buona fede del percettore, non disgiunta dall'esame della di lui effettiva situazione di vita²⁵³. A fronte del dovere di provvedere al tempestivo recupero delle somme indebitamente erogate ai propri dipendenti si pone, pertanto, la valutazione specifica del possibile consolidamento, in capo ai percettori, di una legittima posizione soggettiva. Il recupero di somme erroneamente corrisposte al dipendente da parte dell'Amministrazione costituisce, secondo quest'orientamento, un provvedimento autoritativo

²⁵¹ Cons. St. a. plen., 12 dicembre 1992, n. 20, in *Giust. civ.*, 1993, I, 815; in *Foro amm.*, 1992, 2493; in *Foro amm.*, 1992, 2493; in *Vita not.*, 1993, 181; Cons. St. a. plen., 30 settembre 1993, n. 11, in *Rass. avv. Stato*, 1994, I, 524 con nota di BASILICA; in *Riv. Corte conti*, 1993, 205; *Cons. Stato*, 1993, I, 1161.

²⁵² Cons. St. a. plen., 12 dicembre 1992, n. 20; Cons. St. a. plen., 30 settembre 1993, n. 11.

²⁵³ Cons. St., sez. V, 5 aprile 2001, n. 2071, in *Foro amm.*, 2001, 868 (s.m.).

di natura discrezionale²⁵⁴. In questa prospettiva assumono rilievo sia il lungo decorso del tempo sia il complessivo esame della vicenda entro cui si colloca il comportamento della P.A. e dei percettori²⁵⁵. Ne discende, pertanto, che nel disporre il recupero di somme indebitamente corrisposte ad un pubblico dipendente a titolo di retribuzioni superiori al dovuto, l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare i singoli casi concreti²⁵⁶. Elementi rilevanti per la valutazione del legittimo affidamento sono la valenza della buona fede, la tenuità o gravosità del recupero, il tempo trascorso e la conoscenza da parte del percipiente che si trattava di determinazione provvisoria di emolumenti soggetti a conguaglio²⁵⁷.

In tale contesto, particolare cura ha posto la giurisprudenza nel precisare i contorni di operatività del legittimo affidamento. La buona fede del terzi costituisce l'elemento necessario, la *condicio sine qua non*, per poter escludere la ripetizione delle somme indebitamente erogate. La buona fede del *percipiens*, tuttavia, da sola non basta²⁵⁸. Utilizzando la discrezionalità che le appartiene, l'Amministrazione potrebbe comunque decidere di addivenire al recupero dell'indebito, nonostante lo stato soggettivo di buona fede del dipendente. Tale scelta le impone l'obbligo di una più approfondita ponderazione degli interessi implicati e meritevoli di tutela, e cioè quello pubblico della reintegrazione patrimoniale e quello del dipendente ad evitare il ridimensionamento della retribuzione

²⁵⁴ Cons. St., sez. VI, 24 settembre 1996, n. 1255 *Studium iuris*, 1997, 197; in *Foro amm.*, 1997, 1065 (s.m.); in *Foro amm.*, 1997, 1434 con nota di M. DE GIORGI, *L'indebito oggettivo nel pubblico impiego*; Cons. St., sez. IV, 15 giugno 1994, n. 501, in *Foro amm.*, 1994, 1398 (s.m.); *Cons. Stato*, 1994, I, 735 (s.m.); Cons. St. a. plen., 30 settembre 1993, n. 11, in *Riv. Corte conti*, 1993, 205.

²⁵⁵ In tal senso va ricordata la vicenda in cui il dipendente era stato dichiarato decaduto dall'impiego con effetto retroattivo e si era poi proceduto a recuperare le somme erogate dell'attività svolta che in realtà non avrebbe dovuto essere prestata. Secondo il Consiglio di Stato, a fronte della buona fede del cittadino, tale ripetizione appare illegittima. In tal senso, la doverosità dell'esercizio del diritto alla ripetizione delle somme indebitamente corrisposte a un dipendente viene meno quando i pagamenti siano stati fatti a titolo stipendiale nell'erroneo presupposto che il dipendente prestasse legittimamente servizio. L'Amministrazione, infatti, aveva ingenerato la ragionevole convinzione che le somme percepite rappresentassero il giusto corrispettivo delle sue prestazioni lavorative, così aggiungendo alla buona fede dell'interessato l'assistenza di un credito derivante dall'arricchimento senza causa dell'Amministrazione. Secondo il giudice amministrativo, l'Amministrazione ha il dovere di verificare se il vantaggio da essa conseguito in relazione alle prestazioni ricevute sia equivalente al compenso erogato e, nell'affermativa, deve astenersi dal pretenderne il recupero. Cons. St., sez. VI, 11 marzo 1998, n. 253, in *Cons. Stato*, 1998, I, 424 (s.m.); in *Lav. nelle P.A.*, 1998, 1146 con nota di A. VIMERCATI, *Recupero di somme indebitamente corrisposte ai dipendenti: modalità e condizioni*.

²⁵⁶ Proprio noi in ragione del caso concreto il giudice amministrativo ha escluso la buona fede del pubblico dipendente nel caso in cui il pagamento sia avvenuto, sia pure per lunghi periodi, in una situazione, ampiamente nota nell'ambiente di lavoro, nella quale sussisteva obiettiva incertezza sulla misura del compenso dovuto e l'Amministrazione aveva effettuato i pagamenti con espressa riserva di conguaglio e di recupero, Cons. St., sez. II, 18 dicembre 1996, n. 2612, in *Foro amm.*, 1998, 1492. La fattispecie riguardava il recupero della indennità prevista, in favore dei docenti universitari con funzioni assistenziali presso strutture sanitarie, dall'art. 31 D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761). Analogamente, nel caso in cui l'Amministrazione per errore abbia reiterato la corresponsione dello stipendio mensile al pubblico dipendente è stato ritenuto che non siano applicabili i principi che subordinano il recupero delle somme indebitamente percepite dall'impiegato all'assenza della buona fede di quest'ultimo, Cons. St., sez. VI, 15 aprile 1996, n. 556, in *Foro amm.*, 1996, 1267 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1996, I, 630. È del tutto palese che non possa essere tutelata la posizione di chi riceve due stipendi per la stessa mensilità: il carattere macroscopico dell'errore esclude radice la possibilità di valutare la buona fede precettore.

²⁵⁷ Cons. St., sez. VI, 4 marzo 1998, n. 231, in *Cons. Stato*, 1998, I, 417 (s.m.); Cons. St., sez. IV, 7 marzo 1994, n. 215, in *Foro amm.*, 1994, 387 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1994, I, 325 (s.m.).

²⁵⁸ Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2455. Secondo altro orientamento, peraltro, la ripetizione dell'indebito nel rapporto di pubblico impiego richiede necessariamente che le somme, che ne formano oggetto, non siano state percepite dal pubblico impiegato in buona fede, Cons. St., sez. VI, 21 gennaio 1993, n. 61, in *Foro amm.*, 1993, 156 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1993, I, 92 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 1993, n. 94, in *Foro amm.*, 1993, 164 (s.m.).

percepita²⁵⁹. L'obbligo si riverbera, inequivocabilmente, sulla motivazione della scelta. Sulla valutazione dell'ente pubblico incidono, come si è visto, gli elementi del caso concreto in grado di influenzare la valutazione discrezionale. Così, per costante orientamento, nel caso in cui la P.A. effettui, in favore del proprio dipendente, pagamenti dichiaratamente a titolo provvisorio e salvo conguaglio, non sussiste alcuna possibilità di tutela della buona fede del percipiente²⁶⁰. In tal senso, l'obbligo di motivazione è assolto con l'indicazione del trattamento definitivo, senza necessità di motivare sull'opportunità del recupero in relazione all'esigenza di pubblico interesse²⁶¹. Del pari fattore ostativo alla configurazione di un legittimo affidamento è stato considerato il breve lasso di tempo e la presenza di un contenzioso già in atto²⁶² ovvero il fatto che le somme siano state erogate per effetto dell'esecuzione di una sentenza emessa dal giudice del lavoro provvisoriamente esecutiva²⁶³. Al contrario, un notevole lasso di tempo è stato considerato elemento utile a configurare l'irripetibilità delle somme percepite in buona fede dal dipendente²⁶⁴. Più rigorosa è quella giurisprudenza che esclude l'irripetibilità a fronte della tenuità del sacrificio connesso al recupero²⁶⁵ o quando la restituzione non comporti per l'interessato un ragionevole pericolo per il soddisfacimento delle sue ordinarie esigenze di vita²⁶⁶. In senso difforme, rovesciando i termini del problema, si è detto che l'obbligazione di restituire somme di denaro indebitamente percepite, ma che presumibilmente sono state destinate al consumo, incide su esigenze primarie dell'esistenza²⁶⁷. Richiamando, in tal senso,

²⁵⁹ Cons. St., sez. VI, 20 settembre 1995, n. 936, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1255 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 9 giugno 1994, n. 958, in *Foro amm.*, 1994, 1456; in *Cons. Stato*, 1994, I, 903 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 17 marzo 1994, n. 352, in *Cons. Stato*, 1994, I, 448 (s.m.).

²⁶⁰ T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 27 marzo 2002, n. 841, in *Foro amm.*, 2002, 1088 (s.m.); Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4224, in *Foro amm.*, 2001, 1995 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 1997, n. 206, in *Foro amm.*, 1997, 492 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 13 ottobre 1993, n. 721, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1298; Cons. St., sez. VI, 25 maggio 1993, n. 378, in *Foro amm.*, 1993, 1012 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1993, I, 715.

²⁶¹ T.A.R. Marche, 18 aprile 1997, n. 246, in *Riv. giur. polizia*, 1998, 208 (s.m.); Cons. St., sez. IV, 2 maggio 1995, n. 275, in *Foro amm.*, 1995, 852 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1995, I, 603 (s.m.). Secondo Cons. St., sez. IV, 2 maggio 1995, n. 275, in *Foro amm.*, 1995, 852 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1995, I, 603 (s.m.) in questi casi non vi è la necessità di motivare sulla opportunità del recupero anche in relazione alla esigenza di pubblico interesse di non turbare situazioni giuridiche consolidate, nè di procedere all'annullamento del precedente atto amministrativo.

²⁶² T.A.R. Abruzzo Pescara, 10 maggio 1993, n. 179, in *T.A.R.*, 1993, I, 2690. Nella specie era trascorso circa un anno dall'erogazione.

²⁶³ Cons. St., sez. IV, 11 giugno 1992, n. 619, in *Foro amm.*, 1992, 1339 (s.m.). Analogamente è stato ritenuto riguardo alla ripetizione delle somme di denaro pagate in esecuzione di decreti ingiuntivi ancora *sub iudice*. Data la provvisorietà del provvedimento, la parte che ottiene un'esecuzione provvisoria è, indipendentemente dal suo atteggiamento psicologico, esposta in caso di soccombenza, alla restituzione delle somme. T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 4 aprile 2002, n. 598, in *Riv. personale ente locale*, 2002, 33 (s.m.).

²⁶⁴ Nella specie il beneficio retributivo era stato accordato con formali delibere, conservato in virtù di reiterati interventi dell'organo di controllo e richiesto in restituzione dopo che il dipendente era stato collocato in pensione, Cons. St., sez. V, 13 dicembre 1993, n. 1282.

²⁶⁵ Cons. St., sez. III, 8 aprile 2003, n. 1075, in *Foro amm.*, 2003, 1704 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 9 settembre 2002, n. 4571, in *Foro amm.*, 2002, 2138 (s.m.); Cons. St., sez. V, 20 marzo 2000, n. 1515, in *Foro amm.*, 2000, 900 (s.m.).

²⁶⁶ Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4224, in *Foro amm.*, 2001, 1995 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 29 marzo 1995, n. 317, in *Foro amm.*, 1995, 643; in *Cons. Stato*, 1995, I, 439.

²⁶⁷ T.A.R. Veneto, sez. I, 26 febbraio 2003, n. 1569, in *Foro amm.*, 2003, 477 (s.m.). Nel caso concreto il T.A.R. ha annullato un provvedimento di recupero di differenze retributive erroneamente corrisposte al ricorrente, insegnate di educazione fisica presso un istituto tecnico commerciale, in seguito alla rettifica di un precedente inquadramento, con riconoscimento di cinque anni di servizio prestato nella scuola media anziché di dodici. In altra pronuncia, sul presupposto che l'Amministrazione avesse ingenerato col suo comportamento la ragionevole convinzione nell'interessato di aver diritto all'emolumento e questo sia stato riscosso in buona fede, è stato presunto, sulla base di un criterio di normalità, che lo stipendio venga utilizzato per soddisfare bisogni fondamentali di vita propri e dei propri familiari, Cons. St., sez. VI, 18 gennaio 1996, n. 105, in *Cons. Stato*,

il principio della retribuzione sufficiente di cui all'art. 36 Cost., il giudice amministrativo ha ritenuto dover tutelare il pubblico dipendente percettore di uno stipendio non elevato. Il riferimento ai normali bisogni di vita del percipiente è valso, per converso, ad escludere l'applicazione del principio della irripetibilità delle somme indebitamente percepite in buona fede dal pubblico dipendente riguardo ai benefici di natura indennitaria che si aggiungono al trattamento economico stipendiale²⁶⁸. In tal senso, la restituzione dell'indennità di trasferimento d'ufficio non arreca alcun ragionevole pericolo al soddisfacimento delle ordinarie necessità di sostentamento del dipendente.

La giurisprudenza più rigorosa che nega, in genere, la possibilità di eccezioni al recupero delle somme erroneamente corrisposte dall'Amministrazione al dipendente ritiene che ciò costituisca un'attività doverosa. Si configura pertanto un diritto-dovere in capo all'Amministrazione di ripetere le relative somme ai sensi dell'art. 2033 c.c.²⁶⁹ Il mancato recupero di somme non dovute costituisce un danno erariale²⁷⁰. L'atto di recupero, in tale prospettiva, rappresenta di regola un atto dovuto²⁷¹ e privo di valenza provvedimentale per cui l'interesse pubblico da realizzare risulta *in re ipsa*, sia per esigenze di contabilità, sia per evitare disparità di trattamento²⁷². Ne consegue che nell'adozione di detti atti di recupero l'Amministrazione non è tenuta a fornire una specifica motivazione, essendo sufficiente che vengano chiarite le ragioni per le quali il percipiente non aveva diritto a quella determinata somma che, invece, per errore gli è stata corrisposta²⁷³. La buona fede del dipendente in ordine

1996, I, 77 (s.m.). Al soddisfacimento dei bisogni del dipendente e della sua famiglia fa riferimento anche Cons. St., sez. VI, 24 giugno 1994, n. 1059, in *Foro amm.*, 1994, 1478 al fine di valutare l'illegittimità della ripetizione di somme indebitamente pagate.

²⁶⁸ Cons. St., sez. IV, 30 luglio 1994, n. 643, in *Rass. avv. Stato*, 1994, I, 525 con nota di F. BASILICA, *Interessi e rivalutazione sui crediti dei pubblici dipendenti: il chiarimento dell'Adunanza Plenaria*.

²⁶⁹ Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2003, n. 43, in *Foro amm.*, 2003, 189 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 9 settembre 2002, n. 5579, in *Riv. personale ente locale*, 2002, 45 (s.m.); in *Comuni Italia*, 2002, 1518 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 9 settembre 2002, n. 4571, in *Foro amm.*, 2002, 2138 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2002, n. 1045, *Foro amm.*, 2002, 485 (s.m.); Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2001, n. 5540, in *Finanza locale*, 2002, 362 (s.m.); in *Riv. personale ente locale*, 2002, 296 (s.m.); in *Giur. it.*, 2002, 1504; Cons. St., sez. VI, 9 aprile 2001, n. 2153; Cons. St., sez. IV, 20 febbraio 1998, n. 304, in *Foro amm.*, 1998, 366 (s.m.); Cons. St., sez. II, 13 gennaio 1993, n. 707, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1373 (s.m.).

²⁷⁰ Cons. St., sez. IV, 7 marzo 1994, n. 215, in *Foro amm.*, 1994, 387 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1994, I, 325 (s.m.).

²⁷¹ In tal senso, se la ripetizione di emolumenti non dovuti al pubblico dipendente è per l'Amministrazione un atto dovuto e la buona fede del percipiente può assumere rilevanza solo ai fini della scelta delle modalità del recupero stesso, che può essere disposto ratealmente, *ex multis*: T.A.R. Marche, 10 luglio 1992, n. 485, in *T.A.R.*, 1992, I, 3473; T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 8 maggio 1998, n. 407, in *Ragiusan*, 1999, 366; T.A.R. Lazio, sez. III, 14 maggio 1998, n. 1093, in *T.A.R.*, 1998, I, 1737; T.A.R. Marche, 29 agosto 1998, n. 1047, in *Comuni Italia*, 1999, 450 (s.m.); T.A.R. Lazio Latina, 19 gennaio 1999, n. 6, in *Ragiusan*, 2000, 379 (s.m.); T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 4 febbraio 1999, n. 338, in *Ragiusan*, 2000, 384 (s.m.); T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 3 marzo 1999, n. 623, in *Foro amm.*, 1999, 2654 (s.m.); T.A.R. Marche, 12 marzo 1999, n. 313, in *Riv. personale ente locale*, 2000, 467 (s.m.); T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 1 aprile 1999, n. 941; T.A.R. Calabria Catanzaro, 31 maggio 2000, n. 691, in *Riv. personale ente locale*, 2000, 807 (s.m.); T.A.R. Umbria, 6 maggio 2002, n. 256, in *Foro amm.*, 2002, 1589 (s.m.); T.A.R. Molise, 10 dicembre 2002, n. 949, in *Foro amm.*, 2002, 4053 (s.m.); T.A.R. Umbria, 30 dicembre 2002, n. 1356, in *Foro amm.*, 2002, 3980 (s.m.); T.A.R. Molise, 28 aprile 2003, n. 420, in *Foro amm.*, 2003, 1323 (s.m.).

²⁷² Cons. St., sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6787, in *Foro amm.*, 2002, 3246 (s.m.). Secondo T.A.R. Toscana, sez. I, 9 settembre 2003, n. 5042, il recupero dell'indebito oggettivo afferente maggiori somme erogate ad un dipendente pubblico è vincolato nell'*an*, essendo discrezionali, e quindi variabili, solo le modalità del recupero. Il provvedimento di recupero, pertanto, costituisce di regola un atto dovuto non rinunciabile, in quanto correlato al perseguimento delle finalità di pubblico interesse alle quali sono istituzionalmente destinate le somme illegittimamente erogate, T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 12 agosto 2003, n. 1272.

²⁷³ Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2001, n. 2591, in *Foro amm.*, 2001, 1229 (s.m.); Cons. St., sez. V, 27 marzo 2000, n. 1767, in *Ragiusan*, 2000, 348 (s.m.).

alla percezione di emolumenti non dovuti non rappresenta titolo acquisitivo degli emolumenti percepiti indebitamente e non costituisce ostacolo al loro recupero, ma si configura quale circostanza che impone all'Amministrazione di valutare con attenzione gli interessi implicati, al fine di procedere alla ripetizione con modalità idonee ad evitare eccessivi aggravii alla situazione del dipendente interessato²⁷⁴.

La percezione in buona fede di indebiti emolumenti retributivi comporta quindi per l'Amministrazione l'obbligo di valutare la posizione del dipendente, e di procedere al recupero con modalità tali da limitare al massimo il sacrificio imposto, tenuto conto della natura retributiva delle prestazioni erogate e della situazione dell'interessato²⁷⁵. Questo si verifica, ad esempio, mediante una rateizzazione che consenta la duratura percezione di una retribuzione tale da assicurare un'esistenza libera e dignitosa a lui e alla sua famiglia, come imposto dall'art. 36 Cost.²⁷⁶. La buona fede tuttavia non è invocabile allorché il dettato normativo risulti chiaro²⁷⁷.

Secondo la giurisprudenza il principio della irripetibilità delle somme percepite in buona fede al dipendente non opera nell'ipotesi di recupero di contributi previdenziali²⁷⁸ né con riferimento alle agevolazioni e sussidi collegati esclusivamente alla approvazione di un determinato progetto ed al riconoscimento dei relativi importi di spesa secondo norme e criteri di rigorosa applicazione²⁷⁹.

²⁷⁴ Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2003, n. 43, cit.; Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 1045, in *Foro amm.*, 2003, 660 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 9 aprile 2001, n. 2153; Cons. St., sez. V, 1 luglio 1999, n. 787, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1136 (s.m.); Cons. St., sez. II, 7 giugno 1995, n. 2927, in *Cons. Stato*, 1997, I, 151 (s.m.); Cons. St., sez. VI, 29 marzo 1995, n. 317, in *Riv. giur. scuola* 1996, 1042, in *Cons. St.*, sez. II, 24 maggio 1995, n. 2678, in *Cons. Stato*, 1997, I, 150 (s.m.); Cons. St., sez. V, 24 marzo 1997, n. 287, in *Cons. Stato*, 1997, I, 375 (s.m.).

²⁷⁵ Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 1999, n. 120, in *Foro amm.*, 1999, 379 (s.m.). T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 4 aprile 2002, n. 1309, in *Foro amm.*, 2002, 1171 (s.m.), con pronuncia particolarmente rigorosa, ha ritenuto che in caso di indebita erogazione di denaro ad un pubblico dipendente, la buona fede rileva, ai sensi dell'art. 2033 c.c., soltanto al fine di determinare l'ammontare delle somme da ripetere, poiché chi le ha percepite in mala fede dovrà ripeterle con l'aggiunta dei frutti e degli interessi dal momento del pagamento, mentre chi le ha percepite in buona fede dovrà ripeterle con aggiunta dei frutti e degli interessi dal giorno della domanda.

²⁷⁶ Cons. St., sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6787, cit.; Cons. St., sez. VI, 28 maggio 2001, n. 2899, in *Riv. cancellerie*, 2002, 569 (s.m.). Secondo Cons. St., sez. VI, 9 settembre 2002, n. 5579, cit., la buona fede del percipiente non rappresenta di per sé un ostacolo al recupero di emolumenti indebitamente corrisposti al pubblico dipendente, comportando la necessità di una più approfondita valutazione e ponderazione degli interessi implicati, rapportata peraltro anche all'entità delle lesioni dell'interesse del dipendente. Analogamente, il Cons. St., sez. V, 22 ottobre 1997, n. 1174, in *Giur. it.*, 1998, 1273 ha ritenuto che la buona fede dell'*accipiens* non può impedire il recupero dell'indebito ma giustifica che l'Amministrazione vi proceda in rate mensili dilazionate. In particolare, è stato ritenuto legittimo il recupero disposto con una rateizzazione non superiore al quinto dello stipendio, Cons. St., sez. V, 5 maggio 1993, n. 553, in *Foro amm.*, 1993, 966; in *Cons. Stato*, 1993, I, 666 (s.m.); Cons. giust. amm. Sicilia, 29 ottobre 1993, n. 410; in *Cons. Stato*, 1993, I, 1337 (s.m.).

²⁷⁷ T.A.R. Toscana, sez. I, 9 settembre 2003, n. 5042.

²⁷⁸ Secondo il Consiglio di Stato, il recupero di contributi previdenziali disposto da una Usl nei confronti di propri dipendenti trae fondamento dall'art. 17 l. 6 luglio 1939 n. 1035 in forza del quale i contributi sono pagati direttamente dagli enti salvo il diritto di rivalsa sugli stipendi per le quote a carico dei sanitari iscritti alla cassa pensione per i sanitari (Cons. St., sez. V, 24 gennaio 1994, n. 45, in *Foro amm.*, 1994, 72 (s.m.); in *Cons. Stato*, 1994, I, 37 (s.m.)). In altra pronuncia del medesimo tenore, il giudice amministrativo ha ritenuto che il principio d'irripetibilità degli emolumenti indebitamente percetti in buona fede dai pubblici dipendenti non si applica quando la P.A. datrice di lavoro disponga il relativo recupero a seguito del riconoscimento, con effetti retroattivi, dell'assoggettabilità a contribuzione previdenziale di determinate indennità e, quindi, in relazione all'esigenza di regolarizzazione *ex tunc* della posizione del dipendente, con il versamento delle quote contributive a carico di costui, non tempestivamente trattenute, Cons. St., sez. V, 1 dicembre 1997, n. 1460, in *Foro amm.*, 1997, 3065 (s.m.).

²⁷⁹ Cons. St., sez. IV, 6 marzo 1995, n. 147, in *Giur. it.*, 1996, III, 1, 112. T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 23 dicembre 1993, n. 780, in *Foro amm.*, 1994, 1246 (s.m.), in particolare, ha scuso che in materia di finanziamenti

3. 3. Il rilievo del legittimo affidamento in materia di urbanistica ed edilizia.

In ambito urbanistico non sussiste alcun principio di stabilità delle previsioni adottate dall'Amministrazione²⁸⁰. Gli enti pubblici conservano un'ampia discrezionalità nel governo del territorio e in tal senso possono decidere di modificare le destinazioni dei fondi o ricorrere alla espropriazione quando lo richieda l'interesse pubblico. A fronte di un interesse pubblico preminente, la posizione privata è destinata a retrocedere. L'aspettativa vantata dal cittadino non è estranea a tale ragionamento. Dinanzi a un interesse pubblico preminente in ambito urbanistico non potrà prevalere alcun affidamento legittimo. Ciò non toglie che l'Amministrazione debba fare un uso accorto e misurato della discrezionalità di cui è depositaria.

3. 3. 1. Programmazione, tutela del territorio ed esercizio dello *ius aedificandi*.

Il controllo del buon uso del potere amministrativo si esercita principalmente sulla legittimità degli atti e sulla loro motivazione e proprio attraverso la motivazione passa la tutela dell'affidamento. La giurisprudenza, in tal senso, ha distinto l'intervento pubblico in materia urbanistica sulla posizione dei privati a seconda che si fosse o meno costituito un legittimo affidamento del cittadino.

Se la posizione di quest'ultimo non è consolidata, l'Amministrazione non è tenuta a dare una particolare motivazione delle sue scelte²⁸¹. Ciò accade, ad esempio, in caso di intervento su un piano regolatore con variante adottata²⁸². In questa prospettiva, la mancanza

per progetti finalizzati presentati da aziende agrarie, nell'ipotesi di riduzione dell'importo di spesa originariamente approvato, sia inapplicabile il principio di irripetibilità delle somme spese e percepite in buona fede. Detto principio trova unicamente applicazione in tema di rapporti patrimoniali nel pubblico impiego, ma non può giustificarsi in materia di agevolazioni e sussidi collegati unicamente ed esclusivamente alla approvazione di un determinato progetto ed al riconoscimento dei relativi importi di spesa, secondo norme e criteri di rigorosa applicazione.

²⁸⁰ Cons. St., sez. IV, 21 giugno 2001, n. 2651, in *Foro amm.*, 2000, 1725. Ai sensi dell'art. 34, d.lgs. n. 80/1998, le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle Amministrazioni Pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica e edilizia sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio. Secondo la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. un., 14 luglio 2000 n. 494, in *Riv. giur. ed.*, 2000, I, 726, con nota di R. DAMONTE, *La nozione di «urbanistica» secondo l'interpretazione offerta dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione 16 marzo-14 luglio 2000 n. 494*) le disposizioni summenzionate recano delle formule estremamente ampie, tanto nel definire l'ambito della materia urbanistica, quanto nell'indicare le controversie rientranti in detto ambito ai fini del radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

²⁸¹ Cons. St., sez. IV, 21 giugno 2001, n. 3334, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, I, 984 (s.m.) ha ritenuto legittimo il provvedimento di annullamento d'ufficio di un piano particolareggiato ad iniziativa pubblica per contrasto con lo strumento urbanistico generale, anche se non rechi alcuna motivazione e comparazione circa l'interesse pubblico all'annullamento e l'interesse privato alla conservazione dello strumento pianificatorio, laddove i proprietari delle aree interessate dal piano annullato non possano vantare alcun affidamento qualificato alla conservazione del piano medesimo; nella fattispecie il collegio ha qualificato l'interesse dell'appellante alla conservazione del piano come mero interesse generico, da cui discende la prevalenza dell'interesse pubblico alla caducazione dell'atto invalido.

²⁸² T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 20 maggio 2003, n. 1839, in *Foro amm.*, 2003, 1486 (s.m.): In mancanza dell'approvazione di un progetto edilizio e di ogni impegno giuridico formale della P.A., tale da

di approvazione di un progetto edilizio e di ogni impegno giuridico formale della parte pubblica, tale da ingenerare un legittimo affidamento, le singole scelte di una variante generale non richiedono puntuale e specifica motivazione, diversa da quella ispirata alle scelte di fondo operate dall'Autorità di pianificazione²⁸³.

Diversamente, una giustificazione puntuale si impone quando la posizione del privato risulta qualificata da una specifica aspettativa, ad esempio derivante da un piano di lottizzazione, che rappresenta una fase avanzata e dettagliata della programmazione del territorio²⁸⁴. In ogni caso una motivazione adeguata esclude in ambito urbanistico la prevalenza di qualsiasi affidamento legittimo. Per contro, risulta legittimo il provvedimento che tenga conto dello stato di fatto determinato da un precedente atto immune da vizi. In tal senso è stata ritenuta legittima la disposizione del sopravvenuto piano territoriale paesistico che fa salve le opere di urbanizzazione che siano state lecitamente iniziate in conformità di un legittimo provvedimento comunale di autorizzazione, alla stregua del principio di tutela dell'affidamento nelle determinazioni legittime dell'Amministrazione²⁸⁵.

La mancanza oggettiva delle condizioni di edificabilità, inoltre, non può in alcun modo legittimare un diritto a costruire o a mantenere un manufatto già realizzato in violazione delle norme di legge²⁸⁶. Risulta infatti consolidato il principio secondo cui la reiterazione di un comportamento illegittimo non può far nascere alcuna aspettativa in ordine alla sua conservazione²⁸⁷. Se il legittimo affidamento può evitare l'applicazione di oneri o sanzioni accessorie²⁸⁸, in alcun modo potrà ottenersi la tutela dello *ius aedificandi*²⁸⁹. In questo ambito

ingenerare un legittimo affidamento, le singole scelte di una variante generale non richiedono puntuale e specifica motivazione.

²⁸³ Cons. St., sez. IV, 31 luglio 2000, n. 4222, in *Foro amm.*, 2000, 2628 (s.m.).

²⁸⁴ Cons. St., sez. V, 23 maggio 2000, n. 2982, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1315; Cons. St., sez. IV, 31 luglio 2000, n. 4200, in *Foro amm.*, 2000, 2628. Secondo T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 3 settembre 2002, n. 3812, in *Foro amm.*, 2002, 2986 (s.m.) l'approvazione di una lottizzazione - che non abbia avuto seguito - non comporta di per sé la garanzia della persistente potenzialità edificatoria dell'area (in sede di pianificazione d'adeguamento del Prg) non potendo, in detti casi, postularsi un legittimo affidamento dei proprietari a vedersi riconosciuta la medesima natura edificatoria. Allo stesso modo (Cons. St., sez. IV, 21 giugno 2001, n. 2651, cit., 1725) è stato escluso illegittimo affidamento del proprietario di un'area rientrante nel piano particolareggiato, oggetto di successiva revoca e che non aveva avuto neppure una parziale esecuzione, non potendo quest'ultimo che vantare un generico affidamento recessivo rispetto all'interesse pubblico inerente alla differente pianificazione urbanistica.

²⁸⁵ Cons. St., sez. VI, 1 settembre 2000, n. 4653, in *Foro amm.*, 2000.

²⁸⁶ In tal senso il Cons. St., sez. II, 27 luglio 1994, n. 1273, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1322 ha ritenuto legittimo l'ordine di demolizione di un manufatto abusivamente realizzato in un'area demaniale marittima, anche se l'occupazione sia stata fatta in buona fede.

²⁸⁷ Cons. St., sez. IV, 31 marzo 1965, n. 311, in *Foro amm.*, 1967, I, 2, 107; Cons. St., sez. IV, 7 aprile 1965, n. 324, in *Foro amm.*, 1965, I, 2, 441. In tema di violazione di piani regolatori e di regolamenti edilizi comunali secondo la giurisprudenza (T.A.R. Abruzzo L'Aquila, 4 luglio 2002, n. 406, in *Foro amm.*, 2002, 2556) l'ordinanza di ingiunzione a demolizione non deve essere sorretta da alcuna specifica motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico a disporre la sanzione, e ciò anche quando l'abuso sia risalente nel tempo, in quanto non può ammettersi la sussistenza di alcun legittimo affidamento del contravventore a vedere conservata una situazione di fatto che il decorso del tempo non può comunque avere legittimato. Il rilascio di concessioni edilizie non conformi alle previsioni del piano regolatore generale non può creare alcun legittimo affidamento al successivo rilascio di altre concessioni edilizie difformi dalle vigenti previsioni urbanistiche. Cons. St., sez. IV, 2 dicembre 1999, n. 1769, in *Foro amm.*, 1999, 2408.

²⁸⁸ Cons. St., sez. V, 5 febbraio 2003, n. 585, in *Foro amm.*, 2003, 1045. L'ipotesi in questione riguardava il soggetto titolare di una concessione edilizia che aveva stipulato, a garanzia del versamento dei contributi concessori, una polizza fideiussoria priva del beneficio di preventiva escussione dell'obbligato principale in virtù di quanto disposto dall'art. 1227, comma secondo, c.c. - che pone a carico del creditore i danni che questi avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Il comizio di stato escluso che possa farsi luogo all'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 3 della l. 28 febbraio 1985 n. 47 che puniscono l'omesso o ritardato versamento dei contributi concessori, ove l'Amministrazione creditrice - in violazione dei doveri di

l'interesse pubblico al ripristino della legalità, assistito da vincoli costituzionali, risulta senz'altro preminente. Secondo la giurisprudenza²⁹⁰, tuttavia, se a volte può essere ritenuto sufficiente il mero richiamo all'illegalità dell'atto per rendere legittimo l'esercizio del potere di autotutela, in presenza di un particolare affidamento del privato il ripristino della legalità violata non è idoneo da solo a sorreggere il provvedimento di autotutela. Così accade per la dichiarazione di inefficacia della D.I.A., qualora l'Amministrazione comunale sia rimasta silente per quasi due anni dalla presentazione della D.I.A., essendo necessaria una puntuale esplicitazione dell'interesse pubblico sotteso da tale provvedimento. Analogamente è a dirsi per l'ordine di abbattimento qualora il provvedimento sia ammesso a distanza di molti anni dalla ultimazione dell'opera trascorsi per inerzia dell'Amministrazione, così che il privato possa avere acquisito qualche legittimo affidamento²⁹¹. L'affidamento, in tali casi, che deve basarsi su di un atto idoneo a generarlo²⁹², impone alla P.A. che intenda incidere sulla posizione del privato uno specifico obbligo di motivazione. Secondo le regole generali, inoltre, la malafede del cittadino esclude qualunque forma di tutela del suo affidamento²⁹³ con la conseguenza che il mero accertamento dell'illegittimità dell'atto è sufficiente ad esercitare il potere di annullamento di ufficio senza addurre specifiche ragioni di interesse pubblico²⁹⁴.

Riguardo alle concessioni edilizie è risultato illegittimo il diniego di una concessione motivato dalla ritenuta mancata sussistenza di alcuni presupposti normativi dopo che due precedenti progetti erano stati rigettati per motivi di merito, facendo sorgere così un legittimo

correttezza e buona fede - non si sia attivata per tempo per richiedere all'istituto garante il pagamento delle somme dovute.

²⁸⁹ L'ordinanza di demolizione non dev'essere sorretta da alcuna specifica motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico a disporre la sanzione, anche quando l'abuso sia risalente nel tempo, in quanto non può ammettersi la sussistenza di alcun legittimo affidamento a vedere conservata una situazione di fatto che il tempo non può aver legittimato, T.A.R. Toscana, sez. III, 6 dicembre 2001, n. 1816, in *Foro amm.*, 2001, 3268 (s.m.); T.A.R. Toscana, sez. III, 21 novembre 2000, n. 2346.

²⁹⁰ Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2003, n. 4391; Cons. St., sez. V, 11 febbraio 1999, n. 144, in *Giur. bollettino legisl. tecnica*, 1999, 93. Si tratta del caso di un'opera edilizia abusiva di cui sia stata contestata l'esecuzione senza concessione edilizia o in sua completa difformità. In tal senso la demolizione costituisce un atto dovuto che viene sufficientemente motivato con l'affermazione che è stata accertata l'abusività dell'opera, essendo *in re ipsa* il pubblico interesse alla sua demolizione.

²⁹¹ Cons. St., sez. V, 11 febbraio 1999, n. 144, in *Giur. bollettino legisl. tecnica*, 1999, 93 (s.m.).

²⁹² Tale idoneità non è stata riconosciuta al parere della commissione edilizia comunale, reso prima che il comune addivenga alla stipula di una convenzione lottizzatoria, non solo ha un contenuto meramente endoprocedimentale, ma è anche insuscettibile d'incidere su una normativa urbanistica sopravvenuta - come recata dalla convenzione stessa -, soprattutto se si tien conto del diverso valore esistente tra la disciplina posta da quest'ultima e il parere in questione. Esso, a causa della sua previetà, non può assumere un qualunque valore interpretativo della convenzione, nè pertanto ingenerare alcun affidamento legittimo in capo al privato. Cons. St., sez. V, 3 luglio 1995, n. 999, in *Foro amm.*, 1995, 1507 (s.m.). In tema di sanzioni pecuniarie il Cons. St., sez. V, 8 giugno 1994, n. 614, in *Foro it.*, 1995, III, 265 ha stabilito che la loro irrogazione, in alternativa alla demolizione delle opere abusive, non necessita di alcuna specifica motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico a disporre la sanzione, anche nel caso in cui l'abuso sia stato commesso in data risalente. Nella specie è stato ritenuto che non potesse sussistere alcun affidamento legittimo del contravventore a veder conservata una situazione di fatto che il tempo ha consolidato.

²⁹³ Cons. St., sez. V, 9 maggio 2000, n. 2648. La concessione edilizia può essere annullata d'ufficio anche senza motivazione fondata sul pubblico interesse qualora alla data di rilascio della concessione sia trascorso un tempo tale che i destinatari del provvedimento di annullamento non possono sostenere la legittimità del loro affidamento sulla concessione rilasciata e quando essi non siano in buona fede. Nella specie l'edificio per il quale era stata rilasciata la concessione edilizia era stato costruito solo per il rustico ed il provvedimento di annullamento d'ufficio era stato emanato a distanza di un anno dalla concessione stessa.

²⁹⁴ Cons. St., sez. V, 9 maggio 2000, n. 2648, in *Studium iuris*, 2000, 912 ss.; in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, 942 (s.m.).

affidamento nel richiedente²⁹⁵. Sempre sul piano della motivazione è stato ritenuto sussistente l'obbligo del Comune di motivare il provvedimento di annullamento di una concessione edilizia effettuato non molto tempo dopo il rilascio quando è derivato un legittimo affidamento del concessionario, da ritenersi già consolidato, in ragione delle ingenti spese sostenute e non più recuperabili per una pronta esecuzione dei lavori assentiti²⁹⁶. Al pari, l'annullamento della concessione edilizia non può comportare che venga disatteso l'obbligo della comunicazione²⁹⁷. Tenendo conto della preminenza degli interessi pubblici in ambito urbanistico, la giurisprudenza risulta particolarmente rigorosa in ordine all'accertamento delle condizioni necessarie per il legittimo rilascio della concessione in sanatoria²⁹⁸. Questa può essere legittimamente emanata solo se sussiste un concreto e specifico interesse pubblico, di natura e qualità prevalenti rispetto agli interessi che hanno trovato considerazione e riconoscimento negli atti di pianificazione territoriale, ossia solo se viene condotta un'adeguata valutazione comparativa fra le eccezionali ragioni che impongono la deroga e la situazione di fatto e di diritto sulla quale il relativo provvedimento verrebbe ad incidere, anche a tutela del legittimo affidamento riposto dai privati sull'assetto urbanistico derivante dalle prescrizioni cui essi stessi hanno prestato osservanza e che nel caso concreto verrebbero invece disapplicate. Aperta resta la questione dell'eventuale responsabilità risarcitoria in capo all'Amministrazione per l'affidamento legittimamente indotto.

3. 3. 2. L'assegnazione di alloggi.

Nell'ambito di specie va ricondotta anche la giurisprudenza relativa all'assegnazione di alloggi pubblici.

²⁹⁵ T.A.R. Trentino Alto Adige Bolzano, 29 giugno 2002, n. 337, in *Foro amm.*, 2002, 1944 (s.m.).

²⁹⁶ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 25 marzo 1996, n. 127, in *Riv. giur. edilizia*, 1997, I, 355.

²⁹⁷ La ragione risiede nel fatto che il provvedimento di autotutela non è un atto di natura vincolata e, dall'altro, perché il provvedimento adottando consiste nel ritiro di un atto favorevole, con il conseguente venir meno di un effetto positivo per il destinatario, sul quale il medesimo aveva potuto fare legittimo affidamento. T.A.R. Veneto, 13 settembre 1997, n. 1372, in *Comuni Italia*, 1998, 777 (s.m.).

²⁹⁸ Cons. St., sez. V, 3 febbraio 1997, n. 132, in *Foro amm.*, 1997, 452 (s.m.). Il rilascio di una concessione edilizia in deroga alle previsioni dello strumento urbanistico costituisce per sua stessa natura un provvedimento eccezionale ed a contenuto singolare, cioè assunto per soddisfare specifici interessi pubblici sulla base di valutazioni contingenti e dotate di un carattere d'eccezionalità, che giustificano, nella situazione concreta, l'inosservanza delle prescrizioni dettate dagli atti di programmazione. Pertanto, il potere derogatorio non è legittimamente utilizzabile per soddisfare esigenze strutturali miranti a nuovi assetti urbanistici, che mal si prestano ad interventi episodici e saltuari e che giustificerebbero, invece, l'adozione di specifiche varianti allo strumento urbanistico, le sole che rispondono alla definizione di strumenti di Governo del territorio e che assicurano, grazie al loro carattere di generalità tipico degli atti pianificatori, la razionalità e l'imparzialità delle scelte rispetto all'insieme degli interessi, pubblici e privati, coinvolti in un siffatto disegno innovativo. Il rilascio di una concessione in sanatoria (*rectius*, in esito ad un accertamento di conformità) ex art. 13 l. 28 febbraio 1985 n. 47, ben lungi dal determinare qualsivoglia attenuazione dell'affidamento del privato in ordine alla stabilità di tale provvedimento, presuppone una particolare attività valutativa da parte del comune circa la sostanziale conformità dell'opera realizzata alla normativa urbanistica complessivamente vigente, per cui la consapevole espressione di tale accertamento colloca il privato in una situazione giuridica non solo del tutto equiparabile a quella del titolare di un'ordinaria concessione edilizia, ma pure idonea a fondargli un legittimo affidamento sull'insussistenza di violazioni urbanistico - edilizie, rafforzato dal pagamento, a titolo sanzionatorio, del contributo di costruzione in misura doppia. Cons. St., sez. V, 18 aprile 1996, n. 446, in *Foro amm.*, 1996, 1237; in *Cons. Stato*, 1996, I, 606; in *Giur. it.*, 1996, III, 1, 449; in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, 978.

Secondo la Corte di Cassazione²⁹⁹, i principi dell'apparenza del diritto e dell'affidamento non sono invocabili in casi in cui la legge stabilisce particolari procedimenti pubblicistici per determinare una specifica situazione giuridica, infungibile e non disponibile da parte della stessa Amministrazione preposta al settore, come accade nell'ipotesi di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, giacché, essendo ogni fase del concorso disciplinata da precise norme di legge, la protezione dell'affidamento si concreta proprio nell'osservanza e nella rilevanza del procedimento e del relativo provvedimento conclusivo che istituisce o esclude la situazione abilitativa tutelata. Secondo la Corte l'occupazione e il godimento di fatto di alloggi popolari ed economici in mancanza di un provvedimento di assegnazione non possono dare luogo ad alcun valido ed efficace rapporto tra l'ente proprietario o gestore dell'immobile e l'occupante, onde è stato ritenuto legittimo il provvedimento di rilascio intimato all'occupante abusivo, a nulla rilevando che l'ente, caduto in errore a causa di un'omonimia col reale beneficiario, abbia consegnato l'alloggio a soggetto che non aveva conseguito il provvedimento di assegnazione ed abbia poi da quest'ultimo regolarmente percepito i relativi canoni.

La pronuncia, dunque, ha affermato interessanti principi. Da un lato ribadisce l'importanza del comportamento del privato nella tutela dell'affidamento. Dall'altro, assume una posizione particolarmente rigorosa in relazione a quei procedimenti che riguardano situazioni di particolare rilevanza e che non sono disponibili da parte dell'Amministrazione. In questi casi, secondo la Cassazione, la garanzia dell'affidamento si risolve proprio nel rispetto rigoroso della procedura concorsuale e delle disposizioni di legge. Così disponendo i giudici danno preferenza al potenziale affidamento nei riguardi di tutti i consociati rispetto al possibile affidamento del singolo concorrente.

3. 4. Le sovvenzioni e gli aiuti di Stato.

Le questioni che con maggior frequenza si sono poste in relazione alle sovvenzioni pubbliche e agli aiuti di Stato, in genere, hanno riguardato la pretesa al mantenimento dei benefici, a fronte del possibile mutamento della legislazione, e la ripetizione delle somme indebitamente erogate. Il piano del diritto nazionale, sul punto, si intreccia con quello comunitario, dato che in sede europea particolare rilievo è riconosciuto all'ambito degli aiuti di Stato³⁰⁰.

Il profilo attinente al mantenimento dei benefici economici riguarda più propriamente la giurisprudenza costituzionale, poiché qui si discute della legittimità dell'orientamento del legislatore che intende modificare la normativa in materia³⁰¹. L'Amministrazione, infatti, non

²⁹⁹ Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2000, n. 12919, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2023.

³⁰⁰ G. GRECO, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pub.*, cit., 375 ss.; P. M. HUBER, *Aiuti ex art. 87 e 88 del Trattato CE 1999 e tutela dell'affidamento nel diritto comunitario e nel diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, cit., 321 ss.

³⁰¹ Il tema è particolarmente sentito in dottrina: G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano 1962, II, 125 ss.; A. BARBERA, *Legge di piano e sistema delle fonti*, Milano 1968, 99 ss.; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 19 ss.; A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli al legislatore futuro*, in *Potere costituzionale, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997, 153 ss.; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 224 ss.; P. CARNEVALE, « ... Al fuggir di giovinezza ... nel domani s'ha più certezza » (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), cit., 3647 ss. In chiave critica:

può far altro che applicare la nuova disciplina in assenza di una pronuncia della Consulta che ne sancisca l'illegittimità. La Corte Costituzionale ha in genere escluso l'esistenza di un principio che precluda al legislatore di modificare, in futuro, la disciplina che determina benefici a favore di alcuni soggetti³⁰². Il legislatore, in tal senso, incontra i soli limiti delle norme costituzionali. In questo contesto, peraltro, anche le modifiche peggiorative non devono apparire irragionevoli. Ecco allora porsi la possibilità della tutela del legittimo affidamento quando la valutazione libera del legislatore appaia irragionevole. Tale ragionamento vale sia per la disciplina retroattiva in senso proprio, quando si interviene su posizioni già definite, sia con riguardo alla retroattività in senso improprio, allorché si incida su rapporti di durata, ove le modifiche interverranno in futuro.

La questione riguardante la ripetizione delle somme indebitamente erogate attiene, invece, a un profilo più strettamente amministrativo. La giurisprudenza, sul punto oscillante, ha ritenuto in talune circostanze dover tutelare la posizione dell'affidamento del cittadino, specie quando l'erogazione sia avvenuta sulla base di errori interpretativi compiuti dall'Amministrazione a fronte della buona fede del percipiente e tenendo conto del lasso di tempo trascorso tra l'erogazione e la richiesta di restituzione³⁰³.

Particolare rilievo è riconosciuto al tema degli aiuti di Stato³⁰⁴. In materia vige una specifica normativa di matrice comunitaria, volta a contenere gli aiuti di Stato nell'ottica di un migliore funzionamento del mercato. Gli aiuti non sono del tutto vietati, ma sono permessi a determinate condizioni e in casi ben determinati, sui quali è chiamata a vigilare la Commissione³⁰⁵.

La disciplina contenuta nel Trattato CE (art. 88, comma secondo), in particolare, prevede che «Qualora la Commissione (...) constati che un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato comune a norma dell'art. 87 (...) decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato». Tra le conseguenze dell'accertamento della violazione della disciplina si pone l'obbligo da parte dello Stato del recupero presso il beneficiario dell'aiuto illegittimamente concesso³⁰⁶. La procedura è ora disciplinata dal Regolamento n. 659/1999. Ai sensi dell'art. 14 di tale provvedimento «la Commissione adotta una decisione con la quale impone allo Stato membro interessato di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario. La Commissione non impone il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario». Non sussiste pertanto un obbligo assoluto di recuperare l'aiuto di Stato illegittimamente erogato. Pur essendo il suo recupero la regola, eccezione è data «dal contrasto con un principio generale del diritto comunitario». Tra di essi assume

V. BACHELET, *Leggi o supera leggi di incentivazione?*, in *Giur. cost.*, 1965, 587 ss.; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, 59.

³⁰² Corte Cost., 6 marzo 1974, n. 53; Corte Cost., 20 maggio 1976, n. 121; Corte Cost., 23 maggio 1985, n. 159, in *Finanza locale*, 1985, 697; in *Foro it.*, 1985, I, 1577.

³⁰³ C. Conti reg. Toscana, sez. giurisd., 20 maggio 1996, n. 277, in *Riv. Corte conti*, 1996, 194 (s.m.).

³⁰⁴ Sulla questione si consulti il dossier *Regimi fiscali agevolati e il divieto di aiuti di stato*, (http://www.finanze.it/dossier_tematici/fiscalita_unione_europea/appendice/parte_1/parte_01.htm), ed in particolare il saggio E. PECORI, *Il legittimo affidamento nella disciplina degli aiuti di Stato*, contenuto nel primo dei due tomi realizzati a cura dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum", Dottorato di ricerca in diritto tributario europeo e coordinata dal prof. Adriano Di Pietro. L'opera raccoglie i risultati di una ricognizione sullo stato di attuazione del coordinamento tra i sistemi fiscali dei Paesi dell'Unione, realizzata in occasione del semestre di presidenza italiana dell'Unione Europea, e promossa dal Dipartimento per le politiche fiscali insieme con la Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza.

³⁰⁵ *Amplius* T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario e dell'unione europea*, 5 ed., Bologna 1997, 132 ss.

³⁰⁶ Corte di Giustizia, *Siemens SA/Commissione*, T-459/93; Corte di Giustizia, *Commissione/Italia*, C-348/93.

specifico rilievo il legittimo affidamento. Il diritto comunitario non osta a che si applichino i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto al fine di escludere la restituzione di aiuti cofinanziati dalla Comunità indebitamente erogati, a condizione che sia preso in considerazione anche l'interesse di quest'ultima³⁰⁷.

Sarà allora necessario, nel caso concreto, contemperare l'esigenza di recuperare l'aiuto indebitamente erogato con la posizione del beneficiario. La prevalenza dell'interesse di quest'ultimo è affidata alla prova del suo legittimo affidamento e questo presuppone che venga accertata la buona fede del beneficiario della sovvenzione. In particolare, la giurisprudenza ha ritenuto prevalente l'affidamento del beneficiario a fronte di circostanze eccezionali che abbiano favorito il suo confidare nella legittimità dell'erogazione³⁰⁸. L'onere della relativa prova graverà su chi invoca l'esimente³⁰⁹. Oltre alle circostanze eccezionali è necessario altresì dar prova della propria diligenza. Un operatore economico diligente, infatti, deve normalmente essere in grado di accertarsi che la procedura, prevista ai fini dell'utile erogazione dell'aiuto, sia stata regolarmente rispettata³¹⁰. Alla base della tutela

³⁰⁷ Corte di Giustizia, sez. V, 19 settembre 2002, n. 336, *Republik Österreich/Martin Huber*, in *Foro amm.*, 2002, 1957.

³⁰⁸ Spetta al giudice nazionale valutare le circostanze invocate proponendo eventualmente alla Corte questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto comunitario, Corte di Giustizia, *Commissione/Germania*, C-5/89; Corte di Giustizia, sez. VI, 7 marzo 2002, n. 310, *Rep. it. c. Comm. Ce*, in *Foro amm.*, 2002, 611 (s.m.); Corte di Giustizia, sez. V, 1 aprile 2004, n. 99, *Comm. Ce/Rep. it.*, in *Dir. e Giust.*, 2004, f. 22, 126.

³⁰⁹ Secondo la Corte di Giustizia (*Ladbroke Racing Ltd/Commissione*, T-67/94) qualora contro uno Stato membro destinatario di una decisione adottata ai sensi dell'art. 88, paragrafo 2, venga proposto ricorso per inadempimento con il quale gli viene ingiunto di recuperare un aiuto illegittimo - il solo mezzo di difesa che può essere opposto dallo Stato è quello di non poter dare correttamente esecuzione alla decisione. Tale condizione deve, però, reputarsi soddisfatta solo qualora lo Stato dimostri di aver provato, comunque e attraverso dei mezzi concreti, a ripetere l'aiuto (Corte di Giustizia, *Commissione/Italia*, C-280/95).

³¹⁰ Come chiarito dalla Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, n. 278, in *Dir. e Giust.*, 2004, f. 22, 125, stante il carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione ai sensi dell'art. 88 del Trattato CE, le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo. Quando determinati aiuti, contrariamente agli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 88, n. 3, del trattato CE, siano stati concessi senza essere stati previamente notificati, il fatto che la Commissione abbia deciso inizialmente di non sollevare obiezioni al loro riguardo non può considerarsi un valido motivo ai fini dell'insorgenza del legittimo affidamento dell'impresa beneficiaria. L'errore commesso dalla Commissione non può vanificare le conseguenze del comportamento illegittimo dello Stato membro in questione (Corte di Giustizia, *Spagna/Commissione*, C-169/95). La Corte, in altra pronuncia, ha accertato la responsabilità della Commissione per aver adottato una decisione con cui accertava l'incompatibilità col mercato comune di una sovvenzione di Stato destinata a coprire le maggiori spese di un'operazione che aveva costituito oggetto di un aiuto autorizzato, il cui esame non esigeva indagini approfondite. L'ordine di soppressione era intervenuto solo ventisei mesi dopo la notifica. Tale ritardo aveva finito per generare nel beneficiario della sovvenzione un legittimo affidamento tale da impedire alla Commissione l'ingiunzione alle autorità nazionali dell'ordine di restituzione (Corte di Giustizia, *Rijn-Schelde-Verolme e a./Commissione*, C-223/85).

Secondo Cass. civ., sez. I, 25 marzo 2003, n. 4353, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 589 le somme percepite dal privato (nella specie, società di capitali operanti nel territorio di Bolzano) per l'esecuzione di un programma di formazione professionale finanziato dal Fondo sociale europeo ed anticipategli da enti nazionali (nella specie, Ministero del lavoro e Provincia autonoma di Bolzano) vanno restituite tutte le volte in cui l'ente sovranazionale abbia rifiutato i finanziamenti, e non sia invocabile il principio del legittimo affidamento, che, anche alla stregua della giurisprudenza comunitaria, deve intendersi come affidamento non già, *sic et simpliciter*, nell'operato degli organi nazionali, bensì come affidamento nella regolarità delle procedure destinate ad accertare la compatibilità della concreta concessione dell'aiuto comunitario con le norme (anch'esse comunitarie) che tale aiuto prevedano, regolandone il regime (attesa l'assoluta inviolabilità dell'obbligo di sopprimere un aiuto incompatibile con il trattato). Ne consegue l'invocabilità del principio del legittimo affidamento, per il privato beneficiario di aiuti non dovuti, sol se esso si fondi sull'avvenuto rispetto delle procedure previste dall'art. 93 del trattato, atteso che un operatore economico normalmente diligente deve essere in grado di accertarsi se le procedure di legge per la concessione degli aiuti siano o meno state rispettate, senza che tale onere di informazione possa ritenersi

dell'affidamento vi deve essere pertanto la prova del comportamento incolpevole del beneficiario. In ogni caso, come chiarito dalla Corte di Giustizia³¹¹, lo Stato membro non può invocare il legittimo affidamento dei beneficiari degli aiuti illegittimamente concessi. In caso contrario, le autorità nazionali potrebbero far valere il proprio illegittimo comportamento al fine di vanificare l'efficacia delle decisioni emanate dalla Commissione in virtù del trattato³¹².

3. 5. Le prestazioni previdenziali.

Il legittimo affidamento rileva anche in seno alle prestazioni previdenziali e alla gestione del rapporto assicurativo. Questo sia a livello più generale, nei confronti del legislatore, che a livello particolare dell'attività amministrativa degli enti di previdenza.

Sul piano costituzionale, la Consulta ha provveduto a indicare i limiti all'intervento retroattivo del legislatore in materia previdenziale. In tale ambito la Corte Costituzionale, pur dando rilievo all'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica quale essenziale elemento dello Stato di diritto, ha indicato la necessità di tener anche conto del principio, parimenti costituzionale, di salvaguardia degli equilibri di bilancio e di contenimento della spesa previdenziale³¹³. Ciò consente al legislatore, al fine di garantire tali risultati, di ridurre trattamenti pensionistici già in atto³¹⁴. Pertanto, il diritto ad una pensione legittimamente attribuita in concreto e non potenzialmente - se non può essere eliminato del tutto da una regolamentazione retroattiva che renda indebita l'erogazione della prestazione³¹⁵ - ben può subire gli effetti di discipline più restrittive introdotte non irragionevolmente da leggi sopravvenute. Secondo la Consulta, fatto salvo il controllo di ragionevolezza, l'esigenza di salvaguardia degli equilibri di bilancio e di contenimento della spesa previdenziale rende

subordinato al comportamento delle Amministrazioni nazionali, ed anche se la eventuale illegittimità della concessione sia interamente imputabile a queste ultime.

³¹¹ Come evidenziato dalla Corte di Giustizia, sez. V, 1 aprile 2004, n. 99, *Comm. Ce/Rep. it.*, in *Dir. e Giust.*, 2004, 126 nel caso di specie la Commissione aveva informato i potenziali beneficiari della precarietà degli aiuti concessi illegittimamente con una comunicazione della Gazzetta ufficiale. La Corte ha ritenuto non è sufficiente, per uno Stato membro, comunicare alla Commissione il timore di difficoltà giuridiche, politiche o pratiche nell'esecuzione della decisione, senza intraprendere alcuna reale iniziativa presso i beneficiari, nè proporre alla Commissione modalità alternative. Analogamente Corte di Giustizia, sez. VI, 7 marzo 2002, n. 310, *Rep. it./Comm. Ce*, in *Foro amm.*, 2002, 611 (s.m.).

³¹² Corte di Giustizia, sez. VI, 7 marzo 2002, n. 310, *Rep. it./Comm. Ce*, in *Giust. civ.*, 2003, I, 257 ha ritenuto l'Italia è tenuta a recuperare gli aiuti illecitamente concessi alle imprese sovvenzionate allo scopo di ripristinare la situazione concorrenziale anteriore. Le somme da recuperare sono maggiorate degli interessi maturati dalla data della somministrazione dell'aiuto alla data dell'effettivo recupero, ferma restando la possibilità per il beneficiario di opporsi alla ripetizione per l'affidamento ingeneratosi circa la regolarità dell'aiuto: spetta al giudice nazionale valutare le circostanze del caso.

³¹³ Da ultimo Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416, in *Giust. civ.*, 2000, I, 973; in *Giur. it.*, 2000, 678.

³¹⁴ Corte Cost., 24 ottobre 1996, n. 361, in *D.L. Riv. critica dir. lav.*, 1997, 483; Corte Cost., 27 dicembre 1996, n. 417, in *Cons. Stato*, 1996, II, 2110.

³¹⁵ Corte Cost., 2 luglio 1997, n. 211, in *Informazione previd.*, 2000, 102; Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416, in *Cons. Stato*, 1999, II, 1645. Con riferimento ai trattamenti pensionistici indiretti previsti dalle norme sulla previdenza forense, la Corte (Corte Cost., 1 luglio 1986, n. 169, in *Foro it.*, 1986, I, 2097; in *Cons. Stato*, 1986, II, 862) ha affermato che il legislatore può *ex post* porre ad essi limitazioni e restrizioni, negando che sia configurabile un diritto dell'iscritto, e dei suoi aventi causa, all'intangibilità del trattamento pensionistico vigente al momento dell'iscrizione. In altre pronunce la Corte ha dichiarato tuttavia costituzionalmente illegittime norme suscettibili di provocare l'effetto per cui la prosecuzione della contribuzione finiva per operare in senso negativo e comportare una riduzione del trattamento stesso (Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 264, in *Cons. Stato*, 1994, II, 910; in *Giur. cost.*, 1994, 2143; Corte Cost., 23 dicembre 1997, n. 427, in *Giust. civ.*, 1998, I, 321).

conforme alla Costituzione non solo una norma che incida su trattamenti pensionistici non ancora attivati al momento della sua entrata in vigore³¹⁶, ma altresì una norma peggiorativa di trattamenti pensionistici in atto.

3. 5. 1. Il danno derivante da erronee informazioni relative al rapporto assicurativo. La natura contrattuale della responsabilità.

Sul piano più strettamente amministrativo, la giurisprudenza è costante nel ritenere la responsabilità dell'Istituto di previdenza che ha indotto l'assicurato, attraverso l'esibizione di un estratto conto pensionistico errato, a richiedere la pensione non avendone i requisiti e a dimettersi anticipatamente dal lavoro o ad ottenere un provvedimento di messa in quiescenza da parte del datore. Secondo la Suprema Corte³¹⁷ ha natura contrattuale la controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno proposta dall'assicurato nei confronti dell'Inps in relazione all'erroneità delle informazioni, da quest'ultimo fornitegli sulla sua posizione contributiva, informazioni che lo hanno indotto a dimettersi dal posto di lavoro prima della maturazione del diritto a pensione³¹⁸. Tale controversia coinvolge infatti la violazione, da parte dell'istituto, di uno specifico obbligo di comportamento, consistente nell'uso della dovuta diligenza e professionalità nello svolgimento di operazioni

³¹⁶ L'ipotesi è quella della pensione di reversibilità che eventualmente spetterà al coniuge superstite del pensionato in quel momento ancora in vita, Corte Cost., 12 novembre 2002, n. 446, in *Riv. Corte conti*, 2002, 328. L'art. 1, comma 41, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), secondo cui, fra l'altro, gli importi dei trattamenti pensionistici ai superstiti sono cumulabili con i redditi del beneficiario nei limiti di cui all'allegata tabella F, pari al 75%, al 60% o al 50% della misura ordinaria ove il reddito del beneficiario sia superiore, rispettivamente, a 3, 4 o 5 volte il trattamento minimo annuo del Fondo pensioni lavoratori dipendenti, era stato impugnato nella parte in cui prevede l'applicazione delle relative disposizioni anche al trattamento di reversibilità spettante al coniuge superstite di lavoratore collocato in pensione prima della data di entrata in vigore della legge stessa. In quell'occasione la Corte ha ritenuto ragionevole l'intervento del legislatore teso a limitare e non ad escludere il beneficio pensionistico.

³¹⁷ Sulla natura contrattuale della responsabilità dell'Inps la giurisprudenza della Corte di Cassazione è assolutamente costante: Cass. civ., sez. lav., 8 aprile 2002, n. 5002, in *Orient. giur. lav.*, 2002, I, 662; Cass. civ., sez. lav., 19 maggio 2001, n. 6867, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1011; Cass. civ., sez. lav., 3 marzo 1999, n. 1800, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 486; Cass. civ., sez. lav., 2 settembre 1996, n. 8036; Cass. civ., sez. lav., 8 novembre 1996, n. 9775 in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1489; Cass. civ., sez. lav., 8 novembre 1996, n. 9776, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1490. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Milano, 14 novembre 2002, in *Giur. milanese*, 2003, 378 ss.; Pret. Cassino, 16 febbraio 1998 in *Dir. lav.*, 1999, II, 578 ss. Trib. Pordenone, 8 giugno 2001, in *Informazione previd.*, 2001, 1361 ha stabilito che la responsabilità dell'Inps per errata comunicazione della contribuzione sussiste solo nel caso di errato estratto contributivo, e non anche quando l'errore sia contenuto in un provvedimento di rigetto di una domanda di pensione. Tuttavia, secondo Cass. civ., sez. lav., 11 giugno 1992, n. 7197, nell'ipotesi in cui l'Inps abbia comunicato all'assicurato il rigetto della domanda di pensione con un'indicazione erronea in eccesso del numero dei contributi versati, il danno sofferto dall'interessato, per la successiva interruzione del versamento dei contributi al raggiungimento del numero di contributo mancanti in base a detta comunicazione e per il conseguente ritardo nella maturazione del diritto a pensione, costituisce un illecito contrattuale. La specificazione dei motivi del provvedimento di rigetto rappresenta un obbligo nascente dal rapporto assicurativo ex art. 78, comma 3, r.d. 28 agosto 1924 n. 1422.

³¹⁸ Risulta pertanto superato l'orientamento che individuava nel caso di specie un'ipotesi responsabilità aquiliana, sul quale: Cass. civ., sez. lav., 9 marzo 1992, n. 2820. Analizza la responsabilità dell'Inps in termini di illecito aquiliano Trib. Lecco, 5 luglio 1994, in *Informazione previd.*, 1995, 646 ss. Tale prospettazione grava colui che asserisce essere stato leso nella sfera patrimoniale da un comportamento antiggiuridico altrui, di dimostrare che il danno subito, di cui chiede la riparazione, sia eziologicamente riconducibile alla condotta del danneggiante.

amministrative gravante sull'ente che è parte del rapporto assicurativo³¹⁹. L'obbligo è stato ribadito dall'art. 54 della l. 9 marzo 1989 n. 88 che impone all'ente previdenziale di fornire all'assicurato tutti i dati utili per la ricognizione della singola posizione previdenziale rilasciando all'uopo una comunicazione con valore certificativo della situazione in essa descritta. L'emissione di un estratto conto errato è dunque indice di un comportamento poco diligente da parte dell'ente di previdenza che è contrattualmente tenuto ad adempiere l'obbligo di informazione posto a suo carico. La conseguenza consiste pertanto nel risarcimento del danno subito dal dipendente³²⁰. In ragione della natura contrattuale della responsabilità discende l'esonero del danneggiato dall'onere di provare la colpa dell'autore del fatto dannoso, che è presunta salva la dimostrazione, da parte dell'Istituto, della non imputabilità dello stesso al proprio comportamento³²¹. Il danneggiato deve comunque fornire la prova del nesso causale tra l'evento dannoso e l'erronea indicazione fornita dall'ente preposto. Al riguardo, la Suprema Corte ha ritenuto che l'asserito danno non può essere posto in nesso causale con un evento, quale il pensionamento, che non si sia realizzato al momento in cui sia stata comunicata, da parte dell'Istituto, la rettifica della erronea informazione³²².

Se il cittadino assicurato può vantare e far valere un affidamento nei confronti dell'ente previdenziale in ragione della natura contrattuale del rapporto instaurato, lo stesso non è a dirsi nei confronti dell'ente che intenda far valere il proprio affidamento. Secondo la Cassazione, l'attività dell'Inps nell'accertamento dei presupposti per la liquidazione delle prestazioni previdenziali non è attività negoziale, nella quale possa rilevare l'affidamento nelle dichiarazioni di un altro soggetto, ma attività di accertamento della sussistenza dei presupposti di legge³²³. Ne consegue che, se l'accertamento dell'ente sia stato inficiato da erronee comunicazioni di altri soggetti, l'attività compiuta è illegittima, perché oggettivamente non

³¹⁹ Tale obbligo di comportamento deriva dalle ordinarie regole di correttezza e diligenza ex artt. 1175 e 1176 c.c. Cass. civ., sez. lav., 3 marzo 1999, n. 1800, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 486.

³²⁰ In tema di responsabilità da estratto conto errato, Trib. Barcellona P.G., 25 giugno 2004 ha ritenuto esente da qualsiasi rilievo, per la perdita delle retribuzioni, il datore di lavoro pubblico che aveva posto in quiescenza il dipendente. Tale responsabilità è stata ritenuta gravare esclusivamente sull'Inps. È l'Inps, infatti, ad aver indotto in errore con il suo comportamento sia il dipendente, che ha chiesto il pensionamento, che l'ente pubblico che lo ha concesso. Nei riguardi di quest'ultimo alcuna negligenza è stata peraltro riscontrata nel comportamento tenuto, poiché il datore nel redigere la graduatoria dei soggetti che potevano aspirare alla pensione si è basato sulla documentazione presentata dal ricorrente. L'ente pubblico ha osservato un comportamento pienamente diligente anche a seguito della reiezione della domanda da parte dell'Inps, riammettendo prontamente in servizio il dipendente. risponde, a titolo contrattuale del danno. In altra pronuncia di merito, Trib. Como, 13 giugno 2001, in *Informazione previd.*, 2002, 221 il danno subito dal lavoratore per essersi dimesso anticipatamente dal posto di lavoro sull'affidamento del conseguimento del diritto a pensione generato da erronea comunicazione dell'Inps sul numero di contributiva è stato ridotto alla metà in ragione del concorso del contributo causale del lavoratore che non abbia, prima del pensionamento, ricontrollato la propria posizione contributiva.

³²¹ A tale responsabilità l'Inps si sottrae solo fornendo la dimostrazione che il fatto dannoso dipenda da un evento allo stesso non imputabile (art. 1218 c.c.). Cass. civ., sez. lav., 19 maggio 2001, n. 6867, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1011 ha confermato la decisione dei giudici di merito che avevano escluso il carattere macroscopico, sì da poter essere agevolmente rilevato dall'interessato, dell'errore nella comunicazione dell'Inps all'interessato dei contributi versati per il solo fatto che il calcolo effettuato dall'Istituto non aveva tenuto conto delle brevi interruzioni verificatesi nel corso del rapporto di lavoro. Lo stesso principio espresso da Cass. civ., sez. lav., 22 maggio 2001, n. 6995 in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, 385; in *Giust. civ.*, 2002, I, 2891.

³²² Cass. civ., sez. lav., 19 maggio 2001, n. 6865, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1010.

³²³ Cass. civ., sez. lav., 27 gennaio 1999, n. 731, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 178. Nella specie l'Inps, sulla base di equivoca comunicazione delle Ferrovie dello Stato, aveva computato ai fini della liquidazione della pensione di vecchiaia anche contributi relativi a lavoro avventizio a favore dell'azienda statale, di cui l'assicurato aveva richiesto il riscatto ai fini del trattamento di quiescenza statale, e di conseguenza il medesimo istituto previdenziale aveva negato, ex art. 41 D.P.R. n. 1092/1973, il trasferimento dei medesimi contributi alle Ferrovie dello Stato

conforme a legge, e l'ente deve porre in essere gli atti necessari per il ripristino della legittimità.

3. 5. 2. La ripetibilità delle somme erogate indebitamente.

Da ultimo, con riguardo alla materia previdenziale, deve farsi cenno alla questione della ripetibilità delle somme erogate indebitamente per errato calcolo del trattamento di quiescenza. In tale ambito si propone solo parzialmente la questione della ripetizione dell'indebito così come posta con riguardo agli emolumenti dei dipendenti pubblici. Nella materia previdenziale, infatti, il legislatore ha provveduto espressamente a disciplinare la questione in diverse ipotesi.

In tal senso l'art. 52, l. 9 marzo 1989 n. 88 stabilisce l'irripetibilità delle somme indebitamente erogate a seguito di errori di qualsiasi natura commessi dagli enti o gestioni erogatori in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione della prestazione con riferimento ai trattamenti previdenziali a carico dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, le gestioni obbligatorie sostitutive o, comunque, integrative della medesima, le gestioni speciali e la pensione sociale. Sono pertanto irripetibili le somme riferite ai trattamenti pensionistici indicati dalla disposizione che siano state riscosse indebitamente ma in buona fede, con esclusione del caso di dolo³²⁴. Tale previsione è stata modificata dall'art. 13, comma primo, l.n. 412/1991 che restringe l'ambito di irripetibilità stabilendo nuovi oneri di comunicazione a carico del pensionato ed equiparando il suo silenzio al dolo³²⁵.

Nell'ambito del pubblico impiego, inoltre, il testo unico delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato (D.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092) prevede, all'art. 206, che nel caso in cui, in conseguenza del provvedimento revocato o modificato, siano state riscosse rate di pensione o di assegno ovvero indennità, risultanti non dovute, non si fa luogo a recupero delle somme corrisposte, salvo che la revoca o la modifica

³²⁴ Pret. Bergamo, 7 ottobre 1993, in *Informazione previd.*, 1993, 1579 ha ritenuto non ravvisabile un errore nel pagamento del trattamento pensionistico da parte dell'Inps, che ha provveduto tempestivamente (dopo avere avuto notizia dei redditi dell'assicurato) a sospendere il trattamento pensionistico e ad avvisare l'interessato che si era formato un indebito per l'avvenuta percezione della pensione in un determinato periodo, indebito che sarebbe stato recuperato all'atto del ripristino della pensione medesima. Pertanto, non essendosi verificato nel percipiente lo stato di affidamento, che è alla base della disciplina speciale, non può trovare applicazione l'art. 52 l.n. 88/1989.

³²⁵ In tal senso, l'art. 13, comma primo, l.n. 412/1991 ha previsto che l'omessa od incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, che non siano già conosciuti dall'ente competente, consente la ripetibilità delle somme indebitamente percepite. La Corte Costituzionale, con sentenza 10 febbraio 1993, n. 39 in *Lavoro e prev. oggi*, 1993, 828, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale non comma, nella parte in cui è applicabile anche ai rapporti sorti precedentemente alla data della sua entrata in vigore o comunque pendenti alla stessa data. In tal modo, pertanto, è stata esclusa dalla natura di me interpretazione autentica della norma. Secondo la Cass. civ., sez. lav., 3 febbraio 2004, n. 1978, in *Giust. civ. Mass.*, 2004. lo stato soggettivo del dolo del beneficiario consiste nella semplice consapevolezza della effettiva insussistenza del diritto, non richiedendosi, agli effetti di cui si tratta, che l'interessato abbia posto in essere comportamenti attivi diretti ad ingannare l'ente erogatore, ed essendo configurabile il dolo anche nel caso in cui il pagamento non dovuto sia stato effettuato per errore, pur se determinato da negligenza dell'ente. Pertanto, anche se la relativa prova è fornita prevalentemente, ma non necessariamente, da un comportamento fraudolento del beneficiario della prestazione, il dolo rileva, ove dimostrato, anche negli altri casi, come nella ipotesi di pagamenti di entità tale da rendere evidente l'esistenza di un errore e l'insussistenza del diritto del destinatario, oppure di pagamenti, a favore di soggetti di adeguata cultura ed esperienza, che siano privi di qualsiasi nesso con rapporti in essere o in via di attivazione.

siano state disposte in seguito all'accertamento di fatto doloso dell'interessato. L'art. 206 del testo unico approvato con D.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092 è stato oggetto di interpretazione autentica e integrazione da parte dell'art. 3, l. 7 agosto 1985, n. 428. Alla luce di tale intervento, la norma contenuta nell'art. 206 del D.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092, deve intendersi applicabile nel caso in cui, verificandosi le condizioni stabilite negli articoli 204 e 205 dello stesso testo unico che disciplinano la revoca o la modifica del provvedimento definitivo sul trattamento di quiescenza, il provvedimento definitivo di concessione e riliquidazione della pensione, assegno o indennità venga modificato o revocato con altro provvedimento formale soggetto a registrazione.

La questione di maggior rilievo, con riguardo al legittimo affidamento, concerne l'applicabilità delle disposizioni che espressamente escludono la ripetibilità delle somme indebitamente erogate al di là della stretta previsione normativa. In tal senso la giurisprudenza appare divisa in almeno due orientamenti principali: uno più rigoroso, l'altro più favorevole alle ragioni del percipiente.

Parte della giurisprudenza, nel solco dell'indirizzo più restrittivo, ritiene che le prestazioni estranee alla previdenza sociale soggiacciono al principio della normale recuperabilità - nei limiti della prescrizione - delle somme indebitamente corrisposte³²⁶. Lo stesso si segnala con riferimento al pubblico impiego³²⁷. In tal senso si è anche escluso³²⁸ che le disposizioni che prevedono delle deroghe in tale ambito possano essere affette da illegittimità costituzionale per contrasto con gli art. 3 e 38 Cost., giacché, trattandosi di deroga al principio generale di cui all'art. 2033 c.c., spetta al legislatore stabilire ragionevolmente un equo contemperamento agli interessi in gioco affinché le ragioni del recupero doveroso si armonizzino con la salvezza delle posizioni dei pensionati che godono degli indicati

³²⁶ T.A.R. Lazio, sez. III, 30 dicembre 2003, n. 13363, in *Foro amm.*, 2003, 3554 (s.m.).

³²⁷ C. Conti reg. Campania, sez. giurisd., 16 luglio 1999, n. 181, in *Riv. Corte conti*, 1999, 152 (s.m.): in materia di indebita percezione su trattamento pensionistico dell'indennità integrativa speciale in violazione del divieto di cumulo, non è applicabile l'art. 206 T.U. n. 1092/1973 (nel testo interpretato dall'art. 3 l.n. 428/1985) che condiziona la ripetibilità dell'indebito alla prova del dolo dell'interessato, in quanto la predetta disposizione si applica solo nel caso di revoca di un provvedimento definitivo di pensione mentre l'indennità integrativa viene concessa all'atto dell'ammissione al pagamento, senza adozione di un provvedimento formale; tuttavia in caso di buona fede del percipiente, in applicazione del principio di tutela dell'affidamento delle prestazioni previdenziali, allorché usando la diligenza media l'errore dell'Amministrazione non era facilmente riconoscibile dall'interessato, va esclusa la ripetibilità di quanto indebitamente corrisposto, nella misura in cui il recupero possa arrecare grave pregiudizio dalle primarie esigenze di vita del pensionato. Si è inoltre ritenuto - C. Conti reg. Lazio, sez. giurisd., 10 giugno 1996, n. 2000, in *Riv. Corte conti*, 1996, 218 (s.m.) - che i principi dell'affidamento incolpevole con riguardo alla riscossione in buona fede di emolumenti corrisposti a titolo di pensione e non dovuti, non configurano un divieto assoluto di ripetizione di tutte le somme comunque percepite dal pensionato, atteso che l'ordinamento tutela il soggetto percipiente e rende definitiva l'attribuzione non dovuta solo in presenza di condizioni obiettive riferite bensì alla situazione personale (anche psicologica) del soggetto tutelato, ma che vanno accertate e valutate dall'esterno *ex post*, con la conseguenza che non è irrilevante né la causale immediata dell'errore, né la riconoscibilità dell'errore stesso da parte di persona di normale diligenza; deve, pertanto, escludersi la sussistenza della buona fede nella situazione in cui è *ictu oculi* riconoscibile un mero errore materiale riguardante esclusivamente ed unicamente l'atto finale del pagamento, e che ha comportato la pura e semplice duplicazione del pagamento medesimo.

³²⁸ T.A.R. Lazio, sez. III, 25 novembre 2003, n. 10656, in *Foro amm.*, 2003, 3268 (s.m.). L'Amministrazione che, dopo il riconoscimento dell'assoggettabilità a contribuzione dell'indennità primaria e dell'indennità di aggiornamento professionale e l'avvenuto versamento dei contributi dovuti, recuperi nei confronti dei sanitari interessati le quote contributive ad essi imputabili, esercita il diritto di rivalsa ai sensi dell'art. 17 l. 6 luglio 1939 n. 1035 (istitutiva della cassa pensioni ai sanitari), e non il diritto di ripetizione di cui all'art. 2033 c.c., con conseguente inapplicabilità del principio di irripetibilità delle somme percepite in buona fede, T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 gennaio 1995, n. 30, in *T.A.R.*, 1995, I, 1083.

trattamenti, per definizione inferiori sia a quelli dei dipendenti in servizio che a quelli complessivi di particolari categorie fruitori di pensioni integrative.

Viceversa, la giurisprudenza che tende ad interpretare in maniera estensiva le previsioni sulla irripetibilità delle prestazioni previdenziali fa perno sul canone fondamentale della buona fede e dell'affidamento al fine di poter effettuare una attenta comparazione tra interesse pubblico alla restituzione e pregiudizio del debitore³²⁹. In questa prospettiva, i criteri informativi del principio dell'irripetibilità di somme erroneamente erogate, in materia pensionistica, sono la buona fede del percettore, tale da ingenerare nel pensionato l'affidamento nella spettanza delle somme erogate, la conseguente utilizzazione di dette somme per le quotidiane necessità della vita, l'obbligo dell'Amministrazione di verificare l'incidenza della ripetizione nella sfera economica del pensionato, la non immediata riconoscibilità dell'errore da parte del pensionato e il decorso del tempo come fatto rilevante ai fini dell'esercizio del potere di autotutela³³⁰. Facendo leva su tali principi, è stato ritenuto che la disposizione di cui all'art. 206, comma primo, D.P.R. 29 dicembre 1973 n. 1092, sebbene dettata con riguardo all'ipotesi di revoca o modifica del provvedimento definitivo di pensione, appare comunque espressiva di un principio di carattere generale, in virtù del quale il recupero coattivo di somme indebitamente erogate a titolo di pensione non è ammissibile qualora l'indebita erogazione abbia determinato l'affidamento del percipiente nella spettanza della stessa, ciò che si verifica, essenzialmente, quando concorra la circostanza del trascorrere di un lungo periodo di tempo durante il quale viene mantenuta l'indebita erogazione³³¹.

³²⁹ C. Conti reg. Lazio, sez. giurisd., 5 aprile 1995, n. 121, in *Riv. Corte conti*, 1995, 150 (s.m.). Secondo C. Conti reg. Friuli Venezia Giulia, sez. giurisd., 8 aprile 1997, n. 106, in *Riv. Corte conti*, 1997, 176 (s.m.) la rigorosità dell'azione di recupero delle somme indebitamente erogate a titolo di pensione provvisoria va temperata con ragioni di giustizia sostanziale e di equità in relazione agli effetti già prodotti dall'atto originario e alle situazioni su cui ha inciso; e, pertanto, il comportamento dell'Amministrazione che ha consentito, per un lungo periodo, la percezione di un trattamento non dovuto, senza procedere ad un sia pur minimo controllo periodico per eliminare la illegittimità, determinatasi non certo per fatto o colpa del ricorrente, giustifica l'affidamento maturato da questi e legittima il riconoscimento della irripetibilità della maggiore somma erogata. C. Conti reg. Lazio, sez. giurisd., 11 dicembre 1996, n. 2133, in *Riv. Corte conti*, 1997, 180 (s.m.), sulla stessa linea, ha ritenuto che in tema di ripetizione di somme indebitamente percepite a valere su una pensione provvisoria rileva il ragionevole affidamento del pensionato quanto all'esattezza della liquidazione, qualora la somma indebitamente confusa con quella dovuta non sia riconoscibile da parte del percettore in presenza di contrastante giurisprudenza, di complessità della normativa e di ritardi dell'Amministrazione, superiori ai tempi fisiologici, nell'emanazione del provvedimento definitivo di quiescenza; è, pertanto, nella specie, illegittimo il recupero disposto a carico del ricorrente delle somme indebitamente percepite, ove si consideri che tra la liquidazione della pensione provvisoria e la liquidazione di quella definitiva sono trascorsi circa dieci anni, lasso di tempo notevole che non può non aver ingenerato nel percettore la piena buona fede nella regolarità dei trattamenti pensionistici corrisposti, ancorché in via provvisoria.

³³⁰ C. Conti reg. Sicilia, sez. giurisd., 22 maggio 1997, n. 142, in *Riv. Corte conti*, 1997, 278 (s.m.). C. Conti reg. Umbria, sez. giurisd., 12 giugno 2001, n. 281, in *Riv. Corte conti*, 2001, 238 (s.m.), ha escluso la ripetibilità di somme liquidate in eccedenza sul trattamento pensionistico provvisorio protrattasi per lungo tempo (in fattispecie undici anni) e ciò in applicazione del principio per cui le maggiori somme erroneamente erogate per un periodo idoneo a generare nel pensionato l'affidamento sulla definitività della loro misura, ancorché afferenti ad un trattamento pensionistico provvisorio, non sono ripetibili dall'Amministrazione. Applicando estensivamente l'art. 206 D.P.R. n. 1092/1973, C. Conti reg. Liguria, sez. giurisd., 19 ottobre 1999, n. 966, in *Riv. Corte conti*, 1999, 140 (s.m.) ha affermato la irripetibilità delle somme indebitamente attribuite al pensionato ove, tra la data del provvedimento definitivo di pensione ed il provvedimento di recupero, sia decorso un lungo periodo di tempo sufficiente a determinare un ragionevole affidamento del percettore e conseguentemente a costituirne la buona fede.

³³¹ La norma di cui all'art. 206 del D.P.R. 29 dicembre 1973 n. 1092 trova applicazione non solo quando sia intercorso lungo lasso temporale tra l'emanazione del provvedimento provvisorio e quello definitivo - tale da ingenerare, nel percipiente, il legittimo affidamento circa l'esattezza della liquidazione le cui maggiori somme, peraltro, erano di non rilevante ammontare - ma anche quando, come nella specie, la stessa Amministrazione

Analogamente, non è stata ritenuta legittima la ripetizione di somme indebitamente corrisposte per errato calcolo del trattamento di quiescenza quando la buona fede deriva da un legittimo affidamento da parte del percipiente sulla definitività della sua posizione pensionistica³³². Infatti l'Amministrazione ha istituzionalmente un dovere di tutela nei confronti degli amministrati e, pertanto, è da rimettere alla sua responsabilità l'evenienza di indebiti causalmente legati a difficoltà di gestione, sempre entro il limite indiscutibile della buona fede del percipiente e del suo legittimo affidamento nel corretto operato degli uffici. In ossequio al principio della buona fede si è ritenuto, inoltre, di superare lo stesso dato formale dell'espressa previsione della provvisorietà dell'erogazione³³³, specie laddove l'erronea erogazione si sia protratta nel tempo al punto da ingenerare nel pensionato un ragionevole affidamento sulla legittimità delle somme attribuite. In presenza di tali requisiti, specie se l'importo da recuperare sia così ragguardevole da incidere notevolmente sulla posizione economica dell'interessato, è stata riconosciuta l'irripetibilità delle somme percepite in buona fede nell'ipotesi di indebito maturato in relazione a un trattamento di pensione non definitivo, pur liquidato con espressa avvertenza del carattere provvisorio del medesimo. L'affidamento del privato, pertanto, serve a superare anche il dato formale della provvisorietà dell'erogazione³³⁴. Secondo la giurisprudenza prevalente³³⁵, peraltro, l'espressa previsione del carattere

abbia proceduto alla richiesta ben cinque anni dopo l'adozione del provvedimento finale, C. Conti reg. Veneto, sez. giurisd., 24 aprile 2003, n. 551, in *Riv. Corte conti*, 2003, 137 (s.m.). C. Conti reg. Piemonte, sez. giurisd., 28 febbraio 2003, n. 531, in *Riv. Corte conti*, 2003, 261 (s.m.) ha ritenuto illegittimo il recupero da parte dell'Amministrazione nei confronti della pensionata - separata con addebito e titolare di assegno alimentare - dei ratei di pensione di reversibilità erogati e asseriti non dovuti per la riconosciuta colpa nella sentenza di separazione. C. Conti reg. Molise, sez. giurisd., 3 giugno 1996, n. 130, in *Riv. Corte conti*, 1996, 228 (s.m.) in virtù del principio suddetto, di cui viene fatta solitamente applicazione anche con riferimento a pensioni provvisorie, nonché con riguardo a liquidazioni pensionistiche eseguite mediante procedura automatizzata, ha ritenuto legittimo il recupero ove l'Amministrazione vi abbia proceduto entro un anno dalla liquidazione, poiché tale è il termine stabilito dall'art. 9 l. 7 agosto 1985 n. 428 per poter procedere alla revisione dei pagamenti.

³³² C. Conti, sez. II, 11 novembre 1997, n. 209, in *Comuni Italia*, 1998, 423 (s.m.). Sulla stessa linea C. Conti reg. Sardegna, sez. giurisd., 15 maggio 2002, n. 516, in *Riv. Corte conti*, 2002, 206 (s.m.): deve ritenersi viziato da eccesso di potere il provvedimento di riduzione del trattamento pensionistico, emanato a distanza di diversi anni, con il quale viene disposta la riduzione del trattamento pensionistico senza che sia stata effettuata alcuna ponderazione tra l'interesse pubblico al ripristino della legalità ed il danno per il privato che aveva fatto affidamento sulla legittimità dell'azione amministrativa.

³³³ C. Conti reg. Campania, sez. giurisd., 16 marzo 2001, n. 406, in *Riv. Corte conti*, 2001, 246 (s.m.). C. Conti reg. Lombardia, sez. giurisd., 9 giugno 1998, n. 785, in *Riv. Corte conti*, 1998, 101 (s.m.); C. Conti reg. Lazio, sez. giurisd., 14 novembre 1995, n. 419, in *Riv. Corte conti*, 1995, 250 (s.m.); C. Conti reg. Sardegna, sez. giurisd., 7 novembre 1995, n. 520, in *Riv. Corte conti*, 1995, 275 (s.m.). Secondo C. Conti reg. Sardegna, sez. giurisd., 7 novembre 1995, n. 520, in *Riv. Corte conti*, 1995, 275 (s.m.), pur affermandosi la validità del principio generale per cui sono ripetibili gli importi pensionistici non dovuti, percepiti in regime di provvisorietà, si deve in via eccezionale affermare l'irripetibilità del trattamento, quando il predetto regime di provvisorietà si sia protratto talmente a lungo da far insorgere in capo all'*accipiens* un vero e proprio affidamento sulla correttezza delle somme corrisposte. C. Conti reg. Campania, sez. giurisd., 1 luglio 2002, n. 1056, in *Riv. Corte conti*, 2002, 182 (s.m.): ai fini della dichiarazione di irripetibilità dell'indebito pensionistico va tenuto comunque conto della buona fede del percettore e dell'affidamento del medesimo nel comportamento dell'ente erogatore, pur a fronte della provvisorietà del trattamento e della meccanizzazione delle relative procedure di computo e pagamento.

³³⁴ C. Conti s.giur. Sicilia, 2 maggio 1991, n. 106, in *Riv. Corte conti*, 1991, 160 (s.m.) ha ritenuto che le norme di cui agli art. 203, 204, 205, 206 D.P.R. n. 1092/1973 stabiliscono una generale tutela dell'affidamento dei destinatari dei provvedimenti pensionistici definitivi che non può essere caducata per il semplice fatto della opposizione di una formula di rito quale "salvo conguaglio"; pertanto, in ipotesi di riliquidazione della pensione, comportante riduzione del trattamento pensionistico già determinato, va escluso il recupero delle somme corrisposte oltre il dovuto, ove non si dimostri, come richiesto dalla norma, il dolo del percipiente.

³³⁵ C. Conti reg. Basilicata, sez. giurisd., 31 marzo 2003, n. 47, in *Riv. Corte conti*, 2003, 276 (s.m.); C. Conti reg. Sardegna, sez. giurisd., 6 agosto 2001, n. 994, in *Riv. Corte conti*, 2001, 226 (s.m.); C. Conti reg. Piemonte, sez. giurisd., 11 aprile 1997, n. 249, in *Riv. Corte conti*, 1997, 171 (s.m.); C. Conti reg., sez. giurisd., 1

provvisorio dell'erogazione esclude qualunque affidamento da parte del precettore delle somme in quanto la provvisorietà dell'atto impedisce che possa insorgere e consolidarsi un definitivo affidamento da parte del privato e che possa comunque configurarsi lo stato di buona fede. Nell'ipotesi di indebita erogazione di somme accertata in sede di conguaglio fra trattamento provvisorio e definitivo, sussiste pertanto il diritto dell'ente previdenziale alla ripetizione delle stesse in base ai principi sull'indebito oggettivo di cui all'art. 2033 c.c.

3. 6. Disposizioni tributarie e tutela dell'affidamento: la progressiva affermazione del principio.

Ambito classico del confronto sui temi della buona fede è quello relativo al rapporto tributario. Nel settore dei tributi, infatti, stante il carattere autoritativo del potere esercitato dall'Amministrazione, l'incidenza diretta sui diritti patrimoniali dei cittadini e la complessità della legislazione volta a garantire esigenze di giustizia e di progressività dell'imposta, la questione riveste da tempo un particolare rilievo³³⁶. Ciò non solo nei confronti del legislatore, con riferimento al problema della retroattività delle norme tributarie, ma anche nei riguardi dell'Amministrazione finanziaria chiamata a riscuotere le imposte e a dare attuazione alla normativa generale. Si è così assistito, sia giurisprudenza che in dottrina, ad una progressiva affermazione del principi di buona fede e di collaborazione con riguardo alla gestione dei tributi³³⁷.

aprile 1992, n. 174, in *Riv. Corte conti*, 1992, 141 (s.m.). Sulla questione sono intervenute anche sezioni riunite alla Corte dei conti (C. Conti, sez. riun., 14 gennaio 1999, n. 1/Q, in *Comuni Italia*, 1999, 947 (s.m.)): le somme erroneamente corrisposte dall'Amministrazione su trattamenti pensionistici provvisori (e dunque al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 206 T.U. n. 1092/1973) sono ripetibili a prescindere dalla buona fede del percipiente e del lungo tempo trascorso dalla originaria liquidazione. Infatti la provvisorietà della pensione elimina in radice ogni discussione poiché esclude e, comunque, rende giuridicamente irrilevante, la ricorrenza dello stato di buona fede ovvero dell'affidamento nel comportamento dell'ente erogatore. Secondo la C. Conti, sez. III, 20 maggio 2003, n. 229/A, in *Riv. Corte conti*, 2003, 246 (s.m.), nell'erogazione di un trattamento pensionistico a titolo provvisorio e salvo conguaglio il percettore non è legittimato a riporre alcun ragionevole affidamento quanto alla correttezza dei conteggi, sicché l'eventuale indebitto è recuperabile, al momento della liquidazione definitiva, senza ostacolo nella buona fede del percettore. Poiché la natura provvisoria del trattamento pensionistico esclude che possa configurarsi una situazione di affidamento del percipiente ex art. 162 T.U. n. 1092/1973, con l'unico temperamento della franchigia del quarto, applicabile nel concorso delle condizioni di cui ai commi 260 ss. dell'art. 1 l. 23 dicembre 1996 n. 662. Trib. Bergamo, 14 gennaio 1995, in *Informazione previd.*, 1995, 641: in ipotesi di diritto a pensione, acquisito in forza di cumulo di periodi contributivi e assicurativi accreditati in vari Stati, compiutamente regolata dall'art. 8 l.n. 153/1969 (che ha esteso ai titolari il diritto ai trattamenti minimi tenendo però conto dell'eventuale *pro rata* estero di pensione), non è applicabile l'art. 52 l.n. 88/1989, in quanto il titolo attributivo dell'integrazione al minimo ha, per espressa disposizione di legge, carattere provvisorio, come tale idoneo a creare un legittimo affidamento della sua definitività e destinato a venir meno, in tutto o in parte, con la corresponsione dei *pro rata* esteri. Attesa la natura dell'anticipazione della pensione integrata, non costituisce errore dell'ente previdenziale, sanzionabile con l'irripetibilità di cui all'art. 52 legge n. 88/1989, il ritardo con cui l'ente stesso ha provveduto a riliquidare il trattamento pensionistico.

³³⁶ F. BENATTI, *Principio di buona fede ed obbligazione tributaria (appunti per una discussione)*, in *Bollettino trib.*, 1986, 947; P. D'ALESSANDRO, *Tutela civilistica della buona fede del contribuente o eccesso di potere amministrativo?*, in *Dir. e prat. trib.*, 1987, II, 601; D. RAGAZZONI, *Il principio di buona fede nel diritto tributario*, in *Fisco*, 1994, 9815; E. DELLA VALLE, *"Revirement" ministeriale e buona fede nell'esercizio della funzione impositiva*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, I, 587; G. FALSITTA, *Informazioni del fisco e affidamento del contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, II, 291.

³³⁷ In ordine al legittimo affidamento generato nei contribuenti dalle circolari ministeriali, in ossequio al principio di buona fede, relativamente al comportamento da tenere nei confronti dell'Amministrazione: Comm. trib. reg. Matera, 4 giugno 1991, in *Riv. dir. tributario*, 1992, cit., 311; Comm. trib. reg. Matera, sez. I, 28

L'elaborazione di tali elementi è culminata nell'approvazione del cd. Statuto del contribuente, contenuto nella l.n. 212/2000 (Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente), che ha consacrato e definito in norme primarie i principi generali del diritto tributario già emersi sul piano operativo e riconosciuti vigenti ancora prima della sua adozione.

3. 6. 1. Lo Statuto del contribuente: il principio della correttezza e della buona fede nei rapporti tra l'Amministrazione e il contribuente.

Lo Statuto del contribuente³³⁸ rappresenta un importante tassello della definizione del modello di Amministrazione al servizio del cittadino. Esso interviene in un settore particolarmente delicato come quello tributario, ove risulta forte la contrapposizione tra Amministrazione e cittadino. Norme retroattive, interventi interpretativi e di correzione, disposizioni non chiare ed ambigue, un'azione amministrativa poco trasparente, dai tempi lunghi ed ispirata a metodi inquisitori hanno nel tempo tracciato un profondo solco nei rapporti col cittadino. Lo Statuto del contribuente, coagulando e rafforzando principi già vigenti nell'ordinamento, intende rappresentare una svolta in tale assetto.

Tale intento traspare già dall'esame dell'art. 1, comma primo, della l.n. 212/2000, ove si afferma che le disposizioni contenute nella legge, in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali. Attraverso il richiamo delle disposizioni costituzionali, tale legge vanta una rilevanza rafforzata rispetto alle altre leggi ordinarie, pur non essendo legge costituzionale ma, sotto il profilo formale, una legge ordinaria come le altre. Ciononostante, i richiami costituzionali pongono la disciplina che essa racchiude su di un piano più elevato rispetto alle altre leggi dello Stato, pur non conoscendo il nostro ordinamento, diversamente da altri, la figura delle leggi rafforzate³³⁹. Secondo la Corte di Cassazione³⁴⁰ alla formulazione contenuta nell'art. 1, comma primo, della l.n. 212/2000 va

febbraio 1994, n. 1578, in *Rass. trib.*, cit., 1292. Comm. trib. reg. Torino, sez. VI, 10 novembre 1999, n. 117, in *Bollettino trib.*, 2000, 626 fa riferimento alla lesione dell'affidamento, formatosi sulla scia della costante dottrina e della prevalente giurisprudenza, per escludere la natura meramente interpretativa della norma tributaria, benché definita tale dal legislatore, in quanto l'interpretazione autentica non è vincolante quando manca la sostanziale identità con le norme successive oggetto dell'interpretazione stessa. Del pari, Comm.trib. prov.le Genova, sez. XIII, 21 aprile 1999, n. 345, in *Bollettino trib.*, 1999, 998 ha escluso il carattere interpretativo e quindi l'applicazione per il passato della norma tributaria perché, diversamente si frustrerebbe l'affidamento di una vasta categoria di cittadini nella sicurezza giuridica che costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto. Comm. trib. reg. Firenze, sez. XXXV, 17 febbraio 1998, n. 47, in *Fisco*, 1998, 9406 ha sostenuto il carattere vincolante dell'interpretazione della norma tributaria sostenuta dalla stessa Amministrazione finanziaria nei confronti dei soggetti che in buona fede si siano ad essa uniformati. Comm. trib. centr., sez. II, 9 giugno 1992, n. 3933, in *Comm. trib. centr.*, 1992, I, 476 ha ritenuto legittima l'esclusione della pena pecuniaria per omessa dichiarazione nel caso del contribuente in palese buona fede e tenuto conto dell'incertezza della normativa.

³³⁸ Legge 27 luglio 2000, n. 212. - Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente.

³³⁹ Così come accade nell'ordinamento spagnolo, ove tali leggi sono previste espressamente della Carta Costituzionale.

³⁴⁰ Cass. civ., sez. trib., 10 dicembre 2002, n. 17576, in *Rass. trib.*, 2003, 795 con nota di D. STEVANATO, *Tutela dell'affidamento e limiti all'accertamento del tributo*; in *Riv. giur. trib.*, 2003, 343 con nota di E. DELLA VALLE, *Il principio di buona fede oggettiva e la marcia inarrestabile dello statuto*; in *Riv. dir. trib.*, 2003, II, 249 con nota di V. MASTROIACOVO, *Efficacia dei principi dello statuto e affidamento del contribuente*; in *Foro it.*, 2003, I, 1104; in *Riv. dir. fin.*, 2003, II, 37 con nota di C. MONACO, *I principi fondamentali dell'ordinamento tributario tra diritto costituzionale, diritto comunitario e diritto pubblico: indicazioni sistematiche sulla genesi e sul ruolo ad essi attribuibile nel diritto tributario in una recente pronuncia della*

ricondotto un preciso valore normativo, che determina la “superiorità assiologica” dei principi espressi o desumibili dalle disposizioni statutarie.

I principi generali dell'ordinamento tributario sono espressi nella prima parte del testo. Nella seconda sono contenuti alcuni strumenti operativi per garantirne l'effettività, come l'interpello³⁴¹, il garante il contribuente³⁴² e il codice di comportamento per il personale addetto alle verifiche tributarie. Nel nucleo dei principi, accanto alla chiarezza e trasparenza delle disposizioni tributarie, all'efficacia temporale delle norme, alla chiarezza e motivazione degli atti si pone, all'art. 10, la tutela dell'affidamento e della buona fede³⁴³.

Il primo comma dell'art. 10 prevede che i rapporti tra contribuente e Amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede. Tale disposizione contiene le regole generali di comportamento - “collaborazione” e “buona fede” in senso oggettivo - che debbono sempre informare lo svolgimento delle attività di Amministrazione finanziaria e contribuente nei loro reciproci rapporti. I commi successivi, il secondo e il terzo, contengono delle specificazioni di tale canone, con particolare riguardo alle sanzioni e agli interessi moratori.

Il secondo comma, in particolare, prevede che non sono irrogate sanzioni nè richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'Amministrazione finanziaria, ancorchè successivamente modificate dall'Amministrazione medesima, o qualora il suo comportamento risulti posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell'Amministrazione stessa.

Ad ulteriore garanzia del contribuente, di là dalla possibile colpa dell'Amministrazione, il terzo comma dell'art. 10 richiama l'ipotesi dell'errore ingenerato direttamente dall'incertezza della norma tributaria della fattispecie della mera violazione formale. Le sanzioni, infatti, non sono comunque irrogate quando la violazione dipende da

Cassazione; in *Dir. e prat. trib.*, 2003, II, 885 con nota di L. SOLARI, *La Cassazione precisa il valore dello "Statuto"*; in *Dir. e Giust.*, 2003, f. 7, 24 con nota di S. ALBANESE, *Il principio dell'affidamento è cardine nell'intero ordinamento tributario*.

³⁴¹ Lo Statuto ha introdotto all'art. 11, Interpello del contribuente, a beneficio della generalità dei contribuenti, l'istituto dell'interpello ordinario. L'istituto era già previsto nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 21 della l.n. 413/1991, il quale prevede l'interpello limitatamente all'applicazione delle norme antielusione. L'art. 11 dello statuto generalizza la fattispecie, prevedendo che il contribuente, se nella normativa vi sono obiettive condizioni di incertezza, può rivolgere un quesito all'Amministrazione finanziaria, che deve rispondere entro 120 giorni. Se la risposta non perviene entro questo termine si intende che l'Amministrazione concordi con l'interpretazione prospettata dal contribuente. È nullo qualunque atto emanato in difformità dalla risposta o dall'interpretazione prospettata dal contribuente e desunta in base al silenzio-assenso dell'Amministrazione. Cfr. A. GARCEA, *Spunti ricostruttivi in tema di interpello tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, I, 483.

³⁴² Il Garante del contribuente, previsto dall'art. 13 della legge 212/2000, come modificato dall'art. 94, commi 7 e 8, della legge 289/2002, è stato istituito in tutte le regioni d'Italia. Esso ha il compito di verificare, attraverso accessi agli uffici e esame della documentazione, le irregolarità, le scorrettezze e le disfunzioni dell'attività fiscale segnalate dai contribuenti. Tra le diverse funzioni, il Garante sollecita gli uffici ad esercitare il potere di autotutela per l'annullamento e la rettifica dei provvedimenti fiscali di accertamento e di riscossione; vigila sul corretto svolgimento delle verifiche fiscali; verifica che sia assicurata la chiara e tempestiva conoscibilità dei provvedimenti fiscali, dei modelli per gli adempimenti e delle relative istruzioni; accerta la qualità dei servizi di assistenza ed informazione, verificando, ad esempio, l'agibilità dei locali aperti al pubblico. F. D'AYALA VALVA, *Dall'"Ombudsman" al Garante del contribuente. Studi di un percorso normativo*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, 1037.

³⁴³ F. D'AYALA VALVA, *Il principio di cooperazione tra Amministrazione e contribuente. Il ruolo dello Statuto*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, I, 915 ss.; R. CHIEPPA, *Affidamento del contribuente e principio di buona fede nell'ordinamento tributario*, in *Dir. & Formazione*, 2001, I, 289; E. DELLA VALLE, *La tutela dell'affidamento del contribuente*, in *Rass. trib.*, 2002, I, 459; E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza del diritto tributario*, Milano 2001; M. AIROLDI, *La "lunga marcia" della buona fede e del legittimo affidamento dal sistema privatistico a quello tributario*, in *Dir. e prat. trib.*, 2003, I, 799; A. GIORDANO, *Riflessioni in materia di tutela dell'affidamento del contribuente*, in *Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2004.

obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria o quando si traduce in una mera violazione formale senza alcun debito di imposta. La previsione sull'errore costituisce espressione di un principio ormai radicato nel nostro ordinamento sia in tema di sanzioni penali che amministrative³⁴⁴.

Atteso il tenore del secondo e del terzo comma resta da chiedersi se le specificazioni ivi contenute rappresentino o meno le uniche applicazioni operative del principio della collaborazione e della buona fede in ambito tributario e se la tutela dell'affidamento possa aver riguardo anche ai rapporti precedenti l'entrata in vigore dello Statuto.

3. 6. 2. La portata generale del principio dell'affidamento legittimo nel rapporto tributario: applicabilità ai rapporti anteriori all'entrata in vigore dello Statuto del contribuente e al di là delle previsioni dell'art. 10. Il ruolo alla Corte di Cassazione.

A fugare un'interpretazione restrittiva del principio si pone il primo comma dell'art. 10, il quale stabilisce, in via generale, che i rapporti tra contribuente e Amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede. Le previsioni contenute nei commi successivi sono soltanto una delle possibili esemplificazioni di tale principio. La piena conferma di queste deduzioni è giunta dalla Corte di Cassazione. Secondo la Suprema Corte³⁴⁵, il principio di tutela dell'affidamento legittimo e della buona fede del contribuente, contenuto nell'art. 10 l.n. 212/2000, è espressivo di un principio già immanente nel diritto e nell'ordinamento tributari. Per giungere a tale conclusione, la Corte principia il suo ragionamento dalla natura delle disposizioni contenute nella legge.

Secondo quanto statuito dalla Cassazione, le disposizioni contenute nello Statuto del contribuente debbono essere interpretate ed applicate alla luce di quanto affermato nell'art. 1 della stessa legge, in base alla quale le previsioni contenute nello Statuto costituiscono principi generali³⁴⁶ dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo

³⁴⁴ In materia penale la Corte Costituzionale (Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1990, I, 415) ha ritenuto scusabile l'errore proprio in ragione dell'oscurità della legge, quando l'ignoranza sia inevitabile e perciò scusabile, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3 ed., Bologna 1995, 349 ss. L'art. 6 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, in materia di sanzioni amministrative stabilisce, inoltre, che non è punibile l'autore della violazione quando la stessa è stata determinata da obiettive difficoltà di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferiscono, nonché dall'indeterminatezza delle richieste di informazioni o dei modelli per la dichiarazione e per il pagamento. La non punibilità per le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla portata della norma e sull'ambito di applicazione della stessa è sancita anche in ambito penale. L'aspetto maggiore di novità della disposizione richiamata è la previsione secondo cui le sanzioni non sono irrogate quando la violazione consiste in una irregolarità meramente formale e senza che da questa consegua un debito di imposta. Cfr. *Circolare dell'ufficio studi del consiglio nazionale dei ragionieri commercialisti del 2 agosto 2000*, in *Finanza & Fisco*, 2000, 3950.

³⁴⁵ Cass. civ., sez. trib., 10 dicembre 2002, n. 17576, in *Foro it.*, cit., 1104 ss. La tesi è ribadita nella successiva pronuncia Cass. civ., sez. trib., 14 aprile 2004 n. 7080, in *Dir. e prat. trib.*, 2004, II, 847 secondo cui ogniquale una normativa fiscale sia suscettibile di una duplice interpretazione, una che ne comporti la retroattività ed una che l'escluda, l'interprete dovrà dare preferenza a questa seconda interpretazione siccome conforme a criteri generali introdotti con lo Statuto del contribuente e, attraverso di essa, ai valori costituzionali intesi in senso ampio e interpretati direttamente dallo stesso legislatore attraverso lo statuto.

³⁴⁶ I principi sono norme generali ed astratte particolarmente ampie e non del tutto determinate nel loro esatto significato. Essi pertanto richiedono una certa specificazione per poter essere utilizzati nella soluzione di controversie. Sulle varie accezioni del termine «principio» in ambito giuridico: A. FALZEA, *I Principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 471 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano 1993. I principi possono rappresentare i valori, le nozioni ritenute fondamentali o i caratteri essenziali dell'ordinamento.

espressamente e mai da leggi speciali³⁴⁷. L'autoqualificazione delle disposizioni della legge come «principi generali dell'ordinamento tributario», secondo quanto osservato dalla Corte, trova puntuale rispondenza nella effettiva natura della maggior parte delle disposizioni stesse. Va pertanto attribuito un preciso valore normativo all'espressione «principi generali dell'ordinamento tributario», in quanto riferita a disposizioni attuative delle norme costituzionali richiamate. Secondo la Corte, tale locuzione sarebbe sinteticamente espressiva di quattro distinti significati: di «*principi generali del diritto, dell'azione amministrativa e dell'ordinamento particolare tributari*», di «*principi fondamentali della legislazione tributaria*», di «*principi fondamentali della materia tributaria*» per quanto riguarda l'esercizio della potestà legislativa concorrente ad opera delle Regioni³⁴⁸. A prescindere dal contenuto che il significato di “principi” può assumere, appare esplicita l'intenzione del legislatore di attribuire alle disposizioni un valore rafforzato e preminente nella legislazione tributaria. Ne consegue che il tratto maggiormente significativo della locuzione «principi generali dell'ordinamento tributario» è costituito dalla “superiorità assiologia” dei principi espressi o desumibili dalle disposizioni dello Statuto e, quindi, dalla loro funzione di orientamento

Secondo R. GUASTINI, *Principi di diritto*, voce del *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XIV, Torino 1996, 341 ss. vi può essere una duplice distinzione tra principi e norme. La prima, definita forte, guarda al binomio in termini di opposizione. I principi non sono norme, sono «altro da norme». La tesi non è peraltro chiara. Nel secondo senso, che va sotto il nome di distinzione debole, «i principi non sono altra cosa dalle norme, ma solo una specie particolare del genere delle norme». Tale tesi appare problematica, sfuggente e controversa, non essendo facile individuare con precisione quali proprietà una norma debba avere per meritare il nome di «principio». L'Autore, al riguardo, cerca di individuare taluni criteri distintivi sotto il profilo della formulazione e del contenuto. Riguardo alla formulazione, alcuni principi ne sono del tutto privi. I principi, inoltre, sul piano del contenuto, sono norme teleologiche, che raccomandino un fine, sono norme di secondo grado, sull'applicazione del diritto. Il criterio della vaghezza e della generalità, dal canto suo, non sembra risolutivo ai fini della distinzione, potendo le stesse norme essere di contenuto incerto e vago. Tutte le norme soffrono comunque di un certo grado di vaghezza.

³⁴⁷ «Le disposizioni della presente legge, in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali» (comma 1); - «Le regioni a statuto ordinario regolano le materie disciplinate dalla presente legge in attuazione delle disposizioni in essa contenute» (comma 3 primo periodo); - «Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano provvedono (...) ad adeguare i rispettivi ordinamenti alle norme fondamentali contenute nella medesima legge» (comma 3 secondo periodo); - «Gli enti locali provvedono (...) ad adeguare i rispettivi statuti e gli atti normativi da essi emanati ai principi dettati dalla presente legge» (comma 4).

³⁴⁸ Seconda la Cassazione, tale espressione deve essere intesa come formulazione sintetica di quattro diversi e specifici significati: in primo luogo, quello di “principi generali del diritto, dell'azione amministrativa e dell'ordinamento particolare tributari” (artt. 3 e 5-19, che dettano disposizioni volte sia a disciplinare l'efficacia temporale delle norme tributarie, sia ad assicurare la “trasparenza” dell'attività stessa, sia, come è stato rilevato esattamente in dottrina, ad “orientare in senso garantistico tutta la prospettiva costituzionale del diritto tributario”); in secondo luogo, quello di “principi fondamentali della legislazione tributaria”, tesi a vincolare in vario modo l'attività del futuro legislatore tributario, statale e regionale, sia nella scelta della fonte di produzione (artt. 1 comma 2 e 4) e del relativo oggetto (art. 2 comma 2), sia nella tecnica di redazione delle leggi (art. 2 commi 1, 3 e 4); in terzo luogo, quello di “principi fondamentali della materia tributaria”, in relazione all'esercizio della relativa potestà legislativa “concorrente” da parte delle Regioni (cfr. combinato disposto degli artt. 1 comma 3 primo periodo della legge, 117, commi 2 lett. e quarto periodo e 3, e 119 commi 1 e 2 Cost., nei testi sostituiti, rispettivamente, dagli artt. 3 e 5 della legge costituzionale n. 3/2001); ed infine, quello di “norme fondamentali di grande riforma economico sociale”, in relazione all'esercizio della potestà legislativa “esclusiva” da parte delle Regioni ad autonomia speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano (cfr. artt. 1 comma 3 secondo periodo della legge e 116, comma 1, Cost., nel testo sostituito dall'art. 2 della legge costituzionale n. 3 del 2001, nonchè art. 10 di quest'ultima legge), naturalmente laddove, in tutte o in alcune delle disposizioni statutarie, sia possibile individuare, secondo i criteri elaborati dalla Corte Costituzionale, siffatta caratteristica.

ermeneutico, vincolante per l'interprete³⁴⁹. Ciò vale anche nei confronti di tutte le leggi tributarie vigenti, anche con riferimento a quelle disposizioni “non corrette” dal legislatore delegato, che era facultato alla emanazione delle «disposizioni correttive strettamente necessarie a garantire la coerenza delle leggi tributarie vigenti con i principi statuari³⁵⁰».

In seno alle disposizioni statuarie, tuttavia, la Corte di Cassazione distingue tra quelle espressive di principi già immanenti nel diritto o nell'ordinamento tributari e quelle che - pur dettate in attuazione delle richiamate norme costituzionali - presentano, invece, un contenuto totalmente o parzialmente innovativo rispetto allo stato della legislazione preesistente.

Nel primo ambito, quello dei principi già immanenti nel sistema tributario, la Cassazione annovera i primi due commi dell'art. 10³⁵¹. I principi della “collaborazione”, della “buona fede” e dell’“affidamento” nei rapporti tra contribuente ed Amministrazione finanziaria, sanciti dai primi due commi dell'art. 10 della l.n. 212/2000, infatti, anche perchè immediatamente deducibili, rispettivamente, dai principi di “buon andamento” e di “imparzialità” dell'Amministrazione, di “capacità contributiva” e di eguaglianza (sub specie del rispetto del canone della ragionevolezza), garantiti dagli artt. 97, comma primo, 53, comma primo, e 3, comma primo, Cost. - debbono essere annoverati tra quelli immanenti nel diritto e nell'ordinamento tributari già prima dell'entrata in vigore dello Statuto dei diritti del contribuente. Il principio della «tutela del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica» - quale «elemento essenziale dello Stato di diritto» è ancorato dalla Corte

³⁴⁹ Il dubbio interpretativo o applicativo sul significato e sulla portata di qualsiasi disposizione tributaria, che attenga ad ambiti materiali disciplinati dalla l.n. 212/2000, quindi, deve essere risolto dall'interprete nel senso più conforme ai principi statuari. Tale prospettiva trova conferma nell'art. 16, comma 1, dello Statuto, laddove il Governo viene delegato «ad emanare (...) uno o più decreti legislativi recanti le disposizioni correttive delle leggi tributarie vigenti strettamente necessarie a garantirne la coerenza con i principi desumibili dalle disposizioni della presente legge». La delega in oggetto è stata esercitata dal Governo con l'adozione del d.lgs. 26 gennaio 2001 n. 32.

³⁵⁰ Il legislatore ha adempiuto la delega attraverso l'approvazione del d.lgs. n. 32/2001. Come osservato dalla Suprema Corte, tale valore ermeneutico dei principi statuari si fonda su un duplice rilievo. Da un lato l'interpretazione conforme a Statuto si risolve nell'interpretazione conforme alle norme costituzionali richiamate, che lo Statuto stesso dichiara esplicitamente di attuare nell'ordinamento tributario. Dall'altro, alcuni dei principi posti dalla l.n. 212/2000 - proprio in quanto esplicitazioni generali, nella materia tributaria, delle richiamate norme costituzionali - debbono ritenersi “immanenti” nell'ordinamento stesso già prima dell'entrata in vigore dello Statuto e, quindi, vincolanti l'interprete in forza del fondamentale canone ermeneutico della “interpretazione adeguatrice” a Costituzione, ovverosia, del dovere dell'interprete di preferire, nel dubbio, il significato e la portata della disposizione interpretata conformi a Costituzione. Come ribadito dalla stessa Corte (Cass. civ., sez. trib., 14 aprile 2004 n. 7080 in *Dir. e prat. trib.*, 2004, II, 847), qualsiasi dubbio interpretativo o applicativo sul significato e sulla portata di qualsiasi disposizione tributaria, che attenga ad ambiti materiali disciplinati dalla l.n. 212/2000, deve perciò essere risolto dall'interprete nel senso più conforme ai principi dello statuto del contribuente, cui la legislazione tributaria, anche antecedente, deve essere adeguata anche al di là delle modificazioni, relativamente modeste, introdotte nella normativa previgente con il d.lgs. 26 gennaio 2001, in applicazione di una delega contenuta nell'art. 16 della stessa l.n. 212/2000. Questa prescrizione non è diretta soltanto al futuro legislatore tributario, ma si riflette come criterio interpretativo sull'esercizio della stessa attività applicativa dell'interprete, che è chiamato ad applicare quei principi anche con riferimento a leggi tributarie che non siano state oggetto di correzione, vale a dire virtualmente tutte le altre norme dell'ordinamento tributario. Tale l'indirizzo è stato pienamente confermato dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 3407/2005) secondo cui il giudice, in sede di interpretazione e applicazione delle leggi tributarie, deve fare riferimento allo Statuto dei diritti del contribuente e risolvere eventuali dubbi ermeneutici nel senso conforme a esso. Le disposizioni dello Statuto sono state infatti emanate in attuazione degli articoli 3, 23, 53. 97 Cost. e rappresentano principi generali dell'ordinamento tributario. Cfr. E. DE MITA, *Lo Statuto diventa la bussola dei giudici*, in *Il Sole 24 Ore*, Domenica 22 Maggio 2005, n. 139, 19.

³⁵¹ Nel secondo ambito, quello delle disposizioni innovative, la Corte annovera le disposizioni in materia di interpello del contribuente, dettate dall'art. 11, e, almeno in parte, quelle in tema di diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali, dettate dall'art. 12.

Costituzionale al principio di eguaglianza dinanzi alla legge, sub specie del rispetto del canone della ragionevolezza, di cui all'art. 3 comma primo Cost. Esso, mutuato da quelli civilistici della buona fede e dell'affidamento incolpevole nei rapporti fondati sulla autonomia privata, risulta immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico e, quindi, anche in quelli tributari. Il principio in oggetto, dunque, costituisce un preciso limite non solo all'esercizio dell'attività legislativa, ma anche di quella amministrativa, e tributaria in particolare, nonché un preciso vincolo ermeneutico per l'interprete delle disposizioni tributarie, in forza di quanto stabilito dall'art. 10, comma primo, dello Statuto. Da ciò consegue, in particolare, relativamente alla materia tributaria, che il principio della tutela del legittimo affidamento - il quale, proprio perchè esistente ed operante anche nel diritto e nell'ordinamento tributari già prima dell'entrata in vigore dello Statuto, è stato soltanto reso esplicito dalla disposizione da ultimo citata - deve essere applicato, ove ne sussistano i presupposti e secondo le circostanze del caso concreto, in tutti i rapporti tributari, anche se sorti in epoca anteriore all'entrata in vigore della l.n. 212/2000.

Resta da chiarire la questione della portata operativa della tutela dell'affidamento, se essa sia o meno limitata alle previsioni contenute nel secondo e nel terzo comma dell'art. 10 dello Statuto.

La Cassazione, in una precedente pronuncia, aveva già affrontato il tema della portata operativa del principio della tutela dell'affidamento³⁵². Il riconoscimento era stato confinato, in ossequio alla previsione di legge del secondo comma dell'art. 10, all'ambito sanzionatorio. La Corte, in quell'occasione, aveva sottolineato come le circolari ministeriali in materia tributaria non costituiscono fonte di diritti ed obblighi, per cui, qualora il contribuente si sia conformato ad un'interpretazione erronea fornita dall'Amministrazione in una circolare, successivamente modificata, è esclusa soltanto l'irrogazione delle relative sanzioni, in base al principio di tutela dell'affidamento.

Con la sentenza n. 17576 del 10 dicembre 2002, la Suprema Corte compie un passo ulteriore, sulla base della natura delle disposizioni contenute nell'art. 10. Si riconosce infatti al principio di affidamento legittimo del contribuente, in ragione della sua natura di "principio", una capacità espansiva non limitata alle fattispecie considerate dall'art. 10, comma secondo, dello Statuto. Alla base delle ipotesi contenute nell'art. 10, comma secondo, sta infatti la tutela - espressamente limitata alla esclusione della irrogazione di sanzioni e/o della richiesta di interessi moratori - dell'affidamento del contribuente, ingenerato in quest'ultimo o dalla conformazione del proprio comportamento ad indicazioni ricevute dalla stessa Amministrazione finanziaria, ovvero da un comportamento immediatamente determinato da ritardi, omissioni od errori dell'Amministrazione medesima. Tuttavia, nel principio di affidamento legittimo del contribuente - quale "naturale" svolgimento³⁵³ dei principi di collaborazione e di buona fede in senso oggettivo³⁵⁴, espressamente sanciti dal primo comma

³⁵² Cass. civ., sez. trib., 14 febbraio 2002 n. 2133, in *Il Fisco*, 2002, 2490 ss.

³⁵³ Secondo la Cassazione, il principio della tutela dell'affidamento del contribuente costituisce un mero svolgimento dei principi di collaborazione e di buona fede. Se in base ai principi della collaborazione e della buona fede l'Amministrazione finanziaria ha il dovere di esercitare la propria attività e di adottare le proprie decisioni, oltretutto in modo legittimo anche in maniera "coerente", qualsiasi comportamento dell'Amministrazione stessa non conforme a tali canoni può essere idoneo a costituire, secondo le circostanze del caso concreto, in capo al contribuente in buona fede, cui non sia addebitabile alcun comportamento "scorretto", una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, fondata proprio sul convincimento delle apparenti legittimità e coerenza dell'attività amministrativa tributaria.

³⁵⁴ Come evidenziato dalla Suprema Corte, l'art. 10, comma primo, della l.n. 212/2000 stabilisce le regole generali di comportamento ("collaborazione" e "buona fede" in senso oggettivo) - che debbono sempre informare lo svolgimento delle attività di Amministrazione finanziaria e contribuente nei loro reciproci rapporti. Se si tiene conto che tali attività sono, in linea di massima, disciplinate dalla legge (in senso materiale) e svolte

dell'art. 10 e posti a fondamento delle ipotesi prefigurate dal secondo comma dello stesso art. - è insita una “capacità espansiva” non limitata alle fattispecie specificamente considerate dal secondo comma e, quindi, un'attitudine ad integrare la *regula juris* ultima di una serie indeterminata di casi concreti, nei quali sia possibile individuare i suoi tratti essenziali. Questo, a ben osservare, sia in ragione della sua natura di «principio», che del suo contenuto. Le esplicite ipotesi di cui all'art. 10, comma secondo, non possono che considerarsi meramente esemplificative, ovvero specifiche espressioni del principio stesso, relative a casi ritenuti dal legislatore maggiormente frequenti. Possono dunque darsi dei casi in cui, in presenza di un affidamento legittimo del contribuente, ne consegue non soltanto l'inapplicabilità di sanzioni e interessi moratori ma altresì l'inesigibilità del tributo.

Il tema della trasversalità e della preminenza del principio di collaborazione e di buona fede è stato chiaramente evidenziato da altre pronunce della Suprema Corte, che lo hanno ritenuto presente non solo nell'art. 10 ma anche in altre disposizioni dello Statuto³⁵⁵. Il principio generale di correttezza e buona fede, cui devono essere improntati i rapporti tra Amministrazione e contribuente, trova infatti espressione non solo nell'art. 10, che ha per oggetto la tutela dell'affidamento e della buona fede, ma anche nell'art. 6 sulla conoscenza e la semplificazione degli atti³⁵⁶, nell'art. 7 sulla chiarezza e motivazione degli atti stessi, nell'art. 5 sulle informazioni del contribuente, nell'art. 2 sulla chiarezza e trasparenza delle disposizioni tributarie, nell'art. 3 sull'efficacia temporale, nel senso del divieto della retroattività, delle normative fiscali³⁵⁷.

L'esame complessivo di queste disposizioni chiarisce che la correttezza e la buona fede nei confronti del contribuente debbono essere osservate non solo dall'Amministrazione finanziaria in fase applicativa, ma anche dallo stesso legislatore tributario all'atto dell'emanazione delle fonti normative, come emerge in particolare dall'art. 2 che detta i criteri di chiarezza e trasparenza che debbono essere osservati nelle disposizioni tributarie, e dallo stesso art. 3 sul divieto di attribuire ad esse efficacia retroattiva. Se lo Statuto del contribuente

mediante atti formali, risulta evidente la funzione di “integrazione” della disciplina legislativa - relativamente a diritti ed obblighi reciproci da questa non espressamente considerati e fondati proprio sull'osservanza o sulla violazione dei detti canoni di comportamento - assegnata dal legislatore dello Statuto alle predette regole: le quali, perciò, debbono “improntare” tutti i rapporti giuridici tributari, e cioè tutte le attività mediante le quali essi si costituiscono, si svolgono e si esauriscono. Tuttavia - anche sulla base del rilievo che l'art. 10, comma primo, si riferisce ad un unico principio della collaborazione e della buona fede, trattando i due diversi termini quasi come espressione di un'endiadi - può osservarsi, innanzitutto, che il termine collaborazione allude, per un verso, ai principi di buon andamento, efficienza ed imparzialità dell'azione amministrativa tributaria di cui all'art. 97, comma primo, Cost. (richiamato dall'art. 1, comma primo, dello Statuto), e, per l'altro, a comportamenti non collidenti con il dovere, sancito dall'art. 53, comma primo, Cost. ed imposto a tutti i contribuenti, di concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva; in secondo luogo, che il termine buona fede, se riferito all'Amministrazione finanziaria, coincide, almeno in gran parte, con i significati attribuibili al termine collaborazione, posto che entrambi mirano ad assicurare comportamenti dell'Amministrazione stessa coerenti, vale a dire non contraddittori o discontinui (mutevoli nel tempo); ed infine, che il medesimo termine, se riferito al contribuente, presenta un'analoga, parziale coincidenza con quello di collaborazione ed allude ad un generale dovere di correttezza, volto ad evitare comportamenti del contribuente capziosi, dilatori, sostanzialmente connotati da abuso di diritti e/o tesi ad eludere una giusta pretesa tributaria.

³⁵⁵ Cass. civ., sez. trib., 5 ottobre 2001, n. 12284 in *Riv. dir. trib.*, 2002, II, 264 con nota di F. D'AYALA VALVA, *L'onere della prova ed il principio di collaborazione fra pubblica amministrazione e contribuente nella fase amministrativa e nella fase processuale*; Cass. civ., sez. trib., 14 novembre 2001, n. 14141, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1920; Cass. civ., sez. trib., 14 aprile 2004 n. 7080.

³⁵⁶ Cass. civ., sez. trib., 5 ottobre 2001, n. 12284 in *Riv. dir. trib.*, cit., 264 ha ritenuto che dovrà condurre al principio di collaborazione il primo periodo del comma 4 dell'art. 6 - secondo cui al contribuente non possono, in ogni caso, essere richiesti documenti ed informazioni già in possesso dell'Amministrazione finanziaria o di altre Amministrazioni Pubbliche indicate dal contribuente.

³⁵⁷ Cass. civ., sez. trib., 14 aprile 2004 n. 7080.

rappresenta, innanzitutto, la previsione dei principi fondamentali del diritto tributario, in tale ambito, principio dei principi, a carattere assolutamente preminente, è quello di correttezza e buona fede. La natura espansiva del “principio di collaborazione” nei rapporti tra contribuente ed Amministrazione finanziaria (art. 10, comma primo), inoltre, ha indotto la Corte di Cassazione³⁵⁸ a ritenere che esso sia vigente non soltanto nel procedimento impositivo, ma anche nel processo, con conseguente sua incidenza sul regime della distribuzione dell'onere probatorio.

3. 6. 3. Rilievo espansivo del principio al di fuori dell'ambito tributario.

La portata del legittimo affidamento, così come elaborata in sede tributaria, non deve essere circoscritta a tale settore. Grazie anche all'intervento della Corte di Cassazione, l'elaborazione del principio assume un rilievo tale da travalicarne l'ambito settoriale. Quello del diritto tributario, pertanto, si connota come un laboratorio particolarmente interessante per la specificazione delle linee guida della buona fede e della correttezza.

La collaborazione di cui parla lo Statuto è principio che può e deve essere conosciuto in ogni ambito amministrativo. La funzione pubblica, infatti, non è contrapposta e antagonista dell'autonomia privata. L'Autorità pubblica esiste e si legittima per la tutela gli interessi dei singoli e della collettività, che non è un'entità astratta, ma l'insieme plurale di cittadini; e se l'attività dell'ente pubblico non serve a giustificarne l'esistenza o il perseguimento di fini interni all'organizzazione, la sua finalità è quella di garantire l'interesse dei cittadini. Ma se l'interesse da garantire è quello dei cittadini, come singoli e come collettività, non si può allora prescindere dalla collaborazione tra le parti. Questa non può che avvenire se non all'insegna della reciproca buona fede.

In tal senso, l'elaborazione del principio di buona fede all'interno del settore tributario può servire all'affermazione di regole di condotta valide in ogni ambito amministrativo. Se la l.n. 241/1990, le carte dei servizi e gli uffici per le relazioni col pubblico si collocano senz'altro nell'ottica di nuovo modello di Amministrazione, c'è ancora da lavorare per sancirne la piena affermazione.

3. 7. Applicazione della normativa comunitaria da parte dell'Autorità nazionale.

³⁵⁸ Secondo la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. trib., 5 ottobre 2001, n. 12284 in *Riv. dir. trib.*, cit., 264) il responsabile del procedimento - ex art. 18, l.n. 241/1990, richiamato e rafforzato dall'art. 6, l.n. 212/2000 - deve provvedere d'ufficio all'acquisizione di quei documenti già in possesso dell'Amministrazione, che contengano la prova di fatti, stati o qualità rilevanti per la definizione della pratica; e, costituendo detta norma espressione di quel più generale principio di collaborazione fra P.A. e privati, che sintetizza un nuovo modulo di relazione reciproca operante anche nel processo e, segnatamente, per quanto attiene all'onere della prova, ne consegue che, allorché l'attore abbia allegato quale prova di una determinata circostanza, documentazione detenuta dall'Amministrazione, quest'ultima deve pronunciarsi in modo non generico od immotivato sull'effettivo possesso e sul reale contenuto degli atti in questione, *a fortiori*, a seguito della introduzione dello statuto del contribuente, che ha ulteriormente confortato tale modello funzionale, ribadendo la necessità di una collaborazione fra P.A. e privati, ma anche più specificamente (art. 6, comma 4) e perentoriamente escludendo la possibilità di richiedere a costoro informazioni o documenti già in possesso dell'Amministrazione. Analogamente, Cass. civ., sez. trib., 14 novembre 2001, n. 14141, in *Giust. civ. Mass.*, cit., 1920.

A chiusura dell'analisi relativa ai profili applicativi del principio del legittimo affidamento va esaminata la questione della tutela delle aspettative del singolo cittadino di fronte allo Stato chiamato a dare applicazione alla normativa di matrice comunitaria³⁵⁹. Sulla questione, particolarmente rilevante in tema di aiuti di Stato e di sovvenzioni, si è creata un'ampia casistica.

Il legittimo affidamento, si è visto, costituisce un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario³⁶⁰. Alla sua osservanza non si sottrae lo Stato che interviene in materie disciplinate dal diritto comunitario. In particolare, essa s'impone ad ogni Autorità nazionale incaricata di applicare tali disposizioni europee³⁶¹.

Questo principio vale sia per il legislatore chiamato a dare attuazione al diritto comunitario che per la Pubblica Amministrazione che deve applicarlo. In tal senso, il legittimo affidamento tutelato è, innanzitutto, quello del singolo operatore economico. Il principio comunitario prevale, pertanto, sulla norma interna adottata in sua violazione.

Nell'interesse del singolo, la stessa Corte di Giustizia³⁶² ha peraltro ritenuto che il legittimo affidamento previsto nell'ordinamento giuridico interno dello Stato membro può essere applicato, al fine della valutazione della portata di contratti conclusi dalle Autorità nazionali in nome e per conto del Consiglio e della Commissione, a condizione che sia preso in considerazione anche l'interesse comunitario. La posizione dei singoli può prevalere a fronte delle disposizioni del diritto comunitario, ma solo a seguito di un'attenta ponderazione che ne comprovi la prevalenza. Se il cittadino e l'operatore privato possono vantare il loro affidamento sia nei riguardi dello Stato che nei confronti della Comunità, lo stesso non può dirsi per lo Stato che invochi tale principio contro le decisioni della Corte di Giustizia e della Commissione quando tale tutela comporterebbe la lesione di norme fondamentali dell'ordinamento comunitario³⁶³.

³⁵⁹ L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 163 ss.; 198 ss.

³⁶⁰ *Ex multis*: Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, *Toepfer/Commissione*, causa 112/77; Corte di Giustizia, 1 aprile 1993, *Lageder and others/Amministrazione delle finanze dello Stato*, causa C-31/91; Corte di Giustizia, 18 gennaio 2001, *Commission/Spain*, C-83/99.

³⁶¹ Corte di Giustizia, 27 settembre 1979, *Eridania*, causa 230/78; Corte di Giustizia, 1 aprile 1993, *Lageder and others/Amministrazione delle finanze dello Stato*, C-31/91. L' Autorità nazionale incaricata di applicare il regime provvisorio dei certificati di accompagnamento per i vini meritevoli della menzione v.q.p.r.d. è tenuta ad osservare i principi di tutela del legittimo affidamento degli operatori economici; Corte di Giustizia, 8 giugno 2000, *Grundstückgemeinschaft Schloßstraße*, C-396/98. Cfr. altresì Corte di Giustizia, 3 dicembre 1998, *Belgocodex*, C-381/97 in merito alla soppressione retroattiva del diritto di optare per la tassazione e dei diritti alla detrazione già nati a norma della sesta direttiva.

³⁶² Corte di Giustizia, 9 ottobre 2001, *Flemmer and others*, C-80/99, 82/99 la fattispecie riguardava l'indennizzo a taluni produttori di latte o di prodotti lattiero-caseari cui è stato temporaneamente impedito di esercitare la loro attività.

³⁶³ Secondo Corte di Giustizia, sez. V, 1 aprile 2004, n. 99, *Comm. Ce/Rep. it. e altro*, in *Riv. Corte conti*, 2004, 305 il legittimo affidamento dei beneficiari di un aiuto, illegittimamente concesso da uno Stato membro, non può essere invocato dallo stesso Stato concedente, poiché consentirebbe alle autorità nazionali di far valere il proprio comportamento illegittimo per vanificare l'efficacia di decisioni emanate dalla Commissione, privando di efficacia gli art. 87 e 88 del trattato CE. Corte di Giustizia, 18 gennaio 2001, *Commission/Spain*, I C-83/99: il principio del legittimo affidamento, corollario del principio della certezza del diritto, che viene invocato, di regola, dai singoli (operatori economici) che si trovano in una situazione di legittimo affidamento creata dai pubblici poteri, non può essere invocato da uno Stato membro, in relazione alla durata di procedimenti per inadempimento avviati dalla Commissione nei confronti di altri Stati membri, per ostacolare l'accertamento oggettivo del mancato rispetto da parte sua degli obblighi impostigli dal Trattato o da un atto di diritto derivato, poiché l'ammissione di tale giustificazione contrasterebbe con l'obiettivo perseguito dal procedimento di cui all'art. 169 del Trattato (divenuto art. 226 CE). Corte di Giustizia, sez. V, 19 settembre 2000, n. 177, *Soc. Ampafrance/Directeur services fiscaux du Val de Marne*, in *Giur. it.*, 2000, 2417: il principio del legittimo affidamento, che è corollario del principio della certezza del diritto e che viene invocato, di regola, dai singoli

Le pronunce da ultimo richiamate non escludono peraltro in astratto un legittimo affidamento tutelabile in capo all'Autorità nazionale. Se il principio può essere invocato da un'Istituzione comunitaria contro un'altra, lo stesso può accadere per lo Stato membro. Si tratta, peraltro, di verificare i limiti di operatività del principio.

4. Le modifiche alla l.n. 241/90 e la mancata esplicita previsione del principio del legittimo affidamento tra i canoni fondamentali dell'azione amministrativa.

La l.n. 241/90 disciplina in maniera organica il procedimento amministrativo³⁶⁴. Le sue previsioni hanno contribuito ad affermare principi fondamentali, quali la partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa, il diritto di accesso ai documenti, la trasparenza dell'amministrazione. La l.n. 241/90 ha così determinato una vera e propria rivoluzione nei rapporti tra cittadino e Amministrazione, consentendo una maggiore e migliore tutela dell'interesse pubblico, non più interesse predeterminato e statico dell'Amministrazione ma interesse pubblico concreto, frutto della razionale comparazione degli interessi coinvolti dall'esercizio del potere. In tale contesto si è affermata una nuova cultura dell'Amministrazione, che spogliandosi delle tentazioni dell'autoreferenzialità si rivolge alla cura dell'interesse concreto della collettività, non più vista come entità formale ed astratta. Può quindi dirsi che il procedimento costituisce il carattere necessario dell'attività amministrativa, sia che si inveri in moduli convenzionali e privatistici sia che si concluda mediante un atto unilaterale.

La disciplina, peraltro, non è rimasta cristallizzata nel contenuto delle previsioni del 1990, essendo il legislatore intervenuto in questi anni a più riprese, al fine di modulare le norme alle specifiche e concrete esigenze dell'attività amministrativa e della tutela dei cittadini. L'intervento più rilevante si è avuto con la legge 11 febbraio 2005, n. 15³⁶⁵, che

(operatori economici) che si trovano in una situazione di legittimo affidamento creata dai pubblici poteri, non può invece essere invocato da uno Stato membro per sfuggire alle conseguenze di una decisione della Corte che dichiara l'invalidità di un atto comunitario, in quanto rimetterebbe in discussione la possibilità dei singoli di essere tutelati contro un comportamento dei pubblici poteri che risulterebbe fondato su norme illegittime.

³⁶⁴ Legge 7 agosto 1990, n. 241, recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 18 agosto 1990, n. 192).

³⁶⁵ Legge 11 febbraio 2005, n. 15, «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa» pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 42 del 21 febbraio 2005. Formulato in forma di novella, con disposizioni destinate ad essere organicamente inserite nel testo della l.n. 241/1990.

Per un primo vaglio delle novità introdotte cfr. il numero monografico di *Guida al diritto*, n. 10, 12 marzo 2005 nonché l'insieme di contributi apparsi sul sito <http://www.giustamm.it/>: F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*; A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, V parti*; F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*; D. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/90*; G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi*; S. TARULLO, *L'art.-10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*; N. PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/90*; M. OCCHIENA, *Riforma della l. 241/1990 e "nuovo" silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*; E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della corte costituzionale 6.7.2004 n. 204 e dell'art. 21 octies della l. 7.8.1990 n. 241*; F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*.

contiene «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa».

Con le nuove disposizioni introdotte dalla l.n. 15/2005³⁶⁶ si è inteso adeguare la l.n. 241/90 alle innovazioni intervenute in materia costituzionale, avendo la legge costituzionale n. 3/2001³⁶⁷ introdotto una nuova forma di Stato ispirata al modello federale. Ulteriore profilo riguarda la necessità di fornire una risposta adeguata all'esigenza di Amministrazioni più trasparenti, più efficienti, più rapide nelle decisioni, in grado di offrire servizi di adeguata qualità ai cittadini senza imporre eccessivi oneri³⁶⁸. In tale contesto non poteva esser più differito il rilievo esplicito del sistema comunitario.

Le modifiche introdotte hanno determinato una vera e propria riscrittura della legge sul procedimento, realizzata anche attraverso una prima codificazione del diritto amministrativo sostanziale³⁶⁹, la cui effettiva portata necessiterà di un'adeguata riflessione e di un preciso approfondimento sia in sede giurisprudenziale che dottrina³⁷⁰. Tra le varie innovazioni vanno innanzitutto richiamate le modifiche apportate all'art. 1 della l.n. 241/90, la cui rubrica assume la denominazione «(Principi generali dell'attività amministrativa)».

Successivamente, ulteriori importanti modifiche alla legge sul procedimento sono state apportate dalla legge 14.05.2005 n° 80 di conversione del decreto-legge per la competitività (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 111 del 14 maggio 2005) che ha istituito, in via generale, il principio del silenzio assenso per gli atti amministrativi relativi alle dichiarazioni d'inizio attività, autorizzazioni, licenze, permessi e nulla osta.

³⁶⁶ Come già chiarito, il disegno di legge (A.C. 3890-B) di modifica della l.n. 241/1990 è stato approvato dalla Camera dei deputati, in via definitiva, il 26 gennaio 2005 (Legge 11 febbraio 2005, n. 15). La nuova disciplina trae origine dal disegno di legge approvato dal CdM il 7 marzo 2002, recante «Modifiche e integrazioni della legge 7 agosto 1990, n. 241. Alla base del testo vi era il progetto presentato dall'on. Cerulli Irelli, nella scorsa XIII legislatura (A.C. 6844), approvato dalla Camera nel 2000, ma successivamente decaduto per la fine della legislatura. Nel corso dell'esame parlamentare sono state apportate importanti modifiche al testo originario. Cfr. E. BATTISTI, *L'iter del disegno di legge di modifica della legge 241/1990*, in http://www.giustamm.it/new_2005/ITER_241.htm; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione (Appunti per la relazione introduttiva al Convegno di Roma del 22 marzo 2002 su "Innovazioni del diritto amministrativo e riforma della amministrazione")*, in http://www.lexitalia.it/vari/conv_2002-03-22.htm; L. OLIVERI, *Il disegno di legge di riforma della legge 241/1990 - problemi di compatibilità con la riforma della Costituzione*, in http://www.lexitalia.it/articoli/oliveri_rif241.htm; ID., *Ancora sulla riforma della legge 241/1990 in rapporto alla legge costituzionale 3/2001*, in http://www.lexitalia.it/private/articoli/oliveri_rif241-90.htm

³⁶⁷ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (in Gazz. Uff., 24 ottobre, n. 248). - Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione. Per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale n. 3/2001, cfr. legge 5 giugno 2003, n. 131.

³⁶⁸ Cfr. *Relazione della 1ª Commissione permanente (Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento Generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione) n. 1281-A, Comunicata alla Presidenza l'11 marzo 2003 sul disegno di legge Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro per la funzione pubblica di concerto col Ministro per gli affari regionali*. In dottrina: C. E. GALLO, *La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo titolo V della nuova Costituzione*, in <http://www.giustamm.it>.

³⁶⁹ Il richiamo è al Capo IV-bis «Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso». Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, cit., 2; F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, cit., 4.

³⁷⁰ I tratti essenziali del testo sono la preferenza per l'uso degli strumenti di diritto privato da parte delle Pubbliche Amministrazioni, anche nel perseguimento dei propri fini istituzionali, quando la legge espressamente non lo vieti e la compressione dell'area delle invalidità giuridiche degli atti amministrativi mediante l'individuazione di vizi a carattere meramente formale non invalidanti (Capo IV-bis). La riforma, oltre a introdurre importanti modificazioni in tema di conferenza di servizi, di partecipazione, di accordo c.d. "sostitutivo" e del silenzio, ridisegna completamente il diritto di accesso. Cfr. il contributo in cinque parti di V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, cit.

Nella sua formulazione originaria l'art. 1 della l.n. 241/90 prevedeva che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai principi di economicità, di efficacia e di pubblicità secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti».

Il nuovo primo comma stabilisce che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario». Il comma primo è stato quindi integrato con l'aggiunta della parola «trasparenza», che allude alla necessaria conoscibilità e alla chiarezza dell'azione amministrativa, e con il richiamo dei «principi dell'ordinamento comunitario». Quest'ultimo riferimento, già presente in alcune norme nazionali, sottolinea la prevalenza del diritto comunitario rispetto al diritto interno nella gerarchia delle fonti³⁷¹.

La formulazione approvata dal Parlamento non coincide, tuttavia, con la previsione dell'art. 1 contenuta dell'originario progetto di riforma. Con formula più ampia e dettagliata, infatti, il progetto stabiliva che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai principi di imparzialità, proporzionalità, legittimo affidamento, efficacia, efficienza, economicità e pubblicità, e dai principi dell'ordinamento comunitario». Tale formulazione inseriva dunque il riferimento ai canoni di imparzialità, proporzionalità e legittimo affidamento, riconoscendo espressamente alcuni principi già presenti nell'ordinamento giuridico e di cui dottrina e giurisprudenza hanno sperimentato la misura e l'estensione. La legge approvata, invece, sopprime il richiamo all'imparzialità, alla proporzionalità e al legittimo affidamento, introducendo il solo canone della trasparenza³⁷². Immutato rimane invece il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario. Resta da chiedersi se la norma approvata comporti degli effetti sostanzialmente diversi dalla proposta che il legislatore non ha inteso deliberare e, in particolare, se la soppressione del riferimento all'affidamento legittimo debba essere intesa come negazione del rilievo generale di tale principio nell'ambito dell'azione amministrativa.

4. 1. Il riferimento implicito al canone del legittimo affidamento nel richiamo dei principi dell'ordinamento comunitario di cui all'art. 1 della l.n. 241/90.

La nuova formulazione dell'art. 1 della l.n. 241/1990 non deve essere interpretata come intenzione di escludere i principi precedentemente indicati nel progetto dal novero dei canoni fondamentali dell'azione amministrativa.

³⁷¹ Si consideri, ad esempio, l'esplicito richiamo dei principi dell'ordinamento comunitario contenuto nell'art. 20, 8 comma, lett. c), della l.n. 59/97 e successive modificazioni, che prevede la soppressione dei procedimenti che risultino in contrasto «con i principi generali dell'ordinamento giuridico nazionale o comunitario». La lett. e), 8 comma, dell'art. 20, l.n. 59/97, prevede, inoltre, l'adeguamento della disciplina sostanziale e procedimentale dell'attività e degli atti amministrativi ai principi della normativa comunitaria, anche sostituendo al regime concessorio quello autorizzatorio. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, I parte*, cit., 3.

³⁷² Secondo V. CERULLI IRELLI (ivi, 2) «questo criterio, che significa conoscibilità esterna dell'azione amministrativa, e quindi controllabilità, e accessibilità agli atti e ai documenti del procedimento, era già pacificamente ritenuto sussistente nel nostro sistema legislativo quale conformato dalla legge n. 241/90». L'art. 1 contemplava, infatti, il criterio della pubblicità, al quale si è soliti ricondurre quello della trasparenza. Secondo Cerulli Irelli si tratta perciò di una «innovazione non significativa, anzi in qualche modo superflua. Una mera sottolineatura di una impostazione preesistente».

I principi dell'imparzialità, della proporzionalità e del legittimo affidamento, infatti, risultano pienamente affermati nel diritto amministrativo vigente e sono correntemente utilizzati dalla giurisprudenza. Se l'imparzialità dell'azione amministrativa riveste rango costituzionale (art. 97 Cost.), la proporzionalità e il legittimo affidamento assumono pieno riconoscimento nell'ambito dell'ordinamento comunitario³⁷³. È pertanto evidente che il richiamo dei principi dell'ordinamento comunitario vale a consacrare anche nell'ambito dell'azione amministrativa tanto il canone della proporzionalità che quello del legittimo affidamento, che in seno ai principi del sistema europeo rivestono un ruolo di primo piano³⁷⁴. Oltre all'Amministrazione Pubblica i principi di cui all'art. 1, comma primo, si applicano anche ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative (art. 1, comma 1-ter), per cui anche costoro non potranno prescindere dal rispetto dell'affidamento ingenerato.

A fronte di tali considerazioni deve pertanto ritenersi che l'espressa previsione dell'affidamento legittimo nell'art. 1 della l.n. 241/90 avrebbe avuto un rilievo meramente rafforzativo, poiché tale principio è pienamente riconosciuto nell'ordinamento comunitario e il richiamo ai principi in esso contenuti vale senz'altro ad affermarne la vigenza in seno alla legge sul procedimento amministrativo. Tale evidenza risulta confermata dal dato di una giurisprudenza amministrativa e ordinaria pienamente consolidata sul punto, come si è avuto modo di apprezzare nel corso della ricerca. Non va inoltre sottaciuto che il legittimo affidamento e la necessità di improntare i rapporti tra l'Amministrazione e i cittadini alla collaborazione e alla buona fede risultano espressamente previsti in materia tributaria ai sensi della l.n. 212/2000, con una portata in realtà più ampia di quella strettamente limitata al settore della gestione delle imposte e dei tributi. In tal senso, la previsione espressa del dovere di tener conto del legittimo affidamento del cittadino avrebbe rappresentato una previsione meramente riassuntiva di un consolidato orientamento giurisprudenziale e legislativo.

L'art. 1 della l.n. 241/90 non costituisce peraltro l'unico momento di emersione dell'affidamento legittimo in seno alla disciplina dell'attività amministrativa, poiché vi sono altre disposizioni ove è possibile leggere la presenza del principio in sé considerato o comunque legato ai valori della collaborazione e della buona fede.

4. 2. Il rilievo del dovere di collaborazione e del legittimo affidamento nell'ambito della riforma della legge sul procedimento amministrativo. Il canone del diritto privato nell'attività di natura non autoritativa e la preferenza per la forma negoziale. Il preavviso di rigetto.

³⁷³ Sul legittimo affidamento come principio generale dell'ordinamento comunitario e sull'elaborazione svolta dalla Corte di Giustizia cfr. *retro* § 2. 3. Il principio di proporzionalità, in base al quale il conseguimento dello scopo deve essere garantito da misure che non eccedono quanto strettamente necessario a tal fine, è riconosciuto dalla costante giurisprudenza della Corte come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario (*ex multis*: Corte di Giustizia, 11 luglio 1989, *Schröder*, causa 265/87; Corte di Giustizia, 5 luglio 1977, *Bela-Mühle*, causa 114/76; Corte di Giustizia, 30 giugno 1987, *Roquette Frères/ONIC*, causa 47/86; Corte di Giustizia, 12 luglio 1990, *Belgian State/Philipp Brothers*, causa C-155/89; Corte di Giustizia, 8 aprile 1992, *Mignini/AIMA*, causa C-256/90; Corte di Giustizia, 11 giugno 1998, *Grandes sources d'eaux minérales françaises*, causa C-361/96. Cfr. www.dottoratotributario.it/Bologna.htm: *L'applicazione dei principi generali elaborati dalla Corte di Giustizia al procedimento amministrativo ed al procedimento tributario*.

³⁷⁴ Si noti, al riguardo che nel commentare l'articolo in oggetto V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, I parte*, cit., 3 s. ha individuato proprio tra i principi comunitari di maggior interesse quelli della proporzionalità e del legittimo affidamento.

Le modifiche richiamate all'art. 1 non esauriscono le innovazioni contenute nella disposizione iniziale della legge sul procedimento, poiché il legislatore ha introdotto anche un comma 1-*bis*, in base al quale si prevede che «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente³⁷⁵».

Tale disposizione ha suscitato dubbi ed interrogativi sull'effettivo significato del suo contenuto, potendosi discutere se a seguito della sua approvazione il soggetto pubblico sia svincolato dal perseguimento dell'interesse pubblico, potendo in concreto perseguire qualunque fine come un cittadino privato. In realtà, l'Amministrazione non può prescindere dall'interesse pubblico perché essa esiste, ed è questa la sua ragion d'essere, allo scopo di perseguire finalità di rilievo istituzionale. Pertanto, la norma, lungi dal permettere lo svolgimento di un'attività amministrativa libera da fini, prescrive la regola dell'utilizzo degli strumenti di diritto privato per il compimento dell'attività non autoritativa, ove l'Amministrazione si colloca su una posizione paritaria con il cittadino³⁷⁶. La disposizione, in altri termini, non incide sulla natura della funzione amministrativa ma solo sulla sua forma³⁷⁷.

³⁷⁵ La norma trova il suo precedente in quella votata dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali all'articolo 106 dell'A.C. 3931-A.

³⁷⁶ Secondo la *Relazione della 1^a Commissione permanente (Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento Generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione) cit.* «la norma (...) esprime un principio tendenziale dell'attuale ordinamento, in favore del superamento del vecchio dogma che attribuiva alla pubblica amministrazione, in generale, il dovere di agire mediante poteri di imperio ed attraverso atti unilaterali; in sostanza la modifica si inquadra nelle moderne tendenze di privatizzazione volte a sottrarre parte delle connotazioni pubblicistiche tipiche dell'amministrare (si pensi alla trasformazione del rapporto di pubblico impiego in rapporto di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni disciplinato dal diritto comune, ed alla conseguente trasformazione degli atti amministrativi di gestione del rapporto in atti negoziali). (...) La considerazione (...) alla base di tale previsione è che il negozio giuridico di diritto privato di per sé è strumento idoneo al perseguimento dei più diversi fini e risultati e, quindi, anche dello specifico interesse pubblico che la pubblica amministrazione deve perseguire».

³⁷⁷ «La nuova disposizione non incide, pertanto, sulla natura della funzione amministrativa - che rimane finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico - ma soltanto sulla sua forma, che si esprimerà in via generale attraverso i moduli dell'agire consensuale, eccetto che per gli atti di natura autoritativa, pur restando assoggettata ai principi di carattere pubblicistico enunciati dal comma 1 dell'articolo 1», *Resoconto della II Commissione permanente (Giustizia) della Camera dei Deputati - XIV legislatura in sede consultiva (Giovedì 6 novembre 2003) Norme generali sull'azione amministrativa. C. 3890 ed abb.* dell'illustrazione, da parte di G. Pecorella, del provvedimento approvato dal Senato. Come evidenziato nella *Relazione della 1^a Commissione permanente (Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento Generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione) cit.* «la possibilità che la pubblica amministrazione possa utilizzare lo strumento negoziale in via alternativa e, sotto certi aspetti, in modo ulteriore rispetto al provvedimento unilaterale resta comunque finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico posto che l'agire consensuale è rilevante nell'ottica funzionale e, perciò, sul fronte della migliore realizzazione del fine pubblico (la funzione amministrativa rimane pur sempre cura concreta di interessi pubblici potendo variare solo la sua forma). Ne consegue che anche all'attività amministrativa secondo il diritto comune si applicano principi di carattere pubblicistico. Dal principio di economicità, che assoggetta anche l'attività negoziale al controllo e alla giurisdizione della Corte dei conti, a quello di non discriminazione che sottopone la contrattazione pubblica ai procedimenti di selezione nella scelta dei contraenti, salve eccezioni, ai principi di trasparenza e pubblicità che accompagnano la scelta dell'utilizzo del modulo negoziale. Principi contemplati e disciplinati dalla legislazione positiva che, ovviamente, resta ferma, salve revisioni e modificazioni di settore». Sulla previsione è critico F. Satta, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in <http://www.giustamm.it/>. Secondo F. Merusi, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, in http://www.giuffre.it/servlet/page?_pageid=54&_dad=portal30&_schema=PORTAL30&p_id_news=9281&NEWS.p_tipo=7&NEWS.plivello=D se rimane il principio di legalità «l'atto, ancorché non autoritativo, di diritto privato di una pubblica amministrazione non può che essere un atto esecutivo, il quale, ancorché di diritto privato, essendo esecutivo, è del tutto simile ad un tradizionale atto amministrativo». Va ricordato che a livello dottrinario si prospettava già il superamento di una rigida separazione tra attività di diritto pubblico e attività di

L'enunciazione ha anche un significato simbolico e culturale, volendo affermare il definitivo superamento della supremazia speciale e gerarchica che connota la concezione autoritaria dello Stato e dell'Amministrazione in genere³⁷⁸. In luogo di tale assetto si prospetta un rapporto paritario tra cittadino e Amministrazione, nel solco delle riforme tracciate nell'ultimo decennio del Novecento, tese a favorire la partecipazione del cittadino e il superamento dell'autoreferenzialità dell'ente pubblico³⁷⁹. Lungo tale linea evolutiva si pone anche la soppressione del limite della puntuale previsione di legge per la conclusione di accordi sostitutivi del provvedimento ai sensi dell'art. 11 della l.n. 241/1990³⁸⁰.

Sulla base dell'art. 1, comma 1-*bis*, possono quindi distinguersi tre diverse modalità dell'azione amministrativa³⁸¹: il compimento di atti di natura autoritativa, che si svolge secondo le norme del diritto pubblico, il compimento di atti di natura non autoritativa, che segue le regole del diritto privato, e lo svolgimento di atti di natura non autoritativa compiuti secondo le norme del diritto pubblico in base a specifiche disposizioni di legge. L'ambito di utilizzo dello strumento negoziale dovrebbe riguardare³⁸², ad esempio, le concessioni di beni e di servizi pubblici, le ablazioni reali e tutte quelle ipotesi in cui il terzo è chiamato ad effettuare una prestazione di ordine lavorativo o imprenditoriale in favore dell'Amministrazione, potendo in tali ipotesi il soggetto pubblico stipulare un contratto in luogo del provvedimento amministrativo, ma maggiori indicazioni al riguardo potranno provenire soltanto dall'interpretazione del dato normativo da parte della prassi amministrativa e della giurisprudenza, sulla base dell'approfondimento dottrinale. Quel che è certo è che utilizzando le forme del diritto privato l'Amministrazione non potrà prescindere dal rispetto dei principi di buona fede e di correttezza, che nella dimensione relazionale spesso si inverano nel dovere di rispettare l'affidamento ingenerato. Affermare, in altri termini, che

diritto privato, ritenendo che a prescindere dalle forme in concreto utilizzate si tratti pur sempre di attività amministrativa, F. G. COCA, *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, Agg. VI, cit., 95 ss.

³⁷⁸ «La scelta operata non è soltanto una scelta tecnica ma è anche una scelta culturale e istituzionale perché tende a sostituire un rapporto paritario tra i cittadini e le amministrazioni, in luogo del vecchio rapporto gerarchico, espressione di una concezione autoritaria e statalistica», *Relazione della 1ª Commissione permanente (Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento Generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione)* cit. Critico in ordine a tali finalità B. E. G. FUOCO, *L'art. 1, comma 1 bis, della legge n. 241/90. Alla ricerca delle proprietà alchemiche del diritto privato*, in <http://www.lexitalia.it/>.

³⁷⁹ Come già evidenziato da V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione (Appunti per la relazione introduttiva al Convegno di Roma del 22 marzo 2002 su "Innovazioni del diritto amministrativo e riforma della amministrazione")*, in <http://www.lexitalia.it> all'idea tradizionale del diritto amministrativo come diritto comune ordinario dell'azione amministrativa e del diritto privato come la disciplina da applicare solo laddove espressamente previsto dalla norma «si fa strada l'idea opposta, che cioè nell'azione amministrativa il diritto amministrativo debba essere, o possa, essere utilizzato laddove è necessario; cioè laddove la strumentazione giuridica di diritto comune non è capace di produrre gli effetti o i risultati pratici voluti. E quindi nell'area dei poteri ablativi con effetti imperativi, nell'area delle autorizzazioni, nell'area delle certificazioni; in altre aree, come ad esempio quella tradizionale delle concessioni, nelle quali il risultato pratico di una determinata azione giuridica può essere conseguita mediante strumentazione di diritto comune, sicuramente si pone un problema di alternativa tra i due moduli di azione giuridica, tra le due discipline; e si tende a privilegiare lo strumento di diritto comune».

³⁸⁰ Con la soppressione delle parole «nei casi previsti dalla legge», gli accordi sostitutivi del provvedimento vengono trasformati in una modalità generale di conclusione negoziata del procedimento. Tale previsione costituisce una logica conseguenza della regola fissata nell'art. 1, per cui, salvi espressi divieti, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato. Cfr. *Relazione della 1ª Commissione permanente (Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento Generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione)* cit.

³⁸¹ M. ATELLI, *Attività non autoritativa: largo al diritto privato*, in *Guida al diritto*, n. 10, 12 marzo 2005, 49.

³⁸² Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, I parte*, cit., 6 s.

L'Amministrazione agisce secondo le norme del diritto privato quando pone in essere non autoritativi vuol dire rafforzare le garanzie della controparte e la tutela dell'affidamento.

Altra disposizione dalla quale traspare il dovere di collaborazione tra Amministrazione e cittadino, e in maniera lata il principio di legittimo affidamento, è contenuta nell'art. 10-bis, riguardante la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza³⁸³. Secondo il dettato normativo, nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. L'Amministrazione, dunque, nei procedimenti attivati ad istanza di parte, fatta eccezione delle procedure concorsuali e dei procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali, nei casi in cui intenda rigettare la richiesta del cittadino dovrà portare a conoscenza del destinatario l'intenzione di concludere il procedimento con un atto dal contenuto negativo. Ciò al fine di consentire al soggetto interessato dell'atto la possibilità di interloquire in fase istruttoria prima che l'Amministrazione rigetti l'istanza in forma definitiva. L'intento a tal fine è duplice: da un lato consentire una maggiore collaborazione tra Amministrazione e cittadino, onde ottenere una migliore istruzione del procedimento, e dall'altro ridurre il contenzioso giudiziario. A fronte della comunicazione da parte dell'ente pubblico, l'istante ha il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione stessa. In ogni caso la disposizione prevede che la comunicazione interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Tale aggravio risulta peraltro ampiamente giustificato dal miglioramento della partecipazione consapevole dell'istante che scaturisce dall'applicazione dell'istituto del preavviso di rigetto. Il dovere di collaborazione, che impone la comunicazione dell'intento di adottare un provvedimento negativo, risulta confermato e rafforzato dalla previsione finale, in parte riconducibile al dovere generale di motivazione, secondo cui dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni prodotte dall'istante è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Se l'Amministrazione intende comunque rigettare l'istanza non può ignorare quanto evidenziato dal destinatario del provvedimento, richiedendo tale scelta la necessità di replicare alle osservazioni svolte in sede di deduzioni e quindi garantire l'affidamento che su di esse ha posto l'istante.

4. 3. La violazione del legittimo affidamento nell'ambito dei vizi di legittimità. La disciplina dell'invalidità del provvedimento amministrativo e l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Il potere di convalida.

Alla luce delle disposizioni esaminate, anche nel nuovo testo della l.n. 241/1990 la violazione del legittimo affidamento rimane nell'alveo della figura dell'eccesso di potere³⁸⁴.

³⁸³ S. TARULLO, *L'art.-10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, cit.

³⁸⁴ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 483 s. D'altronde, si consideri che l'espressa previsione dell'obbligo di motivazione, contenuta nell'art. 3 della l.n. 241/1990, non ha trasformato ogni vizio inerente la motivazione in violazione di legge. L'unico caso di violazione di legge è rappresentato dall'assenza di motivazione, allorché questa manchi del tutto. Se la motivazione è insufficiente, incongrua, contraddittoria o illogica si è pur sempre di fronte ad un vizio di eccesso di potere.

Pur essendo implicitamente previsto nella disposizione che richiama i «principi dell'ordinamento comunitario», esso si configura pur sempre come un principio di contenuto astratto, che richiede di essere specificato all'interno del caso concreto. Il legittimo affidamento, infatti, non è sempre e comunque tutelabile, dovendo l'Amministrazione procedere ad una sua ponderazione con gli altri interessi confliggenti. La ponderazione degli interessi coinvolti attiene direttamente all'esercizio della discrezionalità amministrativa e l'eccesso di potere, come è noto, costituisce proprio il risvolto patologico della discrezionalità. La lesione all'affidamento, e quindi la sua tutela, non potranno prescindere dalla regola del caso, perché molteplici e differenziate sono le modalità della sua violazione. La complessità dell'accertamento della violazione dell'interesse del privato, propria della valutazione della discrezionalità amministrativa, esclude la configurabilità di una ipotesi di violazione di legge.

Nella prospettiva introdotta dalla riforma in tema di efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo (Capo IV-*bis*), che ha codificato la disciplina generale dell'invalidità degli atti amministrativi³⁸⁵, il provvedimento che abbia leso l'affidamento del cittadino è annullabile. Ai sensi dell'art. 21-*octies* è infatti annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza³⁸⁶.

Resta da verificare il rapporto tra la lesione dell'affidamento legittimo e le previsioni di cui al secondo comma dell'art. 21-*octies*, che disciplina due casi di conservazione del provvedimento, e all'art. 21-*nonies*, in tema di annullamento d'ufficio.

L'art. 21-*octies*, dopo aver indicato le ipotesi di atto annullabile (comma primo), specifica due diversi casi in cui il provvedimento non può essere rimosso nonostante la presenza del vizio di illegittimità (comma secondo).

Nella prima ipotesi prevista non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Tale previsione fa espressamente riferimento al provvedimento vincolato, in cui l'Amministrazione deve verificare l'aderenza dell'atto all'interesse puntualmente definito dal legislatore. A fronte di un procedimento vincolato, dunque, la presenza di un vizio meramente formale, sia esso relativo allo svolgimento della sequenza procedimentale o alla forma dell'atto, non inficia la validità del provvedimento finale qualora l'Amministrazione avrebbe comunque adottato un provvedimento dal contenuto identico. Tale disposizione recepisce alcuni orientamenti giurisprudenziali tendenti a negare rilevanza ai vizi meramente formali, quando il procedimento e l'atto hanno comunque raggiunto il loro scopo³⁸⁷.

³⁸⁵ *Relazione della 1^a Commissione permanente (Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento Generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione)* cit. «Le norme sono ispirate, secondo il medesimo orientamento della legge n. 241/1990, alla piena ed intera riconduzione della disciplina del provvedimento amministrativo al principio di legalità. Non esistono poteri amministrativi impliciti, ma i poteri sono quelli previsti dalla legge». Con le previsioni in oggetto sono stati tradotti in norme positive alcuni orientamenti della giurisprudenza del Consiglio di Stato, V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, V parte*, cit., 1 s.

³⁸⁶ Il legislatore, in tal senso, sembra considerare equivalenti i termini annullabilità e illegittimità, F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, cit., 20. La formula adottata nel primo comma dell'art. 21-*octies* riprende letteralmente la norma di cui all'art. 26 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, trasponendola in una disposizione di natura sostanziale, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, V parte*, cit., 7.

³⁸⁷ Diffusamente sul principio della «strumentalità delle forme» nella giurisprudenza amministrativa, V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, V parte*, cit., 8 ss.

Il secondo caso prevede che il provvedimento non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Tale ipotesi concerne non solo i procedimenti vincolati ma anche quelli discrezionali e riguarda il solo vizio della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento.

In ordine alle previsioni contenute nel secondo comma dell'art. 21-*octies* risulta discussa in dottrina la portata effettiva delle disposizioni³⁸⁸, nonché la loro natura sostanziale³⁸⁹ o meramente processuale³⁹⁰. Al di là di tali questioni che saranno approfondite dalla riflessione dottrina, la lesione del legittimo affidamento non sembra rientrare nella portata operativa delle disposizioni in oggetto, non costituendo la sua lesione una violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, ed essendo circoscritta la seconda ipotesi di conservazione al solo caso formale di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento.

La previsione da cui senz'altro emerge il rilievo dell'affidamento legittimo è contenuta nell'art. 21-*nonies*, in tema di annullamento d'ufficio. Tale disposizione prevede, al primo comma, che il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21-*octies* può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. La norma in oggetto recepisce e consacra nella previsione di legge alcuni orientamenti diffusi nella prassi giurisprudenziale che già ancoravano il potere di annullamento a taluni parametri, quali la necessità di tener conto dei destinatari dell'atto e dei controinteressati, il carattere ragionevole dello spazio di deliberazione e, in definitiva, il carattere discrezionale dell'istituto³⁹¹. In altri termini,

³⁸⁸ Si discute, ad esempio, se il vizio riguardante la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento concerne la sola ipotesi dell'ommissione del dovere di comunicazione o, in senso estensivo, anche altri vizi legati alla comunicazione e riguardanti, ad esempio, anche gli aspetti del contenuto della comunicazione ai sensi dell'art. 8 l.n. 241/1990. Cfr. F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, cit., 40 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, V parte*, cit., 12.

³⁸⁹ Secondo F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, cit., 18 ss. a favore della natura sostanziale militano «la collocazione della norma che, appunto, è ospitata in una legge di valenza indubbiamente sostanziale; in secondo luogo, l'interpretazione sistematica (ancorché non agevole e non priva di incertezze)». La risposta al quesito deriverebbe dalla lettura dell'art. 21-*nonies*, che ha ad oggetto l'annullamento d'ufficio. Se tale disposizione prevede che «il provvedimento illegittimo ai sensi dell'art. 21-*octies* può essere annullato d'ufficio», «per il principio di non contraddizione (o, meglio, per la sua articolazione costituita dal «terzo escluso»), un provvedimento non può essere al tempo stesso annullabile d'ufficio perché illegittimo (ex art. 21-*nonies*) e non annullabile tout court (in forza dell'art. 21-*octies*, comma 2): pertanto si deve concludere che i provvedimenti non annullabili in forza dell'art. 21-*octies* siano quelli non illegittimi sul piano sostanziale».

³⁹⁰ A favore della tesi processuale A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, in <http://www.giustamm.it/> secondo cui il principio indicato dalla norma «ancorché apparentemente espresso e messo in atto attraverso una duplice tecnica: una qualificazione sostanziale di "non-annullabilità" (irregolarità?) per i provvedimenti vincolati, ed una eccezione processuale per quelli discrezionali - è infatti destinato, in realtà, ad operare sempre e comunque nel giudizio ed *ope exceptionis*. (...) La nuova disposizione, pertanto, non comporta, a mio avviso, alcuna eccezione alla qualificazione sostanziale del provvedimento non conforme a legge, che è e rimane invalido, ma opera sul piano degli istituti di sanatoria, potenziando e razionalizzando un'ipotesi generale già presente nel nostro ordinamento: la c.d. "regola del raggiungimento dello scopo", cui attribuisce però un significato più ampio di quello tradizionale».

³⁹¹ Come evidenziato dalla *Relazione della 1^a Commissione permanente (Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento Generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione)* cit. le disposizioni in esame «si riferiscono all'annullamento e alla convalida d'ufficio come istituti di carattere generale che vengono sostanzialmente confermati nei principi tradizionalmente seguiti dalla giurisprudenza: segnatamente quelli che ne condizionano l'esercizio al ricorrere di attuali ragioni di interesse pubblico ed entro un ragionevole lasso di tempo, comunque non superiore a due anni».

l'Amministrazione poteva procedere all'annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo soltanto in presenza di un interesse pubblico concreto tendente alla sua rimozione. La previsione dell'art. 21-*nonies* sancisce l'obbligo di rispettare tali criteri quando s'intende eliminare dal mondo giuridico un atto illegittimo che ha spiegato i suoi effetti nel tempo e sul quale si sono appuntate le aspettative legittime dei soggetti interessati.

Sul piano normativo va segnalato³⁹² che la disposizione in oggetto è stata preceduta da una norma specifica contenuta nella legge finanziaria 2005³⁹³ all'art. 1, comma 136. Secondo tale previsione «Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante». Tra le due previsioni vi è un rapporto di *genus ad species*, rivestendo la previsione di cui all'art. 21-*nonies* carattere di norma generale ed essendo la previsione della legge finanziaria finalisticamente diretta al solo scopo, di carattere quindi eccezionale, di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le Amministrazioni Pubbliche. Il legislatore, peraltro, non ha espressamente provveduto a coordinare il nesso tra le due previsioni³⁹⁴. Tale raccordo è tuttavia necessario poiché la norma di cui alla legge sul procedimento prevede, in generale, la facoltà dell'annullamento d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, e l'obbligo di tener conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, mentre la previsione contenuta nella legge finanziaria pone l'accento sulla rimozione dell'atto al fine di contenere la spesa pubblica, fatto salvo il dovere di tenere indenni i privati dall'eventuale pregiudizio patrimoniale. Il nesso interpretativo potrebbe essere risolto nel senso di riconoscere un rilievo primario all'interesse alla rimozione dell'atto quando l'intento dell'Amministrazione è quello di contenere la spesa pubblica. Ciò non esclude che l'Amministrazione debba comunque provvedere a comparare tale interesse con gli altri coinvolti. In ogni caso dovranno essere tenuti indenni i privati che ricevono dall'annullamento un pregiudizio patrimoniale derivante. La norma, in questo caso, sembra spostare l'accento dall'interesse alla conservazione dell'atto e della situazione giuridica pregressa alla tutela per equivalente o risarcitoria in senso lato. Soltanto l'applicazione giurisprudenziale e la prassi potranno fornire utili elementi chiarificatori. Quel che è certo è che l'Amministrazione non può ignorare la posizione del privato e il suo affidamento. Un ultimo aspetto concerne il termine entro cui è possibile provvedere all'annullamento d'ufficio. L'art. 21-*nonies* della l.n. 241/1990, con formula ampia e generica, indica al riguardo «un termine ragionevole». L'art. 1, comma 136, della legge finanziaria 2005 più specificamente prevede che l'annullamento «non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento». È ancora presto per affermare che il termine ragionevole di cui all'art. 21-*nonies* della l.n. 241/1990 possa identificarsi nel decorso dei tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, ma tale termine potrà senz'altro costruire un parametro di riferimento, legislativamente fondato, quale limite massimo di un annullamento ragionevole³⁹⁵. Al riguardo va tuttavia evidenziato che la *Relazione della 1ª Commissione permanente (Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e*

³⁹² Cfr. G. CARUSO, *Svolta per le regole sull'invalidità formale*, in *Guida al diritto*, n. 10, 12 marzo 2005, 80.

³⁹³ Legge 30 dicembre 2004 n. 311 (Suppl. ordinario n. 192 alla Gazz. Uff., 31 dicembre, n. 306). - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005).

³⁹⁴ G. CARUSO, *Svolta per le regole sull'invalidità formale*, in *Guida al diritto*, n. 10, cit., 81.

³⁹⁵ *Ibidem*.

dell'Interno, Ordinamento Generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione) nel richiamare il rilievo di un ragionevole lasso di tempo indicava un termine «comunque non superiore a due anni». La valutazione del «termine ragionevole» va probabilmente legata all'analisi del caso concreto.

Tanto esposto sul piano dell'annullamento d'ufficio, il secondo comma dell'art. 21-*nonies* introduce l'espressa previsione di un potere generale di convalida, stabilendo che è fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole³⁹⁶. Sul piano concettuale il potere di convalida rappresenta la facoltà speculare dell'annullamento d'ufficio e trova il suo fondamento nella medesima radice della discrezionalità amministrativa³⁹⁷. La decisione di annullare o convalidare l'atto presuppone pertanto l'aprezzamento di un interesse pubblico concreto che deponga in tal senso. Anche l'esercizio del potere di convalida richiede, dunque, la valutazione dell'affidamento dei soggetti eventualmente interessati e la necessità che l'azione venga compiuta entro un termine ragionevole.

³⁹⁶ Il potere in questione era già ampiamente riconosciuto in dottrina e in giurisprudenza. L'istituto della convalida costituisce infatti una fattispecie complessa, composta dall'atto originario e di quello di convalida, Cons. St., sez. V, 20 luglio 1999, n. 847, in *Foro amm.*, 1999, 1458 (s.m.). L'atto di convalida di un provvedimento precedente deve manifestare gli indici rivelatori della volontà dell'organo deliberante di conferire validità con effetto costitutivo *ex tunc* a un provvedimento già emanato, Cons. St., sez. IV, 28 agosto 1998, n. 1138, in *Foro amm.*, 1998, 2061 (s.m.). L'istituto si distingue dalla rinnovazione dell'atto viziato e delle successiva integrazione dell'atto, originariamente incompleto, con la disposizione mancante; infatti, mentre nel primo caso tutti gli effetti si imputano all'atto convalidato, negli altri si imputano interamente all'atto sostitutivo o, nel caso di integrazione, ai due atti, Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2001, n. 6465, in *Foro amm.*, 2001, 3194 (s.m.). Come tutti gli atti attraverso i quali si manifesta la cd. convalescenza del provvedimento amministrativo (convalida, ratifica e sanatoria) anche la convalida ha efficacia *ex tunc*, Cons. St., sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3448, in *Foro amm.*, 2003, 1860 (s.m.).

³⁹⁷ La previsione di un potere generale di convalida potrebbe presentare un problema di coordinamento con l'art. 6 della l.n. 249/1968 secondo cui alla convalida degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale. La norma limita l'esercizio del potere di convalida per il solo vizio di incompetenza in relazione ad un provvedimento impugnato in sede giurisdizionale. Come osservato da V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, V parte*, cit., 14. l'art. 6 della l.n. 249/1968 è stato ignorato da una parte della giurisprudenza che ha riconosciuto all'Amministrazione ha facoltà di convalida degli atti in corso di giudizio, purchè si tratti di vizi di carattere formale. Secondo tale orientamento, la convalida di un atto amministrativo in corso di lite risulta pertanto astrattamente legittima in quanto risponde ad esigenze di economica processuale e di buon andamento dell'azione amministrativa, esigenze che non possono non far guardare con favore ad un ravvedimento operoso dell'Amministrazione, Cons. St., sez. IV, 26 giugno 1998, n. 991, in *Foro amm.*, 1998, 1717 (s.m.). In genere, comunque, salvo casi eccezionali identificabili nei allorquando il vizio da emendare abbia natura meramente formale, non è ammissibile che l'Amministrazione convalidi i propri provvedimenti avverso i quali pende ricorso giurisdizionale, Cons. St., sez. IV, 12 ottobre 2000, n. 5422, in *Foro amm.*, 2000, (s.m.); Cons. St., sez. VI, 26 luglio 2000, n. 4158, in *Giust. civ.*, 2001, I, 272. Diversamente, l'Autorità amministrativa eluderebbe le garanzie che sono predisposte a tutela del cittadino leso dal provvedimento, Cons. St., sez. IV, 26 giugno 1998, n. 991, in *Foro amm.*, 1998, 1717 (s.m.).

L'antinomia potrebbe essere risolta evidenziando il carattere generale della previsione di cui all'art. 21-*nonies* e ricercando l'intenzione del legislatore in base alla lettura e al confronto degli atti parlamentari. Se nella proposta di legge n. 6844/XIII (Cerulli Irelli) si prevedeva l'abrogazione espressa dell'articolo, il disegno di legge n. 1281/XIV (Frattini) confermava i limiti stabiliti dall'art. 6 l.n. 249/1968. Successivamente la menzione della norma è scomparsa del tutto. Secondo V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, V parte*, cit., 14 ciò è da intendere «nel senso che il Parlamento ha ritenuto superflua questa menzione, trattandosi di norma da ritenere superata nella sua applicabilità in sede giurisprudenziale e coperta dal contenuto generale della norma nuova». Prospetta, invece, un problema di coordinamento G. CARUSO, *Svolta per le regole sull'invalidità formale*, in *Guida al diritto*, cit., 81.