



## LEGITTIMO AFFIDAMENTO E CONTRATTI PUBBLICI. OSSERVAZIONI SU *SERIETÀ* E *PIGRIZIA* AMMINISTRATIVA

di Stefano Villamena

*La tutela del principio di legittimo affidamento incontra nel nostro ordinamento amministrativo una serie di limitazioni e di condizionamenti che ne rendono talvolta problematica l'applicazione. Nel presente contributo, dopo aver affrontato sinteticamente i profili generali del tema indicato, si è orientata l'analisi sul settore degli appalti pubblici. In questo settore, si è potuto verificare la presenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati, cui tuttavia si affiancano alcune sporadiche pronunce che si muovono in senso diverso. Tali ultime pronunce, per quanto criticabili in alcuni passaggi, potrebbero aprire nuovi spazi di tutela per il relativo principio di legittimo affidamento, trovando giustificazione nei recenti interventi legislativi che vanno nel senso di combattere il fenomeno (che nel contributo è definito) dell'amministrazione pigra.*

The principle of protection of legitimate expectations in our administrative system meets a number of restrictions and constraints that sometimes make them difficult to apply. In this paper, after dealing with a summary of the general outlines of the subject indicated, the analysis is focused on the area of public procurement. In this sector, it is able to verify the presence of legal guidelines established, which however are flanked by some sporadic pronouncements that move in a different direction. These latest pronouncements, however questionable in some passages, could open up new spaces for its principle of protection of legitimate expectations, finding justification in the recent legislative actions that go in the direction of fighting the phenomenon (which is defined in the contribution) Administration lazy.

*Sommario: 1. Premessa. 2. Legittimo affidamento fondato sulla buona fede oggettiva e sugli artt. 1337 e 1338 c.c.. 3. Difficoltà nella configurazione della posizione tutelabile attraverso il legittimo affidamento. 4. Legittimo affidamento nella prospettiva di una procedura di appalto. 5. Spunti conclusivi in ordine alla nuova frontiera aperta in tema dagli strumenti di tutela contro l'amministrazione pigra.*

### 1. Premessa<sup>1</sup>.

La tutela del legittimo affidamento può essere accordata soltanto a condizione che siano state fornite all'interessato "rassicurazioni precise, incondizionate, concorrenti", provenienti da "fonti autorizzate ed affidabili", e che siano "conformi alla disciplina applicabile"<sup>2</sup>. Già da queste battute iniziali, si com-

prende come il principio di legittimo affidamento costituisca un principio più facile a *comprendersi* che ad *applicarsi*.

Infatti, nella prassi, accade spesso che l'amministrazione fornisca una serie di "rassicurazioni", mediante propri atti o mediante propri comportamenti interlocutori, che in un secondo momento è costretta a ritrattare o comunque che non è in grado di mantenere.

Il nostro contributo cercherà di precisare alcuni profili proprio relativamente ai *presupposti* e ai *limiti* della tutela del legittimo affidamento. A questo riguardo, dopo aver effettuato alcune osservazioni sintetiche sul tema generale, si orienterà l'analisi sul settore degli appalti pubblici. Scelta, questa, giustifi-

<sup>1</sup> Saggio sottoposto con esito positivo alla procedura di referaggio ai sensi del Regolamento interno della Rivista

<sup>2</sup> Così, TAR Lazio, Sez. I, 16.5.2012, n. 4457 (che richiama sul punto le pronunce della C. giust. CE, Sez. III, 17.9.2009, n. 519; Trib. CE, Sez. III, 30.11.2009, n. 427 e Id., Sez. II, 4.2.2009, n. 145). *Infra*, nota n. 10 per indicazioni ulteriori relativamente alla giurisprudenza comunitaria recente.

cata dal fatto che, proprio nel settore indicato, la giurisprudenza sembra aver dato più sicuri punti di riferimento agli interpreti, e ciò probabilmente anche a causa della particolare *morfologia* del relativo procedimento d'appalto.

## 2. Legittimo affidamento fondato sulla buona fede oggettiva e sugli artt. 1337 e 1338 c.c..

Nel nostro ordinamento amministrativo<sup>3</sup> prevale l'impostazione che riconduce il principio di legittimo affidamento al principio di buona fede oggettiva<sup>4</sup>. Tale prevalenza si ri-

<sup>3</sup> Con riferimento al settore del diritto costituzionale, vedi, ad esempio, M. GIGANTE, *Legge di interpretazione autentica, principio di intangibilità del giudicato e tutela del legittimo affidamento nella sentenza della Corte costituzionale n. 209 del 2010*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 213 e ss. L'Autrice si occupa del tema nella duplice prospettiva del diritto costituzionale e del diritto amministrativo: in tal senso vedi, altresì, ID., *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. soc.*, 2009, 403 e ss.; nonché, ID., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008.

Da ultimo, in tema, F. G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, pag. 21 e ss. (spec. par. 3.5). Trattando della giurisprudenza costituzionale, l'Autore cit. riconduce il principio di legittimo affidamento alla "sicurezza giuridica ovvero nella certezza dell'ordinamento giuridico, che viene espressamente considerato principio connotato allo Stato di diritto, e viene elevato a parametro alla stregua del quale scrutinare la legittimità delle leggi". Infine, la stessa dottrina cit. ricorda che, nella giurisprudenza costituzionale, applicazioni del principio si hanno "in ordine alle leggi interpretative e retroattive, alle modifiche legislative che intervengono su rapporti di durata, nonché in ordine alla salvaguardia delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario".

<sup>4</sup> In tema, da ultimi, F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1195 e M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 159 e ss.

Riguardo agli studi monografici in tema, L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005 e S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005. Mentre, relativamente agli studi monografici più tradizionali, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento del cittadino. Dagli anni trenta*

scontra sia nella dottrina che nella giurisprudenza<sup>5</sup>. Quest'ultima, per altro, sembra ancora tale impostazione a ragioni eminentemente pratiche, poiché in tal modo è più agevole collegare la tutela del relativo principio a precise disposizioni, fra cui, le più importanti, sono rappresentate dagli artt. 1337 e 1338 c.c.<sup>6</sup>. Va comunque ricordato che, molte speranze, nel senso del riconoscimento positivo del relativo principio, furono riposte nel processo di riforma che (nel 2005) interessò la l. n. 241/1990. Infatti, proprio in questo ambito si ipotizzò l'introduzione in via espressa del legittimo affidamento fra i "principi generali" dell'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 1, della legge citata<sup>7</sup>.

Ma nonostante le intenzioni iniziali, non si giunse mai, come noto, ad una specifica previsione in tal senso, preferendosi modificare l'art. 1 cit. tramite l'aggiunta di un generico richiamo ai "principi comunitari"<sup>8</sup>.

Anche a causa del suo mancato riconoscimento, il principio di legittimo affidamento si lega dunque ad alcune specifiche previsioni del codice civile, gradualmente estese anche alle pubbliche amministrazioni<sup>9</sup>. Ciò senza tuttavia trascurare gli utili punti di riferimento rappresentati dall'ordinamento comunitario<sup>10</sup>

all'«alternanza», Milano, 2002; F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; infine, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

<sup>5</sup> Vedi sul punto, anche per i relativi richiami bibliografici, S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 155-187.

<sup>6</sup> In tema, V. CARBONE, *Le nuove frontiere della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Corriere giur.*, 2012, 5, 675 e ss.

<sup>7</sup> Si tratta della riforma approvata nel 2005, con la l. 11.2.2005, n. 15. In tema, G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 305 e ss. e D. SORACE, *La "legificazione" delle norme generali sull'azione amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 321 e ss.

<sup>8</sup> Su cui vedi l'ampia analisi di A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 707 e ss.

<sup>9</sup> Si tratta dei già richiamati artt. 1337 e 1338 c.c., di cui successivamente torneremo ad occuparci.

<sup>10</sup> In tema, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *Principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 94 e ss. Merita qui ricordare una pronuncia recente del Giu-



e dallo "statuto del contribuente" approvato nel 2000<sup>11</sup>.

È merito della giurisprudenza amministrativa aver progressivamente costruito lo spazio di effettiva tutela del principio in esame, cercando di colmare le molte lacune esistenti, a causa della sostanziale assenza di disciplina positiva<sup>12</sup>. Così, a livello sostanziale, il Giudice amministrativo è arrivato a valutare la pubblica amministrazione non solo come *potere pubblico*, ma anche come *"corretto contraente"*<sup>13</sup>. Le due principali disposizioni su cui si basa tale impostazione sono come detto

---

dice di Lussemburgo, che sembra sintetizzare gli elementi essenziali riguardo all'applicazione del principio di legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario (e che, almeno a livello generale, non sembrano discostarsi di molto da ciò che accade nel nostro ordinamento interno). La pronuncia in parola (C. giust. CE, Sez. IV, 14.3.2013, n. 545, ed *ivi* ampia giurisprudenza richiamata) afferma: "secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, il principio della tutela del legittimo affidamento rientra fra i principi fondamentali dell'Unione"; precisando che il diritto di avvalersi del suddetto principio "si estende ad ogni soggetto nel quale un'istituzione dell'Unione ha fatto sorgere fondate speranze". Esempi in tal senso sono costituiti da "assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative", mediante "informazioni precise, incondizionate e concordanti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili". Di contro, conclude la pronuncia menzionata, "nessuno può invocare una violazione di tale principio in mancanza di assicurazioni precise fornitegli dall'amministrazione". In senso analogo, vedi altresì: Trib. CE, Sez. I, 17.1.2013, n. 346.

<sup>11</sup> In tema, A. MARCHESELLI, *Affidamento nel diritto tributario*, in *D. disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2008, I e ss.

<sup>12</sup> È utile a riguardo ricordare che, precedentemente alla modifica operata dalla l. n. 15/2005, la giurisprudenza aveva individuato alcune particolari ipotesi di lesione dell'affidamento. Fra queste, merita schematicamente indicare: a) casi in cui l'Amministrazione, concluso un accordo con il privato - si pensi alla materia delle autorizzazioni allo svolgimento di attività bancaria o assicurativa - preliminarmente all'adozione di un provvedimento, avesse poi rifiutato il rilascio del provvedimento stesso; b) ipotesi di revoca di provvedimenti concessori richiedenti, per lo svolgimento di servizi pubblici, la costruzione di impianti di elevato costo ammortizzabili nel corso di più anni; c) casi di lottizzazione convenzionata, allorquando la P.A., nonostante l'approvazione del piano di lottizzazione, avesse apportato varianti o adottato nuovi strumenti urbanistici in contrasto con esso; infine, d) ipotesi di ripetizione dell'indebito da parte della Amministrazione.

<sup>13</sup> R. SACCO, *Trattativa*, in *D. disc. priv., sez. civ., Agg.*, 2012, 1087 e ss.

gli artt. 1337 e 1338 c.c..

In base a questi due articoli: "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede" (art. 1337). Inoltre, qualora una parte, "conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto", non ne dia notizia all'altra parte, "è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto" (art. 1338).

Per cui, l'interesse tutelato nel codice civile è quello corrispondente ad un comportamento *corretto* nella formazione del rapporto giuridico, senza cioè i condizionamenti negativi derivanti da *menzogne*, *inerzie* o *sorprese*<sup>14</sup>. Non a caso, la dottrina civilista afferma che la disciplina richiamata intenda preservare le parti dai danni causati dall'*"illusione"*<sup>15</sup>. Le disposizioni indicate stabiliscono *obblighi di correttezza* e di *buona fede* durante le trattative che precedono la stipulazione del contratto. Obblighi che rilevano soprattutto nel momento in cui l'accordo lascia spazio alle scelte dei contraenti, permettendo così possibili situazioni di disegualianza.

L'impiego del principio di correttezza e di buona fede si configura come una *"regola di governo della discrezionalità"*. La stessa dottrina civilista pone in evidenza come il divieto di agire in modo sleale è *"diretto a tutti"*, ossia *"ai privati, e alle pubbliche amministrazioni"*<sup>16</sup>.

La conseguenza giuridica della violazione

---

<sup>14</sup> Così, ancora, R. SACCO, *Trattativa*, cit. In tema vedi altresì: G. M. RACCA, *Correttezza*, diretto da S. CASSESE, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1529 e ss.

<sup>15</sup> R. SACCO, *Trattativa*, cit.

<sup>16</sup> R. SACCO, *Trattativa*, cit. Per alcuni brevi cenni agli altri ordinamenti (in particolare Germania, Inghilterra e Francia) si rinvia a S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 248-256. Vedi anche relativamente all'ordinamento inglese: L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit., 143-152. Sempre sull'ordinamento inglese, da ultimo, S. VALAGUZZA, *Tutela dell'affidamento nel diritto nazionale e legittimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell'amministrazione e il principio di coerenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubb.com.*, 2010, fasc. 5, 1257 e ss.

dei divieti indicati è costituita dal sorgere di una *responsabilità precontrattuale*. Da essa scaturisce un obbligo risarcitorio<sup>17</sup>.

Si tratta però di un obbligo legato ad una serie di precise condizioni, la più importante delle quali è che il privato dimostri di aver tenuto un comportamento *diligente*; in caso contrario verserà in una situazione di *affidamento colposo*, che gli precluderà il relativo risarcimento. Per cui: se il privato ricevesse un *contributo pubblico* in palese violazione dei principi di concorrenza e imparzialità, non potrà poi richiedere il risarcimento del danno derivante dal fatto che la pubblica amministrazione ha successivamente annullato quell'atto in via di autotutela, poiché il suo *affidamento* in ordine al relativo contributo non è garantito a causa del suo *affidamento colposo*<sup>18</sup>. In tema merita infine dare conto di una pronuncia recente che contiene un esempio molto efficace a questo riguardo. In questa pronuncia si afferma che, non merita tutela, l'*affidamento* di "colui che richiede, ed ottiene, un permesso di costruire per edificare un immobile sul Colosseo", dal momento che, secondo un criterio di ordinaria diligenza, egli avrebbe dovuto sapere della "impossibilità, nota anche al "quisque de populo", di conseguire il titolo richiesto"<sup>19</sup>. Ragion per

cui, in detta fattispecie, l'annullamento d'ufficio disposto dalla pubblica amministrazione è perfettamente legittimo. Da ciò deriva un'ulteriore conseguenza, ossia che per ottenere la tutela del legittimo affidamento occorre che il privato conosca le norme di legge. Una tale regola può essere ricondotta al principio secondo cui "la legge non ammette ignoranza"<sup>20</sup>. Tuttavia, l'applicazione della regola stessa, almeno in termini di maggiore o minore severità, dipenderà, anche e soprattutto, dal grado di complessità della normativa, nonché dalla qualifica professionale del privato che richiede la tutela del suo *affidamento*<sup>21</sup>.

### 3. Difficoltà nella configurazione della posizione tutelabile attraverso il legittimo affidamento.

La determinazione delle varie figure che rappresentano concretamente le condotte *sleali* o *scorrette* attraverso cui si accerta la violazione del principio di legittimo affidamento, costituisce uno dei compiti più problematici in tema. A livello civilistico si fa spesso riferimento a documenti internazionali, al fine di individuare i c.d. indicatori di serietà. Tipico in tal senso il caso dei "Principles", elaborati da *Unidroit* per il commercio internaziona-

<sup>17</sup> In tema, G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della p.a. tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000. Della stessa Autrice vedi utilmente: ID., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, diretto da P. RESCIGNO - E. GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, Tomo I, *I contratti della pubblica amministrazione*, a cura di C. FRANCHINI, X, Torino, 2007, 637 e ss.; ID., *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, in *Neldiritto*, n. 2/2009, 281 e ss.; e, infine, ID., *La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni nella stipulazione dei contratti pubblici*, in sito web csm.it

<sup>18</sup> Da ultimo, CdS, V, 15.11.2012, n. 5772: "l'interesse pubblico alla revoca dell'illegittimo finanziamento al ricorrente prevale sull'eventuale affidamento ingenerato nello stesso. Soprattutto, considerando le modalità palesemente illegittime attraverso le quali il ricorrente si è visto assegnare il finanziamento comunitario (violazione del principio di immodificabilità del bando, della pubblicità degli atti di gara, violazione della par condicio), è da escludere che si possa essere ingenerato un qualsiasi legittimo affidamento".

<sup>19</sup> TAR Calabria, Ct, Sez. II, 14.12.2010, n. 2952. Tale regola trova esplicito riconoscimento nel già richiama-

to art. 1338 c.c., che tutela soltanto il contraente che abbia confidato "senza sua colpa" nella validità ed efficacia del contratto concluso; in tema, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 122.

<sup>20</sup> Particolarmente significativa, seppure risalente nel tempo, la pronuncia della Cass. Civ., sez. III, 26.6.1998 n. 6337: "Se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali cioè da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e comunque tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia ommesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse". Da ultimo, Cass., Sez. III, 8.7.2010, n. 16149.

<sup>21</sup> Vedi, in tal senso, CdS, VI, 3.2.2011, n. 780. Nonché, la già citata TAR Calabria, Ct, Sez. II, 14.12.2010, n. 2952, in cui si pone in evidenza come, a causa dell'elevatissimo numero di norme caratterizzate da profili di specificità e tecnicismo, ai fini della conoscibilità da parte dell'uomo medio delle norme che disciplinano l'attività della p.a., si deve distinguere fra quelle caratterizzate da maggiore o da minore tecnicità.



le<sup>22</sup>, secondo cui costituiscono casi di comportamento scorretto: “l’inizio o la prosecuzione di trattative con l’intenzione di non concludere”<sup>23</sup>; oppure, “la diffusione o l’utilizzo di informazioni confidenziali ricevute nel corso delle trattative”<sup>24</sup>.

Anche a livello amministrativistico, la verifica della *malafede* dell’amministrazione è operata tenendo conto del *livello di serietà* dei rapporti intercorsi con il privato. Ma, fissare i parametri in base ai quali una certa posizione può essere considerata *seria*, e dunque anche *consolidata* a livello giuridico, rappresenta uno dei problemi più complessi in tema.

A questo riguardo può essere utile osservare la dinamica procedimentale. Ciò potrà aiutare a capire *da che momento* una posizione soggettiva di legittimo affidamento possa realizzarsi.

Consideriamo le due seguenti ipotesi. La prima costituita dal caso in cui l’azione amministrativa è iniziata, ma non si è ancora conclusa. La seconda costituita dal caso in cui l’azione amministrativa si è già conclusa, mediante l’adozione di un provvedimento.

Dalla prospettiva indicata è agevole osservare un dato, se il legittimo affidamento consiste anzitutto in una *posizione di vantaggio* caratterizzata da un certo grado di *stabilità*, ciò significa che questa posizione sarà più facilmente verificabile quando l’azione amministrativa si è già conclusa, giacché solo la conclusione dell’azione determinerà un maggior grado di stabilità delle relative posizioni.

Maggiori difficoltà, al contrario, si porranno per coloro che non hanno ancora ricevuto un provvedimento favorevole, poiché sarà più arduo per questi ultimi dimostrare il consolidamento della propria posizione. Questa osservazione è utile a comprendere un aspetto essenziale del principio di legittimo affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo, vale a dire che il suo livello di effettività (*i.e.* forza giuridica) dipende da un particolare presupposto costituito dalla presenza o meno di poteri amministrativi già esercitati.

<sup>22</sup> In tema, M. J. BONELL, *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 621 ss.

<sup>23</sup> Vedi art. 2.14.

<sup>24</sup> Vedi art. 2.15.

Tipico, in tal senso, il caso del legittimo affidamento innanzi ai *poteri di autotutela* amministrativa<sup>25</sup>, allorché si provveda al *ritiro* dall’ordinamento giuridico di precedenti provvedimenti favorevoli per il privato, soprattutto al fine di migliorare la cura del pubblico interesse. Per cui è *di fronte* al potere già esercitato, ossia al *potere che si è fatto atto*<sup>26</sup>, che può esistere con relativa sicurezza una posizione di vantaggio che il legittimo affidamento tende a proteggere.

In definitiva, il costituirsi di una posizione di legittimo affidamento impone che il soggetto interessato abbia instaurato un “dialogo” con l’amministrazione<sup>27</sup>, ossia che possa vantare almeno una posizione di *interesse legittimo pretensivo*<sup>28</sup>. Tuttavia, ciò rappresenta un presupposto, *necessario ma non sufficiente*, per il verificarsi del legittimo affidamento, poiché la sua tutela dipende da ulteriori fattori, collegati ad un maggior grado di consolidamento della posizione soggettiva.

È qui possibile osservare come, almeno in termini di *ampliamento* della tutela, il legittimo affidamento rappresenti una particolare evoluzione dell’interesse legittimo.

#### 4. Legittimo affidamento nella prospettiva di una procedura di appalto.

Come anticipato, l’analisi concreta del principio di legittimo affidamento nella sua dinamica applicativa sarà dedicata al settore specifico degli appalti (o dei contratti) pub-

<sup>25</sup> In tema, per un quadro generale, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 549 e ss. Nonché, con riferimento specifico al legittimo affidamento, D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell’affidamento*, a cura di D. CORLETTI, in *Procedimenti di secondo grado e tutela dell’affidamento*, Padova, 2007, 1 e ss.

<sup>26</sup> Parafrasando qui la celebre espressione (l’originale è “*farsi dell’atto*”) di Feliciano Benvenuti, contenuta in una prolusione tenuta agli inizi degli anni Cinquanta del secolo scorso presso l’Università di Padova, sul tema *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 121.

<sup>27</sup> Per questa efficace formulazione, almeno per i necessari riferimenti, F. G. COCCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, a cura di F. G. COCCA, in *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 160.

<sup>28</sup> Definizione, altrettanto celebre, di Mario Nigro (da ultimo, *Id.*, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 113 e ss.).

blici<sup>29</sup>. A questa stregua può subito rilevarsi che la titolarità di una posizione di legittimo affidamento (e non di semplice interesse legittimo pretensivo), appartiene, non a colui che ha semplicemente partecipato ad una gara, bensì a colui che vi ha partecipato risultandone anche *aggiudicatario*.

Da questa prospettiva è più agevole osservare come la posizione di legittimo affidamento costituisca un'evoluzione dell'interesse legittimo pretensivo. Infatti, i semplici partecipanti ad una procedura di gara, pur titolari di una posizione di interesse legittimo pretensivo (che consente loro di richiedere informazioni alla Commissione di gara, di presentare memorie, di accedere ai verbali di gara, ecc.), non sono titolari di una posizione di legittimo affidamento tutelabile, in quanto per acquisirla necessitano di *qualcosa di più*, nel caso di specie dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

È dunque l'aggiudicazione definitiva che determina il passaggio (o meglio il mutamento) dal livello più basso dell'interesse legittimo, al livello più alto del legittimo affidamento.

Quanto indicato rappresenta il *terreno* in cui l'applicazione del relativo principio è più chiara<sup>30</sup>. Infatti, proprio nella materia degli appalti pubblici la giurisprudenza sembra aver precisato con maggior grado di nitidezza le (talvolta variabili) forme di tutela di questo principio. Ciò è stato possibile, a partire soprattutto da una migliore definizione dei suoi *presupposti*, dei suoi *limiti* e delle sue *modalità applicative*. Ed in effetti, la materia degli appalti pubblici si caratterizza più di altre per la compresenza di specifici profili di diritto amministrativo e di specifici profili di diritto privato, a cui per altro si aggiunge la rigida separazione degli stessi. Il *primo* (c.d. momento amministrativo o pubblicistico) è funzionale alla scelta del soggetto cui aggiudica-

re il contratto. Il *secondo* (c.d. momento privatistico) è funzionale alla stipulazione vera e propria del contratto con il soggetto individuato nella prima fase.

La rigida separazione dei due momenti indicati consente di precisare il confine fra posizioni di *legittimo affidamento* e posizioni di *interesse legittimo*, il cui naturale *spartiacque* è dato dall'aggiudicazione<sup>31</sup>.

Nel caso in cui il procedimento si sia concluso con l'individuazione di un contraente (*aggiudicatario*), sarà più semplice dimostrare il grado di consolidamento della relativa posizione, poiché l'amministrazione ha già instaurato un primo e più solido rapporto con il privato. Ne conseguirà che, laddove l'amministrazione *ritardi* o *rifuti* senza giustificato motivo di stipulare il successivo *contratto di appalto*, il privato potrà lamentare la violazione del legittimo affidamento.

L'eccessivo (e dunque colpevole) *ritardo* dell'amministrazione nell'informare gli aggiudicatari di alcune sue determinazioni, rappresenta il caso più frequente in cui si *riconosce* (e non solo si *invoca*, spesso con scarsi risultati) la violazione del legittimo affidamento, offrendo così un'importante tutela al soggetto privato.

Volendo dare conto, più in dettaglio, di quanto accade nella prassi è possibile individuare le seguenti ipotesi.

In un primo caso, il comportamento contrario al legittimo affidamento si verifica quando l'amministrazione, successivamente all'aggiudicazione definitiva dell'appalto, ed in assenza di particolari impedimenti, *rimane inerte*, cioè non procede alla stipula del contratto<sup>32</sup>. Si tratta di un classico esempio di amministrazione inerte (o "*pigra*"), il cui disvalore è ora sancito espressamente dall'art. 2 *bis*, l. n. 241/1990 cit., approvato nel 2009 (*infra*).

Una seconda ipotesi di comportamento contrario al legittimo affidamento, si ha quando l'amministrazione si trova costretta a revocare l'aggiudicazione in quanto non ave-

<sup>29</sup> In tema si rinvia al recente contributo di L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 39 e ss.

<sup>30</sup> Il sistema indicato nel testo trova conferma nella giurisprudenza amministrativa. A riguardo, fra le altre pronunce recenti, TAR Puglia, Ba, Sez. I, 12.1.2011, n. 20; CdS, V, 27.4.2011, n. 2479; CdS, IV, 26.3.2012, n. 1766; CdS, VI, 19.1.2012, n. 195; CdS, V, 8.11.2012, n. 5681; CdS, V, 5.4.2012, n. 2007; TAR Lazio, Lt, Sez. I, 18.7.2012, n. 570.

<sup>31</sup> Vedi CdS, V, 28.5.2010, n. 3393 e CdS, V, 8.9.2010, n. 6489. Per maggiori aperture vedi, tuttavia, CdS, VI, 17.12.2008, n. 6264.

<sup>32</sup> Vedi, fra le molte, TAR Lazio, Sez. III, 14.2.2011, n. 1392.



va accertato preventivamente la disponibilità della "copertura finanziaria"<sup>33</sup>.

Una terza ipotesi, contraria ai doveri di correttezza e di buona fede, dunque al principio di legittimo affidamento, si verifica quando l'amministrazione, pur sapendo che l'esito favorevole dell'appalto dipende da un apposito atto amministrativo (parere, nulla osta, ecc.), non avvisa i soggetti partecipanti di tale condizione, e successivamente ritira (annulla) la procedura proprio in base alla mancanza della condizione stessa<sup>34</sup>.

Una quarta ipotesi - invero estrema - si ha infine laddove l'amministrazione provveda a bandire una gara d'appalto che, *ab origine*, mai avrebbe dovuto indire. Ciò si risolve in un comportamento lesivo del legittimo affidamento dei partecipanti. Tuttavia, occorre precisare che il Giudice amministrativo riconosce la relativa tutela - anche prima dell'aggiudicazione definitiva - solo qualora la lesione riguardi il ricorrente che aveva presentato la migliore offerta. E ciò nel caso in cui, ad esempio, l'amministrazione non avesse ancora aggiudicato l'appalto, a causa dell'avvio di un procedimento (non ancora definito) per la verifica dell'anomalia dell'offerta<sup>35</sup>.

Le ipotesi indicate si fondano sul presupposto costituito dalla stabilità della *situazione giuridica favorevole*, corrispondente all'intervenuta aggiudicazione<sup>36</sup>. Presupposto, per altro, che diventa sempre più consistente e intenso col *trascorrere del tempo*<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Vedi, TAR Calabria, Ct, II, 23.5.2012, n. 502.

<sup>34</sup> Vedi, TAR Campania, Na, VIII, 9.1.2013, n. 206.

<sup>35</sup> Vedi TAR Campania, Na, VIII, 3.7.2012, n. 3143. Gara in cui "l'aggiudicazione provvisoria veniva differita a data da destinarsi", e successivamente annullata poiché, con il "passaggio della gestione dei servizi idrico e fognario" ad altro soggetto, è cessata la competenza del Comune alla realizzazione di nuove opere. Fonte di responsabilità è dunque il "coinvolgimento in trattative inutili" delle ditte interessate. Secondo il Giudice amministrativo il ricorso, almeno nella parte risarcitoria, è meritevole di accoglimento atteso che "fonte di responsabilità del Comune non è il provvedimento di annullamento della gara (...) ma la lesione del legittimo affidamento circa l'aggiudicazione di una gara la cui indizione avrebbe potuto essere evitata".

<sup>36</sup> Vedi TAR Lazio, III, 3.8.2006, n. 6911.

<sup>37</sup> Vedi, da ultimo, TAR Campania, Na, VIII, 9.1.2013, n. 206.

Ma, nonostante ciò, anche nel settore degli appalti, in cui per le ragioni precisate è più agevole individuare posizioni tutelabili nella forma del legittimo affidamento, non mancano casi, invero molto rari, che mettono in discussione la ricostruzione appena indicata.

Si tratta di ipotesi molto problematiche, in cui sembra smarrirsi la *bussola* rappresentata dal criterio del grado di consolidamento della posizione soggettiva di vantaggio. Più in particolare, ci riferiamo al caso in cui si riconosce la tutela al legittimo affidamento, *nonostante* l'azione amministrativa non sia ancora conclusa, mediante l'approvazione di un provvedimento favorevole per il privato.

In tali casi si riconosce una posizione di legittimo affidamento *ancor prima dell'aggiudicazione*, per cui indipendentemente dalla stessa. Così, la relativa tutela deriva dalla mancata conclusione del procedimento di gara, e non dalla mancata stipulazione del successivo contratto come conseguenza naturale dell'intervenuta aggiudicazione.

Il caso *limite* emerso dall'analisi giurisprudenziale è quello di una procedura di gara revocata prima dell'apertura della "busta" riguardante il "prezzo offerto".

In questa fattispecie, pur riconoscendosi la legittimità della revoca sia in primo grado che in appello<sup>38</sup>, è stata affermata la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione per gli *affidamenti* suscitati nelle imprese, relativamente alla violazione dei doveri di *lealtà e buona fede*, di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. più volte citati.

Per arrivare alle conclusioni indicate, l'organo giurisdizionale ha accertato i seguenti *indicatori di scarsa serietà* amministrativa, da porre poi a fondamento della condanna risarcitoria.

Un primo indicatore è stato rinvenuto nella "*adozione di scelte contraddittorie*", a causa del mancato rispetto degli oneri di programmazione annuale e pluriennale.

Un secondo indicatore è stato individuato negli "*ingiustificati ritardi di conduzione del*

<sup>38</sup> TAR Lazio, Sez. II, *quater*, 16.3.2010, n. 4175; confermata in appello da CdS, VI, 2.9.2011, n. 4921 (si trattava della gara per la realizzazione della «Discoteca di Stato e del Museo dell'audiovisivo»).

*procedimento*”, a causa della “*stasi*” amministrativa determinata dalla lunghezza del tempo trascorso fra data di indizione della gara e data di adozione della revoca.

Infine, un terzo indicatore è stato identificato nella “*mancata comunicazione agli interessati di sopravvenute decisioni*”, poiché in tal modo non è stato possibile consentire agli stessi di “*riadeguare le proprie strategie aziendali al possibile esito infruttuoso del procedimento*”.

Nel caso preso in esame, il Giudice amministrativo ha riconosciuto al privato il risarcimento del danno, non a causa della violazione di una sua posizione consolidata attraverso un provvedimento di aggiudicazione, bensì a causa della scarsa *serietà* amministrativa. Infatti, laddove l’amministrazione disponeva già da tempo di informazioni idonee a configurare la fondata ipotesi della revoca della gara, avrebbe dovuto prontamente (o comunque nel giro di un breve lasso di tempo) procedere ad informare i soggetti interessati, dando così modo agli stessi di riorganizzare le proprie “*strategie aziendali*”. Tale pronuncia riconduce il legittimo affidamento, non alla tutela di una posizione soggettiva qualificata, ossia alla tutela di un “*rapporto personalizzato*” fra amministrazione e privato<sup>39</sup>, come argomenta una recente pronuncia, bensì alla più tenue violazione di un generico dovere di correttezza e buona fede da parte dell’amministrazione. Nel quadro di una procedura ad evidenza pubblica, ciò si traduce soprattutto nell’obbligo di rendere al (semplice) partecipante, le informazioni necessarie al fine di impedire che si consolidi un affidamento sulla, invece incerta, conclusione del procedimento<sup>40</sup>. La durata dell’*iter* procedurale gioca dunque un ruolo fondamentale in materia. L’innalzamento ingiustificato della durata dei termini del relativo procedimento determina proporzionalmente l’incremento del livello di scarsa *serietà* amministrativa e, con essa, il sostanzarsi di una responsabilità precontrattuale, comportante la violazione del

legittimo affidamento. Le pronunce che seguono questo indirizzo sono come detto molto rare. Le stesse, per altro, non sono immuni da qualche incertezza. Infatti, nonostante il condivisibile sforzo a favore dell’ampliamento della tutela del privato nelle procedure ad evidenza pubblica, tali pronunce tendono forzatamente ad equiparare nella medesima posizione i partecipanti ad una procedura di gara, senza distinguere fra chi, almeno in potenza, avrebbe potuto vincere la stessa, e chi, invece, vi ha solamente partecipato. Più coerente, almeno in termini applicativi, sembra invece quella posizione, come detto ampiamente maggioritaria, che riconosce al solo il vincitore (anche potenziale per il tramite di un giudizio prognostico laddove possibile<sup>41</sup>) della procedura di gara, la relativa tutela del legittimo affidamento. Solo quest’ultimo, infatti, sembra poter vantare un “*diritto alla trattativa*” con l’amministrazione<sup>42</sup>, che matura proprio a partire dall’aggiudicazione, come momento che segna l’incontro delle volontà dell’amministrazione e del privato in ordine alla conclusione del contratto<sup>43</sup>.

A ragionare diversamente sarebbe difficile mettere a fuoco, almeno nel settore qui preso in esame, le differenze fra interesse legittimo pretensivo e tutela del legittimo affidamento.

Senza trascurare inoltre il profilo della quantificazione del danno, in tal modo privo del naturale punto di riferimento costituito dalla mancata stipulazione del contratto, difficilmente configurabile in mancanza di preventiva aggiudicazione<sup>44</sup>. Anche per queste ragioni esiste come già rilevato un granitico indirizzo giurisprudenziale contrario a riconoscere la tutela del principio di legittimo affidamento in un momento precedente all’aggiudicazione definitiva.

## 5. Spunti conclusivi in ordine alla nuova

<sup>41</sup> In tema, a livello generale, vedi F. DE LEONARDIS, *Sui presupposti del risarcimento del danno per lesione di interesse pretensivo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2009, p. 150.

<sup>42</sup> In senso conforme, CdS, V, 28.5.2010, n. 3393.

<sup>43</sup> TAR Campania, Na, VII, 12.7.2012, n. 3387.

<sup>44</sup> Nelle pronunce più volte citate (TAR Lazio, II, *quater*, 16.3.2010, n. 4175 e CdS, VI, 2.9.2011 n. 4921), il danno viene quantificato dal Giudice “*in via equitativa*”.

<sup>39</sup> Vedi, in questi termini, TAR Campania, Na, I, 26.11.2012, n. 4810.

<sup>40</sup> Si riprende qui, quasi testualmente, quanto indicato nella già citata pronuncia del CdS, VI, 2.9.2011, n. 4921 (punto 3, parte in diritto).





## frontiera aperta in tema dagli strumenti di tutela contro l'amministrazione pigra.

Le rarissime - almeno per quanto ci consta - pronunce che vanno in senso opposto rispetto a quello fino a qui indicato in materia di "tutela del legittimo affidamento e appalti pubblici" potrebbero, invero, fondarsi su presupposti diversi, derivanti da fenomeni più ampi (e particolarmente innovativi) che interessano il nostro ordinamento.

Si tratta, in particolare, di alcuni nuovi istituti, la cui efficacia va nel senso di riconoscere maggiore protezione contro uno stato patologico della nostra amministrazione, che con espressione di sintesi potremmo definire *amministrazione pigra*. Nell'ordinamento recente è infatti possibile scorgere segnali di un certo rilievo e consistenza per combattere questa tradizionale anomalia. A questo proposito, non si comprende se in modo consapevole, ossia secondo una strategia ampia e sistematica, oppure in modo del tutto episodico, il legislatore ha negli ultimi anni - e segnatamente a partire dal 2009 - introdotto una serie di rimedi per combattere il fenomeno qui definito dell'*amministrazione pigra*.

Ciò è avvenuto agendo in due direzioni: la prima direzione riguarda la tutela a favore degli atti che, per comodità espositiva, potremmo definire *atti amministrativi individuali*; la seconda è invece quella relativa agli *atti amministrativi generali*.

A) Relativamente ai rimedi contro le inerzie amministrative concernenti gli atti amministrativi individuali, occorre riferirsi anzitutto alla nuova previsione contenuta nell'art. 2 bis, l. n. 241/1990, che prevede il risarcimento del danno provocato dal ritardo amministrativo nell'adottare un provvedimento richiesto dal privato<sup>45</sup>.

In modo emblematico, l'art. 2 bis cit. sembra configurare tale ritardo come fatto illecito in sé, ammettendo in maniera esplicita la ri-

<sup>45</sup> A livello generale, sul rapporto fra "beni della vita e modelli di responsabilità", anche relativamente al c.d. danno da ritardo, vedi utilmente E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, pag. 521 e ss. (spec. par. 8).

sarcibilità del danno da ritardo mero<sup>46</sup>, laddove stabilisce che "Le pubbliche amministrazioni (...) sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento".

Le maggiori responsabilità legate al rispetto dei tempi dell'azione determineranno probabilmente una maggiore attenzione al rispetto dei tempi procedurali. A questo riguardo va poi ricordato che il nuovo co. 9, dell'art. 2, l. n. 241/1990 cit. (introdotto nel 2012<sup>47</sup>) rafforza l'obbligo di rispetto dei termini di risposta amministrativa, prevedendo che "La mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente". Sempre in questo ambito (tutela avverso i ritardi amministrativi relativamente a provvedimenti individuali o puntuali) occorre altresì richiamare il nuovo strumento processuale della c.d. azione di adempimento, introdotto nel 2012, con una modifica al codice del processo amministrativo<sup>48</sup>. Attraverso il secondo correttivo è stata infatti inserita nel testo della lettera c), dell'art. 34 c.p.a., la seguente disposizione "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è

<sup>46</sup> In tema, da ultimo, M. C. D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo*, Napoli, 2012, specialmente la parte relativa alla "esaltazione" del "valore tempo" nell'art. 2 bis, cit., 158 e ss.; D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, a cura di M. RENNA - F. SAIITA, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 477 e ss.; S. D'ANTONIO, *Risarcimento del danno da "mero ritardo" e situazione giuridiche soggettive*, in *Giur. it.*, 6, 2011, 1426 e ss.; G. MARI, *Art. 2 bis, l. n. 241/1990*, a cura di M. A. SANDULLI, in *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 263 e ss.; M. RENNA, F. FIGORILLI, *Commento agli artt. 2 e 2 bis, l. n. 241/1990*, a cura di A. BARTOLINI - S. FANTINI - G. FERRARI, in *Codice dell'azione amministrativa*, Roma, 2010, 105 e ss. Infine, sui profili generali riguardanti le inefficienze amministrative e le relative forme di tutela, con utili spunti di diritto sovranazionale e comparato, vedi A. M. BONOMO, *Inefficienza della pubblica amministrazione e "nuove" tutele del cittadino*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2012, 1373 e ss.

<sup>47</sup> Con d.l. 9.2.2012, n. 5, conv. in l. 4.4.2012, n. 35.

<sup>48</sup> Modifica approvata con d.lgs. 14.9.2012, n. 160.

esercitata (...) contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio". Attraverso tale previsione - pur formalmente non aggiunta al decalogo delle azioni di cui agli artt. 29-31<sup>49</sup> - si riconosce l'esistenza di un'azione di condanna dell'amministrazione all'adempimento, mettendo fine alle perplessità sull'ammissibilità della stessa<sup>50</sup>, introducendo un nuovo rimedio avverso i silenzi amministrativi, allorché gli stessi assumono la forma di ingiustificate pigrizie amministrative<sup>51</sup>.

B) Relativamente ai rimedi contro le inerzie amministrative concernenti atti amministrativi generali è necessario, infine, richiamare il nuovo istituto delle c.d. azioni collettive contro la pubblica amministrazione (o meglio azioni "per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici")<sup>52</sup>. Si tratta di un nuovo rimedio volto essenzialmente a costringere le Amministra-

zioni inerti ad approvare atti del genere sopra indicato - e segnatamente "atti amministrativi generali obbligatori" - quando la relativa azione è imposta per legge<sup>53</sup>. Uno strumento che, per altro, ha già trovato numerose applicazioni favorevoli ai ricorrenti. E ciò, proprio nel senso di imporre l'azione ad amministrazioni inattive. Così, avverso le Amministrazioni pigre, le c.d. *class action pubbliche* hanno trovato concreta attuazione ad esempio nel caso, invero molto delicato, relativo alla mancata adozione di un piano concernente "il trattamento delle persone affette da autismi"<sup>54</sup>, laddove la Regione non aveva predisposto il piano indicato, nonostante un'apposita normativa lo imponesse. Allo stesso modo, nel caso riguardante la mancata attivazione della c.d. PEC (posta elettronica certificata), l'azione collettiva pubblica è stata utilizzata laddove la Regione, nonostante la normativa nazionale<sup>55</sup>, non aveva adottato tutti gli atti amministrativi necessari a garantire l'effettiva possibilità per gli utenti di comunicare con la Regione col mezzo indicato<sup>56</sup>. Gli strumenti recentemente introdotti contro la *pigrizia amministrativa* potrebbero schiudere il passo a nuove e più ampie forme di tutela del principio di legittimo affidamento<sup>57</sup>. Come è emerso nel corso dell'analisi, infatti, è l'inerzia amministrativa a costituire la principale fonte di responsabilità dell'amministrazione, cui consegue la violazione dei connessi doveri di lealtà e correttezza, nonché del relativo principio applicativo rappresentato dal legittimo affidamento.

<sup>49</sup> In questi termini, A. CARBONE, *L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul d.lgs. 14.9.2012, n. 160 (c.d. Secondo Correttivo)*, in sito web giustamm.it. Dello stesso Autore vedi, ancora più diffusamente, ID., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012. Per ampie riflessioni in tema, prima della riforma del 2012 cit., vedi M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1121 ss.; M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, a cura di R. CARANTA, in *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, pp. 573 ss.; A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del XVI Convegno di Studi amministrativi di Varenna del 23-25.9.2010*, Milano, 2011, 75 ss.; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in sito web giustamm.it, 2010.

<sup>50</sup> Perplessità che come noto ancora residuavano nonostante gli importanti interventi giurisprudenziali adottati all'indomani dell'emanazione del Codice; ci si riferisce, più in particolare, alla presa di posizione dell'Ad. Plenaria in favore dell'ammissibilità dell'azione di adempimento, nonché alle pronunce del Giudice di prime cure, soprattutto del Tar Lombardia (TAR Lombardia, Mi, Sez. III, 8.6.2011, n. 1428 e Id., 10.4.2012, n. 1045) e del Tar Puglia, Ba, Sez. III, 25.11.2011, n. 1807.

<sup>51</sup> Seppur con i noti limiti ipotizzabili soprattutto laddove residuino poteri amministrativi discrezionali.

<sup>52</sup> Approvato con d. lgs. 198/2009. In tema, fra gli altri, E. ZAMPETTI, *Class action pubblica ed effettività della tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 12, 4104 e ss.

<sup>53</sup> Art. 1, co. 1, d. lgs. n. 198/2009, cit.

<sup>54</sup> Vedi TAR Sicilia, Pa, 4.4.2012, n. 707.

<sup>55</sup> E ciò, già a partire dall'art. 54, co. 2, *ter*, d. lgs. 7.3.2009, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale.

<sup>56</sup> TAR Basilicata, Sez. I, 23.9.2011, n. 478.

<sup>57</sup> Pur con i rischi che ciò potrebbe comportare per le (già dissestate) finanze pubbliche. Un profilo, questo, che occorre sempre considerare allorché si affronta il tema del grado di effettiva tutela riconosciuta ad un principio. Infatti, le pur giuste e condivisibili ricostruzioni rivolte alla maggiore tutela possibile dell'amministrato, si scontrano, e devono far i conti, con il non trascurabile *controlimite* costituito dal problema finanziario. Da cui consegue la desolante constatazione che tutti i diritti, anche quelli più alti ed assoluti, sono, oggi, *finanziariamente condizionati*.



Si tratta naturalmente di una nuova frontiera che, data la sua novità, richiederà tempo per coglierne tutti i relativi risvolti applicati-

vi, nonché più ampie trattazioni scientifiche per coglierne tutti i relativi risvolti problematici.

«.....GA.....»