

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO



DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

XV CICLO (Nuova serie)

Curriculum:

TEORIA DELLE ISTITUZIONI DELLO STATO TRA FEDERALISMO E DECENTRAMENTO

TESI DI DOTTORATO

Potere di riesame ed attività negoziale della p.a.

La difficile convivenza tra autotutela interna ed esterna nei contratti pubblici.

Coordinatore: Ch.mo Prof. Geminello Preterossi

Relatore: Ch. mo Prof. Enzo Maria Marenghi

CANDIDATO

Dott. Federico Francesco Noschese

Matricola: 8888300015

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

POTERE DI RIESAME ED ATTIVITA' NEGOZIALE DELLA P.A.: LA DIFFICILE CONVIVENZA TRA AUTOTUTELA INTERNA ED ESTERNA NEI CONTRATTI PUBBLICI.

Indice.

Premessa.

CAPITOLO I: LA PARABOLA EVOLUTIVA DELL'AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA: L'ASCESA E IL DECLINO DEL POTERE DI RIESAME.

1. *L'autotutela nelle diverse branche dell'ordinamento: una nozione dai tratti incerti.*
2. *Le difficoltà definitorie del potere di autotutela amministrativa.*
 - 2.1. *Le tesi dottrinali: dalla concezione minimale al potere di riesame.*
 - 2.2. *La concezione unitaria: una sistematizzazione omnicomprensiva.*
3. *Le origini e il fondamento normativo di un potere immanente all'azione amministrativa.*
 - 3.1. *L'inquadramento dogmatico dei poteri di autotutela in sede di riesame.*
4. *L'evoluzione normativa del riesame con effetto demolitorio: dal comune fondamento alle leggi n. 15/2005 e 80/2005.*
5. *Il potere di revoca nella codificazione della l. n. 15/2005.*
 - 5.1. *I presupposti della revoca e l'instabilità dell'atto amministrativo.*
 - 5.2. *Gli atti revocabili e la dimensione temporale degli effetti.*
 - 5.3. *La tutela dell'affidamento dei destinatari dell'atto e l'obbligo generale di indennizzo.*
 - 5.5. *Le modifiche della l. n. 164/2014: una nuova conformazione per il potere di revoca.*
6. *L'annullamento d'ufficio nell'originaria disciplina della l. n. 15/2005.*
 - 6.1. *Il modulo procedimentale dell'annullamento in autotutela, tra complessità e semplificazione.*
 - 6.2. *La particolare disciplina dell'annullamento ex art. 1 comma 136, l. n. 311/2004: l'inizio di un difficile dialogo tra autotutela e rapporti negoziali.*
7. *Le novità della l. n. 124/2015: una nuova veste per l'annullamento d'ufficio.*
 - 7.1. *L'ipotesi derogatoria prevista dal comma 2 bis e i numerosi dubbi interpretativi.*
 - 7.2. *Le ulteriori problematiche sottese alla nuova formulazione dell'art. 21 nonies l. n. 241/90: tra obiettivi ammirevoli ed esiti discutibili.*

CAPITOLO II: L'AUTOTUTELA INTERNA ED ESTERNA AL CONTRATTO: I CONTROVERSI RAPPORTI TRA REVOCA E RECESSO DELLA P.A.

1. *Premessa: le diverse tipologie di contratti pubblici e la veste cangiante della pubblica amministrazione.*
2. *La difficile convivenza tra autotutela pubblicistica e privatistica nella fenomenologia contrattuale.*
 - 2.1. *L'autotutela prima della conclusione del contratto e gli atti su cui può incidere.*
 - 2.2. *La revoca dell'aggiudicazione provvisoria e definitiva.*
 - 2.3. *Le conseguenze economiche della revoca: dall'obbligo di indennizzo alla responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione.*
3. *Autotutela, sospensione degli atti di gara e potere della p.a. di non procedere alla stipulazione del contratto.*
4. *Le novità del d.lgs. n. 50/2016 e la scomparsa dell'aggiudicazione provvisoria.*
5. *I poteri di riesame successivi alla stipulazione del contratto: il rapporto tra autotutela "interna" ed "esterna".*
 - 5.1. *Le ipotesi di autotutela interna previste dal nuovo Codice Appalti.*
6. *Lo scioglimento unilaterale della p.a. dal contratto: i difficili rapporti tra revoca e recesso.*
7. *Le diverse tipologie di recesso nei contratti della pubblica amministrazione: assetti variabili ed incertezze qualificatorie.*
8. *La dicotomia tra revoca e recesso negli appalti pubblici.*
 - 8.1. *L'orientamento favorevole alla revoca dell'aggiudicazione anche dopo la stipulazione del contratto.*
 - 8.2. *Le perplessità dell'orientamento contrario: l'autotutela pubblicistica si inchina innanzi al contratto.*
9. *La risposta dell'Adunanza Plenaria 20 giugno 2014 n. 14: un'ordinata sistemazione ma non una soluzione sistemica.*
10. *Le reazioni della giurisprudenza successiva e i numerosi dubbi irrisolti.*
11. *La tenuta delle elaborazioni giurisprudenziali a fronte delle novità introdotte dal nuovo Codice Appalti, e le perplessità sulle forme di tutela azionabili dal privato.*
12. *Il peculiare regime delle concessioni amministrative al confine tra contratto e provvedimento.*
13. *La revoca dei contributi e sovvenzioni pubbliche: i problemi di giurisdizione e l'intervento dell'Adunanza Plenaria 29 gennaio 2014 n. 6.*

CAPITOLO III: ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DELL'AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO.

1. *Annullamento d'ufficio e attività negoziale della p.a.: l'ostacolo del contratto.*
 - 1.1. *Annullamento d'ufficio ed atti della procedura ad evidenza pubblica.*
2. *Il potere di annullamento in autotutela dopo la stipulazione del contratto.*
 - 2.1. *La visione pancivilistica della fase esecutiva del contratto.*

- 2.2. *L'orientamento favorevole all'immanenza del potere di annullamento d'ufficio.*
3. *Annullamento giurisdizionale e annullamento in autotutela: tratti comuni e profili differenziali.*
4. *Il difficile inquadramento delle sorti del contratto a seguito dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. Le tesi emerse nel panorama dottrinale e giurisprudenziale.*
5. *Le conseguenze sul riparto di giurisdizione.*
6. *Un caso emblematico: autotutela amministrativa e contratti di finanza derivata. L'intervento dell'Adunanza Plenaria 5 maggio 2014 n. 13.*
7. *La rilettura del sistema imposta dall'evoluzione normativa: prospettive di ridimensionamento dell'annullamento d'ufficio.*
8. *I poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel d.lgs. n. 50/2016: una nuova frontiera per l'autotutela esterna al contratto.*
9. *Profili di responsabilità della p.a. e riparto di giurisdizione: un possibile schema riepilogativo.*

Considerazioni conclusive.

Bibliografia.

Premessa.

Fornire un contributo allo studio dei rapporti tra autotutela e contratto significa, necessariamente, mettere in relazione istituti appartenenti a settori distinti, quasi antitetici, dell'ordinamento, e governati da logiche diverse.

Da un lato si pone la tradizionale autoritatività della p.a., nella sua veste tipica di soggetto pubblico-istituzione, titolare di poteri di incisione unilaterale dei rapporti giuridici; dall'altro, si staglia il contratto, sinolo di gestione consensuale degli interessi che trova la sua norma fondante nella pariteticità delle parti.

Si instaura allora un dialogo difficile, nell'obiettivo di tentare una mediazione tra esigenze a lungo contrapposte, che solo l'evoluzione subita dal diritto amministrativo consente di avvicinare.

Ed infatti, proprio il processo di "contrattualizzazione" del diritto amministrativo accentua l'ingresso del fenomeno negoziale nell'attività amministrativa, imponendo di trovare un punto di equilibrio tra autoritatività e pariteticità della posizione assunta dalla p.a.

L'attività autoritativa perde quel carattere di assoluta unilateralità mediante il rafforzamento delle forme di partecipazione procedimentale e di coinvolgimento del privato, sempre meno destinatario passivo del provvedimento, e sempre più interlocutore attivo dell'Amministrazione.

Tuttavia, l'esaltazione della privatizzazione del pubblico non deve trarre in inganno: qualora l'azione amministrativa si dipani attraverso modelli civilistici non può ritenersi pedissequamente applicabile la disciplina privatistica, giacché la p.a. non smarrisce mai del tutto la propria veste autoritativa, giustificata dagli interessi perseguiti, che riemerge con intensità variabile, determinando una serie di peculiarità e prerogative che rendono la p.a. un contraente "atipico".

Tra esse, rientrano a pieno titolo i poteri di autotutela, espressione di una p.a. autorità che reagisce imperativamente ad un assetto contrastante con l'interesse pubblico. L'immanenza del potere di riesame si scontra, ad ogni modo, con l'ingresso nel ambito del contratto, dominato dalle regole del diritto privato, che non riescono a giustificare una prerogativa così forte in capo ad una delle parti.

Ecco allora che emerge tutta l'atipicità del contraente pubblico rispetto alla comune disciplina negoziale, che resta titolare di facoltà sconosciute alle relazioni inter pares, e che, giocoforza, devono ritenersi eccezionali.

Ne discendono due ordini di conseguenze: la necessaria tipicità, legale o convenzionale, e la loro interpretazione restrittiva.

L'autotutela rapportandosi al contratto, conosce una duplice dimensione, interna ed esterna ad esso, ma in entrambi i casi, perde il proprio carattere di generalità, divenendo un potere eccezionale.

Tale considerazione si confronta con un dato normativo equivoco, in cui la parabola discendente dell'autotutela amministrativa, tracciata dalle riforme che hanno investito gli artt. 21 quinquies e 21 nonies l. n. 241/90, sembra contraddetta dalla disciplina specifica dei contratti pubblici, significativamente incisa dal d.lgs. n. 50/2016, in cui traspare la volontà di preservare i suddetti poteri in capo alla p.a., nonostante la stipulazione del contratto.

L'interprete è chiamato, dunque, ad un compito difficile, dovendosi stabilire quale sia l'attuale conformazione dell'autotutela nella dialettica con i contratti pubblici, nella consapevolezza della difficoltà di sostenere una netta opzione tra autoritatività e paritetività.

Il punto di equilibrio è forse rappresentato da quella definizione di "parità solo tendenziale", affermata dalla giurisprudenza più recente, che riesce a definire adeguatamente il dissidio interiore dell'Amministrazione che accede al modulo contrattuale.

Si tratta, però, di un punto di partenza e non di arrivo.

Il presente studio si propone allora l'obiettivo, ambizioso, di colorare di contenuto e concretezza le coordinate ermeneutiche fornite dalla giurisprudenza, cercando di districarsi nella rapsodia legislativa che negli ultimi anni ha investito settori così cruciali dell'azione amministrativa, e così apparentemente distanti tra loro.

CAPITOLO I

LA PARABOLA EVOLUTIVA DELL'AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA: L'ASCESA E IL DECLINO DEL POTERE DI RIESAME.

1. *L'autotutela nelle diverse branche dell'ordinamento: una nozione dai tratti incerti.*

Il concetto di autotutela compare, sotto diverse forme e declinazioni, in diversi rami dell'ordinamento, potendosene riscontrare tracce, oltre che nel diritto amministrativo, sia nel diritto privato che nel diritto penale ed internazionale.

Le difficoltà nella ricostruzione di una nozione unitaria dell'autotutela¹ derivano dall'eterogeneità delle modalità di manifestazione di tale potere, spesso frammentarie ed eccezionali, che impongono all'interprete la ricerca di alcuni tratti comuni.

Nell'ambito del diritto internazionale, l'autotutela descrive quelle azioni dirette a reprimere l'illecito altrui, e che, pertanto, non possono considerarsi antiggiuridiche, anche quando consistono in violazioni di norme internazionali², rappresentando semplicemente la volontà di ristabilire l'ordine violato attraverso la cessazione dell'illecito e la cancellazione, ove possibile, dei relativi effetti.

Nel sistema del diritto privato, la nozione di autotutela entra a fatica, scontrandosi con principi generali che regolano i rapporti tra soggetti posti in posizione di parità dall'ordinamento: i poteri di incisione unilaterale nell'altrui sfera giuridica sono propri dei rapporti verticali (tra Autorità e cittadini), e solo eccezionalmente si configurano nelle relazioni orizzontali tra privati.

L'ordinamento, in linea generale, non contempla la possibilità di farsi giustizia da sé, senza ricorrere al potere dello Stato; gli artt. 392 e 393 c.p. puniscono infatti l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni da parte di coloro che possono adire l'autorità giudiziaria a tutela dei propri diritti.

L'autotutela privata ricorda una forma di diritto "primitivo" che affida ai consociati la risoluzione dei relativi contrasti, in un'ottica liberistica che rischia tuttavia di trascendere nel conflitto sociale³.

Solo allo Stato viene attribuito il compito di amministrare la giustizia e di svolgere la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti, affidata all'autorità giudiziaria ordinaria (art. 2907 c.c.).

Tale principio trova inoltre riconoscimento a livello costituzionale negli artt. 101 e 102 Cost., che fondano il potere giurisdizionale.

Esistono tuttavia delle ipotesi in cui è riconosciuto allo stesso privato il potere di agire a tutela del proprio diritto, legittimandolo ad incidere negativamente nell'altrui sfera giuridica.

¹ L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata, I, Introduzione*, Milano 1971; R. LENZI, *Condizione, autonomia privata, e funzione di autotutela*, Milano 1996.

² B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli 2013 pp. 147 e ss.

³ P. BASSO, *Il diritto di ritenzione*, Milano 2010 p. 5.

Come affermato da autorevole dottrina⁴, viene permesso al privato interessato di “provvedere a conservare ed attuare quello stato di fatto che sia conforme al suo diritto insoddisfatto o minacciato”.

Ciò conferma come l'autotutela sia una forma di tutela eccezionale, alternativa e residuale rispetto a quella giurisdizionale, connotata da eccezionalità in uno Stato di diritto.

L'autotutela trova la sua fonte immediata nella legge, pertanto non può prescindere da una disposizione normativa che la autorizzi espressamente, trattandosi di previsioni eccezionali che derogano al principio generale che vieta forme di reazione privata.

Tuttavia l'ammissibilità di forme di autotutela privata può essere confermata anche da una lettura a contrario del codice penale: gli art. 392 e 393 c.p., incriminando le ipotesi di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, dettano a contrario le condizioni che non integrando gli estremi del reato possono legittimare forme di autotutela.

Del resto, l'art. 52 c.p., è certamente espressione di un principio di autotutela del privato, costruita in via sussidiaria all'impossibilità di un tempestivo intervento dell'Autorità pubblica.

Si tratta, dunque, di avere a mente nella disamina delle fattispecie previste dalla legge di autotutela privata, le condizioni di liceità della reazione che non sconfinino nell'illiceità penale.

Inoltre, anche il sistema civile prevede nell'art. 2044 c.c. la causa di giustificazione della legittima difesa, come elisione dell'antigiuridicità dell'illecito aquiliano, giustificando forme di reazione ad un altrui comportamento illecito, sotto forma appunto di autotutela immediata.

L'autotutela privata nel diritto civile può assumere natura unilaterale o consensuale, a seconda che tragga origine dalla volontà di una sola delle parti in contesa, oppure dall'accordo tra i contraenti del rapporto alla cui attuazione è preordinata.

Le forme di autotutela consensuale rappresentano dei meccanismi di superamento del conflitto affidati all'accordo delle parti, che si pone come alternativa in chiave sostitutiva dell'intervento dell'autorità giudiziaria.

Tradizionalmente si fanno rientrare in questa categoria la transazione, l'arbitrato irrituale, l'arbitraggio, la cessione dei beni ai creditori, e secondo alcuni gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

In tali casi, l'autotutela, realizzandosi con il preventivo consenso dell'interessato, è più che altro espressione dell'autonomia più che dell'autotutela privata.

Diversamente, il potere di autotutela, autenticamente inteso, è unilaterale in quanto colui che agisce in reazione opera autonomamente, senza che ricorra un precedente accordo con l'altra parte in conflitto.

⁴ E. BETTI, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, Milano 1959, p. 530.

L'autotutela unilaterale può essere ulteriormente distinta, a seconda del carattere attivo o passivo che la contraddistingue.

Ha carattere attivo, quando ha per contenuto una condotta positiva e per risultato un mutamento protettivo dell'attuale stato di fatto: esempi di autotutela attiva sono rappresentati dalla diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c., nonché dagli artt. 1515 e 1516 c.c. sulla vendita per autorità del creditore.

Ha invece carattere passivo quando abbia per contenuto un'omissione, e per risultato il mantenimento dello stato di fatto esistente contro l'altrui pretesa di mutarlo.

Il singolo può dunque essere autorizzato a tutelarsi in forma passiva con un comportamento negativo di resistenza all'altrui pretesa: alcuni esempi possono riscontrarsi nelle eccezioni previste dagli artt. 1460 e 1461 c.c.

Un'ulteriore classificazione, nel comun denominatore dell'autotutela come difesa da un pregiudizio reale o potenziale, distingue tra l'autotutela con "funzione conservativa" e autotutela con "funzione reattiva".

La prima fattispecie descrive l'azione di colui che agisce per la conservazione della posizione che il soggetto riveste, o dell'interesse giuridico di cui è portatore.

Esempi di tale autotutela con funzione conservativo-cautelare sono rappresentati dall' *exceptio doli generalis*, dall'art. 1460 c.c. e dall'art. 1461 c.c., nonché dalle varie forme in cui si esplica il diritto di ritenzione.

Queste fattispecie sono anche definite di "autotutela unilaterale passiva".

L'autotutela con funzione reattiva mira invece a mutare o ripristinare uno *status quo ante* modificato dall'altrui condotta illecita. Esempi di tale forma si ravvisano nella vendita per autorità del creditore ex artt. 1515 e 1516 c.c.

Al di là delle classificazioni si possono enucleare delle caratteristiche fondamentali dell'autotutela privatistica, comuni a tutte le fattispecie citate⁵.

Si necessita in primo luogo di autorizzazione normativa espressa: non esiste, infatti, un potere generale di autotutela, ma solo singole previsioni che legittimano l'autodifesa del privato.

L'ordinamento richiede altresì il rispetto delle condizioni e dei confini della norma autorizzatoria: occorre pur sempre muovere un controllo di legittimità sull'atto compiuto a difesa del proprio diritto, posto che la norma attributiva del potere ne detta anche i limiti (ad esempio, l'eccezione ex art. 1460 c.c. è legittima purché non contraria a buona fede).

Si rileva poi l'eccezionalità e tassatività delle norme che contemplano il potere di autotutela, cui consegue un divieto di estensione per analogia.

⁵ P. GIANNITTI, *La disciplina dell'autotutela. Nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*. Padova 2010, p. 146.

Altro connotato fondamentale è l'immediatezza della reazione, dal momento che l'azione difensiva deve essere tendenzialmente posta immediatamente dopo il fatto lesivo, o talvolta in via contestuale (art. 1460 c.c.), o finanche anticipata (art. 1461 c.c.), non quando ormai il danno si sia consolidato e cessato il comportamento lesivo, giacché in tali ipotesi si apre il diverso ambito della riparazione e repressione che è affidata all'intervento dell'autorità.

L'atto compiuto in autotutela si caratterizza poi per un'intrinseca provvisorietà, trattandosi di un potere difensivo di natura non definitiva che viene riconosciuto al singolo al fine di stabilizzare una situazione di conflitto, mentre la definitiva risoluzione dello stesso è rimessa all'accordo tra le controparti o all'intervento del giudice.

Secondo altra parte della dottrina⁶, i tratti dell'autotutela privata vanno riscontrati nella possibilità di incidere unilateralmente nell'altrui sfera giuridica (anche con effetti materiali, basti pensare al diritto di recidere i rami protesi ex art. 896 c.c.), e nella stragiudizialità del mezzo attraverso il quale è consentito al singolo ottenere privatamente la soddisfazione delle proprie ragioni.

Ciò induce parte della dottrina a ritenere riconducibili al concetto di autotutela anche manifestazioni unilaterali, volte ad incidere in senso definitivo sul rapporto: rientrano in tale ottica i casi di recesso per giusta causa, in materia di mandato ex artt. 1723, 1725 e 1726 c.c., e di rapporto di lavoro subordinato (art. 2119 c.c.).

In riferimento particolare al diritto del lavoro, il diritto di sciopero, sancito dall'art. 40 della Costituzione, costituisce una peculiare forma di autotutela, consistendo nella sospensione della prestazione lavorativa come mezzo di pressione per sollecitare migliori condizioni contrattuali.

Rientrano nell'ambito dei poteri di autotutela in materia di diritto del lavoro anche il potere disciplinare nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato di cui all'art. 2106 c.c., lo *ius variandi* ed il potere di trasferimento del prestatore (art. 2103 c.c.).

Trova collocazione nel codice civile anche la disposizione che prevede, in tema di poteri della pubblica amministrazione, la possibilità che la stessa possa agire in autotutela in merito ai beni pubblici.

L'art. 823 c.c. dispone, infatti, che spetta alla pubblica amministrazione la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico, fondando così un sistema rimediale bipartito e alternativo, che consente all'Amministrazione di agire autonomamente a difesa degli interessi pubblici che affasciano i beni di propria appartenenza, nonché di ricorrere agli strumenti di tutela giurisdizionale mediante l'esperimento delle azioni possessorie e petitorie. E la giurisprudenza tende ad interpretare la disposizione in senso ampio, affermando che "l'art. 823, comma 2, c.c., sul carattere alternativo dell'autotutela amministrativa rispetto ai mezzi ordinari a difesa della proprietà o del possesso, ancorché dettato per i beni demaniali, configura espressione di un

⁶ A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova 1999, p. 17.

principio generale, valido per ogni situazione giuridica in cui siano esperibili rimedi giurisdizionali”⁷.

Pertanto, pure con riguardo a bene non demaniale, deve riconoscersi ad un comune la facoltà di agire davanti al giudice ordinario con azione di rilascio, a tutela del proprio diritto dominicale, indipendentemente dall'eventuale possibilità del comune medesimo di conseguire analogo risultato con l'esercizio di poteri autoritativi.

Tale alternatività è stata a lungo sostenuta anche in ambito contrattuale, prospettandosi una concorrenza tra gli strumenti di impugnativa contrattuale di tipo privatistico, e l'esercizio di poteri autenticamente pubblicistici di autotutela che consentono alla p.a. di sciogliersi unilateralmente dal contratto, nonché di eliminare *ex post* e in via autonoma gli atti ad esso prodromici.

L'attuale validità dell'assunto rappresenta certamente l'aspetto centrale della trattazione, e il punto di maggior interesse teorico e pratico, ponendosi come elemento sintomatico dell'effettiva dimensione in cui collocare l'azione amministrativa, stretta tra il retaggio pubblicistico e la moderna veste privatistica.

2. Le difficoltà definitorie del potere di autotutela amministrativa.

L'analisi dei rapporti tra l'autotutela pubblicistica e il contratto presuppone necessariamente la ricostruzione dell'essenza autentica del potere in esame, al fine di sgombrare il campo da equivoci ed incertezze definitorie; la convergenza in capo alla p.a. di facoltà tipicamente pubblicistiche nonché di diritti comuni alle parti private, impone di distinguere le rispettive aree di pertinenza nell'obiettivo di comprendere l'eccezionalità delle forme di incisione unilaterale del rapporto contrattuale riconducibili alla posizione di preminenza rivestita dal contraente pubblico.

Pertanto, nella ricerca dell' *ubi consistam* dell'istituto, occorre esaminare le alternative ricostruzioni volte rispettivamente ad una definizione tendenzialmente unitaria e strutturata di autotutela amministrativa, o di converso, ad una concezione differenziata che dia conto della frammentarietà dell'istituto e delle peculiarità che connotano le sue diverse manifestazioni.

2.1. Le tesi dottrinali: dalla concezione minimale al potere di riesame.

Il dibattito dottrinale sulla nozione e sul fondamento del potere di autotutela ha registrato orientamenti contrastanti, con sforzi altalenanti tesi talvolta ad una mera descrizione dell'istituto, talaltra ad un tentativo di sistematizzazione unitaria⁸.

⁷ cfr. Cass. Sez. Un., 18 ottobre 1986, n. 6127, in *Foro it.* 1988, I, p. 924.

⁸ Si vedano le seguenti voci enciclopediche: G. CORAGGIO, *Autotutela (voce)*, *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1991; G. CORSO, *(voce) (dir. Amm.)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006; P. SALVATORE, *(voce) Revoca degli atti*, *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1991.

L'impostazione tradizionale⁹ propone una sostanziale equivalenza tra l'autotutela ed il potere dell'Amministrazione di far eseguire coattivamente i propri provvedimenti.

In tale ottica l'autotutela "è il nome della potestà attribuita all'autorità amministrativa, per cui questa ha la possibilità di realizzare unilateralmente, e se necessario, coattivamente, le situazioni di vantaggio che col provvedimento nascono a favore dell'amministrazione"¹⁰.

Il potere di autotutela diviene così espressione della sovranità dello Stato, o più precisamente, di quella parte di sovranità che rimane in capo all'esecutivo, e che consente l'attuazione coattiva delle pretese nascenti dalla determinazione provvedimento.

Tale concezione è assistita dalla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, assioma implicito da cui far discendere l'imperatività del provvedimento, e la conseguente possibilità per la p.a. di una sua esecuzione anche contro la volontà del privato destinatario del provvedimento.

La presunzione di giustizia dell'atto amministrativo si fonda su tre ordini di ragioni, di carattere rispettivamente soggettivo, oggettivo e pratico.

Si afferma in primo luogo che la presunta legittimità del provvedimento discende dal soggetto emanante, individuato in un'autorità pubblica titolare di una parte di sovranità da cui deriva altresì la sua esecutorietà.

In secondo luogo, la presunzione in esame si giustifica in forza del sistema dei controlli cui è tipicamente sottoposta l'azione amministrativa, che consentono di avvalorare l'assunto secondo cui il provvedimento nasce già "filtrato" in funzione legittimante all'esito dell'esercizio del potere pubblico.

Infine, esigenze pratiche di celerità e certezza dell'azione amministrativa inducono a ritenere l'atto che ne è esercizio come legittimo sino a prova contraria: la prospettiva efficientistica impone di evitare ogni rallentamento dell'attività della p.a., sino a configurare il potere pubblico come un potere in prima battuta "autoreferenziale".

Appare evidente che secondo tale concezione, l'autotutela si riduce ad una caratteristica tipica del provvedimento amministrativo, ovvero ad un precipitato applicativo della sua autoritatività ed esecutorietà.

È una visione minimale e riduttiva che oblitera l'autonoma ricostruzione del potere in parola, e soprattutto non ricomprende gli esiti demolitori o conservativi che può realizzare.

Pertanto, si è diffuso in dottrina¹¹ l'orientamento che ricomprende nella nozione di autotutela il più generale potere di riesame da parte della p.a. dei propri atti, con esiti rispettivamente demolitori, conservativi e confermativi.

⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 1993, p. 830.

¹⁰ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*

¹¹ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Padova 1914, rist. Padova 1992, p. 1448 e ss. E. CANNADA-BARTOLI, voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, pp. 484 e ss.; G. CODACCI-PISANELLI,

L'autotutela, in sostanza, viene intesa come un potere di secondo grado che consente all'Amministrazione di ritornare sui propri passi, ovvero di intervenire nuovamente su un assetto di interessi già oggetto di regolazione provvedimento, annullando, revocando, confermando o convalidando la determinazione precedente.

Si tratta di un potere che si presta ad una classificazione su base effettuale: nel riesame con esito demolitorio rientrano i casi di annullamento ex officio e di revoca, e secondo parte della dottrina i cc.dd. "atti di ritiro", che presuppongono l'invalidità o l'inopportunità del provvedimento rimosso; nel riesame con esito conservativo confluiscono gli atti volti a sanare vizi del provvedimento originario, che afferiscono la legittimità dello stesso (convalida e sanatoria), la competenza dell'autorità emanante (ratifica), la presenza di errori materiali (rettifica), o nelle ipotesi più gravi, consentono la rinnovazione o la conversione del provvedimento nullo.

Più discussa è la riconducibilità alla nozione di autotutela del riesame con esito confermativo: secondo una prima impostazione, gli atti di conferma non determinano alcuna modifica sulla realtà giuridico-fattuale preesistente e pertanto non possono considerarsi una forma di esercizio di un potere di secondo grado.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente¹² opera, al contrario, un'opportuna differenziazione: si distingue tra gli atti di conferma c.d. "propria", che conseguono ad un procedimento di secondo grado al cui esito l'Amministrazione emana un nuovo provvedimento che conferma e sostituisce il precedente, e gli atti meramente confermativi (c.d. "conferma impropria"), con si limita a ribadire la validità di un proprio provvedimento antecedente.

La distinzione è netta: nel primo caso si assiste ad un riesame con esito confermativo, che segue ad una rivalutazione dell'interesse pubblico originario per l'effetto dell'apertura di un secondo procedimento; nel caso di atti meramente confermativi si registra un rifiuto pregiudiziale di esercitare il proprio potere di riesame, che non realizza alcun effetto modificativo o novativo del rapporto.

Solo gli atti di conferma propria costituiscono una forma di riedizione del potere amministrativo e integrano, *latu sensu*, atti di riesame in autotutela.

Ad ogni modo, il comun denominatore che lega i possibili esiti del potere di riesame è rappresentato dalla riconducibilità degli stessi a procedimenti di secondo grado instaurati *ex officio*, o su istanza del privato, cui segue una rivalutazione degli interessi sottesi all'originaria

L'annullamento degli atti amministrativi, Milano, 1939, p. 108; S. FANTINI, *Art. 21-quinquies, l. n. 241/1990*, in A. BARTOLINI - S. FANTINI - G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, pp. 558 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2006, pp. 488 ss.; P. SALVATORE, voce *Revoca degli atti*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 1; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954, vol. I, p. 320.

¹² c.f.r. ex pluris Cons. St. n. 4807/2011 e Cons. St. n. 2548/2012 in www.giustizia-amministrativa.it.

determinazione e pertanto, incidono su un quadro relazionale non più neutro ma già regolato da un provvedimento.

Tale considerazione riveste un'importanza decisiva poiché aiuta a comprendere i delicati equilibri in cui si muove il potere di autotutela, ed in particolare, le limitazioni che la giurisprudenza e il legislatore hanno progressivamente individuato nel suo esercizio, tra cui l'affidamento ingenerato dal provvedimento precedente.

Ciò assume ancora maggior rilievo, come si vedrà in seguito, in relazione alle fattispecie complesse, in cui il provvedimento oggetto di riesame accede ad un contratto con il privato, trattandosi di una delicata combinazione tra l'agire autoritativo-provvedimentale e paritetico-negoziale della p.a.

2.2. La concezione unitaria: una sistematizzazione omnicomprensiva.

Il maggior sforzo ricostruttivo dell'autotutela amministrativa va attribuito ad un'autorevole dottrina¹³ che si è profusa nel tentativo di fornire una classificazione unitaria ed omnicomprensiva dell'istituto in esame.

L'autotutela viene concepita come una delle più tipiche manifestazioni della pubblica amministrazione, accanto alle tradizionali caratteristiche dell'autonomia e dell'autarchia, e si sostanzia nella "capacità di farsi giustizia da sé".

Si risolve, pertanto, nella possibilità riconosciuta alla p.a. di porre fine ai conflitti attuali o potenziali che insorgono con i soggetti interessati dai suoi provvedimenti, senza che sia necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria.

È evidente come l'autotutela, intesa in questi termini, contribuisca a delineare tutta la specialità della p.a. rispetto agli operatori giuridici privati che, per ricevere tutela dei propri interessi, non possono prescindere dal ricorso al potere giudiziario.

Ulteriormente, nella tesi in esame l'autotutela viene immaginata pur sempre in una logica conflittuale: il potere di intervento dell'Amministrazione scatta a fronte dell'affermazione dell'invalidità del provvedimento o dall'opposizione all'attuazione di questo da parte del soggetto interessato (conflitto attuale), o, prima ancora che tale conflitto si verifichi, qualora l'Amministrazione riconosca l'invalidità del proprio provvedimento ne disponga l'eliminazione o la sanatoria, prevenendo così la stessa insorgenza del contrasto (conflitto potenziale).

Così intesa, l'autotutela si presta ad una prima grande distinzione, a seconda che il potere in esame venga esercitato attraverso l'emaneazione di decisioni amministrative (autotutela decisoria), o attraverso l'esecuzione coattiva della stesse (autotutela esecutiva).

¹³ F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 537.

Quest'ultima, consente la realizzazione materiale degli effetti della determinazione provvedimento anche contro la volontà dei privati, e si sostanzia nell'adozione di misure atte a dare forzata attuazione delle stesse.

La fattispecie decisoria, a sua volta, può suddividersi in due categorie, a seconda dell'ambito di incisione: l'autotutela può dirigersi su atti, riesaminando la validità di una determinazione provvedimento, o direttamente su rapporti, garantendo alla p.a. la persistente utilità dei rapporti intrapresi, quando “dal comportamento dei soggetti che vi entrano in contatto, possa aspettarsi un risultato diverso da quello previsto, o quando tale comportamento sia stato tale da produrre un risultato diverso”¹⁴.

La fenomenologia dell'autotutela si presta, secondo la dottrina in parola, ad un'ulteriore classificazione a sulla base dell'iniziativa officiosa o compulsata da un'istanza privata in relazione alla sua attivazione: si distingue a tal fine tra le decisioni che costituiscono espressione di un potere spontaneamente esercitato dalla p.a., e volto all'eliminazione dell'atto invalido o inopportuno da cui può derivare un conflitto potenziale (autotutela spontanea o “autoimpugnativa”), ovvero di un potere obbligatoriamente esercitato su ricorso dei destinatari del provvedimento per rimuovere un conflitto attuale (autotutela contenziosa), oppure ancora di un potere necessariamente esercitato nell'espletamento della funzione di controllo cui un'Amministrazione può essere preposta (autotutela necessaria).

A ciascuna delle categorie indicate corrisponde una serie di atti tipici, in cui si estrinseca il potere di autotutela decisoria; nell'ambito dell'autotutela spontanea, rientrano l'annullamento d'ufficio, a sua volta tripartito nell' “autoannullamento”, nell'annullamento da parte di un'autorità gerarchicamente sovraordinata, nonché dell'annullamento straordinario governativo.

Condividono il medesimo effetto eliminatorio, la revoca del provvedimento e la sua che coprono in via residuale le forme di caducazione dell'atto diverse dal riscontro dell'illegittimità dello stesso.

Appartengono, invece, all'autotutela decisoria contenziosa i ricorsi amministrativi, come forma di giurisdizione domestica che si pone in termini alternativi alla tutela innanzi all'Autorità giudiziaria¹⁵.

L'autotutela necessaria, infine, si manifesta negli atti tipici di controllo che possono sfociare nella rimozione del provvedimento in caso di esito negativo, o nella sostituzione degli organi competenti in caso di inerzia.

¹⁴ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*

¹⁵ In senso contrario, e più convincente si è espresso A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1989, secondo cui i ricorsi amministrativi sarebbero espressione del potere di “autodichia” dell'Amministrazione, in quanto le decisioni adottate in seguito al ricorso dell'interessato, non sono espressione di un potere della p.a. di autotutelare i propri interessi, ma di decidere da sé in veste neutrale una controversia insorta con i terzi. I ricorsi amministrativi rappresentano, in tale ottica, una forma di tutela “giustiziale”, che si discosta nettamente dal modello di autotutela sin qui delineato.

L'autotutela su rapporti si concretizza, diversamente, in decisioni di condanna volte ad ottenere la diretta soddisfazione dell'oggetto del rapporto, nonché le sanzioni amministrative con cui, invece, tale effetto viene indirettamente soddisfatto tramite la costituzione di un effetto dannoso per il destinatario.

Si tratta di forme indirette di attuazione dell'interesse pubblico, il cui raggiungimento richiede un'attività collaborativa del privato, che la p.a. può compulsare mediante l'adozione di provvedimenti sanzionatori.

Ad ogni l'orientamento dottrinale in esame, pur nell'encomiabile sforzo ricostruttivo, non è andato esente da critiche proprio per l'accostamento di fattispecie eccessivamente eterogenee¹⁶.

Ed in particolare, la categoria che ha destato maggiori perplessità ha riguardato proprio l'area della c.d. "autotutela decisoria spontanea", ovvero l'ambito riconducibile al potere autonomo di riesame in precedenza descritto.

Segnatamente, si è rimarcata la difficoltà di accomunare conflitti attuali e conflitti potenziali, ritenendosi che il termine conflitto possa riferirsi solo ai contrasti attuali e, quindi, ai procedimenti di secondo grado contenziosi e sanzionatori, rimanendone esclusi invece i conflitti potenziali, nonché i procedimenti a carattere esecutivo¹⁷.

L'obiezione principale è quella secondo cui non sempre alla base dell'autotutela decisoria spontanea vi sarebbe un conflitto, attuale o potenziale, potendosi giustificare il ritiro del provvedimento anche alla luce di esigenze di cura degli interessi pubblici che prescindono da un'opposizione manifestata dal privato; su tutti, si segnalano i casi di revoca di un provvedimento favorevole per il destinatario, il cui interesse oppositivo non si pone a fronte del provvedimento ma casomai al suo ritiro.

Ad ogni modo, la classificazione esaminata mantiene un'indiscussa valenza quanto meno sul piano terminologico, giacché la giurisprudenza ha accolto il lessico che fa riferimento alle forme di autotutela decisoria, esecutiva e possessoria.

La giurisprudenza, ormai consolidata¹⁸, intende tuttavia la nozione di autotutela termini sostanzialmente diversi dalla ricostruzione da ultimo esaminata.

L'autotutela viene ritenuta coincidente con il potere di riesame dei propri atti e con la facoltà di dare esecuzione coattiva agli stessi, fondando un'equazione tra "autotutela-riesame-esecutorietà" del provvedimento amministrativo.

Tale concezione, frutto dell'accoglimento di una nozione ampia di autotutela, seppur calibrata sulla specificità della posizione privilegiata della p.a. rispetto ai privati, deve necessariamente costituire il

¹⁶ M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962, p. 815.

¹⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 1993, p. 830 e ss.

¹⁸ *ex pluris* Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2004 n. 1625, e Cons. St., sez. V, 24 settembre 2003, n. 5444, in www.giustizia-amministrativa.it.

punto di partenza da cui muovere la successiva analisi dei rapporti con le fattispecie contrattuali, poiché proprio le suddette prerogative suscitano notevoli problematiche applicative una volta calate nel contesto contrattuale, le cui logiche tradizionali prevedono la parità dei contraenti.

3. Le origini e il fondamento normativo di un potere immanente all'azione amministrativa.

La ricerca di una base normativa cui ancorare le facoltà di autotutela riconosciute all'Amministrazione ha posto, storicamente, minori problematiche rispetto alla definizione sistematica dell'istituto, essendosi diffusa l'idea, sia in dottrina che in giurisprudenza, dell'esistenza di un potere di riesame connotato alla stessa funzione pubblica.

Ad ogni modo, l'apparente frattura con il principio di legalità ha registrato diversi tentativi di giustificazione teorica da parte della dottrina.

L'orientamento più risalente nel tempo¹⁹ giustificava l'utilizzo del potere di autotutela facendo riferimento alla sovranità dello Stato ed ai caratteri tipici del potere esecutivo, e riproponendo ancora una volta quell'equazione in precedenza esaminata tra imperatività del provvedimento amministrativo ed autotutela.

A ciò si affiancava una concezione c.d. "debolissima"²⁰ del principio di legalità che poneva quale unico vincolo al potere pubblico la non manifesta contrarietà alla legge; in particolare, all'Amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni veniva consentito tutto ciò che non fosse espressamente vietato dalle disposizioni normative, e l'assenza di leggi che disponessero in senso contrario legittimava implicitamente il ricorso ai poteri di autotutela.

Autorevole dottrina²¹ faceva riferimento ad una "consuetudine costante", che legittimasse la p.a. ad agire in autotutela.

Il fondamento normativo dell'istituto veniva pertanto ricondotto ad una matrice consuetudinaria, nella sua duplice componente della *diuturnitas* e dell'*opinio iuris ac necessitatis*, che riusciva ad inserirsi nella gerarchia delle fonti del potere amministrativo per la mancanza di una norma contraria.

Accanto a tale impostazione si diffuse la concezione che considerava l'autotutela come un potere immanente all'azione amministrativa, funzionale alla cura degli interessi pubblici cui la p.a. è demandata.

Era un potere connaturale all'*agere* pubblico, al punto da essere desunto in via implicita dai poteri espressamente attribuiti all'Amministrazione; né, del resto, si è dubitato della sua compatibilità con in principio di legalità dei poteri amministrativi²² affermandosi la visione dell'autotutela come un tassello necessariamente complementare del mosaico di attuazione dell'interesse pubblico.

¹⁹ U. BORSI, *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, in Studi Senesi, 1905.

²⁰ R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2014, p. 613.

²¹ F. CAMMEO, *op. ult. cit.*

In altre parole, la facoltà della p.a. di riesaminare un rapporto già previamente inciso da una manifestazione provvedimento veniva ritenuta un'attribuzione necessaria a mantenere la costante correlazione del provvedimento con l'interesse pubblico di cui è espressione.

Non è un caso, che la dottrina dei poteri impliciti da sempre contrastata nell'ambito del diritto amministrativo, ha incontrato minori resistenze ad affermarsi in relazione al potere di autotutela.

Ciò perché secondo la ricostruzione tradizionale non si è di fronte ad un potere radicalmente nuovo e diverso da quello esplicitamente attribuito, piuttosto ad una forma di reazione necessaria dell'Amministrazione in caso di originaria o sopravvenuta discordanza tra il provvedimento emanato e gli interessi pubblici che lo giustificano.

Il principio di legalità non viene sacrificato dal riconoscimento delle facoltà di autotutela, anzi, tale potere viene concepito proprio per assicurare la costante legittimità dell'azione amministrativa.

La nascita dello Stato moderno ha portato con sé l'affermazione della centralità della legge e dell'amministrazione come esecuzione della legge, per cui anche alla p.a. spettava, non diversamente che dal giudice, di far eseguire la legge e in tale potere rientravano sia il potere di eseguire con la forza i propri atti che quello di accertarne la validità.

In questo senso, può ritenersi che l'autotutela amministrativa rappresenti il principale privilegio rimasto all'Amministrazione dopo il passaggio dallo Stato di polizia assolutistico allo Stato di diritto ottocentesco ed esprime un "fenomeno di attrazione di una funzione a sé estranea", in quanto materialmente giurisdizionale, da parte della pubblica amministrazione, in attuazione del principio della pienezza della competenza, ossia del potere di esercitare la propria competenza, fino alla più piena realizzazione.

Emerge una visione dell'autotutela come una deroga alla tradizionale separazione dei poteri, rappresentando un esercizio da parte della p.a. di facoltà tipicamente giurisdizionali, come forma di controllo di conformità dei propri atti alla legge.

In realtà tale impostazione non può essere pienamente condivisa: l'autotutela non si riduce ad una mera verifica di legalità dell'azione amministrativa, né può considerarsi un potere assoluto e svincolato da ogni condizionamento esterno, bensì, come si vedrà in seguito, rappresenta un riesame complesso e relazionale, in cui confluiscono plurimi interessi oltre a quello di ripristino della legalità violata.

Ciò nonostante, anche i primi riconoscimenti normativi dell'istituto presentavano uno strettissimo collegamento con l'impostazione che vedeva l'autotutela come uno strumento di ripristino della legalità violata, scopo che ne costituiva il fondamento stesso.

Tale assunto trova conferma, in relazione all'autotutela esecutiva, nell'ambito polizia di sicurezza, ovvero il settore nel quale l'Autorità amministrativa persegue un interesse pubblico pressoché coincidente con il rispetto della legge.

Si ricorda che, a norma dell'art. 1 del T.U.L.P.S. (R.D.18 giugno 1931, n. 773), “l'autorità di pubblica sicurezza [...] cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle provincie e dei comuni, nonché delle ordinanze delle autorità”.

La disposizione citata rivela altresì un collegamento del potere di autotutela con la funzione amministrativa di controllo, che come visto in precedenza rappresenta al più una componente dell'istituto, ma non una *ratio* capace di giustificarlo completamente.

In relazione all'autotutela decisoria, questa è stata da sempre ammessa in riferimento ai suoi due provvedimenti di maggiore rilievo, l'annullamento d'ufficio e la revoca.

Le origini dei poteri di riesame con esito caducatorio risalgono al periodo dal 1865 al 1889, dovendosi fare riferimento in particolare, all'art. 3 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, laddove si devolveva alla stessa Amministrazione la cura, nell'interesse pubblico, degli “affari non compresi” nell'art. 2, ovvero quelli non involgenti diritti soggettivi configurando, dunque, un sistema di “autocensura” della p.a. stessa.

Emerge ancora una volta una copertura normativa in negativo dell'autotutela, come potere non espressamente vietato e dunque implicitamente ammesso alla luce del superiore interesse al ripristino della legalità violata.

Diversamente, il potere di revoca non poteva giustificarsi per effetto di un collegamento con l'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, denotando piuttosto ragioni di opportunità alla base del provvedimento di ritiro, e pertanto, ha incontrato una maggiore problematicità definitoria.

Tuttavia, nonostante sia assente il requisito dell'invalidità originaria dell'atto quale presupposto legittimante, la revoca è stata sempre giustificata sia dalla giurisprudenza più risalente²³, sia da un punto di vista normativo, trovando uno specifico riscontro nella previsione dell'art. 4, comma 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, il quale lo riconosce, assieme al potere di modifica degli atti amministrativi, in capo alla sola Amministrazione su ricorso degli interessati sottraendolo, quindi, alle prerogative del giudice ordinario.

La norma in commento stabilisce, infatti, “che l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità”, fondando così un potere di revoca da parte della p.a., ancorché non officioso, ma condizionato ad un'iniziativa da parte del privato interessato.

La configurabilità dell'autotutela decisoria non fu scalfita dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ed anzi trovò in essa una più solida legittimazione formale.

²³ si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 2 marzo 1904.

La giurisprudenza²⁴ iniziò a rintracciare la legittimazione dell'autotutela decisoria nella disposizione costituzionale di cui all'art. 97 Cost., stabilendo che “l'esercizio del potere di autotutela risulta coerente con la finalità di assicurare dall'interno della stessa compagine amministrativa il rispetto dei principi costituzionali in sede di azione amministrativa fissati dall'art. 97 Cost.”.

Dall'aggancio costituzionale deriva, inoltre, il riconoscimento dell'autotutela come espressione di un generalizzato potere facente capo all'amministrazione ed esercitabile, pertanto, anche nei casi in cui manchi una disposizione normativa specifica idonea a giustificarne l'esercizio.

L'immediata precettività del disposto costituzionale colmava il presunto deficit di legalità, fornendo ai poteri di riesame una nuova e solida copertura normativa.

Tuttavia, si trattava pur sempre di un'attribuzione di potere sostanzialmente “in bianco”²⁵, ovvero finalizzato ad un generico risultato di perseguimento della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa, senza alcuna specificazione delle modalità di esercizio nonché delle condizioni di bilanciamento dell'interesse pubblico sotteso con gli interessi dei privati.

Sotto altro profilo, l'entrata in vigore della Costituzione e le garanzie ivi sancite determinarono maggiori ostacoli al riconoscimento dell'autotutela esecutoria in virtù dell'accentuazione della differenza tra potere giurisdizionale ed amministrativo cosicché la stessa potestà generale di coazione della pubblica amministrazione fu negata e, in omaggio al principio della riserva di legge, l'esecuzione forzata amministrativa fu ammessa solo nei casi previsti dalla legge. Accanto al potere di autotutela di carattere generale, identificabile con l'annullamento d'ufficio e la revoca, anche la materia dell'esecuzione del contratto ha conosciuto soluzioni legislative caratterizzate da profili di specialità, attesa la possibilità riconosciuta alla p.a. di esercitare altri strumenti di autotutela aventi la forma del provvedimento amministrativo.

Si tratta di istituti previsti da norme assai risalenti la cui vigenza, tuttavia, è rimasta attuale per oltre un secolo sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/06, a conferma di come la relazione dialettica tra autotutela e contratto sia stata da sempre oggetto di attenzione da parte del legislatore.

In tale ottica si colloca la risoluzione per frode, prevista dall'art. 26, R.D. 25 maggio 1895, n. 3501, qualora il comportamento fraudolento sia tenuto dall'appaltatore non solo a danno della stazione appaltante, ma anche a danno di terzi.

La norma, sospetta di illegittimità costituzionale per il fatto di non richiedere per la pronuncia di risoluzione che il fatto di reato sia stato accertato con sentenza passata in giudicato, è stata al centro di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale superato solo con l'entrata in vigore del

²⁴ Cons. St., sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁵ La presenza di clausole normative attributive di un potere in bianco alla p.a., non adeguatamente definito nei suoi presupposti e modalità, è stata stigmatizzata dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 115/2001, che ha dichiarato l'illegittimità per contrasto con il principio di legalità dell'art. 54, co. 4, d. lgs. n. 267 del 2000 nella parte in cui antepone la locuzione “anche” alle parole contingibili e urgenti, configurando così un potere di ordinanza in capo al Sindaco atipico e non sufficientemente definito.

Regolamento d'Attuazione della Legge Quadro in materia di Lavori Pubblici, il d.P.R. 554 del 1999 che, per l'esercizio del potere di rescissione in via di autotutela, postula all'art. 118 la necessaria presenza di una sentenza di condanna passata in giudicato su reati di frode o per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro, o quanto meno di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423.

Sempre in ambito contrattuale, si iscrive la rescissione per inadempimento del contratto di appalto di opere pubbliche, possibile allorché l'appaltatore, per negligenza grave o per contravvenzione agli obblighi o alle condizioni stipulate, comprometta la buona riuscita dell'opera (art. 340 della legge sui lavori pubblici, 20 marzo 1865, n. 2248, All. F; art. 27, R.D. 25 maggio 1895, n. 350).

Tuttavia si trattava di una forma di autotutela di stampo privatistico, dal momento che la rescissione dal contratto era subordinata non solo all'esistenza dell'inadempimento, ma anche all'accertamento dei requisiti di gravità ed importanza, analogamente alla disciplina prevista dal codice civile.

In conclusione, nel panorama degli interventi normativi che hanno sporadicamente riconosciuto l'autotutela amministrativa, vanno segnalate ulteriori disposizioni quali, ad esempio, in tema di enti locali, l'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000²⁶ che regola il potere di annullamento straordinario governativo a tutela dell'unità dell'ordinamento, nonché l'art. 14 comma 3 d.lgs. n. 165/2001, che, nel pubblico impiego, prevede l'annullamento ministeriale di atti dirigenziali per ragioni di legittimità. Sono entrambi strumenti mediante i quali l'ordinamento reagisce alla frammentazione amministrativa e alla moltiplicazione di centri decisionali e volti, in armonia con i caratteri generali dell'autotutela, all'affermazione della legalità dell'azione pubblica nel suo complesso.

Il rapporto tra potere di autotutela e legalità si arricchisce poi di una declinazione sovranazionale, relazionandosi al principio comunitario dell'effetto utile.

L'autotutela costituisce infatti un potere strumentale all'uniforme applicazione del diritto, non solo nell'ordinamento statale ma anche in quello europeo.

²⁶ Riguardo tale disposizione, si ricorda come il Consiglio di Stato, con sentenza dell' 11 marzo 2003 n. 1313 in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it, abbia giudicato ancora legittima la disposizione nonostante il mutato quadro costituzionale, in quanto essa trova la sua ragion d'essere nell'obbligo gravante sul Presidente del Consiglio dei Ministri, ex art. 95 della Costituzione, di mantenere l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, nel rispetto dei principi di unità ed indivisibilità della Repubblica.

Le stesse esigenze di unità dell'ordinamento sono, del resto, alla base del potere sostitutivo di cui all'art. 120, secondo comma, della Costituzione, che prevede la possibilità che il Governo centrale si sostituisca all'attività degli enti territoriali in casi particolari, tra cui l'esigenza di garantire l'unità giuridica od economica o la violazione del diritto comunitario. In questo caso, è evidente che l'inquadramento della previsione nel campo dell'autotutela discende dal fatto che il potere di sostituzione può implicare anche l'eventualità che il Governo possa esercitare un annullamento degli atti amministrativi.

L'art. 197 T.F.U.E., nel disporre che "l'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune prevede la possibilità per l'Unione di sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione", mostra una rinnovata attenzione dell'ordinamento europeo per l'attività amministrativa nazionale ai fini del riconoscimento alla stessa di un ruolo essenziale per il buon funzionamento e l'attuazione effettiva del diritto eurounitario da parte degli Stati membri.

Così come lo Stato pone le regole per l'esercizio dei poteri di autotutela servendosi come presidio della legalità nazionale, nell'ordinamento europeo l'Unione pone le regole e le fa rispettare alle amministrazioni nazionali servendosi dell'autotutela come presidio della legalità europea, tanto che la giurisprudenza spesso induce o dichiara di indurre i principi dai diritti nazionali, li rielabora e li restituisce filtrati agli ordinamenti degli Stati membri, producendo una omogeneizzazione dei loro diritti²⁷.

Il principio di legalità dell'azione amministrativa si pone allora in un'ottica *multilevel*, in corrispondenza ad un sistema pluralistico delle fonti del diritto, ma ciò non ridimensiona il fondamento del potere di autotutela che risulta rafforzato dalla copertura eurounitaria e dalla relativa impostazione sostanzialistica.

Si ricordi, infatti, che il diritto comunitario è stato una delle sedi di emersione ed affermazione della dottrina dei poteri impliciti²⁸, nell'interpretazione dell'art. 5 T.U.E. e della clausola di cui all'art. 352 T.F.U.E., che per lungo tempo ha costituito la base teorica per giustificare la facoltà di autotutela della p.a.

²⁷ B. G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, Relazione al 53° convegno di studi amministrativi su *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Varenna 20-22 settembre 2007, in www.astrid-online.it.

²⁸ La problematica dei poteri impliciti sorge nel diritto angloamericano, in relazione ai cc.dd. *implied powers*, del formante legislativo, e successivamente si afferma nell'ambito dell'ordinamento comunitario, per effetto di un'interpretazione sostanzialistica dell'art. 5 T.U.E.: la norma consente infatti all'Unione il ricorso ai poteri impliciti solo qualora questi rappresentino l'unico mezzo per raggiungere gli obiettivi fissati dal Trattato.

Emerge una visione sostanzialistica del principio di legalità, calibrata in un'ottica di risultato, che sposta la prospettiva dalla fonte attributiva del potere all'obiettivo da raggiungere.

Nell'ordinamento interno l'ammissibilità dei poteri impliciti è tutt'altro che pacifica, e solo di recente si rilevano alcune aperture.

A livello generale i dati che qualificano la nozione si rinvergono nell'assenza di una norma attributiva del potere, e nella sussistenza di una relazione naturale, logica, appropriata ed evidente tra il potere implicito e quello espresso.

Il Consiglio di Stato con sentenza del 26 ottobre 2015 n. 4897 (pubblicata in www.neldiritto.it), ha statuito la configurabilità di poteri impliciti in capo alla p.a., e segnatamente, ha riconosciuto in favore del Prefetto di disporre l'annullamento dell'atto di trascrizione del matrimonio omosessuale da parte del Sindaco, facendo leva sulla relazione interorganica esistente tra i due soggetti: il Sindaco, infatti, opera in alcune ipotesi come ufficiale di governo (art. 54 d.lgs. n. 267/2000) ed è pertanto sottoposto ai poteri di vigilanza e sostituzione del Prefetto come articolazione territoriale del Ministero dell'interno.

Proprio da tali poteri espressi, i giudici amministrativi hanno desunto l'esistenza di un potere implicito di annullamento degli atti sindacali emanati quale organo dell'amministrazione centrale, ritenendo coerente tale ricostruzione con l'obiettivo di garantire l'effettività del controllo sull'esercizio di funzioni delegate, imputabili per gli effetti all'apparato statale.

3.1. *L'inquadramento dogmatico dei poteri di autotutela in sede di riesame.*

Prima della codificazione della l. n. 15/2005, la dottrina si è scontrata nell'obiettivo di rintracciare un fondamento normativo per il potere di riesame, al fine di superare i dubbi di compatibilità con il principio di legalità appena esaminati.

Le maggiori perplessità sono sorte in merito ai poteri di annullamento d'ufficio e revoca, come si vedrà più approfonditamente in seguito, attesa la loro incidenza sull'affidamento maturato dai destinatari sul provvedimento oggetto di riesame.

Secondo una tesi più risalente, il potere di ritiro rappresentava una forma di esercizio del potere di controllo, come espressione della facoltà della p.a. di verificare la legittimità dei propri atti; in particolare, la funzione di controllo ricomprendeva il potere di riesame in quanto strumento correttivo, volto ad accertare la costante conformità delle determinazioni amministrative all'interesse pubblico.

Una diversa impostazione, pur condividendo la riconducibilità del riesame alla funzione di controllo, intendeva quest'ultima in un'accezione mista, in cui confluiva un segmento di amministrazione attiva, in funzione di disciplina del rapporto²⁹.

Entrambe le ricostruzioni sono state oggetto di pregnanti rilievi critici, ponendosi l'accento sull'ontologica diversità tra il potere di controllo rispetto al potere di riesame.

Si è osservato, in primo luogo, come i controlli amministrativi siano sempre tipici, laddove il potere di riesame spetta alla p.a. senza che sia necessaria un'apposita previsione normativa, rientrando nella generale funzione di cura dell'interesse pubblico conferita dalla legge.

Il potere di riesame, inoltre, difetta di una caratteristica fondamentale del potere di controllo, ovvero la doverosità dell'annullamento: l'organo di controllo, rilevata l'illegittimità del provvedimento è tenuto ad annullarlo senza che residuino spazi di discrezionalità che connotano invece il potere di riesame³⁰.

Manca, infine, quella posizione di alterità e terzietà che contraddistingue gli organi di controllo, giacché il potere di riesame spetta alla stessa p.a., o al più, all'autorità gerarchicamente sovraordinata.

La coincidenza soggettiva tra l'Amministrazione che adotta il provvedimento originario e l'autorità titolare del potere di riesame hanno indotto progressivamente ad abbandonare la concezione del potere di controllo, dirottando l'elaborazione teorica verso una sorta di potere di "autoimpugnativa".

²⁹ G. MIELE, *In tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1947, pt. I, pp. 1132 ss.

³⁰ R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2014, p. 1237.

L'espressione evoca il potere della p.a. di impugnare innanzi a sé stessa il precedente provvedimento, esercitando in proprio un controllo di tipo giurisdizionale, che esita nell'eventuale annullamento dell'atto.

Il riesame viene allora concepito in termini molto simili alla funzione giustiziale esercitata in sede di ricorsi amministrativi, con l'unica differenza delle modalità di attivazione, rispettivamente *ex officio* anziché su istanza del privato.

Tale equiparazione, tuttavia, è stata criticata da quanti hanno osservato che i rimedi giustiziali e giurisdizionali sono sottoposti a termini di decadenza, mentre il potere di riesame è tendenzialmente attivabile senza rigide preclusioni temporali³¹.

È una differenza di disciplina che sottende una diversità di funzioni tra processo e rimedi giustiziali da un lato, e potere di riesame dall'altro, impedendo la riconduzione ad un medesimo fondamento. Ulteriormente, altra parte della dottrina³² ha preferito inquadrare il potere di ritiro nell'ambito dei procedimenti amministrativi di "secondo grado", categoria in cui compaiono i procedimenti di riesame e quelli di revisione.

Si tratterebbe, pertanto, di una potestà amministrativa del tutto peculiare poiché non ha ad oggetto un assetto di interessi neutro e "vergine", ma un provvedimento che già ha statuito sullo stesso, e che la p.a. intende rivalutare: non vi sarebbe azione, ma "reazione" amministrativa.

Anche tale ricostruzione non appare soddisfacente, dal momento che si tratta di una ricostruzione di tipo per lo più descrittivo, che non chiarisce né il tipo di potere in esame, né la valutazione che la p.a. deve effettuare in sede di ritiro.

L'orientamento prevalente, dunque, riconduceva il potere di riesame al più ampio *genus* dell'autotutela amministrativa, configurando una *species* della nozione in precedenza esaminata, e in particolare, uno strumento di risoluzione autonoma dei conflitti attuali o potenziali generati da una determinazione amministrativa antecedente.

In altre parole, il legame tra autotutela e potere di riesame si sintetizza nella facoltà riconosciuta all'Amministrazione di prescindere dal ricorso all'Autorità giudiziaria, beneficiando di un privilegio che l'ordinamento attribuisce in virtù degli interessi pubblici perseguiti.

Ad ogni modo, accanto a quest'ultima ricostruzione, prevalente in dottrina e giurisprudenza, si colloca un diverso orientamento che considera il potere di riesame come espressione di un potere di amministrazione attiva³³.

³¹ In chiave comparatistica, si osserva come l'ordinamento francese concepisca il potere di riesame come limitato nel tempo, concedendo alla pubblica amministrazione un termine di soli quattro mesi per l'annullamento d'ufficio dei propri atti, coincidente con il termine per l'impugnazione in giudizio degli stessi.

Nel proseguo della trattazione si evidenzierà come tale limitazione temporale, in passato sconosciuta nell'ordinamento interno, è stata introdotta dalla l. n. 124/2015, seppur in termini molto diversi.

³² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 1993, p. 830 e ss.

³³ R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1960, p. 389; M. ALÌ, *Annullamento d'ufficio, analogo procedimento e principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 1966, pp. 152 ss., pp. 154 ss.; F. BELLOMO, *Manuale di diritto*

L'intervento in sede di riesame non sarebbe altro che espressione del medesimo potere di primo grado che ha portato all'emanazione del provvedimento originario, connotato dall'inesauribilità e dalla persistente titolarità in capo all'amministrazione procedente³⁴.

Il potere amministrativo di regolare la fattispecie concreta non si consumerebbe con l'adozione del provvedimento, ma rimarrebbe intatto in capo alla p.a., chiamata a verificare la perdurante rispondenza della scelta effettuata all'interesse pubblico.

In tale ottica, il fondamento normativo del potere di riesame andrebbe riscontrato nell'art. 97 Cost., che legittimerebbe la p.a. non solo a comporre gli interessi in gioco nel provvedimento di primo grado, ma anche a valutare successivamente la validità della determinazione assunta.

La tesi poggia, in particolare, sul rilievo dell'impossibilità di ricondurre il potere di revoca per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario alla nozione di autotutela: lo *jus poenitendi* della p.a., infatti, prescinde dall'esistenza di un conflitto attuale o potenziale e si fonda su una valutazione degli interessi sottesi, analoga a quella che è alla base dell'adozione del primo provvedimento.

Il potere di riesame non sarebbe allora qualitativamente diverso dal potere di provvedere, avendo ad oggetto pur sempre un'attività valutativa e comparativa dell'interesse pubblico con quelli collaterali, e non una mera verifica di legittimità del provvedimento che se può essere accostata all'annullamento d'ufficio, di certo è inidonea a spiegare la facoltà di revoca.

In particolare alcuni autori evidenziano come l'autotutela non costituisce una specie di giustizia domestica in parallelo all'annullamento giurisdizionale, ma rappresenta l'esercizio di una tipica funzione amministrativa volta alla tutela di specifici interessi pubblici in relazione alla situazione concreta.

amministrativo, vol. II, *Attività*, Padova, 2009, p. 852; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, pp. 215 ss., pp. 217 ss.; G. CORAGGIO, voce *Autotutela*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. IV, pp. 4 s.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015; M. D'ARIENZO, *Limiti all'esercizio del potere di autotutela sul consenso prestato in sede di conferenza di servizi*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2009, par. 2; G. GALLI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Padova, 2011, pp. 1199 e ss.; G. GHETTI, *Brevi note intorno alla revoca dell'atto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, pp. 302 ss., p. 308; M. IMMORDINO, *Articolo 21-quinquies: revoca del provvedimento*, in N. PAOLANTONI-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, pp. 485 ss., pp. 487 e ss..

³⁴ G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, pp. 116 ss.; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Milano, 2001, p. 142; M. MIRABELLA, *L'invalidità degli atti amministrativi*, in M. MIRABELLA, M. DI STEFANO, A. ALTIERI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2009, pp. 395 ss., p. 417; A. PAPARELLA, voce *Revoca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, pp. 204 ss., pp. 212 s.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, p. 260; M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi ed ambiti applicativi*, Milano, 2006, p. 48; S. ROMANO, voce *Annullamento degli atti amministrativi* (agg. da G. MIELE), in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, vol. I, pp. 642 ss.; G. ROSSI, *Diritto amministrativo. I principi*, Milano, 2005, pp. 370 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, pp. 259 ss.; D. SORACE-C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, pp. 280 ss., p. 296; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI- G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO- F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. II, pp. 767 ss., p. 869.

L'identità di natura tra i due poteri esercitati in primo e in secondo grado deriva dall'identità degli interessi perseguiti da entrambi, per cui si respinge l'idea che nell'annullamento d'ufficio, diversamente che nella revoca, l'interesse pubblico non sia configurabile in positivo ma solo in negativo, come "ciò che residua al negativo esperimento di un'indagine diretta a porre in rilievo interessi con esso contrastanti"³⁵.

Contrariamente l'esercizio del potere di riesame coglie un'accezione positiva dell'interesse pubblico, collocandosi nella stessa dimensione di quello perseguito con il provvedimento originario.

L'accoglimento di tale tesi, inoltre, induce parte della dottrina a ritenere superato il problema della compatibilità con il principio di legalità del potere di riesame, dal momento che esso costituisce un'espressione temporalmente successiva dell'originario potere di provvedere, che include in sé anche il potere di provvedere nuovamente, in un momento posteriore, sul medesimo oggetto. Poiché, dunque, è la norma attributiva del potere di emanazione del provvedimento originario che conferisce implicitamente il potere di ritornare sullo stesso, anche il principio di legalità risulta rispettato³⁶.

Ad ogni modo, l'adesione alla tesi del potere di autotutela o del potere di amministrazione attiva non è affatto una questione puramente teorica, ma è foriera di importanti ricadute applicative: se si considera la facoltà di riesame come espressione del medesimo potere di primo grado si limita fortemente lo spazio applicativo dell'istituto, dal momento che la p.a. potrà ritirare l'atto solo per una rivalutazione degli stessi interessi contemplati dal provvedimento originario.

Più precisamente, secondo quest'ultima impostazione, il ritiro del provvedimento diviene espressione di un potere inesauribile nei tempi ma limitato negli spazi, poiché l'Amministrazione non potrà prendere in considerazione interessi diversi da quelli originari, ancorché incidano sul rapporto regolato.

Viceversa, l'adesione alla tesi dell'autotutela appare preferibile, atteso che la riedizione del potere non sconta tale limitazione: la discrezionalità della p.a., e l'insieme di interessi che giustificano il ritiro del provvedimento, risulta aperto alle dinamiche concrete del rapporto.

Le differenze si colgono soprattutto in relazione al potere di revoca che, diversamente dall'annullamento d'ufficio non risulta condizionato dal rilievo di profili di illegittimità, ma presuppone una valutazione discrezionale degli interessi coinvolti, il cui margine si amplia notevolmente se ci si distacca dai soli interessi originari.

Anche a livello comparatistico, emergono posizioni difformi circa la configurabilità della revoca come espressione di un potere generale dell'Amministrazione.

³⁵ S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio* in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, vol. II, pp. 597 ss., p. 610.

³⁶ G. LIGUGNANA, *op. ult. cit.*, p. 89.

Il diritto inglese, ad esempio, con scarsa tutela delle aspettative private, sancisce la regola generale della libera revocabilità di tutte le decisioni che non si limitino a riconoscere preesistenti diritti.

L'ordinamento tedesco, è anch'esso assai ampio nella configurazione dei poteri di revoca, che divengono generali quando si tratti di impedire "gravi svantaggi per l'interesse pubblico", temperando tale formulazione mediante la previsione di un obbligo di indennizzo in capo all'Amministrazione.

Nell'ordinamento francese, in assenza di un diritto scritto, la giurisprudenza afferma in linea di principio l'irrevocabilità di tutti gli atti che generano diritti, affidando la legittimità della revoca a previsioni specifiche che consentono il ritiro di singoli provvedimenti.

4. L'evoluzione normativa del riesame con effetto demolitorio: dal comune fondamento alle leggi n. 15/2005 e 80/2005.

Il riesame con effetti caducatori si concretizza negli atti tipici della revoca e dell'annullamento d'ufficio del provvedimento che, nell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, hanno finito per assorbire le forme di manifestazione di tale potere.

In origine, i due istituti venivano ricondotti alla nozione unitaria di revoca del provvedimento, che poteva fondarsi indifferentemente sia su motivi di legittimità che di merito, e assimilabile secondo parte della dottrina alla fattispecie della revoca in ambito privatistico³⁷.

Ciò nonostante, si distingueva, in punto di disciplina applicabile, l'effetto *ex nunc* della revoca per motivi di opportunità, dall'effetto retroattivo della revoca del provvedimento illegittimo.

Successivamente, sia la dottrina che la giurisprudenza iniziarono a differenziare con maggior nettezza gli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio, prospettandosi diversi criteri di distinzione.

Un primo orientamento proponeva l'adozione di un criterio di tipo soggettivo, affermando che la revoca in senso stretto dovesse necessariamente provenire dalla stessa Amministrazione che aveva adottato l'atto ritirato, laddove l'annullamento dello stesso presupponeva l'intervento di un'autorità gerarchicamente sovraordinata.

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza spostò, invece, l'attenzione sul tipo di vizio rilevato nel provvedimento oggetto di ritiro, collegando la revoca in senso stretto alla sopravvenuta inopportunità dell'atto, a fronte dell'annullamento che presupponeva l'illegittimità originaria dello stesso.

All'interno di tale ricostruzione, parte della dottrina³⁸ chiarì che nell'ambito del potere di revoca rientrasse anche la facoltà della p.a. di ritornare su una propria decisione con effetto retroattivo, riscontrando l'inidoneità *ab origine* dell'atto a soddisfare l'interesse pubblico.

³⁷ L. RAGGI, *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917, p. 316.

Si prospettava, pertanto, un' ulteriore distinzione tra la revoca in senso stretto fondata su una rivalutazione dell'interesse pubblico nel suo originario assetto, con conseguente rimozione retroattiva dell'atto, e la fattispecie dell'abrogazione fondata sulla sopravvenuta inidoneità dell'atto a soddisfare l'interesse pubblico con effetti naturalmente *ex nunc*.

L'abrogazione³⁹, in particolare, era incentrata su circostanze di fatto e di diritto intervenute successivamente all'adozione dell'atto che rendevano inopportuna la perdurante vigenza dello stesso, attestando una concezione ontologicamente dinamica e mutevole nel tempo dell'interesse pubblico.

Un'ulteriore dottrina⁴⁰, ritenne di dover distinguere gli istituti in esame sulla base di un criterio meramente temporale, sganciato dalla tipologia di vizio riscontrato nell'atto.

E, segnatamente, si differenziò la revoca dall'annullamento unicamente in base al tempo in cui si fosse manifestato il vizio, indipendentemente dalla natura dello stesso: qualora infatti la p.a. avesse ritenuto di regolare diversamente una determinata situazione per cause sopravvenute, avrebbe dovuto disporre un atto di revoca con effetti *ex nunc*; viceversa, l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere all'annullamento *ex tunc* dell'atto per ogni vizio originario, indifferentemente di legittimità o di merito.

Gli orientamenti successivi⁴¹ superarono la rigidità dei singoli criteri di distinzione, combinando il parametro temporale del momento di manifestazione del vizio con quello oggettivo della natura dello stesso.

Il potere di revoca viene qualificato dai motivi di merito che ne legittimano l'esercizio, cui si aggiunge la produzione di effetti tendenzialmente *ex nunc* dell'atto di ritiro.

Proprio sotto quest'ultimo profilo, autorevole dottrina⁴² suggeriva di distinguere l'efficacia retroattiva o irretroattiva della revoca guardando al dato fattuale, ovvero, alla precarietà degli effetti medio tempore prodotti dall'atto revocato, ed escludendo la rimozione retroattiva di quelli ormai stabilizzatisi.

L'orientamento non è stato condiviso, riproponendosi per la collocazione temporale degli effetti la citata distinzione tra inopportunità originaria e sopravvenuta del provvedimento, al punto che secondo alcuni solo la sopravvenienza di nuove circostanze di fatto o di diritto avrebbe potuto giustificare la revoca, restando lo *ius poenitendi* escluso da tale fattispecie.

In realtà, ciò che ha accomunato le diverse ricostruzioni teoriche è stato il distacco del potere di revoca dal necessario riscontro di profili di illegittimità del provvedimento, che condizionano solo

³⁸ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1931, p. 323.

³⁹ F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1998, pp. 131 e ss.

⁴⁰ V. M. ROMANELLI, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, Milano 1939, pp. 98 e ss.

⁴¹ P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, Milano 2001, p. 136; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2012, p. 1489.

⁴² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 1993, pp. 598 e ss.

l'annullamento d'ufficio, giustificandosi il potere di ritiro sulla sola base dell'inidoneità dell'atto a perseguire l'interesse pubblico.

L'attenzione, pertanto, anche da parte della giurisprudenza, si è spostata sull'interesse pubblico e sul tipo di valutazioni che giustificano la revoca del provvedimento.

In alcune pronunce⁴³, l'interesse pubblico è stato identificato con lo stesso perseguito con il provvedimento da revocare, soggetto ad un diverso apprezzamento per la venuta ad esistenza di fatti o situazioni precedentemente sussistenti ma sconosciute.

Diversamente, in altri casi⁴⁴ il potere di revoca è stato subordinato ad un mutamento dello stato di fatto e di diritto, o alla sopravvenienza di fatti nuovi, dunque, non preesistenti al momento di emanazione del provvedimento da ritirare.

Ancora, ponendosi l'accento sul carattere relazionale del potere di autotutela (come emergerà anche dalla successiva tipizzazione ad opera della l. n. 15/2005), il ritiro del provvedimento è stato collegato ad una valutazione comparativa, di confronto tra l'interesse primario e le situazioni soggettive di coloro che hanno tratto vantaggio dalla precedente determinazione amministrativa.

In definitiva, il dibattito sulla conformazione dell'interesse pubblico che giustifica la revoca del provvedimento ha risentito della disputa, in precedenza esaminata, circa la riconducibilità del riesame al potere di autotutela o di amministrazione attiva, la cui soluzione determina rispettivamente l'ampliamento o la restrizione dell'orizzonte valutativo della p.a.

5. Il potere di revoca nella codificazione della l. n. 15/2005.

Le elaborazioni teoriche della dottrina e della giurisprudenza sono state recepite dal legislatore, che con la l. n. 15/2005 ha introdotto nella legge sul procedimento amministrativo l'art. 21 *quinquies*, disciplinando per la prima volta il potere di revoca della p.a.

La grande novità apportata dalla riforma del 2005 consiste nella previsione di un potere generale di ritiro del provvedimento amministrativo, sganciato da singole fattispecie applicative.

L'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 si pone dunque come norma fondante della revoca in autotutela, dettando l'intero statuto di tale potere, da cui si desumono i presupposti, l'oggetto, gli effetti, e il soggetto competente all'esercizio dello stesso.

⁴³ Cons. St. 17 gennaio 1958 n. 69, in *Cons. St.* 1958 p. 39 e Cons. St. 27 settembre 1960 n. 690 in *Cons. St.* 1960 p. 1557.

⁴⁴ Cons. St., 17 marzo 1970, n. 211 in *Cons. St.* 1970, I, p. 507 e Cons. St. 30 marzo 1971, n. 316 in *Cons. St.* 1971, I, p. 520.

5.1. *I presupposti della revoca e l'instabilità dell'atto amministrativo.*

Sotto il primo profilo, la scelta legislativa accoglie la tesi che attribuisce massima ampiezza all'ambito applicativo dell'istituto, consentendo la revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto, o ancora, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Tali presupposti delineano un potere-dovere della p.a. di valutazione globale del rapporto che lega l'atto agli interessi pubblici che vi confluiscono, impendendo di concepire l'azione amministrativa come un sinolo statico e immutabile, quanto piuttosto una manifestazione dinamica della funzione.

È opportuno osservare come si tratti di una soluzione di grande impatto applicativo alla luce del dibattito giurisprudenziale precedente alla riforma del 2005, che non registrava affatto unanimità di vedute, soprattutto in relazione all'ammissibilità della revoca per c.d. *jus poenitendi* della p.a.

In passato, i giudici amministrativi affermavano che la revoca del provvedimento potesse aver luogo solo a seguito di una differente valutazione dello status che aveva condotto all'emanazione dell'atto revocando, riferendosi non già ad una diversa valutazione dell'interesse pubblico originario, *rebus sic stantibus*, ma ad una nuova valutazione in conseguenza dell'acquisizione da parte della p.a. di elementi di fatto di cui non si è avuta conoscenza in precedenza.

La legittimità della revoca veniva pertanto ancorata alla diversa considerazione dell'interesse pubblico originario, la cui valutazione risultava inficiata dalla mancata conoscenza di tutti gli elementi utili al momento della decisione, escludendosi ad ogni modo la validità di un semplice ripensamento unilaterale della p.a.

Accanto a tale impostazione, si diffuse l'affermazione della possibilità di revocare il provvedimento per l'intervento di fatti o ragione nuove dopo l'emanazione dell'atto da revocare⁴⁵.

Si negava, ancora una volta, l'operatività del potere di revoca fondato su ragioni non obiettive, ma su un diverso apprezzamento della medesima situazione di fatto già regolata dallo stesso organo, osservandosi come una siffatta facoltà porrebbe nell'assoluta incertezza i rapporti giuridici sorti dal provvedimento, le cui stabilità sarebbe subordinata alla mutabile valutazione soggettiva dei fatti da parte delle diverse rappresentanze che si succedono nell'Amministrazione⁴⁶.

Successivamente la giurisprudenza amministrativa, in parallelo alla maggiore considerazione dell'affidamento dei destinatari, ha richiesto come presupposto di legittimità la sussistenza congiunta di un duplice requisito, rappresentato dalla diversa valutazione della situazione esistente al momento dell'emanazione del provvedimento e nel sopravvenuto mutamento dello stato di fatto precedente.

⁴⁵ Cons. St. 23 maggio 1972 n. 265, in *Cons. St.*, 1972, I, p. 1142.

⁴⁶ A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano 2013, p. 54.

Il potere di ritiro restava necessariamente collegato alla nozione di “fatto sopravvenuto”, che progressivamente, diviene l’unica ragione sufficiente della riedizione della funzione amministrativa finalizzata al raggiungimento dell’interesse pubblico.

La revoca viene considerata legittima qualora abbia come presupposto un nuovo e diverso accertamento dei fatti, e la loro conseguente rivalutazione sotto il profilo dell’interesse pubblico, ma non anche qualora risulti finalizzata a riparare ad un errore originario⁴⁷.

La legge n. 15/2005 irrompe nel dibattito con una soluzione di più ampia portata che sembra consentire la revoca del provvedimento per un mero ripensamento unilaterale della p.a., oltre che nelle ipotesi di sopravvenienze.

Ciò nonostante, il dettato normativo è tutt’altro che univoco, e ha dato adito a numerosi contrasti nell’interpretazione dei presupposti che giustificano il ritiro dell’atto, al punto da suggerire la necessità di un’analisi differenziata degli stessi.

L’art. 21 *quinquies* consente in primo luogo la revoca per “sopravvenuti motivi di interesse pubblico”, alla luce dei quali non appaia più opportuna la perdurante efficacia del provvedimento.

Parte della dottrina sostiene che tale ipotesi sia riconducibile assieme al mutamento della situazione di fatto, ad un’unica fattispecie di “revoca per sopravvenienza”, rappresentando un’esplicazione della c.d. “teoria del fatto sopravvenuto”⁴⁸.

Si evidenzia, in particolare, come il mutamento della situazione di fatto non possa che riflettersi in nuove valutazioni di interesse pubblico, ovvero, la modifica del sostrato fattuale di riferimento impone una rivalutazione degli interessi sottesi⁴⁹, e dunque, la revoca del provvedimento non avverrebbe mai per una sopravvenienza fattuale *tout court*, ma pur sempre per la sua incidenza sull’interesse pubblico.

In altre parole, la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse viene considerata *ex se* un dato di fatto o un requisito coesenziale ad ognuno dei presupposti che o condizioni a cui l’art. 21 *quinquies* riconduce l’esercizio del potere di revoca. L’alternatività tra la revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico e per mutamento della situazione di fatto sarebbe, a ben vedere, solo apparente: se infatti, non è facile immaginare un’ipotesi di sopravvenienza di motivi di pubblico interesse cui non si accompagni anche il mutamento della situazione di fatto, risulta ancora più difficile configurare una revoca per mutamento della situazione di fatto cui non si colleghi anche la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse⁵⁰.

Secondo un diverso orientamento, più fedele alla lettera della legge, i tre presupposti che l’art. 21 *quinquies* della l. n. 241/90 pone a base del potere di revoca vanno tenuti necessariamente distinti;

⁴⁷ Cons. St. 20 maggio 2008, n. 2364, in *Foro amm. CdS*, 2008, p. 1478 e Cons. St., 6 dicembre 2007, n. 6252, in *Foro amm. Cds*, 2007, p. 3435.

⁴⁸ G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento*, Milano 2013, p. 146.

⁴⁹ G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova 2013, p. 146.

⁵⁰ E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la L. n. 15 del 2005*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 4, p. 1551.

e, in tal senso, milita anche la giurisprudenza amministrativa che evidenzia costantemente l'alternatività degli stessi, affermando come non si possa prescindere dall'attribuire rilevanza concettuale autonoma ai sopravvenuti motivi di interesse pubblico⁵¹.

Con tale espressione deve intendersi il sopravvenire di fatti o circostanze che inducono la p.a. a rivedere la regolazione degli interessi pubblici e privati operata in prima istanza, rivalutando i presupposti di fatto che caratterizzano la fattispecie reale e, se del caso, provvedendo ad una rinnovata e diversa valutazione dell'interesse pubblico originario, previa motivata comparazione di tutti gli interessi coinvolti⁵².

Sotto il profilo concreto, la giurisprudenza più volte ha ricondotto all'area dei motivi di interesse pubblico, sopravvenienze di natura economica o finanziaria, giustificando la revoca del provvedimento qualora l'Amministrazione emanante subisca un'oggettiva e rilevante riduzione dei trasferimenti o delle disponibilità finanziarie, ovvero nel sopravvenire di nuovi bisogni da soddisfare, ritenuti comparativamente prevalenti rispetto alle necessità connesse al pubblico interesse sotteso all'atto da revocare, interesse per tale ragione non più attuale; ancora, si è ritenuta appartenente al sopravvenuto motivo di interesse economico, la rinuncia all'affidamento di un contratto non più conveniente al fine di attuare una più razionale gestione delle limitate risorse disponibili.

Tuttavia, il carattere sopravvenuto dell'interesse pubblico non è sufficiente a giustificare il ritiro dell'atto, richiedendosi altresì l'attualità dello stesso, e la sua concreta rilevanza anche a seguito della comparazione e bilanciamento con gli interessi privati eventualmente sacrificati.

Il criterio dell'attualità dell'interesse pubblico diviene allora un presupposto implicito e comune a tutte le fattispecie previste dall'art. 21 *quinques* l. n. 241/90, facendo sì che le relative differenze, chiare in astratto, sfumano in concreto.

Ed infatti, sia nel caso di sopravvenuti motivi di interesse pubblico, che di mutamento della situazione di fatto, alla base del provvedimento di revoca si pone una valutazione circa l'attuale inopportunità della determinazione amministrativa precedente, che risulta non più coerente con il principio del buon andamento e con l'interesse pubblico obiettivato dalla legge⁵³.

Nel concreto, pertanto, i nuovi motivi di pubblico interesse e il mutamento dei presupposti di fatto si intersecano e si intrecciano tra di loro, in termini e con modalità difficilmente scindibili o distinguibili, giacché spesso i motivi di pubblico interesse sopravvenuti si sostanziano in fatti verosimilmente nuovi che rendono non più attualmente opportuna la ponderazione e la comparazione degli interessi così come operata in origine dalla p.a.

⁵¹ ex pluris, cfr. Cons. St. 8 maggio 2013 n. 248, Cons. St. 31 maggio 2012 n. 3262 in *www.neldiritto.it*.

⁵² G. CATALDO SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Milano, 2014, p. 78.

⁵³ G. CATALDO SALERNO, *op. ult. cit.* p.79.

Entrambi i presupposti in esame devono condurre l'Amministrazione ad una valutazione più attuale, che raccordi la determinazione provvedimento assunta in precedenza con il mutato contesto giuridico o fattuale, in cui ben possono registrarsi modifiche ai rapporti di forza tra interessi pubblici (invertendo il rapporto tra interessi primari e secondari) o tra interessi pubblici e interessi legittimi privati.

Le sopravvenienze fattuali di per sé non possono fondare un legittimo esercizio del potere di revoca se non si traducono ad ogni modo in una valutazione di pubblico interesse, che riveli come il provvedimento revocato non sia più attualmente idoneo allo scopo originario, tanto più che l'interesse pubblico sempre meno viene colto nella sua dimensione astratta, sganciata dalla realtà empirica.

Più precisamente, il “mutamento della situazione di fatto” è l'evento tipico che, in punto di fatto, può determinare l'Amministrazione nel senso della revisione della relazione giuridica soggettiva instauratasi con i privati per effetto dell'emanazione dell'atto revocando.

È una condizione che si rapporta, come termine di paragone, ai presupposti di fatto che sono stati presi in considerazione e ritenuti rilevanti ai fini del provvedere dal soggetto pubblico che ha emanato l'atto revocando al momento della sua adozione.

Il mutamento della situazione di fatto rilevante ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, pertanto, si ravvisa allorché il provvedimento “ha curato in modo ottimale il pubblico interesse, ma con il trascorrere del tempo sono intervenute mutazioni dello stato di fatto, onde è divenuta inopportuna una statuizione all'origine adeguata”⁵⁴.

Il ritiro dell'atto si giustifica dunque poiché l'assetto provvedimento è divenuto non più attuale, e non più coerente con il buon andamento amministrativo.

Ad ogni modo, nella disciplina dettata dall'art. 21 *quinquies* la fattispecie più problematica resta certamente la revoca per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, ovvero lo *jus poenitendi* della p.a., oggetto di numerosi dubbi interpretativi.

Si tratta di una clausola di chiusura del sistema, che consente di ricomprendere nei presupposti di esercizio del potere di riesame ogni fattispecie non contrassegnata da alcuna sopravvenienza oggettiva, integrando una condizione puramente soggettiva, connessa all'esclusiva volontà amministrativa dell'organo che ha emanato il provvedimento revocando.

Alcuni autori⁵⁵ osservano come il legislatore non abbia previsto alcun limite allo spiegarsi del potere di revoca basato sullo *jus poenitendi*, richiedendosi solo l'esplicitazione in motivazione delle ragioni che hanno condotto l'Amministrazione a mutare il proprio orientamento.

⁵⁴ R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Milano 2011, p. 588.

⁵⁵ R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 589.

La riforma del 2005 ha inteso attribuire alla p.a. il potere di revoca nell'accezione più ampia, senza alcun limite positivo, se non quello insito ad ogni forma di discrezionalità amministrativa.

Tale affermazione trova puntuale riscontro nella giurisprudenza amministrativa, ove si afferma costantemente che la p.a. nell'esercizio dello *jus poenitendi* attribuito dalla legge, gode di amplissima discrezionalità⁵⁶; ed inoltre, la valutazione dell'interesse pubblico non deve necessariamente basarsi sulla formale adozione di atti, essendo sufficiente che dallo stesso provvedimento di revoca emergano le ragioni, plausibili e concrete, che determinano un fondato mutamento di prospettiva.

L'art. 21 *quinques* l. n. 241/90, nella lettura giurisprudenziale, denota tutta la sua portata innovativa, dilatando la nozione di revoca antecedente alla riforma del 2005, assorbendo le fattispecie della revoca in senso stretto, dell'abrogazione, nonché dello *jus poenitendi*, in passato ricondotte ad istituti eterogenei e non pacificamente ammessi.

La latitudine dei poteri di revoca è coerente, secondo parte della dottrina, con una visione "soggettivo-istituzionale dell'amministrazione pubblica", ovvero, con una concezione secondo cui la p.a., come espressione del governo della cosa pubblica, è abilitata ad un ripensamento unilaterale della regolazione provvedimento, atteso il carattere esclusivamente soggettivo della valutazione dei presupposti di interesse pubblico.

Il riconoscimento di un siffatto potere discrezionale per la p.a. ha suscitato numerosi dubbi di compatibilità con i principi comunitari e costituzionali, vanificando gli sforzi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza per conferire stabilità agli atti amministrativi e di riflesso al rapporto che ne scaturisce, a tutela dell'affidamento legittimamente riposto dal privato, da valutarsi secondo regole di ragionevolezza e buona fede oggettiva.

L'ampia formulazione dell'art. 21 *quinques* l. n. 241/90, e in particolare, del diritto di pentimento si pone contro i profili di certezza del diritto, integrando un presupposto meramente soggettivo, la cui arbitrarietà è acuita dall'assenza di un ragionevole limite temporale all'esercizio del potere in parola.

Non a caso, la dottrina⁵⁷ sottolinea come questo "diritto di pentirsi non si distingue dal diritto all'arbitrio o dal diritto al capriccio, ed è incompatibile con un ordinamento che annovera tra i suoi principi fondamentali l'affidamento del cittadino, ivi compresa la fiducia che un certo assetto instaurato dal provvedimento amministrativo abbia una certa stabilità".

Allo stesso modo, è apparsa censurabile la scelta di non prevedere alcuna limitazione temporale a tale revoca per rivalutazione dell'interesse originario, evidenziandosi come se da un lato sia più che ragionevole la scelta di non arginare cronologicamente la revoca per sopravvenienze, che per loro natura non sono predeterminabili in un arco temporale, dall'altro, la medesima *ratio* non può

⁵⁶ Cfr. fra le tante, Cons. St. 7 febbraio 2012 n. 662, Cons. St. 16 febbraio 2012 n. 833, Cons. St. 6 maggio 2011 n. 2713, in www.neldiritto.it.

⁵⁷ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2015, pp. 308 e ss.

riscontrarsi per lo *jus poenitendi* fondato su valutazioni soggettive per le quali sarebbe stato opportuno introdurre un limite temporale⁵⁸.

E tale irragionevolezza è acuita dalla considerazione secondo cui il legislatore ha inteso circoscrivere temporalmente l'esercizio dell'annullamento d'ufficio (ancor più dopo la riforma della l. n. 124/2015), limitando la possibilità di rimuovere un atto comunque illegittimo, laddove invece tale limite non sussiste per il potere di revoca che dialoga con provvedimenti semplicemente inopportuni.

Le perplessità aumentano dalla lettura del comma primo dell'art. 21 *quinquies* con la previsione di cui al comma 1-*bis*, che consente la revoca di atti ad efficacia durevole o istantanea che incidono su rapporti negoziali, da cui possono derivare diritti quesiti, la cui definitività è scossa dal possibile ripensamento da parte della p.a.

L'impatto della revoca in autotutela sui rapporti negoziali sarà oggetto di approfondimento nel capitolo seguente, tuttavia è opportuno anticipare le preoccupazioni che sorgono dal riconoscimento di tale potere per l'Amministrazione: nei rapporti contrattuali, infatti, non vengono in rilievo semplici interessi legittimi dei privati ma maturano diritti soggettivi il cui spessore si consolida nel tempo, e che ingenerano una situazione soggettiva di affidamento che risente maggiormente dei danni cagionati dal ritiro dell'atto amministrativo.

In altre parole, riconoscere anche in ambito negoziale un diritto di pentimento *tout court* per la p.a. stipulante, significa allentare il vincolo contrattuale e rendere precari i diritti soggettivi che vi sorgono.

Come si vedrà, l'interpretazione letterale dell'art. 21 *quinquies* si pone quale fattore di instabilità del rapporto amministrativo ed eventualmente di quello negoziale che vi accede, la cui sorte rimane condizionata al mero apprezzamento potestativo della p.a.

Per tale ragione, autorevole dottrina⁵⁹ ha proposto una risistemazione degli atti di ritiro, distinguendo tra l'invalidità per vizi di merito, cui segue la generale possibilità dell'annullamento d'ufficio del provvedimento, e l'inopportunità non invalidante che può dar luogo ad un potere di revoca di carattere speciale, sussistente solo in presenza di un'apposita disposizione normativa che preveda lo *jus poenitendi*.

Il carattere speciale e non generale della revoca per inopportunità originaria dell'atto ragionevolmente adottato, eviterebbe di attribuire alla stessa Amministrazione un diritto di ripensamento di portata amplissima, notoriamente non compatibile con i principi di uno stato di diritto, limitandosi piuttosto il potere generale di revoca ai soli casi di sopravvenienza.

⁵⁸ M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, p. 192.

⁵⁹ A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di merito*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 552 e ss.

Tale interpretazione, seppur pregevole nell'obiettivo che si prefigge, si scontra con il dato letterale della norma introdotta dalla l. n. 15/2005, che nella sua formulazione originaria, configura la revoca di pentimento come una fattispecie generale e non eccezionale.

Non è un caso che il legislatore, con riguardo all'esercizio del potere di revoca, a differenza delle scelte effettuate per l'annullamento d'ufficio ex art. 21 *nonies* l. n. 241/90, abbia omesso di codificare il doppio limite del termine ragionevole e della considerazione degli interessi dei destinatari, valorizzando la maggiore libertà che la p.a. incontra nell'esercizio del potere previsto dall'art. 21 *quinquies*.

Alcuni autori, propongono allora di condizionare l'esercizio dello *jus poenitendi* all'emersione di fatti nuovi o di circostanze non conosciute *ab origine* dalla p.a., finendo però per far coincidere l'istituto con la revoca per sopravvenienze, disciplinato autonomamente dalla l. n. 241/90.

Ugualmente, non convince la ricostruzione secondo cui la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario debba essere limitata al mancato raggiungimento dello scopo, sottraendo l'esercizio del potere di revoca alle valutazioni meramente soggettive della p.a. sulla convenienza del mantenimento dell'atto, per ancorarla esclusivamente all'efficacia dell'azione espletata: il mancato raggiungimento dello scopo, infatti, è comunque un fatto obiettivo sopravvenuto, che è altro rispetto allo *jus poenitendi* vero e proprio⁶⁰.

Entrambe le impostazioni citate finiscono per ricondurre la revoca di pentimento all'ambito delle sopravvenienze, negando di fatto l'ammissibilità autonoma dell'istituto, in palese contrasto con il dato normativo della riforma del 2005.

Anche a voler tentare un parallelismo con il potere legislativo, emerge come l'attribuzione di uno *jus poenitendi* del tutto discrezionale per la p.a., sollevi numerosi dubbi di compatibilità costituzionale: il legislatore può infatti dettare disposizioni che modifichino sfavorevolmente la disciplina in atto e che incidano parzialmente su diritti quesiti, ovvero che modifichino sfavorevolmente i rapporti di durata, tuttavia, tale potere non è illimitato ma soggetto ad un sindacato in termini di ragionevolezza.

La Corte Costituzionale, in più occasioni ha affermato che non può ammettersi un intervento legislativo che sia assolutamente discrezionale e che vanifichi le aspettative legittimamente nutrite dai soggetti interessati, in assenza di un' "inderogabile esigenza" e, quindi, di situazioni o fatti oggettivamente valutabili⁶¹.

⁶⁰ M. INTERLANDI, *La revoca: prime riflessioni sulle novità introdotte dalla l. n. 15/2005*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma sul procedimento*, Torino 2005, p. 318.

⁶¹ Cfr. *ex pluris* C.Cost., 24 luglio 2009, n. 236.

Lo *jus poenitendi* in quanto tale, pertanto, non è consentito neanche al legislatore dalla giurisprudenza costituzionale, e *a fortiori*, secondo la dottrina non dovrebbe essere riconosciuto in capo all'Amministrazione⁶².

Ammettere un diritto di pentimento pienamente discrezionale significa, in altri termini, concepire il provvedimento amministrativo come contenente una sorta di condizione meramente potestativa implicita, in virtù della quale la p.a. può mantenerlo in essere o meno in base al suo arbitrio.

La stabilità dell'atto viene fatta dipendere formalmente e sostanzialmente dalla mera volontà soggettiva dell'organo o del soggetto pubblico competente, a prescindere da ogni mutamento obiettivamente evidente e riscontrabile dell'interesse pubblico o del rapporto di quest'ultimo con gli interessi coinvolti nel procedimento che condotto all'emanazione dell'atto revocando.

A fronte di un siffatto potere di revoca *ad nutum*, l'interesse legittimo torna ad essere una posizione giuridica soggettiva tutelata solo indirettamente o di riflesso, a discapito dell'evoluzione che ha riconosciuto dignità autonomo e sostanziale all'interesse legittimo.

Del resto, alcuni autori, prendendo le mosse dall'art. 1355 c.c. che sancisce la nullità della condizione meramente potestativa in ambito civilistico, giungono ad escludere l'ammissibilità di uno *jus poenitendi* puro, affermando l'applicabilità del divieto in parola anche al diritto amministrativo⁶³.

In realtà, l'originaria ampiezza del potere di ritiro in autotutela sconta il progressivo rafforzamento delle esigenze di tutela degli interessi privati, e, come si vedrà in seguito, ha subito nel corso del tempo un costante ridimensionamento, introducendosi limitazioni, prima di natura pretoria, e da ultimo in chiave normativa.

Proseguendo nell'esame degli elementi che compongono il potere di revoca in autotutela, emerge come anche la concezione dell'interesse pubblico che fonda il ritiro dell'atto si presenti alquanto discussa, potendosi distinguere almeno due orientamenti giurisprudenziali che si sono susseguiti nel tempo.

Da un lato, si pone quell'indirizzo che individua l'interesse pubblico nel medesimo interesse sotteso al provvedimento revocando, ma divenuto oggetto di un diverso apprezzamento in conseguenza del mutamento dei presupposti di fatto; dall'altro, l'interpretazione estensiva del potere di revoca, consente l'esercizio dello stesso a fronte di ragioni di interesse pubblico non direttamente riferibili all'Amministrazione che ha adottato il provvedimento revocando, sul presupposto secondo cui il ritiro dell'atto può costituire il mezzo per soddisfare un interesse facente capo ad altra Amministrazione che risulti coinvolto nel rapporto regolato.

⁶² G. CATALDO SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino 2014, p. 87.

⁶³ G. CATALDO SALERNO, *op. ult. cit.*, p. 90.

Alla base di quest'ultima impostazione vi è certamente una nozione "multipolare" dell'interesse pubblico, che attenua la distinzione tra interessi primari e secondari: la revoca del provvedimento può giustificarsi a tutela non solo dell'interesse primario di cui risulta titolare la p.a. che ha adottato l'atto originario, ma anche in presenza di interessi secondari che entrano nella sua competenza attraverso il giudizio di comparazione.

Ciò influisce anche sull'individuazione dell'Autorità competente per la revoca del provvedimento: l'art. 21 *quinquies* infatti, consente l'esercizio di tale potere all'Amministrazione che ha adottato il provvedimento revocando o a quella stabilita dalla legge.

Secondo parte della dottrina⁶⁴, tale espressione dovrebbe interpretarsi in senso ampio, come comprensiva anche delle fonti di secondo grado; sembrerebbe allora che la natura di secondo grado del potere di revoca consenta un'attenuazione del principio di riserva di legge nell'individuazione delle competenze amministrative, permettendo alla stessa p.a., nell'esercizio di funzioni normative, di stabilire gli organi titolari del potere di revoca.

In realtà, tale considerazione deve essere valutata con cautela, dovendosi escludere che l'Amministrazione possa liberamente individuare organi competenti a revocare atti emanati da altra Autorità rendendo quanto mai instabile l'efficacia del provvedimento.

Piuttosto, si evidenzia una stretta connessione tra il potere di revoca e la titolarità del potere il cui esercizio ha portato all'adozione dell'atto da revocare, potendosi giustificare il relativo esercizio mediante il richiamo al principio del *contrarius actus*.

5.2. Gli atti revocabili e la dimensione temporale degli effetti.

L'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 limita testualmente il suo campo di applicazione ai provvedimenti "ad efficacia durevole", escludendo in origine la revocabilità degli atti ad effetto istantaneo, ovvero di quegli atti che esauriscono la produzione dei loro effetti nel momento stesso in cui vengono emanati, e sui quali la revoca non potrebbe aver alcuna incidenza concreta.

La norma allora mostra di aver accolto l'orientamento giurisprudenziale che affermava l'efficacia non retroattiva della revoca, facendo discendere da tale atto la sopravvenuta inidoneità del provvedimento a produrre effetti per il futuro, in senso speculare ed opposto all'annullamento *ex officio* la cui efficacia è tendenzialmente retroattiva.

La distinzione tra provvedimenti ad efficacia durevole ed istantanea implica necessariamente una parentesi sulla dimensione dell'efficacia dell'atto amministrativo, e sulla relativa nozione.

Autorevole dottrina⁶⁵, considerando l'efficacia dal punto di vista del momento in cui essa interviene, determinando il passaggio dalla condizione di atto inefficace a quella di atto efficace,

⁶⁴ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2006, p. 454.

⁶⁵ G. FALCON, *Questioni sulla validità ed efficacia nel tempo del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.* 2003, I, p. 1.

rileva come l'efficacia del provvedimento sia sempre istantanea, nel senso che essa si produce tutta in un determinato istante, che è appunto il momento di acquisizione dell'efficacia.

Pertanto, posto che dal punto di vista del momento in cui si produce l'efficacia del provvedimento è sempre istantanea, quello che può cambiare è il rapporto tra l'oggetto del provvedimento, inteso come suo contenuto dispositivo, e la dimensione temporale.

A seconda delle circostanze muterebbe, cioè, la qualità di questo effetto, consentendo così una più precisa distinzione degli atti amministrativi nel tempo.

Si riscontrano in primo luogo provvedimenti relativi a fattispecie prive di dimensione temporale, ovvero produttivi di autonome qualità giuridiche, cioè di qualità che non esprimono una disciplina propria del provvedimento⁶⁶, e provvedimenti che si riferiscono a fattispecie dotate di dimensione temporale. Quest'ultimi riguardano, consentendoli, vietandoli o prescrivendoli, comportamenti che debbono svolgersi nel tempo, mediante una attività in senso lato di attuazione o almeno di uso del provvedimento cui risultano collegati⁶⁷.

Meno frequente è la distinzione tra provvedimenti che riguardano una singola e determinata azione o evento, e provvedimenti che disciplinano tipi o classi di azioni.

Nella prima categoria rientrano quei provvedimenti che regolano comportamenti o fattispecie specificamente e concretamente individuati, costituenti un *unicum*: si pensi al permesso di costruire un determinato edificio in un determinato luogo, o ancora a diversi provvedimenti autorizzatori, alla dichiarazione di pubblica utilità volta a consentire l'espropriazione di un determinato immobile, all'assegnazione di una determinata borsa di studio o sovvenzione, e finanche all'aggiudicazione di un determinato appalto o all'ordine di demolizione di un determinato edificio. In tali esempi, l'azione o il comportamento considerato può essere in se stesso istantaneo, o svolgersi a distanza di tempo dall'autorizzazione, o ancora può accadere che sia l'azione in se stessa a richiedere un tempo per la sua esecuzione.

Si prospetta così un'ulteriore distinzione tra atti ad effetti istantanei, atti ad effetto differito, e atti ad efficacia prolungata: per tutti, il problema comune si pone allorché la qualificazione che il provvedimento ha dato all'azione possa in seguito venire meno, soprattutto in relazione agli atti favorevoli al destinatario.

⁶⁶ Si pensi ai provvedimenti attributivi di personalità giuridica o al decreto di esproprio che creano una qualità di persona giuridica o di nuovo proprietario destinata a protrarsi nel tempo, ma le cui azioni non sono più riconducibili al provvedimento.

⁶⁷ In tale categoria pare collocarsi il permesso di costruire, provvedimento che seppur ad efficacia non espressamente durevole è idoneo a produrre effetti che si dipanano nel tempo.

Infatti, ove l'azione sia già stata compiuta, il mutamento di qualificazione potrebbe avvenire soltanto con un provvedimento retroattivo, categoria la cui ammissibilità è estremamente discussa in dottrina e in giurisprudenza⁶⁸.

Tuttavia, molto spesso la legislazione si fa anticipatamente carico dell'intervallo temporale che possa intercorrere tra il provvedimento ed il verificarsi dell'azione in esso prefigurata, stabilendone fin dall'inizio i limiti massimi, ad evitare che l'effetto pratico del provvedimento, cioè lo svolgimento dell'azione consentita o prescritta, si svolga ad eccessiva distanza di tempo dal provvedimento stesso stabilendo che l'azione prefigurata dall'atto sia consentita solo in quanto si svolga entro un determinato termine, ovvero che essa debba essere compiuta entro un determinato termine.

A seguito del decorso del termine il destinatario del provvedimento decade dalla possibilità di compiere l'azione, affermandosi la cessazione dell'efficacia del provvedimento.

In realtà, come puntualmente notato, è proprio l'efficacia del provvedimento, nella sua specificazione temporale, a far sì che ove compiuta oltre il termine l'azione non sia più qualificata dal provvedimento stesso, e divenga perciò illecita.

L'efficacia durevole è certamente un predicato degli atti che si riferiscono a classi di azioni, ovvero a modelli comportamentali destinati ad essere ripetuti nel tempo⁶⁹ che considerano una determinata azione ma non nella sua unicità o determinatezza storica, bensì nel suo tipo.

In questi casi è evidente che l'efficacia del provvedimento ha una dimensione di durata o continuativa, legittimando azioni ripetibili in modo indefinito e prolungato nel tempo, ciascuna delle quali sarà lecita, anche a distanza di tempo, in quanto ricompresa nella legittimazione fornita dal provvedimento.

Gli atti c.d. "ad efficacia durevole" in senso proprio sono dunque atti che legittimano comportamenti ripetibili individuati nel tipo, ponendo in modo critico il problema del sopraggiungere di circostanze, in relazione alle quali la prosecuzione dell'attività consentita dal provvedimento risulta incompatibile con l'interesse pubblico.

Le modifiche apportate dal d.l. 31 gennaio 2007 n. 7 nonché dal d.l. 25 giugno 2008 n. 112 hanno tuttavia spinto l'istituto della revoca verso nuovi ambiti, sancendo con inconsapevole naturalezza dei criteri di quantificazione dell'indennizzo, qualora la revoca di un "provvedimento ad efficacia durevole od istantanea incida su rapporti negoziali".

⁶⁸ R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo retroattivo*, in *Magistra* 2014, I, p. 138, nonché Cons. St. 4 maggio 2010, n. 2545, in *www.neldiritto.it*.

⁶⁹ Esempi di tali atti sono rappresentati dalla patente di guida, dal porto d'armi, e in genere dalle autorizzazioni di polizia, nonché la licenza di commercio, la concessione di bene o di servizio pubblico, in cui si autorizza in generale il guidare l'automobile, il portare l'arma, il compiere attività commerciale (sia pure in relazione ad un determinato esercizio), l'usare un bene o il gestire un servizio pubblico.

La disposizione sembra dare per scontata un'affermazione radicalmente nuova rispetto al dibattito precedente, ammettendo la possibilità di revocare provvedimenti ad effetto istantaneo, nonché consentendo l'esercizio del potere di revoca anche in rapporti contrattuali.

Si tratta, evidentemente, di due novità di enorme portata: sotto il primo profilo, la possibilità di revocare atti ad efficacia istantanea, impone di riconsiderare la struttura del potere di cui all'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, compresa la sua irretroattività.

Ed infatti, il ritiro di un atto che ha ormai prodotto integralmente i suoi effetti può essere alternativamente letto solo come un riesame demolitorio con effetto *ex tunc*, o come una nuova determinazione provvedimentoale che ripristini in via autonoma lo status *quo ante*, ma non di certo come la revoca in precedenza descritta.

È innegabile che un provvedimento di ritiro che rimuova un atto che ha iniziato ed esaurito i propri effetti, ad onta di un'affermata irretroattività, non possa che operare con un effetto concretamente retroattivo nella realtà giuridica.

Difficile allora concepire un dialogo tra l'art. 21 *quinquies* e atti ad effetto istantaneo, salvo voler relazionare il potere di revoca autenticamente inteso non già all'atto precedente, ma all'assetto fattuale che ne è scaturito e si è protratto nel tempo, ovvero, seguendo la classificazione precedente, a quegli atti istantanei che si collocano pur sempre in una dimensione temporale.

Non meno dirompente è stata l'introduzione di un possibile collegamento del potere di revoca con fattispecie negoziali, in cui maturano posizioni soggettive che assumono lo spessore del diritto soggettivo, ben oltre l'interesse legittimo che solitamente si confronta con il potere di autotutela.

Come si analizzerà di seguito, la semplicità della disposizione riformata nel 2008 non rispecchia affatto il panorama giuridico ed empirico, giacché la dialettica tra revoca in autotutela e vicende contrattuali appare quanto mai tormentata, soprattutto circa la stessa ammissibilità di tale relazione.

L'unico requisito, non menzionato ma sotteso all'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, che resta tendenzialmente indiscusso riguarda la natura discrezionale e non vincolata del provvedimento originario.

I presupposti che legittimano il potere di revoca, sia nel caso di sopravvenienze, che per *jus poenitendi* richiedono per loro natura l'esistenza di uno spazio di discrezionalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, in cui la p.a. si è inizialmente mossa e di si rende necessaria una nuova valutazione.

Secondo l'orientamento prevalente, infatti, la revoca fondandosi su vizi di inopportunità originaria o sopravvenuta, attiene al merito dell'azione amministrativa, e dunque ad un predicato riferibile solo agli atti di natura discrezionale.

Non mancano, ad ogni modo, voci minoritarie che considerano la revoca esperibile anche a fronte di atti vincolati, dovendosi distinguere tra le varie ipotesi disciplinate dall'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90: il ritiro del provvedimento per un mutamento della situazione di fatto rappresenta, infatti, una circostanza che ben può riferirsi anche agli atti vincolati, qualora si verificino sopravvenienze che alterino la base fattuale su cui sono stati emanati, dovendosi riservare agli atti discrezionali le diverse fattispecie di revoca per nuova valutazione dell'interesse originario o per sopravvenuti motivi di interesse pubblico.

5.3. La tutela dell'affidamento dei destinatari dell'atto e l'obbligo generale di indennizzo.

L'autotutela in generale rappresenta il potere pubblico che più di ogni altro si muove in una prospettiva relazionale, ovvero contempera nelle sue manifestazioni l'interesse pubblico bilanciato con gli interessi dei privati che hanno ragionevolmente confidato nel provvedimento oggetto di ritiro.

L'interesse pubblico, pertanto, non può mai da solo giustificare la revoca o l'annullamento del provvedimento preesistente, se non all'esito di una comparazione e sintesi con le posizioni soggettive maturate dai destinatari dell'atto.

Tale esigenza è alla base della mutata concezione dell'azione amministrativa, come potere non più assoluto nel perseguimento delle proprie finalità ma relativo, ovvero dipendente nella sua estensione dagli interessi privati collaterali che risultano coinvolti.

In linea generale, l'affidamento legittimo 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.

La natura anfibia dell'azione amministrativa, che si esplica talvolta mediante moduli pubblicistici, talaltra attraverso schemi negoziali privati, ha indotto per lungo tempo a chiedersi se nei riguardi della p.a. il principio del legittimo affidamento abbia rilievo in tutti i rapporti intrattenuti con i cittadini, siano essi di diritto pubblico o di diritto privato.

È evidente che, quale precipitato della buona fede, il principio risulta pacificamente applicabile nei rapporti squisitamente privatistici in cui è parte l'Autorità pubblica, essendo 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 pubblici.

Più sofferta invece è stata l'affermazione dell'operatività del principio in esame nell'ambito dell'attività pubblicistica, 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.

La dottrina classica⁷⁰ escludeva l'applicazione del principio di affidamento nei rapporti di natura pubblicistica, rilevando come l'archetipo della buona fede entrasse in tali relazioni in forma depotenziata, scontando la compresenza di ulteriori interessi di analogo rilievo che ne limitavano la portata.

Lo scenario muta con l'ordinamento democratico rappresentato dalla Carta Costituzionale del 1948: 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 pubblica.

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. Non essendovi più un solo interesse pubblico predefinito, i rapporti tra l'Amministrazione e il cittadino devono ispirarsi al dovere di collaborazione, e pertanto, la buona fede cessa di essere un duplicato dell'interesse perseguito dall'Amministrazione divenendo un principio generale che deve ispirare ogni attività, sia che si svolga nelle forme del diritto pubblico o di quelle del diritto privato⁷¹.

Anche la giurisprudenza ha progressivamente riconosciuto ampia portata al principio di tutela del legittimo affidamento, non solo nell'ambito della giurisprudenza del Consiglio di Stato ma anche nelle pronunce della Corte di Cassazione, specie nel settore della responsabilità civile⁷².

In una prospettiva ancora 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, soprattutto in tema di irretroattività della legge, individuando tra i possibili limiti alla retroattività delle norme primarie si pone anche l'affidamento legittimo posto dai cittadini nella certezza di una data situazione⁷³.

⁷⁰ Sostanzialmente contrario al rilievo della buona fede nel diritto amministrativo si mostra M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1939, p. 142 ss. che riconosce peraltro al principio solo una limitata e circoscritta operatività; cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano 2001 pp. 115 e ss.; F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995, pp. 39 ss. A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova 1979, pp. 118 e ss.

⁷¹ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970.

⁷² *Ex multis*: Cons. St., 24 settembre 1996, n. 1255 *Studium iuris*, 1997, p. 197; in *Foro amm.*, 1997, 1065 (s.m.); in *Foro amm.*, 1997, p. 1434; Cons. St., 15 giugno 1994, n. 501, in *Foro amm.*, 1994, p. 1398 (s.m.); Cass., Sez. Un., 17 novembre 1978, n. 5328, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 32; Cass. Sez. Un., 13 giugno 1989, n. 2845, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 6.

⁷³ Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 973; in *Giur. it.*, 2000, p. 678; Corte Cost., 22 novembre 2000, n. 525, in *Rass. trib.*, 2000; Corte Cost., 12 novembre 2002, n. 446, in *Giur. it.*, 2003, p. 841.

L'affermazione di una necessaria tutela dell'affidamento ingenerato dagli atti amministrativi trova il suo contributo più importante nell'ordinamento comunitario, ove si è ben presto imposto come principio generale⁷⁴.

Le costruzioni enucleate per dare fondamento al legittimo affidamento generato dall'Autorità pubblica e dall'Amministrazione, in particolare, sono essenzialmente due e poggiano rispettivamente sulla nozione ampia e generale della buona fede, e sul principio altrettanto generale, ma di diversa rilevanza, della certezza del diritto, proprio della concezione moderna dello Stato di diritto.

Può certamente dirsi che entrambe le ricostruzioni forniscono giustificazioni teoriche non antitetiche che possono viceversa combinarsi nel fondare il principio in esame ritenendo la tutela del legittimo affidamento espressione del canone generale di buona fede nonché del principio di necessaria certezza del diritto.

Diverse, invece, sono le tecniche attraverso cui gli ordinamenti giungono all'obiettivo finale di salvaguardia della posizione maturata dal privato, registrandosi scelte differenti tra il sistema interno e quello comunitario.

Una prima rilevante differenza risiede nella possibilità per le Amministrazioni comunitarie di modulare, indipendentemente dalla tipologia di vizio riscontrata nel provvedimento, gli effetti nel tempo dell'atto di ritiro, essendo rimessa alla discrezionalità della p.a. la decorrenza *ex nunc* o *ex tunc*.

Si tratta di una tecnica diffusa nell'ambito comunitario, consentita anche in sede di sindacato giurisdizionale, che realizza la tutela dell'interesse privato escludendo gli effetti pregiudizievoli di una caducazione retroattiva dell'atto, qualora questa risulti sproporzionata nel bilanciamento con l'interesse pubblico.

L'elasticità che contraddistingue l'autotutela comunitaria non si riscontra nel diritto interno, in cui appare rigida la dicotomia tra la retroattività dell'annullamento d'ufficio, e l'irretroattività della revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90.

Il sistema dell'U.E. affianca ulteriori tecniche rimediali alla modulabilità degli effetti dell'atto di ritiro, individuate nella preclusione all'esercizio del potere di riesame una volta decorso un

⁷⁴ M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel Procedimento amministrativo - La legge n.241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, R. CARANTA, *La "comunitarizzazione" del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, pp. 417 ss. In giurisprudenza, cfr. 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; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 360; M. P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 797 e ss.; A. ESPOSITO, *La revoca degli atti amministrativi comunitari*, in collana *Europapers*, Università degli Studi Roma Tre, n. 11/2001.

determinato lasso temporale, vincendo così la presunzione di inesauribilità del potere amministrativo, nonché nella previsione di un ristoro patrimoniale sotto forma di indennizzo per il pregiudizio subito dal privato.

Nell'ordinamento interno, nessuna di tali forme di protezione era contemplata prima della riforma della l. n. 15/2005, ritenendosi pertanto gli interessi privati sempre soccombenti a fronte delle esigenze della p.a. di procedere in autotutela.

La scelta del legislatore del 2005, invece, accoglie le elaborazioni comunitarie seppur in forma attenuata, costruendo un sistema di tutela bipartito, in cui l'affidamento legittimo dei privati viene salvaguardato mediante l'introduzione di un limite temporale (ancorché flessibile) nell'annullamento d'ufficio ex art. 21 *nonies* e attraverso la previsione di un obbligo di indennizzo in caso di revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90.

Il principio di affidamento, in linea generale, non costituisce mai un limite operativo all'esercizio del potere di revoca, a prescindere dal tempo decorso e dallo spessore delle situazioni soggettive maturate dai privati, potendo sempre essere evaso attraverso la corresponsione di un indennizzo da parte della p.a.

L'interesse del privato appare sempre recessivo a fronte di una rivalutazione della rispondenza all'interesse pubblico prevalente, seppure meritevole di tutela attraverso la corresponsione dell'indennizzo; la scelta legislativa si mostra, per certi versi, opposta a quanto previsto dall'art. 21 *nonies* l. n. 241/90, in cui l'affidamento dei destinatari del provvedimento può rilevare come elemento impeditivo all'annullamento dell'atto, contribuendo ad identificare quel termine ragionevole entro cui può essere esercitato il potere di ritiro.

L'annullamento oltre il termine ragionevole risulta infatti viziato da eccesso di potere, laddove il provvedimento di revoca, a prescindere dal tempo decorso, rimane legittimo con l'unico limite della necessaria corresponsione di un indennizzo.

La perentorietà di tale affermazione dev'essere però attenuata, giacché anche nella revoca la p.a. è tenuta a dar conto in motivazione dell'avvenuto bilanciamento degli interessi, potendosi ugualmente prospettare un'illegittimità per eccesso di potere ove l'Amministrazione non eserciti il potere di ritiro secondo quella logica relazionale che è propria dell'autotutela, ovvero, senza un'adeguata comparazione dei plurimi interessi coinvolti.

Ecco allora che la distanza tra le due forme di tutela dell'affidamento previste dal legislatore del 2005 si attenua, in quanto il tempo trascorso dall'emanazione dell'atto da ritirare, pur non essendo immediatamente ostativo al provvedimento di revoca, incide su quel bilanciamento di interessi cui l'Amministrazione non può sottrarsi.

Inoltre, anche la previsione di un generale obbligo di indennizzo in caso di revoca, ha posto alcune questioni interpretative, dal momento che l'enunciazione di cui all'art. 21 *quinquies*, nella sua

formulazione originaria, rischiava di rimanere un'affermazione di principio mancando una definizione dei criteri di quantificazione dell'indennizzo, nonché ogni riferimento alla natura della forma specifica o per equivalente.

Si contrapposero pertanto due orientamenti, l'uno volto a parificare l'indennizzo ad un obbligo risarcitorio *tout court*, con conseguente indennizzabilità sia del danno emergente che del lucro cessante, secondo la logica dell'integrale riparazione del danno ex art. 1223 c.c., l'altro propenso a limitare l'indennizzo al solo danno emergente.

Quest'ultimo indirizzo evidenziava l'ontologica diversità tra indennizzo e risarcimento, affermando che la risarcibilità del lucro cessante dovesse necessariamente correlarsi all'illegittimità del provvedimento di revoca, mentre a fronte di una revoca legittima residuava in capo alla p.a. una responsabilità da atto lecito che non consente un ristoro integrale.

Si pone così la necessità di individuare un confine tra revoca legittima ed illegittima, ovvero tra responsabilità da atto lecito ed illecito della p.a., al fine di contrapporre in maniera esatta l'obbligazione indennitaria a quella risarcitoria.

Del resto, il rispetto dei requisiti di cui all'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 esclude l'ingiustizia del danno, ovvero l'illiceità della condotta dell'Amministrazione, facendo automaticamente cadere lo schema di imputazione di cui all'art. 2043 c.c.

Si prospettava altrimenti un'irragionevole equiparazione riconoscendo al privato il medesimo ristoro patrimoniale sia che agisca per il danno subito dal provvedimento illegittimo di revoca, sia che faccia valere il proprio diritto all'indennizzo da revoca legittima: l'irragionevolezza del sistema si coglie giacché tale equiparazione consente al privato danneggiato da una revoca legittima di ottenere tutela per il solo fatto del ritiro del provvedimento, laddove il privato leso da un provvedimento illegittimo di revoca avrebbe dovuto sopportare l'intero onere probatorio della responsabilità da atto illecito.

In questo scenario irrompe, ancora una volta, il legislatore che con il d.l. n. 7 del 2007 (c.d. decreto Bersani bis) e con il successivo d.l. n. 112 del 2008, interviene in materia di criteri di quantificazione dell'indennizzo da revoca del provvedimento con una riforma foriera di numerose incertezze applicative.

Si osserva preliminarmente che la scelta legislativa è stata quella di separare nettamente il diritto all'indennizzo da revoca legittima dalla tutela risarcitoria, senza alcuna preclusione nell'accesso a quest'ultima qualora il provvedimento di ritiro risulti illegittimo, o nel caso in cui la revoca seppur legittima integri un più complesso ed illecito comportamento della p.a. da cui deriva una responsabilità precontrattuale⁷⁵, come si vedrà profusamente nel prossimo capitolo.

⁷⁵ Cfr. Ad. Plen. 5 settembre 2005 n. 6, in *www.neldiritto.it*.

In questa sede, oggetto d'indagine è l'obbligo di indennizzo così come costruito dalle riforme del 2007 e del 2008, come espressione di una responsabilità da atto lecito dell'Amministrazione che, pertanto, può essere chiamata solo a corrispondere i danni emergenti patiti per aver fatto legittimo affidamento sul provvedimento revocato.

Tra l'altro quello della responsabilità da atto lecito della p.a. rappresenta un modello diffuso di riequilibrio delle sperequazioni cagionate dall'esercizio dell'azione amministrativa, in cui il privato sconta la soccombenza legittima dei propri interessi in virtù del superiore interesse pubblico⁷⁶.

Le due azioni restano ad ogni modo assolutamente distinte, poiché il privato danneggiato che intenda esperire la domanda ex art. 2043 c.c., deve fornire la prova dell'intero archetipo della responsabilità aquiliana, dalla condotta illecita, al danno, al nesso di causalità e alla colpa della p.a., non potendosi limitare ad allegare la sussistenza di un proprio legittimo affidamento violato.

Anche la giurisprudenza⁷⁷ ha più volte chiarito come le due domande differiscano per *petitum*, giacché l'oggetto della domanda risarcitoria è strutturalmente e quantitativamente diverso da quella indennitaria, e per *causa petendi* essendo il comportamento a base della domanda rispettivamente illecito o lecito.

L'attuale formulazione del comma 1-bis dell'art. 21^{quinquies} non lascia adito ad ulteriori dubbi stabilendo che l'indennizzo da revoca legittima è parametrato al solo danno emergente, dovendosi tuttavia tenere conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

La distinzione con la domanda di risarcitoria, che abbraccia sia il lucro cessante che il danno emergente appare netta, ma a suscitare nuove e profonde perplessità interpretative sono gli ulteriori criteri focalizzati sulla condotta del privato.

Rilevandosi in prima battuta la linea di continuità con l'art. 1227 c.c., che sancisce la proporzionale riduzione dell'entità del risarcimento in caso di concorso colposo del danneggiato nella causazione del danno, occorre anche osservare che la disposizione in discorso ha in tal modo voluto tendenzialmente individuare dei criteri per la valutazione dell'intensità dell'affidamento, evidentemente attenuato in presenza di una piena consapevolezza della caducità degli effetti del provvedimento, nonché della relativa incompatibilità con l'interesse pubblico.

⁷⁶ Si veda, su tutti, l'obbligo d'indennizzo previsto dalla Carta Costituzionale in materia di espropriazione, nonché dall'art. 42 *bis* d.p.r. n. 327/2001, in cui di recente la giurisprudenza si è misurata con il tema della responsabilità da atto lecito della p.a. (cfr. C.Cost. 30 aprile 2015 n. 71).

⁷⁷ Cfr. Cons. St., 11 luglio 2012 n. 4116 in www.giustamm.it ove si afferma che “la *causa petendi*, nel giudizio volto ad ottenere l'indennizzo dovuto nel caso di revoca, deve essere ravvisata nella legittimità dell'atto amministrativo di revoca adottato dalla P.A. che ha causato il pregiudizio; mentre nel giudizio risarcitorio, essa consiste nel fatto o nell'atto produttivo del danno. Quanto al *petitum*, esso sarà limitato al danno emergente con riferimento all'indennizzo; si estenderà al ristoro integrale (danno emergente e lucro cessante) nella diversa ipotesi di risarcimento del danno”.

Il legislatore del 2007 tenta una mediazione tra due sfere di autoresponsabilità, quella della p.a. che per tornare sui propri passi è onerata ad indennizzare i destinatari dell'atto per il pregiudizio sofferto, e quella del privato la cui condotta scorretta incide sullo spessore dell'affidamento maturato e sul *quantum* dell'indennizzo potendo spingersi sino ad escluderlo del tutto.

Tuttavia i suddetti parametri, non risultano esenti da critiche.

In primo luogo, si evidenzia che i parametri individuati non potrebbero che aver riguardo ad atti affetti da inopportunità originaria, con esclusione degli atti resi inopportuni da elementi sopravvenuti, in quanto la norma si riferisce ai profili problematici del provvedimento amministrativo “conosciuti o conoscibili dall'interessato al momento stesso della sua emanazione”, non potendo ovviamente essere oggetto di conoscenza un vizio sopravvenuto⁷⁸.

La norma allora non risulterebbe applicabile in tutti i casi in cui l'affidamento sia leso da una revoca disposta per la sopravvenienza di ragioni di pubblico interesse.

Alcuni autori, osservano come l'ipotesi indirettamente contemplata dall'art. 21 *quinquies* comma 1 *bis* non sia perfettamente riconducibile all'istituto della revoca tradizionalmente inteso, rappresentando piuttosto una sorta di “revoca-sanzione” o di “revoca-decadenza”, giacché il ritiro dell'atto verrebbe posto in essere non tanto per ragioni di inopportunità, ovvero per sopravvenienze che incidono sull'interesse pubblico piuttosto per un'accertata inadempienza dell'interessato alle prescrizioni che assicurano la compatibilità con il pubblico interesse⁷⁹.

Si tratterebbe allora di una revoca per atti “oggettivamente” contrari all'interesse pubblico assimilabile analogicamente all'istituto della decadenza.

In secondo luogo, non si comprende appieno che incidenza possa avere sull'azione amministrativa l'eventuale conoscenza o conoscibilità della contrarietà dell'atto rispetto al pubblico interesse, dal momento che il privato non è in alcun modo autorizzato ad una ingerenza nel sindacato sul c.d. “merito amministrativo”, precluso perfino al giudice, in quanto riservato in via esclusiva alla p.a.

Ulteriori perplessità derivano dal fatto che la norma in esame si riferisce espressamente alla sola revoca incidente su rapporti negoziali, discutendosi in ordine all'utilizzabilità del menzionato criterio di quantificazione dell'indennizzo anche negli altri casi.

Si argomenta, per sostenere la tesi contraria, che l'espresso ma isolato riferimento operato dal legislatore dovrebbe ragionevolmente condurre ad escludere la parametrizzazione dell'indennizzo al solo danno emergente nei casi ivi non esplicitamente ricompresi, giungendosi ad una simile conclusione in base ad un argomento a contrario per cui *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*.

Le tesi più radicali, fedeli ad un'interpretazione quanto mai letterale della disposizione in esame, escludono per i rapporti non negoziali lo stesso diritto del privato ad un indennizzo,

⁷⁸ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2014 p. 1259.

⁷⁹ F. VOLPE, *Prime riflessioni sulla riforma dell'art. 21 quinquies della legge sul procedimento amministrativo*, 2005 in www.lexitalia.it.

disconoscendo di fatto la tutela indennitaria per quell'affidamento maturato nell'ambito di rapporti amministrativi.

Le considerazioni che precedono non spiegano però come potrebbe superarsi, qualora a tali tesi si accedesse, l'irragionevole disparità di trattamento che ne deriverebbe a sfavore del destinatario di una revoca incidente su rapporti amministrativi e non negoziali, in cui l'asimmetria tra la p.a. e il privato non troverebbe alcun meccanismo di riequilibrio.

Pertanto, l'opposta ricostruzione limita il campo di applicazione dell'art. 21 *quinquies* comma 1 *bis* l. n. 241/90 alle sole revoche incidenti sui rapporti negoziali, affermando che non vi sarebbe ragione di limitare l'indennizzo al solo lucro cessante per gli atti che attengono a rapporti amministrativi, in cui troverebbe ristoro anche il lucro cessante⁸⁰.

Anche sotto il profilo sistematico la disposizione in esame ha suscitato notevoli perplessità, soprattutto in merito ai rapporti con l'annullamento d'ufficio: si ipotizza infatti la revoca di un provvedimento che fin dall'origine era contrario all'interesse pubblico, mentre secondo la stessa definizione contenuta nel comma 1 dell'art. 21 *quinquies* sono i sopravvenuti motivi di interesse pubblico a giustificare la revoca.

Ebbene, l'originaria contrarietà o non compatibilità di un atto con l'interesse pubblico ne determina l'illegittimità, che consente l'annullamento d'ufficio piuttosto che la revoca dello stesso, senza alcun obbligo di indennizzo⁸¹

Si rileva in definitiva come sarebbe sicuramente stato più opportuno disciplinare la quantificazione dell'indennizzo con una norma di portata generale che non desse luogo ad una discutibile distinzione tra rapporti negoziali e rapporti amministrativi, onde evitare di legittimare applicazioni pratiche in contrasto con il canone costituzionale di ragionevolezza, seppur coerenti con la lettera della legge.

Ciò che emerge, indiscutibile, è la crescente attenzione del legislatore per la tutela dell'affidamento legittimo dei privati, che porta ad un mutamento di prospettiva nella concezione del potere di autotutela, da facoltà "innata ed illimitata" a strumento da utilizzare con profonda cautela, verso cui affiora una vena di sfavore che porterà alle numerose riforme successive.

5.5. Le modifiche della l. n. 164/2014: una nuova conformazione per il potere di revoca.

La l. n. 164/2014, di conversione del d.l. n. 133/2014 (cd. "Decreto Sblocca Italia"), ha rimodulato i presupposti per l'esercizio del potere amministrativo di revoca del provvedimento, inserendosi perfettamente nel *trend* normativo e giurisprudenziale volto a limitare sempre più il ricorso al

⁸⁰ c.f.r. Tar Sicilia, Palermo, 9 luglio 2007 n. 1775, in *www.neldiritto.it*.

⁸¹ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2015, p. 316.

potere di autotutela della p.a. (come emerge chiaramente anche dalla riforma della l. n. 124/2015 in tema di annullamento d'ufficio, che si analizzerà in seguito).

La riforma ha avuto un impatto dirompente nel dibattito sui limiti dell'autotutela amministrativa e più di tutto, attesta un radicale mutamento del modo di intendere il potere in esame, e indirettamente del rapporto di fondo tra Amministrazione ed amministrati.

Per comprendere il significato delle novità introdotte occorre collocare la l. n. 164/2014 in un disegno normativo più ampio, in cui entrano politiche di liberalizzazione e semplificazione dell'azione amministrativa.

Non è un caso che le riforme che hanno toccato l'autotutela si sono succedute di pari passo alle modifiche dell'art. 19 l. n. 241/90, ovvero della S.C.I.A., archetipo dichiarativo e istituto paradigmatico del nuovo rapporto tra p.a. e cittadini nell'ambito delle attività economiche⁸², e del silenzio amministrativo, modello emblematico degli obiettivi di semplificazione.

In origine l'ampliamento dei poteri di autotutela della p.a. svolgeva una funzione di bilanciamento degli interventi di liberalizzazione e semplificazione, soprattutto come compensazione dell'abolizione dei controlli amministrativi *ex ante*; in altre parole, il passaggio ad un modello di amministrazione *ex post*, che abbandonava il proprio potere di legittimazione preventiva in favore di un controllo successivo sulle attività dei privati, trovava uno strumento di garanzia di conformità all'interesse pubblico nel riconoscimento della possibilità di intervento postumo in autotutela.

In quest'ottica si spiega l'originario richiamo dell'art. 19 l. n. 241/90 ai poteri *ex artt. 21 quinquies* e *21 nonies*, una volta scaduto il termine per l'esercizio dei poteri inibitori⁸³, nonché l'analoga previsione di cui al comma terzo dell'art. 20 della l. n. 241/90 che esplicitamente consente l'autotutela sul provvedimento formatosi a seguito di silenzio assenso.

Da un canto limitare le facoltà di intervento della p.a. al solo riesame in autotutela, una volta formatosi il silenzio assenso o scaduti i termini inibitori per la S.C.I.A.⁸⁴, significava riservare

⁸² M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 301 ss.; Id. *Le novità in tema di silenzio*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2014*, Roma, 2014. F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a./s.c.i.a.*, in *www.giustamm.it*; E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'Adunanza Plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *Dir. amm.*, 2011, 811 ss. e, soprattutto, G. GRECO, *La SCLA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 359 ss.; Id., *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014.

⁸³ M.A. SANDULLI, *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in *www.giustamm.it*, 2005 e *Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, M. A. SANDULLI, a cura di, *Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo*, in *Quaderni de Il Foro amministrativo TAR*, 2, Milano, 2006.

⁸⁴ Sono note le enormi perplessità che il richiamo dell'art. 19 l. n. 241/90 ai poteri di autotutela ha destato, atteso l'orientamento prevalente che afferma la natura privatistica della S.C.I.A., escludendo che si tratti di un provvedimento tacito di assenso (cfr. Ad. Plen. 29 luglio 2011 n. 15, in *www.neldiritto.it*).

Il legislatore, del resto, intervenendo prima con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 e poi con la l. 7 agosto 2015 n. 124, ha espressamente ritenuto la S.C.I.A. un istituto privatistico, intervenendo anche a chiarire la portata del richiamo ai poteri di autotutela; per approfondimenti si veda M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*.

stabilità all'atto abilitativo, dall'altro si garantiva comunque all'Amministrazione una forma di controllo postumo a tutela dell'interesse pubblico.

Tuttavia, si innesca una forte tensione tra gli istituti di liberalizzazione e semplificazione, che accrescono l'autoresponsabilità del privato eliminando il filtro istituzionale del provvedimento espresso, e l'autotutela della p.a. che rischia di divenire uno strumento eccessivamente disinvolto di esercizio della funzione di controllo pubblico in chiave successiva.

In altri termini, si prospetta il pericolo per il privato di vedersi revocare ed annullare il provvedimento formatosi in via autoreferenziale, anche a distanza di un tempo notevole rispetto a quello che avrebbe dovuto attendere per ottenere l'atto di assenso preventivo in via espressa.

Ecco allora che l'autotutela da meccanismo di compensazione inizia ad essere vista come una minaccia all'effettività delle politiche di semplificazione, legittimando un (ri)esame tardivo dell'istanza del privato che culmina nel ritiro di un atto su cui egli ha ormai confidato.

Le preoccupazioni si accrescono in relazione ai provvedimenti autorizzatori o concessori, dal momento che essi costituiscono la base legittima su cui i cittadini edificano il loro affidamento, intraprendendo l'attività assentita con impegno di risorse organizzative ed economiche, e pertanto rispetto a quest'ultimi si registra il più evidente cortocircuito con i poteri di autotutela.

Certo, le esigenze di stabilità dei rapporti giuridici e di certezza del diritto sono presenti anche nella dialettica tra riesame e provvedimenti sfavorevoli, tuttavia è innegabile che l'effetto positivo che il privato riceve dal ritiro dell'atto svantaggioso compensa ampiamente la lesione dell'affidamento.

L'interesse dell'ordinamento al c.d. "giudicato sostanziale"⁸⁵ si coglie invece per quei provvedimenti attributivi di vantaggi su cui il beneficiario costruisce un'attività economica, investendo energie e capitali, il cui repentino ritiro cagiona certamente un danno evento (come lesione all'affidamento incolpevole) e conseguenza (per le spese sostenute nell'intraprendere l'attività assentita).

Proprio per questo le maggiori limitazioni al potere di revoca introdotte dalla l. n. 164/2014 riguardano gli atti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, analogamente a quanto si vedrà per l'annullamento d'ufficio a seguito della l. n. 124/2015.

Il collegamento tra le politiche di semplificazione e la limitazione dell'autotutela emerge anche dall'esame dei lavori parlamentari, in cui già nel Disegno di Legge presentato dal Governo all'Aula del Senato in data 23 luglio 2014 (D.D.L. Atto del Senato n. 1577), infatti, veniva annunciato un pacchetto di riforme della disciplina del procedimento amministrativo, predisposto all'esito delle consultazioni sulla riforma amministrativa svolte nel mese di maggio 2014 e animato dall'intento di

⁸⁵ G. PASTORI, *Introduzione generale*, in Id., *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, p. 69.

“semplificare l'organizzazione della pubblica amministrazione rendendo più agevoli e trasparenti le regole che ne disciplinano i rapporti con il privato cittadino, le imprese e i suoi dipendenti”.

L'obiettivo perseguito nel Disegno di Legge A.S. n. 1577 del 2014, quindi, era già “essenzialmente quello di innovare la pubblica amministrazione attraverso la riorganizzazione dell'amministrazione dello Stato, la riforma della dirigenza, la definizione del perimetro pubblico, la conciliazione dei tempi di vita e lavoro e la semplificazione delle norme e delle procedure amministrative”.

Tali obiettivi si sono tradotti, per gli aspetti di interesse, nella sostanziale riscrittura del comma primo dell'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90.

Con riguardo alla revocabilità per il mutamento della situazione di fatto, la riforma stabilisce che il ritiro dell'atto può avvenire solo se tale mutamento “non risultava prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento”.

Il legislatore spinge certamente verso una maggiore responsabilizzazione della p.a. al momento dell'adozione di un provvedimento ad efficacia durevole, essendo essa chiamata ad un'indagine esaustiva e ad ampio raggio circa la situazione di fatto entro cui si innesta il provvedimento da adottare.

La modifica normativa va dunque letta nel senso di precludere all'Amministrazione un riesame con effetto suppletivo di eventuali carenze dell'istruttoria condotta per l'emanazione del provvedimento originario, onerando la stessa oltre che di un'adeguata attività conoscitiva di una ponderata valutazione prognostica circa lo sviluppo delle condizioni fattuali alla base dell'atto revocando.

Naturalmente, sarà la motivazione del provvedimento a svelare l'analisi dei fatti compiuta dall'Amministrazione al momento dell'adozione dell'atto, secondo quanto già previsto dall'art. 3, comma 2, della l. n. 241/1990. Nel caso in cui la p.a. decida di revocare il provvedimento originariamente adottato, quindi, dovrà guardarsi proprio alla motivazione dell'originario provvedimento per verificare, il modo in cui l'Amministrazione ha studiato la situazione di fatto originariamente sussistente al momento dell'adozione dell'atto; se la p.a. ha davvero compiuto diligentemente una esaustiva analisi dei presupposti fattuali posti a fondamento dell'adozione del provvedimento amministrativo; da ultimo se la p.a. ha sin dall'inizio previsto, o meno, un mutamento della suddetta situazione di fatto.

La riscrittura dei presupposti della revoca pone tuttavia il problema di stabilire il riparto dell'onere probatorio in caso di impugnazione del provvedimento di revoca: inevitabilmente, infatti, si aprirà il quesito se debba essere il privato ricorrente a dover dimostrare che il mutamento della situazione di fatto era prevedibile sin dal momento dell'adozione dell'atto, oppure sarà se sia la p.a. a dover dimostrare in giudizio che il mutamento della situazione fattuale era originariamente imprevedibile.

Nel dubbio si ritiene che non possa l'attribuzione al privato dell'onere di una *probatio diabolica*, onerandolo di allegazioni e prove attinenti al sostrato fattuale dell'interesse pubblico, che solo la p.a. può conoscere, attenuandosi in concreto la regola civilistica di cui all'art. 2697 c.c.

Si evidenziano pertanto almeno quattro ragioni per ritenere che spetti alla p.a. l'onere di dimostrare in giudizio la non prevedibilità del mutamento della situazioni di fatto.

In primo luogo, il fatto che l'art. 64, comma 1, c.p.a., pone a carico delle parti l'onere di fornire gli elementi di prova "che siano nella loro disponibilità", prevedendo coerentemente, al successivo comma 3, il potere del giudice amministrativo di disporre anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere, che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione. Si tratta, come è generalmente riconosciuto, della consacrazione in norme di diritto positivo della acquisizione dottrina e giurisprudenziale che ha qualificato il modello processuale proprio del giudizio amministrativo come dispositivo con metodo acquisitivo⁸⁶, generato dall'esigenza di correggere l'istituzionale disuguaglianza tra le parti al di fuori del processo.

In questo contesto, dunque, come pure di recente ammesso, dall'Adunanza Plenaria con sentenza del 20 novembre 2014, n. 32, al ricorrente è imposto di fornire non la prova della fondatezza delle pretese dedotte, bensì semplici elementi indiziari in merito all'esistenza dei vizi denunciati, in base ai quali il giudice, ritenutane la attendibilità, eserciterà i poteri istruttori previsti dal c.p.a.

In secondo luogo, ma in maniera strettamente connessa a quanto prima rilevato, rileva il generale principio della c.d. "vicinanza della prova", per effetto del quale sarà la p.a. che, avendo un più agevole ed immediato accesso ai fatti, dovrà dimostrare l'imprevedibilità del fatto sopravvenuto posto a fondamento del provvedimento di revoca concretamente emanato.

In terzo luogo, il fatto che in tutti i casi in cui il Legislatore ha posto la prevedibilità di un certo fatto quale fondamento e presupposto del conseguente diritto o potere esercitato, ha sempre preteso che l'onere della prova circa l'imprevedibilità sia fornita dal soggetto che di tale imprevedibilità intende giovare nel giudizio. Il riferimento va in particolare alla disciplina dettata dall'art. 1225 c.c. in tema di prevedibilità del danno ed all'art. 30, comma 3, c.p.a., ove il regime della risarcibilità del danno conseguente al provvedimento illegittimo dell'Amministrazione risulta chiaramente ispirato alla prevedibilità-evitabilità del suddetto danno.

Per questa via, deve quindi ritenersi che, nel caso di revoca del provvedimento dovuta al mutamento della situazione di fatto, spetti alla p.a. l'onere di dimostrare l'imprevedibilità di tale mutamento della situazione di fatto, essendo per vero l'Amministrazione a volersi giovare della ritenuta imprevedibilità.

⁸⁶ cfr. *ex pluris* Cons. St., 10 settembre 2014, n. 4602; 16 luglio 2013 n. 3875; Cons. St. 20 dicembre 2013 n. 6159; Cons.St., 22 dicembre 2005, n. 7343, in *www.giustamm.it*.

Infine, occorre considerare che già con riferimento alla disciplina dell'indennizzo da revoca del provvedimento, ex art. 21 *quinquies*, comma 2, l'indirizzo interpretativo prevalente opina nel senso che compete alla p.a. la dimostrazione del fatto che il privato conosceva (o poteva conoscere) la contrarietà dell'atto all'interesse pubblico.

La riforma del 2014 non ha intaccato la revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, ovvero per sopravvenienza giuridica, che resta un potere ampiamente discrezionale seppur con l'unico limite dell'obbligo di indennizzo, proprio a voler salvaguardare la pienezza del potere di autotutela qualora l'atto revocando divenga irrimediabilmente contrastante con l'interesse pubblico, e ciò a prescindere dalla natura vantaggiosa o svantaggiosa del provvedimento per il privato.

La l. n. 164/2014 innova profondamente la revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, escludendo che essa possa operare per provvedimenti di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici.

Rinviando al capitolo successivo l'analisi di come la modifica normativa possa incidere sulla dinamica negoziale, compresa la spinosa questione della revocabilità delle concessioni-contratto, si osserva preliminarmente come l'intento del legislatore militi chiaramente verso una restrizione dello *jus poenitendi* della p.a.

E segnatamente, la riforma ha voluto precludere il diritto di ripensamento a fronte di quei provvedimenti che più di tutti risultano edificanti per il legittimo affidamento del privato, e il cui ritiro unilaterale cagiona ingenti danni economici.

Inoltre, tra le righe della l. n. 164/2014 si legge l'intento politico di incentivare lo sviluppo economico, assicurando il privato della stabilità del provvedimento sulla cui base intraprende ed organizza la propria attività, e ponendolo al riparo da improvvisi ripensamenti della p.a.

La portata innovativa della riforma si coglie maggiormente se analizzata in rapporto ai già citati fenomeni di liberalizzazione e semplificazione, dal momento che spesso gli atti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici vengono conseguenti dal privato mediante segnalazione certificata, o silenzio assenso.

Per essi dunque, si esclude la possibilità che la p.a. che non abbia esercitato per tempo i propri poteri inibitori o di rigetto, possa successivamente procedere ad un ripensamento unilaterale *ad nutum*, conferendo al titolo abilitativo quella stabilità necessaria ad instaurare rapporti d'impresa, anche con soggetti terzi.

Il potere di revoca esce dunque fortemente ridimensionato nei suoi presupposti che si fanno più stringenti, registrandosi un mutamento dei rapporti di forza con il principio di tutela dell'affidamento: quest'ultimo soccombe sempre più con minor frequenza rispetto all'interesse pubblico, sino a divenire una condizione ostativa al ritiro dell'atto qualora si traduca in un

provvedimento vantaggioso per il privato, al punto da far ritenere che la stabilità del rapporto tra Amministrazione e cittadini sia essa stessa interesse pubblico, riconosciuto implicitamente come prevalente dalla nuova formulazione dell'art. 21 *quinquies* comma 1 l. n. 241/90.

6. L'annullamento d'ufficio nell'originaria disciplina della l. n. 15/2005.

La codificazione dei poteri di autotutela, analogamente a quanto visto in tema di revoca, ha portato all'introduzione dell'art. 21 *nonies* nella legge sul procedimento amministrativo, con l'obiettivo di recepire lo statuto pretorio dell'annullamento d'ufficio e di fornire un fondamento positivo all'esercizio dello stesso.

La formulazione letterale dell'art. 21 *nonies* dimostra come il legislatore abbia ritenuto di intervenire per limitare un potere di per sé già immanente all'azione amministrativa, individuandone precisi presupposti sostanziali e procedurali.

Ciò traspare anche dalle riforme successive, che con un giro di vite, hanno reso sempre più stringenti i requisiti dell'autoannullamento ribaltando i rapporti di forza tra la garanzia di legalità dell'attività amministrativa e la tutela dell'affidamento privato.

Procedendo con ordine, il primo presupposto indefettibile che vale a differenziare l'annullamento d'ufficio dalla revoca, è l'illegittimità dell'atto oggetto di ritiro, in corrispondenza a quanto previsto dall'art. 21 *octies* l. n. 241/90: la verifica di legittimità dell'atto consentita alla p.a., infatti, è analoga al sindacato giurisdizionale ed ai profili di violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere.

Il richiamo all'art. 21 *octies* tuttavia ha suscitato numerose perplessità, per effetto del mancato coordinamento con l'introduzione del secondo comma della norma citata, ovvero della sanatoria della non annullabilità del provvedimento affetto da vizi formali o procedurali non incidenti sul contenuto dispositivo⁸⁷.

La soluzione del quesito se, la p.a. potesse annullare in autotutela un provvedimento viziato da irregolarità formali, passava attraverso l'interpretazione circa la natura sostanziale o processuale dell'art. 21 *octies* comma 2 l. n. 241/90, giacché solo un'invalidità di tipo sostanziale legittimerebbe l'annullamento precluso al giudice amministrativo.

L'annoso problema è stato risolto dalla l. n. 164/2014, che modificando l'art. 21 *nonies*, ha escluso espressamente l'annullabilità in autotutela del provvedimento affetto da uno dei vizi rientranti nell'art. 21 *octies* comma 2 l. n. 241/90, dirottando il dibattito verso la tesi della sanatoria sostanziale per intrinseca correttezza decisionale.

⁸⁷ F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, pp. 319 e ss.

L'illegittimità del provvedimento è condizione necessaria ma non sufficiente per l'annullamento in autotutela, giacché il potere di caducazione retroattiva non è limitato ad un mero ripristino della legalità, ma deve giustificarsi in virtù di concrete ragioni di pubblico interesse.

Il ritiro del provvedimento, infatti, può avvenire solo in forza di una valutazione dell'interesse pubblico ritenuto prevalente rispetto ai concorrenti interessi privati.

In altri termini, il giudizio cui è chiamata la p.a. si articola in due momenti distinti, entrambi afferenti il fulcro della funzione pubblica: *in primis*, l'Amministrazione deve verificare la sussistenza di un interesse pubblico alla rimozione del provvedimento illegittimo, e, *in secundis*, occorre stabilire, all'esito di una valutazione discrezionale, se tale interesse pubblico risulti prevalente rispetto agli interessi privati sorti per effetto dell'affidamento ingenerato dall'atto viziato.

L'illegittimità del provvedimento funge, pertanto, da precondizione astratta all'annullamento d'ufficio, laddove l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto costituisce un requisito attuale e concreto per l'esercizio del potere di autotutela⁸⁸.

L'interesse pubblico all'annullamento risponde inoltre all'esigenza di tutelare le posizioni giuridiche di vantaggio acquisite dai destinatari dell'atto oggetto di annullamento, come "correttivo alle eventuali iniquità a cui potrebbero dar luogo l'imprescrittibilità naturale del potere ed il suo conseguente esercizio in ogni tempo"⁸⁹.

Tale interesse si colloca in una prospettiva necessariamente relazionale, rappresentando la risultante di un'attività di mediazione e comparazione tra esigenze confliggenti: l'interesse pubblico accentua la sua natura composita, rapportandosi alla posizione e alle aspettative dei privati.

Quest'ultimi, si fanno portatori di interessi legittimi forti, che entrano nell'orizzonte valutativo dell'Amministrazione dialogando, e talvolta scontrandosi, con l'interesse pubblico originario, che incontra un vero e proprio limite, ancorché variabile, nello spessore dell'affidamento maturato dai destinatari dell'atto.

Si spezza il legame tra l'illegittimità dell'atto e la sua annullabilità, dal momento che la seconda non è conseguenza automatica della prima, analogamente a quanto previsto dall'art. 21 *octies* comma 2 l. n. 241/90⁹⁰.

L'introduzione della norma da ultimo citata dimostra un cambio di passo verso un'ottica efficientistica dell'operato della p.a., sganciando il paradigma astratto della legalità dell'azione amministrativa dal suo risultato sostanziale, e prediligendo quest'ultimo a discapito del rispetto delle regole formali.

⁸⁸ Si tratta di un orientamento risalente anche in giurisprudenza, cfr. Cons. St., 4 marzo 1966 n. 215, in *Foro Amm.* 1966, 2, p. 541.

⁸⁹ M. ALP, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, p. 528.

⁹⁰ U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della l. n. 241/90*, in *www.giustamm.it.*; S. FOA', *L'azione di annullamento nel Codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it.*

L'annullamento del provvedimento non può mai essere fine a sé stesso, non esistendo un interesse pubblico alla legittimità dell'atto che non tenga necessariamente conto dell'utilità concreta della sua rimozione, e ciò vale sia per il giudice amministrativo che per la pubblica amministrazione, i cui poteri si riallineano, tenuto conto che la l. n. 164/2014 ha esteso la non annullabilità di cui all'art. 21 *octies* comma 2 anche all'annullamento d'ufficio.

Del resto, che l'annullamento del provvedimento sia divenuto sempre più uno strumento conformativo dell'azione amministrativa più che una sanzione per l'illegittimità della stessa, è confermato anche sul versante processuale, come dimostra l'art. 34 comma 3 c.p.a., che consente l'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai fini risarcitori, a prescindere dall'utilità del suo annullamento per il ricorrente.

Emerge, in definitiva, il superamento delle categorie tradizionali dell'illegittimità ed annullabilità come legate da una consequenzialità astrattamente necessaria, prediligendosi una visione concreta e soprattutto funzionale della caducazione del provvedimento, al punto che la necessità di rimuovere lo stesso diviene un limite ed un fondamento di analoga importanza alla violazione di legge.

Si può ritenere che oggi l'illegittimità descriva una caratteristica statica del provvedimento, ovvero la sua contrarietà al paradigma normativo, laddove l'annullabilità esprime una connotazione dinamica, dipendente dall'esistenza di un interesse concreto e attuale all'eliminazione dell'atto dal panorama giuridico.

Tale considerazione acquisisce un peso ancora maggiore in relazione all'annullamento d'ufficio, dal momento che l'interesse che giustifica il ritiro del provvedimento non solo deve palesarsi nella sua attualità e concretezza, ma risultare prevalente nel giudizio di comparazione con gli interessi privati ancorati all'atto da annullare, attesa la descritta natura relazionale del potere di autotutela.

Ciò rende il potere di autotutela sempre discrezionale a prescindere dalla eventuale natura vincolata del provvedimento oggetto di riesame: la nascita di situazione soggettive connesse all'atto illegittimo, e lo sviluppo dell'interesse pubblico fanno sì che l'Amministrazione sia sempre tenuta ad una valutazione discrezionale circa l'opportunità di annullare una propria precedente determinazione, anche se la sua originaria adozione è stata frutto di una scelta a carattere vincolato. Ecco allora che si riaccende il dibattito circa la natura dell'autotutela amministrativa come espressione del medesimo potere di amministrazione attiva o come potere di riesame autonomo: l'adesione alla prima impostazione rende difficile spiegare il mutamento di un potere originariamente vincolato in discrezionale, talché l'eventuale illegittimità del provvedimento adottato renderebbe l'annullamento in autotutela altrettanto vincolato e doveroso, in contrasto con la costruzione normativa di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90.

Viceversa, ritenere che l'autotutela sia un potere autonomo, ancorché di secondo grado, spiega la sua essenza discrezionale non potendosi privare la p.a. del potere-dovere di valutare l'incidenza dell'annullamento d'ufficio sull'interesse pubblico originario e sugli interessi privati concorrenti.

6.1. Il modulo procedimentale dell'annullamento in autotutela, tra complessità e semplificazione.

Sotto il profilo procedimentale, le modalità di esercizio dell'annullamento in autotutela prevedono oneri formali la cui intensità varia a seconda delle peculiarità della fattispecie concreta oggetto di riesame.

Il procedimento dell'annullamento d'ufficio si presenta astrattamente complesso nelle forme, in coerenza con la natura discrezionale del potere esercitato, che deve essere bilanciata dal rafforzamento delle garanzie partecipative.

In primo luogo, l'esito del giudizio di comparazione deve trasfondersi nella motivazione⁹¹ del provvedimento di autoannullamento: la motivazione, infatti, costituisce garanzia di controllabilità da parte del giudice amministrativo e dei privati delle modalità di esercizio del potere, e segnatamente, della ragionevolezza con cui l'Amministrazione ha condotto quella valutazione comparativa tra contrapposti interessi che rappresenta dopo la l. n. 15/2005 un limite legale all'autotutela.

L'obbligo di motivazione conosce tuttavia delle deroghe, ritenendosi non necessaria qualora sia trascorso un breve lasso di tempo dall'adozione dell'atto annullato, o qualora l'illegittimità dello stesso sia stata cagionata dalla malafede del privato che beneficia del provvedimento, o qualora si tratti di recuperare illegittimi esborsi di denaro pubblico.

È evidente nelle prime due ipotesi l'esonero da una motivazione profonda e dettagliata si giustifica in relazione allo spessore dell'affidamento ingenerato dal provvedimento annullato: da un lato la brevità del tempo trascorso tra l'adozione dell'atto originario e il suo ritiro esclude il consolidarsi di una posizione meritevole di una tutela forte da parte dei destinatari del provvedimento, dall'altro l'eventuale concorso di quest'ultimi nell'illegittimità dello stesso è antitetica alla formazione di un affidamento legittimo⁹².

Nel caso di atti illegittimi che comportano oneri finanziari per l'Amministrazione l'assenza di un obbligo così intenso di motivazione del provvedimento di ritiro si fonda sulla natura vincolata⁹³

⁹¹ cfr. tra le tante, Cons. St. 26 gennaio 2015 n. 62, Cons. St. 30 luglio 2013 n. 4026, Cons. St. 19 marzo 2013 n. 1605, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹² Si esclude l'obbligo di motivazione per l'annullamento di atti ampliativi adottati a seguito di falsa rappresentazione della realtà da parte dell'interessato (cfr. Tar Puglia, 4 aprile 2006, n. 1831, in www.neldiritto.it).

⁹³ La deroga all'obbligo di motivazione per gli atti a contenuto vincolato è stata più volte sostenuta dalla giurisprudenza, come sancito, tra le tante, da Cons. St. 7 maggio 2012 n. 786, e Tar Lazio, 13 giugno 2012, n. 5365 in www.neldiritto.it.

dell'atto di ritiro, al punto che secondo alcuni si tratterebbe di un'ipotesi di c.d. "autotutela doverosa"⁹⁴.

In realtà appare preferibile ricondurre le ipotesi citate ad altrettanti casi in cui l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo risulti in *re ipsa*, ovvero sussistente in via presuntiva, non richiedendo pertanto la specifica indicazione nella motivazione nell'atto di ritiro⁹⁵.

Il procedimento di riesame, inoltre, diviene complesso nelle forme, dovendosi rispettare il criterio del *contrarius actus*, che impone alla p.a. di replicare nell'intervento in autotutela lo stesso schema procedimentale seguito per l'emanazione del provvedimento originario.

Si ritiene che la funzione amministrativa sia di contenuto identico a quella esplicata in precedenza, seppure di segno opposto, e dunque deve articolarsi secondo gli stessi moduli già adottati, senza i quali rischia di rimanere monca o comunque difettosa rispetto all'identica causa del potere: la p.a., pertanto, è tenuta a porre in essere un procedimento gemello di quello a suo tempo seguito per l'adozione dell'atto revocando, richiedendosi una speculare e pedissequa identità dello svolgimento procedimentale.

Alla base di tale ricostruzione si pone ancora una volta la concezione dell'autotutela come espressione del medesimo potere di amministrazione attiva, che viene rieditato con esiti opposti alla determinazione di primo grado.

Ciò non convince i sostenitori della tesi dell'autonomo potere di riesame, che pongono a sostegno della necessità del rispetto della simmetria procedimentale l'esigenza di assicurare le medesime garanzie partecipative per gli interessati, le cui posizioni giuridiche risultano ancora più intrecciate con l'azione amministrativa rispetto all'assetto di rapporti precedente all'emanazione del provvedimento di primo grado.

Nella stessa ottica si colloca l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, che la giurisprudenza individua come adempimento procedimentale necessario qualora la p.a. intenda emanare un provvedimento di secondo grado di annullamento, revoca o decadenza.

La comunicazione di avvio del procedimento di riesame è strumentale all'attivazione della garanzia partecipativa degli interessati, a sua volta dipendente dal legittimo affidamento che possano aver maturato sulla base dell'atto oggetto di ritiro, pertanto è possibile individuare alcune eccezioni: si esclude la necessità della comunicazione ex art. 7 l. n. 241/90 qualora l'autotutela sia esercitata nei confronti dichiaratamente provvisori, la cui rimozione integra un mero ritiro più che un autentico riesame in autotutela.

⁹⁴ La giurisprudenza talvolta parla espressamente di autotutela doverosa, come potere a carattere vincolato e necessitato, in relazione all'autotutela edilizia, o all'autotutela per l'inquadramento del personale (cfr. Cons. St. 7 maggio 2012 n. 786, *cit.*), o ancora in caso di provvedimenti contrastanti con il diritto comunitario, o in caso di ottemperanza ad una decisione del giudice ordinario passata in giudicato. Vedi anche M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino 2014.

⁹⁵ cfr. Cons. St. 25 giugno 2013, n. 3447, e Cons. St. 10 dicembre 2010, n. 8729, in www.giustizia-amministrativa.it.

Allo stesso modo la comunicazione di avvio del procedimento non appare necessaria nei casi in cui l'adozione del provvedimento di annullamento appaia doverosa nell'*an* e vincolata nel *quomodo* essendo incontestati i presupposti tra le parti, o qualora il quadro normativo di riferimento non presenti apprezzabili margini di incertezza⁹⁶.

Sotto il profilo temporale, la scelta del legislatore del 2005 è stata quella di non prevedere un limite fisso e predefinito per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio, preferendo piuttosto stabilire che il potere di riesame debba intervenire entro un lasso di tempo ragionevole dall'emanazione del provvedimento originario.

Si tratta di un parametro volutamente indeterminato ed elastico che deve essere individuato in concreto, in considerazione del grado di complessità degli interessi coinvolti e del relativo consolidamento⁹⁷, ancorato ad una valutazione costituzionalmente orientata in termini di ragionevolezza.

L'art. 21 *nonies* esclude l'inesauribilità del potere di autotutela che, nella sua prospettiva relazionale con l'affidamento dei privati, permane finché l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo possa dirsi prevalente sugli interessi concorrenti.

Emerge, ancora una volta, come il ripristino della legalità dell'azione amministrativa sia un'esigenza cedevole a fronte della tutela delle legittime aspettative dei privati, che non può da sola giustificare il ritiro del provvedimento originario: si tratta di un interesse circoscritto in un termine ragionevole, ovvero razionalmente limitato dagli sviluppi che il rapporto regolato può subire nell'intervallo che passa dall'emanazione dell'atto al suo annullamento.

Dal versante opposto, sussiste un dato temporale assoluto, secondo cui un lasso di tempo oggettivamente "non considerevole", non comporta alcun insorgere di legittimi e tutelabili affidamenti, e un dato relativo, per il quale gli affidamenti, pur in astratto configurabili per il decorso di un tempo considerevole, in concreto non siano "ragionevoli"⁹⁸.

A ben vedere, la ragionevolezza che l'art. 21 *nonies* l. n. 241/90 riferisce al tempo dell'annullamento, è in realtà una qualificazione maggiormente attinente alle posizioni individuali dei soggetti coinvolti nel procedimento di revisione delle decisioni iniziali.

Il termine per il riesame in autotutela, dunque, non è mai "ragionevole di per sé", piuttosto è la ragionevolezza delle situazioni giuridiche sorte e consolidate a costituire un limite all'esercizio del potere.

⁹⁶ cfr. Cons. St. 22 giugno 2006 n. 3867, in www.neldiritto.it.

⁹⁷ cfr. Cons. St. 27 febbraio 2012, n. 1081 e Tar Puglia 11 novembre 2011, n. 1704 in www.neldiritto.it.

⁹⁸ cfr. Cons. St. 10 dicembre 2010 n. 8729, in www.giustizia-amministrativa.it.

6.2. La particolare disciplina dell'annullamento ex art. 1 comma 136, l. n. 311/2004: l'inizio di un difficile dialogo tra autotutela e rapporti negoziali.

L'art. 1 comma 136 della legge finanziaria del 2005 interviene introducendo una norma ricca di peculiarità e contraddizioni che, tuttavia, riveste un'importanza notevole nella sua evoluzione per l'analisi dei rapporti tra annullamento d'ufficio e fattispecie contrattuali in cui è parte la p.a.

La disposizione in esame assegna alla p.a. il potere di annullare d'ufficio provvedimenti amministrativi illegittimi “anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso” senza limiti di tempo ed indipendentemente dall'esistenza di un interesse pubblico all'eliminazione dell'atto, al fine di “conseguire risparmi o minori oneri finanziari”.

Emerge, sin da subito, l'assenza di ogni riferimento ai presupposti previsti in generale dall'art. 21 *nonies*, ovvero alla comparazione tra interessi confliggenti e al limite del termine ragionevole.

Sotto il primo profilo è evidente che l'introduzione della norma in esame abbia voluto esonerare la p.a. dalla necessaria comparazione dell'interesse al recupero di esborsi pubblici con la tutela dell'affidamento dei privati, sancendo l'automatica prevalenza del primo.

Si è discusso invece sulla portata vincolante della stessa, ritenendosi, secondo un primo orientamento⁹⁹, che l'annullamento di un atto che comporti oneri finanziari per l'Amministrazione costituisca un obbligo, rientrando nelle ipotesi di c.d. “autotutela doverosa” già citate¹⁰⁰.

L'interesse a non procedere ad illegittime attribuzioni di denaro pubblico prevale sempre sull'aspettativa dei potenziali destinatari ad ottenere un beneficio illegittimo, e il suo perseguimento rappresenta un obbligo che la p.a. è tenuta a garantire in autotutela.

Secondo altra impostazione, la disposizione della legge finanziaria avrebbe solo introdotto una forma di interesse pubblico *in re ipsa*, già da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza con riferimento agli atti che determinano illegittimo esborso di denaro pubblico, senza però alterare la natura discrezionale del potere di autotutela.

La p.a., pertanto, a fronte di atti illegittimi da cui derivano oneri finanziari avrebbe pur sempre il potere di decidere l'annullamento degli stessi, fermo restando l'esonero dal giudizio comparativo tra contrapposti interessi.

⁹⁹ Cons. St. 14 maggio 2013 n. 2602 in *Riv. Nel diritto*, 2013, 6, p. 1145.

¹⁰⁰ In realtà, la disposizione del comma 136 dell'art. 1 della L. n. 311 per lo più era stata interpretata alla luce dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/90: la direttiva del 17 ottobre 2005 del Ministero della Funzione pubblica, che aveva precisato il significato del comma 136 dell'art. 1 della l. n. 311/2004 in base alla considerazione che “la portata delle disposizioni contenute dal comma 136 dell'articolo 1 della legge n. 311/2004 può essere chiarita alla luce delle disposizioni della legge n. 15/2005 che hanno disciplinato in via generale l'annullamento d'ufficio”, e quindi aveva affermato che ai fini dell'annullamento per motivi finanziari “il legislatore si limita a richiedere che l'amministrazione, nel valutare se procedere o meno all'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, operi ‘tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati’, senza prevedere l'obbligo di corrispondere somme a titolo di ristoro dei pregiudizi eventualmente arrecati”; e da diverse sentenze di merito, tra cui si segnala T.A.R. Lombardia, Sez. III, n. 362 del 2007, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, pp. 1433 ss.

A livello procedurale, tuttavia, l'Amministrazione non incontra alcuna semplificazione, dovendo da un lato rispettare il principio del *contrarius actus*, e dall'altro motivare specificamente quali risparmi economici intenda realizzare non essendo sufficiente il mero richiamo ad un'esigenza di contenimento della spesa pubblica.

Anche sotto il profilo temporale, si è fatta largo un'interpretazione restrittiva della norma che nelle sue applicazioni incontrava il limite dell'affidamento privato, considerato ormai un principio immanente dell'ordinamento.

Molto più discussa è stata la seconda parte dell'art. 1 comma 136 l. n. 311/2004, specificamente dettato per i rapporti negoziali, laddove stabiliva che "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".

Si osserva come la disposizione era destinata ad operare solo se l'autotutela sia finalizzata ad ottenere "risparmi o minori oneri" come depone il riferimento letterale all'"annullamento di cui al primo periodo", tuttavia essa, afferendo non già ad atti autoritativi bensì a "rapporti contrattuali o convenzionali con privati", investe un ambito oggettuale diverso da quello della statuizione contenuta nel periodo precedente, da quale si differenzia pure sotto i profili previsionali della tutela indennitaria del privato e del termine massimo di tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento decorsi i quali l'autotutela non può essere più esercitata.

È evidente come la disciplina assuma connotati di specialità rispetto al dettato dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 acquisendo rilievo applicativo solo allorché la p.a., nell'esercizio della potestà di autotutela, persegua finalità di contenimento della spesa pubblica.

Il paradigma dell'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati, di cui all'art. 1 comma 136, l. n. 311/2004, deve essere sottoposto a tre condizioni: ovvero che l'annullamento sia disposto al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari, che non sia adottato oltre i tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, che sia garantito al privato un indennizzo per l'eventuale pregiudizio subito.

La previsione di un termine fisso di tre anni per l'annullamento ha suscitato non poche perplessità, rilevandosi come tale decadenza impedisca il ritiro di atti anche affetti da illegittimità gravi, consolidando un assetto di rapporti in profondo contrasto con l'interesse pubblico.

E tale incongruità appare ancora più inspiegabile, laddove si consideri che il termine in esame opera anche a fronte di un affidamento del privato non meritevole di tutela, che rischia di stabilizzarsi per il solo decorso del tempo, in palese antinomia con la *ratio* di contenimento della spesa pubblica che ha animato la riforma della legge finanziaria del 2005.

In senso opposto, il termine di tre anni appare eccessivo a fronte di lievi illegittimità che non giustificano una precarietà dell'atto protratta per un tempo così ampio.

Anche la previsione di un obbligo di indennizzo non ha convinto la dottrina¹⁰¹, dal momento che accorda al privato un ristoro patrimoniale in assenza della prova della sussistenza dei presupposti per il risarcimento del danno, prescindendo sia dalla colpa della p.a. sia dall'eventuale concorso colposo o addirittura doloso del privato, in contrasto con l'esigenza di contenere gli oneri economici per l'Amministrazione.

Infine, un aspetto di particolare interesse è rappresentato dalla possibilità che l'annullamento di cui all'art. 1 comma 136 l. n. 311/2004, incida su rapporti ad efficacia "perdurante", senza pregiudizio per le prestazioni già eseguite: ciò determina la configurazione di un annullamento d'ufficio con efficacia eccezionalmente *ex nunc*, in contrasto con la naturale retroattività della caducazione dell'atto illegittimo.

La disposizione si iscrive da un lato nella tendenza ad affermare la flessibilità dell'annullamento, sia esso disposto dal giudice amministrativo, che dalla stessa Amministrazione, denotando una funzionalità di tale strumento calibrata sugli interessi coinvolti; dall'altro, dimostra, come si vedrà approfonditamente in seguito, come i poteri di autotutela mutino le proprie caratteristiche tipiche nel relazionarsi a fattispecie negoziali, in cui l'involucro della posizione giuridica del privato passa dall'interesse legittimo al diritto soggettivo.

7. Le novità della l. n. 124/2015: una nuova veste per l'annullamento d'ufficio.

La disciplina dell'annullamento d'ufficio è stata profondamente incisa dalla legge 7 agosto 2015 n. 124 (c.d. Legge Madia), che rappresenta in ordine di tempo l'ultimo intervento limitativo dei poteri di riesame.

La *ratio* della riforma appare duplice: da un lato, il legislatore si prefigge di favorire le attività dei soggetti privati, attraverso un rafforzamento degli istituti di liberalizzazione e semplificazione, con il correlato ridimensionamento dei poteri di controllo sanzionatori, inibitori e di autotutela delle amministrazioni competenti; dall'altro, l'obiettivo è quello di assicurare maggiore certezza interpretativa, mediante una migliore formulazione delle regole riguardanti istituti come la S.C.I.A., l'annullamento di ufficio e la sospensione di efficacia del provvedimento¹⁰².

L'art. 6 della l. n. 124/2015, rubricato "autotutela amministrativa", si apre con una formulazione alquanto significativa sotto il profilo concettuale: un riferimento generale all'autotutela a livello normativo, infatti, compariva solo nell'art. 20 e nel vecchio art. 19 comma 3 della l. n. 241/90, al solo scopo di rimarcare il rinvio agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*.

¹⁰¹ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2014, p. 1252.

¹⁰² M. LIPARI, *La S.C.I.A. e l'autotutela nella l. n. 124/2015, primi dubbi interpretativi*, p. 4, in www.federalismi.it.

Ebbene, sembra che il legislatore del 2015 si sia fatto carico di un impegno descrittivo nei fatti non mantenuto: l'art. 6 sotto la predetta rubrica introduce una serie di novità tra loro eterogenee, che non sempre sono coerentemente riconducibili all'istituto dell'autotutela.

Si ritiene pertanto opportuno passare in rassegna le modifiche normative apportate dalla norma in esame, soffermandosi su quelle di maggiore interesse al fine di stabilire il peso e la portata attuali del potere di autotutela, in uno scenario con poche luci e molte ombre.

La prima grande innovazione della l. n. 124/2015 attiene all'introduzione di un termine finale per l'annullamento d'ufficio, che non può superare i diciotto mesi in caso di "provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20" della l. n. 241/90.

L'art. 21 *nonies* afferma poi in chiusura che "restano ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo".

Non mutano, invece, gli altri presupposti strutturali dell'autotutela, ovvero l'illegittimità dell'atto annullato e la sussistenza di un interesse concreto e attuale alla sua rimozione, ritenuto altresì prevalente nel giudizio di comparazione con gli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

A primo impatto, la riforma pare investire l'*an* e il *quando* dell'autotutela amministrativa, ridestando un dibattito di fatto mai sopito, e soprattutto, inserendo elementi del tutto innovativi nelle categorie classiche del diritto amministrativo.

Sotto il profilo temporale, l'introduzione di un termine massimo e predefinito per l'annullamento d'ufficio denota una forte valenza sistematica, dal momento che la tradizionale concezione dell'autotutela decisoria presupponeva proprio l'immanenza del potere pubblico, contraddistinto dai caratteri dell'ultrattività e inesauribilità¹⁰³.

In realtà, l'idea di porre un limite temporale fisso all'esercizio dell'autotutela aveva già tentato il legislatore prima della l. n. 15/2005, ispirato dalla prospettiva comparatistica: nel sistema francese, infatti, il potere di riesame è soggetto ad un termine decadenziale di quattro mesi decorrenti dall'adozione dell'atto, garantendo così non solo la certezza e la definitività dello stesso, mediante una duplice preclusione all'impugnazione del provvedimento sia da parte di eventuali controinteressati che da parte dell'Amministrazione.

Ciò è coerente con l'impostazione concettuale dell'ordinamento francese, secondo cui il potere di riesame non rappresenta altro che un'autoimpugnativa del provvedimento da parte della stessa p.a., analoga nelle forme all'impugnazione innanzi al giudice amministrativo.

Proprio tale presupposto teorico ha reso difficile l'esportazione di un modello di autotutela a tempo nell'ordinamento interno, in cui l'annullamento d'ufficio viene ricondotto come visto ad un

¹⁰³ M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Torino 2015; C. DEODATO, *21-nonies*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano 2011; F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *RIDPC*, 2008, 2.

più generico potere di riesame, o addirittura di amministrazione attiva, finalizzato alla cura dell'interesse pubblico piuttosto che ad un'impugnazione autogestita dalla p.a., come controllo domestico sulla legittimità dell'atto.

Tuttavia, il testo approvato dal Senato¹⁰⁴, poi modificato alla Camera nella versione entrata in vigore con la l. n. 15/2005, nel disporre che il provvedimento amministrativo illegittimo potesse essere annullato d'ufficio entro un termine ragionevole, stabiliva contestualmente che tale tempo non potesse essere superiore al decorso di due anni dall'efficacia dell'atto.

Come noto, il testo definitivo della legge del 2005, si limitò a recepire il riferimento al termine ragionevole, rifiutando di introdurre un limite temporale preciso per l'esercizio del potere, sulla base della ritenuta inopportunità della previsione di un unico termine valevole per tutte le tipologie di provvedimenti amministrativi, nonché della difficoltà di stabilire con certezza il momento di decorrenza dello stesso.

Un termine decadenziale fisso era invece previsto dall'art. 1 comma 136 della l. n. 311/2004, in precedenza analizzato, che in merito ai provvedimenti incidenti su rapporti negoziali, stabiliva l'impossibilità per la p.a. di annullare l'atto decorsi tre anni dall'acquisizione di efficacia.

Emergeva, neanche con troppa difficoltà, l'idea secondo cui il potere di autotutela non sia così inconciliabile con l'introduzione di un limite temporale preciso, e che nei rapporti contrattuali, in cui l'affidamento dei privati acquisisce lo spessore del diritto soggettivo, fosse giusto assicurare una maggiore certezza. Da qui, l'ulteriore sensazione di obsolescenza della tradizionale concezione dell'autotutela come potere immanente ed inesauribile, soprattutto in virtù dell'ascesa del principio di tutela dell'affidamento legittimo, che da mero spettatore dei procedimenti di riesame diviene interlocutore ed antagonista dell'interesse pubblico perseguito dalla p.a.

Si palesa l'opportunità di differenziare il tempo dell'autotutela in ragione della tipologia di provvedimenti su cui incide: per gli atti ampliativi della sfera del privato, è necessario circoscrivere il potere di riesame entro un limite predefinito che assicuri maggiore certezza e stabilità al provvedimento, laddove analoga esigenza non sembra sussistere a fronte di atti sfavorevoli per i privati, la cui rimozione deve avvenire entro un termine, non preciso, ma ragionevolmente compatibile con l'interesse pubblico.

Ciò è quanto traspare anche dalla riforma della l. n. 124/2015, in cui la limitazione di diciotto mesi all'annullamento d'ufficio riguarda solo i provvedimenti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici, non anche gli atti limitativi della sfera del privato, il cui riesame resta soggetto ad un parametro generico di ragionevolezza.

¹⁰⁴ Si veda il disegno di legge A. S. n. 1281, approvato dal Senato il 10 aprile 2003.

La nuova disposizione presume di porsi come universale, attesa l'abrogazione dell'art. 1 comma 136 della l. n. 311/2004, con una conseguente abbreviazione del termine per l'autotutela incidente su rapporti negoziali, che si riduce a diciotto mesi in luogo dei precedenti tre anni.

Il primo dubbio interpretativo riguarda allora l'ambito applicativo della norma, che si riferisce espressamente agli "atti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici", categoria in cui non è così agevole ricondurre i rapporti contrattuali o convenzionali tra la p.a. e i privati.

Di certo, gli atti attraverso cui si snoda la procedura ad evidenza pubblica che precede il contratto, e su tutti l'aggiudicazione definitiva dello stesso, non possono considerarsi provvedimenti autorizzatori in senso stretto, attesa l'assenza dell'unilateralità e dell'autoritatività che connota quest'ultimi: il rapporto che origina da un atto di autorizzazione resta gestito in via unilaterale dalla p.a., secondo la logica tipica del potere autoritativo e dell'interesse legittimo, ancorché pretensivo, lontana dalla pariteticità delle posizioni contrattuali.

A ciò si aggiunge che gli atti precedenti alla stipulazione del contratto si caratterizzano per essere prodromici alla creazione di un assetto d'interessi finali che dipendono dal contratto stesso, come fonte destinata a superare il provvedimento nella regolazione del rapporto.

Sembra più facile ricondurre i rapporti negoziali nell'ambito degli atti attributivi di vantaggi economici, giacché dal contratto sorgano certamente posizioni giuridiche di vantaggio per il privato, dovendosi però limitare l'indagine ai contratti passivi che importano oneri finanziari per la p.a., con esclusi dei contratti attivi che comportano un'entrata per l'Amministrazione¹⁰⁵.

L'interpretazione è coerente con il precedente art. 1 comma 136 della l. n. 311/2004, che prima dell'abrogazione ad opera della l. n. 124/2015, ricollegava i contratti pubblici agli atti che determinano esborsi di denaro pubblico da parte della p.a., e *a contrario* che attribuivano un vantaggio economico al privato.

Nella medesima categoria possono inoltre ricondursi le concessioni, la cui natura ibrida, a metà tra provvedimento e contratto¹⁰⁶, non impedisce di apprezzarne l'essenza economicamente vantaggiosa per il privato; allo stesso modo l'approccio estensivo suggerisce di ricondurre nell'ambito applicativo del nuovo art. 21 *nonies* l. n. 241/90, anche le sovvenzioni e i contributi pubblici, che pur essendo distanti dai provvedimenti concessori, come chiarito dalla

¹⁰⁵ La distinzione tra contratti attivi e passivi si ricava dall'art. 3 r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (norme di contabilità pubblica), secondo cui "i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato devono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata. I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione".

¹⁰⁶ Sulle varie tesi in merito alla natura delle concessioni si vedano R. CHIEPPA- V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano 2007, p. 712, G. SILVESTRI, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.* VIII, Milano 1961, nonché M. D'ALBERTI, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988.

giurisprudenza¹⁰⁷, rientrano per espressa assimilazione normativa negli atti attributivi di vantaggi economici.

L'art. 12 l. n. 241/90, nel accomunare sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari, nonché l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere, sembra saldarsi perfettamente con la nuova formulazione dell'art. 21 *nonies* e con la relativa *ratio* di proteggere con l'introduzione di un termine predefinito l'affidamento dei privati su capitali di provenienza pubblica.

A ben vedere, sono forse i provvedimenti concessori a destare maggiori perplessità, attesa la non perfetta sovrapposibilità né con gli atti attributivi di vantaggi economici né tanto meno con quelli di autorizzazione e la necessità di armonizzare l'annullamento d'ufficio con la disciplina tipica del rapporto di concessione.

Parte della dottrina¹⁰⁸ esclude espressamente che la nuova disciplina dell'art. 21 *nonies* possa riferirsi agli atti di natura concessoria, quali ad esempio quelli concernenti l'utilizzo di beni demaniali o di suolo pubblico, attesa l'esigenza di proteggere beni di matrice pubblicistica e limitato godimento che non tollerano la stabilizzazione di un provvedimento illegittimo.

A sostegno di tale impostazione si adduce la lettura del nuovo comma 2 *bis*, che utilizza la generica espressione "provvedimenti amministrativi", per consentire l'autotutela senza limiti di tempo in caso di false dichiarazioni del privato, e ciò confermerebbe l'applicabilità del comma primo dell'art. 21 *nonies* ai solo provvedimenti di autorizzazione e attributivi di vantaggi economici.

La disposizione potrebbe però essere letta anche nel senso opposto come indice della volontà del legislatore di dettare una disciplina unitaria per tutti i provvedimenti amministrativi, giustificando il riferimento del primo comma ai soli atti autorizzatori poiché le fattispecie concessorie rientrerebbero nella più ampia accezione di atti di attribuzione di vantaggi economici, come prima anticipato.

La tematica sarà affrontata in seguito, ritenendosi preferibile analizzare le concessioni nell'ambito dei c.d. "contratti di diritto pubblico o ad oggetto pubblico", come *species* dei contratti pubblici in generale nella loro dialettica con i poteri di autotutela.

In questa sede, è sufficiente anticipare come, a seguito della l. n. 124/2015, la formulazione ampia dell'art. 21 *nonies* e la contestuale abrogazione dell'art. 1 comma 136 della l. n. 311/2004, pongano un problema di generale applicabilità del termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio a tutte le fattispecie attributive di vantaggi per il privato, ivi comprese quelle contrattuali.

I dubbi sono poi destinati ad acuirsi nell'individuare l'atto cui riferire l'annullamento, attesa la molteplicità e complessità di passaggi in cui si articola la vicenda negoziale.

¹⁰⁷ cfr. Ad. Plen. 29 gennaio 2014 n. 6, in www.neldiritto.it.

¹⁰⁸ F. ARMENANTE, *L'azione amministrativa ex post, tra limiti temporali e presupposti abilitanti (le novità delle leggi nn. 164/2014 e 124/2015)*, fasc. n. 7-9/2015, in www.amministrativamente.com.

Se, infatti, si volesse applicare pedissequamente il nuovo art. 21 *nonies* l. n. 241/90 alle fattispecie contrattuali, non si comprende se l'atto oggetto di ritiro, dalla cui emanazione decorre il termine in parola, debba considerarsi quello conclusivo della fase pubblicistica, ovvero l'aggiudicazione definitiva, oppure lo stesso contratto una volta stipulato.

Rinviando al proseguo della trattazione l'analisi della specifica relazione tra autotutela e contratto, si osserva sin da ora come la decorrenza del termine di diciotto mesi sia un problema aperto per tutte le fattispecie provvedimentali: la norma non lascia cogliere da quale momento la p.a. veda consumarsi il proprio potere di annullamento, nel breve tempo indicato.

Non vi è dubbio, che l'Amministrazione può esercitare il potere di ritiro sin dall'emanazione dell'atto, anzi l'immediatezza della reazione in autotutela rappresenta una strategia auspicabile che consente di rimuovere l'atto illegittimo prima che possa aver ingenerato un affidamento considerevole da parte dei destinatari.

Il problema invece è capire sino a quando possa essere esercitato tale potere, che dopo la l. n. 124/2015, perde il suo carattere di inesauribilità: il legislatore propende per una soluzione formalistica stabilendo che il termine in esame decorre "dall'adozione" del provvedimento autorizzatorio o attributivo di vantaggi economici, prescindendo dal momento di effettiva conoscenza da parte dei destinatari, secondo una logica più china sulla certezza dei tempi che sulla tutela dell'affidamento.

Invero, fissando il *dies a quo* del termine ultimo per l'annullamento d'ufficio alla data della mera adozione del provvedimento amministrativo, la riforma non tiene neanche conto delle possibili varianti effettuali dell'azione amministrativa, ed infatti, sarebbe stato più opportuno spostare il decorso dei diciotto mesi al momento in cui il provvedimento diviene in concreto efficace (basti pensare ad un eventuale termine o ad una condizione alla quale può essere sottoposta l'efficacia del provvedimento, ovvero ad atti di controllo), giacché soltanto da tale momento in poi si consolida la posizione di vantaggio del destinatario.

La formulazione letterale dell'art. 21 *nonies*, inoltre, suscita una serie di dubbi applicativi per quelle fattispecie diverse dalla formale adozione di un provvedimento espresso.

La norma testualmente sancisce la sua applicabilità anche agli atti formati a seguito di silenzio-assenso ex art. 20 l. n. 241/90 che condividono l'essenza provvedimentale, seppur nella loro tacita formazione, mentre molto più difficile risulta l'armonizzazione con istituti ibridi, come la S.C.I.A., in cui manca l'adozione di un provvedimento autoritativo da parte della Amministrazione.

Già il d.l. n. 70/2011, era intervenuto a chiarire la natura privatistica della S.C.I.A., come modello di liberalizzazione e non di semplificazione procedimentale¹⁰⁹, con una soluzione poi confermata dagli interventi successivi¹¹⁰.

¹⁰⁹ cfr. Ad. Plen. 29 luglio 2011 n. 15, in *www.neldiritto.it*.

L'art. 19 l. n. 241/90, ugualmente riformato in maniera profonda dalla l. n. 124/2015, stabilisce che, trascorso il termine di sessanta giorni per l'esercizio dei poteri inibitori, la p.a. può agire solo alle condizioni di cui all'art. 21 *nonies*, ivi compresa la relativa limitazione temporale.

Tuttavia l'assenza di un atto formale, ancorchè tacito, di autorizzazione, pone il problema di determinare il momento da cui decorrano i diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio, se dalla presentazione della segnalazione, o, dallo scadere del termine per l'esercizio dei poteri inibitori.

Una terza soluzione, che rifiuta concettualmente ogni assimilazione tra la S.C.I.A. e gli atti autorizzatori, preferisce ricondurre l'istituto alla nozione più ampia di provvedimenti attributivi di vantaggi economici, spostando il *dies a quo* per l'autotutela dal momento in cui tale vantaggio si realizza, ovvero dall'ultimazione dei lavori oggetto di segnalazione.

Quest'ultima impostazione sembra però viziata da un'aporia logica: la premessa di guardare alla S.C.I.A. sotto il profilo più favorevole per il privato finisce per spostare in avanti il termine per l'intervento postumo della p.a., allungando la fase di incertezza per il dichiarante.

La lettura dell'art. 19 l. n. 241/90 sembra invece propendere per la decorrenza del termine in esame dalla scadenza dei sessanta giorni per l'esercizio dei poteri inibitori, poiché, razionalmente, è da quel momento che la fattispecie della S.C.I.A. produce il proprio effetto di consumare i poteri ordinari, residuando all'Amministrazione il solo intervento in autotutela.

Il funzionamento della S.C.I.A., del resto, è stato profondamente inciso dalla l. n. 124/2015, e le relative modifiche forniscono indizi utilissimi per comprendere la parabola evolutiva dell'autotutela e la sua attuale conformazione¹¹¹.

Le principali novità riguardano la scomparsa del potere da parte della p.a. di adottare determinazioni ai sensi dell'art. 21 *quinquies* in materia di revoca, nonché la limitazione del potere di intervento dopo il decorso dei sessanta giorni, alle sole "condizioni" previste dall'art. 21 *nonies* e non all'articolo nel suo complesso; vengono eliminati, infine, anche i poteri interdittivi a tutela di particolare materie sensibili di cui al precedente comma quarto dell'art. 19 l. n. 241/90.

¹¹⁰ Sulla natura giuridica della S.C.I.A. si veda la letteratura sterminata, tra cui P. MARZARO GAMBA, *La nuova disciplina della dichiarazione di inizio di attività*, in www.giustamm.it; C. CRISCENTI, *S.C.I.A. e tutela degli "interessati"*, in www.giustamm.it; A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo e la quadratura del cerchio*, in *Foro It.*, 2011, III, p. 501; V. PARISIO, *Direttiva Bolkestein, silenzio-assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P., 29 luglio 2011 n. 15*, in *Foro amm. TAR*, p. 2978; V. GIULIETTI – N. LONGOBARDI, *SCLA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it; C. E. GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente*, in www.giustamm.it; F. BOTTEON, *La scia dopo la l.n. 148/11 di conversione del d.l. 13.8.2011, n. 138: si intensifica il contrasto con l'Adunanza Plenaria n. 15/11*; F. BOTTEON, *La scia dopo il d.l. n. 83/2012 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 164/2012: lo scarso impatto del legislatore della "crescita" e il ravvedimento non molto operoso della Corte*, in www.lexitalia.it, 7/2012; B. CIRILLO, *L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo*, in www.giustiziaamministrativa.it; P. QUINTO, *Dalla DIA alla SCLA, al silenzio-assenso, alla circolazione dei diritti edificatori, nuove prospettive della pianificazione urbanistica*, in www.giustamm.it; G. FERRARI, *Disciplina della denuncia di inizio attività*, in *Codice dell'edilizia*, a cura di R. GAROFOLI- G. FERRARI, Roma 2011; A. AULETTA, *Ancora in tema di SCLA: depenalizzazione e semplificazione complicata (a proposito di due recenti pronunce della Corte Costituzionale)*, in *La Rivista Nel diritto*, 2012, 7.

¹¹¹ E. BOSCOLO, *Scia e poteri di autotutela*, in *Giur. It.* 2013, 7.

Le suddette modifiche forniscono un quadro nuovo anche per il potere di autotutela genericamente inteso, nella sua relazione con un istituto come la S.C.I.A., forgiato per esigenze di semplificazione (*rectius* liberalizzazione) e tutela dell'affidamento dei privati.

In quest'ultima ottica si colloca l'eliminazione del riferimento al potere di revoca ex art. 21 *quinques*, avendosi premura di impedire alla p.a. un ripensamento tardivo in relazione ad un titolo abilitativo evanescente come la S.C.I.A.: l'intento del legislatore del 2015 sarebbe stato, dunque, quello di riassicurare il segnalante circa la stabilità del titolo ottenuto attraverso il meccanismo ex art. 19 l. n. 241/90, giacché l'assenza di un provvedimento autorizzatorio espresso insinua, per sua natura, maggiori preoccupazioni per la programmazione dell'attività privata.

In realtà, altra parte della dottrina osserva come la scomparsa nell'art. 19 del riferimento ai poteri di revoca, non rappresenti l'ennesimo tentativo legislativo di porre un freno all'autotutela amministrativa, ma solo la logica conseguenza della natura della S.C.I.A.: tale modello, infatti, è applicabile solo all'attività vincolata della p.a., pertanto nessuno spazio potrebbe residuare per la revoca che presuppone un riesame di atti discrezionali.

In senso critico, si afferma che la revoca può fondarsi anche su meri mutamenti successivi della situazione di fatto, compatibili con la natura vincolata dell'attività oggetto di S.C.I.A., e la modifica della l. n. 124/2015 precluderebbe all'Amministrazione un intervento oltre lo scadere dei sessanta giorni; trascorso tale termine, l'unica possibilità di rimuovere il titolo abilitativo sarebbe la sopravvenuta illegittimità della S.C.I.A., autorizzando così l'esercizio dell'annullamento d'ufficio¹¹². Anche l'attuale rinvio all'art. 21 *nonies*, desta alcune perplessità, atteso che la norma non viene più richiamata nella sua interezza ma solo alle "condizioni" ivi previste: si coglie, questa volta con chiarezza, la volontà del legislatore del 2015 di limitare il ricorso al potere di autotutela in relazione alla S.C.I.A., circoscrivendo le possibilità di intervento nel nuovo termine di diciotto mesi, oltre alle già vigenti condizioni di sussistenza di un interesse pubblico alla caducazione dell'atto, nonché dell'illegittimità dello stesso.

Si tratterebbe allora di un potere pubblico nuovo e peculiare, che si sostanzia nell'esercizio dei medesimi poteri inibitori e conformativi che però dopo la scadenza del termine fisiologico di sessanta giorni, per essere esercitati richiedono le ulteriori condizioni di cui all'art. 21 *nonies*, dando vita ad un innovativa forma di autotutela.

L'intento di limitare i poteri di riesame in relazione alla S.C.I.A., che ne confermano la parabola discendente, è tuttavia contraddetta dall'abolizione delle limitazioni oggettive già introdotte dalla l. n. 164/2014: l'art. 19 comma 4 l. n. 241/90, infatti, consentiva l'esercizio dell'autotutela solo per la

¹¹² M. LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 11.

necessità di tutelare particolari materie sensibili che giustificavano l'intervento tardivo dell'Amministrazione¹¹³.

L'eliminazione di tale riferimento estende l'ambito operativo del potere di annullamento anche oltre interessi qualificati, compensando così la restrizione temporale avutasi con l'introduzione del termine di diciotto mesi, con una scelta di senso opposto all'ideale sterzata restrittiva di cui alla l. n. 164/2014.

Ad ogni modo, emancipandosi dalla tematica strettamente inerente alla S.C.I.A., riemerge la *ratio* sfavorevole ai poteri di autotutela, di fatti prevalente nella l. n. 124/2015, che modifica anche la struttura dell'art. 21 *quater* relativo alla sospensione di efficacia del provvedimento.

La riforma Madia stabilisce che la p.a. può sospendere l'esecuzione del provvedimento per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, introducendo l'inciso secondo cui "la sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'art. 21 *nonies*", ovvero entro nel termine di diciotto mesi in precedenza analizzato.

L'intento è quello di evitare che lo strumento della sospensione venga utilizzato per l'esercizio dei poteri inibitori o di autotutela da parte della p.a., ottenendo così gli effetti sostanziali di un atto non assistito dalle formalità di legge¹¹⁴.

Viene inoltre confermata la funzione cautelare e temporanea dell'istituto, in quanto finalizzato a consentire le verifiche necessarie per l'assunzione delle determinazioni di riesame, evitando la produzione di effetti irreversibili nelle more dell'istruttoria.

In definitiva, dopo la riforma della l. n. 124/2015 l'Amministrazione che intenda annullare un atto di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici ha a disposizione complessivamente un termine pari a trentasei mesi, sfruttando il periodo consentito dalla sospensione del provvedimento.

Quest'ultima esprime una forma di autotutela preventiva e interinale che consente alla p.a. una reazione immediata e prodromica al successivo ritiro del provvedimento, compensando la brevità del termine per l'annullamento in caso di un'istruttoria particolarmente complessa.

Tuttavia, l'utilizzo dello strumento della sospensione, già nella mente del legislatore della l. n. 15/2005, non può avallare una prassi che consente di "raddoppiare" il termine per l'esercizio dei poteri di autotutela, giacché l'art. 21 *quater* comunque stabilisce che il provvedimento può essere sospeso solo in presenza di "gravi ragioni" e "non oltre l'intervallo di tempo strettamente

¹¹³ L'art. 19 comma 4 della l. n. 241/90, così come modificato dalla l. n. 164/2014, infatti così stabiliva: "*Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al primo periodo del comma 3, all'amministrazione è consentito intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente*".

¹¹⁴ M. SINISI, *op. ult. cit.*, p. 13.

necessario”, ancorando l'utilizzo a tale istituto alla possibile produzione di effetti gravi ed irreversibili.

Nonostante la dilatazione temporale consentita dall'art. 21 *quater*, il termine di diciotto mesi appare alquanto breve se raffrontato alla tradizione amministrativa, affermandosi la necessità di individuare deroghe a tale rigida decadenza.

7.1. L'ipotesi derogatoria prevista dal comma 2 bis e i numerosi dubbi interpretativi.

Il legislatore del 2015 ha previsto una sola eccezione espressa, attinente alla sostanziale falsità dei documenti e delle dichiarazioni su cui si basa il provvedimento illegittimo; il nuovo comma 2 *bis* stabilisce infatti che “i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445”.

La disposizione fornisce alcuni punti certi ed altrettanti interrogativi nel cercare un equilibrio tra la tutela del legittimo affidamento, realizzata mediante la limitazione temporale al potere di autotutela, e il principio di autoresponsabilità, che impedisce al privato di giovare di una propria condotta scorretta.

Il senso della deroga al comma primo dell'art. 21 *nonies* è appunto impedire che l'introduzione del breve termine decadenziale di diciotto mesi possa consentire al privato di stabilizzare una situazione di vantaggio ottenuta mediante dichiarazioni false o mendaci, in contrasto con il principio di leale collaborazione tra p.a. e cittadini, che costituisce la pietra angolare su cui è stato edificato il sistema di semplificazione e autocertificazione.

La norma, prima ancora che l'interesse pubblico sotteso al rapporto regolamentato dal provvedimento, protegge la genuinità del comportamento del dichiarante, come contrappeso della riduzione degli oneri burocratici a suo carico.

Sussistono, tuttavia, una serie di dubbi applicativi.

In primo luogo la disposizione sembra limitare il suo campo di applicazione ai provvedimenti ampliativi in senso favorevole, conseguiti dal privato su istanza di parte.

Tale limitazione del potere di intervento in autotutela trascorso il termine di diciotto mesi, appare difficilmente spiegabile, dal momento che la falsità dei presupposti dovrebbe giustificare anche l'annullamento di provvedimenti sfavorevoli per gli interessati.

Non si vede infatti perché un provvedimento negativo per il privato, adottato sulla base di una falsa rappresentazione della realtà fattuale, debba divenire inoppugnabile trascorso il termine di diciotto mesi, quasi a volere sanzionare la condotta del dichiarante mediante l'imposizione di un provvedimento illegittimo e sfavorevole.

Il rischio che il decorso del termine renda definitivamente immodificabile un assetto di interessi comunque contrastante con gli interessi pubblici, non trovando applicazione il regime derogatorio di cui al comma 2 *bis* dell'art. 21 *nonies*, desta preoccupazioni ancora maggiori se il provvedimento risulti illegittimo per contrasto con la normativa comunitaria.

Alcuni autori sostengono che la prevalenza del diritto dell'Unione sia idonea a sterilizzare la portata del limite temporale inderogabile previsto dalla norma statale interna, consentendo l'annullamento d'ufficio del provvedimento contrastante con il diritto europeo¹¹⁵.

L'assunto è ribadito dalla considerazione secondo cui in presenza di provvedimenti affetti da illegittimità comunitaria, il ritiro dell'atto sarebbe non solo consentito ma imposto, configurandosi una forma di autotutela "doverosa" e non discrezionale¹¹⁶.

Si ripropone una questione spinosa e di ampio respiro che coinvolge la compatibilità dei principi tutelati dai singoli ordinamenti con l'obbligo di ritiro degli atti adottati in violazione del diritto europeo.

Pur non potendosi escludere a priori la possibilità di imporre limiti temporali al riesame di una decisione amministrativa illegittima, in quanto le norme nazionali potrebbero validamente prevedere un termine nell'ambito dell'autonomia procedurale degli Stati membri, tale facoltà deve necessariamente temperarsi con i principi di equivalenza, effetto utile e *primauté* del diritto comunitario¹¹⁷.

La giurisprudenza comunitaria, seppur con una certa timidezza, ha riconosciuto l'obbligatorietà dell'autotutela in talune ipotesi connesse ad interessi c.d. sensibili per l'ordinamento europeo, la cui salvaguardia si impone a tutt'oltranza, prevalendo sia sull'affidamento riposto dai privati, sia sul principio di certezza dei rapporti giuridici¹¹⁸.

La compatibilità della nuova disposizione nazionale e del relativo termine di diciotto mesi con l'ordinamento europeo, dipende molto anche dalla tesi che si sceglie di accogliere

¹¹⁵ M. LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 17.

¹¹⁶ U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2008, p. 425; N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.* 2008; M. SINISI, *La "doverosità" dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con i regolamenti comunitari*, in *Foro Amm.*, TAR, 2007, p. 10.

¹¹⁷ Vengono in rilievo i principi tutelati dai singoli ordinamenti che risulterebbero compromessi se le autorità nazionali fossero sempre obbligate a ritirare gli atti adottati in violazione del diritto europeo (per tutti, cfr. Corte di Giustizia UE, 3 marzo 1982, *Alpha Steel*; Id. 24 gennaio 2002, causa C-500/99, *Conserva Italia*; in ambito nazionale, sulla impossibilità di derogare alla "ragionevolezza del termine" e alla valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati per il solo fatto che il vizio di illegittimità del provvedimento da rimuovere consista nella violazione del diritto europeo e, dunque, sull'inesistenza di un automatismo o di una qualche doverosità, si vedano, *ex multis*, C.G.A., 21 aprile 2010, n. 553; Cons. St., 8 settembre 2008, n. 4263; Cons. St., 3 marzo 2006, n. 1023).

¹¹⁸ Corte di Giustizia UE, 13 gennaio 2004, in C-453/00 *Kubne c/ Heitz*; Id.7 gennaio 2004, in C-201/02, *Delena Wells*.

nell'individuazione della patologia che affligge il provvedimento anticomunitario: se, infatti, si segue la tesi minoritaria della nullità dell'atto, il regime imprescrittibile di tale vizio indurrebbe a ritenere non operante il suddetto limite temporale che, viceversa, torna ad applicarsi qualora si segua la teoria della semplice annullabilità.

La garanzia offerta dal comma 2 *bis* dell'art. 21 *nonies* appare eccessivamente ristretta per poter assicurare una piena tutela agli interessi comunitari, soprattutto in materie sensibili come il recupero degli aiuti di stato¹¹⁹, giacché consente un'autotutela *sine die* solo in presenza di atti ampliativi emanati sulla base di un comportamento fraudolento e mendace del privato, senza una valutazione a tutto campo di ulteriori profili di contrasto con gli interessi sovranazionali.

La disposizione in esame desta ulteriori perplessità in merito all'ambito applicativo, giacché il riferimento ai soli "provvedimenti" rende quanto meno dubbia l'applicabilità alla S.C.I.A., atteso il superamento della tesi della natura provvedimentoale della stessa.

D'altronde l'art. 19 comma 4 limita il suo rinvio alle "condizioni" e non all'intero articolo 21 *nonies* insinuando più di un dubbio circa la possibilità di estendere la disciplina derogatoria di cui al comma 2 *bis*.

Ciò però indurrebbe a ritenere che, trascorso il termine di diciotto mesi, la S.C.I.A. ottenuta sulla base di false dichiarazioni del privato possa stabilizzarsi, ed assentire un'attività correlata ad un comportamento mendace del dichiarante, in palese contrasto con la *ratio* di leale collaborazione e buona fede che permea i rapporti pubblicistici oggetto di liberalizzazione.

Si ritiene, pertanto, preferibile l'interpretazione estensiva della deroga in esame e favorevole alla sua applicazione anche alla S.C.I.A., attesa l'esigenza di introdurre nel sistema una clausola di salvaguardia che ponga gli interessi della p.a. al riparo da possibili strumentalizzazioni e manipolazione da parte dei privati cittadini.

Come poi questo potere di autotutela *sine die* sia destinato ad incidere su atti negoziali, resta da scoprire nel proseguo della trattazione, soprattutto indagando la relazione la correttezza degli obblighi dichiarativi del privato e la garanzia di genuinità della procedura ad evidenza pubblica, comprese le eventuali conseguenze sulla sorte del contratto.

La formulazione del comma 2 *bis* fornisce ulteriori dubbi interpretativi, attesa la complessità della sua costruzione: il legislatore, infatti, subordina l'esercizio tardivo del potere di annullamento d'ufficio all'accertamento definitivo contenuto in sentenza passata in giudicato della falsità delle dichiarazioni, nonché della loro rilevanza penale.

Il riferimento al crisma del giudicato implica che l'intervento in autotutela potrebbe avvenire anche molto tempo dopo l'adozione dell'atto, ovvero entro un termine di per sé difficilmente ragionevole, dubitandosi altresì della possibilità per la p.a. di sospendere l'efficacia del

¹¹⁹ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione., 18 luglio 2007, in C-119/2005, *Lacchini*.

provvedimento ex art. 21 *quater* nelle more del giudizio penale, dal momento che la disposizione nulla dice a riguardo.

Si richiede poi un'effettiva correlazione tra la falsità e il contenuto illegittimo del provvedimento, ma non è dato comprendere quali accertamenti e quali fattispecie di reato contenuti nella sentenza penale legittimino l'operatività della disposizione in esame, che richiama solo le "false rappresentazioni di fatti" in senso generico, e le "dichiarazioni sostitutive di certificazioni e degli atti di notorietà false o mendaci", lasciando fuori quelle falsità che non incidono su tali tipologie di atti.

Ciò porta ad interrogarsi circa l'ambito applicativo della norma, non potendosi stabilire con certezza se nell'intento del legislatore vengano in rilievo solo le ipotesi tipiche di falsità in atti, o anche il più ampio novero di casi in cui la falsità sia elemento costitutivo di una fattispecie di reato complessa.

Parimenti, non si comprende quale sia il ruolo e l'effetto delle sentenze di proscioglimento in rito o in merito, che comunque comportano un implicito riconoscimento di responsabilità per l'imputato come per l'assenza o il venir meno di una condizione di procedibilità (art. 529 c.p.p.) o per il verificarsi di una causa di estinzione del reato (art. 531 c.p.p.), o in caso di sentenza di patteggiamento¹²⁰.

Forse, la soluzione più congrua a tali interrogativi la si riscontra nella facoltatività dell'annullamento tardivo, dal momento che l'art. 21 *nonies* comma 2 *bis* fa riferimento pur sempre alla "possibilità" della p.a. di rimuovere l'atto fondato su false dichiarazioni, rimettendo alla discrezionalità dell'Amministrazione la valutazione delle risultanze del procedimento penale.

I maggiori dubbi interpretativi suscitati dal comma 2 *bis* riguardano ad ogni modo la clausola di salvezza dell'applicazione delle sanzioni penali, nonché delle sanzioni previste dal capo IV del testo unico del D.P.R. n. 445/2000., la cui operatività risulta difficilmente compatibile con la prima parte della disposizione.

Le norme del testo unico che vengono in rilievo sono essenzialmente gli articoli 75 che disciplina la decadenza dai benefici, e l'articolo 76 che prevede le norme penali, ma in realtà, i dubbi riguardano la prima delle due disposizioni giacché la seconda si limita a rinviare al codice penale e alle leggi speciali in materia di false dichiarazioni.

Viceversa, l'art. 75 D.P.R. n. 445/2000 commina la decadenza dai benefici eventualmente conseguiti sulla base di un provvedimento emanato in forza di dichiarazioni false o mendaci, e pertanto, il riferimento dell'art. 21 *nonies* innesca un pericoloso cortocircuito ermeneutico.

L'art. 75 del testo unico consente una decadenza pressoché automatica per il privato dai benefici ottenuti, senza la necessità di attendere un giudicato penale (o civile) che accerti la falsità delle

¹²⁰ V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la legge n. 124/2015*, in www.federalismi.it.

dichiarazioni, e prescindendo dall'onere per la p.a. di dimostrare l'esistenza di un interesse pubblico alla caducazione dell'atto, trattandosi di una sanzione imposta dalla legge.

L'affidamento del privato, nella mente del legislatore del 2000, è inconfigurabile considerato il suo comportamento illecito incidente sulla genuinità delle attestazioni, e ciò semplifica l'intervento dell'Amministrazione, che è esonerata anche dall'instaurazione di un procedimento autonomo con le sue garanzie partecipative.

La decadenza del D.P.R. n. 445/2000 è inoltre una sanzione vincolata e doverosa, che priva la p.a. di ogni discrezionalità valutativa.

Secondo parte della dottrina,¹²¹ il richiamo all'art. 75 di fatto priverebbe di senso la prima parte dell'art. 21 *nonies* comma 2 *bis*, dal momento che la p.a., accertata anche in via autonoma la sussistenza della falsità dichiarativa, sarebbe tenuta ad applicare la sanzione prevista dal testo unico, a prescindere dai presupposti dell'interesse pubblico e del giudicato penale in precedenza enunciati.

Il titolo abilitativo verrebbe rimosso oltre il termine dei diciotto mesi per il solo fatto della accertata falsità delle dichiarazioni rese dal privato, anche in assenza degli altri presupposti indicati dalla norma, con evidente frustrazione della *ratio* di certezza dei rapporti giuridici propugnata dalla riforma del 2015.

All'opposto, per una soluzione cronologica dell'antinomia normativa, si potrebbe ritenere che la decadenza prevista dall'art. 75 del testo unico operi solo in presenza delle condizioni previste dall'art. 21 *nonies*, con la conseguenza che, trascorso il termine dei diciotto mesi, le falsità possono rilevare solo se configurino un reato accertato con sentenza passata in giudicato, e fermo restante l'interesse pubblico alla sua attuale rimozione.

Un'interpretazione adeguatrice ritiene che il legislatore abbia voluto ammettere l'applicazione dell'art. 75 D.P.R. n. 445/2000, e della relativa decadenza automatica, nei soli casi in cui sia possibile un riscontro della falsità senza margini di incertezza per la p.a., ovvero in presenza di circostanze e dati conoscibili senza esitazione, ad esempio per un semplice raffronto documentale¹²².

Ciò significa che l'art. 75 troverebbe applicazione in quelle ipotesi in cui non sia necessario per l'Amministrazione attendere l'esito definitivo del giudizio penale, riscontrandosi falsità incontestabili e immediatamente percepibili, senza alcuno sforzo valutativo.

Quest'ultime, infatti, fanno cadere immediatamente ogni legittimo affidamento del privato e giustificano la sanzione della decadenza automatica dal beneficio conseguito; al contrario, la

¹²¹ M. LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 18.

¹²² M. SINISI, *op. ult. cit.*, p. 17.

disciplina dei cui all'art. 21 *nonies* comma 2 *bis* l. n. 241/90 opererebbe in presenza di fattispecie complesse che solo un giudicato penale può sciogliere con sufficiente certezza.

L'effetto decadenziale automatico sarebbe allora opportunamente ristretto a fattispecie limitate ed accertabili d'ufficio, senza esporre il privato dichiarante ad una sanzione eccessiva e sproporzionata in presenza di fattispecie non sufficientemente chiare negli elementi costitutivi, che impongono una valutazione più approfondita e necessariamente discrezionale degli interessi sottesi alla rimozione dell'atto attributivo del beneficio, in coerenza con la *ratio* di garanzia della certezza procedimentale e di tutela dell'iniziativa economica sottesa alla l. n. 124/2015.

7.2. Le ulteriori problematiche sottese alla nuova formulazione dell'art. 21 nonies l. n. 241/90: tra obiettivi ammirevoli ed esiti discutibili.

La riforma della l. n. 124/2015 nonostante i dichiarati intenti di semplificazione e rafforzamento di tutela del legittimo affidamento, lascia numerosi dubbi irrisolti, innestandosi in un quadro normativo e giurisprudenziale che si era ormai consolidato nel delineare i tratti dell'autotutela amministrativa¹²³.

L'introduzione di un termine perentorio per l'annullamento d'ufficio impone di interrogarsi sui profili ricostruttivi di contorno, ovvero sui risvolti di tale modifica normativa sull'intera disciplina del potere di autotutela.

Ci si chiede, innanzitutto, se il rispetto dei diciotto mesi renda il termine d'intervento in autotutela automaticamente ragionevole.

Secondo una prima impostazione, la p.a., qualora rispetti il limite indicato, non sarebbe tenuta a provare la ragionevolezza del momento temporale entro cui esercita il potere di autotutela che, nello spazio dei diciotto mesi sarebbe necessariamente legittimo.

In altre parole l'affidamento del privato circa la stabilità del provvedimento oggetto di ritiro si consolida solo una volta trascorso tale termine, mentre ogni intervento antecedente non troverebbe alcun ostacolo nell'aspettativa dei destinatari, attesa anche la brevità dell'intervallo prescelto dal legislatore del 2015.

L'impostazione non appare condivisibile giacché parte da premesse eccessivamente astratte senza calibrarle sulle dinamiche concrete: il termine di diciotto mesi non può definirsi né ampio né ristretto in senso assoluto ma dipende dal singolo caso, nonché dalla tipologia di interessi coinvolti, dalla cui analisi può emergere la congruità o meno del tempo dell'intervento in autotutela.

¹²³ Per una critica alla tecnica di redazione della l. n. 124/2015, che denota come il cambiamento normativo sia ormai un "valore in sé" più che un effettivo intervento funzionale all'attività amministrativa si veda S. STAIANO, *Rapsodia legislativa*, in www.federalismi.it, 2015, 10.

Nell'intervallo immaginato dal legislatore ben può essere che il privato abbia effettuato investimenti economici di rilievo sulla base del provvedimento abilitativo illegittimo, dal momento che lo spirito della riforma è proprio quello di fornire un incentivo all'iniziativa imprenditoriale mediante una maggiore certezza dei titoli autorizzatori.

Né può immaginarsi un potere di riesame automaticamente legittimo se contenuto nei limiti fissati, come una sorta di autocontrollo che consente alla p.a. una verifica postuma dei titoli rilasciati in forma semplificata, altrimenti verrebbe meno lo stesso senso delle riforme degli ultimi anni: gli istituti come la S.C.I.A., ed il silenzio-assenso verrebbero snaturati dalla loro funzione acceleratoria, laddove si attribuisse all'Amministrazione un controllo di legittimità *ex post* in via generalizzata, che sposterebbe di fatto la stabilizzazione del titolo allo scadere dei diciotto mesi.

Una lettura astratta dell'art. 21 *nonies* muterebbe veste anche alla posizione giuridica del privato, sotto forma di interesse legittimo oppositivo nelle more del termine per l'annullamento d'ufficio, che di colpo diviene diritto soggettivo al suo scadere, denotando una variabilità troppo automatica tra situazione soggettive che dialogano con il potere pubblico.

Si ritiene preferibile allora assoggettare l'autotutela "tempestiva" comunque ad un sindacato di ragionevolezza e proporzionalità, al fine di stabilire se l'intervento risulti congruo rispetto all'assetto di interessi maturato *medio tempore*.

Ulteriormente, non è facile stabilire quale sia la patologia del provvedimento di autotutela adottato oltre la scadenza del termine di diciotto mesi, ovvero se possa ravvisarsi una forma di annullabilità o addirittura di nullità dello stesso.

La soluzione del quesito passa attraverso la nota dicotomia tra "carenza" e "cattivo esercizio" del potere¹²⁴ dovendosi prendere posizione sull'esistenza o meno di un fondamento per l'annullamento tardivo dell'atto.

Se davvero si ritiene che il potere di annullamento d'ufficio si consumi una volta trascorso il termine di diciotto mesi, la patologia del provvedimento non può che integrare una forma di nullità per carenza di potere, ovvero per difetto assoluto di attribuzione ex art. 21 *septies* l. n. 241/90; la nuova formulazione dell'art. 21 *nonies* configurerebbe, in tale ottica, una norma attributiva di un potere limitato nel tempo che cessa di esistere in capo alla stessa p.a. che prima ne era titolare, sconfessando la tradizionale concezione di inesauribilità del potere pubblico.

¹²⁴ L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 546 e ss.; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it; S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. GIOVAGNOLI, *Nullità ed inesistenza dell'atto amministrativo*, in AA.VV., *Atti amministrativi ed autotutela dopo le leggi n. 15 e 80 del 2005*, Torino, 2005, pp. 276 e ss. In giurisprudenza, cfr. *ex pluris* Cons. St. Ad. Plen., 26 marzo 2003 n. 4, Cons. St., 2 novembre 2011, n. 5843, Tar Napoli, 12 settembre 2007 n. 7553, in www.giustizia-amministrativa.it.

L'annullamento in autotutela tardivo sarebbe allora nullo, e il privato leso dall'intervento dell'Amministrazione vanterebbe una posizione di diritto soggettivo, rendendo arduo anche il riparto di giurisdizione.

Tuttavia, l'idea che proprio un potere come quello di autotutela, da sempre considerato immanente all'azione amministrativa, possa consumarsi del tutto allo scadere di un termine perentorio (e come visto non eccessivamente ampio), induce a preferire la tesi dell'annullabilità del provvedimento tardivo: l'art. 21 *nonies*, seppur con la limitazione che introduce, continua a valere come norma attributiva di un potere che viene male esercitato dalla p.a., non rispettandone il parametro temporale.

Si potrebbe parlare di un eccesso di potere in autotutela, ma in realtà il vizio che meglio spiega l'illegittimità dell'atto di annullamento fuori termine sembra essere la violazione di legge ex art. 21 *octies*, attesa la perentorietà del divieto normativo con cui impatta.

Tale soluzione risulta poi maggiormente coerente con l'esigenza di limitare la facoltà di impugnazione del privato dell'atto di autotutela, imponendo il rispetto del termine di sessanta giorni di cui all'art. 29 c.p.a., anziché esporre il provvedimento di secondo grado alla maggiore incertezza connessa al regime della nullità.

L'approdo alla tesi dell'annullabilità evita inoltre possibili dubbi in punto di giurisdizione, riunendo in capo al giudice amministrativo la competenza a conoscere di entrambi i provvedimenti, sia quello originario, che il successivo di autotutela.

Sul piano applicativo, infine, stante l'assenza nella l. n. 124/2015 di un regime transitorio, si pone la problematica dell'applicabilità della novella ai provvedimenti viziati adottati prima della sua entrata in vigore, e precisamente, decorso l'ordinario termine di *vacatio legis*, nonché resta da definire l'applicabilità del limite temporale in esame anche ai procedimenti di riesame già avviati a tale data.

Soccorre in proposito, il principio del *tempus regit actum*, secondo cui ogni atto resta soggetto al regime normativo vigente al tempo della sua emanazione, con la conseguenza che la sua legittimità va valutata con riferimento alle norme vigenti al tempo in cui è stato adottato; ciò comporta, secondo la giurisprudenza ormai prevalente¹²⁵, che l'Amministrazione deve tener conto anche delle modifiche normative intervenute durante l'*iter* procedimentale, essendo tenuta ad applicare la normativa sopravvenuta all'avvio del procedimento, ovvero vigente al momento dell'adozione del provvedimento fianale di secondo grado.

Sotto il profilo concreto, tale impostazione determinerebbe l'impossibilità di rimuovere provvedimenti, taciti o espressi, adottati da più di diciotto mesi prima dell'entrata in vigore della

¹²⁵ Tra le tante, si veda Cons. St. 12 ottobre 2011, n. 5515, in www.giustizia-amministrativa.it.

riforma del 2015, salvo l'emersione di dichiarazioni mendaci o di false rappresentazioni dello stato di fatto.

Tuttavia, una rigida definizione del regime intertemporale rischia di incidere anche su procedimenti di riesame avviati prima dell'introduzione del termine dei diciotto mesi ed attualmente in fase di conclusione, lasciando perdurare l'efficacia di atti di cui sia stata già disvelata l'illegittimità, così favorendo di fatto il privato che abbia assunto, in corso di istruttoria, un comportamento "ostruzionistico"¹²⁶.

In tali ipotesi all'interprete si impone una complessiva ponderazione degli interessi, al fine di considerare, oltre il profilo viziante, anche l'interesse pubblico leso ed il comportamento assunto dal privato in sede procedimentale.

Ne consegue, secondo parte della dottrina, che se il riesame ha imposto una complessa attività istruttoria e sussiste l'esigenza di preservare un concreto interesse pubblico, il procedimento di secondo grado deve necessariamente concludersi, anche qualora l'adozione dell'atto di annullamento dovesse intervenire oltre i diciotto mesi; diversamente, qualora dall'esame dell'assetto concreto dovesse emergere la sussistenza di un affidamento legittimo, affiancato da un corretto comportamento in sede procedimentale del privato, il termine in parola impedirebbe l'adozione del provvedimento finale di annullamento.

¹²⁶ F. ARMENANTE, *op. cit.*, p. 11.

CAPITOLO II

L'AUTOTUTELA INTERNA ED ESTERNA AL CONTRATTO: I CONTROVERSI RAPPORTI TRA REVOCA E RECESSO DELLA P.A.

1. Premessa: le diverse tipologie di contratti pubblici e la veste cangiante della pubblica amministrazione.

Analizzare i rapporti tra potere di autotutela e contratto significa prendere atto della tendenza a quella che è stata definita la progressiva “contrattualizzazione” del diritto amministrativo¹²⁷, e divenuta ormai un’acquisizione anche a livello normativo.

Con tale espressione si vuole intendere il crescente utilizzo di strumenti giuridici privatistici da parte della p.a. nell’esercizio delle propria funzione, con un’inedita commistione tra diritto pubblico e privato che affascina gli interpreti¹²⁸.

Si assiste alla perdita di centralità del provvedimento nell’arco delle possibilità d’azione della p.a., che sempre con maggior frequenza predilige moduli tipici del diritto privato, e su tutti il paradigma del contratto per realizzare finalità di pubblico interesse, sostituendo l’autoritatività con la ricerca del consenso¹²⁹.

Ciò consente di distinguere un’attività amministrativa di diritto privato da un’attività privata di diritto privato, intendendosi con la prima espressione la p.a. che agisce nel perseguimento dell’interesse pubblico con modelli privatistici, e con la seconda, quell’attività di gestione patrimoniale che in nulla differisce dall’attività privata in senso stretto, se non per la presenza di un attore pubblico.

Alla base vi l’idea di un mutato assetto dei rapporti tra Amministrazione e amministrati, secondo cui occorre ridurre l’ambito dell’imposizione unilaterale, tipica del provvedimento, con forme concordate o addirittura “negoziate” di esercizio del potere pubblico.

Un indice normativo forte di tale tendenza proviene dall’introduzione dell’art. 1 comma 1 *bis* della l. n. 241/90, che generalizza il ricorso a modelli privatistici da parte della p.a., chiarendo altresì l’applicabilità della disciplina civilistica in tali occasioni, e contribuendo a delineare un sistema dualistico in cui si contrappongono autoritatività e negozialità dell’azione amministrativa.

¹²⁷ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino 2014, p. 270.

¹²⁸ Mirabili, in proposito le parole di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 697, secondo cui “ogni del diritto riconduce lo studioso alla distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, riprese poi da S. CASSESE, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2009, p. 886, secondo cui il diritto amministrativo sarebbe ormai un “diritto meticcio”.

¹²⁹ G. P. CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in www.giustiziaamministrativa.it.

Viene tratteggiata una linea di demarcazione che distingue l'attività autoritativa, a carattere unilaterale e retta da norme di diritto pubblico, dall'attività negoziale, a base consensuale e governata dalla disciplina civilistica.

Le differenze, chiare in astratto, sfumano nelle dinamiche concrete, dal momento che l'attività autoritativa ha progressivamente perso quel carattere di assoluta unilateralità mediante il rafforzamento delle forme di partecipazione procedimentale, che culminano con la previsione di cui all'art. 11 l. n. 241/90, ovvero con il provvedimento "concordato", frutto di un accordo tra la p.a. e privato.

Allo stesso modo, qualora l'azione amministrativa si dipani attraverso modelli civilistici non può ritenersi pedissequamente applicabile la disciplina privatistica, giacché la p.a. non smarrisce mai del tutto la propria autoritatività, giustificata dagli interessi perseguiti, che riemerge con intensità variabile, determinando una serie di peculiarità e prerogative che rendono l'Amministrazione un contraente "atipico".

Parte della dottrina, nell'avvicinarsi all'universo dei contratti pubblici, ritiene che si tratti di una figura certamente ambigua, se non proprio "borderline"¹³⁰, le cui difficoltà di inquadramento si acquiscono per l'eterogeneità della categoria che non si presta ad agevoli generalizzazioni.

Occorre, pertanto, analizzare le diverse tipologie di contratti pubblici, in cui si registra una graduale dismissione della veste autoritativa che porta la p.a. ad avvicinarsi sempre più al contraente privato, senza mai giungere tuttavia ad un'esatta identificazione¹³¹.

L'orientamento tradizionale distingue tra contratti di "diritto comune", contratti "speciali", e contratti "ad oggetto pubblico" o di "diritto pubblico"¹³².

Nell'ambito della prima categoria rientrano quelle fattispecie contrattuali che non subiscono alcun mutamento di disciplina per il fatto che una delle parti sia la p.a., risultando immuni alla contaminazione del contraente pubblico. Si tratta di contratti lontani dalla logica autoritativa, in cui ambo le parti agiscono su di un piano di assoluta parità, senza interferenze con la disciplina pubblicistica¹³³.

Tra essi si annoverano certamente tutti i contratti di gestione del patrimonio della p.a., che generalmente sono fonte di utilizzo ed investimento di beni pubblici non riservati, che non

¹³⁰ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* (diretto da F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, e G. Morbidelli), Torino 2012.

¹³¹ S. BUSCEMA e A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. SANTANIELLO), vol. II, Padova 1994; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino 1999.

¹³² M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo I*, Milano 1970, pp. 655 e ss.

¹³³ Per la nozione di contratti di diritto comune si vedano Corte conti, sez. contr., 24 aprile 1990, n. 14; Cass., 22 novembre 1978, n. 5444; Cons. Stato, sez. I, 7 giugno 1974, n. 3149; Corte conti, sez. contr., 17 maggio 1991, n. 56; Cass., 25 agosto 1993, n. 8975.

necessitano pertanto di una procedura competitiva per la loro assegnazione (si pensi, ad esempio, ad una semplice locazione di immobili appartenenti all'Amministrazione).

I contratti cc.dd. "speciali" denotano, invece, alcuni elementi di forte peculiarità derivanti dall'esercizio di un potere autoritativo della p.a. che esita nella stipulazione contrattuale e che giustifica una sostanziale asimmetria tra i contraenti.

Sono contratti frutto della combinazione di due momenti, uno autoritativo-provedimentale, l'altro paritetico-negoziale, che però non restano distinti ma si fondono nell'accordo negoziale finale, in cui permangono tratti di potere pubblico, individuabili nelle speciali prerogative riconosciute alla p.a. dalla legge.

Tali poteri eccezionali, attribuiti dalla legislazione speciale, consistono quasi sempre o in mezzi di tutela più efficaci dei diritti che sorgono da tali rapporti in favore dell'Amministrazione, o in poteri giustificati dalla necessità di provvedere all'interesse pubblico indirettamente collegato al negozio, e di impedire eventuali danni che dall'osservanza del diritto comune potrebbero derivare ad esso.

Nell'esercizio di dette prerogative la p.a. si presenta come autorità e non come parte contraente, e i relativi atti non traggono la loro fonte dal contratto, ma da un potere che è al di fuori di questo e che opera all'esterno di esso¹³⁴.

Ed infatti, trattandosi di facoltà riconducibili ad un potere pubblico, occorre rispettare il principio di legalità, e rintracciare un espresso fondamento per l'esercizio delle stesse¹³⁵.

L'assunto trova conferma anche nella previsione di cui all'art. 1 comma 1 *bis* della l. n. 241/90, secondo cui "la pubblica amministrazione nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente".

Solo un'espressa deroga normativa consente alla p.a. di sottrarsi alla disciplina comune, e di riappropriarsi della veste di autorità che dismette laddove decida di seguire la strada del contratto.

Quest'ultimo, dal canto suo, registra una coesistenza tra norme di diritto privato e di diritto pubblico nella sua disciplina, delineando una fattispecie *sui generis* in cui talvolta è difficile capire se la p.a. agisca nell'ambito dell'autoritatività o della pariteticità, i cui confini spesso si assottigliano molto.

A tale categoria di contratti appartengono l'appalto di opere pubbliche, nonché l'appalto di servizi e forniture, che sin dal secolo scorso hanno iniziato a ricevere modificazioni rispetto alla disciplina dei modelli tipizzati dal codice civile, insinuandosi il dubbio circa la loro perdurante natura privatistica¹³⁶.

¹³⁴ R. NICOLO', *Diritto civile*, in *Enc. del dir.*, XII, p. 916; M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 725.

¹³⁵ La dottrina francese parla in proposito di *clauses exorbitantes*, a voler sottolineare l'attribuzione alla p.a. di poteri sconosciuti al diritto privato e da questo esorbitanti. Si veda R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2006.

¹³⁶ A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2003, p. 156; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino 1999; A. BUSCEMA – S. BUSCEMA, *I contratti della*

Secondo l'orientamento prevalente¹³⁷, l'innegabile deformazione del contratto dalla sua struttura tradizionale non è inidonea di per sé a mutarne la natura, che resta essenzialmente privatistica, pur rivelando segmenti di esercizio del potere pubblico a monte della stipulazione del negozio, attraverso la procedura ad evidenza pubblica, e finanche in corso di svolgimento dello stesso con l'attribuzione di alcune facoltà di incisione unilaterale del rapporto sconosciute alle logiche *inter pares*.

Del resto, la recente evoluzione del contratto denota una frantumazione della figura che non costituisce più un normotipo unitario: si è assistito, infatti, alla diversificazione del fenomeno contrattuale sulla base dello *status* del singolo contraente, come avvenuto ad esempio in relazione alla disciplina dei consumatori, senza tuttavia smarrire la propria essenza di negozio di diritto privato.

Tale natura sembra invece scomparire nella terza categoria in esame, rappresentata dai contratti cc.dd. "ad oggetto pubblico o di diritto pubblico", che per il loro collegamento strettissimo all'interesse pubblico non possono che essere stipulati dalla p.a.

Si caratterizzano per un legame forte ed inscindibile con il provvedimento amministrativo, di cui costituiscono un completamento o uno strumento sostitutivo di esercizio del potere che resta di matrice pubblicistica; la p.a. non smarrisce affatto la propria connotazione autoritativa, ma si serve del contratto accanto o in sostituzione del provvedimento, scegliendo la via del consenso anziché quella della determinazione unilaterale¹³⁸.

I contratti ad oggetto pubblico, a loro volta, si tripartiscono in contratti accessivi del provvedimento, contratti ausiliari del provvedimento e contratti sostitutivi del provvedimento, a seconda del legame più o meno intenso ed osmotico tra la convenzione negoziale e l'atto amministrativo.

La relazione di accessorietà descrive quelle convenzioni che si affiancano a provvedimenti che di per sé sono già fonte di diritti ed obblighi, ed intervengono a completare alcuni aspetti di disciplina del rapporto tra la p.a. e il privato.

Si tratta di un collegamento unilaterale, giacché è solo il provvedimento a determinare la sorte del contratto e non viceversa, potendo l'atto autoritativo sopravvivere anche in assenza del negozio, che ne costituisce solo un completamento accessorio.

pubblica amministrazione, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, VII, Padova 1994; E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano 1988.

¹³⁷ A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *op. ult. cit.*, p. 94; Cass. 10 gennaio 1954 n. 90, in *Mass. Foro it.*, 1954, p. 19.

¹³⁸ Di recente, il Consiglio di Stato, con sentenza del 20 agosto 2013 n. 4179, in www.giustizia-amministrativa.it, ha chiarito come tali contratti di diritto pubblico, nonostante la forma negoziale, non perdono la propria connotazione di atto autoritativo.

Nella categoria di contratti accessivi al provvedimento rientrano le concessioni-contratto, in cui il modulo convenzionale interviene solo a disciplinare in maniera più puntuale le obbligazioni che già sorgono dal provvedimento, come fonte autonoma del rapporto¹³⁹.

Si rileva la compresenza tra il provvedimento di concessione, in cui la p.a. conserva il suo carattere di autorità, e una convenzione collegata ad esso, la cui stipulazione può essere precedente, concomitante, o successiva, senza alterare la natura pubblicistica del rapporto che si instaura con il privato, dal momento che è sempre il provvedimento a condizionare l'esistenza del contratto e mai viceversa.

I contratti ausiliari di provvedimenti costituiscono una categoria elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per spiegare quelle convenzioni che, generalmente incidono su aspetti patrimoniali, e si inseriscono nel procedimento amministrativo, con cui la p.a. e i privati concordano alcuni elementi della fattispecie che sarà poi disciplinata dal provvedimento finale.

Si tratta di convenzioni preparatorie ad effetto endoprocedimentale, che esitano nel provvedimento, come unica ed insostituibile fonte di un rapporto che resta autoritativo, talché è evidente la loro attrazione nell'orbita del diritto pubblico.

Tale categoria ha trovato anche un riconoscimento normativo nella formulazione di cui all'art. 11 l. n. 241/90 che espressamente menziona gli accordi integrativi del provvedimento.

La medesima norma ha dato copertura legislativa alla terza sottocategoria dei contratti ad oggetto pubblico, ovvero agli accordi sostitutivi del provvedimento, in cui la determinazione unilaterale della p.a. è rimpiazzata da una convenzione bilaterale tra l'Amministrazione e i destinatari dell'atto. Il legislatore, del resto, ha rivelato il proprio favore per tale forma di esercizio consensuale del potere autoritativo che riduce l'asimmetria del rapporto tra la p.a. e i privati, ampliando l'ambito applicativo dell'art. 11 l. n. 241/90 eliminando la limitazione degli accordi sostitutivi ai soli casi previsti dalla legge.

La riforma del 2005 ha inteso aprire gli accordi sostitutivi del provvedimento all'atipicità propria del contratto, ma in realtà, tale obiettivo si è scontrato di fatto con la necessaria tipicità del provvedimento, che l'accordo sostituisce.

Secondo l'opinione prevalente, questa fungibilità tra provvedimento e contratto determina la natura pubblicistica di quest'ultimo, non potendo il potere pubblico mutare la propria essenza a seconda della forma unilaterale o bilaterale in cui viene esercitato.

Ciò posto, l'eterogeneità delle fattispecie contrattuali realizzabili dalla p.a. rende l'analisi dei poteri di autotutela ad esse riferibili necessariamente frammentaria non potendosi trarre, almeno in questa fase, conclusioni di carattere generale.

¹³⁹ M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*; G. P. CIRILLO, *op. ult. cit.*

Prima di interrogarsi sulla natura del potere esercitato dall'Amministrazione in relazione al contratto, al fine di stabilire se si tratti di una facoltà di autotutela interna od esterna ad esso, occorre quindi inquadrare la natura della stessa convenzione negoziale su cui indice l'atto di riesame.

2. La difficile convivenza tra autotutela pubblicistica e privatistica nella fenomenologia contrattuale.

Avvicinare l'autotutela, così come ricostruita nel capitolo primo della trattazione, al contratto significa tentare un dialogo tra istituti diversi, apparentemente antitetici, e appartenenti a sistemi giuridici in passato molto lontani tra loro.

Si incontrano due delle figure più rappresentative delle peculiarità tipiche del diritto amministrativo e del diritto civile: da un lato, l'autotutela costituisce un istituto paradigmatico della posizione ordinamentale di supremazia dell'Amministrazione, e si estrinseca in un autentico e tradizionale modello provvedimentoale, caratterizzato dall'unilateralità, autoritatività, discrezionalità; dall'altro, l'autonomia negoziale è l'archetipo di regolazione degli interessi privati (patrimoniali e non, secondo le recenti tendenze), e il contratto ne rappresenta lo strumento bilaterale e consensuale di attuazione.

Alla base del contratto vi è l'accordo che ne è "forma e sostanza"¹⁴⁰. Alla base del provvedimento (di autotutela), vi è il potere pubblico e l'interesse che persegue.

Nonostante l'ontologica differenza entrambe le figure si fondano sulla volontà, bilaterale e condivisa nel contratto, unilaterale e imposta nel provvedimento.

A lungo si è ritenuto che la volontà amministrativa, per la particolare forza che l'ordinamento le attribuisce, non potesse che dar vita ad atti unilaterali ed imperativi, non potendosi concepire una logica compromissoria di negoziazione, secondo la concezione tradizionale secondo cui la p.a. non si accorda ma provvede.

Allo stesso modo le teorie volontaristiche del contratto, che ricollegavano la produzione di effetti della figura alla volontà dei paciscenti, faticavano ad immaginare un contraente pubblico; la volontà amministrativa non ha bisogno del consenso per spiegare i propri effetti, e il contratto allora diviene uno strumento inutile e persino dannoso per l'interesse pubblico, vincolando irrevocabilmente la p.a. all'impegno assunto.

Inoltre, risultava difficile giustificare la perdita da parte dell'Amministrazione di tutti i propri poteri autoritativi a seguito della stipulazione del contratto, disconoscendo a quest'ultimo la forza di trasformare un soggetto pubblico in contraente privato.

¹⁴⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano 2011, pp. 23 e ss.

Come già visto, lo scenario oggi è radicalmente mutato, e la riforma della l. n. 241/90, attesta la piena compatibilità tra autorità e contratto, riconoscendo e anzi incentivando l'autonomia negoziale della p.a., sostitutiva dell'imposizione unilaterale.

Anzi, la dottrina evidenzia come “i soggetti pubblici, per operare, al di là della retorica del pubblico interesse, dei poteri di imperio, e della supremazia speciale, non possono fare a meno di quello strumento centrale del diritto dei privati che è il contratto”¹⁴¹

Il problema che si pone allora è se l'irruzione del diritto civile nel diritto amministrativo, attraverso il processo di contrattualizzazione descritto, abbia determinato una completa e totale sostituzione dello *status* di soggetto pubblico in favore di quello di contraente privato. In altre parole, una p.a. che si accorda non può più provvedere.

In tale ottica, la conclusione del contratto diviene il “punto di non ritorno” dell'azione autoritativa, ovvero la linea di confine oltre cui cessano le prerogative pubblicistiche e l'Amministrazione diviene parte privata del rapporto.

Altrettanto dovrebbe ritenersi anche per l'autotutela, che come potere pubblico in senso stretto, non potrebbe più esistere una volta che la p.a. si è spogliata della propria veste giungendo alla stipulazione contrattuale.

In realtà lo scenario si presenta ben più complesso.

La fenomenologia dei contratti pubblici rivela numerosi elementi di difformità rispetto alla disciplina dell'attività negoziale privata¹⁴², al punto da rivestire l'autonomia contrattuale della p.a. di un'eccentricità che non conosce uguali nell'ordinamento, e che impone agli interpreti un'analisi approfondita e particolareggiata.

Tale assunto vale per l'intera attività contrattuale che coinvolge la p.a., dalla fase genetica della negoziazione, a quella esecutiva, potendosi in entrambe ravvisare discipline peculiari a seconda della fattispecie negoziale posta in essere.

Così anche l'autotutela, come potere immanente al soggetto pubblico, si trova a dialogare non con il contratto generalmente inteso, ma con le sue singole tipologie e con le diverse fasi in cui si articola il fenomeno negoziale.

Le risposte pertanto non possono che essere diverse, non potendosi trarre conclusioni assolute: si scoprirà che l'antinomia tra autotutela e contratto è solo relativa e che la disciplina speciale dettata per i contratti pubblici riserva prerogative autoritative alla p.a., secondo quello che può definirsi un processo inverso alla tendenza verso la contrattualizzazione dell'attività pubblicistica, ovvero un tentativo di irruzione del diritto amministrativo nel diritto civile.

¹⁴¹ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* (diretto da F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, e G. MORBIDELLI) Torino 2012, p. 1.

¹⁴² A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, Milano 2003, II, pp. 1549 e ss; R. CARANTA, *op. ult. cit.*, p. 8; E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino 2007, I, pp. 5 e ss.

2.1. L'autotutela prima della conclusione del contratto e gli atti su cui può incidere.

Partendo dal profilo temporale, si osserva come nella fase precedente alla stipulazione del contratto la p.a. mantenga i poteri di autotutela, dal momento che la dinamica negoziale si muove ancora in un ambito regolato dal diritto amministrativo.

Ciò vale per tutte le categorie di contratti pubblici, poiché la formazione della volontà contrattuale della p.a. si snoda necessariamente in un procedimento a carattere amministrativo, scandito da tappe provvedimentali che avvicinano la p.a. al contratto, in cui si rendono note le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'intenzione di contrattare, la scelta della controparte, e la formazione del relativo consenso¹⁴³.

Il procedimento ad evidenza pubblica, infatti, non riguarda una categoria circoscritta di contratti, ma affaccia tutte le tipologie esaminate, ponendosi come necessaria premessa alle fattispecie negoziali in cui è parte la p.a.

Tale assunto è corroborato dalla mutata concezione dell'evidenza pubblica: la normativa nazionale, contenuta nella legge di contabilità dello Stato del 1923, assolveva ad una funzione di tutela degli interessi dell'Amministrazione, essendo volta a consentirle di stipulare il contratto migliore con il miglior offerente; l'interesse dei contraenti alla corretta valutazione delle proprie offerte veniva tutelato solo indirettamente, in quanto strumentale alla soddisfazione dell'interesse pubblico della p.a. alla migliore contrattazione. Le regole dell'attività negoziale della p.a. risultano, allora, tutte improntate all'individuazione del contraente "capace di offrire il miglior rapporto qualità prezzo"¹⁴⁴

Lo scenario muta per effetto dell'impatto della normativa comunitaria, e segnatamente, delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, in attuazione del principio di tutela della concorrenza e di non discriminazione delle imprese in base alla nazionalità, previsto dall'art. 81 del Trattato CE.

L'obiettivo comunitario di creazione di un mercato unico, che salvaguardi la libertà di stabilimento e di esercizio dell'attività d'impresa, impone una rivisitazione della materia dei contratti pubblici, obbligando gli ordinamenti interni a predisporre meccanismi che assicurino la massima partecipazione alle operazioni economiche pubbliche.

L'evidenza pubblica diviene allora lo strumento procedurale attraverso cui tutelare l'interesse delle imprese al rispetto della concorrenza, non più, o meglio non solo, diretto a tutelare gli interessi finanziari della p.a.; emerge una nuova *ratio*, individuabile nell'esigenza di evitare che i soggetti pubblici possano alterare il gioco della concorrenza, distribuendo opportunità economiche sul mercato senza seguire criteri di competitività ed efficienza.

¹⁴³ R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano 2009 p. 491.

¹⁴⁴ R. CARANTA, *Transparence et concurrence*, in R. NOGUELLOU – U. STELKENS (eds.), *Droit comparé des contrats publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 145.

Ciò determina un ampliamento soggettivo¹⁴⁵ ed oggettivo dell'obbligo di applicazione della procedura competitiva, imponendosi il ricorso alla stessa ogni qualvolta la p.a. conferisca ad un soggetto operante sul mercato un'occasione di guadagno, ovvero un'utilità economica spettante alla sfera pubblica.

Ogni sollecitazione del libero mercato da parte dell'Amministrazione, richiede il rispetto della *par condicio competitorum* e del *favor participationis* tra gli operatori economici, attuabile solo attraverso l'espletamento della procedura ad evidenza pubblica.

A tale disciplina vengono sottoposti tutti i contratti di cui è parte una p.a. che offrano, anche indirettamente, occasioni di guadagno: vi rientrano non solo i contratti onerosi (nei quali la p.a. versa direttamente un corrispettivo al privato), ma anche i contratti gratuiti o "altruistici", e persino quelli attivi, qualora dalla stipulazione del contratto con il soggetto pubblico l'impresa privata possa acquisire un'utilità economica indiretta, ambita nel mercato concorrenziale.

Il necessario espletamento della procedura competitiva subisce però diverse declinazioni a seconda delle fattispecie negoziali cui afferisce, richiedendosi in alcuni casi il rispetto dell'evidenza pubblica (come ad esempio nel settore degli appalti pubblici che si analizzeranno in seguito), e accontentandosi in altri di una gara informale purché rispettosa dei principi comunitari (come ad esempio accade per i contratti gratuiti o per i settori esclusi dal d.lgs. n. 163/2006, oggi sostituito dal d.lgs. n. 50/2016).

Si profila un meccanismo bifasico, immaginabile per tutti i contratti stipulati dall'Amministrazione a prescindere dall'oggetto: nel primo segmento domina il diritto pubblico, dovendosi regolare un'attività amministrativa *tout court*; nel secondo segmento, domina il diritto privato, poiché la conclusione del contratto costituisce il diaframma attraverso cui si trasforma il rapporto da pubblicistico in privatistico.

Ciò porta a chiedersi quali siano i singoli atti attraverso cui si snoda la fase antecedente alla stipulazione del contratto e quale ne sia la loro natura, avendo come modello di riferimento principale la procedura disciplinata da Codice dei Contratti Pubblici¹⁴⁶, al fine di stabilire se la p.a. possa esercitare su di essi i propri poteri di autotutela e con quali conseguenze.

L'art. 11 comma 9 del d.lgs. n. 163/2006 corrispondente all'attuale art. 32 comma 8 d.lgs. n. 50/2016, si limita a fare salvi i poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, ritenendosi applicabile dunque la legge generale sul procedimento¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Ci si riferisce, evidentemente, a tutta l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria e della normativa interna sulla nozione di "organismo di diritto pubblico" e "impresa pubblica", su cui si veda R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2014, pp. 170 e ss., nonché per un'analisi più raffinata, S. CASSESE, *La nozione di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, pp. 920 e ss.

¹⁴⁶ Per le cui disposizioni dovrà operarsi un'operazione di aggiornamento e raffronto alla luce dell'introduzione del nuovo Codice Appalti ad opera del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

¹⁴⁷M. RAMAJOLI, *Provvedimenti amministrativi di secondo grado. Report annuale – 2011 – Italia*, in www.ius-publicum.com.

Alla luce delle precedenti osservazioni, può sostenersi come anche i contratti di diritto comune, la cui disciplina è interamente assoggettata alle regole del diritto privato, presuppongono una fase procedimentale pregressa, che si articola nella deliberazione a contrarre dell'ente pubblico, e nella successiva selezione del contraente privato¹⁴⁸.

La volontà che si forma in questa fase è una volontà che resta amministrativa, suscettibile pertanto di essere revocata ex art. 21 *quinquies* o annullata ex art. 21 *nonies* l. n. 241/90, qualora si profili un contrasto con l'interesse pubblico cui l'attività della p.a. è sempre funzionalizzata, anche qualora si dipani attraverso moduli schiettamente privatistici.

Ciò vale a maggior ragione per i contratti speciali e per i contratti ad oggetto pubblico, che presuppongono un'esternazione provvedimento prodromica alla stipulazione del futuro accordo. Del resto, la legge sulla contabilità dello Stato (R.D. n. 2440/1923) stabilisce espressamente che la conclusione di qualsiasi negozio da parte della p.a. deve essere preceduta da un provvedimento amministrativo o da un'analogia manifestazione di volontà (c.d. deliberazione a contrarre), con cui si dichiara lo scopo da perseguire e il modo con cui si intende realizzarlo.

L'art. 192 del d.lgs. n. 267/2000, inoltre, prevede in maniera esplicita che i contratti degli enti locali siano preceduti da apposita determinazione del responsabile del procedimento che individui il fine del contratto da stipulare, l'oggetto e la forma dello stesso, nonché le modalità di selezione del contraente.

Allo stesso modo, l'art. 11 al comma 4 *bis* della l. n. 241/90 stabilisce che gli accordi tra la p.a. e il privato siano preceduti da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento. Si impone alla p.a. un momento "preprovvedimentale"¹⁴⁹, in cui si esternino le ragioni che l'hanno indotta a preferire l'accordo piuttosto che l'esercizio unilaterale del potere, in ossequio ai canoni di trasparenza dell'azione amministrativa.

Il d.lgs. n. 163/2006, all'art. 11 comma 2 espressamente sanciva che le stazioni appaltanti, prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, adottano la delibera a contrarre con cui manifestano la propria volontà di addivenire alla stipulazione, ne individuano gli elementi essenziali, la procedura di scelta del contraente che si intende adottare, i relativi criteri di aggiudicazione.

La determinazione a contrarre assurge dunque ad atto formalmente necessario in ogni procedimento di affidamento dei contratti pubblici, superandosi il sistema previgente che limitava tale obbligo ai soli enti locali come previsto dal citato art. 192 T.U.E.L.: è un atto preparatorio e strumentale alla successiva procedura competitiva la cui eventuale illegittimità si ripercuote sugli atti successivi.

¹⁴⁸ C. IAIONE, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino 2010, pp. 204 e ss.

¹⁴⁹ M. CORRADINO, *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova 2007, p. 725.

Sotto il profilo della natura giuridica, la determinazione a contrarre costituisce un atto meramente interno della p.a. a contenuto programmatico, di solito irrilevante per i terzi, e dunque non immediatamente impugnabile in sede giurisdizionale.

Sul punto tuttavia occorre fare chiarezza.

Secondo un primo orientamento, la delibera a contrarre quale atto meramente interno non sarebbe passibile di autotutela in senso proprio, giacché risulta priva della natura provvedimento; la sua caducazione da parte della p.a. rappresenterebbe un mero ritiro, non soggetto alla disciplina degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* l. n. 241/90.

Secondo altra e preferibile impostazione, la delibera ben può essere oggetto di un riesame in autotutela da parte della stazione appaltante sia nella forma dell'annullamento d'ufficio, qualora si ravvisino profili di illegittimità, che nella revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, laddove sopravvengono ragioni di pubblico interesse.

Per quanto riguarda l'annullamento *ex officio*, la stazione appaltante dovrà riscontrare i presupposti di cui all'art. 21 *nonies* che risultano però particolarmente atteggiate: se infatti non vi è dubbio che la p.a. debba riscontrare vizi di legittimità della delibera, nonché l'interesse concreto e attuale alla rimozione dell'atto, il giudizio di comparazione con gli interessi privati risulta certamente semplificato.

L'interesse pubblico all'annullamento pare certamente sussistere dal momento che l'illegittimità della delibera è in grado di ripercuotersi sui successivi atti della procedura di gara, mentre non possono configurarsi interessi dei concorrenti capaci di prevalere su di esso; l'efficacia programmatica della delibera esclude che essa possa ingenerare un affidamento dei privati meritevole di tutela, e idoneo ad ostacolare il ritiro in autotutela dell'atto illegittimo.

Ciò non significa tuttavia che la delibera a contrarre costituisca sempre un atto non impugnabile da parte del privato: qualora, infatti, il ricorrente contesti la scelta della p.a. in ordine alle modalità di affidamento del contratto (come nel caso in cui essa si determini in favore di una trattativa privata), sussiste l'interesse a ricorrere qualora tale scelta risulti in contrasto con i principi della normativa interna ed europea¹⁵⁰.

Per ciò che concerne la revoca della delibera a contrarre, si può sostenere che la stazione appaltante sia libera di procedere al ritiro dell'atto sia nell'ipotesi di sopravvenienze giuridiche che fattuali, ovvero qualora la scelta di addivenire alla contrattazione non risulti più in linea con il nuovo assetto dell'interesse pubblico, o qualora sopravvengano fatti nuovi che rendono inopportuno il contratto che si intendeva stipulare.

Può ipotizzarsi anche una revoca per *jus poenitendi* della p.a., che rivalutando gli interessi sottesi all'adozione della determina, decida di non proseguire nella contrattazione.

¹⁵⁰ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma 2013, p. 348.

Né pare che un ostacolo a tale facoltà possa riscontrarsi nella nuova formulazione dell'art. 21 *quinquies* a seguito delle modifiche della l. n. 164/2014: non può infatti ritenersi che la delibera a contrarre rientri in quei provvedimenti di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici, per i quali è stato abolito il diritto di ripensamento della p.a.

La delibera di per sé non attribuisce alcuna posizione di vantaggio al privato nei confronti della p.a., e specularmente la revoca della stessa non può produrre un danno giuridicamente apprezzabile; ciò consente anche di escludere la necessità che l'Amministrazione corrisponda un indennizzo al privato, trovandosi in una fase ancora troppo remota perché questi possa maturare una situazione soggettiva meritevole di tutela.

A maggior ragione, appare inconfigurabile una responsabilità precontrattuale della p.a. per ingiustificato recesso dalle trattative, non essendosi instaurata alcuna relazione tra l'Amministrazione e i concorrenti, tale da far sorgere reciproci affidamenti.

Pertanto, fino alla pubblicazione del bando o dell'inoltro delle lettere di invito ai vari concorrenti la delibera è revocabile *ad nutum* da parte della stazione appaltante.

Il discorso si presenta in parte diverso per le sorti del bando di gara, atto di attuazione della delibera a contrarre contenente la *lex specialis* della procedura, e certamente destinato a produrre effetti diretti nei confronti dei terzi.

La definizione dei poteri di autotutela della stazione appaltante in relazione al bando dipende, sostanzialmente, dall'individuazione della sua natura giuridica.

Secondo l'interpretazione più antica, ostinata a riqualificare gli atti in cui si articola la procedura ad evidenza pubblica in un'ottica civilistica, il bando avrebbe natura privatistica sotto forma di un'offerta al pubblico, o secondo una diversa impostazione di un invito ad offrire.

Così concepito non vi sarebbe spazio per un intervento pubblicistico in autotutela sul bando, mancandone il presupposto oggettivo; il suo eventuale ritiro potrebbe al più essere disciplinato alla stregua di una revoca dell'offerta al pubblico ex art. 1336 comma 2 c.c., e dunque efficace anche nei confronti dei destinatari che non ne hanno avuto conoscenza, con l'eventuale applicazione dell'indennizzo nella sola ipotesi prevista dall'art. 1328 c.c.

L'orientamento più recente, ormai ampiamente consolidato, afferma la natura pubblicistica del bando di gara come atto amministrativo generale¹⁵¹, e in quanto tale, passibile di un riesame in autotutela da parte dell'Amministrazione.

Ne consegue che può configurarsi un annullamento d'ufficio di un bando affetto da vizi di legittimità, sussistendo l'interesse pubblico alla correttezza della procedura, di per sé facilmente

¹⁵¹ cfr. Ad. Plen. 4 maggio 2012 n. 9 in www.neldiritto.it e Cons. St. 10 gennaio 2003 n. 35, in www.giustizia-amministrativa.it che evidenzia come il bando non possa considerarsi atto normativo, difettando i tradizionali requisiti della generalità, dell'innovatività e dell'astrattezza. Per la tesi del bando come atto avente natura normativa e regolamentare, si veda Cons. St. 7 marzo 2005 n. 917, sempre in www.giustizia-amministrativa.it.

prevalente rispetto agli interessi concorrenti dei partecipanti, soprattutto nell'ipotesi in cui l'avanzamento della gara non sia tale ingenerare consistenti aspettative di vittoria.

La valutazione è ad ogni modo variabile e dipendente dal concreto assetto di interessi in gioco: così l'annullamento in autotutela del bando non sarebbe consentito a fronte di un mero interesse al ripristino della legalità della procedura senza che le illegittimità riscontrate ne alterino la correttezza sostanziale. Ciò emerge da un'interpretazione sistematica, che volge lo sguardo alla previsione di cui all'art. 21 *octies* comma 2 l. n. 241/90, nonché dalla considerazione che le procedure di gara sono improntate ad esigenze di celerità, speditezza ed efficienza che non possono essere sacrificate in nome di una sterile legalità formale dell'azione amministrativa.

Del resto, proprio l'esigenza di certezza sottesa al carattere aperto e multipolare del procedimento ad evidenza pubblica determinano il principio di immodificabilità del bando in caso di sopravvenienze normative¹⁵².

L'insensibilità del bando allo *jus superveniens* aveva indotto taluno a negare la possibilità per la p.a. di procedere alla revoca del bando ex art. 21 *quinquies*, ritenendo che la pubblicazione della *lex specialis* ipostatizzi lo svolgimento della successiva gara impedendo ripensamenti della stazione appaltante, anche a fronte di un mutamento delle circostanze di fatto e di diritto.

Tale impostazione è forviante, giacché il principio di immodificabilità del bando opera proprio salvo l'esercizio dei poteri di autotutela¹⁵³, tra cui la revoca, che ben può fondarsi su un diverso assetto normativo e fattuale che abbia reso inopportuna e contrastante con gli interessi pubblici la prosecuzione della gara.

Del resto, il potere di revoca degli atti di gara ha recentemente ottenuto l'avallo della giurisprudenza comunitaria, secondo cui gli artt. 41, paragrafi 1, 43 e 45, della direttiva 2004/18/CE, non ostano a che gli Stati prevedano nella loro legislazione, la possibilità di adottare una decisione di revoca di un bando di gara fondata su ragioni correlate alla valutazione dell'opportunità, dal punto di vista dell'interesse pubblico, di condurre a termine una procedura di aggiudicazione, tenuto conto fra l'altro, dell'eventuale modifica del contesto economico, del livello insufficiente di concorrenza o delle circostanze di fatto, ovvero ancora, delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice interessata¹⁵⁴.

La legittimità della revoca, diversamente da quanto visto in tema di delibera a contrarre, non esclude che possa essersi determinato un danno nei confronti dei concorrenti, i quali a seconda della tipologia di procedura selettiva e del momento in cui interviene il ritiro del bando (soprattutto successivamente alla presentazione delle offerte) hanno diritto a ricevere un

¹⁵² cfr. Cons. St. 23 giugno 2010 n. 3964, in *www.neldiritto.it*.

¹⁵³ cfr. Cons. St. 31 luglio 2012 n. 4334, in *www.neldiritto.it*.

¹⁵⁴ Corte giust. U.E., 11 dicembre 2014, in causa C-440/13, in *Urb. e Appalti*, 2015, 4, p. 384, con nota commento di B. MAMELI, *Potere di autotutela nelle gare d'appalto e principi europei*.

indennizzo ai sensi dell'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90; ed infatti, in analogia a quanto affermato in tema di impugnazione immediata del bando di gara dalla giurisprudenza¹⁵⁵, la presentazione della domanda di partecipazione alla gara rende l'interesse legittimo del concorrente differenziato e qualificato e, così come lo legittima ad impugnare in giudizio le clausole del bando immediatamente lesive, gli attribuisce titolo per ottenere l'indennizzo in caso danni da revoca dello stesso.

Più difficile, invece, stabilire se il privato possa vantare una pretesa al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale¹⁵⁶, a seguito della revoca del bando, dal momento che essa interviene in una fase ancora remota rispetto alla stipulazione del successivo contratto.

L'orientamento a lungo prevalente riteneva che la responsabilità precontrattuale della p.a. potesse configurarsi solo in quelle procedure di affidamento che realizzassero un coinvolgimento diretto e intimo tra la p.a. e il privato danneggiato, ovvero nelle sole procedure ristrette, quali la trattativa privata.

Viceversa, nell'ambito delle procedure aperte i partecipanti erano ritenuti titolari di un mero interesse legittimo alla correttezza della gara: prima dell'aggiudicazione mancava infatti quella relazione qualificata tra soggetti già individuati che giustificasse l'applicazione dei canoni comportamentali di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.; mancava, in altri termini una relazione tra futuri contraenti.

Ciò significa che l'eventuale revoca del bando non poteva dar luogo ad alcun affidamento tutelabile, ancorché effettuata in spregio dei canoni di correttezza e buona fede, non riscontrandosi tra la stazione appaltante e gli offerenti quel rapporto qualificato e differenziato che funge da base per una responsabilità precontrattuale del soggetto pubblico.

Di recente, si registra qualche apertura di segno opposto: la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ammesso la configurabilità di una responsabilità ex art. 1337 c.c., anche nelle procedura di gara aperte e prima dell'aggiudicazione, sulla base del comportamento scorretto tenuto dalla p.a. mediante l'esercizio del potere di autotutela sul bando, osservandosi come *“la circostanza che la procedura pubblicistica di scelta del contraente avviata non sia sfociata nell'aggiudicazione non vale, di per sé sola,*

¹⁵⁵ Ad. Plen. 29 gennaio 2003 n.1, Ad. Plen. 7 aprile 2011 n. 4, Cons. St. 6 giugno 2012 n. 3344, Cons. St. 25 agosto 2008 n. 4059, in *www.neldiritto.it*.

¹⁵⁶ Si ricorda come la giurisprudenza ha da tempo tracciato la distinzione tra responsabilità precontrattuale “spuria” (o atecnica) e “pura” (o tecnica) della p.a.: nel primo ambito rientrano i danni cagionati dall'adozione di provvedimenti illegittimi nel corso della serie procedimentale di evidenza pubblica; è una responsabilità impropriamente definita come precontrattuale, trattandosi in realtà di una comune responsabilità da lesione degli interessi legittimi per un non corretto uso del potere di stampo autoritativo, solo “ambientalmente” connessa alle trattative precontrattuali.

L'evoluzione pretoria ha portato poi alla configurazione di una responsabilità precontrattuale in senso tecnico della p.a., che non discende dall'adozione di atti illegittimi ma dalla trasgressione dei canoni di marca privatistica posti dagli artt. 1337 e 1338 c.c.; oggetto di censura non sono i singoli atti della procedura, di per sé perfettamente leciti, ma la condotta fattuale complessiva, tenuta in spregio dei principi di correttezza e buona fede.

In altri termini oggetto di giudizio non è la condotta della p.a. come “cattivo amministratore”, ma come “cattivo contraente” (così M. NIGRO, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, pp. 457 e ss.).

ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo all'Amministrazione revocante, occorrendo invece all'uopo verificare in concreto la condotta da questa tenuta alla luce del parametro di diritto comune della correttezza nelle trattative; fermo restando, comunque, che il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale¹⁵⁷.

La revoca degli atti che precedono l'aggiudicazione non può pertanto ritenersi sempre lecita, come potere di recesso dalle trattative *ad nutum*; è possibile immaginare una responsabilità ex art. 1337 c.c., foriera di ristoro patrimoniale, per quei concorrenti che nel caso specifico abbiano sviluppato un affidamento meritevole di tutela circa la futura conclusione del contratto, ovvero abbiano acquisito una posizione soggettiva differenziata e qualificata rispetto alla massa degli aspiranti.

Tale orientamento estensivo è tutt'altro che pacifico: di recente la giurisprudenza è tornata sui propri passi affermando che *“la responsabilità precontrattuale non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione”¹⁵⁸.*

Sicché si esclude la sussistenza della responsabilità precontrattuale, nel caso in cui la revoca del bando di gara sia intervenuta prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, senza quindi che nessun affidamento si sia potuto ragionevolmente ingenerare nei concorrenti, quand'anche la comunicazione della revoca fosse pervenuta dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte e dopo la effettiva presentazione delle stesse.

2.2. La revoca dell'aggiudicazione provvisoria e definitiva.

Il potere di autotutela della stazione appaltante può certamente incidere sull'atto terminale della procedura ad evidenza pubblica, dovendosi tuttavia analizzare le ricadute effettuali nella sfera giuridica del concorrente aggiudicatario, sulla base dell'esatta individuazione della natura giuridica dell'aggiudicazione.

Secondo l'orientamento tradizionale l'aggiudicazione denotava la compresenza di due distinti contenuti precettivi, l'uno di rilevanza pubblicistica e l'altro di impronta civilistica: un atto amministrativo di accertamento costitutivo, nel quale si concretizzava l'atto terminale del procedimento di scelta del contraente, che consiste, appunto, nell'accertamento dell'offerta

¹⁵⁷ cfr. Cons. St. 15 luglio 2013 n. 3831, in www.neldiritto.it.

¹⁵⁸ cfr. Cons. St. 21 agosto 2014 n. 4272 e Cons. St. 21 aprile 2016 n. 1599, in www.giurdanella.it.

migliore; e un atto negoziale privato distinto ma consequenziale al primo, il quale contiene la manifestazione di volontà della pubblica Amministrazione in ordine al contratto da stipulare¹⁵⁹.

Tale ricostruzione risentiva delle influenze civilistiche, restie ad abbandonare l'idea che nella sequenza procedimentale dell'evidenza pubblica si debbano rintracciare altrettanti snodi privatistici, per qualificare gli atti di cui si compone.

Ciò portava a ritenere l'aggiudicazione equivalente all'accettazione dell'offerta, stimolata dall'invito ad offrire costituito dal bando di gara, con conseguente difficoltà di concepire un ripensamento unilaterale da parte della p.a., ormai legata al vincolo contrattuale.

L'introduzione dell'art. 11 comma 7 d.lgs. n. 163/2006 chiarendo espressamente che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta, rompe ogni indugio e sottolinea la valenza autenticamente provvedimento e pubblicistica dell'atto conclusivo della procedura competitiva.

Lo schema compare pressoché immutato anche nel nuovo art. 32 comma 6 del d.lgs. n. 50/2016, che conferma la volontà del legislatore di tenere nettamente distinta l'aggiudicazione dall'accettazione dell'offerta.

Per la nozione di aggiudicazione, occorre allora fare riferimento ad una corrente definizione, largamente diffusa in dottrina, secondo cui "l'aggiudicazione è l'atto amministrativo che chiude la serie procedimentale di evidenza pubblica, relativa alla scelta del contraente privato"¹⁶⁰.

Emerge, ciò nonostante, la natura complessa dell'aggiudicazione, sotto distinti profili: il primo è rappresentato dal giudizio sul contenuto delle proposte sottoposte al vaglio dell'Amministrazione, giudizio che viene sintetizzato nell'atto conclusivo del procedimento, normalmente riferito alle precedenti operazioni valutative compiute secondo parametri e criteri più o meno vincolati; un secondo profilo attiene all'accertamento degli altri presupposti e delle condizioni per assegnare il contratto ad un determinato soggetto partecipante alla gara, nelle ipotesi in cui sia necessario compiere delle verifiche ulteriori, successive alla conclusione delle attività riservate alla commissione di gara; un terzo aspetto va individuato nella determinazione autoritativa dell'esito della procedura selettiva, mediante una statuizione propria degli atti pubblici diretti a creare "certezze legali privilegiate" ed a modificare la sfera soggettiva degli aspiranti all'aggiudicazione; un quarto profilo riguarda l'affermazione del permanente interesse pubblico alla conclusione del contratto¹⁶¹.

¹⁵⁹ cfr. Cons. St. 26 giugno 1998, n. 990, in *Foro amm.*, 1998, p. 1717.

¹⁶⁰ M. LIPARI, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, Milano, 2001, p. 456; F. PUGLIESE, *Le procedure di conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di P. MARZANO, Roma, 1987, p. 132; P. LA ROCCA, *Il contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche*, Rimini, 1991, pp. 465 ss; R. DE NICTOLIS, *Commento all'art. 23*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, commentario a cura di F. CARINGELLA, Milano, 1999, p. 713.

¹⁶¹ M. LIPARI, *op. ult. cit.*, pp. 465 e ss.

Il tratto comune è allora legato alla valenza “procedimentale ed amministrativa” dell’aggiudicazione, che rivela sua essenza pubblicistica.

In realtà anche la fase dell’aggiudicazione è scandita da due momenti distinti e successivi, talché non può analizzarsi il potere di revoca della stazione appaltante se non distinguendo tra aggiudicazione provvisoria e definitiva.

L’art. 11 ai commi 4 e 5 del d.lgs. n. 163/2006 distingueva chiaramente tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, stabilendo che quest’ultima potesse intervenire solo all’esito dei controlli indicati dall’art. 12 del medesimo Codice.

Il legislatore aveva dunque inteso posticipare la formazione del vincolo negoziale ad un momento successivo, subordinandolo alla previa verifica, da parte delle stesse stazioni appaltanti, del possesso, in capo all’aggiudicatario, dei prescritti requisiti (di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale), sancendo altresì che “l’aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti” (art. 11 comma 8 d.lgs. n. 163/2006).

La distinzione tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva corrispondeva all’esigenza di individuare un atto (appunto l’aggiudicazione provvisoria) che cristallizzasse il risultato delle operazioni di gara ma che consentisse comunque di rinviare ad un momento successivo il passaggio dalla fase pubblicistica a quella privatistica.

Da ciò scaturiva la configurazione dell’aggiudicazione provvisoria come atto di natura endoprocedimentale¹⁶², con effetti interinali, incapace di creare situazioni di vantaggio stabile in capo al beneficiario, non essendo stabile e consolidata la valutazione della p.a. in ordine alla scelta del soggetto aggiudicatario dell’appalto.

Al contrario, l’aggiudicazione definitiva, quale provvedimento conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica, costituisce l’unico atto che determina una lesione della posizione soggettiva del concorrente non aggiudicatario e al tempo stesso, che fa sorgere una posizione di legittima aspettativa dell’aggiudicatario rispetto alla conclusione del contratto.

L’aggiudicazione definitiva presenta un proprio grado di autonomia, non rappresentando un atto meramente confermativo dell’aggiudicazione provvisoria, giacché anche qualora recepisca integralmente i risultati di questa, presuppone una nuova ed autonoma valutazione, pur collocandosi nella medesima sequenza provvedimentale¹⁶³; l’aggiudicazione provvisoria e definitiva si distinguono per soggetto, competenza, forma, contenuto, e dunque rappresentano segmenti distinti della sequenza di selezione del contraente tra cui corre un’ulteriore momento valutativo.

¹⁶² Così Cons. St. 7 settembre 2001, n. 4677, in *Comuni d’Italia*, 2001, p. 1562; M. GATTI, *Aggiudicazione provvisoria e definitiva: una distinzione attuale?*, in *Riv. Trim. App.*, 2003 p. 167 e N. PAOLANTONIO, *Brevi considerazioni sull’istituto dell’aggiudicazione nei sistemi di gara ad asta pubblica e licitazione privata*, in *Riv. Corte conti*, 1989, pp. 345 ss.

¹⁶³ cfr. Tar Salerno 22 febbraio 2006, n. 178 e Cons. St. 11 luglio 2008 n. 3433, entrambe reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

Da tale distinzione derivano importanti ripercussioni sotto il profilo della tutela giurisdizionale, ove si considera perfettamente ammissibile l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva anche in assenza di ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria¹⁶⁴.

Il carattere endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria fa sì che la sua impugnazione si configuri, di conseguenza come una facoltà e non come un onere soggetto a termine di decadenza. Pertanto, il provvedimento effettivamente lesivo è pur sempre l'aggiudicazione definitiva, atto finale della procedura concorsuale, che è onere del ricorrente impugnare anche in caso di avvenuta impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, pena, la sopravvenuta carenza di interesse all'accoglimento del primo ricorso; l'eventuale caducazione dell'aggiudicazione provvisoria manterrebbe intatti gli effetti dell'aggiudicazione definitiva se non tempestivamente impugnata mediante lo strumento dei motivi aggiunti¹⁶⁵.

Il secondo precipitato applicativo della distinzione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva riguarda appunto il diverso atteggiarsi del potere di autotutela, in entrambi i corni dell'annullamento d'ufficio e della revoca.

Si premette che in questa sede ci si occuperà con maggiore attenzione delle ipotesi di revoca dell'aggiudicazione, rinviando al capitolo successivo l'analisi della fattispecie dell'annullamento d'ufficio.

L'efficacia interinale dell'aggiudicazione provvisoria non è idonea a far sorgere una posizione di vantaggio o di incolpevole affidamento in ordine alla successiva conclusione del contratto, pertanto, la p.a. può esercitare liberamente il proprio potere di autotutela con un'enorme semplificazione procedurale: la giurisprudenza esclude nel caso di revoca la necessità di corrispondere un indennizzo al privato, disconoscendo la ristorabilità di eventuali danni patiti; ulteriormente, non graverebbe in capo alla p.a. neanche uno specifico onere di motivazione sulle ragioni che hanno determinato il riesame dell'atto, così come non sarebbe necessaria la comunicazione di avvio del procedimento stesso, essendo sufficiente che la stazione appaltante palesi i motivi che l'hanno indotta ad assumere una determinazione negativa¹⁶⁶.

In sostanza l'autotutela nei riguardi dell'aggiudicazione provvisoria risulta fortemente snellita nelle garanzie procedimentali, a conferma dello scarso spessore degli interessi concorrenti del privato in questa fase, che non richiedono nell'ottica della giurisprudenza una tutela particolarmente forte.

Pertanto, secondo parte della dottrina il riesame dell'aggiudicazione provvisoria non configurerebbe una vera e propria revoca, tale da richiedere il raffronto dell'interesse pubblico e di

¹⁶⁴ cfr. Cons. St. 13 giugno 2013 n. 3310, in www.neldiritto.it.

¹⁶⁵ In tal senso, cfr. Ad. Plen. 31 luglio 2012 n. 31 in www.neldiritto.it nonché *ex pluris* Cons. St. 3 ottobre 2007 n. 4107, Cons. St. 25 settembre 2007 n. 4937, Cons. St. 6 febbraio 2007 n. 484, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶⁶ cfr. *ex pluris*, Cons. St. 29 dicembre 2009 n. 8966, Cons. St. 6 aprile 2010 n. 1907, Tar Salerno 20 febbraio 2015, n. 390, Tar Veneto 25 marzo 2015, n. 349, in www.giustizia-amministrativa.it.

quello privato sacrificato, trattandosi di un mero ritiro di un atto ad effetto endoprocedimentale, privo di valenza provvedimentale¹⁶⁷.

L'aggiudicazione definitiva, diversamente, rappresenta l'atto conclusivo della fase dell'evidenza pubblica, con cui si individua il miglior offerente e mediante cui la massa indistinta di interessi concorrenti trova differenziazione e qualificazione in capo al soggetto risultato vincitore.

Si tratta dell'atto che cristallizza il portato procedimentale della stazione appaltante, permettendo il passaggio dalla fase pubblicitica della selezione dell'operatore migliore alla fase privatistica della stipula ed esecuzione del contratto.

Ne consegue un'efficacia esterna che si proietta sia nella sfera del vincitore, sia in quella dei concorrenti non aggiudicatari, controinteressati di un atto della cui natura provvedimentale non si può dubitare.

La p.a. può allora certamente procedere ad un riesame dell'aggiudicazione definitiva che conduce alla sua conferma, annullamento, o revoca.

Rinviando al capitolo successivo la disamina dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva, con particolare attenzione agli effetti sul contratto *medio tempore* stipulato, occorre ora soffermarsi sulla fattispecie della revoca, e sulle conseguenze per la p.a. e per i privati concorrenti.

Un indirizzo minoritario escludeva la possibilità di revocare ai sensi dell'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 i provvedimenti di aggiudicazione, osservando come tali meccanismi siano congegnati in modo da non permettere apprezzamenti di interesse pubblico, convenienza ed opportunità, potendosi configurare il solo ritiro degli atti di gara in ipotesi di accertata illegittimità.

In realtà, lo stesso d.lgs. n. 163/2006 consentiva il ricorso al potere di revoca in autotutela, per effetto dell'espreso richiamo dell'art. 11, nonché per il disposto dell'art. 81 comma 3, che nello stabilire che la stazione appaltante potesse non procedere all'aggiudicazione della gara, ammetteva implicitamente valutazioni di opportunità e convenienza.

Da un'analisi casistica emergono inoltre numerose ipotesi in cui è stata ritenuta legittima la revoca dell'aggiudicazione definitiva, rafforzando la sensazione che la giurisprudenza e il legislatore nel Codice dei contratti pubblici, non abbiano voluto affatto limitare il potere di autotutela delle stazioni appaltanti, anzi.

Così si ritiene legittima la revoca in caso di carenza di copertura finanziaria¹⁶⁸, o per ragioni di convenienza economica *lato sensu* intese¹⁶⁹, o ancora per scelte di diverse soluzioni tecniche idonee

¹⁶⁷ F. SAIITA, *Contratti pubblici e potere di riesame della stazione appaltante*, in *Giur. it.*, 2015, 12, p. 2760.

¹⁶⁸ cfr. Cons. St. 21 aprile 2015 n. 2013, in *www.lexitalia.it*, n. 4/2015; Cons. St. 26 settembre 2013 n. 4809, in *www.lexitalia.it*, n. 10/2013.

¹⁶⁹ Tar Sicilia, Catania, 24 aprile 2015 n. 1168 in *www.lexitalia.it*, n. 4/2015; si veda anche Tar Sicilia, Catania, 3 ottobre 2012 n. 2269 in *www.lexitalia.it*, n. 10/2012, che ha ritenuto legittima la revoca di una procedura disposta per la sopravvenuta disponibilità degli uffici interni della stazione appaltante a svolgere l'attività oggetto dell'appalto.

a comportare un minor dispendio di risorse¹⁷⁰, per la necessità di evitare che i risultati della procedura ad evidenza pubblica siano con le sopravvenute norme sulla *spending review*¹⁷¹, la necessità di rispettare il patto di stabilità¹⁷², il sopravvenuto calo dei consumi nel settore oggetto di gara e la conseguente necessità di rimodulare i servizi¹⁷³, la sopravvenuta incongruenza dell'oggetto dell'appalto a fronte del mutato scenario organizzativo¹⁷⁴.

L'esercizio del potere di revoca è stato altresì ritenuto legittimo per fatti o comportamenti concernenti l'aggiudicatario, come il suo rifiuto a stipulare il contratto d'appalto¹⁷⁵, l'omesso pagamento delle spese contrattuali (che l'art. 139 d.p.r. n. 207/2010 poneva a carico dell'affidatario)¹⁷⁶, la produzione di una polizza assicurativa falsa¹⁷⁷, il notevole ritardo nel depositare la documentazione necessaria per addivenire all'aggiudicazione definitiva¹⁷⁸, la sostanziale difformità tra le prescrizioni del capitolato e la documentazione tecnica presentata in sede di gara relativa alle caratteristiche tecniche dei prodotti offerti¹⁷⁹, la condanna¹⁸⁰ o il mero rinvio a giudizio¹⁸¹ del legale rappresentante dell'impresa aggiudicataria, e la circostanza che la ditta aggiudicataria ha praticato nei confronti dei lavoratori dipendenti dell'impresa uscente condizioni economiche più svantaggiose rispetto a quelle in godimento, facendo venir meno il rapporto fiduciario con la stazione appaltante¹⁸².

Anche la giurisprudenza comunitaria, da sempre più attenta agli interessi delle imprese concorrenti, è incline a riconoscere ampia portata al potere di revoca, affermando che non sussiste un obbligo della stazione appaltante di portare a termine la procedura di aggiudicazione o di aggiudicare l'appalto all'unico offerente rimasto in gara¹⁸³; né si richiede che la facoltà di rinuncia della p.a. all'aggiudicazione sia giustificata da casi eccezionali o fondata su motivi gravi, imponendosi solo un onere procedurale relativo all'obbligo per la stazione appaltante di comunicare ai candidati e agli offerenti i motivi della sua decisione.

Il trend giurisprudenziale mostra allora un ampliamento dell'ambito applicativo della revoca, da intendersi quale strumento di salvaguardia dell'interesse pubblico e delle sue mutevoli declinazioni anche all'interno di un procedimento peculiare quale quello ad evidenza pubblica.

¹⁷⁰ cfr. Cons. St. 25 maggio 2011 n. 3131, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹⁷¹ Tar Campania, Napoli, 18 settembre 2013 n. 4365 in *www.lexitalia.it*, n. 9/2013.

¹⁷² Tar Toscana, 30 marzo 2015 n. 546, in *www.lexitalia.it*, n. 3/2015.

¹⁷³ Tar Emilia Romagna, Bologna, 3 febbraio 2015 n. 109 in *www.lexitalia.it*, n. 2/2015.

¹⁷⁴ Cons. St., 4 settembre 2013 n. 4433, in *www.lexitalia.it*, n. 9/2013.

¹⁷⁵ Tar Piemonte, 22 novembre 2013 n. 1252, in *www.lexitalia.it*, n. 11/2013.

¹⁷⁶ Tar Piemonte, 14 luglio 2011 n. 783, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2011.

¹⁷⁷ Cons. St., 23 febbraio 2015 n. 844, in *www.lexitalia.it*, n.

¹⁷⁸ Tar Sardegna, 2 luglio 2014 n. 526, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2014.

¹⁷⁹ Tar Sicilia, Palermo, 4 luglio 2014 n. 1749 in *www.lexitalia.it*, n. 7-8-/2014.

¹⁸⁰ Tar Calabria, Catanzaro, 11 febbraio 2014 n. 265, in *www.lexitalia.it*, n. 2/2014.

¹⁸¹ Cons. St. 1 ottobre 2010, n. 7264, in *Foro Amm. Cds*, 2010, p. 2120.

¹⁸² Tar Campania, Napoli, 10 settembre 2013, n. 4216, in *www.lexitalia.it*, n. 9/2013.

¹⁸³ Corte Giust. CE, 18 giugno 2002, causa C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planung v. Stadt Wien*.

La procedura di affidamento, infatti, si colloca in un'ottica più "relazionale" rispetto alle ulteriori fattispecie procedimentali trattandosi di un procedimento partecipato in modo pieno dai destinatari del provvedimento finale, i quali instaurano un contatto con la p.a. significativo e prolungato per tutta la fase della gara.

Ciò porta a dubitare della possibilità di esercitare la revoca per *ius poenitendi* a fronte di un provvedimento di aggiudicazione definitiva.

I dubbi sorgono anche dall'esame della casistica riportata, in cui vengono descritte ipotesi di revoca ancorate a sopravvenienze, fattuali e giuridiche, riscontrandosi raramente casi di pentimento puro della stazione appaltante, che non si fondi su un mutato assetto di circostanze rispetto a quelle sulla cui base era stata indetta la gara.

L'idea è che l'Amministrazione non possa procedere alla revoca degli atti di gara per semplice rivalutazione dei presupposti originari, trovandosi in una tipologia procedimentale, quale quella ad evidenza pubblica, che più di ogni altra coinvolge immediatamente gli interessi privati, che organizzano la propria attività sulla base della partecipazione alla gara, maturando legittime aspettative.

In realtà la giurisprudenza prevalente ha sempre ritenuto ammissibile lo *ius poenitendi* della p.a. nell'ambito della procedura di affidamento, affermando che il richiamo dell'art. 11 comma 9 del d.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 32 del d.lgs. n. 50/2016) ai poteri di autotutela andasse inteso in senso globale, ricomprendendo tutte le ipotesi di revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90: la p.a. ben poteva rivedere il proprio operato in corso di svolgimento e modificarlo, perché evidentemente ritenuto affetto da inopportunità, in virtù di una rinnovata diversa valutazione dell'interesse pubblico originario¹⁸⁴.

Lo scenario pare tuttavia mutato a seguito della riforma del decreto n. 133/2014 c.d. "Sblocca Italia", che ha eliminato la revoca per *ius poenitendi* per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

La soppressione di tale ipotesi di revoca si ripercuote anche sul tema in esame: ed infatti, la giurisprudenza ritiene che nella nozione di "provvedimenti di attribuzione di vantaggi economici" possano rientrare oltre agli atti di concessione di contributi pubblici, gli stessi atti di aggiudicazione definitiva di appalti pubblici¹⁸⁵.

¹⁸⁴ cfr. *ex multis*, Tar Puglia, Bari, 13 dicembre 2013 n. 1682 in *www.lexitalia.it*, n. 12/2013.

¹⁸⁵ Cons. St. 26 febbraio 2015 n. 9635 in *www.lexitalia.it*, n. 2/2015, nonché Tar Perugia 21 luglio 2015 n. 339, in F. CARINGELLA – L. TARANTINO, *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo*, Roma 2015, p. 261, che infatti dichiara la legittimità di un atto di revoca dell'aggiudicazione per pentimento della p.a., solo in virtù dell'applicabilità *ratione temporis* della disciplina previgente alla riforma della l. n. 164/2014.

Il vantaggio economico connesso all'aggiudicazione può individuarsi nel necessario utile contrattuale, nonché nell'acquisizione di un elemento curriculare positivo da far valere in ulteriori e successive procedure di gara, secondo la nota elaborazione pretoria del c.d. "danno curriculare"¹⁸⁶.

Ne consegue che oggi, la facoltà di revoca dell'aggiudicazione definitiva deve considerarsi limitata alle ipotesi di sopravvenienze normative e fattuali, e quindi giustificata da un assetto di interessi diverso da quello sotteso all'atto di indizione della gara, non consentendosi più alla stazione appaltante un ripensamento fondato solo su una diversa valutazione del quadro originario.

Il cambio di passo è notevole: da un lato si ravvisa una giurisprudenza, interna e comunitaria, che tende a riconoscere ed ampliare senza grosse difficoltà il potere di revoca dell'Amministrazione nell'ambito delle gare pubbliche, dall'altro emerge un atteggiamento ambiguo del legislatore che nella disciplina specifica degli appalti (art. 11 comma 9 d.lgs. n. 163/2006 e oggi art. 32 d.lgs. n. 50/2016) riconosce a pieno i poteri di autotutela delle stazioni appaltanti, salvo intervenire per limitarli nella legge generale sul procedimento amministrativo.

La scelta legislativa risulta ondivaga ed altalenante, poiché nel settore più specifico e delicato delle procedure ad evidenza pubblica apre al potere di revoca, ma nella disciplina generale dello stesso ne circoscrive di molto la portata, sopprimendone un'area consistente e intimamente connessa al tema degli appalti pubblici.

2.3. Le conseguenze economiche della revoca: dall'obbligo di indennizzo alla responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione.

La decisione di procedere alla revoca dell'aggiudicazione si presenta strutturalmente complessa: in essa confluiscono diverse valutazioni che la stazione appaltante è tenuta a compiere prima di ritornare sui propri passi.

Accanto al giudizio sull'incidenza delle sopravvenienze normative e fattuali sull'interesse pubblico, la p.a. deve necessariamente effettuare una stima economica dei costi derivanti dall'interruzione della procura di gara.

La previsione generale dell'obbligo di indennizzo di cui all'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 non consente la configurabilità di una revoca *ad nutum* e a costo zero dell'aggiudicazione definitiva; ne consegue che l'Amministrazione dovrà valutare, nel giudizio di bilanciamento di interessi, il costo sociale dell'esercizio dell'autotutela, ponendo l'opportunità della revoca a raffronto con altre soluzioni alternative, che risultano più convenienti sotto il profilo economico.

L'analisi economica del diritto denota come alla tradizionale comparazione tra interesse pubblico ed interesse del privato, si affianchi una comparazione tra due diversi interessi pubblici, ovvero

¹⁸⁶ Cons. St. 1 aprile 2015 n. 1708, in *www.neldiritto.it*.

quello alla rimozione dell'atto e quello all'economicità dell'azione amministrativa nel suo complesso¹⁸⁷.

I condizionamenti di carattere finanziario non provengono poi dal solo obbligo di indennizzo ma anche dall'ormai consolidato riconoscimento di un'eventuale responsabilità precontrattuale della p.a., che obbliga la stazione appaltante al risarcimento del danno; e, a ben vedere, si tratta di un condizionamento persino maggiore non essendo limitato all'indennizzo per il danno emergente, piuttosto esteso al danno nella sua interezza ricomprendente anche il lucro cessante.

La responsabilità della p.a., come innanzi accennato, si articola in due specie differenti a seconda della legittimità o meno dell'atto di revoca, a loro volta foriere di conseguenze diverse a seconda che l'atto di autotutela abbia ad oggetto l'aggiudicazione provvisoria o definitiva.

L'illegittimità del provvedimento di revoca dà certamente vita ad una responsabilità precontrattuale "spuria" o "atecnica", derivante dalla comune lesione dell'interesse legittimo dei concorrenti al corretto svolgimento della procedura di gara, e ciò vale sia a fronte di un illegittimo ritiro dell'aggiudicazione provvisoria che definitiva¹⁸⁸.

Le differenze tra i due atti in cui si articola la conclusione della procedura ad evidenza pubblica riemergono, tuttavia, sotto il profilo del danno risarcibile.

Nel caso di revoca illegittima dell'aggiudicazione definitiva, l'aggiudicatario dimostra la concreta ed effettiva spettanza del bene della vita finale, rappresentato dal mancato contratto, e vanta pertanto una pretesa risarcitoria piena, parametrata al lucro cessante derivante dall'utile che avrebbe conseguito dall'esecuzione dell'appalto¹⁸⁹.

¹⁸⁷ A. TRAVI, *La revoca dopo la legge n. 15/2005 e l'analisi economica del diritto*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2006*, Milano 2007, pp. 183 e ss.; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, pp. 152 e ss.

¹⁸⁸ Tar L'Aquila, 9 giugno 2006 n. 410, in *www.neldiritto.it*.

¹⁸⁹ La giurisprudenza amministrativa, in un primo momento, aveva individuato un criterio forfettario ed automatico del lucro cessante derivante dalla mancata stipulazione del contratto, commisurato nel 10 % dell'importo a base d'asta come ribassato dall'offerta dell'impresa ricorrente, applicandosi analogicamente l'art. 345 della legge sulle opere pubbliche del 20 marzo 1865 n. 2248, all. F.

L'orientamento più recente esclude invece l'operatività di tale meccanismo presuntivo, affermando la necessità che l'impresa ricorrente fornisca una prova piena ed effettiva del danno patito, ovvero della percentuale di utile che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto. Si tratterebbe infatti di un risultato economico ben più favorevole dell'impiego del capitale, privando il ricorrente dell'interesse a provare l'effettiva consistenza del lucro cessante (cfr. Cons. St. 17 ottobre 2008 n. 5098, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Ancora, si evidenzia come la liquidazione a titolo di danno presunto e un via equitativa introdurrebbe una forma di indennizzo predeterminato che contrasta con i principi probatori di cui all'art. 2697 c.c. (cfr. *ex multis* Cons. St. 27 marzo 2013 n. 1833, e Cons. St. 12 maggio 2011 n. 2850, in *www.neldiritto.it*).

Di recente il Consiglio di Stato, con sentenza del 23 maggio 2016 n. 2111 (rinvenibile in *www.giuridanella.it*), ha ribadito i seguenti principi in tema di risarcimento del danno:

a) ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'*an* e del *quantum* del danno che assume di aver sofferto;

b) spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra Amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella consequenziale di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il

L'aggiudicatario definitivo può infatti giovare della prova della certezza dell'esito della gara in suo favore, dolendosi della lesione di un interesse legittimo "a risultato garantito" come rivelato dal risultato della procedura competitiva legittimamente svoltasi.

Oltre al lucro cessante, l'impresa che ha visto illegittimamente revocarsi l'aggiudicazione definitiva ha diritto al pagamento, a titolo di danno emergente, delle spese sopportate per la preparazione dell'offerta, al ristoro economico per l'inutile immobilizzazione di risorse umane, nonché ai danni derivanti dalla perdita di immagine commerciale¹⁹⁰, dal mancato incremento del volume d'affari (c.d. "mancata fatturazione") e infine dal mancato inserimento della commessa nel *curriculum* dell'impresa (c.d. danno "curriculare")¹⁹¹.

Analoghe conclusioni non possono invece trarsi nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria: la posizione dell'aggiudicatario provvisorio non acquisisce infatti il medesimo spessore, non potendo egli dimostrare con certezza la spettanza del bene della vita, rappresentato dal contratto finale.

criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.;

c) la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno;

d) le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio neppure nel caso di consulenza cosiddetta "percipiente", che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti;

e) la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; per la configurazione di una presunzione giuridicamente rilevante non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva (sulla base della regola della «inferenza necessaria»), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*«id quod plerumque accidit»* (in virtù della regola della «inferenza probabilistica»), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici;

f) va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'*id quod plerumque accidit* secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo);

g) anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del documento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio *curriculum* professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somma liquidata a titolo di lucro cessante.

¹⁹⁰ Cons. St. 9 giugno 2008 n. 2751, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹¹ Il Consiglio di Stato con la sentenza del 10 aprile 2015 n. 1839 (in www.giurdanella.it) ha stabilito che in caso di illegittima mancata aggiudicazione di un appalto deve essere riconosciuto il diritto al risarcimento del danno curricolare quale ulteriore profilo del lucro cessante, posto che il mancato arricchimento del curriculum professionale dell'impresa danneggiata dal provvedimento illegittimo pregiudica la sua capacità di competere nel mercato e diminuisce le *chances* di aggiudicarsi ulteriori affidamenti.

Tale voce di danno costituisce una specificazione del danno per perdita di *chance*, e si correla necessariamente alla qualità di impresa operante nel settore degli appalti pubblici a prescindere dal lucro che l'impresa stessa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante. Questa qualità imprenditoriale può ben essere fonte, per l'impresa, di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti di talché l'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un operatore economico, va oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé e ai relativi ricavi diretti.

Il concorrente leso dal provvedimento illegittimo vanta solo una *chance* di aggiudicazione della gara¹⁹², meritevole di tutela risarcitoria proporzionata all'intensità delle probabilità di successo; ne deriva che il lucro cessante non può essere parametrato all'utile contrattuale, né il danno emergente può spingersi sino a ricomprendere le predette voci, riferibili solo alle ipotesi in cui sarebbe stata certa l'esecuzione della commissione in assenza dell'illecito dell'Amministrazione.

L'aggiudicatario provvisorio non si duole della mancata aggiudicazione definitiva, che non costituisce una conseguenza certa ed infettibile, piuttosto della perdita della possibilità di ottenerla, come *chance* in senso ontologico, rappresentante una posta attiva e attuale del proprio patrimonio.

Ma le differenze tra la situazione soggettiva del privato di fronte all'aggiudicazione provvisoria o definitiva divengono ancora più nette ed importanti nel caso in cui la revoca sia perfettamente legittima, ma ciò nonostante si incastoni in un complessivo comportamento illecito della p.a., fonte di responsabilità precontrattuale.

Anche sull'Amministrazione, grava infatti l'obbligo sancito dall'art. 1337 c.c. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative.

Pertanto, se durante la fase formativa del contratto la pubblica amministrazione viola quel dovere di lealtà e di correttezza, ponendo in essere comportamenti dolosi o colposi che non salvaguardano l'affidamento della controparte e che sorprendono la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa è tenuta a risponderne.

La responsabilità precontrattuale c.d. "pura" prescinde dall'eventuale illegittimità del provvedimento amministrativo di autotutela che formalizza la volontà dell'Amministrazione di annullare o revocare gli atti di gara: essa non discende dalla violazione delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'agire autoritativo della p.a. e dalla cui violazione discende l'illegittimità dell'atto; al contrario, scaturisce dalla violazione delle regole comuni, in particolare del principio generale di buona fede in senso oggettivo dell'art. 1337 c.c., che trattano del "comportamento" precontrattuale, ponendole in capo alla pubblica amministrazione doveri di correttezza e di buona fede analoghi a quelli che gravano su un comune soggetto nel corso delle trattative precontrattuali¹⁹³.

Nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'Amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le norme dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento del provvedimento ed una eventuale responsabilità da attività provvedimentoale

¹⁹² cfr. *ex multis*, Cons. St. 4 aprile 2012 n. 1957, in www.neldiritto.it; Cons. St., 2 aprile 2012 n. 1957, Cons. St., 9 giugno 2008 n. 2751, in www.gazzettaamministrativa.it.

¹⁹³ F. CORTESE, *La revoca negli appalti pubblici tra danno precontrattuale e indennizzo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2, Milano 2013, pp. 169 e ss.

illegittima), ma anche le norme generali sulla correttezza prescritte dal diritto comune (la cui violazione determina appunto la responsabilità precontrattuale in senso tecnico)¹⁹⁴.

Ne discende la possibilità che una responsabilità precontrattuale sussista nonostante la legittimità del provvedimento con cui si revocano o si annullano in autotutela gli atti di gara.

Del resto, la giurisprudenza ha ulteriormente chiarito come la responsabilità precontrattuale sia una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza¹⁹⁵.

Ed infatti, ciò che il privato lamenta non è la mancata aggiudicazione, ma la lesione della sua corretta autodeterminazione negoziale. Questa, del resto, è anche la ragione per la quale il danno risarcibile è commisurato non al c.d. interesse positivo (ovvero alle utilità economiche che il privato avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto), ma al c.d. interesse negativo, da intendersi, appunto, come interesse a non essere coinvolto in trattative futili, a non investire inutilmente tempo e risorse economiche partecipando a trattative destinate poi a rivelarsi del tutto inutili a causa del recesso della p.a. dalla negoziazione.

Anche l'ambito applicativo della responsabilità precontrattuale ha conosciuto nel tempo una profonda evoluzione¹⁹⁶.

In origine la possibilità di ravvisare profili di *culpa in contrahendo* da parte della p.a., veniva limitata ai casi di procedure di affidamento ristrette, come nelle ipotesi di trattativa privata, in cui l'Amministrazione si comporta da contraente privato già nella fase prenegoziale, riscontrandosi una posizione di diritto soggettivo del privato al rispetto dei canoni ex artt. 1337 e 1338 c.c.

Si escludeva, viceversa, l'esistenza di obblighi di correttezza e buona fede nelle procedure aperte, difettando quella relazione specifica tra soggetti consistente nelle trattative, che costituisce il presupposto dell'obbligo di comportamento ex art. 1337 c.c.

¹⁹⁴ cfr. *ex multis* Ad. Plen. 5 settembre 2005 n. 6, in *www.neldiritto.it*; Cons. St. 1 febbraio 2013 n. 633, in *Urb.e Appalti*, 2013, p.1085; Cons. St. 14 gennaio 2009 n. 122, in *Urb. e Appalti*, 2009, p. 429, con commento di V. DE GIOIA, *Autotutela demolitoria e risarcimento dell'aggiudicatario*.

¹⁹⁵ cfr. Cass., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656 in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹⁹⁶ Si ricorda che fino agli anni sessanta si negava la possibilità di estendere alle pubbliche amministrazioni i principi della *culpa in contrahendo*, basandosi sulla presunzione di correttezza del comportamento tenuto dai soggetti pubblici, e sull'inammissibilità di un sindacato del giudice ordinario sulle scelte discrezionali della p.a.; a ciò si aggiungeva l'insussistenza di un affidamento del privato circa la stipula del contratto, attesa la natura pubblicistica della disciplina cui era sottoposta l'intera attività contrattuale dei soggetti pubblici.

Lo scenario muta grazie all'intervento della giurisprudenza ordinaria, che recupera profili di responsabilità precontrattuale della p.a., evidenziandosi come il giudice sia chiamato a valutare la condotta dell'Amministrazione non come "corretto amministratore" ma come "corretto contraente", ovvero nel segmento in cui il soggetto pubblico agisce *iure privatorum*, senza superare i limiti posti dall'art. 4 L.A.C..

I privati concorrenti potevano vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta da parte della p.a., tutelabile, soltanto in caso di violazione dei parametri di legittimità dei singoli atti della procedura ad evidenza pubblica.

La giurisprudenza, tuttavia, inizia ad ammettere la configurabilità di un obbligo di buona fede a seguito dell'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto, ritenendo che in tale frangente si assista ad una specificazione del rapporto tra stazione appaltante e concorrente, da cui sorge un affidamento tutelabile circa la futura conclusione dell'accordo negoziale.

L'aggiudicazione definitiva diviene l'atto che emancipa l'aggiudicatario dalla massa indistinta e indifferenziata di aspiranti e che trasforma il suo interesse legittimo in un diritto soggettivo, non già verso la stipulazione del contratto che resta nella discrezionalità della stazione appaltante, ma ad un comportamento corretto e diligente.

Tale provvedimento determina la concentrazione soggettiva del rapporto *in incertam personam* che si instaura durante la procedura competitiva, e relativizza l'operato della p.a., chiamata a rapportarsi con un soggetto specifico, non più solo con l'interesse pubblico.

Alla base vi è inoltre una rivisitazione della tradizionale concezione binaria dell'evidenza pubblica, secondo cui essa consterebbe di due procedimenti paralleli, quello di formazione della volontà della p.a., disciplinato dal diritto privato, e quello di natura amministrativa in cui si configurano atti provvedimentali cui corrispondono posizioni di interesse legittimo del privato; l'evidenza pubblica non può suddividersi in due autonome serie, ma va inquadrata come unica sequenza procedimentale che si snoda attraverso atti a duplice valenza, al contempo pubblicistica e negoziale¹⁹⁷.

Superata l'antica concezione binaria, si afferma allora che il procedimento pubblicistico non si pone al di fuori ma all'interno delle stesse trattative, facendo sì che si riconosca in capo al privato un diritto soggettivo a che le stesse vengano condotte nel rispetto del principio di buona fede, oltre ad un interesse legittimo al corretto espletamento della procedura di gara.

Il diritto alla buona fede e correttezza delle trattative non presuppone affatto l'esistenza di un provvedimento di autotutela illegittimo, ma richiede che il comportamento complessivo della p.a. non contrasti con tali canoni¹⁹⁸.

Si staglia, sullo sfondo, la nota distinzione tra regole di validità e regole di condotta: non è necessaria la violazione delle regole di validità per aversi responsabilità precontrattuale, e,

¹⁹⁷ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2014 p. 1643.

¹⁹⁸ cfr. *ex multis*, Cons. St. 6 maggio 2015, n. 2270 in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Campania, Napoli, 3 ottobre 2012 n. 4017 in www.lexitalia.it, n. 10/2012; Tar Liguria, 12 novembre 2010, n. 10360, in *Giurisd. Amm.*, 2010, II, p. 1327. In dottrina si veda il commento di S. PONZIO, *Il comportamento contraddittorio nella revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico: la responsabilità precontrattuale e il danno risarcibile* in *Urb.e Appalti*, 2013, pp. 1085 e ss.

viceversa, l'inosservanza delle regole di condotta può non determinare l'invalidità della procedura di affidamento¹⁹⁹.

Diviene allora costante in giurisprudenza l'affermazione secondo cui l'avvenuto riconoscimento della legittimità della revoca non contraddice l'eventualità di un risarcimento per responsabilità precontrattuale, ma ne fonda anzi la condizione imprescindibile per la lesione di affidamenti suscitati nella impresa dagli atti della procedura ad evidenza pubblica poi rimossi, potendo aver confidato l'impresa sulla possibilità di diventare affidataria e, ancor più, in caso di aggiudicazione intervenuta e revocata, sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso.

Il comportamento tenuto dall'Amministrazione fonda la responsabilità ex art. 1337 c.c. ove risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede, e ove tale comportamento abbia ingenerato un danno in chi ha incolpevolmente fatto affidamento nella legittimità dell'azione della stazione appaltante. In tal caso, tuttavia, il risarcimento riguarda il solo interesse negativo, parametrato alle spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali, mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, invece da considerare in caso di revoca illegittima.

I doveri di correttezza e buona fede, dal canto loro, nel quadro di una procedura ad evidenza pubblica, si traducono in primo luogo nell'obbligo di rendere al partecipante alla gara in modo tempestivo le informazioni necessarie a salvaguardare la sua posizione, su eventi, o sulla rinnovata valutazione dell'interesse pubblico alla gara che possano far ipotizzare fondatamente la revoca dei relativi atti, in modo da impedire che si consolidi un pericoloso affidamento sulla, invece incerta, conclusione del procedimento²⁰⁰.

Si precisa inoltre che l'affidamento che deve ritenersi tanto più formato quanto più è avanzato il procedimento di gara, riproponendosi l'importanza della distinzione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha escluso per lungo tempo la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase procedimentale che precede l'aggiudicazione definitiva della gara, difettando quella relazione qualificata che funge da presupposto dell'obbligo ex art. 1337 c.c.; l'aggiudicazione provvisoria non poteva ritenersi di per sé idonea a fondare un

¹⁹⁹ così Tar Lombardia, Milano, 2 settembre 2015 n. 1918, in *www.lexitalia.it*, n. 9/2015.

²⁰⁰ Cons. St. 5 settembre 2011 n. 5002, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 5, p. 493, con nota di C. VITALE, *La revoca degli atti di gara: discrezionalità e dovere di diligenza della p.a.*

affidamento tutelabile, trattandosi di atto endoprocedimentale ad effetti interinali²⁰¹, talché la legittimità della sua revoca escludeva *in nuce* ogni pretesa risarcitoria²⁰².

Di recente, tuttavia, si è registrata qualche apertura di segno opposto, favorevole alla configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a. anche in presenza di un'aggiudicazione meramente provvisoria e finanche prima di essa.

I giudici di legittimità chiariscono come “si è in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico ed in cui l'amministrazione entra in contatto con una pluralità di partecipanti al procedimento negoziale, con ciascuno dei quali instaura trattative (c.d. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte, secondo un'impostazione che risulta rafforzata dall'irrevocabilità delle stesse”²⁰³.

Pertanto già nell'ambito di ognuno di tali rapporti, la p. a. è tenuta al rispetto di principi generali di comportamento posti dalla legge a tutela indifferenziata degli interessi delle parti in contatto, con la conseguenza che il mancato rispetto di tale regola, anche anteriormente alla conclusione della gara, determina l'insorgere della sua responsabilità precontrattuale a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante.

Il passo decisivo è la convinzione che la disciplina in materia di *culpa in contrabendo* non necessita, infatti, di un "rapporto personalizzato" fra p. a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte del provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall'inizio del procedimento.

Diversamente opinando, l'interprete sarebbe invece costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità, senza riuscire a cogliere l'illiceità della condotta della p.a. che si nasconde dietro la legittimità del provvedimento di ritiro.

Inoltre, occorre rilevare come l'interpretazione restrittiva, che esclude la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p. a. nella fase pubblicistica che precede l'aggiudicazione, finisca con l'offrire una giustificazione a possibili condotte elusive dell'amministrazione, che potrebbe porre in essere comportamenti non conformi ai principi generali di buona fede oggettiva e correttezza cui deve essere improntato il suo agire, fino al punto di sfavorire artatamente un concorrente per favorirne un altro, nella consapevolezza di non essere tenuta a risponderne.

²⁰¹ cfr. Cons. St., 7 luglio 2014, n. 3449 in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰² cfr. ex multis Cass. 29 luglio 1987 n. 6545; Cass. 6 ottobre 1993 n. 9892; Cass. 10 giugno 2005 n. 12313, tutte rinvenibili in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

²⁰³ così Cass. 3 luglio 2014 n. 15260, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it, e prima di essa Cons. St. 15 luglio 2013 n. 3831, in www.neldiritto.it.

Si prospetta l'esigenza di evitare sacche di impunità per l'Amministrazione, che potrebbe piegare per fini illeciti le diverse ricadute effettuali degli atti di cui si compone la procedura ad evidenza pubblica.

L'applicazione delle regole di condotta non può limitarsi soltanto ad una o più singole fasi di quest'ultima: in effetti, ogni fase, pur essendo astrattamente riconducibile, da un lato, alla parte pubblicistica e, dall'altro lato, alla parte privatistica della gara, necessita di una lettura unitaria e consequenziale.

Ciascun segmento, seppur distinto da quello successivo e da quello precedente, tende all'unico fine della stipulazione del contratto: di conseguenza, prima della sottoscrizione del contratto, l'Amministrazione sarà obbligata al rispetto dei principi della buona fede e correttezza nelle trattative.

L'equiparazione della p.a. ad un contraente privato nella procedura volta alla conclusione di un contratto si estende a tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, che si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale e, pertanto, il rispetto dei principi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. non può essere circoscritto al singolo periodo successivo alla determinazione del contraente²⁰⁴.

Il panorama giurisprudenziale risulta tuttavia spaccato, non riscontrandosi affatto uniformità di vedute: di recente si è allora riaffermato che solo con l'aggiudicazione definitiva può dirsi sorto un affidamento meritevole di tutela e risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale.

È solo con l'atto terminale della procedura selettiva di evidenza pubblica, che il concorrente destinatario può in effetti vantare un affidamento tutelabile a titolo di

²⁰⁴ così Cons. St. 6 marzo 2015 n. 1142, in www.giustizia-amministrativa.it. La pronuncia si segnala anche per l'analisi strutturale di tutti gli elementi di cui si compone la responsabilità precontrattuale della p.a.

Al riguardo si ritiene che la fattispecie risarcitoria della *culpa in contrahendo* possa ravvisarsi qualora ricorrano due elementi, uno positivo e l'altro negativo: l'affidamento incolpevole ingenerato dal comportamento della stazione appaltante e l'assenza di una giusta causa alla mancata conclusione del procedimento.

Quanto al primo aspetto, va ricordato che la sua valutazione implica l'esame di diversi parametri, fra i quali la specifica fase della procedura in cui si versa ed il comportamento tenuto dalla stazione appaltante.

Sul punto, i giudici amministrativi evidenziano che, nonostante ogni singolo provvedimento adottato durante la gara sia astrattamente idoneo - in virtù di specifiche circostanze ricorrenti nel caso concreto - ad ingenerare nel concorrente il legittimo affidamento sulla positiva conclusione del procedimento, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza l'aggiudicazione provvisoria costituisce "un atto endoprocedimentale ad effetti ancora instabili e del tutto interinali" che si inserisce nell'ambito della scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo. Infatti la definitiva individuazione del concorrente cui affidare l'appalto risulta cristallizzata soltanto con l'aggiudicazione definitiva: l'aggiudicatario provvisorio, dunque, vanta soltanto un'aspettativa - la cui lesione non può costituire presupposto della responsabilità precontrattuale - alla conclusione positiva del procedimento.

Ulteriore parametro finalizzato a verificare la sussistenza di un legittimo affidamento ingenerato nel concorrente di una procedura ad evidenza pubblica è costituito dall'atteggiamento complessivamente tenuto dalla pubblica amministrazione nel corso delle trattative: si ritiene, infatti che ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del comportamento complessivo tenuto dall'amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede.

Viene in tal modo ribadita la necessità di valutare, caso per caso, le caratteristiche dell'azione amministrativa al fine di verificarne la compatibilità con i criteri sanciti dall'art. 1337 c.c.

responsabilità precontrattuale, poiché la sua offerta, individuata come la migliore dalla commissione di gara, è stata ritenuta tale anche dalla stazione appaltante, attraverso l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Prima di questo momento procedimentale, nessun affidamento su tale esito può vantare il concorrente che si limiti a partecipare alla gara, presentando la relativa offerta. In questa fase può dirsi sorta unicamente una *chance* di aggiudicazione, la cui concretizzazione è in ogni caso condizionata dai successivi snodi procedurali, dalle verifiche in fase di ammissione della concorrente e dalla successiva attività di valutazione dell'offerta²⁰⁵.

Ne consegue che in presenza di una revoca legittima, nelle ipotesi sopra esaminate, dell'aggiudicazione provvisoria non può ravvisarsi alcun profilo di responsabilità precontrattuale della p.a., ancorché essa sia intervenuta con una contraddittorietà tale da frustrare la fiducia del concorrente²⁰⁶: mancherebbe, infatti, l'elemento positivo del binomio di cui si compone la fattispecie ex art. 1337 c.c., ovvero la situazione di affidamento giuridicamente tutelata ed edificata sugli atti della procedura ad evidenza pubblica; solo l'aggiudicazione definitiva può fungere da base per il privato per la costruzione di una legittima aspettativa circa il conseguimento dell'utilità finale, che assurga al rango di diritto soggettivo.

3. Autotutela, sospensione degli atti di gara e potere della p.a. di non procedere alla stipulazione del contratto.

Il potere di autotutela sugli atti che precedono la stipulazione del contratto, oltre all'annullamento e alla revoca, si estende anche alla facoltà di sospensione.

La stazione appaltante può esercitare, in via cautelare, il potere di sospendere la procedura in forza della previsione generale di cui all'art. 21 *quater* l. n. 241/90, come risvolto del potere generale di provvedere²⁰⁷.

Il legislatore, come visto nel capitolo primo, è intervenuto nell'esigenza di regolamentare il potere di sospensione, scongiurando il rischio di una sospensione *sine die* del procedimento, aggiungendo il comma secondo all'art. 21 *quater* che sottopone il periodo di sospensione allo stesso limite temporale previsto per l'annullamento d'ufficio.

Il pericolo, ben noto in dottrina e giurisprudenza, si annidava in un possibile utilizzo distorto del potere di sospensione che dilatasse i termini di efficacia del provvedimento, frustrando così le esigenze di certezza dei destinatari.

²⁰⁵ così, Cons. St. 14 aprile 2015 n. 1864, in www.jusforyou.it.

²⁰⁶ cfr. ancora Cons. St. 21 aprile 2016 n. 1599, in www.giurdanella.it.

²⁰⁷ cfr. Tar Toscana, 27 maggio 2015 n. 824, nonché Cons. St. 18 maggio 2015 n. 2499, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

A seguito della riforma della l. n. 124/2015, anche la sospensione deve essere ancorata al termine di diciotto mesi previsto per l'annullamento d'ufficio, nonché sorretta da adeguata motivazione, dal momento che costituisce una nuova regolamentazione dell'assetto di interessi, seppur a carattere provvisorio.

Le esigenze di certezza si fanno ancora più stringenti nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, atteso che tale settore è permeato da istanze forti di celerità, speditezza ed economicità, che influenzano la struttura dei relativi procedimenti.

Ne consegue, come affermato dalla giurisprudenza²⁰⁸, l'illegittimità del bando di gara con cui la stazione appaltante si riserva il potere di sospendere il procedimento di aggiudicazione a suo insindacabile giudizio e senza manifestarne le motivazioni.

L'affermazione di un potere generale di sospensione nell'ambito delle procedure di gara, esercitabile senza limiti soprattutto nella fase endoprocedimentale sino all'aggiudicazione provvisoria, si scontra con quella tendenza a ribadire la necessaria certezza dei tempi dell'evidenza pubblica, e porta la giurisprudenza a ritenere invece la sospensione della gara un'ipotesi eccezionale.

Così, a livello casistico, è stata ritenuta illegittima la sospensione disposta *sine die* allo scopo di verificare talune criticità nella documentazione prodotta dall'aggiudicataria: l'art. 11 comma 9 del vecchio Codice, obbligava infatti la p.a. a concludere la procedura ad evidenza pubblica con la stipula del contratto entro sessanta giorni dall'aggiudicazione definitiva, legittimandosi dopo tale termine solo un intervento in autotutela, non aggirabile mediante lo strumento cautelare della sospensione²⁰⁹.

Al contrario, la sospensione è stata ritenuta legittima e doverosa, quando sia necessaria per verificare la veridicità delle dichiarazioni rese dai concorrenti, qualora esse abbiano destato perplessità non superabili attraverso controlli automatici²¹⁰.

La sospensione della procedura va altresì tenuta distinta dalla facoltà di non procedere all'aggiudicazione definitiva riconosciuta all'Amministrazione dallo stesso Codice dei Contratti Pubblici, come si ricavava dal combinato disposto degli artt. 12 comma 1 e 81 comma 3.

Si prevedeva un potere di notevole ampiezza per la p.a. di non procedere all'aggiudicazione definitiva, che diveniva così un evento quasi fisiologico²¹¹, purché giustificato esigenze di interesse pubblico.

Anche in questo caso, l'esigenza di tutelare la legittima aspettativa dei concorrenti spinse parte della giurisprudenza ad introdurre dei correttivi²¹² al potere di non aggiudicare l'appalto,

²⁰⁸ Corte Conti, 24 febbraio 1993, n. 1432 in *Riv. C. Conti*, 1994, 2, p. 26.

²⁰⁹ Così, Tar Campania, Napoli, 13 maggio 2015 n. 2654, in www.lexitalia.it, n. 5/2015.

²¹⁰ Tar Abruzzo, Pescara, 12 ottobre 2015, n. 387 in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹¹ Cons. St. 9 luglio 2015 n. 3453, Cons. St. 19 gennaio 2012 n. 195, Cons. St. 6 aprile 2010 n. 1907, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

stabilendosi che tale scelta doveva corrispondere ad un interesse pubblico attuale e prevalente su quelli privati confliggenti.

Si rimodellava dunque una facoltà discrezionale sulla falsa riga del modulo procedimentale dell'autotutela, imponendo, nonostante il silenzio delle norme una comparazione e bilanciamento di interessi affatto dissimile da quanto avviene per l'esercizio dei poteri di riesame, nella convinzione che tale modello realizzasse una giusta soluzione di compromesso.

4. Le novità del d.lgs. n. 50/2016 e la scomparsa dell'aggiudicazione provvisoria.

Le elaborazioni pretorie sin qui analizzate devono ora fare i conti con il nuovo assetto normativo delineato dal d.lgs. n. 50/2016 che ha inciso sui meccanismi di affidamento degli appalti pubblici, e per quanto di interesse in questa sede, sulle scansioni del procedimento ad evidenza pubblica.

Gli artt. 32 e 33 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici pongono fine alla dicotomia tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, delineata dal precedente art. 11 d.lgs. n. 163/2006, nel dichiarato intento di perseguire un maggior livello di certezza del diritto e semplificazione procedurale, al fine di una consistente riduzione dei tempi di realizzazione delle opere pubbliche.

L'obiettivo di semplificazione si accompagna ad un ulteriore scopo di riduzione delle sacche futili di discrezionalità amministrativa, in cui si annidano rallentamenti antieconomici dell'azione della p.a., e che costituiscono terreno fertile per fenomeni corruttivi²¹³.

Sul banco degli imputati, si è posto proprio il meccanismo dell'aggiudicazione, scisso in tre momenti distinti: aggiudicazione provvisoria, aggiudicazione definitiva, aggiudicazione efficace.

L'eccessiva frammentazione della fase finale della procedura di selezione del contraente aveva determinato nella prassi continui rallentamenti ed incertezze dell'attività amministrativa²¹⁴, favorendo di fatto l'insinuazione della corruzione in questi spazi deliberativi troppo ampi e frequenti.

L'intervento legislativo del 2016, pertanto, ha preso di mira l'aggiudicazione provvisoria, che viene sostituita dalla "proposta di aggiudicazione", con la conseguenza che l'aggiudicazione definitiva diviene "aggiudicazione" *tout court*.

Alla base della modifica, vi sono le perplessità che l'istituto dell'aggiudicazione provvisoria ha da sempre suscitato, relative, alla sua immediata impugnabilità²¹⁵, alle conseguenze indennitarie e risarcitorie in caso di revoca, alla necessità di tutelare l'affidamento dell'aggiudicatario provvisorio.

²¹² Cons. St. 15 maggio 2012 n. 2805, in www.giustizia-amministrativa.it; A. SDANGANELLI, *Il divieto di aggiudicazione nel Codice dei contratti pubblici*, in www.lexitalia.it, n. 11/2007; C. VOLPE, *Stazioni appaltanti e potere di non procedere all'aggiudicazione. Il via definitivo da parte del codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 9/2007.

²¹³ P. SANTORO, *I fattori legali di rischio che favoriscono la corruzione negli appalti pubblici*, 14 luglio 2014, in www.contabilità-pubblica.it.

²¹⁴ P. SANTORO, *I tempi dell'inefficacia delle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.* 2012, p. 661.

²¹⁵ F. SAIITA, *Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non, un quadro giurisprudenziale non sempre coerente*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, p. 3165.

In particolare, si è sempre ritenuto difficile accettare la natura anfibia dell'aggiudicazione provvisoria, come atto infraprocedimentale, forzosamente equiparato ad un provvedimento con efficacia esterna interinale, destinato infatti ad essere assorbito dall'aggiudicazione definitiva.

La nuova denominazione fa sì che l'atto di aggiudicazione riprenda la sua natura unitaria e non risulti più frazionato in due passaggi provvedimentali distinti: l'aggiudicazione provvisoria, infatti, degrada da atto a mera proposta di un atto successivo, ovvero, l'aggiudicazione definitiva che diviene l'unica fattispecie provvedimentale ad effetto esterno rinvenibile in questa fase procedurale.

Il nuovo Codice ribadisce che l'aggiudicazione (definitiva) non equivale alla conclusione del contratto, mantenendo il momento pubblicistico e quello negoziale comunque distinti, e confermando altresì la distinzione tra l'aggiudicazione finale e l'aggiudicazione efficace.

L'art. 32 comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 conferma infatti che l'aggiudicazione (definitiva) diviene efficace solo dopo il controllo della p.a. del possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario, riproponendo in sostanza quella dilatazione procedurale che si era proposto di eliminare, anticipando la fase del controllo dei requisiti ad un momento antecedente all'aggiudicazione.

Ciò anche per esigenze di economicità dell'azione amministrativa, dal momento che può trovarsi a dover rieditare la procedura di gara quando essa è ormai giunta alla sua fase finale.

Tali obiettivi di semplificazione sono stati di fatto disattesi, e l'aggiudicazione (quanto meno quella definitiva), non ha visto mutare la sua natura giuridica in senso sostanziale, attribuendosi all'intervento del d.lgs. n. 50/2016 una portata meramente lessicale; ne consegue che le elaborazioni giurisprudenziali sul rapporto tra aggiudicazione definitiva e poteri di autotutela non risultano sostanzialmente mutate, almeno ad esame immediato della riforma.

Discorso analogo non può farsi in relazione all'aggiudicazione provvisoria che, almeno in apparenza, vede tramontare definitivamente la sua natura attizia, configurando una mera proposta di selezione del contraente.

Ne consegue, *prima facie*, la risoluzione radicale dei problemi applicativi posti in passato: in qualità di semplice proposta, essa non potrà essere oggetto di impugnazione immediata, ancorché facoltativa, giacché mancherebbe quella necessaria lesività interinale, che giustificava la soluzione prospettata dalla giurisprudenza e che fondava un interesse momentaneo a ricorrere.

La reazione processuale viene allora differita integralmente al momento dell'aggiudicazione definitiva, unico atto capace di attualizzare la lesione che la proposta di aggiudicazione si limita a preannunciare.

Allo stesso modo, non avrebbe ulteriormente senso discorrere di un'autotutela che abbia ad oggetto l'aggiudicazione provvisoria, sia nelle forme dell'annullamento d'ufficio che della revoca.

Del resto, già nella vigenza della normativa precedente, non sono mancate voci che configuravano il riesame dell'aggiudicazione provvisoria alla stregua di un mero ritiro, attesa la sua valenza non provvedimentale.

La revoca della proposta di aggiudicazione di cui all'art. 32 d.lgs. n. 50/2016 non potrebbe, *a fortiori*, dar luogo ad un'autotutela in senso stretto, potendosi al più immaginare una revoca della proposta non dissimile da quella ex art. 1328 c.c., che esclude la corresponsione di un indennizzo nei confronti dell'oblato.

Né potrebbe concepirsi un affidamento tutelabile da parte del concorrente prescelto nella proposta, poiché la nuova configurazione dell'istituto appare assolutamente inidonea ad ingenerare nel privato la convinzione della sicura stipulazione del contratto nei suoi riguardi.

Tuttavia, ad un'analisi più approfondita non sfugge che la modifica normativa sembra avere una portata più nominalistica che sostanziale, anche con riguardo all'aggiudicazione provvisoria: ed infatti, dopo aver previsto che la stazione appaltante previa verifica della proposta di aggiudicazione provvede all'aggiudicazione (art. 32, comma 5), con un "colpo di coda" stabilisce all'art. 33, comma 1, che la proposta di aggiudicazione è soggetta all'approvazione dell'organo competente, specularmente a quanto già avveniva per l'aggiudicazione provvisoria nella precedente disciplina.

La sensazione allora è che lo schema delineato dal legislatore del 2016, basato sul binomio "proposta di aggiudicazione-aggiudicazione", non sia in realtà così lontano dalla vecchia bipartizione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, o quanto meno, il meccanismo reintrodotto non sia applicabile a tutte le procedure di gara con la medesima facilità.

Come osservato nei primi commenti alla riforma²¹⁶, la natura di proposta, se risulta pertinente alle tipologie di gara con il sistema dell'offerta economica più vantaggiose, non si addice alle altre modalità di aggiudicazione in cui manchi un giudizio comparativo tecnico-discrezionale in senso proprio e l'aggiudicazione è proclamata direttamente dall'Autorità di gara.

Si imputa al nuovo Codice di aver preteso di delineare uno schema procedimentale apparentemente omogeneo per tutti i sistemi e criteri di aggiudicazione, non tenendo in debito conto le difformità esistenti tra i vari meccanismi selettivi.

L'aggiudicazione definitiva, intesa come verifica dell'aggiudicazione provvisoria, non s'addice alle procedure che presuppongono una fase di giudizio tecnico-valutativo (commissione giudicatrice) e, viceversa, la proposta è identificabile come tale se proviene da un organo straordinario di valutazione (commissione) ma non se esprime il momento conclusivo e terminale di scelta del contraente che ha offerto il minor prezzo; la prima viene accettata o condivisa dall'organo-autorità

²¹⁶ P. SANTORO, *L'aggiudicazione nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici: dalla doppia fase alla doppia faccia*, 26 aprile 2016, in www.giuristidiamministrazione.com.

cha ha il potere di aggiudicazione, la seconda viene semplicemente verificata, nel significato più ampio di controllo anche di merito (approvazione).

5. I poteri di riesame successivi alla stipulazione del contratto: il rapporto tra autotutela “interna” ed “esterna”.

L'analisi sin qui condotta si è occupata della dialettica tra poteri di autotutela, e segnatamente della facoltà di revoca riconosciuta alla p.a., e atti che precedono la stipulazione del contratto.

Si è osservato che, collocandosi la procedura ad evidenza pubblica in una ambientazione tipicamente amministrativa, non vi sono ragioni per escludere l'esercizio dei poteri di riesame sui singoli tasselli provvedimenti in cui si articola il complesso procedimento.

È ancora lontana, nella suddetta fase, la logica della pariteticità che governa la materia contrattuale, e non v'è dubbio che l'Amministrazione agisca nella sua veste più congeniale, ovvero quello autoritativa.

Pur con le peculiarità evidenziate, l'autotutela nella fase dell'evidenza pubblica non si discosta dal suo paradigma tradizionale, trovando applicazione le disposizioni generali di cui agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della l. n. 241/90.

Anche sotto il profilo delle posizioni giuridiche soggettive che emergono, lo scenario si presenta autenticamente pubblicistico: il binomio è sempre “esercizio di un potere autoritativo-interesse legittimo del privato”, non ravvisandosi alcuno spazio per l'emersione di diritti soggettivi.

Le uniche tracce di diritti soggettivi si riscontrano nell'ambito della responsabilità precontrattuale della p.a., ove sorge un diritto alla correttezza e buona fede nella gestione della fase prenegoziale da parte della p.a., attratto però in un'orbita amministrativa, come si vedrà in seguito nell'analisi dei profili di giurisdizione.

Il passo ulteriore da compiere riguarda, invece, l'indagine sui poteri di riesame successivi alla stipulazione del contratto, ovvero in una fase regolata tendenzialmente dal diritto privato, in cui le prerogative pubblicistiche devono confrontarsi con la pariteticità della posizione assunta dalla p.a.

L'Amministrazione che scende a patti con il privato, rinuncia alla sua posizione di supremazia, in parte o in tutto (ed è questo il nodo cruciale dell'analisi che si dovrà condurre), restando assorbita dalla legge regolatrice del contratto, la cui *Grundnorm* è rappresentata proprio dalla parità delle parti. Tutte le deroghe a tale principio fondamentale della materia contrattuale, dovranno allora trovare una giustificazione forte e ben definita, che non può limitarsi ad un generico richiamo all'interesse pubblico, posto che l'esperienza giuridica ha dimostrato come quest'ultimo possa essere adeguatamente perseguito anche attraverso moduli negoziali.

Nel proseguo della trattazione si cercherà allora di capire cosa resti di pubblicistico in capo ad un'Amministrazione che scenda nel piano negoziale, e quali prerogative che il diritto amministrativo le attribuisce possano ancora essere esercitate, a fronte dell'abdicazione della veste autoritativa.

E, i poteri di autotutela entrano a pieno in tale indagine, integrandone l'oggetto principale, come espressione emblematica della tradizionale posizione ordinamentale assunta dalla p.a.

Per ora l'analisi si limiterà al potere di revoca ex art. 21 *quinquies*, rinviando al successivo capitolo l'esame del potere di annullamento d'ufficio e i suoi effetti sul contratto stipulato.

Preliminarmente occorre ribadire che l'aggiudicazione definitiva non equivale alla conclusione del contratto, secondo quanto attualmente disposto dall'art. 32 comma 6 del d.lgs. n. 50/2016, che ha confermato la scelta introdotta dal d.lgs. n. 163/2006.

Segnatamente, l'aggiudicazione definitiva non può considerarsi alla stregua di un'accettazione dell'offerta ex art. 1326 c.c., ma produce solo l'effetto di rendere quest'ultima irrevocabile per il periodo stabilito dalla norma.

Prima di addentrarsi nella dinamica contrattuale, occorre allora indagare quello spazio temporale ed attizio che intercorre tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto finale, in cui come si è visto, domina ancora il diritto amministrativo.

Differendo la conclusione dell'accordo ad un momento successivo, si può ritenere che l'aggiudicazione definitiva cristallizzi solo l'individuazione della futura controparte negoziale della p.a., la quale non matura un diritto soggettivo alla conclusione del contratto.

Tale conclusione è avvalorata da quanto previsto dal precedente art. 81 comma 3 d.lgs. n. 163/2006, che attribuisce alla stazione appaltante il potere discrezionale di non aggiudicare l'appalto se all'esito della procedura di valutazione alcuna delle proposte risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, e ciò anche in presenza di un'unica offerta valida.

Ne consegue la configurabilità in capo all'aggiudicatario di una situazione soggettiva ancora di interesse legittimo, che si contrappone all'autoritatività della descritta facoltà di non procedere alla definitiva assegnazione della commessa.

La stazione appaltante mantiene in questo spazio temporale il potere di valutare la rispondenza agli interessi pubblici sottesi alla procedura dell'offerta presentata e, in via più generale, l'opportunità della gara stessa per come si è volta, ben potendo decidere di indire una nuova procedura competitiva non dando seguito alla precedente.

Solo la p.a. può rinunciare a questo potere discrezionale di ultima istanza, autovincolandosi nella redazione del bando ad una sorta di aggiudicazione necessaria in caso di presentazione di un'unica

offerta valida²¹⁷, ma in assenza di una tale opzione a monte nella *lex specialis* della procedura permane la facoltà di lasciare deserta la gara indetta, ferma restando l'obbligo di motivare la propria scelta.

Nessun diritto soggettivo alla stipulazione del contratto da parte dell'aggiudicatario può dunque contrapporsi alla discrezionalità dell'Amministrazione, che non perde ancora la propria posizione di supremazia e pertanto non può vedersi costretta alla contrattazione ex art. 2932 c.c.

Del resto, il procedimento di formazione dei contratti pubblici si presenta complesso ed articolato in una serie di passaggi sconosciuti alla dinamica contrattuale privatistica, che rendono la dismissione della veste autoritativa particolarmente sofferta.

L'art. 32 del nuovo Codice Appalti, confermando il meccanismo previgente, stabilisce che l'aggiudicazione definitiva diviene efficace solo dopo la verifica del possesso dei requisiti soggettivi da parte dell'aggiudicatario; una fase ulteriore e tendenzialmente non necessaria, giacché ben si sarebbe potuto anticipare tale adempimento nel corso della procedura selettiva.

A seguito di tale verifica si apre una successiva finestra temporale che separa ancora l'aggiudicatario dall'agognato contratto, stabilendosi che la stipulazione di quest'ultimo non possa avvenire prima di trentacinque giorni dall'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione ai contro interessati, confermandosi così il necessario periodo di *stand-still*²¹⁸.

Allo stesso modo, per evitare un'eccessiva protrazione di questo limbo che intercorre tra l'aggiudicazione definitiva e il contratto, l'art. 32 d.lgs. n. 50/2016 (specularmente all'art. 11 d.lgs. n. 163/2006), stabilisce che la stipulazione debba avvenire entro sessanta giorni (salvo ipotesi di differimento concordate con l'aggiudicatario), trascorsi i quali l'offerente può liberamente recedere ed ottenere il rimborso delle spese.

Quest'ultima soluzione conferma ancora una volta come l'aggiudicatario definitivo non maturi alcun diritto alla stipulazione negoziale, che trascorso il termine di sessanta giorni non ammette alcuna tacita conclusione (per silenzio-assenso o *facta concludentia*), né alcuna forma di coercizione ex art. 2932 c.c.

Si tratta di segnali univoci per comprendere come in questa zona grigia tra l'aggiudicazione e il contratto permangano poteri autoritativi, tra cui rientrano certamente le facoltà di autotutela della p.a., che può comportarsi da Amministrazione a tutti gli effetti, muovendosi in un'area regolamentata dal connaturale diritto amministrativo.

²¹⁷ Così, il Cons. St. con sentenza del 7 giugno 2013 n. 3125, in *www.neldiritto.it*, ha giudicato illegittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante, dopo aver escluso le due imprese classificate al primo e al secondo posto, ha negato l'aggiudicazione alla ditta rimasta in gara nonostante il bando prevedesse espressamente che la gara sarebbe stata aggiudicata anche in presenza di una sola offerta valida, e la stazione appaltante non abbia indicato, con apposita motivazione le ragioni per le quali giudicava tecnicamente inadeguata ed economicamente non conveniente l'offerta della ditta rimasta in gara, che pure la commissione di gara aveva valutato positivamente.

²¹⁸ R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Il procedimento che porta alla formazione e all'efficacia del contratto non si esaurisce neanche con la conclusione dello stesso, essendo previsto dal Codice (riprendendo la disciplina già dettata dal d.lgs. n. 163/2006), un articolato sistema di controlli che differiscono ulteriormente la produzione di effetti del negozio, e che dimostrano l'esistenza di una sfasatura tra il contratto-atto e il rapporto contrattuale.

Il vecchio art. 12 del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva tre forme di controllo, rispettivamente sull'aggiudicazione provvisoria, sul contratto, e persino sul decreto di approvazione, con una farraginosità procedurale a dir poco barocca, fortunatamente temperata dalla previsione di meccanismo semplificato del silenzio assenso.

Si riteneva allora che il contratto stipulato con l'Amministrazione si presentasse in origine claudicante, come fattispecie a formazione progressiva che veniva completata solo all'esito dei suddetti controlli.

Emergeva, secondo tale impostazione, tutta l'asimmetria tra le parti nel processo di formazione concependosi un contratto unilateralmente vincolante per la sola parte privata, in attesa dell'espletamento della fase di controllo, gestita dalla controparte pubblica.

L'orientamento è stato successivamente ed opportunamente abbandonato, evidenziandosi come il sistema dei controlli sia assimilabile ad una *condicio iuris*, che interviene sul profilo dell'efficacia del contratto piuttosto che sul suo perfezionamento.

Ciò consente di attenuare la disparità tra la p.a. ed il privato, in un momento in cui comunque si è giunti ad una stipulazione contrattuale, per la quale l'Amministrazione ha consentito ad una dismissione della veste autoritativa, seppur ancora *in fieri*; il contratto in attesa di approvazione resta improduttivo di effetti per entrambe le parti, e produce solo un obbligo comportamentale di buona fede nella fase interinale.

La conseguenza è lo spostamento in avanti della posizione autoritativa dell'Amministrazione che aleggia ancora nel periodo di pendenza della condizione legale, e al tempo stesso, dell'eventuale responsabilità precontrattuale che perdura oltre il contratto²¹⁹, sino al controllo sullo stesso o sul decreto di approvazione.

Anche sotto il profilo del riparto di giurisdizione, non può negarsi che nonostante l'intervenuta stipulazione del contratto-atto, i paciscenti si trovino ancora in una fase in cui compaiono atti di natura amministrativa, con conseguente sindacabilità da parte del giudice amministrativo. Il privato vanta una situazione ancora di interesse legittimo a fronte dei poteri di controllo sul contratto, come attestato anche dall'ampiezza degli stessi: non si tratta, infatti, di atti a carattere vincolato che

²¹⁹ Si pensi ai casi di mancata o tardiva stipulazione per il ritardo nella trasmissione del contratto all'organo di controllo, o per il ritardo con cui venga comunicato l'intervento del controllo con esito positivo o negativo, come osservato da F. CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007.

suggerirebbero l'idea di un diritto soggettivo del contraente, ma l'approvazione si estende dai profili di legittimità della procedura ad evidenza pubblica al merito della stessa, denotando una discrezionalità cui non può che contrapporsi un interesse legittimo.

Si esclude, pertanto, che tali atti attengano alla fase dell'esecuzione del contratto, in cui emergono diritti soggettivi naturalmente devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario, differendo la nascita degli stessi all'avveramento positivo della *condicio iuris*.

Il legislatore con il d.lgs. n. 50/2016 ha inteso limitare ed abbreviare questa fase oscura che precede l'efficacia del contratto, in cui si intrecciano poteri e situazioni soggettive di incerta natura, abolendo nel nuovo art. 33 il controllo sull'approvazione, ritenuto una superfetazione inutile, che rischiava di rallentare eccessivamente l'azione contrattuale della p.a.

Vengono, invece, confermati i controlli già esistenti sull'aggiudicazione provvisoria (oggi, "proposta di aggiudicazione" come visto), e l'eventuale approvazione del contratto, che si attegga sempre più come condizione legale sospensiva.

Ciò induce a reinterpretare in chiave moderna le elaborazioni pretorie che si sono occupate dell'individuazione del momento di definitiva perdita della veste autoritativa della p.a., e della conseguente tramutazione dei poteri pubblicistici in facoltà e diritti privatistici, con conseguente devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario.

La giurisprudenza, intervenendo soprattutto in relazione ai profili di giurisdizione, ha ripetutamente affermato che "lo spartiacque tra la fase pubblicistica e quella privatistica" è rappresentato dalla conclusione del contratto, affermando che nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della p.a. spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima della aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa.

La giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi, "*diviene pienamente operativa nella successiva fase contrattuale afferente l'esecuzione del rapporto, fase aperta dalla stipula, nella quale si è entrati a seguito della conclusione, con l'aggiudicazione, di quella pubblicistica*"²²⁰.

Questa seconda fase, strettamente connessa e consequenziale alla precedente, ha inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto, e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione: i rapporti tra la p.a. ed il privato si allineano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto.

²²⁰ cfr. Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2011, n. 391 in *Urb. e Appalti*, 2011 pp. 420 e ss., e Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2008 n. 29425 in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

La stipulazione del contratto, secondo l'orientamento consolidato, apre allora alla pariteticità e consente l'ingresso dell'azione amministrativa in una fase regolata dal diritto privato *tout court* chiamato a disciplinare la fase fisiologica e patologica dell'esecuzione del regolamento negoziale²²¹.

Le fattispecie comportamentali e provvedimenti che precedono il momento della stipulazione del contratto vengano attratte nell'orbita pubblicistica dell'evidenza pubblica, e denotano sotto il profilo delle posizioni soggettive assunte dal privato un intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi, confermato dalla previsione ad opera dell'art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a., di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (come tra l'altro già era previsto dall'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 e dagli artt. 6 e 7 della l. n. 205/2000).

Ciò vale sia per quelle controversie che si inseriscono nella fase che precede l'aggiudicazione definitiva, in cui si stagliano emblematici interessi legittimi dei partecipanti alla gara, sia in quella "zona grigia" che corre tra l'aggiudicazione definitiva e il contratto, essendo sostanzialmente inutile definire la posizione del privato in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo, attesa l'operatività della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²²².

Tuttavia, ad un'analisi attenta del concreto atteggiarsi della dinamica prenegoziale non può sfuggire che il passaggio di testimone dalla fase pubblicistica a quella privatistica dev'essere spostato dal momento di formale conclusione del contratto a quello successivo di efficacia, subordinato all'avverarsi della predetta *condicio iuris* dell'esito favorevole dell'approvazione.

Non può tacersi, in senso contrario, che la fenomenologia del contratto in attesa di approvazione da parte dell'organo di controllo, ben potrebbe spiegarsi in termini schiettamente civilistici, ove ben si conosce la figura del negozio sottoposto a condizione sospensiva. Le posizioni giuridiche della p.a. e del privato potrebbero allora considerarsi alla stregua di diritti soggettivi sospensivamente condizionati, come legittime aspettative, senza protrarre artatamente la fase pubblicistica oltre la conclusione dell'accordo.

Fatto sta che il contratto rappresenta il punto d'incontro delle due fasi in cui si articola l'azione contrattuale della p.a. e in cui confluiscono gli interessi pubblici che vi sono sottesi, che talvolta, riemergono distaccando il regolamento negoziale dalla sua disciplina privatistica.

Con riferimento ai poteri di autotutela, essi, quale predicato inesauribile del soggetto pubblico, essi orbitano attorno al contratto, collocandosi internamente ed esternamente allo stesso.

La dimensione interna o esterna si riflette sugli effetti che l'esercizio dell'autotutela produce sul contratto, incidendovi rispettivamente in via immediata o mediata.

²²¹ Come confermato anche dalla Corte Costituzionale nelle sentenze del 7 febbraio 2011 n. 43 e del 9 febbraio 2011 n. 53, in www.cortecostituzionale.it.

²²² così, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2011 n. 391, *cit.*, che tralascia, in modo discutibile, l'analisi delle diverse conseguenze di disciplina tra diritti soggettivi ed interessi legittimi anche nel comun denominatore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La nozione di “autotutela interna” sintetizza quegli atti che costituiscono l’esercizio di un diritto potestativo che spetta alla p.a. in qualità di contraente, e che è sottoposto alla disciplina del diritto privato, generale o speciale²²³.

Si tratta di atti che incidono direttamente e in via immediata sul contratto, o perché da esso traggono origine, o perché disciplinati tassativamente dalla legge come facoltà eccezionali di incisione unilaterale del rapporto contrattuale.

Nell’ “autotutela esterna” rientrano invece quelle manifestazioni di poteri che spettano alla p.a. in quanto soggetto di diritto pubblico, e sottoposti al regime tipico del diritto amministrativo.

L’esercizio di tali poteri non tocca direttamente il contratto, ma lo interessa in via mediata, avendo ad oggetto atti della fase pubblicistica che ne costituiscono il presupposto.

Alle due forme di autotutela corrispondono altrettante posizioni giuridiche da parte del privato contraente, con evidenti riflessi in punto di giurisdizione: gli atti di autotutela interna, in quanto espressione di facoltà privatistiche, dialogano con diritti soggettivi del privato, e pertanto la giurisdizione viene devoluta al giudice ordinario.

Diversamente, l’autotutela esterna esprime pur sempre un potere autoritativo cui corrispondono meri interessi legittimi del privato contraente, conseguentemente attratti alla giurisdizione del giudice amministrativo²²⁴.

La distinzione è stata utilizzata per lungo tempo anche dalla giurisprudenza prevalente che affermava il principio secondo cui sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie derivanti dalle procedure di affidamento dei lavori pubblici, mentre per quelle che traggono origine dall’esecuzione del contratto non è stata introdotta alcuna deroga alla giurisdizione del giudice ordinario²²⁵.

La distinzione tra autotutela pubblicistica e privatistica permane anche nelle pronunce più recenti²²⁶ a testimonianza di una dicotomia ormai recepita tanto dalla giurisprudenza amministrativa quanto da quella ordinaria.

Tuttavia, anche in merito alle forme di autotutela interna al contratto occorre effettuare alcune precisazioni.

Si distingue infatti tra gli strumenti ordinari, disciplinati dal codice civile, e le facoltà eccezionali previste dalle norme speciali che disciplinano i contratti della p.a.²²⁷.

²²³ A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1-2, pp. 216 e ss.

²²⁴ M. A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. VI, Milano 2008, pp. 3194 e ss.

²²⁵ cfr. Cass. Sez. Un. 23 dicembre 2003 n. 19787, in *Cons. Stato*, 2004, II, p. 831, secondo cui il provvedimento di rescissione in danno, ancorché rivestito delle forme dell’atto amministrativo, costituisce una forma di autotutela della pubblica amministrazione incidente su posizioni di diritto soggettivo, e pertanto le contestazioni che investono il legittimo esercizio di tale forma di autotutela appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario.

²²⁶ cfr. Ad. Plen. 29 gennaio 2014 n. 6, in *www.neldiritto.it*.

²²⁷ così F. CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, diretto da F. CARINGELLA e R. GAROFOLI, Milano 2008 p. 588.

L'autotutela interna, infatti, non è appannaggio esclusivo della pubblica amministrazione, ma compete anche ai contraenti privati, descrivendo una serie di facoltà di reazione avverso comportamenti scorretti o inadempienze della controparte, e risponde alla *ratio* di consentire una difesa immediata ed alternativa alla tutela in giudizio.

Le espressioni più emblematiche del fenomeno sono rappresentate *in primis* dall'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., che consente di paralizzare la pretesa all'adempimento da parte del contraente infedele, evitando che la parte adempiente sia costretta ad eseguire la propria prestazione a fronte dell'inadempimento dell'altra.

Nel medesimo ambito si colloca l'eccezione ex art. 1461 c.c. che rappresenta una forma di autotutela unilaterale e preventiva contro un pregiudizio in potenza, rappresentato dall'eventuale inutilità della successiva azione di ripetizione, in caso di definitivo collasso delle condizioni economiche del debitore.

Alla stessa *ratio* risponde la decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186 c.c., che consente al creditore di reagire ad un comportamento del debitore che sia divenuto insolvente o non abbia prestato le garanzie promesse, evitando di attendere che la lesione solo paventata al suo credito divenga attuale.

La clausola penale ex art. 1382 c.c. e la caparra ex art. 1385 c.c., esprimono ulteriori forme di autotutela negoziale, predefinita come preventiva individuazione delle conseguenze per il mancato adempimento, in alternativa alla tutela risarcitoria esperibile in giudizio.

Di elaborazione giurisprudenziale è invece l'*exceptio doli generalis*, come strumento di difesa avverso una pretesa contraria a buona fede, ed espressione dell'esercizio abusivo del diritto, seppur in una cornice di apparente legalità.

Le facoltà di autotutela privatistica sin qui descritti permettono una reazione immediata avverso una pretesa altrui infondata e scorretta, nonché la celere riparazione del danno patito mediante una liquidazione forfettaria dello stesso.

Affianco ad esse si collocano ulteriori ipotesi in cui l'autotutela del contraente non mira a paralizzare il rapporto, ma a sciogliersi unilateralmente da esso: in tale campo rientrano certamente gli istituti della diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c., che consente l'attivazione unilaterale dell'effetto risolutorio del contratto, riducendo la successiva pronuncia del giudice ad un accertamento dichiarativo, la dichiarazione di avvalersi della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c., e la facoltà di recesso ex art. 1373 c.c.

Emerge, chiaramente, come si sia di fronte a diritti soggettivi che assumono lo spessore del diritto potestativo, attivandosi per effetto di una mera dichiarazione unilaterale, cui corrisponde una posizione di soggezione della controparte.

Posto che l'unilateralità costituisce un'eccezione nel diritto privato, ove l'incisione delle sfere giuridiche altrui presuppone necessariamente il consenso del destinatario degli effetti dell'atto, gli strumenti di autotutela privatistica sono sottoposti ad una duplice ed alternativa tipicità, rispettivamente legale o contrattuale. Gli strumenti in parola sono infatti attivabili solo se previsti direttamente dalla legge o dalle parti all'interno del contratto (come sancito nitidamente dall'art. 1373 c.c. che subordina il diritto di recesso alla volontà delle parti o della legge), non esistendo poteri generali ed impliciti in capo ai contraenti.

Le caratteristiche fondamentali e comuni delle facoltà di autotutela interna²²⁸ al contratto possono riassumersi oltre che nella predetta tipicità della fonte (legale o contrattuale), nella non esclusività, potendo essere previste indifferentemente a favore di uno o di entrambi i contraenti: si pensi all'eccezione ex art. 1460 c.c. che, interessando i rapporti sinallagmatici, può essere sollevata da entrambe le parti a seconda della dinamica di inadempimento che si realizza; o ancora, si pensi al funzionamento della caparra confirmatoria ex art. 1385 c.c., che opera a favore di entrambi i contraenti nelle variabili della ritenzione o della restituzione *in duplum*²²⁹.

Ulteriore caratteristica si riscontra nella bilateralità dell'introduzione ma nell'unilateralità dell'esercizio, non richiedendo il consenso della controparte una volta che le facoltà in esame siano state previste, anzi presuppongono di fatto proprio un disaccordo tra i paciscenti.

Si ravvisa poi la tendenziale predeterminazione delle cause che ne consentono il ricorso: la dichiarazione di avvalersi della clausola risolutiva espressa può essere giustificata solo dall'inadempimento specificato nel contratto, così come l'eccezione ex art. 1461 c.c. è consentita solo a fronte di un mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte che minacciano il credito.

Infine, un elemento comune e di fondamentale importanza è dato dal rilievo di come gli strumenti in esame tutelino sempre un interesse privato, appartenente al singolo contraente e collegato al contratto, non potendosi in alcun modo giustificare il ricorso a tali rimedi per salvaguardare interessi estranei all'accordo. L'intraneità dell'autotutela al contratto emerge allora anche sotto questo punto di vista, rappresentando una tecnica rimediale avverso accadimenti patologici che riguardano direttamente l'assetto di interessi contrattuali²³⁰.

Ebbene, la p.a., in qualità di contraente può certamente esercitare tutte le facoltà di autotutela privatistica di fonte legale e convenzionale, tuttavia nei limiti visti e a tutela del solo interesse pubblico interno al contratto.

²²⁸ L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. giur.* IV, Roma, 1988, p. 2; C.M. BIANCA, *Autotutela*, in *Enc. dir.* IV, Agg. Milano 2000, p. 130.

²²⁹ F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli 2013.

²³⁰ La parte, ad esempio, non potrebbe invocare l'art. 1460 c.c. a tutela di una posizione giuridica estranea al contratto che non si pone in rapporto sinallagmatico con la controprestazione dell'altro contraente.

Sono poteri che appartengono all'Amministrazione a prescindere dalla sua posizione ordinamentale e che essa deve utilizzare non difformemente alla controparte privata.

Accanto alle ipotesi di autotutela privata appena esaminate, si collocano una serie di facoltà speciali che rispondono alle peculiarità del contraente pubblico, e vengono disciplinate dalle singole leggi in materia di contratti della p.a.

Non si tratta di poteri generali, ma di attribuzioni specificamente riconosciute alla p.a. che attenuano la pariteticità della posizione assunta con la stipulazione negoziale, consentendo un'incisione unilaterale del rapporto, giustificata da quello che viene definito come l' "interesse pubblico all'esecuzione del contratto"²³¹.

La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto è connessa genericamente alla natura della parte contrattuale, e agli scopi cui è preordinato l'oggetto della prestazione che non possono non corrispondere ad un interesse pubblico superiore che trascende quello dedotto nel contratto.

La necessità di assicurare poteri speciali di controllo della fase esecutiva è stata riconosciuta apertamente anche dall'Autorità Nazionale Anticorruzione che ha espressamente dichiarato come sia "indispensabile che l'ente si doti di ogni strumento utile a verificare l'esatto adempimento. Attesa la particolare esposizione al rischio corruttivo, i processi che rilevano sono, ad esempio, quelli di: approvazione delle modifiche del contratto originario; autorizzazione al subappalto; ammissione delle varianti; verifiche in corso di esecuzione; verifica delle disposizioni in materia di sicurezza con particolare riferimento al rispetto delle prescrizioni contenute nel Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) o Documento Unico di Valutazione dei Rischi Interferenziali (DUVRI); apposizione di riserve; gestione delle controversie; effettuazione di pagamenti in corso di esecuzione"²³².

Del resto, che l'interesse pubblico permei anche la fase esecutiva del contratto è confermato dalla previsione del precedente art. 2 d.lgs. n. 163/2006, che stabiliva la necessità di garantire "la qualità delle prestazioni, e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza", nonché implicitamente dall'art. 2 del Codice del consumo, che sancisce il diritto degli utenti "all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza".

La rilevanza pubblicistica dell'esatto adempimento del contratto deriva inoltre dall'intimo legame di consequenzialità con la fase di affidamento, in cui l'interesse pubblico astratto individuato dalla norma attributiva, si specifica e si fa concreto, evidenziato dalla procedura selettiva.

La disposizione di cui all'art. 2 d.lgs. n. 163/2006, riprodotta nei suoi tratti essenziali dall'art. 30 d.lgs. n. 50/2016, fotografa nitidamente questa relazione stretta tra affidamento ed esecuzione

²³¹ A. LAMORGESE, *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 4, p. 642. L'A., evidenzia come nel contratto d'appalto, più che nella altre fattispecie contrattuali che vedono coinvolta la p.a., emerge un interesse pubblico che permea anche la fase esecutiva, fondato sulla rilevanza pubblica dell'opera o del servizio affidato.

²³² Così la determina ANAC, n. 12/2015.

dell'appalto, laddove chiarisce che non solo la fase selettiva è soggetta ai principi amministrativi, ma anche quella esecutiva, come momenti di eguale attuazione dell'interesse pubblico, distinti solo cronologicamente.

La stessa norma, ricalcata dall'attuale comma 8 dell'art. 30 del Codice Appalti, dimostra la confluenza nella materia dei contratti pubblici di due animi distinte, dettando una clausola di doppio rinvio: si stabilisce, infatti, che per quanto non espressamente previsto nel codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla l. n. 241/90, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.

Il richiamo, evidentemente, non è a disposizioni settoriali o specifiche ma alle tavole generali del diritto amministrativo e del diritto privato, che convivono quali fonti sussidiarie di regolazione di rapporto scandito nella sua doppia anima dalla stipulazione del contratto.

Quest'ultimo vede confermato il proprio ruolo di "spartiacque" tra il momento pubblicistico e privatistico, talché tutte le vicende successive alla sua conclusione devono essere lette ed interpretate nell'ottica del diritto privato, ancorché ammantate di interessi pubblici.

I poteri di autotutela riconosciuti dalla normativa speciale restano pertanto facoltà privatistiche, che la legge attribuisce alla p.a. per le ragioni esposte, e risultano inadeguate a realizzare la degradazione dei diritti soggettivi contrattuali in interessi legittimi. Ne consegue in punto di giurisdizione che, cessata l'area di giurisdizione esclusiva che copre la fase pubblicistica sino alla stipulazione del contratto, si riepande la competenza del giudice ordinario, chiamato a sindacare gli atti in cui si estrinseca l'autotutela interna al contratto.

5.1. Le ipotesi di autotutela interna previste dal nuovo Codice Appalti.

Gli esempi più lampanti della speciale autotutela privatistica della p.a. sono offerti proprio dalla normativa sugli appalti pubblici, e sono accomunati dal costituire forme di reazione a fattori sopravvenuti alla conclusione del contratto che ne alterano la relazione di rispondenza all'interesse pubblico sotteso.

Si può altresì distinguere tra rimedi conservativi e caducatori del contratto, tutti connotati dall'unilateralità dell'esercizio e dalla previsione esclusiva in favore della stazione appaltante, non potendosi configurare analoghi poteri in capo all'impresa privata.

Occorre inoltre evidenziare la natura ibrida di tali facoltà, che ricordano istituti già ampiamente noti al diritto civile e al diritto amministrativo, seppur differenziandosi notevolmente da entrambi.

Nell'ambito degli strumenti conservativi si colloca in primo luogo il potere di modificare il contratto nella sua fase esecutiva, attraverso la disciplina delle varianti in corso d'opera, oggi contenuta nell'art. 106 d.lgs. n. 50/2016.

Si premette che l'appalto di lavori pubblici, diversamente dalla corrispondente figura privatistica, prevede un potere di incisione del committente nei confronti dell'appaltatore ben più pregnante che dimostra la "parità solo tendenziale"²³³ tra la parte pubblica e quella privata.

Tale potere si estrinseca fattualmente nella previsione della figura del direttore dei lavori, previsto dal vecchio art. 130 d.lgs. n. 163/2006, che attraverso la facoltà di emanare ordini di servizio, ordini di sospensione e altri atti unilaterali consente alla p.a. di correggere l'attività esercitata prima ancora della sua ultimazione, secondo uno schema tipico dei rapporti autoritativi, al punto da insinuare negli interpreti la suggestione circa la natura provvedimento degli atti del direttore dei lavori²³⁴.

Ma l'asimmetria tra le parti spicca ancor di più nell'analisi della disciplina delle varianti in corso d'opera che delinea un potere di modificazione unilaterale dell'oggetto del contratto ben distante dai modelli tipicamente privatistici.

Il nuovo art. 106 del Codice Appalti denota una flessibilità dell'oggetto contrattuale dell'appalto pubblico, prevedendo un potere di diversa intensità a seconda della tipologia di modifica da apportare, della sua contemplazione nei documenti di gara, della sua prevedibilità, del suo carattere sostanziale o meno²³⁵.

²³³ Così anche l'Ad. Plen. 20 giugno 2014 n. 14, in *Urb. e Appalti*, 2014, 11, pp. 1188 e ss.

²³⁴ In realtà la giurisprudenza dominante, già in tempi lontani, afferma a chiare lettere la natura privatistica degli atti adottati dal direttore dei lavori (cfr. Cass. 13 luglio 1983 n. 4760, in *GCM*, 1983, 7; Cons. St. 20 maggio 1993 in Cons. Stato 1993, I, pg. 243). Si veda anche A. LUMINOSO, *Codice dell'appalto privato*, Milano 2010, p. 119.

²³⁵ L'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato "Modifica di contratti durante il periodo di efficacia" stabilisce che

1. Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208;

b) per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari:

1) risulta impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;

2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi;

c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:

1) la necessità di modifica è determinata da circostanze imprevedute e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;

2) la modifica non altera la natura generale del contratto;

d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a);

- 2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purchè ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice;
- 3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;
- e) se le modifiche non sono sostanziali ai sensi del comma 4. Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche.
2. Ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni, i contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, anche a causa di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori :
- a) le soglie fissate all'articolo 35;
- b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizio e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali. Tuttavia la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.
3. Ai fini del calcolo del prezzo di cui ai commi 1, lettere b) e c), 2 e 7, il prezzo aggiornato è il valore di riferimento quando il contratto prevede una clausola di indicizzazione.
4. Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:
- a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
- b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).
5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), pubblicano un avviso al riguardo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Tale avviso contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera E, ed è pubblicato conformemente all'articolo 72 per i settori ordinari e all'articolo 130 per i settori speciali.
6. Una nuova procedura d'appalto in conformità al presente codice è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 2.
7. Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice. disposizione corretta con errata corrige del 15-07-2016
8. La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) e al comma 2, entro trenta giorni dal loro perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica.
9. I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 2. Nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo.
10. Ai fini del presente articolo si considerano errore o omissione di progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali.
11. La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.
12. La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.
13. Si applicano le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52. Ai fini dell'opponibilità alle stazioni appaltanti, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debtrici. Fatto salvo il rispetto degli obblighi di tracciabilità, le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione. Le amministrazioni pubbliche, nel contratto stipulato o in atto separato contestuale, possono preventivamente accettare la cessione da parte dell'esecutore di tutti o di parte dei crediti che

Emerge una duttilità del regolamento contrattuale lontana dalle logiche dell'appalto privato, in cui il principio base è l'invariabilità dell'opera; eventuali modifiche al progetto sono consentite entro gli stringenti limiti di cui all'art. 1661 c.c., ovvero del sesto del prezzo complessivo convenuto e purché non importino "notevoli modificazioni della natura dell'opera".

Al di fuori di tale perimetro, non esiste uno *ius variandi* autonomo dell'appaltatore privato, e si riepande la regola del necessario consenso, talché le modifiche all'oggetto del contratto sono ammesse solo se convenute dalle parti (art. 1659 c.c.)²³⁶.

Finanche quando le variazioni siano necessarie per l'esecuzione a regola d'arte del progetto si richiede l'accordo delle parti, consentendo l'intervento del giudice solo in mancanza di esso e fatta salva la facoltà di recesso dell'appaltatore, in caso di modifiche superiori ad un sesto del prezzo complessivo (art. 1660 c.c.).

La disciplina delle varianti nell'appalto pubblico prevede invece la soggezione dell'appaltatore ad uno *ius variandi* libero per la p.a., ove contenuto nei limiti del quinto, determinando solo il diritto alla maggiorazione del corrispettivo per l'impresa privata.

Accanto a tale potere, la stazione appaltante può incidere significativamente sull'oggetto del contratto in tutte le ipotesi tassativamente indicate dalla norma, in un elenco ampio e articolato che di fatto attribuisce al contraente pubblico una facoltà notevole di reazione alle sopravvenienze che minano la rispondenza del contratto con l'interesse pubblico.

La disciplina privatistica dell'appalto è tutta volta a salvaguardare il principio dell'accordo, limitando le ipotesi di incisione unilaterale nella sfera dell'altro contraente; viceversa, l'appalto pubblico regola lo *ius variandi* a tutela dell'interesse pubblico e del mercato (escludendo la legittimità di quelle varianti che avrebbero richiesto l'indizione di una nuova procedura competitiva), considerando gli interessi dell'appaltatore privato sempre cedevoli rispetto ad esso.

Un'ulteriore forma di autotutela conservativa del rapporto si individua nella facoltà di sospensione, oggi disciplinata dal nuovo art. 107 del d.lgs. n. 50/2016²³⁷. La norma prevede al primo comma la

devono venire a maturazione. In ogni caso l'amministrazione cui è stata notificata la cessione può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto relativo a lavori, servizi, forniture, progettazione, con questo stipulato.

14. Per gli appalti e le concessioni di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture sono comunicate dal RUP all'Osservatorio di cui all'articolo 213, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza. Per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il dieci per cento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, sono trasmesse dal RUP all'ANAC, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad una apposita relazione del responsabile unico del procedimento, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa esercita i poteri di cui all'articolo 213. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 13.

²³⁶ D. RUBINO – G. IUDICA, *Appalto*, in *Commentario del Codice Civile SCIALOJA-BRANCA*, Bologna 2007, pp. 262 e ss.

²³⁷ L'art. 107 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato "Sospensione", stabilisce che: *1. In tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto, il direttore dei lavori può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto, compilando, se possibile con l'intervento dell'esecutore o di un suo legale rappresentante, il verbale di sospensione, con l'indicazione delle ragioni che hanno determinato l'interruzione*

possibilità per la stazione appaltante di sospendere l'esecuzione dei lavori, qualora essi non possano essere svolti temporaneamente a regola d'arte, vincolando però tale facoltà al riscontro di "circostanze speciali" e "non prevedibili"; la facoltà di sospensione sembra allora essere concepita come uno strumento interinale di reazione a sopravvenienze non preventivabili dalle parti e particolarmente incisive sulla corretta esecuzione dei lavori.

Tuttavia, la disposizione al secondo comma stabilisce che l'Amministrazione può sospendere l'esecuzione del contratto per "ragioni di necessità o di pubblico interesse", concependo un potere di ben più ampio respiro, connotato da una discrezionalità valutativa tipica dei poteri amministrativi *tout court*.

Si tratta infatti di una forma di autotutela interna al contratto che presenta fortissime assonanze con il potere generale di sospensione previsto dall'art. 21 *quater* l. n. 241/90, e che induce a dubitare della sua natura privatistica.

Ciò anche in relazione all'evidente asimmetria tra la parte pubblica e quella privata, che emerge dalla facoltà della p.a. di opporsi alla domanda di risoluzione avanzata dall'appaltatore, qualora il periodo di sospensione ecceda i sei mesi; al contraente privato spetta solo una compensazione economica dei maggiori oneri sofferti, ma egli non può sciogliersi unilateralmente dal contratto, dovendo sottostare alla scelta dell'Amministrazione. L'assetto relazionale, dunque, che molti

dei lavori, nonché dello stato di avanzamento dei lavori, delle opere la cui esecuzione rimane interrotta e delle cautele adottate affinché alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri, della consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione. Il verbale è inoltrato al responsabile del procedimento entro cinque giorni dalla data della sua redazione.

2. La sospensione può, altresì, essere disposta dal RUP per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze di finanza pubblica. Qualora la sospensione, o le sospensioni, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. Nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi.

3. La sospensione è disposta per il tempo strettamente necessario. Cessate le cause della sospensione, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale.

4. Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale. Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilità. Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento dà avviso all'ANAC. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo.

5. L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. In ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante. Sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento. L'esecutore deve ultimare i lavori nel termine stabilito dagli atti contrattuali, decorrente dalla data del verbale di consegna ovvero, in caso di consegna parziale dall'ultimo dei verbali di consegna. L'ultimazione dei lavori, appena avvenuta, è comunicata dall'esecutore per iscritto al direttore dei lavori, il quale procede subito alle necessarie constatazioni in contraddittorio. L'esecutore non ha diritto allo scioglimento del contratto né ad alcuna indennità qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato.

6. Nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4, l'esecutore può chiedere il risarcimento dei danni subiti, quantificato sulla base di quanto previsto dall'articolo 1382 del codice civile.

7. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture.

ricostruiscono nel binomio “diritto potestativo della p.a. – soggezione del privato”, ricorda molto il quadro tipico dei rapporti amministrativi in cui dialogano potere autoritativo ed interessi legittimi.

Qualora la stazione appaltante non si opponga invece alla domanda di risoluzione del privato, quest’ultimo può liberarsi dal vincolo, ma senza maturare alcun diritto all’indennità.

Tali disposizioni trovano applicazione in presenza di una sospensione legittima della fase esecutiva del contratto, laddove, in caso di sospensione illegittima torna ad operare la normativa civilistica sull’inadempimento delle obbligazioni²³⁸.

Il nuovo art. 107 del d.lgs. n. 50/2016, del resto, sancisce espressamente il diritto dell’appaltatore al risarcimento del danno, qualora la sospensione sia disposta fuori dai casi consentiti dalla norma stessa; non si comprende tuttavia se la sospensione in queste ipotesi debba considerarsi automaticamente illegittima, così come desta perplessità il rinvio ai criteri di quantificazione del danno previsti dall’art. 1382 c.c.

Il riferimento alla clausola penale, infatti, ha senso solo se le parti abbiano predisposto nel regolamento contrattuale una liquidazione forfettaria del danno; in mancanza di una siffatta previsione non vi sono nell’art. 1382 c.c. parametri di quantificazione del danno sofferto diversi da quelli generali, salvo che il rinvio si voglia intendere come riferito al comma secondo, consentendo il risarcimento del danno *in re ipsa* a prescindere dalla sua dimostrazione da parte del privato.

Ecco allora che diviene fondamentale, a parità di poteri esercitabili da parte della p.a., capire l’atto concretamente posto in essere a quale categoria sia riconducibile, attesa la profonda divergenza delle ricadute applicative.

L’Amministrazione, come visto, non perde del tutto la sua veste ordinamentale tipica per effetto della stipulazione del contratto: in capo ad essa convivono poteri eterogenei, di stampo pubblicistico e privatistico, che può esercitare alternativamente con conseguenze diverse per il privato.

In tema di sospensione, occorre allora chiedersi se essa venga disposta nell’esercizio delle facoltà di autotutela privatistica di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c., o di quelle dettate dalla normativa speciale di cui al Codice Appalti, o ancora in virtù del potere generale di cui all’art. 21 *quater* l. n. 241/90: cambiano infatti i presupposti, poiché la sospensione del provvedimento può essere disposta solo in presenza di gravi motivi, e la durata della stessa che può protrarsi sino ad un massimo di diciotto mesi (analogamente a quanto previsto per l’annullamento d’ufficio). Mutano inoltre i parametri di legittimità dell’iniziativa assunta dalla p.a. e la qualificazione della situazione soggettiva del privato

²³⁸ cfr. Cass. 25 ottobre 2012 n. 18238, in *Mass. Giust. civ.*, 2012; Cass. 16 giugno 2010 n. 14574, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 612. In dottrina, A. LAMORGESE, *op. ult. cit.*

che degrada ad interesse legittimo, con conseguente devoluzione della giurisdizione in capo al giudice amministrativo.

La coesistenza dei poteri di autotutela interna ed esterna al contratto impone necessariamente l'esatta qualificazione della fattispecie attizia realizzata dalla p.a., come valutazione preliminare all'analisi della sua disciplina e delle sue conseguenze.

Tale assunto, valido per le ipotesi di sospensione del rapporto, successive alla stipulazione del contratto, si rivela ancora più problematico per le forme di scioglimento dallo stesso, attesa la proliferazione di fattispecie affini e difficilmente distinguibili.

6. Lo scioglimento unilaterale della p.a. dal contratto: i difficili rapporti tra revoca e recesso.

Le forme di autotutela interna ed esterna al contratto si rivelano, come visto, spesso fungibili sotto il profilo degli effetti, inducendo l'Amministrazione ad un uso disinvolto dei poteri di cui è titolare nell'obiettivo di raggiungere il risultato voluto.

Ciò determina una notevole confusione tra fattispecie che restano, o almeno dovrebbero restare, distinte, per la diversità di presupposti e conseguenze che comportano. Così anche la giurisprudenza, non senza imbarazzo, si trova spesso a fare i conti con fattispecie attizie di incerta natura, in cui confluiscono componenti pubblicistiche e privatistiche, accomunate dall'identità sostanziale di effetti, che impongono agli interpreti un'indagine a ritroso, per risalire al tipo di potere esercitato; solo attraverso quest'operazione retrospettiva è infatti possibile stabilire se la p.a. abbia fatto buon governo delle facoltà di cui è titolare.

Il problema è sorto soprattutto in relazione allo scioglimento unilaterale della p.a. dal contratto che rappresenta un effetto raggiungibile attraverso percorsi procedurali in astratto molto diversi, afferenti il diritto pubblico e privato, che talvolta si intrecciano nella reazione concreta posta in essere dall'Amministrazione.

La confusione sorge sia nell'ambito della stessa autotutela pubblicistica, sia nel rapporto con le facoltà di autotutela privatistica.

Nel primo caso, si fa riferimento alla sovrapposizione tra gli istituti della revoca e della decadenza: quest'ultima rappresenta una sanzione che l'Amministrazione adotta, con atto unilaterale, a carico del privato inadempiente ad obblighi assunti come modi od oneri in dipendenza di un atto amministrativo.

Ed è proprio la circostanza che l'Amministrazione possa, con atto di volontà unilaterale, porre in essere questa sanzione dichiarando la decadenza e, quindi, cagionando la risoluzione *ex nunc* del

rapporto che ha determinato nella prassi amministrativa una pericolosa confusione con l'istituto della revoca²³⁹.

La dottrina dal canto suo ha sempre cercato di differenziare la decadenza dall'istituto della revoca sul fondamento che esso si limitasse ad estinguere il rapporto, senza comportare un riesame dell'atto, che rimaneva fermo, non essendo in discussione la sua validità²⁴⁰.

La pronuncia di decadenza si distinguerebbe dalla revoca per il fatto che, mentre la seconda comporterebbe un riesame delle ragioni di opportunità poste a base del provvedimento, la prima riguarderebbe eventi posteriori all'emanazione dell'atto. Per tali ragioni, si è sostenuto, l'Amministrazione non incontrerebbe limiti nell'esercizio del potere di pronunciare la decadenza dall'esistenza di posizioni consolidate e non sarebbe tenuta a fornire alcuna motivazione specifica in punto di pubblico interesse.

La differenza, inoltre, come si vedrà meglio in tema di concessioni, risiederebbe nella natura dell'atto adottato dalla p.a.: costitutivo nel caso della revoca, dichiarativo nelle ipotesi di decadenza. La giurisprudenza, invece, non è stata così rigorosa finendo spesso per sovrapporre gli istituti nel tratto comune dello scioglimento del rapporto²⁴¹, obliterando l'analisi strutturale del provvedimento in favore di un'indagine sui soli effetti concreti²⁴².

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica si poi è spesso riscontrata una sovrapposizione effettuale tra la revoca e l'annullamento d'ufficio, ravvisandosi in alcune ipotesi la compresenza dei presupposti legittimanti entrambi²⁴³ i poteri. Nella casistica più recente, addirittura, si trovano fattispecie dagli esiti perplessi, in cui il giudice d'appello e il giudice di prime cure qualificano diversamente il medesimo provvedimento facendo leva su una circostanza di illegittimità piuttosto

²³⁹ R. ALESSI, voce *Revoca (Diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 806.

²⁴⁰ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, vol. I, Milano, 1958, 327; V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; G. SANTANIELLO, voce *Decadenza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 800 e ss., il quale sottolinea come, nel diritto amministrativo, la pronuncia di decadenza richieda l'emissione di un provvedimento positivo con cui la pubblica amministrazione risolve il rapporto da essa posto in essere.

²⁴¹ Sul punto si veda Cons. St., 30 settembre 2010, n. 7214, in *Foro amm. CDS*, 2010, p. 9; Cons. St., 16 febbraio 2010, n. 884, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., 3 giugno 2010, n. 3501, in *Foro amm. CDS*, 2010, p. 1296; CGA, 21 settembre 2010, n. 1232, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., 10 novembre 2010, n. 7994, in *Foro amm. CDS*, 2010, p. 2361; Tar Umbria, Perugia, 23 giugno 2010, n. 383, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 2030; Tar Trentino Alto Adige, Trento, 24 giugno 2010, n. 164, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 1996.

²⁴² cfr. *ex multis*: Tar Lazio, 6 agosto 2015 n. 10708 in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ha esaminato la controversia avente ad oggetto il provvedimento di "decadenza-revoca" dalla concessione di un impianto sportivo per mancato pagamento dei canoni e in tale circostanza, senza affrontare la questione qualificatoria, ha piuttosto risolto la stessa in punto di giurisdizione, declinando cioè quella del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario.

²⁴³ Così Tar Lazio, 4 agosto 2015, n. 10635, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che in tema di concessione di gestione e, precisamente, in un giudizio avente ad oggetto la delibera della Giunta comunale recante la revoca della deliberazione e la riconsegna degli impianti per decadenza dell'assegnazione per la gestione del sito, ha affermando che "l'atto impugnato, seppur denominato come revoca, contiene un carattere misto di revoca e di annullamento e che, comunque risponde ai presupposti legittimanti di entrambi".

che sulla valutazione di inopportunità, segno dell'incertezza che ancora adombra gli istituti in questione²⁴⁴.

Tuttavia, le sovrapposizioni più pericolose derivano dall'intreccio della revoca con l'istituto, tipicamente privatistico, del recesso.

L'eventuale confusione sorge per la sostanziale omogeneità funzionale tra la revoca ed il recesso, dal momento che si tratta di due istituti parimenti volti a consentire alla p.a. di sciogliersi da un vincolo negoziale che ritenga non più rispondente all'interesse pubblico²⁴⁵.

L'identità effettuale pratica non deve trarre in inganno, dal momento che le due fattispecie presentano numerose e fondamentali differenze di disciplina.

In primo luogo il fondamento è radicalmente diverso: la revoca è espressione di un potere amministrativo in senso stretto, generale e immanente all'azione della p.a., laddove il recesso è riconducibile ad un diritto potestativo di fonte legale o negoziale (art. 1373 c.c.). Ne consegue l'eccezionalità di quest'ultimo, come deroga prevista dalle parti o dalla legge al principio di indissolubilità unilaterale del contratto ex art. 1372 c.c.

È una facoltà che eccezionalmente pone una delle parti in posizione di supremazia rispetto all'altra, secondo uno schema asimmetrico che costituisce invece la regola nei rapporti che vedono coinvolta l'Amministrazione.

Sotto il profilo dell'oggetto, la revoca incide su un atto, privandolo di efficacia *ex nunc*, e segnatamente, come espressione di un potere amministrativo non può che riguardare atti di natura provvedimentoale: non ha senso parlare di revoca del contratto, piuttosto essa riguarda gli atti della fase pubblicistica che ne costituiscono il presupposto.

È dunque forviante ritenere che mediante la revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 la p.a. sciogla il contratto, bensì essa lo priva di un elemento prodromico fondamentale, rappresentato generalmente dal provvedimento di aggiudicazione o di altro atto della procedura ad evidenza pubblica.

La caducazione del vincolo contrattuale rappresenta un effetto solo indiretto dell'esercizio del potere di autotutela, che per sua natura, non può che rapportarsi ad atti pubblicistici *tout court*.

²⁴⁴ Sull'annullamento/revoca di una autorizzazione unica ex art. 12 d.lgs. n. 387/2003, si veda CGA, 14 maggio 2014, n. 282, in *www.giustizia-amministrativa.it*, avente ad oggetto il ritiro dell'autorizzazione per la costruzione di un impianto per la produzione di energia elettrica mediante combustione di oli vegetali per mancata indicazione da parte della ditta del tipo di oli e della provenienza geografica degli stessi e per il pericolo di danneggiamento delle colture per effetto delle emissioni provenienti da tali impianti, evidenziato con successivo studio.

Mentre il Tar ha qualificato il provvedimento impugnato come revoca per motivi di opportunità, attribuendo alla ditta un indennizzo, il CGA ha precisato che si trattava piuttosto di annullamento d'ufficio, venendo in rilievo l'invalidità dell'autorizzazione perché rilasciata senza previa indicazione del combustibile che sarebbe stato impiegato e quindi senza un previo riscontro delle emissioni pericolose e non l'inopportunità della stessa, con conseguente esclusione dell'applicabilità del 21 *quinquies* (e per l'effetto l'obbligo di corrispondere un indennizzo).

²⁴⁵ S. COCA, *Vincolo negoziale e jus poenitendi: la qualificazione dell'atto di autotutela rispetto al contratto stipulato. I casi dei contratti di finanza derivata e della transazione ex art. 239 d.lgs. n. 163/2006*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 4, p. 1167.

Diversamente, il recesso non incide sull'atto ma sul rapporto, determinandone la risoluzione con effetto *ex tunc* e ciò spiega perché esso sia esercitabile solo successivamente alla conclusione del contratto.

Ciò nonostante, qualora incida su rapporti di durata, come nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, il recesso opera *ex nunc* senza pregiudizio per le prestazioni già eseguite; l'irretroattività rappresenta allora solo un'eventualità per il recesso, mentre costituisce una delimitazione temporale necessaria per l'effetto caducatorio della revoca.

Gli istituti divergono poi sul piano procedurale: il potere di revoca, per la sua natura autoritativa, è necessariamente procedimentalizzato, e assoggettato alla disciplina della l. n. 241/90, dovendosi garantire un momento dialettico di comparazione tra interesse pubblico ed interessi privati. Si richiede pertanto la previa comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 l. n. 241/90, nonché il rispetto delle garanzie partecipative che compensino lo stato di soggezione in cui versa il privato, tra cui soprattutto l'obbligo di motivazione ex art. 3 l. n. 241/90.

La facoltà di recesso può invece essere esercitata senza particolari formalità, se non il rispetto del principio del *contrarius actus*, che impone la manifestazione della volontà di recedere in una forma simmetrica a quella del contratto dal quale si intende liberarsi.

Un'ultima differenza attiene al profilo economico, giacché il diritto di recesso è tendenzialmente gratuito, mentre la revoca prevede un obbligo generale di indennizzo allorché dal ritiro dell'atto siano derivati pregiudizi in danno dei soggetti interessati.

Tuttavia, anche il recesso può prevedere una contropartita economica per la parte in favore di cui è attribuito, derivando o da una previsione pattizia, come nel caso della caparra o della multa penitenziale, che costituiscono il prezzo d'esercizio del diritto, o da un'espressa previsione normativa, come ad esempio accade per il recesso dell'appaltatore ex art. 1671 c.c.

Ciò segna un punto di contatto tra i due istituti, economicamente condizionati al ristoro dei danni patiti dalla controparte, secondo una logica compensativa.

Le assonanze si fanno ancora più forti se si volge lo sguardo verso gli aspetti funzionali, che denotano una certa fungibilità.

Nel capitolo precedente si sono analizzati i presupposti della revoca sanciti dall'art. 21 *quinquies*, distinguendosi le ipotesi di revoca per sopravvenienze, giuridiche o fattuali, e *ius poenitendi*, quest'ultimo profondamente inciso dalla l. n. 164/2014.

Ebbene anche l'istituto del recesso presenta un'eterogeneità funzionale, rispondendo ad esigenze diverse: si distingue infatti tra le ipotesi di recesso "determinativo", volto a consentire la liberazione del contraente nei rapporti di durata senza un termine di scadenza²⁴⁶, recesso di

²⁴⁶ Esempi di tale ipotesi di recesso si rinvergono nell'art. 1573 c.c. in tema di locazione (per cui si prevede una durata massima trentennale), nonché nell'art. 1569 c.c. in tema di somministrazione.

“pentimento” che permette alla parte un ripensamento unilaterale²⁴⁷, e “recesso-impugnazione” che costituisce una facoltà di reazione avverso una patologia del rapporto come l’inadempimento della controparte²⁴⁸.

Non v’è dubbio che tutte queste *rationes* possano anche collimare con la tutela dell’interesse pubblico, ed essere esercitate dalla p.a. in vista dello stesso: la fisiologica mutevolezza degli interessi pubblici induce a guardare con sfavore i vincoli perpetui, e dunque il recesso determinativo risulta perfettamente coerente con la funzione pubblica.

Allo stesso modo, il recesso-impugnazione (anche detto “recesso in autotutela”), non rappresenta altro che la traduzione in chiave negoziale di un potere tipicamente riconducibile alla p.a., come facoltà di reazione a sopravvenienze che alterino la relazione di conformità del rapporto con gli interessi pubblici.

Quanto invece allo *ius poenitendi*, si richiedono alcune precisazioni: qualora infatti la legge attribuisca ad uno dei contraenti un tale potere, esso risulta libero nei fini, rispondendo la scelta di sciogliersi dal contratto ad una mera valutazione soggettiva di convenienza. Si ammette un controllo solo sulle modalità con cui viene esercitato il diritto, ma non sulla causa del ripensamento.

Tale considerazione non può estendersi ai recessi di pentimento posti in essere dall’Amministrazione: l’attività di quest’ultima, quand’anche si traduca in una manifestazione negativa di scioglimento da un rapporto preesistente, non può mai sganciarsi dall’interesse pubblico, e dunque le valutazioni di opportunità e convenienza che sono alla base dello *ius poenitendi* contrattuale devono rispondere ad esso.

Ne consegue la possibilità di un controllo più penetrante posto che si è di fronte ad uno spazio valutativo discrezionale ma non arbitrario, oggettivamente sindacabile laddove non risulti conforme agli interessi pubblici afferenti il rapporto contrattuale.

In realtà, le recenti evoluzioni del principio di buona fede in ambito civilistico, hanno indotto la giurisprudenza ad ampliare il sindacato del giudice ordinario sul recesso *ad nutum*, qualora esso sconfini in un esercizio abusivo del diritto²⁴⁹: la buona fede diviene uno strumento che consente al

²⁴⁷ Si veda, come ipotesi emblematica, il diritto di pentimento del consumatore, previsto dal Codice del Consumo.

²⁴⁸ Come accade nella vendita immobiliare a misura, ove l’art. 1537 c.c. consente il recesso dell’acquirente quando la misura del bene ecceda della ventesima parte quella pattuita. Appartiene al recesso-impugnazione anche l’art. 2119 c.c. che consente lo scioglimento del rapporto di lavoro a termine quando si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione del rapporto.

²⁴⁹ cfr. su tutte, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, p. 85; si veda anche la nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l’abuso del diritto alla riscossa*, in *Contratti*, 2010, p. 5, e la nota di G. D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 828.

Si evidenzia allora come il giudice sia obbligato a verificare la conformità della condotta del recedente al canone della buona fede contrattuale. Tuttavia occorre distinguere a seconda che il recesso sia collegato ad una giusta causa, trovandosi in tal caso un parametro causale di valutazione, ovvero che sia *ad nutum*, consentendosi in tal evenienza un controllo solo modale. Assume rilievo in questo caso il rispetto di un congruo preavviso, che tempera l’impossibilità di un giudizio sulle motivazioni del recesso.

giudice il contemperamento di opposti interessi, secondo un'operazione valutativa non così dissimile da quella compiuta dalla p.a. nell'esercizio del proprio potere di autotutela.

Nonostante quest'ultime assonanze revoca e recesso restano istituti diversi e non confondibili, anche nella mente del legislatore amministrativo che, con la l. n. 15/2005, condivide tale distinzione concettuale. Contestualmente revoca ex art. 21 *quinquies*, la riforma del 2005 ha disciplinato separatamente il potere di recesso, introducendo nella l. n. 241/90, l'art. 21 *sexies*; la norma, specularmente all'art. 1373 c.c., stabilisce che il "recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto".

La collocazione sistematica delle due disposizioni di legge, una di seguito all'altra, sembrava confermare la tesi secondo cui la p.a., a seguito della stipulazione del contratto, avrebbe perso i propri poteri di incisione unilaterale del rapporto, potendosi sciogliere da esso solo se titolare di un espresso potere di recesso, al pari di un contraente privato²⁵⁰.

Si prospettavano due ambiti di applicazione nettamente distinti: la revoca era destinata ad operare nei riguardi delle fattispecie provvedimentali, arrestandosi di fronte alla conclusione del contratto, che apriva una fase del tutto paritetica in cui la p.a. poteva sciogliersi dal vincolo solo esercitando un diritto di recesso previsto dalla legge o dallo stesso titolo negoziale.

Tale interpretazione è stata oggetto di una necessaria rivisitazione a seguito della modifica dell'art. 21 *quinquies* operata dall'art. 13 comma 8 *duodevicies*, d.l. n. 7/2007, che aggiungendo il comma 1 *bis* alla norma, contempla espressamente l'ipotesi che la revoca "incida su rapporti negoziali".

La reazione della giurisprudenza, in un primo momento, è stata netta nell'ammettere la revoca degli atti della procedura ad evidenza pubblica, con effetti diretti sul contratto²⁵¹; la dottrina si è invece schierata in senso opposto predicando l'applicabilità esclusiva della disciplina del recesso²⁵².

In senso mediano si pone quell'impostazione che cerca di coordinare le due disposizioni apparentemente antitetiche, ricavando un autonomo ambito di applicazione per ciascuna di esse.

La stratificazione legislativa avrebbe dato luogo ad un concorso apparente di norme, giacché il comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies*, anche in ragione di un criterio cronologico, rappresenta una norma di chiusura e di completamento della disciplina già dettata dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *sexies*²⁵³.

L'uso di espressioni quali "rapporti negoziali" anziché rapporti contrattuali e il riconoscimento dell'indennizzo agli "interessati", invece che ai contraenti, consente di ritagliare un ambito di operatività autonomo alla norma rispetto all'art. 21 *sexies*.

²⁵⁰ A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 2005, 4, pp. 449 e ss.

²⁵¹ cfr. Cons. St. 27 novembre 2012, n. 5993 in *Foro amm.* CDS, 2012, 11, p. 3014.

²⁵² così, G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano 2013, p. 239.

²⁵³ C. COMMANDATORE, *commento a CGA 21 gennaio 2015 n. 49*, in *Urb. e appalti*, 2015, 6, p. 694.

La categoria degli interessati è certamente più ampia dei soli contraenti e sembra riferirsi a coloro che hanno un interesse qualificato alla conservazione del provvedimento revocato; pertanto, tale dottrina, ne inferisce che il legislatore amministrativo abbia voluto rivolgersi non alla controparte contrattuale della p.a. (che dalla stipulazione del contratto diviene titolare di diritti soggettivi), ma all'amministrato che, nell'ambito della sua attività economica, abbia confidato in buona fede, sull'efficacia del provvedimento amministrativo revocato²⁵⁴.

Da un'analisi più attenta del comma 1 *bis* emerge poi che la norma si riferisce anche agli atti di mero ritiro, aventi ad oggetto fattispecie istantanee, caducando le stesse in un momento in cui non siano ancora divenute efficaci; per tali atti, infatti, non ha senso parlare di revoca, che può riguardare solo gli atti ad effetto durevole.

In tale ottica, il comma 1 *bis* dell'art 21 *quinquies* non disciplina un potere di recesso contrattuale della p.a., ma il riflesso che la revoca di un provvedimento può avere sull'equilibrio economico e giuridico del contratto; ovvero, il modo in cui una particolare sopravvenienza può incidere sull'assetto d'interessi originario definito nel contratto.

La revoca si atteggierebbe allora come una sopravvenienza idonea ad incidere sull'assetto negoziale, influenzando sull'equilibrio normativo ed economico del contratto: l'indennizzo servirebbe proprio a ristorare il privato da tale eventualità imprevista, fungendo come strumento alternativo alla risoluzione ex art. 1467 c.c.

L'indennizzo assume una connotazione rimediale, contro la sperequazione del rapporto determinata dal sopraggiungere di un atto incidente in senso sfavorevole sullo stesso, compensando in altri termini l'imprevedibilità dell'atto di revoca.

D'altronde, la mancata coincidenza tra revoca e recesso emerge anche dal riferimento del comma 1 *bis* ai rapporti "negoziali", estendendo la relativa disciplina a tutti quegli atti che rientrano nella nozione di "negozio giuridico" seppur difformi dal contratto, come i negozi preparatori e gli atti unilaterali, per i quali un recesso non è logicamente concepibile²⁵⁵.

7. Le diverse tipologie di recesso nei contratti della pubblica amministrazione: assetti variabili ed incertezze qualificatorie.

La facoltà di scioglimento unilaterale del rapporto riconosciuta all'Amministrazione può rappresentare di per sé un dato neutro, che non rivela la natura del potere concretamente esercitato.

²⁵⁴ C. COMMANDATORE, *op. ult. cit.*, p. 694.

²⁵⁵ Si pensi al caso in cui la revoca incida negativamente su un provvedimento emesso ai sensi dell'art. 60, l n. 42/2004, che in maniera legittima e conforme a buona fede abbia comportato la perdita della possibilità di alienare un bene culturale.

L'atto mediante cui la p.a. manifesta la propria volontà di liberarsi dal vincolo negoziale può costituire, alternativamente, attuazione di un diritto potestativo o di un potere autoritativo, con evidenti ripercussioni in punto di disciplina e giurisdizione.

L'individuazione della reale natura del recesso dal contratto costituisce un'operazione spesso intricata, dal momento che la p.a. mantiene anche all'interno del rapporto negoziale una veste anfibia, intrecciando facoltà pubblicistiche e privatistiche.

Per comprendere a quali di esse sia riconducibile la determinazione attizia con cui la p.a. intende porre fine al rapporto, occorre un'analisi bidirezionale che guardi da un lato alla natura del contratto da cui si voglia recedere, dall'altro all'interesse tutelato dalla norma attributiva del potere di scioglimento.

Il recesso mostra infatti un assetto variabile a seconda della tipologia contrattuale in cui si innesta, e della fonte legale o convenzionale di cui costituisce esplicazione.

Nei contratti di diritto comune, interamente regolati dalla disciplina privatistica, lo scioglimento del rapporto è possibile solo attraverso l'istituto del recesso, interpretato nella sua versione autenticamente civilistica.

Il contratto stipulato resta a tutti gli effetti un negozio di diritto privato e non subisce alterazioni tali da consentire forme di autotutela che non siano interne ad esso; la p.a. agisce su di un piano di esatta pariteticità con il contraente privato, e non può attingere ai propri poteri pubblicistici, cui indirettamente ha abdicato.

Ne consegue l'impossibilità di configurare un potere di revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, attesa l'assenza del presupposto fondamentale dell'autoritatività del rapporto; manca una forma di esercizio originario del potere pubblico su cui la revoca, come potere di secondo grado, può incidere.

La p.a. non ha di fronte una fattispecie provvedimentale, ma integralmente contrattuale, pertanto, in assenza di una disposizione convenzionale o di una norma che le attribuiscono espressamente il diritto di recedere, non può determinare unilateralmente lo scioglimento del rapporto.

La reazione ad eventuali sopravvenienze che incidono sull'assetto d'interessi delineato dal contratto, siano esse dovute all'inadempimento della controparte, o a fattori estranei, è affidata ai rimedi civilistici della risoluzione ex art. 1453, 1463, 1467 c.c.

Né può obiettarsi che l'Amministrazione debba sempre mantenere il potere di controllare la perdurante conformità del rapporto con l'interesse pubblico, e di liberarsi da esso qualora venga meno tale relazione di corrispondenza. Nei contratti comuni, infatti, gli interessi che vi convergono sono anch'essi di natura privatistica, e l'interesse pubblico resta certamente più sullo sfondo, collegandosi in via indiretta al contratto. Ciò significa che eventuali disfunzioni del rapporto contrattuale si riflettono solo mediatamente sull'interesse pubblico, e possono essere

gestite con gli ordinari strumenti civilistici, senza dover necessariamente riservare alla p.a. poteri di reazione autoritativa.

Ad opposte conclusioni si giunge, invece, in merito ai contratti di diritto pubblico (o ad oggetto pubblico).

La natura essenzialmente pubblicistica di tali fattispecie, induce necessariamente ad attrarre nella medesima orbita anche il potere di sciogliersi da esse. La fonte di regolazione del rapporto con il privato resta una determinazione provvedimentale, per tanto la p.a. per liberarsi dal vincolo assunto deve procedere alla revoca dello stesso.

Del resto, la relazione che si instaura è quella asimmetrica tra Amministrazione e amministrati, non già tra contraenti posti in posizione paritaria, nonostante l'applicabilità di alcune norme tipiche della materia contrattuale.

La conferma proviene dall'interpretazione dell'art. 11 comma 4 l. n. 241/90: la disposizione stabilisce espressamente che la p.a., per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, può recedere unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi, verificatisi in danno del privato.

Secondo un primo orientamento la norma disciplinerebbe una forma di recesso negoziale, atteso il tenore letterale della stessa, e la natura comunque privatistica degli accordi ex art. 11 l. n. 241/90.

La tesi prevalente²⁵⁶ assimila il recesso in esame al potere generale di revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, evidenziando da un lato la conformazione pubblicistica e provvedimentale degli accordi integrativi e sostitutivi, dall'altro la differenza di presupposti rispetto all'istituto civilistico.

Il recesso di cui all'art. 11 comma 4, richiede infatti la sussistenza di "sopravvenuti motivi di pubblico interesse", ricalcando lo schema della revoca, e prevede la corresponsione di un indennizzo per il privato, in contrapposizione al carattere tendenzialmente gratuito del recesso civilistico.

Ed infatti, proprio l'indennizzo previsto dalla disposizione in parola, parametrato al pregiudizio subito dal privato a seguito dell'atto legittimo di revoca, si presenta nettamente diverso rispetto agli eventuali controvalori economici dovuti in caso di recesso (come la caparra o la multa penitenziale).

Si ritiene allora che il recesso ex art. 11 comma 4 l. n. 241/90 rappresenti in realtà una forma peculiare di autotutela decisoria, speciale rispetto alla disciplina ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, ed

²⁵⁶ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2006, pp. 396 e ss.; V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano 2003.

integra una revoca onerosa²⁵⁷ cui la p.a. può determinarsi in ossequio al principio di inesauribilità del potere amministrativo²⁵⁸.

Al di là del *nomen iuris* utilizzato dal legislatore, non vi sono tratti in comune tra il recesso della p.a. dagli accordi e il recesso dai contratti, che trova la sua disciplina nell'art. 21 *sexies* l. n. 241/90: il primo è infatti condizionato alla sopravvenienza di motivi di pubblico interesse e presenta, al verificarsi dei presupposti, carattere doveroso, pertanto va certamente ricondotto ai poteri di autotutela decisoria dell'Amministrazione, pur con la peculiarità di un duplice vincolo nella causa e nella forma²⁵⁹.

Ne consegue che il potere di scioglimento dagli accordi ex art. 11 comma 4 l. n. 241/90, presenta elementi di specialità rispetto alla stessa disciplina generale della revoca in autotutela.

In primis, la revoca degli accordi denota un ambito causale più ristretto, essendo consentita solo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico; si esclude il ripensamento unilaterale della p.a. basato sulla rivalutazione dell'interesse pubblico originario, richiedendosi necessariamente una sopravvenienza che alteri l'opportunità dell'accordo rispetto alle esigenze pubbliche.

Tale limitazione tenta un compromesso tra la mutevolezza dell'interesse pubblico e la garanzia di stabilità dell'accordo, escludendosi uno *ius poenitendi* puro della p.a. che frustrerebbe l'affidamento della parte privata.

Per l'esercizio del recesso è quindi necessaria un'oggettiva sopravvenienza che imponga alla p.a. di recedere dall'accordo, rendendo impossibile la prosecuzione del rapporto contrattuale, al fine di assicurare il costante adeguamento della propria azione all'interesse pubblico²⁶⁰.

A ben vedere, si tratta altresì di una forma di autotutela "legata" della p.a., tenuta ad interrompere il rapporto qualora risulti impossibile perseguire l'interesse pubblico affidato alle sue cure; ciò esclude un'identificazione *tout court*, con la revoca ex art. 21 *quinquies* che resta un potere discrezionale di più ampia portata.

Sotto il profilo oggettuale, il recesso ex art. 11 l. n. 241/90 è concepibile rispetto agli accordi sostitutivi del provvedimento e agli accordi integrativi che non siano del tutto assorbiti da esso, mantenendo una propria autonomia: se l'accordo infatti perde la propria individualità rispetto al provvedimento cui accede, si deve ritenere che il ritiro dell'atto sia soggetto alla disciplina generale dell'art. 21 *quinquies*, senza le limitazioni viste per il recesso.

A sua volta, il recesso si manifesta attraverso una determinazione provvedimentoale, e si dovrà applicare la disciplina generale di cui alla l. n. 241/90: la volontà di recedere si formerà in un

²⁵⁷ cfr. Tar Piemonte, 15 aprile 2011, n. 380, e Cons. St. 4 febbraio 2004 n. 390, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵⁸ F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e quelli sostitutivi di provvedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, pp. 124 e ss.

²⁵⁹ così, Tar Toscana 30 dicembre 2011, n. 2077, in www.neldiritto.it.

²⁶⁰ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino 2004, pp. 240 e ss.

involucro procedimentale, garantito e partecipato, che prende avvio con la comunicazione di cui all' art. 7 l. n. 241/90, e culmina con l'adozione di un provvedimento necessariamente motivato circa che le ragioni che hanno spinto la p.a. a recedere dall'accordo.

Si osserva, inoltre, che il potere di recesso dev'essere esercitato con le stesse formalità previste per la stipulazione dell'accordo. La volontà di recedere dovrà essere manifestata in forma scritta, secondo il criterio del *contrarius actus*, non ammettendosi la possibilità di desumere il recesso per *facta concludentia*²⁶¹.

L'art. 11 comma 4 l. n. 241/90 rappresenta un' ipotesi emblematica, ma non esclusiva, delle difficoltà di qualificazione concreta tra gli istituti della revoca e recesso, e della sovrapposizione tra poteri autoritativi e diritti potestativi negoziali.

Si riscontrano infatti ulteriori ipotesi normative di incerta interpretazione, ove dietro la definizione letterale in termini di recesso, si nasconde l'esercizio di un potere amministrativo.

Lo sguardo si rivolge al recesso previsto dall'attuale art. 94 del d.lgs. n. 159/2011 per l'informativa antimafia negativa che colpisca il contraente privato²⁶².

La stazione appaltante, in forza dell'art. 92 comma 3 d.lgs. n. 159/2011, può celermente procedere alla conclusione del contratto anche in caso di mancata acquisizione dell'informazione antimafia

²⁶¹ Alla stessa conclusione, tuttavia, si sarebbe giunti anche ritenendo la natura privatistica del recesso, posto che vale anche per la materia contrattuale il principio di simmetria delle forme.

²⁶² L'istituto dell'informativa antimafia ha conosciuto una profonda evoluzione normativa: la documentazione antimafia era contemplata, prima dell'entrata in vigore del Codice Antimafia, nella l. n. 575/65, che fissava l'obbligo, posto in capo alla stazione appaltante, di richiedere il rilascio dell'apposita informativa, prima di stipulare, approvare e autorizzare i contratti e subcontratti relativi ai lavori, servizi e forniture pubbliche che superavano gli importi prefissati dalla legge: la stazione appaltante era tenuta a richiedere la cosiddetta "comunicazione antimafia", che poteva contenere la presenza di cause interdittive alla stipulazione del contratto (rientravano nel novero delle cause interdittive la sentenza definitiva di condanna per uno dei reati di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p. ovvero l'applicazione di una misura di prevenzione).

Accanto all'obbligo di richiedere la comunicazione antimafia, per contratti pubblici che oltrepassavano una determinata soglia, era previsto anche l'obbligo di richiedere all'Autorità prefettizia la cosiddetta informativa prefettizia che presentava un triplice ordine di informazioni: *in primis* erano previste le informazioni volte a confermare la sussistenza di cause interdittive alla stipulazione del contratto (in linea con il contenuto informativo della comunicazione antimafia); inoltre l'informativa prefettizia doveva prevedere le cause ostative alla conclusione del contratto elaborate secondo la discrezionale valutazione effettuata dal Prefetto (deputato così a valorizzare determinati elementi probatori in grado di svelare il rischio della presenza di infiltrazioni mafiose); infine, erano individuate anche le cosiddette informazioni atipiche che, pur non integrando fattori causali interdittivi della stipulazione del contratto (espressamente previsti dalla legge o in forza di valutazioni di competenza dell'Autorità prefettizia), la stazione appaltante poteva autonomamente qualificare come cause impeditive della conclusione del contratto, manifestando il potenziale tentativo di infiltrazioni mafiose.

Pertanto, in attesa del rilascio della comunicazione e dell'informativa prefettizia, la stazione appaltante non poteva procedere alla conclusione del contratto, ed inoltre, nelle ipotesi di ritardo nel rilascio della comunicazione o dell'informativa prefettizia, o in presenza di una documentazione sopravvenuta alla conclusione del contratto, era fatto salvo alla stazione appaltante il potere/dovere di recedere dal contratto. Le esigenze di semplificazione e di armonizzazione della legislazione antimafia hanno determinato una profonda evoluzione normativa, culminata con l'adozione del Codice Antimafia (d.lgs. n. 159/2011) che riserva alla disciplina sulla documentazione antimafia gli artt. 82 ss d.lgs. n.159/2011.

A differenza dell'antecedente normativa antimafia, l'informazione antimafia non contempla le informazioni cosiddette atipiche che devolvevano alla stazione appaltante la valutazione concernente la presenza di tentativi di infiltrazioni mafiose in grado di condizionare le scelte e gli indirizzi delle imprese o società; l'art. 1 *septies* d.l. n. 69/1982 consente comunque alla stazione appaltante di utilizzare informazioni atipiche (dalle quali sia possibile dedurre il connubio tra l'operatore economico e le società mafiose) al fine di esercitare il potere discrezionale di non concludere il contratto con il soggetto aggiudicatario ovvero di recedere dal contratto pubblico.

nel termine previsto, tuttavia l'eventuale rilascio tardivo di una informazione prefettizia positiva (ostativa dunque alla conclusione del contratto) sopravvenuta alla stipulazione del contratto pubblico, impone alla stazione appaltante di recedere dallo stesso, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

Il Codice Antimafia configura un sistema dinamico di documentazione antimafia, potendo l'autorità prefettizia procedere agli accertamenti funzionali anche successivamente alla conclusione del contratto; alla stazione appaltante risulta comunque assicurata la possibilità di liberarsi dal vincolo contrattuale esercitando il potere di recesso ex art. 94 d.lgs. n. 159/2011.

Il recesso è altresì consentito in presenza di una informativa prefettizia negativa illegittima, nei casi in cui il vizio che affligge il provvedimento in esame sia stato oggetto di accertamento in sede giurisdizionale ovvero sia stato riscontrato a seguito dei successivi accertamenti posti in essere dalla medesima Autorità prefettizia (che può esercitare, pertanto, un effettivo potere di riesame).

Diversamente, ai sensi dell'art. 93 comma 3 d.lgs. n. 159/2011 il recesso è vietato qualora l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi: in tali ipotesi, l'interesse di stampo pubblicistico che orienta il recesso dei contratti stipulati con operatori economici sottoposti a tentativi di infiltrazioni mafiose cede il passo ad ulteriori esigenze pubbliche, afferenti l'esecuzione dell'opera o del servizio, ritenute preminenti dal legislatore codicistico.

Così disciplinato, sono sorti numerosi dubbi sulla natura giuridica del recesso di cui all'art. 94 d. gs. n. 159/2011.

Preliminarmente si osserva che certamente la stipulazione del contratto segna il momento iniziale della fase privatistica, caratterizzata dall'instaurazione di un rapporto paritetico tra stazione appaltante e contraente privato, regolato, come visto, da norme privatistiche, e che succede al rapporto di stampo pubblicistico, conclusosi a seguito dell'aggiudicazione definitiva.

Tuttavia, il recesso "di cui all'art. 94 d.lgs. 159/2011 pare esulare dalle dinamiche dell'autotutela privatistica, risultando invero espressione del potere di autotutela pubblicistica, dal momento che lo scopo della norma in commento è rivolto alla tutela di esigenze marcatamente pubblicistiche, consistenti nell'interesse della stazione appaltante ad aggiudicare contratti pubblici ad operatori assolutamente estranei e non collusi con le cosche mafiose.

Il perseguimento di finalità pubblicistiche spinge verso l'inquadramento dell'istituto in commento nel novero dei rimedi di autotutela amministrativa, potendo il privato vantare, avverso la

attivazione del potere di recesso una situazione giuridica di interesse legittimo, devoluta alla cognizione del giudice amministrativo²⁶³.

La giurisprudenza amministrativa afferma poi costantemente che “in presenza di un’informativa prefettizia antimafia che accerti il pericolo di condizionamento dell’impresa da parte della criminalità organizzata, non residua in capo all’organismo committente alcuna possibilità di sindacato nel merito dei presupposti che hanno indotto il Prefetto alla sua adozione, atteso che si tratta di provvedimento volto alla cura degli interessi di rilievo pubblico – attinenti all’ordine e alla sicurezza pubblica nel settore dei trasferimenti e di impiego di risorse economiche dello Stato, degli enti pubblici e degli altri soggetti contemplati dalla normativa in materia – il cui apprezzamento è riservato in via esclusiva all’Autorità di pubblica sicurezza e non può essere messo in discussione da parte dei soggetti che alla misura di interdittiva devono prestare osservanza”²⁶⁴.

Tutte le statuizioni successive della stazione appaltante, quindi, si configurano dovute e vincolate a fronte del giudizio di disvalore dell’impresa con la quale è stato stipulato il contratto e il provvedimento di revoca o recesso da essa adottato non deve essere corredato da alcuna specifica motivazione, salvo la diversa ipotesi, del tutto eccezionale, in cui a fronte dell’esecuzione di gran parte delle prestazioni e del pagamento dei corrispettivi dovuti, venga riconosciuto prevalente l’interesse alla conclusione della commessa con l’originario affidatario.

Ebbene, proprio la natura integralmente vincolata del recesso per informativa antimafia tardiva, e l’assenza di un obbligo di motivazione avevano indotto a ritenere che esso integrasse una facoltà negoziale, ipotizzandosi una posizione di diritto soggettivo dell’impresa interessata.

In realtà, come chiarito anche dall’Adunanza Plenaria, pur nel quadro normativo delineato dal d.lgs. n. 159/2011, che costruisce il recesso dal contratto come una reazione doverosa, la stazione appaltante deve valutare l’esistenza delle eccezionali condizioni che possono non comportare l’esercizio dello stesso, riservandosi un momento valutativo tipico dell’autotutela autoritativa (art. 94 commi 2 e 3 d.lgs. n. 159/2011).

Un’ulteriore ipotesi speciale di recesso che ha destato perplessità circa la natura giuridica riguarda l’art. 1 comma 13 del d.l. n. 95/2012, che sancisce il diritto delle pubbliche amministrazioni di recedere dai contratti di fornitura o di servizi, qualora i parametri delle convenzioni stipulate dalla Consip s.p.a., ai sensi dell’art. 26 comma 1 l. n. 488/1999, siano migliorativi rispetto a quelli del contratto stipulato e l’appaltatore non acconsenta alla modifica delle condizioni economiche.

²⁶³ cfr. Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2011 n. 391, *cit.*, come confermato anche dall’ Adunanza Plenaria 20 giugno 2014 n. 14, in *Urb. e Appalti*, 2014, 11, pp. 1187 e ss. Si veda, inoltre, Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2014 n. 1530, in *Foro amm.*, 2014, 6, p. 1669.

²⁶⁴ cfr. *ex pluris*, Cons. St. 28 settembre 2015 n. 4539, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Nonostante la norma attribuisca una facoltà riservata alla p.a., che conferma la “parità solo tendenziale”²⁶⁵ tra le parti dei contratti pubblici, l’orientamento prevalente ritiene che essa configuri una forma di recesso, appartenente all’autotutela interna al contratto, seppur connotata da margini di specialità.

Ed infatti, la previsione di un obbligo di preavviso e di una sorta di indennizzo per il privato (consistente nel pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite) riecheggia lo schema tipico del recesso ex art. 1671 c.c.; inoltre, collocandosi nella dinamica esecutiva del contratto non v’è dubbio che l’atto di scioglimento unilaterale del rapporto incida su posizioni di diritto soggettivo dell’appaltatore, comportando la devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario²⁶⁶.

La norma allora descrive una forma di autotutela privatistica, eccezionalmente attribuita alla p.a. per il perseguimento di un interesse pubblico, quale quello economico al mantenimento di condizioni contrattuali entro il limite tracciato dall’art. 26 comma 3 della l. n. 488/1999, per esigenze di contenimento della spesa pubblica; del resto, che non si tratti di un’autotutela pubblicistica e discrezionale, emerge anche dalla possibilità riconosciuta all’appaltatore di mantenere in vita il contratto adeguandosi ai sopravvenuti parametri, secondo un meccanismo di rinegoziazione che ha ben poco a che vedere con l’esercizio di un potere autoritativo da parte dell’Amministrazione, cui il privato non potrebbe opporsi.

8. La dicotomia tra revoca e recesso negli appalti pubblici.

La difficile coesistenza tra autotutela interna ed esterna al contratto si manifesta in tutta la sua evidenza nel settore degli appalti pubblici, ove le facoltà di revoca e recesso vivono momenti di forte tensione.

Si prospetta l’alternativa per la p.a. che intenda sciogliersi dal vincolo negoziale tra la revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 dell’aggiudicazione definitiva, che priva il contratto di un suo presupposto fondamentale, e il recesso dallo stesso.

La clausola di tassatività prevista dall’art. 21 *sexies* l. n. 241/90 trova infatti specificazione nella normativa speciale relativa agli appalti pubblici, che all’art. 109 d.lgs. n. 50/2016 (che ha sostituito il precedente art. 134 d.lgs. n. 163/2006) disciplina espressamente il diritto di recesso della stazione appaltante.

²⁶⁵ così Ad. Plen. 20 giugno 2014 n. 14, *cit.*

²⁶⁶ cfr. Cons. St. 30 luglio 2014, n. 4025, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, p. 2010.

Si tratta di un potere di autotutela interno al contratto di appalto, che si atteggia in termini di specialità essendo riconosciuto solo in favore dell'Amministrazione e con caratteristiche diverse dal recesso negli appalti di diritto comune, disciplinato dal codice civile.

L'art. 1671 c.c. prevede una facoltà generale di recesso del committente, durante la fase di esecuzione del contratto, subordinando l'esercizio del diritto al solo pagamento di un'indennità in favore dell'appaltatore, quantificata in relazione ai lavori eseguiti, le spese sostenute e il mancato guadagno.

L'obbligo di indennizzo funge da strumento di compensazione rispetto all'attribuzione al committente del potere di porre unilateralmente fine al rapporto, qualora perda interesse all'esecuzione della prestazione; è un recesso infatti acausale che non consente un controllo sulle ragioni del suo esercizio ma solo, sull'integrale adempimento dell'obbligo di indennizzo che risulta, tuttavia, particolarmente ampio coprendo per intero il danno emergente ed il lucro cessante.

Il recesso ex art. 134 d.lgs. n. 163/2006 (ora art. 109 Codice Appalti), si distacca dal modello del codice civile e viene ritoccato in senso più favorevole all'Amministrazione, alleggerendo l'onere economico per il suo esercizio: l'indennizzo per il lucro cessante viene forfettizzato fino al massimo del dieci per cento delle opere non eseguite, e la commisurazione del danno emergente, fermo restante il pagamento dei lavori eseguiti, è limitata al valore dei materiali utili esistenti in cantiere.

L'esercizio della facoltà di recesso viene però procedimentalizzato, prevedendosi l'obbligo di preavviso all'appaltatore, in luogo dell'assenza di qualsiasi garanzia procedurale nell'art. 1671 c.c.

Ecco allora che il recesso ex art. 134 d.lgs. n. 163/2006 rappresenta un perfetto ibrido tra il diritto privatistico di cui all'art. 1671 c.c., e il potere pubblicistico di cui all'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90.

Rispetto alla revoca, il recesso si presenta certamente snellito a livello procedurale, non essendo connotato dalle garanzie partecipative che affascinano il procedimento di autotutela, ma più impegnativo sotto il profilo economico, giacché l'indennizzo ex art. 21 *quinquies* è limitato al solo danno emergente e non copre, nemmeno in via forfettaria il lucro cessante.

Non v'è dubbio allora che l'appaltatore privato, rassegnato di fronte alla scelta della p.a. di interrompere il rapporto, abbia tutto l'interesse affinché trovi applicazione la disciplina più favorevole del recesso, anziché la revoca.

In senso opposto, per gli interessi finanziari dell'Amministrazione risulta certamente più conveniente utilizzare lo strumento di cui all'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, nonostante l'aggravio procedurale.

La disciplina del recesso non pare significativamente mutata neanche a seguito dell'introduzione dell'art. 109 del nuovo Codice Appalti, salvo alcune novità sull'ambito applicativo su cui si porrà l'accento.

Esso implica l'esercizio d'ufficio di una attività di valutazione in ordine alla sopravvenuta opportunità di recedere da tutti i tipi di contratto sottoscritti a seguito dell'applicazione delle norme sui contratti pubblici, sia per gli importi sotto soglia che sopra soglia.

L'iniziativa d'ufficio, di regola, rientra nella competenza del responsabile del procedimento (RUP) individuato dalla stazione appaltante come prevede in generale l'art. 6 della l. n. 241/90 e, in particolare, l'art. 31 d.lgs. n. 50/2016 nonché gli artt. 9, comma 3, lett. e), 10, comma 1, lett. b) d.p.r. n. 207 del 2010, ancora in vigore in via transitoria in attesa della emanazione del nuovo regolamento di esecuzione.

Il recesso è sempre obbligatorio, come atto dovuto, nei casi previsti dagli articoli 88, comma 4-ter, e 92, comma 4, del d.lgs. n. 159/2011, comportanti appunto il vincolato esercizio del diritto di recesso nei casi di informativa antimafia negativa.

In tutti gli altri casi, la stazione appaltante esercita un potere discrezionale di recedere dal contratto in ogni tempo valutando le eventuali sopravvenienze ed ogni altro opportuno elemento in relazione a concrete situazioni che vanno ad incidere sul contratto in esecuzione.

Viene confermata la natura estremamente scarna del procedimento che porta all'esito del recesso: il comma terzo, infatti, prescrive solo che l'esercizio del diritto di recesso sia preceduto da una formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

Al contrario, la norma nulla precisa circa il contenuto della comunicazione del "preavviso di recesso", né sulla qualificazione giuridica del contraddittorio procedurale e le sue forme, né quali atti possa adottare la stazione appaltante all'esito del contraddittorio.

Ma, la disposizione legislativa, accanto al preavviso di recesso, non ha nemmeno introdotto un sub-procedimento procedimento simile a quello previsto dall'art. 10 bis della l. n. 241/90 sul preavviso di rigetto.

Si ritiene allora che per non vanificare la *ratio* e la finalità della previa comunicazione del preavviso e l'assegnazione di un termine non inferiore a venti giorni, l'impresa destinataria della comunicazione ben può presentare memorie e documenti a sostegno e giustificazione della propria posizione nel contratto e sull'adeguatezza delle prestazioni.

Nonostante il silenzio della norma, tale strumento partecipativo non esonera stazione appaltante dall'obbligo di prendere in esame le giustificazioni fornite ed eventualmente ripensare l'iniziativa di recesso, mantenendo in piedi il contratto.

Qualora tale valutazione non venga fatta, anche in ossequio ai principi di buona fede e correttezza, nell'atto che invece dispone il recesso va quanto meno dato atto della partecipazione del privato il

quale potrà utilizzare le memorie e documenti presentati in via amministrativa come materiale probatorio in giudizio per far accertare l'illegittimità e/o l'illiceità del recesso.

Le considerazioni espresse sulle differenze esistenti tra la revoca ed il recesso rischiano di perdere senso se non si comprende a monte se la p.a. abbia o meno un potere di scelta: ci si chiede infatti se la revoca dell'aggiudicazione e il recesso del contratto rappresentino davvero due forme alternative e fungibili di scioglimento del vincolo negoziale.

Nella risposta all'interrogativo albergano altresì i rapporti tra autotutela privatistica e pubblicistica, dovendosi stabilire se quest'ultima possa continuare ad operare dopo la conclusione del contratto, o se l'ingresso nella fase paritetica lasci inevitabilmente fuori dalla porta ogni potere autoritativo.

8.1. L'orientamento favorevole alla revoca dell'aggiudicazione anche dopo la stipulazione del contratto.

La giurisprudenza amministrativa per lungo tempo ha sostenuto la convivenza tra le due forme di autotutela, ammettendo pacificamente la revoca dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto.

Alla base si poneva l'indiscussa immanenza del potere pubblico di riesame che non cessava per il solo fatto della assunzione di un vincolo contrattuale da parte della p.a.: il fenomeno negoziale rappresentava solo una delle modalità attraverso cui si esplica l'azione amministrativa, che non muta la propria essenza, essendo ammantata di interessi pubblici che giustificano la permanenza dei poteri di autotutela.

L'orientamento è chiaramente espresso dalle parole della sesta sezione del Consiglio di Stato, che affermano testualmente che “il potere di eliminare gli atti amministrativi della serie di evidenza pubblica infatti sussiste anche in caso di esistenza del contratto, fermo restando che in tal caso sorge, per effetto della revoca legittima un diritto all'indennizzo derivante dai principi generali sulla tutela dell'affidamento nei rapporti di durata ed affidato alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo”²⁶⁷.

Si precisa altresì che sull'esercizio di tale potere di controllo in autotutela sugli atti di gara sussiste sempre la giurisdizione del giudice amministrativo indipendentemente dall'azione di accertamento sull'esistenza del contratto, venendo in rilievo la spendita di un potere autoritativo cui si contrappongono posizioni di interesse legittimo.

La circostanza che la revoca dell'aggiudicazione incida su un vincolo contrattuale eventualmente già formato non modifica la natura sostanziale del potere esercitato, che si sostanzia nel riesame del provvedimento di aggiudicazione e non nell'esercizio di un presunto diritto di recesso.

²⁶⁷ Così, Cons. St. 17 marzo 2010 n. 1554, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

L'esistenza del contratto non costituisce un limite per la revoca poiché da un lato essa opera sul piano pubblicistico degli atti della procedura ad evidenza pubblica, dall'altro l'affidamento del contraente privato sarebbe comunque tutelato dalla previsione dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90.

L'assunto trova conferma in altre pronunce più recenti²⁶⁸ in cui si afferma che l'aggiudicazione definitiva, anche una volta che sia stato stipulato il contratto, non si sottrae ex se al potere di autotutela dell'amministrazione, e segnatamente al potere di revoca, laddove sussistano sopravvenute esigenze di pubblico interesse, che rendano il contenuto del provvedimento adottato incoerente con l'interesse pubblico nell'attualità.

A sostegno di tale impostazione militano, secondo i giudici amministrativi, diversi indici normativi: *in primis*, l'art. 11 comma 9 dell'allora vigente d.lgs. n. 163/2006, fa espressamente salvi i poteri di autotutela in relazione all'aggiudicazione definitiva, confermando come essa abbia natura tipicamente provvedimentale e dunque sia oggetto potenziale del potere di riesame da parte della p.a.

In secondo luogo, l'art. 1 comma 136 della l. n. 311/2004, contemplava espressamente l'annullamento di “provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali”, tra cui certamente poteva rientrare l'aggiudicazione; anzi la disposizione sembrava proprio ritagliata sulla fattispecie provvedimentale dell'aggiudicazione definitiva.

Infine, anche dall'art. 21 *quinquies* emergeva un forte indizio circa la configurabilità di una revoca dell'aggiudicazione successiva alla conclusione del contratto: ed infatti, il comma 1 *bis*, relativo all'indennizzo si riferisce espressamente alla revoca di un “atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incidente su rapporti negoziali”.

Tale espressione lascia pochi margini di interpretazione: l'aggiudicazione integra perfettamente quella nozione di atto istantaneo incidente su rapporti negoziali, superandosi così anche i dubbi espressi da quanti escludevano la possibilità della revoca dell'aggiudicazione sulla base dell'assunto secondo cui tale forma di autotutela può dirigersi solo verso atti ad effetto durevole, e non già verso atti istantanei come l'aggiudicazione.

Del resto, la giurisprudenza amministrativa appartenente all'orientamento favorevole ha avuto modo di precisare che “il mutamento della situazione da regolare, determinato dallo scorrere del tempo e dalla connessa nuova valutazione dell'interesse pubblico originario o sopravvenuto, è quindi elemento che l'Amministrazione può motivatamente e legittimamente prendere in

²⁶⁸ cfr. Cons. St. 14 gennaio 2013 n. 156, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

considerazione per addivenire ad una nuova determinazione con effetti anche su atti negoziali, rispetto ai quali le conseguenze sono di carattere meramente indennitario”²⁶⁹.

L’esigenza di stabilità del vincolo viene sacrificata per la necessità di garantire alla p.a. la possibilità di verificare costantemente la rispondenza del rapporto contrattuale agli interessi pubblici, affidando la tutela del privato al solo meccanismo indennitario di cui all’art. 21 quinquies l. n. 241/90.

L’impostazione sottende una visione atipica delle due fasi in cui si articola l’attività contrattuale della p.a., che sembrano coesistere parallelamente, anziché succedersi diacronicamente: ammettere la revoca dell’aggiudicazione significa di fatto ritenere che essa continui a produrre i suoi effetti anche dopo la conclusione del contratto, escludendo che gli atti della procedura ad evidenza pubblica vengano in esso assorbiti.

Ciò ha indotto un diverso orientamento²⁷⁰, a discostarsi da tale premessa di fondo, ritenendo di non poter fornire una soluzione unitaria per tutte le forme di autotutela, dovendosi necessariamente distinguere tra l’annullamento d’ufficio, che ha portata retroattiva, e la revoca, che opera solo *ex nunc*.

Si premette che il provvedimento di aggiudicazione ha un effetto durevole che permane fino alla stipulazione del contratto, o più precisamente, fino all’avvio della sua esecuzione; pertanto, è sino a tale momento che possono concepirsi poteri autoritativi di autotutela, prima che il provvedimento su cui incidono lasci il campo al contratto come fonte di regolazione del rapporto.

Fino alla conclusione del contratto possono esercitarsi entrambe le forme di autotutela, sia nella revoca che nell’annullamento d’ufficio, poiché si è dinnanzi ad un rapporto amministrativo e ancora pubblicistico, in cui l’aggiudicazione continua a produrre i propri effetti.

Lo scenario invece muta a seguito della stipulazione del contratto, poiché emergono le differenze di disciplina tra gli istituti di cui agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* l. n. 241/90.

Il provvedimento di revoca deve necessariamente avere ad oggetto un provvedimento, ad efficacia durevole o istantanea, che non abbia ancora esaurito i suoi effetti quando l’amministrazione decide di intervenire in autotutela, tanto che l’atto determina, per espressa previsione di legge, l’inefficacia del provvedimento a produrre ulteriori effetti.

Come ampiamente visto nel capitolo primo, la revoca opera infatti per ragioni di merito, vale a dire di opportunità e convenienza, con efficacia *ex nunc*, a differenza dell’annullamento d’ufficio, che opera per vizi di legittimità e con efficacia *ex tunc*.

Sotto altro profilo, può anche rilevarsi che se la ragione per la quale l’Amministrazione decide di ritirare l’atto in autotutela è riconducibile al momento della sua emanazione, adotta un

²⁶⁹ cfr. Cons. St. 27 novembre 2013 n. 5993, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷⁰ cfr. Tar Lazio, Roma, 6 marzo 2013 n. 2432, in www.pluris-cedam.utetjuridica.it.

provvedimento di annullamento; se, invece, la ragione dell'autotutela è sopravvenuta all'emanazione dell'atto in prime cure adottato, l'amministrazione emana un provvedimento di revoca.

L'eventuale provvedimento di revoca successivo al contratto si rivela illegittimo, poiché la stazione appaltante per sciogliersi dal vincolo avrebbe dovuto esercitare la facoltà di recesso ai sensi dell'art. 134 del d.lgs. n. 163/2006, in quanto la revoca verrebbe adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti.

La stazione appaltante può dunque in ogni momento procedere all'annullamento in autotutela, ai sensi dell'art. 21 *nonies* l. n. 241/90, del provvedimento di aggiudicazione definitiva per un vizio originario dell'atto in tal modo incidendo, per la sua efficacia *ex tunc*, sul momento genetico del rapporto e, quindi, sui rapporti negoziali che a quell'atto sono legati da un nesso di presupposizione²⁷¹.

Altrettanto invece non può sostenersi per il potere di revoca, in quanto tale forma di autotutela, avendo efficacia *ex nunc*, incide sul momento funzionale del rapporto e non sul suo momento genetico e, quindi, presuppone che l'efficacia dell'atto oggetto di revoca continui a sussistere al momento della sua emanazione.

La tesi in parola, esclude inoltre che possa assumere rilievo dirimente il suddetto comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, laddove si fa riferimento agli atti amministrativi ad efficacia durevole che incidono su rapporti negoziali e ciò in quanto per tali rapporti si intendono eventuali contratti accessivi al provvedimento revocato, il cui caso classico è costituito dalla revoca di una c.d. concessione-contratto.

In altri termini, la norma in discorso trova applicazione nelle ipotesi in cui al provvedimento revocato accedono contratti, ma non anche nelle ipotesi di contratti legati al provvedimento da un nesso di presupposizione, quale è il caso del provvedimento di aggiudicazione e del successivo contratto di appalto, ove il provvedimento presupposto abbia esaurito i propri effetti con la stipulazione del contratto e l'avvio di esecuzione delle prestazioni: in tale caso sarebbe ben possibile l'adozione, nell'esercizio del potere di autotutela, di un atto di annullamento, che, operando *ex tunc*, incide sul momento genetico del rapporto, ma non di revoca, la quale, operando *ex nunc*, incide sul momento funzionale.

Diversamente, la possibilità per la stazione appaltante di agire in una tale fattispecie attraverso lo strumento del recesso di cui all'art. 134 del d.lgs. n. 163/2006, emerge chiaramente dall'art. 21 *sexies* in cui è indicato che il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto.

²⁷¹ così, Tar Lazio, Roma, 6 marzo 2013 n. 2432, *cit.*

Il recesso resta quindi l'unica possibilità di scioglimento unilaterale del rapporto basata su valutazioni di opportunità, e non di illegittimità, veicolate invece del permanente potere di annullamento d'ufficio.

8.2. *Le perplessità dell'orientamento contrario: l'autotutela pubblicistica si inchina innanzi al contratto.*

La giurisprudenza ordinaria si è da sempre posta in senso sfavorevole all'ammissione di un potere di revoca capace di incidere sul contratto già stipulato, ribadendo la netta separazione tra le due fasi in cui si dipana l'attività negoziale della p.a.

Il contratto rappresenta il punto di non ritorno dell'*agere* pubblicistico dell'Amministrazione, e, una volta concluso segna irrimediabilmente l'ingresso in una fase dominata dalle regole privatistiche, in cui non può trovare spazio l'autotutela autoritativa.

La questione è stata affrontata più volte dalle Sezioni Unite che, in tema di giurisdizione, hanno costantemente ribadito l'assunto secondo cui "tutte le vicende successive alla stipulazione del contratto si sostanziano in questioni di validità o efficacia del medesimo, ancorché scaturenti dall'esercizio di poteri pubblicistici di autotutela"²⁷².

L'orientamento della Corte è alquanto netto: l'attività contrattuale della p.a. è spaccata in due tronconi distinti ed afferenti ad ambiti diversi, il cui anello di congiunzione è rappresentato dal contratto; tutto ciò che accade successivamente alla stipulazione dello stesso appartiene alla dimensione esecutiva, in cui si stagliano diritti soggettivi affidati alla naturale cognizione del giudice ordinario.

Pertanto, anche le forme di scioglimento del rapporto non possono che essere quelle tipicamente privatistiche, o, al più possono riscontrarsi disposizioni speciali, che riservano poteri ulteriori all'Amministrazione, ma che devono interpretarsi restrittivamente e nell'ottica dei principi civilistici.

Ne consegue che una volta che il contratto sia concluso, l'eventuale ripensamento dell'Amministrazione per sopravvenuti motivi di opportunità va ricondotto al potere contrattuale di recesso, previsto in caso di appalto di lavori pubblici dall'art. 109 d.lgs. n. 50/2016 (prima disciplinato dall'art. 134 d.lgs. n. 163/2006, che a sua volta ha sostituito l'art. 345 l. n. 2248/1865, All. F.).

²⁷² cfr. *ex pluris*, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2011 n. 391, *cit.*, e Cass. Sez. Un., 9 luglio 2008, n. 18758, in *Riv. Corte dei Conti*, 2008, 4, p. 201.

Ciò in quanto la valutazione di opportunità compiuta dalla p.a., pur avendo ad oggetto interessi pubblici, si riverbera naturalmente sul contratto, e pertanto deve essere manifestata attraverso il potere contrattuale del committente di recedere dal contratto²⁷³.

Dopo la stipulazione, appare evidente ai giudici ordinari come la parte pubblica e quella privata si trovino in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto.

Ne deriva che nonostante l'Amministrazione adotti un atto che formalmente integra una revoca in autotutela dell'aggiudicazione, esso finisce con l'incidere necessariamente sul sinallagma funzionale, determinando una lesione della posizione giuridica del privato che assume la consistenza del diritto soggettivo.

L'orientamento consolidato della giurisprudenza ordinaria, ha fatto breccia anche presso i giudici amministrativi, al punto da indurre il Consiglio di Stato nel dicembre 2013 a rimettere la questione all'Adunanza Plenaria²⁷⁴.

Alla base delle perplessità espresse dai giudici del Consiglio di Stato, vi è la presa di coscienza della confusione determinata dall'intreccio degli artt. 21 *quinquies* e 21 *sexies* l. n. 241/90, e dell'art. 134 d.lgs. n. 163/2006, i cui piani applicativi sono destinati inevitabilmente a sovrapporsi.

In origine, la struttura del potere di revoca, come potere di modificazione unilaterale di un rapporto fondato su un precedente provvedimento amministrativo, escludeva possibili contrasti interpretativi: la revoca, infatti, non poteva che avere ad oggetto un atto ad efficacia durevole, che veniva rimosso con effetto *ex nunc* dal panorama dell'azione amministrativa. Ciò impediva automaticamente di concepire una revoca dell'aggiudicazione, come atto ad effetti istantanei, che esauriva la sua portata dopo la stipulazione del contratto, destinato ad assorbirlo.

Ma, con le modifiche all'art. 21 *quinquies* lo scenario si è certamente complicato: il riferimento espresso del comma 1 *bis* alla revoca di atti "ad effetti istantanei, incidenti su rapporti negoziali", sembra forgiato proprio per ammettere la revoca dell'aggiudicazione definitiva.

Né può sottovalutarsi quanto stabilito dall'art. 1 comma 134 l. n. 311/2004, che seppur in tema di annullamento d'ufficio, dimostra la compatibilità tra autotutela pubblicistica e contratto.

Tali norme si sovrappongono a quanto statuito dall'art. 21 *sexies* l. n. 241/90, che in presenza di un contratto, consente alla p.a. il recesso nei soli casi previsti dalla legge o dal titolo negoziale stesso.

È evidente, agli occhi dei giudici amministrativi, che la risoluzione dell'intricata questione non possa avvenire tramite un'interpretazione letterale, dal momento che non v'è dubbio che i piani applicativi delle disposizioni coincidano, almeno in apparenza.

²⁷³ cfr. Cass. Sez. Un. 26 giugno 2003 n. 10160, in *Foro it.*, 2004, 7-8, pp. 2205 e ss.

²⁷⁴ cfr. Cons. St. 5 dicembre 2013 n. 5786 in www.giustizia-amministrativa.it.

La risposta deve essere allora ricercata nell'interpretazione sistematica delle norme che disciplinano il potere della p.a. di sciogliersi unilateralmente dal contratto, e degli istituti generali che orbitano attorno ad esse.

La presenza di disposizioni che prevedono ipotesi specifiche, quale l'art. 134 d.lgs. n. 163/2006, militano in senso sfavorevole al riconoscimento di un potere generale di revoca dell'aggiudicazione oltre la stipulazione del contratto: permettere alla p.a. di liberarsi dal vincolo negoziale mediante l'esercizio dei propri poteri di autotutela, significa privare di senso la figura del recesso, poiché la stazione appaltante sarà sempre indotta ad utilizzare lo strumento della revoca.

Anzi, sarebbe una scelta quasi doverosa alla luce dell'interesse al contenimento della spesa pubblica: l'indennizzo ex art. 21 *quinquies*, limitato al solo danno emergente, si rivela infatti una contropartita molto più conveniente di quella di cui all'art. 134 d.lgs. n. 163/2006, ove il ristoro copre anche il lucro cessante (sebbene nella misura forfettaria del dieci per cento dei lavori non ancora eseguiti).

A sostegno dell'inammissibilità di un potere di revoca negli appalti pubblici, si adduce inoltre il raffronto con le stesse disposizioni del Codice dei contratti pubblici, ed in particolare con quanto previsto dall'art. 158 d.lgs. n. 163/2006: tale norma, nel disciplinare la risoluzione per inadempimento del concessionario, menziona e distingue espressamente la revoca per motivi di pubblico interesse, a conferma di come tale potere non possa identificarsi con le altre forme di risoluzione unilaterale del rapporto.

Un'analogia alternativa non si riscontra nell'art. 134 d.lgs. n. 163/2006, che negli appalti di lavori fa salvo solo il potere di recesso, come forma esclusiva di ripensamento unilaterale del rapporto da parte della p.a., pertanto in base al criterio logico e constatativo dell'*ubi lex voluit dixit*, si deve dedurre che il legislatore non abbia voluto preservare il potere di revoca solo nell'ambito delle concessioni.

Del resto, come si vedrà più approfonditamente in seguito, la previsione della revoca in autotutela in relazione alle concessioni si spiega per la peculiare natura di tali fattispecie negoziali: le concessioni rientrano nella categoria dei contratti ad oggetto pubblico, in cui l'accordo convenzionale accede al provvedimento concessorio, in funzione di regolazione degli aspetti economici discendenti da quest'ultimo, che resta l'unica fonte del rapporto.

Tra provvedimento e contratto si instaura un legame di interdipendenza necessaria, talché la revoca del primo determina la risoluzione del secondo.

Nelle concessioni di beni e servizi pubblici, il ricorso a moduli consensuali è sempre sostitutivo di potestà pubblicistiche, e quindi l'amministrazione concedente fa comunque valere le proprie

prerogative di persona giuridica pubblica, anche laddove faccia ricorso a strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo²⁷⁵.

Ciò sarebbe ulteriormente confermato dal raffronto con l'art. 11 comma 4 l. n. 241/90 che, come visto, sotto la denominazione di recesso prevede una forma di revoca coerente con la natura pubblicistica degli accordi contemplati dalla norma.

Per i contratti di diritto privato la norma di riferimento è rappresentata dall'art. 21 *sexies* che sancisce la tipicità delle ipotesi di recesso e che trova nell'art. 134 d.lgs. n. 163/2006 un'ipotesi applicativa.

L'ordinanza di rimessione valorizza altresì la scissione tra aggiudicazione e conclusione del contratto sottesa all'art. 11 comma 7 del d.lgs. n. 163/2006 (presente anche nell'attuale Codice Appalti): l'accento che il legislatore ha voluto ribadire che l'aggiudicazione definitiva non equivale all'accettazione dell'offerta dimostrerebbe l'autonomia della fase dell'evidenza pubblica; una volta selezionato ed individuato il contraente, l'Amministrazione non potrebbe più rimettere in discussione la scelta effettuata, se non prima di aver stipulato il contratto, posto che da quel momento gli atti dell'evidenza pubblica perdono la loro autonoma rilevanza nell'ambito di pariteticità che governa il rapporto.

L'art. 1 comma 1 *bis* l. n. 241/90, nell'affermare che la p.a. nella contrattazione con i privati agisce secondo le regole proprie del diritto civile, si mostra direttamente connesso all'art. 21 *sexies* l. n. 241/90, norma parimenti dettata per un'Amministrazione-contraente, più che per un'Amministrazione-autorità, come invece appaiono gli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della l. n. 241/90.

Ne discende l'inapplicabilità delle forme di autotutela pubblicistica ai contratti di diritto privato, ancorché speciali.

Tale conclusione sembra avvalorata anche dall'esame degli artt. 121 e 122 del c.p.a., che delineano una figura di invalidità (o meglio di inefficacia) a "geometrie variabili", affidando al giudice amministrativo il compito di stabilire la caducazione o meno del contratto in presenza dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione²⁷⁶.

Ammettere il potere di revoca sul contratto, significherebbe prospettare la possibilità che l'Amministrazione, attraverso l'esercizio dei propri poteri di autotutela decisoria, possa ottenere un

²⁷⁵ cfr. Cass., Sez. Un., ord. 2 aprile 2007 n. 8094, in *Giurisd. amm.*, 2007, III, p. 337, relativa ad una controversia in cui si dibatteva dell'esercizio da parte dell'ente locale di poteri pubblicistici, in ordine alla gestione di una stazione sciistica su un suolo demaniale, da parte di una società fallita; ebbene la Corte di Cassazione ha escluso la giurisdizione del giudice ordinario fallimentare proprio sulla base della fungibilità dei moduli convenzionali utilizzati rispetto a i poteri autoritativi dell'ente pubblico.

²⁷⁶ Sull'argomento, si vedano R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, 2010, in www.giustizia-amministrativa.it; M. A. SANDULLI, *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, vol. II, Milano, 2013, pp. 368 e ss.; M. SANINO, *Codice del processo amministrativo*, Torino 2011, pp. 542 e ss.; S. RUSCICA, *Inefficacia del contratto di appalto pubblico*, Milano 2011, pp. 54 e ss.; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano 2012, pp. 659 e ss.

risultato in ipotesi superiore a quello ottenibile dallo stesso contraente privato in sede giurisdizionale, per giunta in assenza del riscontro di un vizio di legittimità²⁷⁷.

La tesi restrittiva appare, inoltre, ai giudici della quinta sezione del Consiglio di Stato, maggiormente condivisibile per talune considerazioni di carattere teleologico: il riconoscimento di una facoltà generale di revoca per la p.a. frustrerebbe troppo gli interessi del privato, che matura un affidamento ben più spesso in presenza di un contratto stipulato.

Se in presenza della revoca di un provvedimento favorevole l'interesse del destinatario si mostra cedevole rispetto agli interessi pubblici, l'esistenza di un vincolo contrattuale, accettato anche da ambo le parti, fa sorgere un'aspettativa circa l'esecuzione dell'operazione economica che merita una tutela più forte.

Il diverso spessore dell'affidamento del privato di fronte alla stipulazione di un contratto emerge nitidamente dal diverso trattamento economico, dal momento che la p.a. che voglia interrompere il rapporto è tenuta a versare alla controparte l'importo di cui all'art. 134 d.lgs. n. 163/2006, e non il mero indennizzo di cui all'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90.

Gli operatori economici devono poter contare su una relativa stabilità del contratto e dei suoi effetti nei confronti della p.a., pena la vanificazione della stessa apertura dell'attività amministrativa alle logiche negoziali: il riconoscimento di un'autonomia negoziale in capo all'Amministrazione, risponde anche all'intento di incentivare i privati ad instaurare relazioni commerciali con essa, e tale finalità sarebbe pregiudicata dalla sottrazione del contratto alle sue garanzie tipiche; le imprese intrattengono rapporti con la p.a. e programmano la propria attività anche confidando sulla stabilità dello strumento giuridico che le regola, posto che il contratto a differenza del provvedimento è soggetto alla regola della tendenziale irretrattabilità di cui all'art. 1372 c.c.

9. La risposta dell'Adunanza Plenaria 20 giugno 2014 n. 14: un'ordinata sistemazione ma non una soluzione sistemica.

Le perplessità espresse dall'ordinanza di rimessione sono riuscite solo in parte a persuadere l'Adunanza Plenaria che con sentenza del 20 giugno 2014 n. 14, fornisce una risposta chiara ma di strette vedute.

La Plenaria non prende una posizione sul problema più ampio del rapporto tra autotutela pubblicistica e contratto ma si limita ad affrontare la dicotomia tra revoca e recesso solo in relazione alla tipologia negoziale dell'appalto di lavori pubblici, rimanendo aderente al caso concreto che aveva generato la rimessione.

²⁷⁷ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino 2014, p. 281.

Si afferma infatti che “intervenuta la stipulazione del contratto per l’affidamento dell’appalto di lavori pubblici, l’amministrazione non può esercitare il potere di revoca dovendo operare con l’esercizio del diritto di recesso”²⁷⁸.

Ad ogni modo, i giudici dialogano con tutte le argomentazioni espresse dall’ordinanza di rimessione, consentendo di comprendere quali siano gli attuali umori attorno all’istituto dell’autotutela amministrativa, calata nella dinamica contrattuale.

Il punto di partenza del ragionamento seguito dall’Adunanza Plenaria è la netta distinzione tra la fase della scelta del contraente, conclusa con l’aggiudicazione definitiva e quella successiva, della stipulazione e conseguente esecuzione del contratto, pur costituendone la prima il “necessario presupposto funzionale”.

La distinzione trova piena giustificazione nelle disposizioni del d.lgs. n. 163/2006, considerato che l’art. 11 comma 7, stabilisce che l’aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell’offerta e al successivo comma 9 che, pur divenuta efficace l’aggiudicazione definitiva, prima della stipulazione resta comunque salvo “l’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti”.

Si precisa altresì che il vincolo sinallagmatico nasce perciò soltanto con il separato e distinto atto della stipulazione del contratto, talché prima di quel momento l’unico effetto è rappresentato dall’irrevocabilità dell’offerta dell’aggiudicatario.

Nulla di nuovo, rispetto a quanto già affermato dalla giurisprudenza prevalente, se non la premura con cui la Plenaria tiene a ribadire la separazione tra la fase di selezione del contraente, che ha carattere pubblicistico, in quanto retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta del miglior contraente nella tutela della concorrenza, e quella contrattuale *tout court* che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l’attuazione del rapporto negoziale, di cui si afferma il carattere privatistico, e la conseguente soggezione alle norme civilistiche.

Il passo ulteriore compiuto dalla Plenaria riguarda però la definizione del rapporto tra la p.a. ed il privato anche nella fase privatistica, rilevandosi come l’Amministrazione si pone quindi con la controparte in posizione di parità “che però è solo “tendenziale”, con ciò sintetizzando l’effetto delle disposizioni per cui, pur nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l’amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica”²⁷⁹.

Si rimarca, in altri termini, la considerazione secondo cui il processo di contrattualizzazione del diritto amministrativo non può dirsi completo: l’attività dell’Amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici, è sempre volta al fine primario dell’interesse pubblico, con la

²⁷⁸ cfr. Ad. Plen. 20 giugno 2014 n. 14, *cit.*

²⁷⁹ cfr. Ad. Plen. 29 gennaio 2014 n. 6, *cit.*

conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte da quelle che governano i rapporti autenticamente privatistici.

La dimostrazione di tale assunto viene fondata sulle norme allora vigenti nel codice dei contratti pubblici: l'art. 134, già analizzato, che consente alla p.a. di recedere in qualunque tempo dal contratto di appalto di lavori pubblici; l'art. 136 che riconosce alla stazione appaltante il potere di disporre la risoluzione del contratto in caso di grave inadempimento dell'appaltatore; l'art. 158, in relazione alle concessioni di lavori pubblici, che fa salvo il potere del concedente di revocare la concessione per motivi di pubblico interesse; e, infine, gli artt. 158 e seguenti del regolamento di attuazione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), che disciplinano il potere di sospensione.

Il reticolo di norme citate tratteggia un quadro in cui emerge chiaramente tutta l'eccezionalità della disciplina del recesso, che presenta elementi di specialità non solo rispetto alle previsioni generali, di cui all'art. 1373 c.c. (e *rationae materiae* di cui all'art. 21 *sexies* l. n. 241/90), ma anche rispetto alla normativa dettata per la tipologia contrattuale dell'appalto, ex art. 1671 c.c.

Proprio la presenza di una norma speciale che disciplini così peculiarmente il potere di recesso ha costituito il presupposto fondamentale che ha condotto la Plenaria ad escludere la possibilità di esercizio del potere di revoca da parte della p.a. nella fase di esecuzione dell'appalto di lavori pubblici.

La premessa generale del sillogismo seguito dai giudici amministrativi, risiede nell'affermazione che "la posizione dell'Amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'Amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'Amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono"²⁸⁰.

Tale asserzione rappresenta il riconoscimento di uno statuto a sé per l'attività negoziale della p.a., frutto della combinazione della disciplina civilistica e di quella speciale, in cui non trova spazio la normativa pubblicistica; l'asimmetria delle posizioni contrattuali può derivare allora solo da previsioni specifiche e puntuali, secondo una regola di tassatività, che nulla ha a che vedere con l'immanenza dei poteri amministrativi in capo alla p.a.

Ne consegue che deve ritenersi insussistente nella fase esecutiva del contratto il potere di revoca, poiché, "il presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in quanto potere contrattuale

²⁸⁰ cfr. Ad. Plen. 20 giugno 2014 n. 14, *cit.*

basato su sopravvenuti motivi di opportunità; la specialità della previsione del recesso di cui al citato art. 134 del codice preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca”.

La Plenaria costruisce allora la sua soluzione sulla base di un concorso apparente di norme, in cui fa prevalere la disposizione speciale del recesso prevista dall'art. 134 d.lgs. n. 163/2006 per gli appalti di lavori pubblici, non potendosi ritenere che sul medesimo rapporto negoziale la p.a. possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione ex nunc del rapporto negoziale).

Del resto, come già osservato dall'ordinanza di rimessione, quando il legislatore ha ritenuto di consentire la revoca per motivi di pubblico interesse a contratto stipulato, lo ha fatto espressamente, in riferimento, come visto, alla concessione in finanza di progetto per la realizzazione di lavori pubblici ex art. 158 d.lgs. n. 163/2006.

L'impostazione contraria finisce per privare di significato la norma sul recesso che risulterebbe *inutiliter data*, dal momento che l'Amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo una discrezionalità pura che non corrisponde all'intento del legislatore.

Né dalla limitazione del potere di scioglimento della p.a. al solo recesso può derivare una svalutazione dell'interesse pubblico: l'Amministrazione può sempre valorizzare, ai fini del recesso, circostanze che porterebbero alla revoca, con il corollario di una semplificazione procedimentale, non dovendo assicurare il contraddittorio né esternare compiutamente le motivazioni della scelta, essendo ciò bilanciato dal maggiore onere economico previsto dall'art. 134 d.lgs. n. 163/2006.

Tuttavia, la nettezza delle affermazioni della Plenaria, non deve trarre in inganno, poiché la soluzione viene ancorata ad un criterio meramente formale, rappresentato dall'intersezione di norme che disciplinano la medesima materia, in cui si dà prevalenza alla disposizione speciale, sulla base dei principi di risoluzione delle antinomie normative.

Qualora manchi, una norma speciale come l'art. 134 d.lgs. n. 163/2006, lo scenario muta e non poco.

La Plenaria, abbandonando il settore degli appalti di lavori pubblici, ribadisce prontamente che “resta impregiudicata, nell'inerenza all'azione della p.a. dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità: a) della revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto; b) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso “.

Allo stesso modo, “pure nel caso di contratto stipulato, sussiste la speciale previsione in ordine al recesso della stazione appaltante quando si verificano i presupposti previsti dalla normativa antimafia che la giurisprudenza ha riferito alla nozione dell’autotutela autoritativa, poiché potere “del tutto alternativo a quello generale di cui alla L. n. 2248 del 1865, art. 345, all. F” (oggi art. 134 del codice dei contratti pubblici)”.

L’intricata questione interpretativa, viene allora risolta dai giudici amministrativi, limitando la propria soluzione al solo ambito degli appalti di lavori pubblici; tale *self-restraint*, consente di coordinare la previsione della revoca di cui al comma 1 *bis* dell’art. 21 *quinquies* della l. n. 241/90, con il sistema dei contratti pubblici, poiché “dall’ambito di applicazione della norma risulta esclusa la possibilità di revoca incidente sul rapporto negoziale fondato sul contratto di appalto di lavori pubblici, in forza della speciale e assorbente previsione dell’art. 134 del codice, restando per converso e di conseguenza consentita la revoca di atti amministrativi incidenti sui rapporti negoziali originati dagli ulteriori e diversi contratti stipulati dall’Amministrazione, di appalto di servizi e forniture, relativi alle concessioni contratto (sia per le convenzioni accessive alle concessioni amministrative che per le concessioni di servizi e di lavori pubblici), nonché in riferimento ai contratti attivi”.

10. Le reazioni della giurisprudenza successiva e i numerosi dubbi irrisolti.

Le coordinate espresse dall’Adunanza Plenaria sono state immediatamente recepite dalla giurisprudenza che ha utilizzato il medesimo criterio interpretativo per districarsi tra le varie forme di recesso contrattuale previste dalla normativa speciale in favore della p.a.

La regola appare sempre la medesima: laddove si riscontri una disposizione speciale che attribuisce una peculiare facoltà di recesso all’Amministrazione, quest’ultima è tenuta ad esercitarla laddove voglia sciogliersi dal vincolo contrattuale, non potendo ricorrere al potere generale di revoca.

Si instaura un concorso apparente tra l’art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 e la norma disciplinante il diritto di recesso, che va risolto in favore di quest’ultima, atteso il suo carattere speciale.

Tale assunto è stato ribadito anche in relazione all’ipotesi di recesso di cui all’art. 1 comma 13 d.l. n. 95/2012, in precedenza analizzato, la cui applicazione esclude la possibilità di ricorrere alla revoca degli atti di gara qualora il contratto sia divenuto antieconomico²⁸¹.

La norma introduce una forma di recesso-impugnazione, (diversamente dall’attuale art. 109 d.lsg. n. 50/2016, che in tema di appalti prevede un recesso di pentimento) che consente all’Amministrazione di reagire ad un mutamento dell’assetto di interessi per effetto dell’incisione di un parametro esterno al contratto, rappresentato dalla valutazione di convenienza effettuata dalla Consip s.p.a.

²⁸¹ C.G.A. Sicilia, 21 gennaio 2015, n. 49, in *Urb. e Appalti*, 2015, 6, p. 687.

Si tratta di una sopravvenienza che potrebbe essere gestita dalla p.a. attraverso il ricorso alla revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, rientrando nel presupposto dei sopravvenuti motivi di interesse pubblico (economico) che rendono inopportuno il contratto.

Tuttavia l'esistenza di una disposizione speciale, quale l'art. 1 comma 13 d.l. n. 95/2012, impedisce alla norma generale sulla revoca di operare, costringendo la p.a. che voglia sciogliersi dal vincolo ad azionare il rimedio negoziale del recesso.

Del resto, il riconoscimento di un potere di revoca sostanzialmente priverebbe di pratica applicazione la disposizione introdotta dal d.l. sulla *spending review*.

Va poi aggiunto che, collocato correttamente il rapporto nella fase di esecuzione del contratto, "l'art. 1, comma 13, d.l. n. 95/2012 meglio garantisce le reciproche posizioni che, è bene ribadirlo, non sono più ascritte alla sfera pubblicistica dell'azione, bensì a quella privatistica dell'esecuzione del contratto".

La pronuncia esaminata dimostra come la soluzione espressa dall'Adunanza Plenaria del 20 giugno 2014 n. 14, si sia limitata a fornire un criterio interpretativo per risolvere eventuali antinomie normative, ma non si è spinta sino all'affermazione di un principio generale, capace di incidere a fondo nel rapporto tra autoritatività e contratto.

Ciò nonostante, in altre occasioni i giudici amministrativi hanno valorizzato oltremodo i principi che sembrano desumibili dalla Plenaria, affermando "che sarebbe illegittimo un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione di una gara adottato le quante volte sia stato già stato stipulato il contratto di appalto, "atteso che in tal caso la revoca verrebbe stata adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti, non essendo tale l'aggiudicazione della gara in seguito alla stipulazione del contratto; in tal caso, per sciogliersi dal vincolo discendente da quest'ultimo, l'Amministrazione deve ricorrere all'istituto del recesso ai sensi dell'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006"²⁸²

Da una lettura superficiale della sentenza sembra emergere una sterzata restrittiva verso i poteri di autotutela avvicinati al contratto, nell'ottica di un'esaltazione della pariteticità delle posizioni contrattuali che porta ad interpretare restrittivamente tutte le deroghe ad essa.

Limitare, come già hanno fatto le riforme legislative, il potere di autotutela della p.a. rappresenta un'esigenza imprescindibile per assicurare la stabilità del rapporto, soprattutto quando esso si fondi su un titolo non provvedimentale ma contrattuale.

Tuttavia la pronuncia della Plenaria non sembra essere animata da tale *ratio*, né pare collocarsi all'esito di quel percorso di contrattualizzazione del diritto amministrativo, che avrebbe avuto come naturale conseguenza l'affermazione del principio che l'Amministrazione deve sottostare

²⁸² cfr. Cons. St. 22 marzo 2016 n. 1174, in www.giustizia-amministrativa.it.

integralmente alla disciplina privatistica, qualora scelga di ricorrere a moduli civilistici di gestione degli interessi pubblici.

Le attese in tal senso, sono state in buona parte deluse.

Ed infatti, un'analisi più approfondita delle statuizioni della Plenaria rivela tutta l'ambiguità della posizione espressa, che pur assestando un colpo all'autotutela pubblicistica ne caso specifico, finisce per avallarne l'esercizio in un numero più che considerevole di ipotesi.

Non può affatto sottovalutarsi la legittimazione che l'autotutela pubblicistica riceve in relazione agli appalti di servizi o forniture, alle concessioni (su cui si soffermerà successivamente), e ai contratti attivi stipulati dalla p.a., per i quali il potere di intervento autoritativo sopravvive alla conclusione dell'accordo.

L'autotutela esterna esce dalla maglie interpretative della pronuncia quasi rafforzata, consentendosi espressamente la revoca per tutte quelle fattispecie contrattuali che non prevedono una norma specifica sul recesso capace di escluderla.

L'asserita incompatibilità tra contratto e autotutela pubblicistica, che sembrava fondare l'ordinanza di rimessione, non viene affatto condivisa dalla Adunanza Plenaria, che non ritiene la stipulazione negoziale un passaggio idoneo a completare la dismissione della veste autoritativa da parte della p.a.

Anzi, la "parità solo tendenziale" predicata dai giudici del Consiglio di Stato, sottende il disconoscimento della pariteticità tra Amministrazione e privato contraente, e segna una battuta d'arresto nel processo di privatizzazione dei soggetti pubblici.

Inoltre, ammettere implicitamente il ricorso al potere generale di revoca per tutti quei contratti diversi dall'appalto di lavori, ancorché riconducibili all'ambito dei contratti comuni o di diritto speciale, significa contraddire la loro essenza privatistica: la facoltà unilaterale riconosciuta ad uno dei contraenti di sciogliersi dal vincolo comporta inevitabilmente un indebolimento dello stesso.

Si attribuisce per tale via un formidabile potere di recesso in ogni tempo²⁸³ al contraente pubblico che può essere spiegato solo nell'ottica del diritto amministrativo, e non certo alla luce delle categorie civilistiche: si prospetterebbe infatti una confusione con la condizione risolutiva legale meramente potestativa, tradizionalmente considerata nulla, essendo attribuita alla p.a. la possibilità di risolvere gli effetti del contratto con una manifestazione di volontà attenta all'interesse pubblico ma non a quello della controparte.

Si profila, inoltre, un'ingiustificata disparità di trattamento tra figure negoziali che divergono solo per l'oggetto della prestazione: non si comprende infatti perché il potere di revoca, escluso per gli appalti di lavori, possa continuare ad essere esercitato per gli appalti di servizi e forniture.

²⁸³ M. SANTISE, *op. ult. cit.* p. 282.

La considerazione che per tali fattispecie manchi una norma che disciplini il recesso è, concettualmente, troppo debole quasi a volere sostenere che la disposizione di cui all'art. 134 d.lgs. n. 163/2006, non derogherebbe al principio di parità tra le parti nel contratto, ma all'opposta regola dell'asimmetria autoritativa, secondo cui la p.a. potrebbe esercitare sempre i propri poteri pubblicistici anche innanzi alla stipulazione di un contratto privatistico, salvo espressa eccezione di legge, che le imponga un'iniziativa di diritto privato.

Né si comprende il riferimento ai contratti attivi. Questi, più di ogni altro contratto stipulato dall'Amministrazione, presentano pochissimi elementi di distacco dalla disciplina privatistica, e pertanto, l'ammissione di un potere autoritativo di revoca appare davvero ingiustificata, salvo a voler ritenere che l'immanenza dell'interesse pubblico all'azione amministrativa, determini una fisiologica instabilità dei rapporti in cui è parte la p.a.

Ciò che la Plenaria non sembra considerare adeguatamente è che in gioco non vi era solo l'isolato potere di recesso previsto dall'art. 134 d.lgs. n. 163/2006, ma un bilanciamento tra autoritatività e negozialità, ovvero le due anime che compongono la moderna Amministrazione.

Negare che una volta concluso il contratto, la p.a. perda la propria posizione di supremazia, e segnatamente i propri poteri di incisione unilaterale del rapporto, significa riconsiderare lo stesso fondamento dell'attività negoziale dell'Amministrazione.

La presenza del contraente pubblico altera la fattispecie contrattuale, che non coincide più con il suo omologo stipulato da soggetti privati, ma sembra essere attratta in un'orbita pubblicistica che l'evoluzione normativa e giurisprudenziale avevano con forza escluso.

Anche ponendosi dall'angolo visuale dell'Amministrazione, la soluzione fornita dalla Plenaria non convince del tutto.

L'affermazione della fungibilità tra i presupposti della revoca e del recesso non sembra pienamente condivisibile, soprattutto alla luce delle riforme normative che hanno interessato l'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90.

Nella sua versione iniziale la revoca era consentita in presenza di sopravvenienze giuridiche e fattuali, nonché in caso di rivalutazione dell'interesse pubblico originario; fattori, che potevano trovare tutela anche attraverso lo strumento del recesso ex art. 134 d.lgs. n. 163/2006, che disciplinando uno *ius poenitendi* puro, non implicava alcuna limitazione casuale alla scelta della p.a. di interrompere il rapporto.

L'ampiezza della revoca coincideva con l'ampiezza del recesso, soprattutto grazie al riconoscimento di un diritto di pentimento anche nell'ambito dell'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90; ciò avrebbe giustificato la soluzione poi espressa dalla Plenaria, che obbliga, in presenza dei medesimi presupposti ad esercitare la facoltà di recesso, temperando il sacrificio del privato con una maggiore remunerazione economica.

Tale assunto deve essere rimesso in discussione a seguito delle modifiche apportate all' art. 21 *quinquies* dalla l. n. 164/2014, che da un lato limita la revoca per sopravvenienze fattuali ad un mutamento non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento, e dall'altro esclude la revoca per *ius poenitendi* per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici, tra i quali come già visto certamente può rientrare l'aggiudicazione del contratto.

La facoltà di recesso, sotto il profilo causale, è rimasta invece immutata, talché i presupposti dei due istituti non risultano più sovrapponibili.

Il potere di recesso appare attribuire un potere di scioglimento addirittura più ampio rispetto alla stessa revoca, poiché non subisce la limitazione dell'imprevedibilità della sopravvenienza fattuale al momento di stipulazione del contratto, né il limite della sussistenza di un atto favorevole per il privato.

Quest'ultimo, si trova ancora una volta ad essere penalizzato nel suo interesse alla stabilità del vincolo negoziale, poiché costringendo la p.a. ad utilizzare lo strumento del recesso, si vanifica anche quell'intento legislativo che aveva inteso limitare il ricorso alla revoca per una maggiore tutela dell'affidamento.

Una soluzione coerente sarebbe allora quella di interpretare la norma che regola la facoltà di recesso alla luce della nuova conformazione dell'art. 21 *quinquies*, escludendo una facoltà di scioglimento *ad nutum*.

Infine, l'esclusione della revoca di pentimento per gli atti attributivi di vantaggi economici, dovrebbe indurre a limitare drasticamente l'impostazione della Plenaria che ammette il ricorso al potere di autotutela per i contratti diversi dall'appalto di lavori pubblici: se anche fosse vero che la p.a. non perde i propri poteri autoritativi per effetto della stipulazione negoziale, questi dovrebbero pur sempre essere regolati dalle norme che ne disciplinano l'esercizio, vietandosi la revoca dell'aggiudicazione per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario da parte dell'Amministrazione.

11. La tenuta delle elaborazioni giurisprudenziali a fronte delle novità introdotte dal nuovo Codice Appalti, e le perplessità sulle forme di tutela azionabili dal privato.

Le coordinate ermeneutiche espresse dall'Adunanza Plenaria devono ora essere valutate alla luce della riscrittura delle forme di autotutela privatistica del recesso e della risoluzione ad opera del d.lgs. n. 50/2016.

Il nuovo art. 109 del Codice Appalti, riproduce la previgente disciplina del recesso *ad nutum* di cui all'art. 134 d.lgs. n. 163/2006, pertanto, può sostenersi che le elaborazioni della giurisprudenza sui rapporti con la revoca vadano tutt'ora confermate.

Vi è però una novità di fondamentale importanza, relativa all'ambito applicativo dell'art. 109 d.lgs. n. 50/2016, non più limitato ai soli appalti di lavori, ma ora esteso anche ai contratti di servizi e forniture.

Le modifiche normative superano allora la parzialità della soluzione dell'Adunanza Plenaria, ritenendosi che le coordinate ermeneutiche ivi espresse possano operare per tutto il settore degli appalti pubblici; se infatti l'affermazione della permanenza di un potere di revoca in capo alla p.a. per i contratti di servizi e forniture era fondata sull'assenza di una disposizione specifica in tema di recesso, analoga a quanto prevedeva l'art. 134 d.lgs.n. 163/2006 per gli appalti di lavori, l'attuale previsione di un recesso *ad nutum* per tutte le tipologie di appalti, amplia gli orizzonti dei principi enunciati.

La p.a., dunque, successivamente alla stipulazione di qualsiasi contratto di appalto pubblico per gestire eventuali sopravvenienze e sciogliersi dal vincolo contrattuale divenuto inopportuno non potrà esercitare il potere di revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, ma è obbligata ad azionare il recesso di cui all'art. 109 del Codice Appalti.

Permangono tuttavia le perplessità appena espresse, soprattutto in relazione all'asserita fungibilità dei presupposti con l'autotutela di cui all'art. 21 *quinquies* e con la maggiore ampiezza causale che pare connotare il recesso di pentimento, non interessato dalle limitazioni apportate alla revoca.

Inoltre, nell'incipit dell'art. 109 d.lgs. n. 50/2016, laddove accanto al recesso di pentimento fa salvo espressamente il ricorso al recesso previsto dal Codice Antimafia: si tratta del recepimento a livello normativo del *dictum* della Plenaria, che aveva eccettuato dalla difficile relazione con la revoca proprio la facoltà di cui all' art. 94 d.lgs. n. 159/2011.

Ciò è coerente con la riconducibilità del recesso per informativa antimafia negativa all'ambito dell'autotutela pubblicistica, espressione di interessi pubblici di carattere generale, solo indirettamente afferenti il singolo contratto.

La riconduzione del recesso ad una forma di autotutela privatistica, eccezionalmente riconosciuta alla p.a. nella fase di esecuzione del contratto, non determina l'estensione delle garanzie procedurali previste per l'esercizio di poteri pubblicistici, come purtroppo confermato anche dal d.lgs. n. 50/2016.

Tuttavia, non v'è dubbio che dalle parole della Plenaria la facoltà di recesso comunque risulti avvicicabile ad una connotazione autoritativa, riservata in via esclusiva all'Amministrazione.

Si potrebbero ritenere allora estendibili le garanzie che governano l'attività amministrativa, tra cui quello di motivazione degli atti, sancito dall'art. 3 della l. n. 241/90 che, come principio generale, taglia ed interviene in orizzontale sulle modalità di esercizio del potere disciplinate dalle regole dei singoli procedimenti, ancorché limitate dalla peculiarità della materia e della disciplina e dalla fattispecie che caso per caso può presentarsi.

Del resto, l'obbligo di preventiva comunicazione e di motivazione discende altresì dall'art. 41, commi 1 e 2, lett. c), della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea che stabiliscono che i cittadini hanno diritto ad una amministrazione imparziale ed equa nonché l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni in ogni materia.

È innegabile, infatti, che l'art. 109 d.lgs. n. 50/2016, sia comunque una norma attributiva di un potere, a prescindere dalla sua natura pubblicistica o privatistica, e il suo esercizio non può cadere nell'arbitrio, richiedendosi uno strumento, quale la motivazione, che ne consenta il controllo.

L'autotutela privatistica sembra inoltre aver trovato nuovo slancio nelle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016, come si può desumere dall'analisi della disciplina in tema di risoluzione.

La normativa previgente regolava separatamente le diverse cause di risoluzione del contratto di appalto: l'art. 135 prevedeva il potere privatistico della p.a. di risolvere il contratto nel caso di reati accertati e di decadenza dall'attestazione di qualificazione.

Tuttavia, mentre la risoluzione si configurava quale mera proposta a fronte delle sentenze di condanna, nel caso di decadenza dall'attestazione vi era un obbligo di risoluzione. In entrambi i casi, l'esercizio di tale potere da parte della p.a. comportava il diritto dell'appaltatore al pagamento dei lavori eseguiti, con decurtazione degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.

L'art. 136 riconosceva, poi, alla p.a. il potere di risolvere il contratto per grave inadempimento dell'appaltatore, subordinandolo ad un sub-procedimento in contraddittorio con l'appaltatore che aveva diritto a vedersi contestati espressamente gli addebiti, garantendosi altresì il pagamento dei lavori eseguiti.

Il nuovo d.lgs. n. 50/2016, animato da esigenze di semplificazione e razionalizzazione, accorpa tutte le forme di risoluzione in un'unica disposizione, distinguendo tra facoltatività ed obbligatorietà dello scioglimento del rapporto, rispettivamente disciplinate al comma primo e secondo dell'art. 108.

Dall'analisi dei presupposti che legittimano la risoluzione del contratto emerge come tale potere sia stato configurato come reazione ad eventi che alterano la conformità del regolamento rispetto a tutti gli interessi pubblici che vengono coinvolti dall'attività negoziale della p.a.

Il rimedio della risoluzione viene allora concepito in termini molto diversi dall'analogo strumento civilistico, ricomprendendo presupposti che attengono prettamente alle facoltà di autotutela.

Così il comma primo dell'art. 108 stabilisce che la stazione appaltante può risolvere il contratto in caso di modifiche sostanziali che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'art. 106 del Codice, o qualora vengano superate le soglie indicate dalla predetta norma.

La risoluzione è altresì esperibile qualora l'aggiudicatario si sia trovato in una delle condizioni che ne avrebbero determinato l'esclusione, o allorché "l'appalto non avrebbe dovuto essere

aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE, o di una sentenza passata in giudicato per violazione del presente codice”.

Accanto a tali ipotesi facoltative, la p.a. è invece tenuta a risolvere il contratto nei confronti dell'appaltatore per cui sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, nonché nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016.

L'eterogeneità dei casi che consentono o impongono la risoluzione, dimostra come tale rimedio trasportato nell'ottica dei contratti pubblici, perda le sue connotazioni tradizionali, divenendo uno strumento di reazione ad accadimenti che rendono la prosecuzione del rapporto illegittima o inopportuna.

L'istituto della risoluzione, calato nel contesto dell'attività negoziale della p.a., va ben oltre l'ambito dei rimedi avverso l'inadempimento, non rappresentando solo uno strumento di reazione all'alterazione del sinallagma, ma un potere posto a tutela di interessi pubblici ulteriori rispetto alla corretta esecuzione del contratto, con forti assonanze rispetto alle forme di autotutela di cui agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* l. n. 241/90.

È evidente come essa costituisca l'ennesima prerogativa riservata all'Amministrazione, che vale a confermare quella posizione di parità “solo tendenziale”, profeticamente enunciata dall'Adunanza Plenaria.

Ricostruito il reticolo di norme che fondano l'attuale statuto dell'autotutela interna al contratto di appalto pubblico, affiorano numerosi dubbi anche in relazione alla tutela giurisdizionale.

Si pone infatti il problema di stabilire quali siano i rimedi per l'appaltatore privato a fronte di un illegittimo recesso dalla stazione appaltante dal contratto e quale sia il giudice innanzi a cui azionarli, stante il silenzio serbato anche dal nuovo Codice.

Sotto il profilo del riparto di giurisdizione, trattandosi della fase di esecuzione del contratto che va ad incidere su diritti soggettivi scaturenti dal contratto stesso, ogni controversia relativa appartiene al giudice ordinario tenendosi presente che l'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a., si disinteressa completamente delle fasi successive alla stipula del contratto con particolare riguardo al potere di recesso.

Maggiori sono invece le problematiche relative all'effettività della tutela.

Infatti, il giudice ordinario, com'è noto, non potrebbe annullare l'atto formalmente amministrativo e redatto in forma scritta, che la dottrina che segue la tesi pubblicista qualifica come atto

amministrativo negoziale, ma solo disapplicarlo, ai sensi dell'art. 4 della L.A.C., con numerose perplessità circa il potere giudiziale di imporre la prosecuzione nell'esecuzione del contratto fino alla scadenza stabilita e non solo limitarsi alla tutela risarcitoria per equivalente, fornendo la prova dei danni diversi dal lucro cessante.

Tali perplessità potrebbero essere superate ritenendo pienamente applicabile, nei limiti della domanda, la norma dell'art. 2058 c.c. che prevede la tutela in forma specifica, nei limiti ivi previsti, accedendo ad una impostazione che consenta di superare lo storico divieto di condanna ad un *facere* specifico la p.a. anche attraverso la tesi c.d. privatistica della natura negoziale dell'atto di recesso.

Verrebbe così garantito il principio di effettività della tutela, consentendo all'impresa di ottenere l'utilità ingiustamente negata dalla brusca interruzione del rapporto contrattuale.

Ad ulteriore conferma di tale opzione ermeneutica, con specifico riferimento all'applicabilità dell'art. 2058 c.c., milita la disposizione dell'art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a., secondo cui il giudice amministrativo, nei limiti della domanda, ha il potere di condannare la p.a. "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile."

Ad ogni modo, l'appaltatore potrebbe trovare tutela in forma specifica attraverso l'attività del commissario *ad acta* per le sentenze di accertamento e dichiarativa dell'illegittimità del recesso, con disapplicazione del relativo atto, nonché di eventuale condanna al risarcimento in forma specifica ex art. 2058, attraverso lo strumento del giudizio di ottemperanza, ex art. 112, comma 2, lett. c) c.p.a., azionabile anche per le "sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario".

11. Il peculiare regime delle concessioni amministrative al confine tra contratto e provvedimento.

I principi analizzati in materia di appalti pubblici, estendibili con le dovute cautele all'intero ambito dei contratti di diritto speciale, non possono essere facilmente trasposti nel settore delle concessioni amministrative.

Tale istituto, da sempre, ha conosciuto una tormentata interpretazione, oscillando tra il diritto pubblico e quello privato; i dubbi sulla natura giuridica si ripercuotono sull'individuazione della disciplina applicabile, che necessita spesso di compromessi ermeneutici, calibrati sulla peculiarità della fattispecie.

Le concessioni sono oggetto di un'alternativa ricostruzione, rispettivamente volta ad esaltarne l'accezione contrattualistica o quella provvedimentoale, e storicamente²⁸⁴, rappresentano il primo istituto in cui si è registrato una così forte interferenza tra diritto amministrativo e diritto privato.

Le perplessità sulla natura giuridica risultano tutt'altro che superate, e dall'angolo visuale da cui si sceglie di leggere il fenomeno successorio dipende la spiegazione di una serie di disposizioni peculiari.

A livello definitorio è indiscusso che le fattispecie concessorie presuppongono l'attribuzione al privato cittadino di diritti o facoltà nuove, che originariamente esulano dalla sua titolarità²⁸⁵; il carattere comune di tali provvedimenti è "l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica"²⁸⁶.

Esaurito il dato comune, lo scenario dottrinale e giurisprudenziale registra due macro-orientamenti volti ad attribuire all'atto di concessione natura contrattuale o autoritativa.

All'intero del filone contrattualistico, alcuni sostengono che il rapporto nasca da un "contratto di diritto pubblico"²⁸⁷, avente ad oggetto materie di interesse generale, e frutto dell'incontro della volontà del privato e della P.A., i quali agiscono su base paritetica.

Una diversa impostazione attribuisce al contratto di concessione natura strettamente privatistica²⁸⁸, sottolineando il carattere accessorio del provvedimento contenente la manifestazione di volontà dell'Amministrazione. Quest'ultimo, infatti, rileva unicamente in funzione selettiva del contraente privato, o come schema di preventiva determinazione delle successive clausole negoziali.

L'opposto orientamento anti-contrattualistico ricollega l'effetto traslativo o costitutivo del diritto o della potestà esclusivamente al provvedimento abilitativo emanato dall'Amministrazione, in quanto unica vera forma di manifestazione del potere concessorio.

²⁸⁴ Agli albori dell'istituto, non vi fu un provvedimento unilaterale di concessione, ma esso veniva adottato solo successivamente rispetto alla stipulazione del contratto che approvava, incidentalmente, conferendogli efficacia. La consuetudine, nata alla fine dell'800, continuò a essere seguita anche nei primi anni del '900, dopo la nascita della teoria delle persone giuridiche pubbliche. Pertanto, anche quando si iniziò a stabilire un nesso tra disposizione delle cose e attività pubbliche e adozione di atti amministrativi unilaterali, le pubbliche amministrazioni e, in particolare, i Comuni continuarono ad utilizzare la prassi ormai consolidata, ritenendosi sufficiente approvare con un provvedimento ciò che era già contrattato (sul tema di veda M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.* Treccani, 1988, VII, pp. 2 e ss.). Per un illustre contributo, si veda O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, LVI, 1894, IV, p. 25.

²⁸⁵ Si ricorda che la dottrina tradizionale suole distinguere tra le c.d. "concessioni traslative" che prevedono il trasferimento di una potestà inizialmente attribuita alla P.A., e "concessioni costitutive" che determinano la creazione *ex novo* di una situazione giuridica in capo al soggetto concessionario (sul punto si veda R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2014, p. 1020).

²⁸⁶ La definizione è di G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1958, p. 261.

²⁸⁷ R. CHIEPPA – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano 2007, p. 712; E. SILVESTRI, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961. La paternità della teoria del contratto di diritto pubblico sembra ad ogni modo da attribuire a U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, pp. 369 ss.

²⁸⁸ M. D'ALBERTI, *op. ult. cit.*

La componente volontaristica del privato si ridurrebbe così ad un mero presupposto, se precedente all'adozione dell'atto amministrativo, o ad una condizione di efficacia, se successiva alla costituzione del rapporto di concessione.

A sostegno di tale dottrina, i più estremisti hanno dedotto l'esistenza di fattispecie c.d. "provvedimentali pure", in cui manca del tutto un negozio accessorio che disciplini convenzionalmente i profili esecutivi del rapporto.

L'opinione giurisprudenziale prevalente segue un'impostazione mediana, coniando la categoria della c.d. "concessione-contratto"²⁸⁹.

La fattispecie concessoria sarebbe, quindi, la risultante della combinazione di due distinti momenti: un primo di natura autoritativa che si concretizza nell'adozione del provvedimento di individuazione del concessionario e nel conseguente affidamento del bene o del servizio, ed un secondo "paritetico-negoziale" che si conclude con la stipulazione del contratto di concessione, contenente la disciplina dei profili patrimoniali del rapporto.

Dal punto di vista sistematico occorre rilevare come l'attuale evoluzione ordinamentale milita sempre più verso la conversione delle concessioni nel modello contrattuale.

Si è, infatti, evidenziato come l'introduzione del comma 1 *bis* all'interno dell'art. 1 della l. n. 241/90 sia stata dettata principalmente dall'intento di favorire il ricorso a strumenti negoziali nel settore dei provvedimenti concessori.

Ulteriormente dall'analisi del tessuto normativo del precedente Codice dei contratti pubblici emerge con chiarezza come le concessioni di beni e servizi presentino caratteristiche molto simili alle corrispettive figure contrattuali degli appalti.

La definizione delle concessioni veniva infatti ricavata *de relato*, dal momento che l'art. 3 commi 11 e 12 del d.lgs. n. 163/2006, stabiliva che tale istituto presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico, ad eccezione del fatto che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestione, o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Ciò nonostante, è innegabile che la concessione si caratterizza per la costituzione di un rapporto sostanzialmente trilaterale che coinvolge amministrazione, concessionario ed utenti. È vero che le parti della convenzione sono solo l'Amministrazione e il concessionario, ma gli effetti della concessione stessa si riverberano direttamente nei confronti dell'utenza, "perché vi è una traslazione di poteri pubblici che passano dall'amministrazione concedente al concessionario; il quale, dunque, rende la prestazione oggetto della convenzione non direttamente

²⁸⁹ Tale impostazione è a dir il vero risalente, essendo già espressa dalla Cassazione nella sentenza del 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. Comm.*, 1910, p. 248, in cui si afferma che la concessione va considerata in due momenti giuridici: un "atto di sovranità", e la stipulazione di un contratto, per la regolazione dei profili patrimoniali.

all'Amministrazione, bensì ai cittadini ed è legittimato, per questo, ad ottenere la remunerazione del servizio prestato, direttamente da essi, mediante il pagamento delle tariffe o canoni²⁹⁰.

Il rapporto concessorio risulta fortemente intriso di componenti pubblicistiche, che emergono anche dalla relazione con i terzi, e ciò determina l'attrazione della relativa disciplina nell'ambito del diritto amministrativo più che contrattuale.

Tuttavia, per non svalutare l'importanza della componente pattizia si è tentato di ricondurre le concessioni allo schema di cui all'art. 11 l. n. 241/1990, evidenziandone la natura di "accordi procedurali accessivi" al provvedimento finale, il cui contenuto viene preventivamente concordato tra l'Amministrazione e il cittadino²⁹¹.

Si tratterebbe di pattuizioni che determinano l'oggetto discrezionale del provvedimento conclusivo, e ne specificano il contenuto in relazione agli aspetti economici ed accessori.

Parteciperebbero allora della stessa natura pubblicistica dell'atto cui accedono, in virtù dell'osmosi che si realizza tra contratto e provvedimento, al punto che il primo si spiega solo in relazione al secondo²⁹².

Nella tripartizione dei contratti pubblici, in precedenza analizzata, le concessioni si inseriscono allora nell'ambito dei contratti di diritto pubblico, e segnatamente tra i "contratti accessivi al provvedimento", come moduli convenzionali che si affiancano a provvedimenti che sono già fonte di effetti per la p.a. ed il privato²⁹³.

Tale impostazione è stata recepita anche dall'Adunanza Plenaria del 20 giugno 2014 n. 14, che giustifica la permanenza dei poteri di autotutela amministrativa in relazione alle "concessioni-contratto", attesa la loro natura eminentemente pubblicistica.

Si ammette la revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 per quegli atti amministrativi che incidono su rapporti negoziali originati da una concessione-contratto, sia per l'assenza di una norma quale l'art. 134 d.lgs. n. 163/2006 disciplinante la facoltà di recesso, sia soprattutto per la natura giuridica, assimilabile ad una regolazione di tipo provvedimentale.

La soluzione non sarebbe diversa se si accogliesse pienamente la teoria della riconducibilità delle concessioni allo schema di cui all'art. 11 l. n. 241/90, dal momento che la facoltà di recesso di cui al comma 4, come visto, rappresenta una speciale forma di revoca pubblicistica del provvedimento²⁹⁴.

²⁹⁰ Così, Cons. St. 1 agosto 2007 n. 4270, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁹¹ In dottrina, si veda S. D'ANCONA, *La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative*, in M. CARFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE- G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano 2013.

²⁹² M. SANTISE, *op. ult. cit.*, p. 272.

²⁹³ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 1993, pp. 356 e ss.

²⁹⁴ Per un'opinione contraria, secondo cui il recesso di cui all'art. 11 comma 4 l. n. 241/90 non sarebbe assimilabile alla revoca ex art. 21 *quinquies*, si veda M. CERUTI, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urb. e Appalti*, 2016, 6, p. 640.

Il rapporto concessorio, a differenza di quello tra appaltatore e stazione appaltante, nasce in un'ambientazione autoritativa, ed è coerente che il riesame dello stesso si manifesti attraverso l'esercizio di poteri altrettanto autoritativi.

Ne consegue che la p.a. a fronte della stipulazione di una convenzione concessoria non perde la possibilità di esercitare le proprie facoltà di autotutela, nella duplice forma della revoca e dell'annullamento d'ufficio, ove sopravvengano ragioni di opportunità o si rivelino motivi di illegittimità.

L'affermazione della Plenaria, che accomuna sotto il medesimo ambito le convenzioni accessive alle concessioni amministrative e le concessioni di servizi e lavori pubblici, appare troppo netta, e frutto di una generalizzazione del fenomeno concessorio che non corrisponde alla realtà empirica e normativa, soprattutto a seguito delle influenze sovranazionali.

Non può negarsi che il diritto eurounitario spinga verso la visione contrattuale delle concessioni di servizi e lavori pubblici: l'art. 5, par. 1, lett. a) e b) della Dir. 2014/23/UE, definisce espressamente l'istituto come "un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori/forniture e la gestione di servizi ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori/servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

Tale definizione è stata pedissequamente recepita dall'art. 3, lett. uu) e vv) del d.lgs. n. 50/2016, giungendosi per la prima volta ad una nozione di concessione autonoma e distinta da quella di appalto pubblico, che ne valorizza tuttavia l'essenza contrattuale, come tipologia caratterizzata dall'assunzione del rischio gestorio da parte del concessionario.

Ciò sollecita gli interpreti a prendere atto dell'esistenza di una dicotomia tra "concessioni-atto", di natura prettamente provvedimentoale, e "concessioni-contratto", di natura contrattuale ed oggetto della disciplina specifica del Codice Appalti.

Ecco allora che la soluzione dell'Adunanza Plenaria comincia a mostrare delle crepe, non potendosi condividere la collocazione delle fattispecie di concessione di lavori e servizi nell'ambito dell'autoritatività dell'azione amministrativa.

La frattura diviene ancora più profonda se si considera l'estensione del recesso ex art. 109 d.lgs. n. 50/2016 anche alle concessioni, in forza del rinvio effettuato dall'art. 164 comma 2 del nuovo Codice.

L'applicabilità di tale norma induce a dubitare fortemente della permanenza di un potere generale di revoca da parte della p.a. a fronte della stipulazione di una convenzione di concessione, determinandosi altrimenti una disparità di trattamento rispetto alla fattispecie degli appalti, priva di un reale fondamento.

Se infatti, la Plenaria era giunta ad escludere la facoltà di revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, proprio per l'esistenza di una disposizione quale il vecchio art. 134 d.lgs. n. 163/2006 che poneva un concorso apparente di norme risolto in favore di quella speciale, ad analoga soluzione dovrebbe oggi pervenirsi alla luce dell'art. 109 d.lgs. n. 50/2016, applicabile indistintamente alle figure contrattuali degli appalti e delle concessioni.

Senonchè, la validità di tale affermazione si scontra con il dato normativo: l'art. 176 del nuovo Codice, riproducendo l'art. 158 del d.lgs. n. 163/2006, accanto alla risoluzione del rapporto per inadempimento del concessionario prevede la possibilità di una revoca per motivi di pubblico interesse.

La stessa rubrica della disposizione, "Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento, e subentro" dimostra la coesistenza di poteri eterogenei in capo all'Amministrazione: da un lato si pongono i rimedi negoziali avverso l'inadempimento di stampo puramente privatistico come confermato dal richiamo all'art. 1453 c.c.; dall'altro, vi sono facoltà di riesame tipicamente pubblicistiche, quali la revoca della concessione per sopravvenuti motivi di opportunità, o il suo annullamento d'ufficio per profili di illegittimità.

E proprio l'inserimento dell'autotutela amministrativa in una disposizione che regola patologie civilistiche del rapporto, rivela tutta "l'incertezza del diritto delle concessioni"²⁹⁵.

Affiancare la revoca per motivi di interesse pubblico alla risoluzione per inadempimento, significa di fatto equiparare uno strumento pubblicistico di autotutela ad un rimedio contrattuale civilistico. Emerge una natura quanto mai anfibia della concessione: nel primo caso essa sarebbe un provvedimento amministrativo, mentre nel secondo si vestirebbe da contratto.

13. La revoca dei contributi e sovvenzioni pubbliche: i problemi di giurisdizione e l'intervento dell'Adunanza Plenaria 29 gennaio 2014 n. 6.

La commistione di profili pubblicistici e privatistici nei poteri di riesame della p.a. ha rivelato tutta la sua problematicità anche nell'ambito dei rapporti di finanziamento pubblico.

Il tema interseca l'analisi dei rapporti tra autotutela e contratto, poiché anche in tale ambito si apprezzano le due facce del potere di riesame, e la doppia anima del rapporto tra Amministrazione e cittadini.

È bene chiarire sin da subito che le fattispecie delle contribuzioni e sovvenzioni pubbliche rappresentano un settore distinto e non assimilabile alla figura delle concessioni.

La stessa Plenaria precisa utilmente che "deve essere esclusa l'equiparabilità tra concessione di beni ed erogazione del denaro, in quanto, anche se il denaro è annoverabile nella categoria dei beni, non va confusa la figura della concessione a privati di benefici pubblici, che presuppone l'uso

²⁹⁵ Così, M. CERUTI, *op. ult. cit.*, p. 641.

temporaneo da parte dei privati di detti bene per una finalità di pubblico interesse, con quella del finanziamento, che implica un tipo di rapporto giuridico del tutto diverso, in forza del quale il finanziato acquisisce la piena proprietà del denaro erogatogli ed eventualmente assume l'obbligo di restituirlo in tutto o in parte ad una determinata scadenza²⁹⁶.

L'autonomia delle sovvenzioni dal fenomeno delle concessioni comporta la necessità di condurre un esame separato della questione relativa ai poteri di incisione unilaterale della p.a. sul rapporto, non potendosi estendere le conclusioni cui si è pervenuti in precedenza.

Per comprendere la natura dei poteri di riesame sugli atti di contribuzioni economica, e stabilire se essi siano riconducibili all'autotutela pubblicistica o privatistica dell'Amministrazione, occorre tuttavia fare un passo indietro, ed analizzare la genesi del rapporto.

Nell'eterogeneità del fenomeno della contribuzione pubblica, solo la comprensione della natura degli atti che danno origine alla relazione tra p.a. concedente e privato, può consentire di individuare l'essenza dei poteri esercitati nella fase esecutiva, e di trarre le dovute conseguenze in tema di giurisdizione.

Ebbene, nel momento iniziale di erogazione del contributo si distingue, in base alle singole disposizioni normative che regolano il rapporto, tra un'attività vincolata ed un'attività discrezionale della p.a.

Può accadere, infatti, che la legge predetermini l'*an*, il *quid*, e il *quomodo* dell'erogazione del contributo, facendo sì che l'atto con cui si realizza la fattispecie si presenti come integralmente vincolato: in tal caso la p.a. si limita ad accertare l'esistenza dei presupposti per cui sia sorto o meno il diritto alla contribuzione. L'atto di accertamento ha carattere meramente dichiarativo di un diritto soggettivo già riconosciuto come spettante al privato dalla legge, degradando a mero fatto attuativo²⁹⁷.

Eventuali controversie che dovessero sorgere in relazione all'atto con cui si attribuisce o si nega il beneficio saranno devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, vedendo in rilievo posizioni di diritto soggettivo del privato.

Viceversa, qualora la norma attributiva della facoltà di concedere il finanziamento lasci margini di discrezionalità in favore della p.a., la produzione dell'effetto giuridico dipenderà dall'esercizio di un potere autoritativo, cui si contrappone una posizione di interesse legittimo; in coerenza con tale assunto, la giurisdizione si radica presso il giudice amministrativo.

Ciò perché alla base del rapporto di contribuzione non si pone un atto dichiarativo, ma un provvedimento concessorio con effetti costitutivi, che corrisponde all'interesse pretensivo vantato dal privato.

²⁹⁶ cfr. Ad. Plen. 29 gennaio 2014 n. 6, in *www.neldiritto.it*; Cass., Sez. Un., 19 maggio 2008, n. 12641, in *www.iuritalia.it*.

²⁹⁷ Lo schema di produzione dell'effetto giuridico sarà allora quello del "norma-fatto-effetto", senza intermediazione del potere pubblico.

È evidente che nella prima eventualità analizzata gli atti di gestione del rapporto, e di interruzione dello stesso in caso di inadempienze del concessionario, rivestono natura privatistica, non venendo in rilievo poteri autoritativi, esclusi già nel momento genetico.

Diversamente, nelle contribuzioni che traggono origine da un provvedimento discrezionale, la tentazione è di ritenere che anche tutti gli atti successivi di gestione e cessazione del rapporto partecipino della medesima natura pubblicistica, attribuiti pertanto alla giurisdizione amministrativa.

In realtà, come chiarito anche dall'Adunanza Plenaria, lo scenario si rivela ben più complesso, dovendosi distinguere tra gli atti che integrano esercizio dell'autotutela decisoria *tout court*, e quelli di mera reazione all'inadempimento del privato.

Le due facoltà, pur coesistendo in capo all'Amministrazione, si fondano su presupposti diversi: il riesame in autotutela si fonda sul riscontro di un vizio di illegittimità (art. 21 *nonies* l. n. 241/90) o di inopportunità (art. 21 *quinquies* l. n. 241/90) del provvedimento di sovvenzione; gli atti comunque denominati di decadenza o risoluzione del rapporto si giustificano in virtù della perdita dei requisiti o dell'inadempimento del privato.

In quest'ultimo ambito vengono in rilievo atti unilaterali di diritto privato della p.a., che non sono espressione di un potere pubblicistico ma negoziale.

L'Amministrazione non incide sull'atto di erogazione del contributo, ritirandolo, ma sul rapporto che scaturisce, determinandone l'interruzione.

Tale potere di recidere il rapporto è espressione dell'autotutela privatistica (già contemplata secondo la Plenaria dagli artt. 134 e 136 del precedente Codice dei contratti pubblici), riconosciuta alla p.a. su base paritetica e non autoritativa: "l'atto in questione si configura come declaratoria della sopravvenienza di un fatto cui la legge ricollega l'effetto di determinare la decadenza dal diritto di godere del beneficio e trova ragione non già in una rinnovata ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato, ma nell'asserito inadempimento degli obblighi imposti al beneficiario e nella verifica dei presupposti di esigibilità del credito"²⁹⁸.

Ne consegue che di fronte alla risoluzione del rapporto si stagliano diritti soggettivi del privato e non interessi legittimi, affidati alla cognizione del giudice ordinario, secondo il normale criterio di riparto fondato sul *petitum* sostanziale, dal momento che il settore delle sovvenzioni pubbliche non rientra negli ambiti di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La validità della scelta legislativa di limitare l'ambito di cognizione del giudice amministrativo alla sua giurisdizione di legittimità, è stata di recente confermata anche dalla Corte Costituzionale, che

²⁹⁸ cfr. Ad. Plen. 29 gennaio 2014, n. 6, *cit.* Nella pronuncia si chiarisce altresì che il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, in materia di controversie riguardanti la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche deve essere attuato sulla base del generale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata, stante l'assenza di una giurisdizione esclusiva su tali controversie.

ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, 76 e 111 Cost. dell'art. 133, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nella parte in cui non devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le questioni relative alla concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari, ritenendosi che “va rimessa alla discrezionalità del legislatore l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nell'ambito di un ventaglio di possibili soluzioni, nessuna delle quali costituzionalmente imposta”²⁹⁹.

A dir il vero, l'ordinanza di rimessione evidenziava un aspetto innegabile, rappresentato dall'intreccio tra diritti soggettivi ed interessi legittimi nella materia delle sovvenzioni pubbliche, ma tale dato non basta secondo la Corte a ritenere costituzionalmente illegittima l'assenza di una giurisdizione esclusiva: deve essere l'interprete a sciogliere l'intricata matassa, analizzando a fondo la natura del potere esercitato dalla p.a., da cui dipende il concreto atteggiarsi della situazione soggettiva del privato.

Risultano ancora valide e coerenti le distinzioni tracciate dall'Adunanza Plenaria, secondo cui “qualora la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se si faccia questione di atti formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione, purché essi si fondino sull'inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo. In tal caso, infatti, il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione”.

Viceversa, è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario.

Tali elaborazioni trovano conferma anche da parte della giurisprudenza delle Sezioni Unite che, di recente, ha ribadito che “nella controversia sulla legittimità della revoca di un finanziamento pubblico ad un privato, dovuta all'inadempimento, imputabile al beneficiario, delle prescrizioni previste nell'atto concessorio, la giurisdizione è del giudice ordinario se la controversia concerne

²⁹⁹ cfr. Corte Cost., 2 febbraio 2016 n. 19, in *www.neldiritto.it*.

solo le inadempienze del beneficiario senza coinvolgere il legittimo esercizio dell'attività discrezionale circa l'*an*, il *quid*, e il *quomodo* dell'erogazione"³⁰⁰.

Non può non effettuarsi, in conclusione, una considerazione di carattere sistematico: nell'ambito dei rapporti di finanziamento pubblico, diversamente da quanto si è visto in merito alla materia contrattuale, non è in discussione la permanenza dei poteri di autotutela amministrativa in capo all'Amministrazione anche dopo la costituzione del rapporto.

La p.a. conserva certamente la propria veste autoritativa nella gestione della relazione con il privato, e su questo aspetto concordano sia la giurisprudenza amministrativa che ordinaria.

Il dibattito concerne invece l'individuazione del tipo di potere esercitato di volta in volta dall'Amministrazione per sciogliersi dal vincolo, poiché da tale definizione dipende l'enucleazione dei presupposti di legittimità dello stesso, e la conformazione della situazione soggettiva del beneficiario, che evidenti ripercussioni in punto di giurisdizione.

L'affermazione giurisprudenziale della possibilità indiscussa della p.a. di revocare il contributo esercitando il potere di cui all'art. 21 *quinquies*, deve però fare i conti con ancora una volta con le modifiche che hanno interessato la l. n. 241/90: segnatamente, la l. n. 164/2014, proprio in relazione ai provvedimenti di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici, tra cui rientrano a pieno titolo le sovvenzioni pubbliche, ha escluso la revoca per *ius poenitendi* della p.a.

Ne deriva che l'atto di concessione del beneficio non può essere revocato per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, ma solo in caso di sopravvenienze giuridiche e fattuali, per di più non prevedibili al momento di instaurazione del rapporto.

È dunque il legislatore questa volta ad intervenire per assicurare maggiore tutela all'affidamento del privato, in un settore, come quello dei contributi pubblici, in cui l'interesse alla stabilità dell'erogazione si fa particolarmente forte, e risulta pericolosamente minacciato da orientamenti giurisprudenziali troppo inclini a riconoscere alla p.a. ampi poteri di riesame.

³⁰⁰ Così, Cass. Sez. Un., 17 febbraio 2016, n. 3057, in *Giur. It.*, 2016, 3, p. 511.

CAPITOLO III

ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DELL'AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO.

1. Annullamento d'ufficio e attività negoziale della p.a.: l'ostacolo del contratto.

La disamina dei poteri di riesame in relazione all'attività contrattuale della p.a. deve ora dirigersi verso la fattispecie dell'annullamento d'ufficio, attese le profonde differenze intercorrenti con la facoltà di revoca, di cui ci si è occupati in precedenza.

Si premette, infatti, che la diversità di presupposti tra annullamento e revoca, impedisce di trasportare automaticamente le conclusioni cui si è giunti per quest'ultima nell'ambito del primo istituto, dovendosi necessariamente affrontare la questione in via autonoma.

L'annullamento ex art. 21 *nonies* l. n. 241/90, come ampiamente visto nel primo capitolo, non veicola una valutazione di inopportunità dell'atto revocato, ma tende a rimediare all'illegittimità dello stesso, eliminandolo dall'ordinamento.

Alla base non vi è un fattore di inconvenienza sopravvenuta, ma la stigmatizzazione della contrarietà originaria dell'atto rispetto agli interessi pubblici, e ciò giustifica il suo effetto retroattivo.

Il collegamento che l'annullamento presenta con le esigenze di legalità dell'azione amministrativa ha fatto sì che la dottrina e la giurisprudenza guardassero ad esso con meno perplessità rispetto alla revoca, anche qualora si avvicini al fenomeno contrattuale.

In gioco non vi è la salvaguardia di un diritto di ripensamento unilaterale della p.a., o di una facoltà di reazione a sopravvenienze che alterino la relazione di conformità agli interessi pubblici, ma il potere-dovere di emendare una pregressa situazione di illegittimità.

Tale considerazione è fondamentale per capire il dibattito evolutivo attorno al rapporto tra annullamento d'ufficio e contratti pubblici, e le minori difficoltà che la giurisprudenza ha incontrato nell'affermare la permanenza di tale potere anche dopo la stipulazione negoziale.

Le perplessità che hanno indotto a limitare fortemente la facoltà di revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, in presenza di un contratto ormai concluso, derivano essenzialmente dal bilanciamento dell'interesse della p.a. a sciogliersi da un rapporto divenuto inopportuno rispetto agli interessi pubblici, con l'interesse del contraente privato alla conservazione ed esecuzione del contratto.

L'ammissione di un potere generale di revoca risulta stridente rispetto ai principi civilistici che governano l'attività contrattuale dell'Amministrazione, indebolendo l'indissolubilità del vincolo consacrata dall'art. 1372 c.c.

Anche l'interesse pubblico alla risoluzione del rapporto mediante la revoca degli atti di gara, risulta più cedevole nella dicotomia con l'affidamento del privato, e la tutela del primo non sempre riesce a prevalere sul secondo.

Ciò non vale per le ipotesi di annullamento d'ufficio: l'intervento in autotutela, in questo caso, è animato dall'esigenza di ripristinare la legittimità dell'azione amministrativa e pertanto si regge su un interesse pubblico forte, capace di imporsi con più facilità sulle aspettative del contraente privato.

Anche il rischio di allentamento del principio *pacta sunt servanda* di cui all'art. 1372 c.c. viene avvertito con minor timore: non si tratta infatti di riconoscere alla p.a. una facoltà di scioglimento *ad nutum* dal contratto, ma si prende atto della permanenza di un potere immanente all'azione amministrativa, cui deve sempre garantirsi una possibilità di autocorrezione qualora si dipani oltre quanto consentito dalla legge.

Il contratto, dal canto suo, non ha una forza in campo amministrativo tale da imporsi come limite all'autoannullamento, al punto da rendere irretrattabili, per effetto della sua stipulazione, atti illegittimi.

Ad ogni modo, come già visto in tema di revoca, prima di affrontare i problemi di compatibilità tra l'annullamento d'ufficio e l'attività negoziale della p.a., occorre sgombrare il campo dalle ipotesi di più agevole soluzione, nell'ambito dell'eterogenea fenomenologia dei contratti pubblici.

Così non vi è dubbio che l'Amministrazione conservi il potere ex art. 21 *nonies* l. n. 241/90, a fronte della stipulazione di contratti di diritto pubblico, atteso che la loro valenza pubblicistica consente perfettamente un dialogo con l'autotutela amministrativa *tout court*.

Si rendono necessarie tuttavia alcune precisazioni, soprattutto in merito agli accordi di cui all'art. 11 l. n. 241/90: per le fattispecie sostitutive del provvedimento finale, si può certamente concepire un annullamento d'ufficio che colpisca lo stesso accordo, dal momento che esso partecipa secondo la tesi dominante³⁰¹ della medesima natura dell'atto provvedimentale che sostituisce.

L'annullamento determina la caducazione diretta dell'accordo, con effetto retroattivo sin al momento della sua stipulazione.

Diverse invece sembrano le sorti del provvedimento finale qualora l'annullamento d'ufficio colpisca un accordo integrativo: occorre distinguere il caso in cui la convenzione si limiti a disciplinare aspetti accessori alla determinazione provvedimentale, dall'ipotesi in cui l'accordo con il privato ha ad oggetto il suo contenuto essenziale.

Nella prima eventualità il provvedimento potrebbe sopravvivere in caso di rimozione dell'accordo non essendovi un nesso di dipendenza necessaria tra le due fattispecie; nel secondo caso, il venir meno dell'accordo potrebbe determinare un'invalidità derivata del provvedimento, dovendosi però stabilire se ad effetto viziante o caducante³⁰².

Sembra più logico sostenere che la rimozione dell'accordo integrativo determini un vizio all'interno del provvedimento, che viene emanato sul presupposto di una base giuridica illegittima, senza spingersi a ritenerlo automaticamente rimosso.

L'invalidità derivata ad effetto caducante presuppone una relazione di presupposizione logica e giuridica tra i due atti, secondo un rapporto di consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si ponga come conseguenza inevitabile di quello precedente, senza che nel mezzo corrano ulteriori valutazioni di interesse³⁰³; e tale relazione non pare riscontrarsi nel rapporto che lega l'accordo integrativo al provvedimento finale, giacché al momento della sua adozione l'Amministrazione è chiamata a compiere una nuova valutazione dell'interesse negoziato con il privato, prima di statuire definitivamente.

In realtà, lo scenario è più complesso, dovendosi analizzare anche l'ipotesi inversa in cui sia il provvedimento ad essere annullato in autotutela, al fine di comprendere gli effetti sulle diverse tipologie di contratti di diritto pubblico.

Per i contratti accessivi al provvedimento, posto che il regolamento negoziale si limita a disciplinare specificamente obbligazioni che trovano la loro unica fonte nell'atto autoritativo della p.a., la rimozione in autotutela di quest'ultimo non può che privare di senso la convenzione, che ne risulta inevitabilmente travolta.

³⁰¹ F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, pp. 431 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, p. 217; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004.

³⁰² Per la distinzione tra le due forme di invalidità derivata, si veda R. GAROFOLI- G.FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2014, p. 1213, nonché E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 646.

³⁰³ Così, tra le tante, Cons. St. 30 aprile 2010 n. 1969, in www.giustizia-amministrativa.it.

Allo stesso modo, i contratti ausiliari del provvedimento rivestono una funzione servente rispetto al provvedimento, disciplinando segmenti patrimoniali del rapporto che rimane retto dalla determinazione autoritativa, e dunque, non possono continuare a produrre effetti in mancanza di quest'ultima.

Il discorso muta in relazione ai contratti sostitutivi del provvedimento, attesa l'osmosi tra momento negoziale e momento provvedimentale: l'annullamento d'ufficio colpisce direttamente il contratto che tiene luogo del provvedimento, costituendo esso stesso la fonte autoritativa di regolazione del rapporto, nonostante il potere non si manifesti in forma unilaterale ma consensuale.

Tali considerazioni non vengono condivise dai sostenitori della tesi privatistica degli accordi ex art. 11 l. n. 241/90, reputando l'autotutela pubblicistica incompatibile con la loro natura negoziale, assoggettati al principio civilistico di cui all'art. 1372 c.c.

Lo scioglimento unilaterale dell'accordo sarebbe consentito solo nei casi espressamente previsti dalla legge, come confermato anche dallo stesso art. 11 comma 4 l. n. 241/90, che predispone la facoltà di recesso in favore della p.a.

Si osserva, inoltre, che opinando diversamente, si finirebbe per frustrare le istanze di stabilità e vincolatività dell'accordo che sono alla base dell'introduzione dell'art. 11 l. n. 241/90, facendo degradare nuovamente la fattispecie al rango di intese metagiuridiche³⁰⁴.

Ad ogni modo, anche i fautori della tesi privatistica non possono negare la configurabilità di un annullamento d'ufficio che si diriga verso la determinazione a contrarre ex art. 11 comma 4 *bis* e non verso l'accordo stesso. Ciò determinerebbe, una caducazione del presupposto dell'accordo, conseguentemente affetto da invalidità sopravvenuta a causa della rimozione retroattiva della preventiva deliberazione.

In altre parole, all'impossibilità per la p.a. di agire in autotutela in relazione all'accordo inteso quale atto di diritto privato, farebbe da contraltare il riconoscimento della facoltà di annullare la determinazione preventiva.

Anche quest'ultima opinione è contrastata dai più tenaci sostenitori della tesi negoziale che escludono il riesame in autotutela della determinazione preliminare, evidenziandone la sua natura istantanea; alla p.a., per reagire all'illegittimità o all'inopportunità dell'accordo non resterebbe che il recesso di cui all'art. 11 comma 4 l. n. 241/90.

³⁰⁴ A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*. Napoli, 1999; R. PROIETTI, *Gli accordi sostitutivi ed endoprocedimentali tra p.a. e privati*, in P. STANZIONE – A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova 2006, p. 181.; ; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; V. G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.

Tale impostazione non può essere condivisa, per almeno due ordini di ragioni: da un lato l'efficacia istantanea della determinazione preliminare è facilmente contestabile sulla base della considerazione che essa integra un atto presupposto dell'accordo, i cui effetti non cessano ma solo sono assorbiti da quest'ultimo; né può sottovalutarsi che l'annullamento d'ufficio, a differenza della revoca, opera *ex tunc*, con una retroattività tale da recuperare l'effetto della determinazione e caducarlo.

Né infine, può attribuirsi rilievo alla disposizione che attribuisce alla p.a. il diritto di recesso, poiché i presupposti di tale facoltà coincidono con quelli della revoca ex art. 21 *quinquies* ma non con quelli dell'art. 21 *nonies*: l'annullamento d'ufficio si fonda sul riscontro di un'illegitimità dell'azione amministrativa che ben poco ha in comune con il recesso, ed inoltre la costrizione per la p.a. a ricorrere al rimedio negoziale, sottoporrebbe l'annullamento in autotutela ad un onere economico di indennizzo antitetico alla *ratio* e alla disciplina dell'art. 21 *nonies* l. n. 241/90.

In conclusione l'annullamento in autotutela ben può dialogare con i contratti di diritto pubblico, interagendo con fattispecie comunque affasciate dall'esercizio di poteri autoritativi, di cui l'Amministrazione deve sempre controllare la legittimità, seppur nei limiti posti dallo stesso art. 21 *nonies*.

L'esercizio in forma consensuale del potere pubblico non vale di per sé ad escludere la possibilità (o addirittura la necessità) di una successiva autoverifica di conformità alla legge, che qualora dia esito negativo, consente la rimozione unilaterale dell'atto da parte della p.a.

1.1. Annullamento d'ufficio ed atti della procedura ad evidenza pubblica.

In linea generale, il potere di autotutela trova applicazione anche nelle gare pubbliche, interessando gli atti attraverso cui si dipana la procedura di selezione del contraente, dal momento genetico della determinazione a contrarre, sino a quello conclusivo dell'aggiudicazione definitiva (oggi solo aggiudicazione dopo le modifiche del d.lgs. n. 50/2016).

La fase dell'evidenza pubblica, come visto in precedenza, è retta da regole tipiche del diritto amministrativo, e gli atti endoprocedimentali in cui si articola costituiscono manifestazioni di un potere autoritativo della p.a., per i quali non vi è ragione di escludere l'intervento in autotutela laddove essi si pongano in contrasto con gli interessi pubblici.

La giurisprudenza amministrativa è compatta nell'affermare che l'Amministrazione può sospendere, annullare o revocare in sede di autotutela la procedura di gara e l'aggiudicazione se sussiste l'interesse pubblico alla eliminazione di atti illegittimi o non più rispondenti all'interesse pubblico medesimo, salvo naturalmente il rispetto dei principi di correttezza, che nel caso in esame risultano essere stati rispettati³⁰⁵.

³⁰⁵ Così, Cons. St. 9 marzo 2015 n. 1203, in *www.lexitalia.it*, n. 3/2015.

Lo stesso Codice dei contratti pubblici, all'art. 11 comma 9, riservava espressamente alla stazione appaltante l'esercizio dei poteri di autotutela, rinviando alla disciplina generale della legge n. 241/90³⁰⁶.

La disposizione è rimasta inalterata anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, che all'art. 32 comma 8, riproduce pedissequamente la disciplina previgente, facendo salvi i poteri di autotutela anche dopo l'aggiudicazione del contratto.

Si tratta di previsioni che finiscono per confermare, o addirittura rafforzare, i poteri di riesame delle stazioni appaltanti³⁰⁷, giustificate dall'esigenza di garantire un controllo interno sulla legittimità di procedure particolarmente rilevanti sotto il profilo economico e sensibili all'infiltrazione di fenomeni illeciti.

Tuttavia, i poteri di autotutela, e segnatamente, il potere di annullamento deve necessariamente coordinarsi con le peculiarità della materia, in special modo con l'assetto di interessi pubblici e privati sottesi all'ambito delle procedure di gara.

Preliminarmente, si ribadisce che l'esercizio del potere di autotutela richiede sempre la considerazione dell'affidamento eventualmente generatosi nel privato, l'obbligo di rendere effettive le garanzie procedimentali e di fornire un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che giustificano la differente determinazione, nonché una ponderata valutazione degli interessi, pubblici e privati, sottesi all'attività negoziale della p.a.

Con specifico riguardo all'annullamento d'ufficio, si devono riportare quelle soluzioni interpretative già espresse in tema di revoca degli atti di gara prima dell'aggiudicazione definitiva; non manca, infatti, chi ritiene che anche l'annullamento d'ufficio che colpisca atti precedenti all'aggiudicazione definitiva, non rappresenti una forma di autotutela in senso proprio, piuttosto un mero ritiro di atti endoprocedimentali.

Fino all'aggiudicazione definitiva, il procedimento ad evidenza pubblica non potrebbe dirsi concluso, e pertanto non possono considerarsi eventuali determinazioni caducatorie della stazione appaltante alla stregua di un'autotutela decisoria.

Del resto, il potere della p.a. di non procedere all'aggiudicazione definitiva, ovvero di non confermare la proposta di aggiudicazione (per utilizzare la terminologia oggi vigente), è intrinseco al procedimento di primo grado³⁰⁸, e nella disciplina del Codice Appalti, il diniego dell'aggiudicazione definitiva appare un evento del tutto fisiologico³⁰⁹.

³⁰⁶ cfr. Tar Veneto, 14 settembre 2010, n. 4745 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁰⁷ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino 2012, p. 511.

³⁰⁸ Così, Cons. St. 23 ottobre 2014 n. 5266, in *Giurisd. Amm.* 2014, I, p. 369, e Cons. St. 20 aprile 2012 n. 2338 in *Urb. e Appalti*, 2012, p. 917.

³⁰⁹ Cons. St. 9 luglio 2015 n. 3453, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St. 6 marzo 2015 n. 1142, in *www.lexitalia.it*, n. 3/2015; Cons. St. 19 gennaio 2012 n. 195, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

In realtà tale impostazione non può essere pienamente condivisa, dovendosi necessariamente introdurre dei correttivi che temperino il sacrificio degli interessi privati, non potendosi concepire un potere di interruzione *ad nutum* della procedura senza alcuna garanzia per i partecipanti.

La doverosa osservanza dei principi che governano il generale potere di riesame della p.a. impone, in primo luogo, di considerare l'annullamento come *extrema ratio*, praticabile solo qualora sia risultata inefficace una diversa composizione degli interessi in conflitto.

In secondo luogo, viene in rilievo il principio di conservazione degli atti giuridici³¹⁰, che calato nel contesto delle gare pubbliche, suggerisce di evitare l'annullamento dell'intera procedura in presenza di vizi che concernono solo determinate fasi della stessa; le esigenze di economicità, speditezza e buon andamento dell'azione amministrativa, impongono di rinnovare solo le fasi viziate del procedimento e quelle successive, senza travolgere l'intera procedura³¹¹.

La giurisprudenza³¹² afferma infatti che l'Amministrazione ha l'obbligo di motivare espressamente in merito alle ragioni che l'hanno indotta a annullare l'intera procedura di gara, e che l'hanno indotta ad escludere un annullamento soltanto parziale degli atti antecedenti.

L'obbligo motivazionale della p.a. si estende inoltre alla natura e alla gravità delle anomalie che contenute nel bando o negli altri atti di gara, che in virtù della necessaria comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di annullamento³¹³.

E la valutazione comparativa rende sempre più difficile la prevalenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto sugli interessi dei privati concorrenti, man mano che la procedura ad evidenza pubblica si avvicini al suo esito conclusivo: gli atti di gara, nella loro successione, edificano un affidamento progressivamente più consolidato nei confronti del concorrente circa la futura aggiudicazione del contratto.

Così se l'affidamento dei partecipanti può considerarsi minimo di fronte all'annullamento del bando di gara, dal momento che è difficile che un'aspettativa degna di nota configurarsi circa l'esito favorevole della gara³¹⁴, la p.a. incontrerà molti più ostacoli all'esercizio del potere di autotutela in presenza di un'aggiudicazione.

Non può condividersi quell'impostazione ricorrente in giurisprudenza secondo cui in presenza di un'aggiudicazione provvisoria, attesa la natura di atto endoprocedimentale con effetti interinali da cui non deriva alcuna posizione consolidata dell'impresa concorrente, la stazione appaltante

³¹⁰ G. PEPE, *Il principio di conservazione degli atti giuridici con particolare riguardo alla attività amministrativa*, in www.giustamm.it, n. 5/2009.

³¹¹ cfr. Cons. St. 4 settembre 2014 n. 4514, in *Giurisd. Amm.* 2014, I, p. 333.

³¹² Così, Cons. St. 6 ottobre 2015 n. 4654, in www.lexitalia.it, n. 10/2015.

³¹³ cfr., fra le tante, Cons. St. 20 febbraio 2014 n. 781 in www.lexitalia.it, n. 2/2014.

³¹⁴ Seppur con le dovute eccezioni: si pensi all'ipotesi della gara con due sole imprese partecipanti, o della posizione dell'unico offerente.

potrebbe procedere all'annullamento d'ufficio anche a prescindere della sussistenza di uno specifico interesse pubblico che giustifichi il sacrificio del privato³¹⁵.

Se l'esercizio dell'autotutela nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica trova la sua base giuridica nella legge n. 241/90, occorre rispettarne il paradigma di riferimento, non potendosi avallare forme di riesame che prescindano dalla valutazione comparativa tra interesse pubblico ed interessi privati, e ciò anche qualora l'affidamento del concorrente sia ancora tenue: in questo caso la p.a. avrà meno difficoltà ad affermare la prevalenza dell'interesse pubblico, ma non per questo può dirsi esentata dal considerare anche l'interesse dei privati.

Il potere di annullamento ex art. 21 *nonies* l. n. 241/90 incontra poi ulteriori limiti nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica: la previsione di un termine ragionevole entro cui la p.a. deve procedere al ritiro dell'atto assume infatti un significato del tutto peculiare una volta calata nel contesto delle gare pubbliche.

La ragionevolezza del termine finisce per dipendere strettamente dal grado di avanzamento della procedura selettiva, al punto da reputare difficilmente ragionevole l'annullamento di un atto quando si sia già giunti all'emanazione di atti della fase successiva. Estremizzando tale considerazione si potrebbe arrivare ad affermare che le sequenze dell'evidenza pubblica presentino un netto grado di separazione: una volta entrati nella fase successiva l'annullamento degli atti della fase precedente apparirebbe necessariamente tardivo. Così una volta che la stazione appaltante abbia adottato l'aggiudicazione in favore dell'offerente vincitore, l'eventuale caducazione in autotutela del bando risulterebbe inevitabilmente tardiva, oltre un termine che possa dirsi ragionevole.

Tale ricostruzione non convince, soprattutto alla luce della patologia che avvince gli atti della procedura ad evidenza pubblica: la connessione degli stessi, dà luogo ad un'invalidità derivata, talché gli atti successivi a quello illegittimo risultano parimenti viziati, e ciò esclude che essi possano restare efficaci per il solo passaggio da una fase precedente a quella successiva. La valutazione di ragionevolezza del termine deve fare necessariamente i conti con la presenza di vizi che contaminano tutta la procedura, e non essendo circoscritti al singolo atto cui afferiscono.

È vero dunque che per le particolari modalità del procedimento di selezione del contraente giustifica un consolidamento dell'affidamento dei privati anche in un tempo brevissimo, ma di fatto, l'annullamento d'ufficio non viene paralizzato, determinando un effetto viziante anche degli atti successivi a quello rimosso.

Per quanto attiene, infine, alle garanzie procedimentali, la giurisprudenza ritiene che l'annullamento d'ufficio degli atti di gara deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del

³¹⁵ cfr. Tar Piemonte, 25 marzo 2011, n. 280 in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Sardegna, 11 novembre 2010, n. 2582, in *Foro Amm. TAR*, 2010, p. 3723.

procedimento, cui segue la necessaria partecipazione degli interessati al modulo pubblicistico di edizione del potere di riesame.

Per le ragioni innanzi espresse, l'orientamento prevalente ritiene che le garanzie procedurali, tra cui la comunicazione di cui all'art. 7 l. n. 241/90, costituisca un obbligo per la p.a. solo in presenza di un'aggiudicazione definitiva, non anche a fronte dell'aggiudicazione provvisoria (oggi, proposta di aggiudicazione), poiché tale ripensamento non si atterrebbe in termini di autotutela in senso tecnico³¹⁶.

In coerenza con tale visione la giurisprudenza afferma che prima dell'aggiudicazione definitiva non possono ravvisarsi neanche controinteressati rispetto all'esercizio dei poteri di riesame da parte della p.a.: solo in presenza dell'aggiudicazione definitiva, quale atto ad effetto stabile suscettibile di accrescere e di consolidare la posizione giuridica del soggetto, si può prospettare una posizione di controinteressato, quando si impugni un atto comunque avente natura infraprocedimentale.

Del resto, anche l'aggiudicazione provvisoria non costituisce ancora la definitiva scelta del soggetto aggiudicatario della gara, poiché essa, quale atto che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario della gara, non costituisce l'atto conclusivo del procedimento, facendo nascere in capo all'interessato una aspettativa alla conclusione del procedimento, senza attribuire in modo stabile il bene della vita³¹⁷.

Non possono tacersi ancora una volta le perplessità che si celano dietro tale impostazione, che esclude in maniera troppo automatica la sussistenza di un affidamento tutelabile del partecipante prima dell'aggiudicazione definitiva; non è affatto improbabile, che il privato, abbia maturato una posizione meritevole di tutela già al momento dell'aggiudicazione provvisoria e che la sua aspettativa meriti almeno una considerazione nel procedimento di riedizione del potere di autotutela, se non altro anche per consentire alla stazione appaltante una ponderazione più matura della scelta di procedere al ritiro dell'atto.

In definitiva possono desumersi i seguenti principi, ormai consolidato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza: in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del contraente, l'Amministrazione conserva il potere di annullare in via di autotutela la procedura e le singole operazioni di gara.

In tale prospettiva, il provvedimento di aggiudicazione definitiva e tanto meno quello di aggiudicazione provvisoria non ostano all'esercizio di un siffatto potere che, tuttavia, incontra un limite insuperabile nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza e nella tutela dell'affidamento ingenerato.

³¹⁶ cfr. Cons. St., 27 novembre 2014 n. 5877, in *www.lexitalia.it* n. 11/2014; Tar Abruzzo, L'Aquila, 16 aprile 2012 n. 251 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³¹⁷ Così, *ex pluris*, Cons. St. 11 luglio 2012 n. 4116, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

La stazione appaltante conserva dunque il potere di annullare i propri atti della procedura ad evidenza pubblica, una volta riscontrati i presupposti di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90.

Il controllo giurisdizionale si fa duplice: in primo luogo si staglia un sindacato di legittimità sull'esercizio del potere di annullamento, alla stregua della disciplina di cui alla legge generale sul procedimento.

Accanto ad esso, si può configurare solo una violazione dei principi di correttezza e buona fede che governano la fase delle trattative ex art. 1337 c.c.: anche in presenza di un atto di annullamento legittimo, non può escludersi a priori una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto dalla p.a., che ha dato corso ad una procedura illegittima.

La giurisprudenza ormai consolidata chiarisce, infatti, che in seno ad un procedimento ad evidenza pubblica può configurarsi, accanto ad una responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo, derivante dalla illegittimità degli atti o dei provvedimenti relativi al procedimento amministrativo di scelta del contraente, una responsabilità di tipo precontrattuale per violazione di norme imperative che pongono "regole di condotta", da osservarsi durante l'intero svolgimento della procedura di evidenza pubblica.

Le predette regole "di validità" e "di condotta", come ribadito più volte, operano su piani distinti: non è necessaria la violazione delle regole di validità per aversi responsabilità precontrattuale e, viceversa, la inosservanza delle regole di condotta può non determinare l'invalidità della procedura di affidamento³¹⁸.

Il solo deterrente all'esercizio dell'autotutela prima della stipulazione del contratto è dunque rappresentato dall'eventuale responsabilità precontrattuale, nella quale l'Amministrazione incorre qualora il complessivo comportamento (individuabile nella sequenza: emanazione dell'atto favorevole di aggiudicazione e successivo ritiro), si riveli obiettivamente contrario ad obblighi di lealtà e correttezza e lesivo dell'affidamento suscitato nella controparte.

All'opposto, la responsabilità precontrattuale è esclusa quando l'annullamento della gara si fonda su un'illegittimità consapevolmente posta in essere dalla parte privata, nonché qualora l'annullamento sia disposto per violazione di norme generali, conoscibili dalle altre parti con l'uso della normale diligenza³¹⁹.

In tali ipotesi, la conoscenza o la conoscibilità dei vizi che determinano l'illegittimità della gara esclude la configurabilità di un affidamento meritevole di tutela in capo al concorrente privato, che non può nutrire nessuna legittima speranza circa l'esito favorevole della gara.

³¹⁸ cfr. Cons. St. 15 settembre 2014 n. 4674, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³¹⁹ cfr. Cass. 13 maggio 2009 n. 11135, in *Giur. It.*, 2010, 3, p. 568.

L'annullamento, allora, si fa quasi doveroso, non potendosi tollerare che l'Amministrazione porti avanti una gara illegittima, non incontrando neanche il limite della tutela delle posizioni concorrenti rispetto alla sua necessaria interruzione.

2. Il potere di annullamento in autotutela dopo la stipulazione del contratto.

2.1. La visione pancivilistica della fase esecutiva del contratto.

Come emerge dalle considerazioni mosse sin ora, la fattispecie maggiormente frequente nella prassi applicativa, e densa di problematiche giuridiche è rappresentata dall'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva (oggi solo aggiudicazione), con cui la p.a. rimuove l'atto conclusivo di una procedura ad evidenza pubblica che risulta espletata in contrasto con la legge.

È pacifico che la stazione appaltante possa esercitare i propri poteri di autotutela sino alla stipulazione del contratto, ammettendosi in tal caso solo un controllo alla stregua dei parametri civilistici di correttezza e buona fede, qualora l'atto di annullamento risulti legittimo; più delicato è stabilire se tale potere permanga in capo all'Amministrazione successivamente alla stipulazione del contratto.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza ordinaria ritiene che il generale potere di autotutela che compete alla p.a., può essere legittimamente esercitato anche con riferimento agli atti amministrativi costituenti il presupposto di un contratto di diritto privato, stipulato successivamente agli stessi, poiché in tal caso l'autotutela ha per oggetto non il contratto ma i provvedimenti adottati nel corso dell'iter procedimentale prodromico alla relativa stipulazione³²⁰.

E ciò si riflette, come si vedrà anche in seguito, sui profili di giurisdizione: essendo da escludere ogni incompatibilità tra esercizio dell'autotutela ed avvenuta stipulazione del contratto, deve reputarsi che tale stipulazione non osti all'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le cause riguardanti impugnative di provvedimenti adottati nel corso della procedura di affidamento in appalto.

Anche la giurisprudenza amministrativa si colloca nella medesima ottica, sancendo la legittimità dell'esercizio dei poteri di annullamento "in presenza di gravi vizi dell'intera procedura, dovendo l'Amministrazione tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse"³²¹.

Tale potere di autotutela trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, in attuazione dei quali l'Amministrazione deve adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, fermo l'obbligo nell'esercizio di tale delicato potere, anche in

³²⁰ cfr. Cass., Sez. Un., 1 marzo 2006 n. 4508, in *Giurisd. Amm.*, 2006, III, p. 173.

³²¹ cfr. Cons. St. 7 settembre 2011 n. 5032 e Cons. St. 4 gennaio 2011 n. 11, entrambe rinvenibili in www.giustizia-amministrativa.it.

considerazione del legittimo affidamento eventualmente ingeneratosi nel privato, di rendere effettive le garanzie procedimentali, di fornire un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che giustificano la differente determinazione e di una ponderata valutazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco.

Il provvedimento di aggiudicazione definitiva, e l'intervenuta stipulazione del contratto non costituiscono di per sé ostacolo giuridicamente insormontabile all'annullamento in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto³²².

L'avvenuta stipulazione del contratto e la sua attuale esecuzione, inoltre, non integrano elementi sufficienti ad escludere nella fattispecie in esame la giurisdizione del giudice amministrativo e a radicare quella del giudice ordinario.

Di fronte all'esercizio del potere di annullamento la situazione del privato è di interesse legittimo, a nulla rilevando che tale esercizio, in ultima analisi, produca effetti indiretti su di un contratto stipulato da cui sono derivati diritti.

Non sono mancate ad ogni modo voci contrarie, che sostengono l'inammissibilità di un potere di annullamento in autotutela sugli atti che precedono il contratto, dopo che questo venga stipulato dalla p.a.

L'orientamento prende le mosse dalla negazione in radice dell'astratta titolarità del potere di agire in autotutela sulle delibere a monte di un contratto concluso ed in corso di esecuzione³²³.

Si osserva come la forma pubblicistica dell'autotutela serva solo a nascondere la sostanza di un negozio giuridico unilaterale, che esprime la mera volontà dell'Amministrazione di sciogliersi dal contratto.

La delibera di autotutela integrerebbe allora un atto inerente l'esecuzione del rapporto contrattuale, cui si contrappongono diritti soggettivi del privato, affidati alla giurisdizione ordinaria.

Anche le Sezioni Unite hanno talvolta mostrato di aderire a siffatta impostazione, affermando che l'esercizio dell'autotutela sugli atti a monte del contratto, ha ad oggetto la vigenza del rapporto contrattuale e deve essere risolta alla stregua delle norme sulla validità del contratto³²⁴.

La dottrina, dal canto suo, ha manifestato forti dubbi circa la permanenza del potere di annullamento d'ufficio dopo la conclusione del contratto.

L'idea che, a contratto concluso e in fase di esecuzione, l'Amministrazione conservi comunque il potere di riesaminare gli atti di gara e di rimuovere in autotutela l'aggiudicazione, ove ne accerti

³²² cfr. Tar Campania, Napoli, 28 marzo 2013 n. 1689 in *Giurisd. Amm.* 2013, II, p. 605; Tar Lazio, Roma, 9 marzo 2009, n. 2372, in *Urb. e Appalti*, 2009, p. 869.

³²³ Così, Tar Piemonte 21 dicembre 2012 n. 1390, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Toscana 12 dicembre 2011, n. 1925 in *Banca, borsa e titoli di credito* 2012, pp. 304 e ss., con nota di A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela e attività contrattuale della pubblica amministrazione, a proposito di contratti di swap stipulati da enti locali: nota a Consiglio di Stato 7 settembre 2011, n. 5032 e Tar Toscana 12 dicembre 2011, n. 1925*.

³²⁴ Così, Cass. Sez. Un. 19 maggio 2012 n. 8515, in www.giustamm.it.

l'illegittimità alla stregua delle norme amministrative, si fonda su un'interpretazione eccessivamente bifasica delle procedure di formazione dei contratti pubblici.

L'aggiudicazione, come atto finale della serie governata dal diritto pubblico, conserverebbe una propria efficacia anche dopo la stipula del contratto: ciò la renderebbe suscettibile di ritiro da parte della stazione appaltante, in virtù del potere generale di autotutela che le spetta sui suoi atti³²⁵.

Tale impostazione viene criticata poiché pretende di ancorarsi al dato normativo di cui all'art. 11 comma 9 del precedente d.lgs. n. 163/2006, che sebbene faccia salvo il potere di autotutela della stazione appaltante, si riferisce ad un ambito temporale ben circoscritto che va dall'aggiudicazione definitiva alla stipulazione del contratto. E' solo in questo intervallo che il legislatore si preoccupa di assicurare alla p.a. la titolarità della facoltà di autotutela, mirando a ribadire che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta e dunque non determina la conclusione del contratto.

In quest'ottica, è erroneo ritenere che l'aggiudicazione funga da presupposto del contratto, così come impropria è l'assimilazione, in cui spesso cade la giurisprudenza³²⁶, del rapporto tra aggiudicazione e contratto a quello esistente tra una concessione e il contratto accessivo. L'aggiudicazione, al pari degli altri atti della fase pubblicistica, assolvono alla sola funzione di dare evidenza, ovvero rilievo esterno, alle ragioni di interesse pubblico che hanno indotto la p.a. a stipulare quel determinato contratto con quel determinato contraente.

L'orientamento in parola rivendica l'autonomia del contratto rispetto al procedimento amministrativo che lo precede: una volta giunti alla stipulazione negoziale, gli atti della serie pubblicistica al più possono essere considerati alla stregua di elementi preparatori del contratto; e, in tali, non sono suscettibili di annullamento in autotutela³²⁷.

All'esercizio dei poteri di autotutela osterebbe poi una ragione logica, secondo cui la possibilità di ritiro di un elemento preparatorio, in un momento successivo a quello in cui si sia concretato l'atto in funzione del quale quello è stato posto in essere, è pacificamente esclusa per la cessazione dei relativi effetti.

Ed infatti, una volta esaurita la funzione degli elementi preparatori, in quanto assorbiti in quelli successivi, verrebbe meno anche il potere di disposizione vantato dalla p.a. che li aveva emanati, per mancanza dell'oggetto.

Non si tratterebbe però, come sostenuto da alcuni autori³²⁸, di un'ipotesi di anomala inoppugnabilità del provvedimento o di incontestabilità del rapporto da parte della p.a., piuttosto, l'ambito spaziale del possibile esercizio dell'autotutela deve ritenersi esaurito.

³²⁵ A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1-2, p. 232.

³²⁶ cfr. Cons. St. 7 settembre 2011 n. 5032, *cit.*

³²⁷ Si vedano in tal senso le considerazioni di M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1993, vol. I, pp. 727 e ss.

³²⁸ P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano 1970.

La soluzione che esclude il ricorso ai poteri di autotutela dopo la stipulazione del contratto è inoltre suffragata da un'analisi teleologica della disciplina normativa: il precedente Codice dei contratti pubblici, così come l'attuale Codice Appalti, elevano la stabilità del vincolo contrattuale a valore del sistema, nella consapevolezza che la stabilità rappresenta il cardine delle relazioni di mercato³²⁹.

L'attenzione che il legislatore ha riservato per la stabilità del rapporto, emergerebbe dalla disciplina della tutela cautelare, dall'introduzione della clausola di *stand still*, dall'abbreviazione dei termini processuali, nonché dall'esclusione del ricorso straordinario al capo dello Stato; tali peculiarità, mirano essenzialmente a far sì che ogni questione di legittimità amministrativa sia risolta prima della stipula del contratto, evitando ogni discussione sull'aggiudicazione dopo la stipulazione.

Nello stesso senso si legge la limitazione alla deducibilità del grave vizio di assenza di pubblicità o della gara, che non può essere fatto valere decorsi sei mesi dalla stipulazione del contratto.

Ed anche la nuova disciplina dell'annullamento giurisdizionale, introdotta dal d.lgs. n. 53/2010 fornisce un indizio: il legislatore ha voluto limitare i casi di inefficacia del contratto al riscontro di illegittimità gravissime, eppure, anche in tal caso la caducazione del contratto non è automatica. Un potere maggiore di invalidazione del rapporto non potrebbe allora essere riconosciuto alla p.a. nell'esercizio dell'autotutela amministrativa.

In questo contesto normativo, risulta difficile riscontrare un ambiente favorevole a privilegiare le esigenze di legittimità dell'azione amministrativa, fino a sancire queste possano consentire alla p.a. uno scioglimento unilaterale del rapporto oltre la conclusione del contratto.

Infine, l'annullamento d'ufficio non può innestarsi nell'ambito della disciplina positiva del contratto, poiché l'unica forma di risoluzione unilaterale del rapporto è rappresentata dal diritto di recesso, che come visto, è soggetto alla regola della tipizzazione espressa, ad opera della legge o del contratto.

In assenza di un'apposita previsione, il principio di tipicità del recesso non può essere aggirato riconoscendo all'Amministrazione un potere generale di autotutela che si rifletta sul contratto.

Si ricordano le profonde differenze, già evidenziate, tra autotutela pubblicistica e privatistica: la prima ha una funzione di tipo giustiziale, e mira a porre fine ad una situazione pregressa di illegittimità, travolgendo gli effetti già prodotti; l'autotutela privatistica rappresenta invece la reazione a fatti sopravvenuti che minacciano la soddisfazione degli interessi contrattuali e produce effetti solo per il futuro, senza travolgere le prestazioni già eseguite.

Quest'ultima tutelando un interesse del soggetto che la esercita è eccezionale nella logica contrattuale, e sottoposta ai principi di tipicità e consensualità. L'autotutela pubblicistica, con le sue caratteristiche di generalità e atipicità, non può incidere su di un atto che disciplinato dal diritto

³²⁹ A. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 235.

amministrativo ma dal diritto privato. Una volta stipulato il contratto l'Amministrazione deve piegarsi alle regole proprie del diritto civile, e l'unica autotutela esercitabile resta quella privatistica.

2.2. L'orientamento favorevole all'immanenza del potere di annullamento d'ufficio.

Nonostante gli sforzi della dottrina e di una parte minoritaria della giurisprudenza, la tesi prevalente è incline a riconoscere alla p.a. un potere di intervento in autotutela decisoria anche dopo la stipulazione del contratto³³⁰.

L'Adunanza Plenaria nella sentenza del 20 giugno 2014 n. 14 afferma in modo perentorio che la p.a. mantiene il proprio potere di annullamento d'ufficio anche dopo la stipulazione del contratto, giacché l'effetto limitativo derivante dalla disciplina del recesso si riferisce solo al potere di revoca. Non si verifica quel concorso apparante di norme tra l'art. 134 d.lgs. n. 163/2006 e l'art. 21 *nonies* l. n. 241/90, che giustificerebbe la prevalenza della disposizione speciale, con conseguente restrizione della previsione generale.

Anzi, a sostegno della tesi dell'ammissibilità del potere di annullamento tardivo militano precisi indici normativi: l'art. 1 comma 136 della l. n. 311/2004, contempla espressamente l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva dopo la stipula del contratto, circoscrivendo il periodo di intervento in tre anni³³¹.

La norma, disciplinando il *quomodo* dell'annullamento d'ufficio che ricade su fattispecie negoziali, presuppone risolta la questione preliminare della sussistenza di tale potere in capo all'Amministrazione, preoccupandosi viceversa di regolarne le modalità di esercizio.

Una conferma proviene anche dall'interpretazione dei rapporti tra l'art. 1 comma 136 della l. n. 311/2004 e la disciplina generale di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90; si poneva infatti un problema di coordinamento tra le due norme, poiché la prima individua un interesse pubblico specifico che possa consentire l'annullamento, riscontrabile nel fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari, e un limite temporale di tre anni, in luogo del termine ragionevole di cui all'art. 21 *nonies*. Ci si è chiesti allora se l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva dovesse sempre passare per le maglie di cui all'art. 1 comma 136 l. n. 311/2004, o se invece possa fondarsi anche sulla previsione generale della legge sul procedimento. La tesi prevalente attribuiva alla disposizione speciale carattere assorbente, con la conseguenza che l'annullamento d'ufficio, calato nel contesto contrattuale, avrebbe sempre dovuto rispettare il limite temporale di tre anni³³².

³³⁰ si vedano in proposito *ex multis* Tar Puglia, Bari, 12 Gennaio 2011, n. 20, Tar Puglia, Bari, 27 Luglio 2011, n. 116 e Tar Lazio, Roma, 10 Settembre 2010, n. 32215 tutte in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St. 4 gennaio 2011, n. 11 *cit.*, con il commento di G. DIRODI, *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione: presupposti ed effetti*, in *Dir. Proc. Form.*, 2, 2011.

³³¹ cfr. Cons. St. 23 maggio 2013 n. 2802, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³² Tar Toscana 21 febbraio 2013 n. 263, in www.giustizia-amministrativa.it.

La necessità di garantire un minimo di tutela all'interesse privato sulla stabilità del vincolo portava a prediligere questa impostazione, trascurandosi però l'oggettiva ampiezza del termine di cui all'art. 1 comma 136 l. n. 311/2004, che rischia ad ogni modo di legittimare interventi in autotutela decisamente tardivi.

Se alla base vi era l'affermazione di principio della permanenza di un potere pubblico nonostante l'interposizione di un momento privatistico (il contratto), allora sarebbe stato più coerente agganciarsi alla disciplina di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90.

Ad ulteriore sostegno dell'indirizzo favorevole all'annullamento post-contratto si adduce la disposizione di cui all'art. 11 comma 9 d.lgs. n. 163/2006 (oggi riprodotta dall'art. 32 comma 8 d.lgs. n. 50/2016), che espressamente fa espressamente salvo l'esercizio dei poteri di autotutela dopo l'aggiudicazione definitiva; né può condividersi quell'interpretazione che limita la portata applicativa della norma alla fase intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto.

La medesima norma stabilisce che il contratto deve essere stipulato entro sessanta giorni dall'aggiudicazione definitiva, decorsi i quali, il contraente privato si può sciogliere da ogni vincolo, mediante una dichiarazione notificata alla controparte pubblica.

Ciò significa che trascorsi i sessanta giorni (o il diverso termine indicato nel bando), l'aggiudicazione o si trasfonde nel contratto o non è più impegnativa neanche per il privato, perdendo la sua efficacia.

Non si vede allora perché limitare il potere di annullamento a tale frangente, che va dall'aggiudicazione definitiva alla conclusione del contratto, dal momento che la p.a. potrebbe benissimo impedire il perfezionamento del vincolo non dando corso alla stipulazione, senza ricorrere all'autotutela.

Si è già visto che esiste una differenza tra la mancata stipulazione del contratto e la rimozione in autotutela dello stesso, e non può ritenersi che il legislatore abbia voluto fare espressamente salvi tali poteri solo per il suddetto periodo, altrimenti la previsione si rivelerebbe sostanzialmente inutile.

Deve invece reputarsi che la clausola di riserva abbia voluto proprio preservare l'operatività dei poteri di autotutela anche dopo la conclusione del contratto, in un momento in cui un'aggiudicazione definitiva che si riveli illegittima non può più essere privata di efficacia, se non ricorrendo all'annullamento d'ufficio da parte della stazione appaltante.

In verità, oltre ai suddetti indici normativi, le ragioni della permanenza della facoltà di annullamento per l'Amministrazione risiedono proprio nelle caratteristiche strutturali di tale potere, che ne segnano la diversità con la revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90.

In primo luogo la retroattività dell'annullamento consente di superare l'ostacolo argomentativo della impossibilità di concepire l'autotutela in relazione ad un atto, come l'aggiudicazione, che perde effetto dopo la stipulazione del contratto.

La revoca presuppone il riesame di atti ad effetto durevole, ritirandoli *ex nunc*, laddove l'annullamento può avere ad oggetto anche atti ad effetto istantaneo, come sembra considerarsi l'aggiudicazione: proprio la portata retroattiva consente di recuperare l'atto trasfuso nel contratto, e di stigmatizzarne l'illegittimità.

Un analogo effetto non può raggiungersi attraverso la revoca che si fonda su un'inopportunità attuale del provvedimento e non su un vizio pregresso di legittimità; in altre parole, l'Amministrazione non può valutare come inopportuno un atto ora per allora, ma può accorgersi di una latente illegittimità, verificatasi già nel corso della procedura ad evidenza pubblica.

La diversità di presupposti tra la revoca e l'annullamento spiega anche perché quest'ultimo non possa considerarsi assorbito nella facoltà di recesso riconosciuta alla p.a.: il diritto di recesso, infatti, nelle sue plurime sfaccettature rappresenta uno strumento di reazione a fattori sopravvenuti, o conseguente ad un ripensamento unilaterale del contraente, che non postula affatto il riscontro di un motivo di illegittimità.

Il suo utilizzo è consentito solo se previsto dalla legge o dal contratto poiché introduce un allentamento del vincolo negoziale, attribuendo eccezionalmente ad una delle parti il potere di sciogliersi unilateralmente dal rapporto.

Tale *ratio* non è esportabile all'annullamento d'ufficio, dal momento che in gioco non vi è una valutazione di convenienza circa la prosecuzione del rapporto negoziale, ma il riscontro dell'illegittimità della sua stessa genesi.

Escludere questa verifica dopo la stipulazione del contratto significherebbe, di fatto, negare che l'Amministrazione possa rimediare alle patologie della propria azione qualora essa si dipani attraverso moduli negoziali, con un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto al modello provvedimentale.

A livello sistematico, non può affermarsi che il potere della p.a. di verificare la legittimità del proprio operato sussista solo qualora essa agisca con l'adozione del provvedimento, sacrificandosi tale garanzia allorché la funzione pubblica venga esercitata in forma contrattuale.

L'autotutela decisoria, nel versante dell'annullamento d'ufficio, costituisce un potere di secondo grado immanente alla stessa funzione di amministrazione attiva, a prescindere dalla forma unilaterale o consensuale in cui venga attuata.

L'interposizione del contratto non basta per far decadere la p.a. da una prerogativa che l'ordinamento le attribuisce a tutela di un interesse superiore, che trascende la singola fattispecie negoziale posta in essere con il privato.

Sotto un profilo ponderale, anche la posizione di quest'ultimo tollera una tutela più flessibile in caso di annullamento d'ufficio; l'interesse alla stabilità del rapporto contrattuale non si confronta con un'opinabile valutazione di opportunità come avviene nella revoca, ma con l'obiettivo riscontro di una situazione di illegittimità, di cui egli non può giovare, essendo più difficile far prevalere il suo affidamento.

La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, si mostra particolarmente incline a distinguere tra revoca e annullamento nella dialettica con il contratto: ne consegue che mentre la stazione appaltante può procedere in ogni momento all'annullamento in autotutela ex art. 21 *nonies* l. n. 241/90 del provvedimento di aggiudicazione definitiva per un vizio originario dell'atto, in tal modo incidendo per la sua efficacia *ex tunc*, sul momento genetico del rapporto e, quindi, sui rapporti negoziali che a quell'atto sono legati da un nesso di presupposizione; lo stesso non può dirsi per l'esercizio del potere di revoca di cui all'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, in quanto la revoca, avendo efficacia *ex nunc*, incide sul momento funzionale del rapporto e non sul suo momento genetico e, quindi, presuppone che l'efficacia dell'atto oggetto di revoca continui a sussistere al momento della sua emanazione³³³.

Il provvedimento di aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto non costituiscono dunque "un ostacolo giuridicamente insormontabile al suo stesso annullamento, anche in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto"³³⁴.

Si ribadisce la parità solo tendenziale delle posizioni nel rapporto contrattuale, riservandosi all'Amministrazione irrinunciabili momenti di esercizio di poteri pubblici.

Nel fenomeno negoziale dell'Amministrazione convivono allora pariteticità ed autoritatività, talché quest'ultima non scompare mai del tutto, rimanendo attaccata a quelle prerogative immanenti la stessa funzione pubblica.

Del resto, anche il diritto dei contratti conosce ipotesi di annullamento del contratto per vizi del consenso (artt. 1439 e s.s. c.c.), e dunque non si vede perché escludere rilievo ad un vizio di formazione della volontà pubblica, che si materializza proprio nella procedura competitiva.

Costringere la p.a. a far valere tale vizio solo in sede giurisdizionale significherebbe pregiudicare l'economicità ed efficienza dell'azione amministrativa qualora essa miri alla sua autocorrezione, onerandosi l'Amministrazione di attendere la rimozione dell'atto da parte del giudice.

Né ad escludere l'ammissibilità del potere di annullamento possono valere le argomentazioni teleologiche sopra evidenziate, anzi, quanto da ultimo affermato confuta a pieno tali rilievi.

³³³ cfr. Tar Lazio, Roma, 6 marzo 2013 n. 2432, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³⁴ Così, Cons. St. 7 settembre 2011 n. 5032, *cit.*; nello stesso senso si colloca Cons. St. 14 maggio 2013 n. 2602, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "la stipula del contratto preliminare, ed invero nemmeno quella del contratto definitivo, non escludono affatto la legittimazione della stazione appaltante all'annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione".

È certamente vero che il Codice dei contratti pubblici e le sue evoluzioni abbiano elevato la stabilità del vincolo contrattuale a valore del sistema, e che il *trend* normativo sia tutto teso verso la concentrazione delle doglianze contro l'aggiudicazione definitiva entro un termine breve, talché essa non possa più essere messa in discussione, ma tali obiettivi non vengono frustrati dal riconoscimento del potere di annullamento in capo all'Amministrazione.

Sarebbe infatti certamente più problematico giustificare la soluzione che vede la p.a. costretta ad adire il giudice per rimuovere un proprio atto viziato, anziché procedere immediatamente alla sua caducazione d'ufficio.

A ciò si aggiungono perplessità di carattere processuale: se si esclude la possibilità per la p.a. di esercitare il potere di annullamento, la logica puramente paritetica delle posizioni coinvolte sposta inevitabilmente la giurisdizione verso il giudice ordinario.

Come è noto, ai sensi degli artt. 4 e 5 l. n. 2248/1865, quest'ultimo non ha il potere di annullare il provvedimento amministrativo illegittimo, dovendosi limitare alla sua disapplicazione; la p.a. allora a fronte di un'illecittimità degli atti di gara, emersa dopo la stipulazione del contratto, dovrebbe adire il giudice ordinario che non potrebbe annullare gli stessi ma solo disapplicarli, determinando così una carenza dei presupposti del negozio tale da consentire il suo scioglimento.

Non può tacersi l'artificiosità di tale ricostruzione, che sembra forzare troppo i principi generali della materia, accostando impropriamente istituti sostanziali e processuali che non dialogano armonicamente.

E le perplessità in merito aumentano dal confronto della linearità della tesi che ammette l'annullamento in autotutela da parte della stessa p.a.

La finalità, certamente sottesa alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006, e dell'attuale d.lgs. n. 50/2016, di abbreviare il periodo di precarietà dell'aggiudicazione, non può valere da sola a giustificare soluzioni estreme, che negano in radice predicati tradizionali del diritto pubblico, quali l'immanenza del potere di autotutela in favore della p.a., soprattutto quando essi ben possono coordinarsi con la suddetta esigenza.

3. Annullamento giurisdizionale e annullamento in autotutela: tratti comuni e profili differenziali.

Una volta riconosciuta l'immanenza del potere di annullamento in autotutela per la p.a. anche a seguito della stipulazione del contratto, l'errore comune in cui si è incorsi riguarda la sovrapposizione con la disciplina dell'annullamento giurisdizionale.

Preliminarmente, si osserva che la relazione tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto rappresenta uno dei temi più dibattuti del moderno diritto amministrativo³³⁵, che solo con il d.lgs. n. 53/2010, pare avvisarsi verso una soluzione.

La dottrina e la giurisprudenza³³⁶ erano giunte a fornire le soluzioni più disparate nel tentativo di coordinare categorie appartenenti a distinte branche ordinamentali, e di individuare la patologia civilistica in cui sussumere l'ipotesi del contratto a seguito del venir meno dell'aggiudicazione. Non è questa la sede per ripercorrere un dibattito decennale, risolto poi dal legislatore, ma è utile sottolineare che molte delle tesi emerse si ripropongono oggi per spiegare le sorti del contratto a seguito dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, posto che la speciale disciplina di cui al d.lgs. n. 53/2010, pare riferirsi unicamente all'ipotesi in cui la caducazione dell'aggiudicazione avvenga per mano del giudice amministrativo, e non sia analogicamente estendibile al riesame con effetto demolitorio della stessa p.a.

Il Codice del processo amministrativo, in cui è confluita la disciplina di cui agli artt. 245 *bis* e 245 *ter* del d.lgs. n. 163/2006, a loro volta inseriti dal d.lgs. n. 53/2010 in recepimento della direttiva c.d. "ricorsi" 2007/66 CE, individua il vizio che affligge il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione attingendo alla categoria dell'inefficacia³³⁷.

In primo luogo l'art. 244 del vecchio Codice dei contratti pubblici (poi confluito nell'art. 133 comma 1 lett. e) n. 1 c.p.a.) ponendo fine ad una annosa *querelle* interpretativa, stabilisce che la

³³⁵ La letteratura sul punto è pressoché sterminata. Si rimanda, per gli aspetti salienti, a V. CERULLI IRELLI, *L'annullamento della aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 119; S. FANTINI, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. e app.*, 2003, pp. 751 e ss.; M. MONTEDURO, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale svolta della giurisprudenza tra luci e ombre*, in *Foro amm.*, TAR, 2002, pp. 2591 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2014, pp. 1570 e ss.; P.M. ZERMAN, *Annullamento dell'aggiudicazione illegittima ed effettività della tutela giurisdizionale: la sorte del contratto medio tempore stipulato*, in commento a Cons. St. 19 maggio 2009 n. 3070, in www.giustizia-amministrativa.it; L. GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, pp. 138 e ss.

Per ulteriori commenti si veda G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986 p. 84, L. V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, G. MONTEDORO, *I rapporti tra l'evidenza pubblica e contratto di appalto*, in *Urb. App.*, 9, 2003, pp. 918 e ss., M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità e inefficacia: la reintergrazione in forma specifica*, in *Dir. e Form.*, 2003, pp. 245 e ss., E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2006, V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2006, p. 1519, F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2004, F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, p. 645, S. VARONE, *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica* (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 5 maggio 2003, n. 2332), in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, pp. 1648 e ss., P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto* (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2004, pp. 17 e ss., F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2007, 2, p. 797, F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza pubblica a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?*, nota a Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Corr. giur.*, 5/2004, p. 669.

³³⁶ Cass. Sez. Un. 28 dicembre 2007 n. 27169, e Ad. Plen. 30 luglio 2008 n. 9, con nota di A. AULETTA e F. LIGUORI, in www.giustamm.it.

³³⁷ La dottrina non ha mancato di evidenziare come tra le tesi esposte in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla natura giuridica del vizio inficiante il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, il Codice abbia optato per la categoria concettuale maggiormente evanescente (E. STICCHI DAMIANI, *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, 2012, in www.ius-publicum.com).

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione. Viene superata l'idea, cara alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, che vedeva il giudice ordinario arbitro dell'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, sia che esse fossero inerenti alla struttura del contratto, che estranee alla stessa o sopravvenute.

La cognizione delle sorti del contratto si concentra innanzi al giudice amministrativo, i cui poteri si ampliano a dismisura, sino a toccare il fulcro dell'attività negoziale della p.a.

La disciplina codicistica distingue due gruppi di ipotesi prese in considerazione dall'art. 121 c.p.a. con riferimento alle c.d. violazioni gravi e dal successivo art. 122 c.p.a., con riferimento alle ipotesi di violazione residuali.

Nelle ipotesi di cui all'art. 121 c.p.a. allorché ricorrano violazioni gravi, il giudice che ha annullato l'aggiudicazione è normalmente tenuto ad intervenire sul contratto dichiarandone l'inefficacia, salvo che non ricorrano le esigenze imperative cui ha riguardo il comma 2 dell'art. 121 c.p.a.: il legislatore pare, quindi, aver inteso modulare il rapporto tra dichiarazione di inefficacia del contratto e sua (eventuale) conservazione nei termini di un rapporto di regola (la dichiarazione di inefficacia) ad eccezione (la conservazione del contratto, accompagnata se del caso dall'irrogazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a.).

Per le violazioni diverse da quelle elencate nell'art. 121 c.p.a., la declaratoria di inefficacia del contratto non è più una conseguenza imposta al giudice, che ha il potere discrezionale di disporla tenendo conto degli interessi delle parti, dello stato di esecuzione del contratto, della possibilità che il ricorrente vittorioso nel segmento caducatorio della vicenda processuale ha di subentrare nel rapporto contrattuale.

Si tratta di due valutazioni diverse che attengono a distinti assetti di interessi, rispettivamente esogeni ed endogeni al contratto: nel caso di violazioni gravi, la scelta del giudice di mantenere in vita il contratto è connessa al riscontro di esigenze imperative di carattere generale che trascendono il regolamento negoziale; viceversa, in presenza di violazioni non gravi, la valutazione demandata al giudice riguarda fattori interni al rapporto contrattuale, individuabili negli interessi delle parti, nell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, allo stato di esecuzione del contratto, e alla possibilità di subentrare nello stesso.

Ciò ha indotto parte della dottrina a ritenere che il d.lgs. n. 53/2010 abbia introdotto una giurisdizione di merito, ancorché "occulto"³³⁸, non potendosi tacere di come il giudice amministrativo, nel decidere la cessazione o la prosecuzione degli effetti del contratto, di fatto

³³⁸ M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, 2010, in *www.giustamm.it*.

compie una valutazione discrezionale di rispondenza all'interesse pubblico tradizionalmente riservata all'Amministrazione.

Sembra cogliere nel segno allora chi afferma che quello riconosciuto al giudice amministrativo è un potere-dovere di esercitare un'attività di valutazione dell'interesse pubblico sostitutiva di quella che potrebbe essere svolta dalla p.a., compiendo “quella scelta discrezionale attinente ai profili di opportunità e convenienza dell'agire amministrativo che costituisce il cuore del merito amministrativo”³³⁹.

L'affermazione forte, secondo cui il giudice amministrativo sarebbe titolare di un potere sostanzialmente di merito, limitato dal solo parametro della ragionevolezza³⁴⁰, vale tuttavia solo per i casi di violazioni non gravi ex art. 122 c.p.a., dovendosi concordare, per le ipotesi di violazioni gravi, con quanti affermano la natura di giurisdizione di “legittimità sostanziale”³⁴¹: il giudice, più che sostituirsi ad una valutazione di opportunità rimessa all'Amministrazione, è sostanzialmente chiamato a colorare di contenuto quei parametri, alquanto indeterminati, enunciati dalle nuove disposizioni.

Quello formulato dal giudice amministrativo non sarebbe allora un *iudicium stricti iuris*, e quindi di legittimità formale, ma un *iudicium bonae fidei*, che attribuisce al giudice amministrativo ampia discrezionalità, molto elastico e duttile, in cui c'è un ventaglio vasto di rimedi che vanno dal potere di dichiarare la privazione di efficacia del contratto anche con riferimento alle prestazioni già eseguite (livello massimo) al potere di mantenere l'efficacia del contratto anche in presenza di violazioni gravi per esigenze imperative generali (livello minimo)³⁴².

In entrambi i casi, al giudice amministrativo spetta il potere di modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia sul crinale temporale, stabilendo se essa debba intervenire *ex nunc* o *ex tunc*, configurando così una patologia a geometrie variabili.

Si è parlato in proposito di “inefficacia cedevole”³⁴³ o flessibile, diversamente declinata sulla base dell'assetto d'interessi concretamente valutato dal giudice amministrativo.

³³⁹ Così, R. CAPONIGRO, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto*, in *Foro Amm. CdS*, 2009, p. 2450.

³⁴⁰ E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 263. In giurisprudenza, si veda quanto affermato da Tar Lazio, Roma, 16 giugno 2010, n.18131 in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale, nel ritenere che le norme di recepimento della direttiva del 2007 possano applicarsi, in quanto norme processuali, anche ai giudizi in corso, qualifica, in un *obiter dictum*, la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di aggiudicazione di appalti pubblici come non soltanto esclusiva, “ma anche di merito, in virtù degli incisivi poteri attribuitigli proprio dalla norma de qua in ordine alla valutazione, all'opportunità e alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto stipulato ovvero di porla nel nulla, eventualmente anche con effetto retroattivo”.

³⁴¹ F. G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2011, 2; A. CARULLO, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in *Riv. trim. app.*, 2010, pp. 1016 e ss.

³⁴² Per ragioni di completezza, si ricorda l'emersione di un terzo orientamento che sembra ricostruire la giurisdizione del giudice amministrativo alla stregua di un' “equità correttiva”, avendo natura più gestionale che decisoria (P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, 2011, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

³⁴³ M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, *cit.*; A. AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d.lgs. 53 del 2010*, in *Rivista Nel Diritto*, 2010, pp. 757 ss.

È una patologia inedita che ha suscitato un ampio dibattito circa la qualificazione sostanziale del vizio che affligge il contratto, oscillandosi dalla tesi della nullità dello stesso, a quella dell'inefficacia in senso stretto³⁴⁴.

L'asserita nullità del contratto per contrasto con norme imperative nel tentativo di superare il valore meramente descrittivo dell'art. 121 c.p.a, fornisce un'interpretazione inconciliabile con la peculiare disciplina introdotta dal d.lgs. n. 53/2010.

Segnatamente, non può ritenersi applicabile il regime civilistico della nullità, fondato sulla rilevabilità officiosa, sull'imprescrittibilità dell'azione, sulla legittimazione assoluta ad agire, ed infine sulla natura dichiarativa della pronuncia che accerti il vizio.

La patologia descritta dagli artt. 121 e 122 c.p.a sembra tutt'altro, e risente inevitabilmente dell'attrazione del contratto in un'ambientazione tipica del diritto amministrativo.

L'imprescrittibilità dell'azione non ha senso, poiché la pronuncia di inefficacia del contratto consegue alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione, soggetta a rigidi termini decadenziali, e sarebbe incoerente con le esigenze acceleratorie che animano il settore degli appalti pubblici.

Anche la rilevabilità d'ufficio non convince affatto: se infatti può sostenersi la sussistenza di un potere-dovere del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto a fronte di violazioni gravi, colorando la previsione di un'accezione sanzionatoria, altrettanto non può dirsi in caso di violazioni non gravi, in cui sembra imprescindibile un'apposita domanda delle parti.

Nel caso di violazioni di cui all'art. 122 c.p.a., mancando qualsiasi intento sanzionatorio e trattandosi di inefficacia meramente facoltativa, il potere officioso del giudice non sembra trovare un'adeguata giustificazione³⁴⁵.

In tal senso sembra collocarsi anche la giurisprudenza³⁴⁶ che afferma come, in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010, l'inefficacia del contratto non costituisce più una conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, con la conseguenza che si pone un onere per l'impresa ricorrente di chiedere in sede di impugnazione dell'aggiudicazione, una pronuncia sulla sorte del contratto e sul proprio subentro nello stesso.

Il recepimento della direttiva ricorsi ha comportato, di fatto, il superamento della visione del rapporto tra aggiudicazione e contratto in termini di invalidità derivata ad effetto caducante, prediligendosi una contaminazione solo viziante; la pronuncia di inefficacia non è una conseguenza scontata ed automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma rappresenta l'esito solo eventuale di un complesso giudizio, incentrato sull'apprezzamento di una pluralità di elementi di fatto, come stabilito dagli artt. 121 e 122 c.p.a.

³⁴⁴ Per una più ampia analisi del dibattito, si veda A. AULETTA, *op. ult. cit.*

³⁴⁵ M. LIPARI, *op. ult. cit.* Non mancano, ad ogni modo tesi avverse, che affermano nettamente il dovere del giudice di pronunciare *ex officio* l'inefficacia del contratto, come si legge in P. CARPENTIERI, *op. ult. cit.*

³⁴⁶ Cons. St. 23 febbraio 2012 n. 1067, nonché più di recente, Cons. St. 8 agosto 2014 n. 4425, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

L'esclusione di un'invalidità derivata ad effetto caducante, fornisce un ulteriore elemento per negare in radice la qualificazione del contratto in termini di nullità, spostando l'attenzione sul tipo di pronuncia del giudice amministrativo.

Se davvero il contratto divenisse nullo a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, non vi sarebbero dubbi circa la natura dichiarativa della pronuncia di inefficacia, in conformità tra l'altro al dato letterale, che utilizza appunto tale locuzione.

Ma, la configurazione di una sentenza meramente dichiarativa si scontra inevitabilmente con la discrezionalità riconosciuta al giudice, estesa all'*an*, al *quando*, e al *quomodo* della dichiarazione di inefficacia. Proprio la possibilità per il g.a. di modulare e declinare gli effetti della pronuncia porta ad attribuire alla stessa natura costitutiva.

Il sindacato del giudice non può ridursi ad un mero accertamento, dal momento che egli è chiamato a decidere in merito alla stessa sopravvivenza del contratto, con eventuale applicazione delle sanzioni di cui all'art. 123 c.p.a.: ne discende un innegabile effetto modificativo delle sfere giuridiche delle parti che conferma il carattere costitutivo della sentenza.

La tesi della nullità del contratto non si sposa infine con il regime della legittimazione ad agire tipico del processo amministrativo, e ancor di più con le peculiarità che esso assume nell'ambito delle gare pubbliche.

La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo non può mai concepirsi in termini del tutto assoluti, poiché è sempre strettamente connessa alla titolarità della posizione sostanziale dedotta in giudizio³⁴⁷: la nozione di legittimazione ad agire finisce con il sovrapporsi all'accertamento sulla titolarità del diritto soggettivo o interesse legittimo, al fine di circoscrivere l'accesso al processo ai soli privati che rivestono una posizione qualificata, quali unici soggetti abilitati a incidere sull'esercizio e sugli esiti dell'azione pubblica³⁴⁸.

Non avrebbe senso parlare allora di una nullità del contratto eccezionale da chiunque vi abbia interesse, poiché tale interesse deve poi coincidere con la titolarità del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo connesso alla riedizione del potere pubblico.

In modo ancor più stringente, la legittimazione assoluta rappresenta un principio estraneo alle gare pubbliche, come chiarito anche dalla giurisprudenza amministrativa³⁴⁹, che subordina la possibilità di ricorrere alla previa presentazione della domanda di partecipazione alla procedura competitiva.

³⁴⁷ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2002, pp. 159 e ss., R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso*, in *Dig. disc. pubbl., sez. pubbl.*, Torino 1993, pp. 468 e ss.

Gli autori evidenziano le differenze rispetto al processo civile, ove la legittimazione ad agire è frutto di una prospettazione astratta, laddove nel processo amministrativo, essa si sovrappone alla reale titolarità dell'interesse legittimo.

³⁴⁸ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino 2014, p. 417.

³⁴⁹ cfr. Ad. Plen. 7 aprile 2011 n. 4, in *www.neldiritto.it*, che ha affermato come la legittimazione a ricorrere avverso gli atti di gara presupponga sempre la presentazione della domanda di partecipazione, salvo la presenza di clausole immediatamente escludenti nel bando, o qualora si contesti l'affidamento diretto del servizio (in house) da parte dell'ente aggiudicatore, o la stessa scelta di indire la gara.

Ne consegue l'inconcepibilità di una legittimazione a far valere la nullità del contratto da parte di imprese che non hanno partecipato alla gara e quindi che non avrebbero interesse alla sua caducazione.

Del resto, la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 53/2010 è tutta incentrata su un obiettivo di effettività della tutela del ricorrente, che tenga però conto anche degli interessi della stazione appaltante ed in particolare, dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione dell'appalto.

Ciò emerge dall'analisi dell'art. 124 c.p.a. che impone una gerarchia tra le tecniche di tutela, accordando prevalenza al risarcimento in forma specifica rispetto al rimedio per equivalente.

La norma infatti stabilisce al comma primo che da un lato la domanda di subentro nel contratto è condizionata alla declaratoria di inefficacia di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., dall'altro che il risarcimento per equivalente può essere disposto solo se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto.

Importante è poi la precisazione di cui al comma secondo, secondo cui la condotta dell'impresa che non abbia spiegato domanda di risarcimento in forma specifica, o non si sia resa disponibile a subentrare nel contratto è valutata ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Il legislatore costruisce una corsia preferenziale per il rimedio in forma specifico, consentendo al giudice di ordinare un *facere* specifico alla p.a., ovvero la prosecuzione del rapporto contrattuale con l'impresa risultata vittoriosa in giudizio, e solo ove ciò sia escluso per le ragioni indicate dagli stessi artt. 121 e 122 c.p.a., può accordare una tutela solo per equivalente.

Ebbene tale sistema rimediabile sarebbe incompatibile con la ricostruzione del contratto in termini di nullità, dovendosi piuttosto prediligere quell'impostazione che vede la fattispecie affetta da un'inefficacia in senso stretto, relativa all'impresa che si è vista annullare l'aggiudicazione disposta in suo favore.

Se il contratto fosse davvero nullo, non potrebbe immaginarsi un subentro del ricorrente nello stesso, dovendosi trarre l'automatica caducazione di ogni effetto della procedura competitiva e del suo esito negoziale.

Risulta invece più agevole spiegare le peculiarità del sistema delineato dal d.lgs. n. 53/2010, ricostruendo la patologia negoziale in chiave di inefficacia relativa, con cui possono dialogare i rimedi del risarcimento in forma specifica e per equivalente.

È evidente che il regime così delineato dal legislatore riguardi espressamente le ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione consegua ad una pronuncia del giudice amministrativo che, per un'esigenza di concentrazione delle tutele, viene chiamato a conoscere anche delle sorti del contratto *medio tempore* stipulato.

Il dubbio che ora interessa gli interpreti è se tale sistema sia esportabile anche ai casi in cui sia la stessa Amministrazione a procedere all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione.

Il limite del d.lgs. n. 53/2010 si sostanzia proprio nell'aver intessuto una disciplina troppo a misura del solo annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, lasciando scoperta l'ipotesi dell'annullamento d'ufficio.

Questo allora il moderno campo di indagine, che presenta tratti ancora inesplorati, dal momento che la soluzione in via legislativa delle precedenti problematiche ha interessato solo la fattispecie della caducazione in giudizio dell'aggiudicazione.

L'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza risente delle scelte legislative: in passato le due ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione venivano trattate alla stessa stregua, e partecipavano entrambe all'annoso dibattito circa le sorti del contratto e le relative conseguenze in punto di tutela e giurisdizione³⁵⁰.

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010, lo sforzo si è concentrato sull'interpretazione della nuova disciplina, al fine di fornire coerenza sistematica a previsioni distoniche rispetto alle categorie tradizionali tanto del diritto civile quanto del diritto amministrativo.

Non ci si è soffermati abbastanza sull'ambito applicativo degli artt. 121 e 122 c.p.a., e sulle differenze intercorrenti con l'annullamento in autotutela, dovendosi invece prendere atto che la risposta del legislatore del 2010 è stata solo parziale.

I due fenomeni presentano un'omogeneità effettuale solo intermedia, rappresentata dalla caducazione retroattiva dell'aggiudicazione, ma le conseguenze sul contratto *medio tempore* stipulato non sembrano affatto assimilabili.

La disciplina di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. che, come visto, rimette al giudice amministrativo l'ultima parola sulla sorte del contratto, non pare compatibile con l'ipotesi in cui l'aggiudicazione sia annullata d'ufficio.

L'incompatibilità deriva dal fatto che, in caso di annullamento *ex officio*, il provvedimento di autotutela già contiene necessariamente ai sensi dell'art. 21 *nonies* l. n. 241/90, oltre all'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione, la valutazione comparativa degli opposti interessi, all'esito della quale l'Amministrazione ritiene prevalente l'interesse pubblico attuale e concreto all'eliminazione dell'aggiudicazione e, dunque, del contratto già stipulato.

Sembra difficile, quindi, immaginare che il giudice possa conservare l'efficacia del contratto nonostante l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, perché, se così facesse, finirebbe per sovrapporre la sua valutazione comparativa degli opposti interessi a quella compiuta dalla p.a. in sede di autotutela.

³⁵⁰A. AULETTA – F. LIGUORI, *La Plenaria, il "dialogo" tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è* (annotazioni a margine della decisione n. 9 del 2008 dell'A.P. del Consiglio di Stato), in *www.giustamm.it*; S. FANTINI, *La giurisdizione esclusiva del g.a. sulla sorte del contratto in caso di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione*, in *Urb. e App.*, 2013, 1, pp. 24 e ss.

A fronte di un annullamento d'ufficio ormai definitivo, non può ritenersi che il giudice amministrativo possa far sopravvivere il contratto, come invece consentito dagli artt. 121 e 122 c.p.a. per l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

Anche a voler interpretare, come è stato fatto, tale giurisdizione nella sua forma più forte, ovvero estesa al merito, l'eccezionalità della previsione ne imporrebbe una visione restrittiva, insuscettibile di applicazione analogica a casi non espressamente contemplati dal legislatore.

Inoltre, la sopravvivenza del contratto disposta dal giudice amministrativo renderebbe inutile l'atto di autotutela adottato dall'Amministrazione, privandolo della sua stessa causa.

Percorrere la strada ermeneutica della sussunzione dell'annullamento d'ufficio nella disciplina di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., conduce gli interpreti ad un vicolo cieco.

Si prospettano solo due alternative: o l'aggiudicatario dimostra l'illegittimità dell'annullamento d'ufficio, anche sotto il profilo della valutazione comparativa degli opposti interessi e della relativa motivazione, e il giudice annulla l'atto di autotutela lasciando in piedi il contratto; oppure l'annullamento d'ufficio, se legittimo, si stabilizza e in tal caso il contratto non può che essere caducato.

In altri termini le due forme di annullamento dell'aggiudicazione presentano una differenza fondamentale che impedisce un'assimilazione tra le rispettive discipline: l'annullamento giurisdizionale si fonda solo sul riscontro di un motivo di illegittimità nella procedura, laddove l'annullamento in autotutela sottende una valutazione comparativa degli opposti interessi.

Tale valutazione comparativa nell'annullamento giurisdizionale viene affidata al giudice ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., che sulla base dei parametri indicati è tenuto a determinare le sorti del contratto.

Nell'annullamento in autotutela, la valutazione ed il bilanciamento degli interessi contrapposti, è già contenuta nel provvedimento amministrativo di riesame; se esso si stabilizza, ovvero se ne accerti la legittimità, diviene davvero difficile sostenere che il giudice possa addivenire ad una diversa valutazione, e far prevalere l'interesse alla conservazione del contratto. Se così fosse, il giudice amministrativo si sostituirebbe all'Amministrazione e soprattutto sovrapporrebbe la propria valutazione a quella contenuta nel provvedimento di annullamento d'ufficio ormai inoppugnabile, giungendo di fatto alla sua disapplicazione.

Ciò aprirebbe un ulteriore scenario problematico, relativo alla configurazione di un potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo, tendenzialmente escluso per l'assenza di una disciplina analoga a quella dettata dagli artt. 4 e 5 l. n. 2248/1865 per la giurisdizione ordinaria³⁵¹.

³⁵¹ cfr. R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 63.

La dottrina evidenzia altresì che la disciplina di cui d.lgs. n. 104/2010, in quanto disciplina processuale, non è estendibile ad un rapporto di matrice schiettamente sostanziale, pena la violazione del principio di legalità³⁵².

Le disposizioni introdotte a seguito del recepimento della direttiva ricorsi sono dunque non estendibili, né con analogia *legis*, né *iuris*, alle ipotesi di annullamento in autotutela degli atti preordinati alla stipulazione del contratto.

La tesi è avversata da una parte minoritaria della giurisprudenza³⁵³ secondo cui non vi sarebbe motivo di ritenere che il trattamento giuridico disegnato dalla novella del 2010, possa trovare applicazione solo ai casi di annullamento in via giurisdizionale: ciò per la ragione che tale novella non ha solo portata processuale ma anche sostanziale, andando ad incidere direttamente sul regime giuridico della nullità del contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione annullata.

Ne conseguirebbe, pertanto, che il contratto non perde efficacia automaticamente per effetto dell'annullamento in via di autotutela della aggiudicazione, essendo la decisione relativa alla sorte del contratto sottratta alla disponibilità delle parti, divenendo oggetto di una necessaria pronuncia giudiziale che può sfociare in un recupero parziale o totale del contratto.

4. Il difficile inquadramento delle sorti del contratto a seguito dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. Le tesi emerse nel panorama dottrinale e giurisprudenziale.

Una volta esclusa la possibilità di estendere il peculiare regime di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., si pone il problema di stabilire quale sia allora la sorte del contratto a seguito dell'annullamento in autotutela degli atti della procedura ad evidenza pubblica che lo precedono.

La soluzione è tutt'altro che pacifica, e lo scenario ha visto l'affermarsi di diverse teorie, divenendo il nuovo terreno di scontro dopo che il d.lgs. n. 53/2010 ha sostanzialmente risolto il dibattito inerente al rapporto tra l'annullamento dell'aggiudicazione in giudizio e i poteri del giudice amministrativo sul contratto.

Il tema rivela altresì la fragilità delle moderne introduzioni normative, che nell'ansia di recepimento delle indicazioni eurounitarie, perdono di vista il sistema, non riuscendo a fornire soluzioni generali di indiscussa validità.

Secondo una prima impostazione, l'annullamento in autotutela degli atti della procedura amministrativa comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto

³⁵² A. BARTOLINI, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli interest rate swaps*, in *Urb. e App.*, 2012, 2, pp. 201 e ss.

³⁵³ Tar Piemonte, Torino, 24 novembre 2014, n. 1906, in *Urb. e App.* 2015, 4, p. 457.

successivamente stipulato, in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione e la stipula del relativo contratto³⁵⁴.

Secondo i giudici amministrativi nella fattispecie non può parlarsi di recesso unilaterale dal contratto ma di caducazione del contratto a seguito dell'annullamento degli atti che ne hanno determinato la sottoscrizione.

Infatti l'accertata illegittimità della procedura di affidamento di un'opera o di un servizio da parte di una pubblica amministrazione determina, in generale, oltre l'annullamento degli atti di aggiudicazione ritenuti illegittimi anche l'inefficacia del contratto eventualmente già sottoscritto³⁵⁵.

Alla base della ricostruzione si pone certamente il riconoscimento per l'Amministrazione del potere di annullare l'aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto, in presenza ovviamente di adeguate esigenze di interesse pubblico.

Tuttavia, per la stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento giurisdizionale, ovvero, come nella specie, l'annullamento a seguito di autotutela degli atti della procedura amministrativa, comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti.

Infatti il contratto non ha una autonomia propria ed è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato restando "caducato" a seguito dell'annullamento degli atti che ne hanno determinato la sottoscrizione³⁵⁶.

Le derive più estreme di tale tesi portano ad affermare che sarebbe priva di senso la pretesa distinzione tra annullamento giurisdizionale e in autotutela, posto che ciò che rileva è il collegamento sostanziale tra i due atti, l'aggiudicazione e il contratto, i quali, *simul stabunt, simul cadent*, qualunque sia la sede dell'annullamento³⁵⁷.

Anche la dottrina si è mostrata favorevole a tale impostazione, affermando che l'annullamento in autotutela delle delibere a monte del contratto si ripercuote automaticamente sullo stesso, privandolo di effetti³⁵⁸.

La caducazione immediata del contratto si iscrive in una normale vicenda di connessione tra un provvedimento autoritativo ed un contratto privatistico. L'interesse pubblico, perseguito nel complesso da entrambi gli atti, fungerebbe da connettivo, e giustifica l'effetto che il ritiro del primo si riverbera automaticamente sul secondo.

³⁵⁴ In questi termini, Cons. St. 4 gennaio 2011 n. 11, in www.giustizia-amministrativa.it.

I giudici, nel caso di specie, avevano ritenuto legittima una delibera comunale con cui la Pente aveva annullato l'affidamento dei lavori per un impianto fotovoltaico, rigettando la domanda del ricorrente volta a qualificare l'iniziativa dell'Amministrazione in termini di recesso illegittimo, anziché di autotutela.

³⁵⁵ Cfr. Cons. St. 9 aprile 2010 n. 1998, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵⁶ cfr., per alcuni aspetti Ad. Plen. 30 luglio 2008 n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵⁷ Cons. St. 7 settembre 2011 n. 5032, *cit.*

³⁵⁸ R. DE NICTOLIS, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma 2010, pp. 1167 e ss.

Il rapporto tra aggiudicazione illegittima e contratto rientrerebbe, in tale ottica, nel *genus* dell'invalidità derivata ad effetto caducante, in difformità a quanto visto per le ipotesi di annullamento giurisdizionale.

L'affermazione, secondo altri autori³⁵⁹, potrebbe anche giustificarsi leggendo in chiave espansiva e sistematica le norme in tema di caducabilità del contratto, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione. Tali disposizioni confermerebbero l'idea che la legittimità della serie procedimentale a monte deve essere considerata quale requisito indispensabile ai fini della rispondenza del titolo contrattuale al modello legale.

La legittimità dell'aggiudicazione rappresenta un requisito indispensabile ai fini della validità del contratto a valle, e pertanto la sua rimozione determina inevitabilmente il travolgimento del titolo negoziale viziato.

Ancora si osserva che il potere di autotutela è generale e non può che produrre effetti anche sul contratto, trattandosi altresì di una potestà immanente all'azione amministrativa cui la p.a. non può rinunciare, non potendo essa abdicare un potere finalizzato a garantire la legittimità e l'adeguatezza del proprio operato.

Sarebbe un non senso giuridico ammettere un'autotutela sull'evidenza pubblica fine a sé stessa, ininfluenza sul contratto, poiché ciò a cui mira il riesame della p.a. è proprio sciogliersi dallo stesso³⁶⁰.

Nel medesimo solco si pone una impostazione, di recente fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa³⁶¹, che fornisce una diversa giustificazione teorica all'effetto automaticamente caducante dell'annullamento in autotutela sul contratto.

Si ribadisce che in virtù del collegamento funzionale tra la procedura di aggiudicazione ed il contratto, l'annullamento della prima produrrebbe, *ipso facto*, il venir meno del secondo.

Nella pronuncia citata, unica nel suo genere, i giudici piemontesi cercano di giungere ad una soluzione che si ponga da un lato in continuità con il passato, dall'altro in rottura con alcune concezioni tradizionali che devono essere necessariamente superate.

Si ricorda che in passato si è sostenuto che il contratto d'appalto pubblico stipulato sulla base di una aggiudicazione annullata fosse, a sua volta, annullabile ai sensi dell'art. 1425 c.c., dovendosi in tal caso riscontrare la sussistenza di un vizio nel processo di formazione della volontà della stazione appaltante: tale soluzione non implicava l'automatica inefficacia del contratto, che pertanto poteva continuare ad esplicare effetti ed essere portato ad esecuzione, salvo che intervenisse una pronuncia giudiziale di annullamento a seguito di domanda proposta dalla stazione appaltante.

³⁵⁹ S. FANTINI, *La revoca di provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 6.

³⁶⁰ Così, S. FANTINI, *op. ult. cit.*, p. 9.

³⁶¹ Tar Piemonte, Torino, 24 novembre 2014, n. 1906, in *Urb. e App.* 2015, 4, p. 457.

La legittimazione riservata dell'azione di annullamento civilistica, che avrebbe potuto riconoscersi alla sola stazione appaltante, ha però determinato la scarsa fortuna di questo orientamento, che non si dimostrava idoneo a tutelare adeguatamente gli interessi del terzo lesi dalla aggiudicazione illegittima. Un secondo orientamento, ponendo in rilievo la violazione delle norme di evidenza pubblica testimoniata dall'annullamento della aggiudicazione, sosteneva la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, con retroattiva inefficacia di esso e possibilità di far valere tale nullità da chiunque vi abbia interesse.

L'inefficacia *ab origine* del contratto è stata ugualmente affermata quale effetto di una caducazione automatica originata vuoi dal venir meno di una condizione di efficacia del contratto, vuoi dal venir meno di un requisito di legittimazione a contrarre in capo alla stazione appaltante.

L'impostazione più recente, come visto, propende tuttavia per l'invalidità derivata ad effetto caducante, in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, e tale orientamento risulta ancor oggi affermato in recenti pronunce, con riferimento alle procedure di gara espletate prima della entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010 e con l'ulteriore precisazione che gli effetti caducanti conseguivano anche a seguito di annullamento della aggiudicazione a seguito di autotutela amministrativa³⁶².

I giudici piemontesi arricchiscono tale ricostruzione prevalente disvelando come l'annullamento della aggiudicazione, che ha effetto retroattivo, agisca in realtà sulla causa del contratto facendola venir meno, proprio in virtù del collegamento funzionale tra aggiudicazione e contratto.

Lo stretto legame tra la procedura di aggiudicazione ed il susseguente contratto risulta evidente solo che si pensi che la prima non è finalizzata soltanto ad individuare il contraente, ma anche a definire le principali obbligazioni contrattuali, che devono essere riprodotte nel contratto; inoltre l'aggiudicazione, fintantoché non sia annullata, vincola la stazione appaltante alla stipula del contratto, che diventa lo strumento tramite il quale viene portato ad esecuzione il progetto posto a base della procedura di aggiudicazione³⁶³. Questa ultima rappresenta, in definitiva, la causa esterna del contratto e proprio tale constatazione spiega perché l'aggiudicazione ed il contratto *simul stabunt simul cadunt*: perché l'annullamento della aggiudicazione determina, *ipso facto*, la nullità del contratto per mancanza di causa, essendo irrilevante, a tali fini, il fatto che l'annullamento della aggiudicazione intervenga in via giurisdizionale o a seguito di autotutela.

Ulteriormente, la nullità per sopravvenuta assenza di causa del contratto, non toglie che nei casi in esame sia dato riscontrare anche una violazione di norme imperative, quali quelle sull'evidenza pubblica, giacché poste a tutela di interessi indisponibili come l'imparzialità e legalità della azione amministrativa e la tutela del libero mercato.

³⁶² Cons. St. 23 maggio 2013 n. 2802, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶³ Tar Piemonte, Torino, 24 novembre 2014 n. 1906, *cit.*

La violazione di queste norme integra pertanto una autonoma e concomitante causa di nullità del contratto, che tuttavia assume rilevanza solo nel momento in cui viene pronunciato l'annullamento della aggiudicazione, ch  in difetto essa continua ad esplicare efficacia. La patologia derivante dalla violazione delle norme sulla evidenza pubblica finisce quindi per diluirsi, se non per perdersi, nella ben pi  diretta nullit  connessa al venir meno della causa del contratto conseguente all'annullamento, giurisdizionale o in autotutela, della aggiudicazione.

L'obiezione che civilisticamente viene da muovere all'affascinante ricostruzione del Tribunale regionale, riguarda l'impossibilit  di concepire una nullit  sopravvenuta per difetto di causa, posto che tale vizio si manifesta necessariamente al momento di stipulazione del contratto.

I giudici amministrativi non ritengono che tale riflessione sia un ostacolo:   vero che la improduttivit  di effetti tipica del contratto nullo deriva dal fatto che la patologia affetta il negozio nel momento genetico, ma nel caso dell'annullamento della aggiudicazione tale impostazione viene rispettata in ragione dell'effetto retroattivo tipico dell'annullamento dell'atto amministrativo.

Ma vi   di pi : nella sentenza in esame i giudici si spingono a verificare la tenuta della loro ricostruzione anche a fronte delle novit  normative introdotte dal d.lgs. n. 53/2010, affermando che le innovazioni introdotte negli articoli 121 e 122 c.p.a., no determinino la configurazione di una patologia diversa dalla nullit .

Si rileva, infatti, che gi  nel codice del 1942   dato rinvenire fattispecie di contratto dichiaratamente nullo al quale, tuttavia, vengono annessi degli effetti³⁶⁴, ravvisandosi una deroga alla regola della radicale ed assoluta inefficacia del contratto nullo.

Pertanto, la circostanza che contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione annullata possa esplicare effetti, quantomeno fintantoch  non intervenga il giudice ad accertare il contrario, non costituisce un elemento indicativo di una patologia del contratto diversa dalla nullit .

Si ritiene allora riscontrabile una linea di continuit  con i principi desumibili dall'ordinamento giuridico precedente, che giunge ad affermare anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010, la nullit  quale patologia che colpisce il contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione annullata.

Un diverso orientamento, pure incline a riconoscere la permanenza in capo all'Amministrazione del potere di annullamento ex art. 21 *nonies* l. n. 241/90 anche dopo la conclusione del contratto,

³⁶⁴ Il riferimento   all' art. 799 c.c., secondo cui la nullit  della disposizione testamentaria non pu  essere fatta valere dagli eredi che dopo la morte del donatore, vi abbiano dato volontaria esecuzione; ovvero il contratto al lavoro nullo, che, ex art. 2126 c.c., produce effetti per il tempo in cui il rapporto ha avuto esecuzione; ed ancora, al caso del contratto di societ  nullo che, ex art. 2332 c.c., non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della societ  dopo l'iscrizione nel registro delle imprese.

esclude che in mancanza di una norma espressa, l'autotutela ripercuota automaticamente il proprio effetto demolitorio sul contratto³⁶⁵.

Si sostiene invece che la produzione dell'effetto caducatorio sarebbe mediata dalla disciplina di diritto comune, ed in particolare, dal principio espresso dagli artt. 23 comma 2 e 25 comma 2 c.c., secondo i quali, l'annullamento di una delibera di un ente o di una fondazione non è opponibile ai terzi in buona fede³⁶⁶.

Tale richiamo a ben vedere non convince, non potendosi certo assimilare le facoltà privatistiche persone giuridiche con i poteri di autotutela riconosciuti alla p.a., che producono certamente effetti *erga omnes*.

Per tale motivo, anche i sostenitori della suddetta tesi, ritengono che la disciplina di diritto comune sia in parte derogata dalla *lex specialis* di cui all'art. 1 comma 136 della legge finanziaria del 2005, che consente espressamente l'annullamento degli atti illegittimi incidenti su rapporti negoziali, con effetti anche nei confronti dei terzi in buona fede, salvo l'obbligo di indennizzo.

Le perplessità espresse nel ridestare la categoria dell'invalidità derivata ad effetto caducante hanno fatto breccia anche nella giurisprudenza amministrativa, ove si è espresso quanto meno un dubbio sulla circostanza che l'esercizio dell'autotutela sugli atti amministrativi a monte comporti l'automatica demolizione del contratto³⁶⁷.

Si fa strada, piuttosto, l'idea che l'annullamento d'ufficio degli atti di gara da parte della p.a., comporti un'invalidità derivata ad effetto solo viziante del contratto, da far valere innanzi al suo giudice naturale, ovvero il giudice ordinario.

L'inefficacia del contratto non sarebbe mai una conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma pur sempre intermediata da una valutazione del giudice, che nel caso di rimozione in autotutela, spetta al giudice ordinario, venendo in rilievo diritti soggettivi che attengono alla fase esecutiva del rapporto.

L'Amministrazione, in altri termini, non potrebbe privare unilateralmente di efficacia il contratto mediante l'autoannullamento degli atti che lo precedono, poiché la valutazione degli interessi connessi alla continuazione dell'esecuzione compete unicamente al giudice e non può invece derivare da un'iniziativa autonoma della stazione appaltante³⁶⁸.

La p.a. sarebbe dunque tenuta ad adire il giudice ordinario competente a conoscere dell'esecuzione del contratto e chiederne lo scioglimento, affidando al suo sindacato l'apprezzamento degli effetti dell'avvenuto annullamento dei provvedimenti ad evidenza pubblica³⁶⁹.

³⁶⁵ G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative*, in *Riv. it. dir. pub. comp.*, 2010, pp. 729 e ss., nonché F. G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *www.giustamm.it*.

³⁶⁶ A. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 208.

³⁶⁷ Così, in un *obiter dictum*, l'Ad. Plen. 3 giugno 2011 n. 11, in *www.neldiritto.it*.

³⁶⁸ Cons. St. 25 giugno 2013 n. 3437, Cons. St. 2 dicembre 2012 n. 5725, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁶⁹ Tar Toscana 11 novembre 2010 n. 6579, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Sullo sfondo di tale impostazione si scorge la concezione di una forma di autotutela “dichiarativa”³⁷⁰, in cui l’effetto caducante dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto è sempre intermediato dalla pronuncia del giudice, dovendosi però stabilire se amministrativo o ordinario, come si vedrà nel paragrafo successivo.

La questione è ancora aperta, come dimostrano alcuni recenti arresti dei Tribunali amministrativi regionali, in cui pur nell’affermazione della naturale permanenza del potere di annullamento d’ufficio in capo alla p.a. anche dopo la stipulazione del contratto, si esclude l’inefficacia automatica dello stesso, ritenendola “assoggettata alla decisione a c.d. geometria variabile del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva”³⁷¹.

Sembra invece cogliere nel segno quella dottrina³⁷² che individua come unica ipotesi di caducazione automatica del contratto a seguito dell’annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione, la sopravvenienza di un’interdittiva antimafia postuma (ex artt. 92 e 94 d.lgs. n. 159/2011), poiché la normativa prevede la risoluzione *ex lege* dell’accordo negoziale, salva la sussistenza di circostanze eccezionali (come in caso di contratto pressoché ultimato e difficile sostituibilità dell’appaltatore) che spostano il giudizio di interesse pubblico a favore della conservazione del contratto.

5. Le conseguenze sul riparto di giurisdizione.

Una volta esclusa l’automatica caducazione del contratto per effetto dell’annullamento d’ufficio degli atti della procedura ad evidenza pubblica, e acclarata la necessità dell’intervento del giudice che certifichi le sorti dell’accordo negoziale, il problema successivo riguarda l’individuazione del riparto di giurisdizione.

Preliminarmente, si osserva che l’art. 133 comma 1 lett. e) n. 1 c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva giudice amministrativo su tutte le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti ad evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione e alle sanzioni alternative.

La norma è stata dettata dall’esigenza di comporre il contrasto tra la giurisprudenza amministrativa ed ordinaria, che vedeva quest’ultima arrogarsi il ruolo di giudice esclusivo di tutte le patologie ed inefficacie negoziali, afferenti la fase successiva alla sua stipulazione³⁷³.

³⁷⁰ G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1484 e ss.

³⁷¹ Così, Tar Campania, Salerno 16 settembre 2014 n. 1604, in *Giurisd. Amm.*, 2014, II, p. 442.

³⁷² F. SAIITA, *Contratti pubblici e potere di riesame della stazione appaltante*, in *Giur. It.*, 2015, 12, p. 2767.

³⁷³ A. AULETTA – F. LIGUORI, *La Plenaria, il “dialogo” tra le giurisdizioni e la motivazione che non c’è* (annotazioni a margine della decisione n. 9 del 2008 dell’A.P. del Consiglio di Stato), *cit.*

La risposta legislativa dell'art. 7 d.lgs. n. 53/2010 è stata ancora una volta parziale e limitata a sancire la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul contratto solo in caso di annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione e animata da esigenze di effettività e concentrazione delle tutele: la scelta di affidare al medesimo giudice che dispone l'annullamento degli atti provvedimentali anche la cognizione delle sorti del contratto, evita per il privato ricorrente una duplicazione di giudizi, e spiana la strada all'effettività della tutela, potendo egli convogliare la propria domanda risarcitoria in forma specifica o per equivalente innanzi al giudice naturale della funzione pubblica.

Lo schema di riparto tracciato dal Codice del processo nulla dice in merito al caso in esame, ovvero non individua il giudice chiamato a pronunciarsi sulle conseguenze dell'annullamento in autotutela sul contratto.

Secondo una prima impostazione, il medesimo principio di concentrazione delle tutele, e la ritenuta identità di situazione con l'annullamento operato dal giudice, determina l'attrazione della giurisdizione presso il giudice amministrativo³⁷⁴.

Il fenomeno in esame denota una profonda commistione tra interessi privatistici e pubblicistici che giustifica la devoluzione al giudice amministrativo, in coerenza con le coordinate tracciate dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza del 6 luglio 2004 n. 204.

L'estensione della giurisdizione esclusiva si giustifica per la presenza di un potere autoritativo e non schiettamente negoziale che interviene sul rapporto, dal momento che l'annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica integra un esempio di autotutela decisoria, di stampo pubblicistico.

A fronte dell'esercizio di tale potere, la posizione giuridica del privato oscilla tra l'interesse legittimo oppositivo e il diritto soggettivo all'esecuzione del contratto, ma l'individuazione di una giurisdizione di tipo esclusivo consente di aggirare le perplessità qualificatorie.

Ciò che rileva è la natura del segmento d'azione amministrativa con cui si interfaccia il privato, che rientrando nella previsione di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90, appartiene certamente al *genus* dell'autoritatività.

Ancor più incisivamente, si afferma che “gli artt. 121 e 122 c.p.a. attribuiscono esclusivamente al giudice amministrativo i poteri di valutazione dell'efficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione; né può ammettersi una (peraltro) irragionevole diversificazione della disciplina in esame, con la reviviscenza della giurisdizione del giudice ordinario sulla sorte del contratto, allorquando l'annullamento dell'aggiudicazione sia effetto dell'esercizio del potere di autotutela”³⁷⁵.

³⁷⁴ cfr. Cons. St. 7 settembre 2011 n. 5032, *cit.*

³⁷⁵ Così, Cons. St. 14 gennaio 2011 n. 11, *cit.*

Anche la giurisprudenza ordinaria si è talvolta allineata a questa impostazione³⁷⁶, ritenendo che riconoscere la giurisdizione del giudice civile sul contratto comporterebbe “il duplice, pernicioso effetto di moltiplicare i procedimenti e di porre le condizioni per un possibile conflitto di pronunce”.

Le Sezioni Unite affermano allora la necessità di superare la parzialità del dato letterale dell'art. 133 comma 1 lett. e) n. 1 c.p.a., in ossequio a quanto sancito dall'art. 12 delle preleggi che impone di integrare l'attività ermeneutica con il ricorso al criterio della *ratio legis*.

L'applicazione del criterio disvela che si è in presenza di un' *eadem ratio*, riscontrabile nell'esigenza di preservare i principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza cui deve ispirarsi l'Amministrazione in materia di appalti pubblici.

Il senso della disposizione è quello di attribuire al giudice amministrativo la cognizione piena di tutte le controversie conseguenti all'annullamento di un'aggiudicazione, comunque intervenuta³⁷⁷.

Alla base di tale soluzione si pone anche l'incidenza del diritto comunitario nel sistema giurisdizionale interno, che esige la trattazione unitaria delle domande di affidamento dell'appalto e di caducazione de contratto concluso per effetto dell'illegittima aggiudicazione; e ciò deve avvenire, anche nell'ipotesi in cui la richiesta di caducazione degli effetti del contratto consegua al provvedimento emesso in autotutela dalla p.a. e confermato in sede giurisdizionale dal giudice amministrativo.

Le Sezioni Unite si spingono poi oltre, sancendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche in ordine alle domande di ripetizione di indebito o di arricchimento senza causa, eventualmente collaterali alla domanda di inefficacia del contratto.

L'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla domanda di dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto postula, inevitabilmente, che le domande conseguenti ad una tale declaratoria debbano essere conosciute dallo stesso giudice al quale è riconosciuta la giurisdizione sul contratto.

Le domande di ripetizione di indebito o di arricchimento senza causa, infatti, si presentano come effetti restitutori conseguenti alla declaratoria di inefficacia (o nullità) del contratto.

La connessione tra il reticolo di domande proposte dal ricorrente consente uno spostamento dell'intera vicenda processuale presso il giudice amministrativo, per effetto della *vis attractiva* della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 comma 1 lett. e) n. 1 c.p.a.

³⁷⁶ Così, Cass. Sez. Un. 8 agosto 2012 n. 14260, in *Urb. e Appalti*, 2013, 1, pp. 24 e ss., che ha affrontato il caso di un annullamento in autotutela di un atto di affidamento diretto del contratto.

³⁷⁷ E quindi secondo la Corte, a maggior ragione, nell'ipotesi di affidamento diretto, posto in essere in violazione delle norme nazionali e comunitarie, per non essere stata disposta alcuna gara.

D'altra parte, sarebbe una contraddizione logica del sistema ammettere la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso in cui una gara sia, comunque, stata effettuata e negarla in quello, di gran lunga più grave, di affidamento diretto, posto in essere dalla p.a. con abuso delle funzioni pubbliche.

Sul versante opposto si colloca quell'orientamento teso ad affermare la sussistenza della giurisdizione ordinaria, mediante un'interpretazione restrittiva delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Si evidenzia il carattere eccezionale di tali forme di concentrazione processuale, che derogano al normale criterio di riparto fondato sulla consistenza della posizione giuridica azionata in giudizio, da cui consegue l'impossibilità di un'estensione in via analogica.

Ulteriormente, l'orientamento in parola sottolinea la natura prettamente privatistica del rapporto dedotto in giudizio³⁷⁸, che vede le parti in posizione perfettamente paritaria, poiché l'oggetto della controversia riguarda la validità di un contratto che resta di diritto privato.

In maniera ancora più dirompevole, le Sezioni Unite in un diverso arresto³⁷⁹ affermano che spetta al giudice ordinario dichiarare la nullità o inefficacia, ovvero l'annullamento di un contratto d'appalto stipulato dall'Amministrazione.

La pronuncia è particolarmente significativa, poiché analizza l'intera dinamica dell'attività negoziale della p.a., osservando come tutte le controversie che attengono alla fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, inerente alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole dell'evidenza pubblica, appartengono al giudice amministrativo.

Diversamente, le controversie che riguardano la serie negoziale successiva che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguarda la disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono, sono devolute al giudice ordinario. Conseguentemente appartengono alla cognizione di tale plesso le domande concernenti le condizioni di validità e di efficacia e volte e ad ottenerne la declaratoria di nullità o inefficacia, ovvero l'annullamento, posto che anche esse hanno ad oggetto non già i provvedimenti riguardanti la scelta dell'altro contraente, ma il rapporto privatistico discendente dal negozio.

Si precisa inoltre che “nell'ambito delle patologie ed inefficacie negoziali, rientrano non soltanto quelle inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute, ma anche quelle derivanti da irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa a monte, perciò comprendenti anche le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti): perciò accertabile incidentalmente da parte del giudice ordinario, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento “*in parte qua*” ad opera del giudice amministrativo”³⁸⁰.

Su quest'ultimo aspetto occorre soffermarsi maggiormente. Le Sezioni Unite, nell'enfasi dell'affermazione della giurisdizione ordinaria, sembrano dettare un principio innovativo, che vede il giudice ordinario abilitato a conoscere anche della legittimità degli atti della procedura ad

³⁷⁸ cfr. Cass. Sez. Un. 29 maggio 2012 n. 8515, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

³⁷⁹ cfr. Cass. Sez. Un. 5 aprile 2012 n. 5446, in *Ced Cass.*

³⁸⁰ cfr. Cass. Sez. Un. 5 aprile 2012 n. 5446, *cit.*

evidenza pubblica, facendo ricorso qualora ne accerti l'illegittimità ai suoi poteri di disapplicazione ex art. 4 e 5 l.a.c.

L'ipotesi è ben diversa dal caso in cui il giudice ordinario sia chiamato a decidere delle sorti del contratto a seguito dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, e per certi versi antitetica: in quest'ultimo caso è la p.a. ad impugnare il contratto innanzi al giudice ordinario e a chiederne l'inefficacia o l'invalidità, sulla base di una propria precedente determinazione in riesame che lo ha privato di un presupposto fondamentale.

Il giudice, potrà allora conoscere *incidenter tantum* della legittimità dell'atto di autotutela, e dichiarare l'estinzione del rapporto, o eventualmente disapplicarlo, mantenendo in vita il contratto.

Il privato ha un interesse oppositivo rispetto al provvedimento di autotutela, non verso gli atti di gara che, anzi, fondano il suo diritto alla prosecuzione del rapporto contrattuale.

Contrariamente, qualora il privato impugni il contratto facendo valere vizi che attengono alla fase dell'evidenza pubblica, mostra un interesse pretensivo alla sua caducazione ma l'eventualità che tale interesse sia dedotto innanzi al giudice ordinario suscita non poche perplessità.

Ammettere che il privato possa far valere l'illegittimità degli atti in cui si snoda la procedura ad evidenza pubblica direttamente innanzi al giudice ordinario, comporta il rischio di aggirare la giurisdizione esclusiva prevista in favore del giudice amministrativo, nonché sotto il profilo strettamente processuale una possibile elusione dei termini decadenziali previsti per l'impugnazione degli atti amministrativi.

Il ricorrente, infatti, decorso il termine per impugnare gli atti della fase pubblicistica potrebbe poi rifarsi mediante l'impugnazione del contratto innanzi al giudice ordinario, il quale, in virtù del suo potere di disapplicazione potrà ritenere tali provvedimenti *tamquam non esset*, e dichiarare invalido l'accordo per assenza di un presupposto essenziale.

Ecco allora che bisogna interpretare in modo più rigoroso le statuizioni delle Sezioni Unite, quando affermano la cognizione del giudice ordinario sulle patologie del contratto che derivano da vizi della procedura ad evidenza pubblica.

Si entra così nell'incerto mondo dei cc.dd. "atti prodromici" alla stipulazione del contratto, che definiscono in senso lato quei passaggi attizi in cui si articola la volontà amministrativa nella fase prenegoziale.

L'Adunanza Plenaria³⁸¹ ha fornito in proposito fondamentali chiarimenti, che non possono non condividersi.

Occupandosi del riparto di giurisdizione sulla validità delle delibere di costituzione di un organismo societario da parte di un' Università, la Plenaria definisce mirabilmente la nozione di atti prodromici distinguendoli sul piano logico, cronologico e giuridico, dai successivi atti negoziali,

³⁸¹ Ad. Plen. 3 giugno 2010 n. 11, in www.giustizia-amministrativa.it.

con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere una fattispecie contrattuale.

Gli atti prodromici attengono al processo decisionale, che da ultimo si esterna nel compimento di un negozio giuridico: “mentre per un soggetto privato il processo decisionale resta ordinariamente relegato nella sfera interna del soggetto, e ciò che rileva è solo il negozio giuridico finale, per un ente pubblico esso assume la veste del procedimento amministrativo”.

La necessità che la volontà amministrativa si formi in una sequenza procedimentalizzata fa sì che il paradigma dell'evidenza pubblica possa estendersi a tutti i casi in cui la p.a. pone in essere un qualsivoglia negozio giuridico di diritto privato: in tale paradigma la deliberazione a contrarre è “mezzo di cura dell'interesse pubblico e quindi è provvedimento amministrativo”³⁸², e le relative controversie non possono che essere devolute alla giurisdizione amministrativa.

I profili inerenti alla giurisdizione, inoltre, vengono affrontati anche in ulteriore passaggio in cui la Plenaria si chiede se il venir meno degli atti amministrativi prodromici sia o meno idoneo ad invalidare il negozio societario.

Ebbene i giudici amministrativi affermano che nei casi in cui un negozio di diritto privato posto in essere dalla p.a. è preceduto da un procedimento amministrativo, l'annullamento degli atti del procedimento amministrativo non comporta, di regola, l'automatica caducazione del negozio giuridico a valle (invalidità ad effetto caducante), producendo piuttosto una invalidità derivata ad effetto cd. “viziante”, che deve essere dedotta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale. Al di fuori dei casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulla sorte del contratto che si pone a valle di un procedimento amministrativo viziato (come accade nel settore degli appalti pubblici grazie alla disposizione di cui all'art. 133 comma 1 lett. e) n. 1 c.p.a.) secondo l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione spetta al giudice amministrativo conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, e al giudice ordinario dei vizi del contratto, anche quando si tratti di invalidità derivata dal procedimento amministrativo presupposto dal contratto.

³⁸² La Plenaria mette in evidenza come tale soluzione abbia il conforto di numerosi dati normativi, dalla cui interpretazione sistematica si desume che la scelta da parte di un ente pubblico di dare vita ad una società, o di modificarla o estinguerla, è una scelta organizzativa afferente al perseguimento dell'interesse pubblico, che si esercita mediante un atto di natura pubblicistica, rientrando nella giurisdizione del giudice amministrativo. Tra questi, particolarmente significativo è l'art. 244, co. 1, d.lgs. n. 163/2006, in cui è confluito l'art. 6, l. n. 205/2000, applicabile *ratione temporis* (ora art. 133, comma. 1, lett. l), c.p.a.), che assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, ivi comprese quelle relative alla scelta del socio. Pertanto, chiosa la Plenaria, “allorquando un ente pubblico decide di costituire una società con la forma del partenariato pubblico-privato, la scelta del socio privato è considerata dall'ordinamento una vicenda pubblicistica, tanto che tale scelta deve avvenire con procedura di evidenza pubblica, procedura soggetta alla giurisdizione amministrativa esclusiva. Se ne desume per argomento a fortiori che è ascritta alla sfera pubblicistica la scelta, a monte, dell'utilizzo del modello societario, anche se per tale scelta non è prevista una giurisdizione esclusiva, sicché si ricade nell'ordinaria giurisdizione generale di legittimità”. La scelta da parte di un ente pubblico di costituire una società o di parteciparvi è dunque considerata una scelta organizzativa discrezionale, che differisce logicamente e cronologicamente rispetto al negozio societario che costituisce attuazione di tale scelta, e che radica una diversa giurisdizione rispetto a quella prevista per il negozio societario.

Tale riparto di giurisdizione non fa però venire meno l'interesse a impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti amministrativi prodromici di un negozio di diritto privato, atteso che il loro annullamento produce un effetto viziante del negozio societario a valle, con la conseguente possibilità di azionare rimedi risarcitori e di impugnare il negozio di diritto privato davanti al giudice ordinario³⁸³.

Le indicazioni fornite dall'Adunanza Plenaria devono ora raccordarsi al tema in esame, riguardante la giurisdizione sulle sorti del contratto a seguito dell'annullamento in autotutela degli atti prodromici, dovendosi tenere presente che in questo caso non viene in rilievo la natura privatistica o pubblicistica dell'atto che precede la stipulazione, piuttosto quella del potere esercitato per rimuoverlo.

L'attività interpretativa si colloca in un momento successivo, e presuppone già risolta la questione circa la natura amministrativa degli atti oggetto di riesame, altrimenti non avrebbe senso indagare l'essenza dell'atto di ritiro.

È a questo che bisogna guardare per stabilire il riparto di giurisdizione, al fine di comprendere se sia espressione di un potere pubblicistico o privatistico: l'ago della bilancia dipende proprio da tale valutazione, poiché tanto può esservi giurisdizione amministrativa, in quanto si riscontri l'esistenza di un potere autenticamente amministrativo.

Le Sezioni Unite³⁸⁴, nel tentativo di fare chiarezza una volta per tutte, valorizzano proprio tali aspetti, affermando che qualora l'atto di autotutela con cui la p.a. rimuove l'aggiudicazione, stigmatizzi vizi genetici attinenti ad un momento antecedente alla stipulazione del contratto, ovvero riferibili agli atti prodromici, si pongono per gli interessati posizioni di interesse legittimo, devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Si legge nella pronuncia che “i connotati al tempo stesso autoritativi e discrezionali insiti nell'esercizio dell'autotutela, la quale postula sempre un apprezzamento dell'interesse pubblico a che l'atto viziato venga eliminato dalla stessa pubblica amministrazione da cui proviene, comportano, per regola generale, che la posizione dei controinteressati abbia natura di interesse legittimo e che, pertanto, competa al giudice amministrativo il vaglio di legittimità sull'atto amministrativo in cui detto potere di autotutela si è esplicato”.

Ed inoltre, quanto alle cognizioni sulle sorti del contratto la Corte stabilisce che, trattandosi di controversia relativa ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende alle domande di dichiarazione d'inefficacia o di

³⁸³ La Plenaria conclude allora per la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario sul contratto di società e sulle sue ipotesi di nullità, sancite dall'art. 2332 c.c., tra cui non rientra il caso dell'annullamento degli atti prodromici alla stipulazione, e pertanto, in base al principio di tassatività delle cause di nullità, si afferma la validità dello stesso.

³⁸⁴ Cass. Sez. Un. 14 maggio 2015 n. 9861, in www.lanuovaproceduracivile.com.

nullità del contratto stipulato con la p.a. che sia eventualmente conseguente all'annullamento in autotutela.

Tale conclusione è giustificata dal riscontro di un potere di autotutela in senso stretto, ovvero di un provvedimento di riesame autenticamente autoritativo, che comporti la degradazione della posizione giuridica del privato.

Se, invece, dietro lo schermo dell'esercizio dei propri poteri di annullamento in autotutela, l'Amministrazione abbia inteso intervenire direttamente sul contratto per far valere in realtà vizi ad esso relativi, trova applicazione il principio, secondo cui “non può ammettersi che, pretendendo di adoperare il proprio potere discrezionale di autotutela per eliminare vizi in realtà afferenti non già alle determinazioni prodromiche, in sé considerate, ed alle modalità procedurali ad esse solo proprie, bensì al contratto ormai stipulato, l'Amministrazione possa spostare l'asse della giurisdizione riconducendo nell'alveo di quella amministrativa una controversia sulla validità di un contratto di diritto privato, come tale rientrando nell'alveo della giurisdizione ordinaria”³⁸⁵.

Le conclusioni delle Sezioni Unite del maggio 2015, pur dichiarando di porsi in continuità con le statuizioni della pronuncia dell'8 agosto 2012 n. 14260, in realtà sembrano leggere in maniera molto più precisa e coerente il fenomeno dell'interazione tra autotutela pubblicistica e contratto, e pertanto non possono che essere condivise.

L'indagine ermeneutica non deve fossilizzarsi sul momento cronologico in cui viene esercitato il potere, se prima o dopo la stipulazione, piuttosto deve dirigersi verso il suo oggetto, determinandosi se esso riguardi vizi della fase amministrativa o del contratto, evitando così che l'Amministrazione possa eludere la giurisdizione del giudice ordinario, travestendo da provvedimento di autotutela una censura che attiene ad una patologia negoziale.

Solo il riscontro di una manifestazione di autentica autotutela può giustificare la devoluzione della giurisdizione al giudice amministrativo, attraendo anche la cognizione sulle sorti del contratto, che non presenta un vizio proprio, ma derivato dall'avvenuto esercizio del potere autoritativo.

6. Un caso emblematico: autotutela amministrativa e contratti di finanza derivata. L'intervento dell'Adunanza Plenaria 5 maggio 2014 n. 13.

Le criticità evidenziate sono emerse in tutta la loro problematicità, in un fenomeno recente, che la visto le pubbliche amministrazioni, accedere con grande frequenza ai contratti di finanza derivata.

La constatazione della contrarietà delle fattispecie in esame rispetto agli interessi pubblici ha dato luogo ad un notevole contenzioso, derivante dall'utilizzo da parte degli enti pubblici dello strumento dell'autotutela decisoria per sciogliersi da tali contratti, rivelatisi antieconomici e sconvenienti.

³⁸⁵ Così, Cass. Sez. Un. 14 maggio 2015 n. 9861, *cit.*

Preliminarmente, si osserva che il ricorso agli strumenti finanziari derivati³⁸⁶ ha avuto inizio sin dagli anni '90 del secolo scorso, consentendo agli enti locali una ristrutturazione dell'indebitamento pregresso, nonché l'acquisizione di nuovi canali di finanziamento.

L'intrinseca aleatorietà dei contratti di negoziazione di strumenti finanziari ha suscitato numerosi dubbi circa la possibilità che essi vengano stipulati da pubbliche amministrazioni, in virtù delle limitazioni che l'autonomia negoziale di tali enti conosce a salvaguardia degli interessi pubblici di cui è titolare³⁸⁷.

Si profila, infatti, un possibile contrasto con i principi di cui agli artt. 81 e 119 Cost. nella loro rinnovata astringenza a seguito delle modifiche della l. cost. 20 aprile 2012 n. 1, poiché l'incertezza che affascia i contratti di finanza derivata impedisce alla p.a. un calcolo razionale del risultato economico dell'operazione, e ciò rischia di compromettere le esigenze di bilancio degli enti pubblici che oggi assurgono ad interesse pubblico autonomo e di fondamentale importanza.

Il legislatore, pertanto, ha introdotto una serie di limitazioni normative al ricorso agli strumenti di finanza derivata da parte degli enti pubblici, dopo che la l. 28 dicembre 2001 n. 448, aveva sostanzialmente liberalizzato tale mercato per le pubbliche amministrazioni, favorendo una massiva prassi di indebitamento per il recupero di immediata liquidità.

Con il D.M. 1 dicembre 2003 n. 389, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha imposto dei vincoli all'utilizzo dei derivati pubblici, prevedendo il coordinamento dell'accesso ai mercati, la costituzione di un fondo di ammortamento, la necessaria conclusione dei contratti solo con intermediari contraddistinti da adeguato merito di credito, certificato dalle agenzie di *rating*, e l'elencazione tassativa delle operazioni derivate consentite per gli enti pubblici.

La sterzata restrittiva si è acuita con l'introduzione dell' art. 1, comma 736 l. 27 dicembre 2006, n. 296, che ha disposto che le operazioni di gestione dell'indebitamento da parte delle regioni e degli enti locali “devono essere improntate alla riduzione del costo finale del debito e alla riduzione dell'esposizione dei rischi di mercato”, specificando che tali negoziazioni possono essere concluse “solo in corrispondenza di passività effettivamente dovute, avendo riguardo al contenimento dei rischi di credito assunti”. Quest'ultima riforma si prefiggeva l'obiettivo di impedire all'autonomia degli enti locali l'accesso ai contratti di finanza derivata con funzione speculativa, ritenendo quest'ultima incompatibile con gli interessi pubblici economici.

³⁸⁶ Tra cui rientrano, a titolo esemplificativo, i cc.dd. “*future*”, “*interest rate swaps*”, “*options*”, già previsti dal d.lgs. n. 385/1993. Si veda in proposito, A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2011, pp. 18 e ss., M. ANTONIOLI, *Enti pubblici e strumenti finanziari: i nuovi confini della finanza globale*, in *Dir. econ.*, 2011, pp. 19 e ss., A. MONORCHIO – C. D. MOTTURA, *Derivati e finanza pubblica. Considerazioni sul dibattito in Italia tra enti e banche*, in *Economia Italiana*, 2010, 1, L. PARDI, *Strumenti finanziari derivati ed enti locali: una relazione difficile*, in *Riv. Corte Conti*, 2009, pp. 234 e ss.

³⁸⁷ S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova 2008, pp. 176 e ss.

Ulteriormente, la l. n. 296/2006 ha introdotto il comma 2 *bis* nell'art. 41 della l. n. 448/2001, recante la disciplina di controllo ai sensi della quale i contratti relativi a operazioni in strumenti derivati devono essere trasmessi, prima della sottoscrizione da parte degli enti contraenti, al Ministero dell'economia, pena l'inefficacia dei contratti stessi.

Nonostante tali limitazioni, la prassi del ricorso al finanziamento mediante strumenti derivati non ha inizialmente manifestato alcun declino, determinando un ampliamento dei c.d. "costi impliciti" nel bilancio pubblico³⁸⁸.

Le perdite successivamente maturate hanno indotto gli enti locali a ricercare una via di fuga da tali operazioni, sforzandosi di trovare il modo più conveniente per sciogliersi da un vincolo contrattuale divenuto inopportuno ed economicamente dannoso.

Il primo tentativo ha visto le pubbliche amministrazioni invocare la nullità dei contratti di finanza derivata innanzi al giudice ordinario, che sulla scorta di un'invalidità ex art. 23 t.u.f. e 28 del Regolamento Consob per difetto del requisito formale *ad substantiam*.

La giurisprudenza ordinaria si è poi spinta oltre, dichiarando nulli per assenza di causa in concreto i contratti di *swap* sottoscritti dagli enti locali che presentassero una funzione speculativa, in assenza di clausole che consentissero il riequilibrio del sinallagma in caso di esito negativo dell'investimento per la p.a.

Tale conclusione trae origine dal suddetto divieto di cui all'art. 41 l. n. 448/2001 di stipulare *swap* con funzione speculativa, con la conseguenza che lo squilibrio iniziale priva il contratto della funzione meramente conservativa, imposta dal D.M. n. 389/2003, e rende nulla la contrattazione per assenza della causa di ammortamento e ristrutturazione del debito.

Ma, a lungo andare, la strada della declaratoria di nullità da parte del giudice ordinario si è rivelata insufficiente, e gli enti pubblici hanno iniziato ad attingere ai propri poteri pubblicistici per sciogliersi unilateralmente da contratti divenuti dannosi per i propri interessi: lo strumento prescelto è stata allora l'autotutela decisoria, sotto forma dell'annullamento d'ufficio delle delibere che autorizzavano la stipulazione di contratti derivati³⁸⁹.

Segnatamente, le Amministrazioni hanno individuato nell'art. 41 della l. n. 448/2001, il presupposto per il ritiro in autotutela dell'atto di affidamento, poiché tale norma stabilisce che i soggetti pubblici possono ricorrere ai contratti derivati solo in condizioni di sicura convenienza economica, ovvero qualora il saldo iniziale dello strumento finanziario sia pari a zero.

³⁸⁸ Per approfondimenti sul punto si veda A. BARTOLINI, Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli interest rate swaps, in *Urb. e App.* 2012, 2, pp. 201 e ss., A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, pp. 1116 e ss., e A. MASSERA, *Enti territoriali e contratti derivati finanziari: un rapporto travagliato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 8-9, pp. 825 e ss.

³⁸⁹ Il ricorso all'autotutela si giustificava anche per l'esigenza di sottrarsi alla clausola arbitrale internazionale contenuta nei contratti di finanza derivata. In tema si veda C. CONSOLO – M. STELLA, *L'avventuroso spirito del celebre Morgan non affonda ai Caraibi... è vivo e imperversa nell'Europa continentale con la vendita dei credit default swaps agli enti pubblici locali*, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 1066 e ss.

Il problema successivo che si è posto, dunque, ha riguardato l'individuazione delle sorti dei contratti di finanza derivata, a seguito dell'annullamento in autotutela degli atti amministrativi preliminari alla sua stipulazione, e del plesso giurisdizionale competente a conoscere della questione.

Il Consiglio di Stato, in un primo momento, ha ritenuto che i contratti derivati fossero automaticamente travolti dall'annullamento in autotutela delle delibere a contrarre o dell'aggiudicazione, spostando l'asse della giurisdizione innanzi al giudice amministrativo. Emerge un principio di correlazione tra aggiudicazione e contratto, i quali *simul stabunt simul cadent*, quale che sia la sede dell'annullamento³⁹⁰.

Si afferma allora che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente per oggetto l'efficacia di contratti *swap* stipulati dall'Amministrazione con istituti bancari, dai quali erano emersi profili di criticità non essendo stato rispettato il principio di convenienza dell'operazione³⁹¹.

La Corte di Cassazione, dal canto suo, collocava la vicenda in un'ottica prettamente negoziale, valorizzando la pariteticità della posizione assunta dalle parti nell'operazione contrattuale, a prescindere dalla natura pubblica di uno dei contraenti. L'atto di scioglimento unilaterale non poteva ricondursi all'esercizio di un potere autoritativo ma negoziale, e pertanto gli effetti sul contratto a valle dovevano essere valutati dal suo giudice naturale, ovvero il giudice ordinario³⁹².

I due plessi giurisdizionali trovano tuttavia un punto di incontro analizzando specificamente il regime atti prodromici alla stipulazione dei contratti di finanza derivata, nonché la natura del potere con cui la p.a. procede alla loro rimozione.

Si osserva preliminarmente che la fase che precede la stipulazione del contratto registra la presenza due diverse tipologie attive, dovendosi distinguere da un lato gli atti prenegoziali in senso stretto, in cui la p.a. agisce alla stegua di un puro contraente privato, e gli atti prodromici di matrice pubblicistica, che scandiscono il procedimento amministrativo di formazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione.

Per i primi, non ha senso immaginare un intervento in autotutela della p.a., trattandosi di fattispecie tipicamente riconducibili alle trattative tra privati, e prive di natura provvedimentale.

In relazione agli atti prodromici, che attengono ad una procedura di stampo pubblicistico, è invece concepibile un potere di riesame in autotutela, che agisce su fattispecie di natura certamente provvedimentale.

³⁹⁰ cfr. Cons. St. 7 settembre 2011 n. 5032, *cit.*

³⁹¹ cfr. Cons. St. 27 novembre 2012, n. 5962, in *Foro amm. Cds* 2012, 11, p. 2905, e Cons. St. 14 ottobre 2013, n. 4999, in *Foro amm. Cds* 2013, 10, p. 2804 che afferma come secondo l'ordinario criterio di riparto, spetti al giudice amministrativo conoscere dei vizi del procedimento e del provvedimento.

³⁹² cfr. Cass., Sez. Un., 29 maggio 2012 n. 8515, in *www.giustamm.it*.

Il presupposto oggettivo per l'esercizio dell'autotutela è dunque rispettato, ma ciò non basta a determinare automaticamente la giurisdizione del giudice amministrativo, dovendosi stabilire se l'Amministrazione agisca su tali atti con un potere autenticamente autoritativo.

Ed infatti, nella vicenda dei contratti di finanza derivata, è accaduto spesso che la p.a. non procedesse ad un annullamento degli atti prodromici nelle forme previste dall'art. 21 *nonies* l. n. 241/90, ma si limitasse a dichiararne la nullità, e la conseguente improduttività di ogni effetto.

Un primo orientamento, riteneva che tale eventualità non alterasse l'essenza autoritativa del potere esercitato, dal momento che l'annullamento in autotutela oltre a sanzionare l'illegittimità di un provvedimento annullabile, potrebbe altresì elidere un atto nullo.

L'atto di ritiro avrebbe pur sempre effetti costitutivi, rimuovendo gli effetti non giuridici ma materiali del provvedimento nullo, dovendosi applicare di conseguenza il regime di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90, con le relative limitazioni all'esercizio del potere.

Diversamente, una seconda impostazione ritiene che l'autotutela su un provvedimento nullo configurerebbe un atto di mero ritiro, avente natura dichiarativa e non costitutiva: l'Amministrazione, infatti, si limiterebbe a certificare la nullità di un atto che già di per sé non ha prodotto alcun effetto per l'ordinamento.

Ne consegue l'inoperatività della disciplina di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90: la p.a. non sarebbe tenuta ad effettuare il giudizio di bilanciamento e comparazione tra gli interessi contrapposti, così pure non incontrerebbe alcuna limitazione temporale al ritiro del provvedimento che, inoltre, non appare più come una scelta discrezionale, piuttosto costituisce un accertamento totalmente vincolato³⁹³.

Non vi sarebbe pertanto la spendita di un potere autoritativo, ma solo dichiarativo a fronte del quale si stagliano posizioni di diritto soggettivo dei destinatari, devolute alla cognizione del giudice ordinario.

Questa ricostruzione è stata di recente accolta dalle Sezioni Unite che, in relazione alla problematica dell'autotutela sugli atti che preliminari ai contratti di finanza derivata, hanno affermato che "l'atto con cui l'amministrazione autodichiara nullo un proprio precedente atto prodromico alla stipula di uno strumento finanziario derivato (swap), con conseguente inidoneità di questo a produrre effetti vincolanti, non ha natura di atto autoritativo, risolvendosi nella mera ricognizione di una situazione giuridica d'inidoneità dell'atto a produrre ex se effetti di alcun genere e, rispetto a tale situazione, l'amministrazione, al contrario di quel che accade per l'annullamento in autotutela, non dispone di alcun potere conformativo, neppure per sanare o convalidare l'atto nullo, come invece le è consentito per quello annullabile, sicché deve necessariamente misurarsi con gli eventuali diritti soggettivi che i terzi possano aver acquistato in

³⁹³ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2014, p. 1263.

forza di quell'atto. Ne consegue che appartiene nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia concernente la autodeclaratoria di nullità di un atto (delibera a contrarre) prodromico alla stipula di strumenti finanziari derivati, stipulati tra p.a. e soggetti privati³⁹⁴.

La massima in parola deriva dalla circostanza per cui l'annullamento d'ufficio ex art. 21 *nonies* permette di caducare atti ritenuti illegittimi dalla p.a. ma non di caducare per nullità atti diversi.

Sicchè, in quest'ultimo caso, la materia è attratta dalla giurisdizione del giudice ordinario sull'assunto che un atto nullo sarebbe *tamquam non esset* e quindi privo di connotati autoritativi della P.A. che non eserciterebbe su di esso alcun potere discrezionale proprio del provvedimento amministrativo.

La soluzione della Corte di Cassazione, che fa dipendere l'asse della giurisdizione sulla natura del potere di ritiro esercitato, a sua volta correlata alla patologia invocata dalla p.a., è stata condivisa anche dalla giurisprudenza amministrativa.

L'Adunanza Plenaria³⁹⁵ condivide l'impossibilità di ricondurre la dichiarazione di nullità degli atti all'autotutela amministrativa in senso stretto, e dunque, conferma la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario.

I giudici amministrativi compiono però una fondamentale precisazione preliminare che riguarda l'esatta individuazione degli atti su cui incide la volontà di scioglimento della p.a. chiarendo che affinché un determinazione amministrativa possa assumere la natura dell'atto prodromico, nel senso tecnico considerato dalla giurisprudenza, occorre che sia individuabile nell'atto stesso il compimento di un processo decisionale ossia la formazione della volontà di compiere un atto di diritto privato, di cui l'ente abbia valutato ed approvato il contenuto, e che ciò risulti verificabile in base al procedimento seguito. Solo in tal caso "l'atto assume dignità provvedimento e può essere autonomamente valutato sul piano della legittimità, e formare oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale ovvero di autotutela"³⁹⁶.

Pertanto, nel momento in cui mancano atti di imperio vi è solo una contrattazione tra soggetti paritari, così degradando la p.a. a semplice parte privata in trattative contrattuali senza il perseguimento di un interesse pubblico. In tale eventualità, lo scopo dell'annullamento del contratto, deve essere perseguito tenendo conto della natura privatistica degli atti di cui assume l'invalidità e della conseguente posizione paritaria rivestita dall'ente pubblico che si sia vincolato contrattualmente al soggetto privato, ai sensi dell'art. 1 comma 1 *bis* della l. n. 241/90³⁹⁷.

La pronuncia della Plenaria fornisce un ulteriore ed importante tassello interpretativo al mosaico

³⁹⁴ Cass. Sez. Un., ordinanza 17 maggio 2013, n. 12110, in www.gazzettamministrativa.it

³⁹⁵ Ad. Plen. 5 maggio 2014 n. 13, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹⁶ Ad. Plen. 5 maggio 2014 n. 13, *cit.*

³⁹⁷ Nel caso di specie, la Plenaria, rilevando l'assenza di un procedimento ad evidenza pubblica precedente alla stipulazione dei contratti di *swap*, impediva la configurabilità di atti prodromici nel senso chiarito, e dunque l'intera vicenda prenegoziale andava sussunta in una logica esclusivamente privatistica, non potendosi concepire forme di intervento autoritativo in autotutela.

relativo ai rapporti tra autotutela pubblicistica e contratto, dando conto della veste cangiante e versatile che la p.a. può assumere anche nella fase precedente alla stipula del contratto.

Non è detto che solo a seguito di quest'ultimo si realizzi quella dismissione della posizione autoritativa da parte dell'Amministrazione che esclude l'esercizio di potere pubblicistici, ma essa può verificarsi anche nel momento prenegoziale, che può realizzarsi secondo una dinamica analoga alle trattative tra privati.

In un tale contesto non possono manifestarsi esternazioni provvedimento, frutto dell'esercizio di un potere amministrativo di primo grado, su cui poi l'Amministrazione pretenda di ritornare mediante le facoltà di autotutela pubblicistica.

Solo qualora il contratto sia preceduto da una procedura ad evidenza pubblica, emergono atti di natura amministrativa passibili di un successivo ritiro in autotutela, fermo restando che deve stabilirsi se essa si configuri realmente come tale, piuttosto che come un riconoscimento meramente dichiarativo di nullità degli stessi.

Ecco allora che l'individuazione del giudice competente a conoscere della controversia dipende da plurimi fattori che contribuiscano ad inscrivere la vicenda concreta nella dimensione pubblicistica del giudice amministrativo, o in quella privatistica del giudice ordinario.

7. La rilettura del sistema imposta dall'evoluzione normativa: prospettive di ridimensionamento dell'annullamento d'ufficio.

Le elaborazioni pretorie sin qui analizzate devono necessariamente confrontarsi con l'evoluzione normativa, che rischia di rendere il quadro delineato non più attuale.

In particolare, la tenacia con cui la giurisprudenza ha ribadito l'immanenza del potere di autotutela in capo all'Amministrazione, anche nell'attività negoziale, ovvero in un ambito in cui dovrebbe realizzarsi la più evidente dismissione della veste autoritativa, deve fare i conti con la tendenza legislativa a limitare sempre più i poteri di riesame.

L'autotutela vive da anni una parabola discendente nell'ottica del legislatore, che ha progressivamente ridimensionato l'istituto, in antitesi con il formante giurisprudenziale che lo ha strenuamente difeso anche in un terreno particolarmente ostile come il fenomeno contrattuale.

Se allora non può che prendersi atto dello stoico atteggiamento della giurisprudenza, che ribadisce costantemente come la p.a. non perda i propri poteri autoritativi a fronte della stipulazione del contratto, altrettanto non si può rimanere indifferenti rispetto ad un panorama normativo che sembra suggerire tutt'altro.

La tendenza emerge sia sul piano della disciplina generale dell'azione amministrativa, sia nell'ambito specifico della normativa settoriale.

Sotto il primo profilo, l'affermazione della permanenza del potere di annullamento d'ufficio anche a seguito della stipulazione negoziale, viene interessata indirettamente, ma profondamente, dalle modifiche apportate all'art. 21 *nonies* della l. n. 241/90.

La l. n. 164/2014 già aveva determinato una restrizione significativa al potere di annullamento d'ufficio, sancendo espressamente l'impossibilità per la p.a. di ritira il provvedimento in presenza di vizi c.d. "non invalidanti" di cui all'art. 21 *octies* comma 2 l. n. 241/90.

La novella ha inteso allineare il regime di annullabilità del provvedimento a prescindere dalla sede giurisdizionale o amministrativa in cui si svolga il suo controllo di legittimità.

La caducazione di un atto per vizi formali o procedurali è inibita tanto al giudice amministrativo quanto alla p.a., superandosi il regime previgente, che riconosceva al riesame interno un effetto invalidante potenzialmente più ampio.

L'annullamento in autotutela da un lato vede accentuarsi la sua connotazione giustiziale, dall'altro è soggetto all'ulteriore limite della prevalenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, non essendo sufficiente la sola illegittimità dello stesso.

Calata nel contesto dell'attività negoziale della p.a., tale limitazione comporta che le stazioni appaltanti possono procedere all'annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica solo qualora ravvisino uno dei profili di illegittimità sanciti dal comma primo dell'art. 21 *octies* l. n. 241/90, e sempre che sussista un interesse pubblico alla loro caducazione; tale interesse nei procedimenti competitivi assume una conformazione peculiare, che deriva dalla combinazione dell'esigenza di garantire la piena legittimità della gara con l'interesse alla celere esecuzione dell'opera o del servizio oggetto dell'affidamento.

Ne consegue che l'impossibilità per la stazione appaltante di annullare atti per violazioni meramente formali o procedurali di cui all'art. 21 *octies* l. n. 241/90, così come previsto dalla l. n. 164/2014, si confronta con la necessità di un corretto bilanciamento tra le suddette esigenze che, nel settore degli appalti pubblici mostrano la maggiore rilevanza.

La materia dei contratti pubblici è infatti dominata da forti istanze di legalità dell'azione amministrativa, imposte anche dal rispetto degli obiettivi eurounitari, cui si affiancano esigenze di celerità e speditezza nella conduzione della procedura e nell'esecuzione dell'opera.

Applicare la sanatoria di cui all'art. 21 *octies* comma 2 l. n. 241/90 al potere di autotutela che intervenga in esse, significa privilegiare quest'ultime, canalizzando il riesame di legittimità della stazione appaltante in un'ottica di risultato.

Così, anche l'assunto della permanenza del potere di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione a seguito della conclusione del contratto, va temperato con la considerazione che l'Amministrazione non può esercitare tale potere a fronte di irregolarità formali che non alterano la correttezza sostanziale della procedura ad evidenza pubblica di cui la stipulazione

negoziale costituisce l'esito; inoltre, nell'ottica di risultato, la caducazione di un contratto in corso di esecuzione e la rinnovazione dell'affidamento costituiscono evenienze fortemente antieconomiche per i suddetti interessi della p.a.

Il rapporto tra autotutela e contratto è stato inciso, in maniera ancora più significativa, dalla l. n. 124/2015, che, come visto nel primo capitolo della trattazione, ha introdotto un limite temporale di diciotto mesi per l'annullamento dei provvedimenti di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici.

Si è già evidenziata a livello sistematico l'importanza della novità legislativa, che concepisce per la prima volta un potere di annullamento temporalmente circoscritto in via definitiva, mentre occorre ora capirne l'impatto nel settore dei contratti pubblici.

In sede di esame dei rapporti tra la revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 e il fenomeno negoziale, si è avuto modo di affermare come l'aggiudicazione possa rientrare nel novero degli atti attributivi di vantaggi economici, e pertanto trovano applicazione le peculiari limitazioni per il potere di riesame.

Spostando l'attenzione all'annullamento d'ufficio deve allora ritenersi che il limite temporale dei diciotto mesi per l'autotutela su atti attributivi di vantaggi per il privato, introdotto dalla riforma del 2015, valga anche per l'aggiudicazione.

La stazione appaltante, pur non perdendo la facoltà di annullare l'aggiudicazione nonostante la stipulazione del contratto, sarebbe comunque soggetta al suddetto vincolo temporale, non potendovi procedere una volta decorsi diciotto mesi dalla conclusione della gara.

Il limite risulta pressoché dimezzato rispetto a quanto previsto dall'art. 1 comma 136 della l. n. 311/2004, che per l'annullamento di atti incidenti su rapporti negoziali, consentiva l'esercizio dell'autotutela fino a tre anni dalla stipulazione.

L'abbreviazione del termine è destinata poi a trovare applicazione, considerandosi che la medesima l. n. 124/2015, ha disposto l'abrogazione della norma prevista dalla legge finanziaria del 2005, eliminando l'unica disposizione che regolava espressamente l'annullamento d'ufficio in relazione al fenomeno negoziale.

Se ne deve trarre, allora, una riespansione della disciplina generale di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90, che assurge ad unica fonte paradigmatica di regolazione dell'annullamento d'ufficio, a prescindere dal settore di attività della p.a. in cui viene esercitato.

Si prospetta, tuttavia, anche una diversa e più estrema interpretazione: posto che gli orientamenti giurisprudenziali inclini ad ammettere l'esercizio dell'autotutela pubblicistica a fronte del contratto traevano linfa proprio dalla presenza nell'ordinamento di una disposizione quale l'art. 1 comma 136 l. n. 311/2004, si potrebbe ritenere che la sua abrogazione abbia voluto implicitamente escludere il ricorso all'annullamento d'ufficio nell'ambito dell'attività negoziale della p.a.

Viene eliminato, infatti, il principale referente normativo su cui la giurisprudenza aveva edificato la propria convinzione, circa la permanenza del potere di annullamento d'ufficio anche a seguito della conclusione del contratto³⁹⁸, alimentando le tesi che da sempre hanno predicato incomunicabilità tra autotutela amministrativa e contratto.

In definitiva a fronte del dato certo dell'abrogazione dell'art. 1 comma 136 l. n. 311/2004, si prospettano due possibili strade interpretative: da un lato, si potrebbe ritenere, in coerenza con l'impostazioni più radicali, che il legislatore del 2015 abbia voluto sancire il tramonto dell'autotutela in relazione alle fattispecie negoziali, dall'altro, in modo più cauto e condivisibile, si può reputare che la scelta normativa sia stata quella di ricondurre il regime dell'annullamento d'ufficio all'unico modello di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90.

Il potere di autotutela nell'ambito dell'attività negoziale non sarebbe del tutto scomparso, ma solo limitato, mediante un'abbreviazione del termine d'esercizio, che passa dai precedenti tre anni agli attuali diciotto mesi.

Tale soluzione appare, inoltre, più in linea anche con la nuova disciplina del d.lgs. n. 50/2016 che come visto, all'art. 32 comma 8, fa ancora espressamente salvo il ricorso all'autotutela da parte della stazione appaltante, in continuità con la disciplina del previgente d.lgs. n. 163/2006.

In realtà, nonostante tale previsione, proprio un'attenta indagine del Codice Appalti sembra fornire un ulteriore indice del declino subito dall'annullamento d'ufficio, che porta nuovamente gli interpreti a dubitare della sua ammissibilità in ambito negoziale.

Le perplessità sorgono dall'analisi della nuova disciplina della risoluzione di cui all'art. 108 d.lgs. n. 50/2016, che si fonda su presupposti molto più vicini al modello dell'autotutela anziché al rimedio civilistico.

La risoluzione facoltativa è consentita nel caso di modifica sostanziale del contratto o variazione dell'oggetto con superamento delle soglie quantitative stabilite all'art. 106 del nuovo Codice, ovvero in caso di ricorrenza in capo all'aggiudicatario di uno dei motivi di esclusione stabiliti dall'art. 80, nonché nell'ipotesi in cui "l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in un procedimento ai sensi dell'art. 258 TFUE, o di una sentenza passata in giudicato per violazione del presente codice".

Lo scioglimento del rapporto diviene poi obbligatorio nel caso di decadenza dell'appaltatore dall'"attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci", nelle ipotesi di violazione dell'art. 80 del codice, purchè accertate in via definitiva.

³⁹⁸ Come espressamente sancito dall'Adunanza Plenaria 20 giugno 2014 n. 14, che proprio sull'esistenza di tale norma fondava le diverse conclusioni per la revoca e l'annullamento d'ufficio in relazione al contratto.

La risoluzione viene costruita dal Codice Appalti come una forma di reazione a fattori che ben poco hanno a che vedere con l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali (art. 1453 c.c.), o con l'impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) o l'eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.), e che presentano assonanze molto più forti con l'annullamento d'ufficio.

Ciò porta ritenere che forse il legislatore, sotto il *nomen iuris* della risoluzione abbia voluto coniare una forma di autotutela specificamente dettata per la materia contrattuale, che deroga alla disciplina generale di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90.

La tentazione forte è quella di leggere tra le trame, allargando lo sguardo anche all'art. 109, una scelta di fondo del legislatore, deciso a sterilizzare completamente i poteri di autotutela pubblicistica una volta stipulato il contratto³⁹⁹.

Il Codice avrebbe previsto allora in luogo di annullamento e revoca, rimedi squisitamente privatistici individuati rispettivamente, nella risoluzione (art. 108) ed nel recesso (art. 109), cercando così di rafforzare l'idea paritetica del vincolo negoziale e della sua stabilità.

Tale ricostruzione sembrerebbe, a prima vista, in linea con quanto già affermato dall'Adunanza Plenaria sotto la vigenza del vecchio Codice.

Ed infatti, nell'escludere la possibilità di procedere a revoca dell'aggiudicazione dopo la stipula del contratto, i giudici amministrativi avevano proprio valorizzato la sostanziale fungibilità dello stesso con il potere di recesso di cui al vecchio art. 134 d.lgs. n. 163/2006, ed avevano escluso un'analogha soluzione per l'annullamento d'ufficio proprio per l'assenza di un rimedio privatistico che ne facesse le veci.

La lacuna sarebbe oramai colmata attraverso l'istituto della risoluzione ex art. 108 del d.lgs. n. 50/2016, e dunque, si riproporrebbe quel concorso apparente tra la norma generale e quella speciale, che aveva spinto la Plenaria a negare l'operatività del potere di autotutela.

Tuttavia, tale ricostruzione pare smentita dalla suddetta presenza di un riferimento espresso ai poteri di autotutela in seno all'art. 32 del nuovo Codice Appalti, che non può interpretarsi come limitato al solo periodo che intercorre tra l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto. L'impossibilità di attribuire all'art. 108 d.lgs. n. 50/2016 un effetto interamente abrogativo dell'annullamento d'ufficio è avvalorata da ulteriori considerazioni sistematiche, tra cui la non perfetta sovrapposibilità dei presupposti tra le due fattispecie.

Appare troppo riduttivo ritenere che il controllo di legittimità sulla procedura ad evidenza pubblica sia consentito solo nei casi tipizzati dalla norma in tema di risoluzione, poiché di certo tale elenco tassativo non esaurisce i possibili vizi dell'azione amministrativa.

³⁹⁹ G. GALLONE, *L'annullamento d'ufficio nel nuovo codice dei contratti pubblici: riflessioni a prima lettura*, 2016, in www.italiappalti.it.

Ulteriori dubbi nascono dall'incompletezza della disciplina di cui all'art. 108, che porta a chiedersi se la stessa operi *ipso iure* o, viceversa, come pare più coerente con la previsione di casi risoluzione facoltativa, debba conseguire da una iniziativa della stazione appaltante, bisognerà domandarsi se lo scioglimento debba passare per la proposizione di apposita domanda dinanzi al giudice ordinario.

Le difficoltà di sostenere la soluzione ermeneutica in commento emergono anche dal raffronto sistematico con la disciplina specifica di cui all'art. 176 del nuovo Codice in tema di concessioni.

La norma stabilisce infatti che la concessione "cessa" in talune ipotesi tassativamente elencate, che corrispondono in larga parte ai casi di cui all'art. 108 del d.lgs. n. 50/2016.

La "cessazione" della concessione dipende testualmente da un annullamento d'ufficio, atteso l'esplicito richiamo da parte del comma secondo dell'art. 176 d.lgs. n. 50/2016 all'art. 21 *nomies* l. n. 241/90; ebbene, l'interprete è portato a chiedersi allora perché a fronte di una medesima patologia, lo scioglimento del rapporto nelle concessioni passi attraverso l'annullamento d'ufficio, mentre negli appalti richieda il rimedio della risoluzione.

È una disparità di trattamento che appare ingiustificata, dal momento che proprio il Codice del 2016 ha determinato l'accentuazione della natura contrattuale delle concessioni, smussando le differenze con i contratti di appalto.

Né tale diversità potrebbe giustificarsi attraverso una valorizzazione dei profili pubblicistici del rapporto concessorio, posto che le spinte eurounitarie, trasfuse nel d.lgs. n. 50/2016, miravano proprio al superamento di tale concezione.

Infine, la negazione del potere di annullamento d'ufficio in fase di esecuzione del contratto contrasterebbe con lo spirito della direttiva 2014/24/UE, racchiuso nell'art. 73, che prefigge l'obiettivo di garantire alle stazioni appaltanti forme di scioglimento unilaterale del rapporto.

Anche a voler leggere la disposizione di cui all'art. 108 come una forma di autotutela pubblicistica, la relativa disciplina appare distonica rispetto alle tradizionali caratteristiche di tale potere pubblicistico: le ipotesi di risoluzione facoltativa di cui al comma primo rispetterebbero la discrezionalità della facoltà di autotutela, mentre quelle obbligatorie del comma secondo configurerebbero un inedito riesame doveroso.

Inoltre, alcuni dei motivi elencati dalla norma che giustificano la risoluzione non sembrano corrispondere pienamente a vizi di legittimità che consentono l'annullamento d'ufficio: segnatamente, la risoluzione per modifiche sostanziali del contratto prescinde del tutto da profili di illegittimità dell'aggiudicazione, anzi, si giustifica per un mutamento sopravvenuto ad essa che imporrebbe la rinnovazione della gara.

La risoluzione corrisponde più ad una facoltà di recesso, non dissimile a quella prevista dall'art. 1660 c.c., e riconosciuta in favore dell'Amministrazione a fronte di un'alterazione del sinallagma

funzionale del contratto, piuttosto che ad un annullamento in autotutela per un vizio originario della procedura.

Ne tale assimilazione è ostacolata dall'espressa disciplina dell'art. 109 d.lgs. n. 50/2016, poiché si tratta di due diverse tipologie di recesso: mentre nell'art. 109 si è dinanzi ad un caso di recesso espressione di *jus poenitendi*, la figura di cui al comma primo dell'art. 108 si avvicinerrebbe al modello del recesso-impugnazione.

Pertanto, si può ritenere che nel tessuto dell'art. 108 del Codice Appalti, convivano tanto ipotesi di risoluzione conseguente ad annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, quanto ipotesi di risoluzione autenticamente privatistiche.

Tale commistione non sconvolge gli interpreti, posti che ciò che rileva nella prospettiva eurounitaria è unicamente che la stazione appaltante sia messa in condizione, in talune circostanze specifiche, di liberarsi unilateralmente dal vincolo contrattuale, a prescindere dal veicolo giuridico utilizzato.

Nell'art. 108 confluisce una serie variegata di ipotesi, dalla diversa natura giuridica, accomunate dalla sola circostanza di determinare il venir meno del vincolo contrattuale.

Tuttavia, per le forme di scioglimento assimilabili all'annullamento d'ufficio resta un problema di coordinamento con la disciplina generale della legge n. 241/90.

Sotto il profilo temporale, si ritiene che operi il limite dei diciotto mesi dal momento che sarebbe irragionevole garantire tale tutela all'affidamento privato nell'ambito dell'attività autoritativa della p.a., e non in quella negoziale, in cui le aspettative si inspessiscono sino ad assumere i connotati del diritto soggettivo.

Ragionando altrimenti, si realizzerebbe l'assurda conseguenza di assicurare la brevità del termine in presenza di atti della procedura ad evidenza pubblica e non a fronte del contratto stipulato.

L'art. 176 d.lgs. n. 50/2016, tuttavia, al comma secondo sancisce espressamente che per le ipotesi di cessazione delle concessioni non si applicano i termini di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90, e dunque l'autotutela pubblicistica descritta dalla stessa norma non è soggetta al limite temporale dei diciotto mesi.

La *ratio* della disposizione è incerta e sembra riferirsi alla necessità di assicurare alla stazione appaltante un potere di scioglimento del rapporto concessorio oltre il termine previsto dall'art. 21 *nonies*, che tra l'altro non appare certo breve, se relazionato ad un contesto contrattuale.

Più nello specifico, il limite temporale dei diciotto mesi può costituire un ostacolo nell'ipotesi in cui l'autotutela venga disposta per il sopraggiungere di una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione, dal momento che si tratta di fattori sopravvenuti, non predeterminabili a priori.

Non si concilia del tutto con le esigenze di stabilità del vincolo negoziale (posto che è a questo che oggi vanno ricondotte le concessioni nella ricostruzione del Codice Appalti), l'esclusione del limite temporale per le altre due ipotesi contemplate dall'art. 176, che consentono la cessazione del rapporto per i casi di esclusione dell'aggiudicatario di cui all'art. 80, o per violazione del diritto eurounitario.

Si tratta infatti di vizi di legittimità della procedura per i quali sarebbe stato coerente introdurre un limite alla loro rilevazione da parte della p.a., soprattutto nei casi in cui la violazione del diritto sovranazionale non sia imputabile al concessionario.

La previsione è distonica nella disegnata parabola discendente del potere di autotutela, che esce rinvigorito e rafforzato dall'art. 176 Codice Appalti, stabilendo altresì che nessuno dei limiti di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/90, possa trovare applicazione.

Ciò sorprende e non poco, atteso che tale rinnovata fiducia nello strumento dell'autotutela pubblicistica venga manifestata dal legislatore in un settore tradizionalmente ostile, quale quello contrattuale, in cui l'affidamento delle imprese private raggiunge la sua massima consistenza.

La disposizione si scontra poi con l'impianto complessivo del nuovo Codice, proteso ad esaltare la natura contrattuale anche delle concessioni, cui avrebbe dovuto seguire una limitazione anziché una rivitalizzazione dell'autotutela.

Non si comprende poi che effetto possa avere la statuizione in esame sull'annullamento d'ufficio in relazione agli appalti pubblici, per cui manca un'analoga previsione che escluda l'operatività dei limiti di cui all'art. 21 *nonies*.

Il silenzio del legislatore può essere letto in due varianti alternative: si può ritenere che si sia voluto garantire un'autotutela così libera nelle forme solo per le concessioni, continuando ad operare la disciplina dell'art. 21 *nonies* per gli altri casi, ma ciò determinerebbe ancora una volta un'ingiustificata disparità di trattamento tra fattispecie che il Codice avvicina nella medesima ottica negoziale. Non si vede perché il limite temporale e quello dell'affidamento del contraente debbano operare in relazione all'appaltatore ma non al concessionario.

All'opposto, si potrebbe sostenere che l'art. 176 d.lgs. n. 50/2016 detti una linea ermeneutica che trascende il fenomeno concessorio, stabilendo la non applicabilità dell'art. 21 *nonies* a tutte le ipotesi di autotutela incidenti sui contratti pubblici, secondo un'analogia *iuris* da cui emerge l'esigenza di non limitare il potere di scioglimento delle stazioni appaltanti.

Questa lettura sembrerebbe anche quella più aderente all'obiettivo eurounitario sancito dall'art. 73 della direttiva 2014/24/UE, che pur lasciando la scelta dello strumento giuridico alla discrezionalità del legislatore interno, mira a garantire alle pubbliche amministrazioni la facoltà di liberarsi da un vincolo contrattuale durante la sua esecuzione.

Sembra inoltre restare ferma la possibilità per la p.a. di procedere all'annullamento d'ufficio nel suo regime ordinario, in presenza di vizi della procedura diversi da quelli tipizzati dall'art. 108 d.lgs. n. 50/2016, la cui elencazione non può ritenersi tassativa.

Alcuni dubbi permangono, infine, in tema di riparto di giurisdizione.

Se infatti deve ritenersi che le fattispecie di risoluzione autenticamente privatistiche appartengano alla cognizione del giudice ordinario, con riguardo ai casi di risoluzione conseguente ad annullamento d'ufficio si ripropone la dicotomia tra giudice ordinario ed amministrativo, a seconda che l'impugnazione riguardi l'atto autoritativo di autotutela o una patologia contrattuale.

8. I poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel d.lgs. n. 50/2016: una nuova frontiera per l'autotutela esterna al contratto.

La dialettica tra autotutela pubblicistica e contratto vede oggi comparire sulla scena un nuovo interlocutore, destinato ad assumere un ruolo di sicuro spessore.

Il riferimento è all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), e ai nuovi ed incisivi poteri che le vengono riconosciuti dal d.lgs. n. 50/2016.

L'ANAC, nell'impianto degli artt. 211 e ss. del Codice Appalti, acquisisce una fondamentale funzione di regolazione mediante l'emanazione delle linee guida, che si affianca al tradizionale compito di vigilanza, con poteri ispettivi, istruttori e sanzionatori.

La vocazione regolatoria tipica delle Autorità indipendenti⁴⁰⁰, viene declinata in modo peculiare in relazione ai compiti dell'ANAC, talché gli atti di regolazione, in alcune materie, per la generalità e astrattezza dei contenuti, assurgono a veri e propri regolamenti in senso sostanziale, a dispetto della formale classificazione nominale. Del resto, l'ANAC partecipa alla funzione regolamentare del Ministro delle Infrastrutture, con un potere di proposta.

I poteri di regolazione trascendono la funzione originaria dell'Autorità, e si prospettano quale nuova fonte del diritto dei contratti pubblici, con un potere di incisione sconosciuto per organismi comunque riconducibili al plesso della pubblica amministrazione.

Pertanto, tale potere viene controbilanciato dalla possibilità di impugnare gli atti dell'ANAC innanzi al giudice amministrativo, mediante cui si garantisce un controllo di legittimità sulle determinazioni assunte.

A ciò si aggiungono funzioni propriamente gestionali di amministrazione attiva (come tenuta di albi, quale quello delle SOA, dei commissari di gara, degli arbitri, e il compito della gestione del sistema di qualificazione).

⁴⁰⁰ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in *AA.VV., Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità indipendenti*, Milano 1997, M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.*, 2002, pp. 3865 e ss., M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca, impresa e società*, 2003, pp. 49 e ss.

L'ANAC ha anche una funzione consultiva, in quanto è previsto che venga sentita in molti procedimenti previsti dal Codice; non meno importante, emerge una funzione informativa, nella gestione della banca dati dei contratti pubblici e del sistema di pubblicità informatica dei bandi e degli atti di gara.

Al centro dell'indagine si collocano tuttavia i poteri di carattere paragiurisdizionale che vengono attribuiti all'ANAC dall'art. 211 Codice Appalti, che delinea due distinte forme di intervento nei momenti patologici dell'attività negoziale delle stazioni appaltanti, individuate nei pareri precontenziosi e nelle raccomandazioni.

Il comma primo stabilisce il potere di emanare un parere precotenzioso relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere dell'Autorità obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito.

Il parere vincolante, inoltre, è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo.

Si tratta dell'ennesimo strumento di risoluzione delle controversie alternativo al ricorso in giudizio, che va ad arricchire la già fitta schiera prevista dal d.lgs. n. 163/2006, che prevedeva l'accordo bonario, l'arbitrato e la transazione.

Il nuovo istituto condivide la *ratio* deflattiva del contenzioso in materia di appalti pubblici e si fonda su un medesimo principio consensualistico: il parere diviene infatti vincolante solo per espressa volontà delle parti.

L'art. 211 Codice Appalti ha segnato però un salto di qualità rispetto al passato: la disciplina del previgente Codice dei contratti pubblici all'art. 6, comma 7, lett. n), prevedeva un parere su questioni insorte durante lo svolgimento della gara ma esso era espressamente qualificato come non vincolante per le parti che lo avessero richiesto, non assurgendo a meccanismo pseudoarbitrale di risoluzione preventiva della controversia.

La norma, al comma secondo, stabilisce invece che l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, qualora ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara “invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile”.

Emerge, già a prima lettura, l'estrema importanza della previsione nel tema oggetto d'indagine, attesa anche la novità di un potere così strutturato.

La raccomandazione prevista dalla norma consiste in un singolare “invito” all’autotutela amministrativamente sanzionato.

Ciò fa sì che il suddetto invito rende l’esercizio della potestà di autotutela doveroso, sovvertendosi in questo modo la consolidata ricostruzione dell’istituto a carattere tipicamente discrezionale che presuppone un giudizio comparativo e sintetico tra l’interesse pubblico al ripristino della legalità violata e il contrapposto affidamento ingenerato dal privato.

La doverosità dell’annullamento in autotutela emerge dalla rigidità delle sanzioni previste in caso di inosservanza della sollecitazione dell’ANAC, che tutto sembra fuorché una semplice proposta di riesame.

Per come disciplinato dall’art. 211 comma 2 Codice Appalti l’invito all’autotutela annienta ogni potere valutativo della stazione appaltante circa l’effettiva sussistenza del vizio riscontrato e del quale viene ordinata la rimozione.

Quest’ultima può solo adeguarsi alla raccomandazione e procedere all’effettiva rimozione dell’atto illegittimo, o ribellarsi alla determinazione esogena e proporre l’impugnativa davanti al giudice amministrativo.

L’infruttuosa scadenza del termine assegnato dall’Autorità comporta invece l’applicazione della sanzione amministrativa, che il dirigente sanzionato potrà a sua volta impugnare nella medesima sede giurisdizionale.

Pur non qualificato in modo espresso dalla norma come perentorio, il termine di sessanta giorni previsto costituisce comunque lo spazio temporale massimo concesso alla stazione appaltante, decorso il quale sarà applicata la sanzione.

La perentorietà del suddetto termine si desume dall’interpretazione complessiva della disposizione, laddove stabilisce che il termine non debba essere “superiore a sessanta giorni” così come “fissato” dall’ANAC. Proprio l’espressione “fissare” evoca l’idea ragionevole dell’imposizione di un termine per adeguarsi che non può che essere perentorio.

Oltre alla perentorietà del termine, l’aspetto della norma maggiormente significativo è rappresentato dalla vincolatività della raccomandazione: si esclude infatti che la stazione appaltante possa eludere il termine fissato, avanzando dubbi e istanze di approfondimento istruttorio, dal momento che il potere di valutare la legittimità della procedura è interamente attratto in capo all’ANAC.

Si configura una peculiare e inedita forma di autotutela pubblicistica non solo esterna al contratto, ma finanche ai contraenti, poiché il soggetto realmente titolare del potere di incidere sul rapporto diviene l’ANAC.

È un’autotutela esterna ed eteronoma alla dinamica negoziale, riconducibile più alla funzione amministrativa di controllo, che al potere di riesame di secondo grado; ed infatti, di autotutela in

senso stretto non potrebbe parlarsi poiché il potere di valutazione dei presupposti dell'annullamento, che costituisce l'essenza della facoltà di autotutela, compete in concreto ad un soggetto pubblico diverso dall'ente che ha adottato gli atti impugnati.

La previsione contribuisce a delineare una nuova fisionomia giustiziale per l'ANAC, come garante attivo della legittimità delle procedure competitive nel settore degli appalti, che da mero vigilante diviene protagonista dell'attività negoziale della p.a., come attesta anche la sommatoria degli ulteriori poteri in precedenza elencati, tra cui spicca il potere di regolazione.

Per quanto concerne i destinatari delle sanzioni, si rileva in primo luogo che la norma sembra rompere il rapporto di immedesimazione organica tra l'ente e la persona fisica che ne ha la rappresentanza, chiamando quest'ultimo a rispondere per atti o omissioni commessi nell'esercizio delle funzioni.

Sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione, l'impiego del termine di "stazione appaltante", rimanda alla definizione contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. o), del Codice, nella quale rientrano non solo soggetti formalmente o sostanzialmente pubblici (amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori), ma anche i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, e da ciò consegue che devono ritenersi esposti al potere sanzionatorio dell'ANAC anche i dirigenti privati.

La disposizione suscita ad ogni modo alcuni dubbi interpretativi e di coordinamento sistematico.

L'invito dell'Autorità e l'atto di annullamento d'ufficio della stazione appaltante potrebbero intervenire quando si è ormai consolidato un affidamento privato sulla legittimità della procedura, in conseguenza dell'intervenuta aggiudicazione della gara o addirittura della stipulazione del contratto, dal momento che l'art. 211 d.lgs. n. 50/2016, non pone limiti temporali all'esercizio di questo potere.

Ciò in esatta antitesi con la riforma dell'art. 21 *novies* l. n. 241/90, che ha introdotto una limitazione temporale per l'esercizio dell'autotutela: il mancato raccordo tra le due disposizioni comporta l'assurda conseguenza che l'Amministrazione innanzi al medesimo motivo di illegittimità della procedura non potrebbe procedere all'annullamento di sua spontanea volontà una volta trascorsi i diciotto mesi, mentre sarebbe vi sarebbe costretta se il riesame sia compulsato dall'ANAC.

Ancora, nelle valutazioni che quest'ultima compie prima di disporre la raccomandazione, vi è solo un giudizio di legittimità, che non tiene conto degli affidamenti maturati dai destinatari; l'autotutela, però, si pone come potere tipicamente relazionale, e quindi la stazione appaltante si trova stretta nell'assurda alternativa tra dare comunque seguito alla determinazione dell'ANAC, violando così gli interessi del privato ed esponendosi a domande risarcitorie, o non seguire l'invito e tutelare l'affidamento del privato, incappando però nella sanzione prevista dall'art. 211 Codice Appalti.

Inoltre, rispetto all'invito all'autotutela la possibile presenza di controinteressati sembrerebbe inoltre richiedere che il contraddittorio con essi sia assicurato già nella fase procedimentale innanzi all'ANAC, posto che è innanzi ad essa che si forma la decisione di procedere all'annullamento dell'atto.

Un'ulteriore perplessità derivante dall'esercizio del potere di invito all'autotutela potrebbe derivare dall'impugnazione di questa da parte della stazione appaltante, configurandosi un peculiare giudizio in cui entrambe le parti sono soggetti pubblici: l'art. 211, comma 2, del Codice, infatti, non prevede espressamente l'impugnabilità di tale atto, ma essa è comunque ricavabile in base ai principi generali di diritto amministrativo, in considerazione in particolare del suo carattere lesivo per la stazione appaltante destinataria. In questa evenienza la procedura di gara potrebbe quindi subire una dilazione, derivante dalla necessità di definire prima la questione della legittimità dell'atto di gara oggetto dell'invito dell'Autorità, per le evidenti ricadute sull'intera procedura di gara.

Tuttavia, la decisione della stazione appaltante di attendere l'esito di questo giudizio potrebbe a sua volta essere impugnata in sede giurisdizionale dalle imprese partecipanti alla procedura competitiva per frustrazione del loro interesse alla rapida conclusione della gara e determinare quindi ulteriori fonti di contenzioso.

In conclusione, la previsione di cui all'art. 211 comma 2 d.lgs. n. 50/2016 rafforza la funzione giustiziale dell'ANAC, confermando l'ascesa del ruolo di tale autorità nella dinamica della contrattazione pubblica; quest'ultima appare sempre meno una trattativa tra contraenti in posizione paritaria, ed anzi, diviene un fenomeno trilaterale, coinvolgendo anche un soggetto estraneo al contratto finale.

Ciò nonostante, all'ANAC viene attribuito un potere di incisione unilaterale del rapporto, astrattamente indiretto, posto che la raccomandazione deve sempre essere doppiata da formale atto di autotutela da parte della stazione appaltante, ma concretamente efficace.

Tale potere appare inoltre inedito, configurando una forma di autotutela esterna ed eteronoma, a pura tutela della legittimità della procedura di gara, che perde anche il suo tipico carattere relazionale, non contemplando gli interessi dei privati ma fondandosi solo sul riscontro di un vizio di legittimità.

Un'innovazione che sa tanto di ritorno al passato, nella visione dell'autotutela come semplice esigenza di ripristino della legalità violata, in un settore poi come quello negoziale, in cui l'affidamento dei privati meriterebbe considerazione ancora maggiore.

9. Profili di responsabilità della p.a. e riparto di giurisdizione: un possibile schema riepilogativo.

L'analisi complessiva della dialettica tra autotutela e contratto ha rivelato la configurabilità di una serie ampia ed eterogenea di possibili interazioni, arricchite a loro volta da molteplici sfumature concrete.

Si rende necessario in conclusione provare a prospettare uno schema riepilogativo, che funga da mappa per orientarsi nell'intricato reticolo di ipotesi applicative, e consenta di stabilire il giudice competente a conoscere delle possibili controversie.

La difficoltà dell'operazione deriva dalla versatilità dei fattori che vengono in contatto tra loro: da un lato l'autotutela, nella sua dimensione anfibia pubblicistica e privatistica, dall'altro il contratto che abbandona la sua natura tradizionale di negozio di diritto privato, e assume a modello neutrale di gestione di interessi, anche di natura amministrativa.

La forma della funzione pubblica diviene cangiante potendo manifestarsi tanto nella sua tipica veste provvedimentale, tanto nel modello contrattuale; corrispondentemente i poteri di autotutela si trovano a poter dialogare con fattispecie inedite, la cui natura bilaterale complica il loro riesame in via unilaterale.

A fronte di uno scenario così variegato, si pongono le esigenze di tutela del privato, eventualmente leso dall'esercizio dell'autotutela nelle sue aspettative negoziali, cui deve essere indicata una strada certa per azionari i rimedi risarcitori, ed impedire che i suoi interessi vengano pregiudicati dall'incertezza che affascia il riparto di giurisdizione.

Partendo dalle ipotesi di più facile risoluzione, si può affermare che non si dubbia che il privato debba ricorrere innanzi al giudice amministrativo qualora lamenti l'illegittimità dell'atto di autotutela che interviene prima della stipulazione del contratto, sia esso di revoca o di annullamento d'ufficio, attesa la vigenza della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 comma 1 lett. e), n. 1 c.p.a.

Ciò vale anche per le domande risarcitorie, derivanti dalla configurazione di una responsabilità precontrattuale spuria della p.a., in quanto la suddetta norma espressamente dispone in tal senso.

La giurisdizione del giudice amministrativo sarebbe altresì confermata alla luce dell'ordinario criterio della *causa petendi*, poiché la posizione soggettiva dei concorrenti durante la fase di svolgimento della gara rientra nell'ambito degli interessi legittimi, che solo l'intermediazione del contratto trasforma in diritti soggettivi.

Il privato, inoltre, invocando l'illegittimità dell'atto di autotutela, lamenta un cattivo esercizio di un potere pubblicistico, e dunque è coerente che ciò venga valutato dal giudice naturale della funzione pubblica.

La responsabilità precontrattuale spuria altro non è che una responsabilità da provvedimento illegittimo e la relativa domanda risarcitoria segue i criteri di cui all'art. 7 commi 4 e 5 c.p.a.

Ben più complessa è l'individuazione del giudice competente a conoscere delle domande risarcitorie nel caso in cui il ritiro in autotutela degli atti di gara si presenti come assolutamente legittimo, anzi appaia talvolta come doveroso per la tutela degli interessi pubblici.

Come ormai ampiamente noto, viene in rilievo in queste ipotesi una responsabilità non da provvedimento ma da comportamento illecito della p.a., che frustra non un interesse ancora embrionale all'aggiudicazione della gara per il privato, ma l'attuale diritto alla correttezza nella dinamica prenegoziale ex art. 1337 c.c.

La giurisprudenza amministrativa in un primo momento ha affermato tenacemente la sussistenza della propria giurisdizione esclusiva⁴⁰¹, osservando come le statuizioni della Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 204/2004, non avevano inciso sull'art. 6 l. n. 205/2000 (allora vigente), ed evidenziandosi come la condotta scorretta della p.a. si incastoni pur sempre in una procedura amministrativa, connotata da un'ambientazione pubblicistica.

La soluzione è stata condivisa per lungo tempo anche dalla giurisdizione ordinaria, finché affrontando la questione del risarcimento del danno da ritiro del provvedimento favorevole con lesione dell'affidamento incolpevole, le Sezioni Unite con un colpo di mano hanno sancito la sussistenza della giurisdizione ordinaria⁴⁰².

Si osserva che il danno sofferto dal privato non deriva direttamente dal provvedimento, ma dal comportamento dell'Amministrazione che, con il suo modo d'agire (ed in particolare con l'adozione dell'atto favorevole), ha ingenerato un incolpevole affidamento in capo alla parte, poi frustrato dal successivo annullamento. E poiché il danno deriva non già dal provvedimento amministrativo ma dal comportamento complessivamente tenuto dall'autorità, la giurisdizione sulle domande che hanno ad oggetto il suo risarcimento non può appartenere al giudice amministrativo.

Tale ragionamento, secondo la Corte di Cassazione, vale anche per le ipotesi di giurisdizione esclusiva, poiché in omaggio a quanto chiarito dalla Corte Costituzionale n. 204 /2004, il giudice amministrativo è giudice “nella pubblica amministrazione” e non “della pubblica amministrazione”, per cui, in assenza dell'esercizio di un potere amministrativo autoritativo, la giurisdizione spetta al giudice dei diritti, ovvero quello ordinario.

Pertanto, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo può conoscere delle sole controversie nelle quali il risarcimento del danno venga domandato quale rimedio per le

⁴⁰¹ cfr. Ad. Plen. 5 settembre 2005 n. 6, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁰² Si fa riferimento alle notissime pronunce della Cassazione a Sezioni Unite del 23 marzo 2011, nn. 6494, 6495, 6496, che si occupano specificamente anche del danno derivante dall'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva.

conseguenze dannose provocate dall'atto illegittimo, restando invece devolute al giudice ordinario le controversie nelle quali l'atto amministrativo non sia sfavorevole ma favorevole e costituisca solamente uno degli elementi che compongono il complessivo comportamento scorretto tenuto dalla pubblica amministrazione.

L'impostazione non ha mai convinto la giurisprudenza amministrativa⁴⁰³ che si è sforzata più volte di sottolineare come la soluzione delle Sezioni Unite non sia coerente con i principi di concentrazione e celerità delle tutele, perché, prospettandosi la conseguenza che, a fronte della medesima vicenda procedimentale, provvedimento amministrativo favorevole al privato e sfavorevole per il controinteressato, successivamente annullato o ritirato in autotutela, potrebbero sussistere entrambe le giurisdizioni, a seconda che la domanda risarcitoria sia proposta dal privato (giurisdizione ordinaria) o dal controinteressato (giurisdizione amministrativa).

Non convince poi la riconduzione dell'affidamento alla categoria del diritto soggettivo, non potendosi ritenere che esso costituisca una situazione soggettiva autonoma.

L'affidamento è piuttosto un elemento che contribuisce ad arricchire il contenuto delle situazioni giuridiche che fanno capo ai soggetti parti di un rapporto giuridico; e che assume dunque contenuto e qualificazione diversa a seconda delle diverse situazioni sulle quali esso va ad incidere. Pertanto, quando il rapporto giuridico è un rapporto obbligatorio, ed i suoi elementi sono dunque l'obbligazione da una parte ed il diritto soggettivo dall'altra (com'è tipico nei rapporti fra privati), l'affidamento arricchisce, in quanto costituisce un elemento intrinsecamente protetto, il contenuto di questa situazione giuridica soggettiva. E non vi è dubbio che, in tal caso, la sua lesione determini la lesione del sottostante diritto.

Allo stesso modo però, quando i termini del rapporto giuridico sono il potere autoritativo da una parte e l'interesse legittimo dall'altra, è a questa situazione giuridica soggettiva che l'affidamento inerisce.

Da ciò discende che la lesione dell'affidamento provocato dall'esercizio scorretto del potere determina sempre la lesione della situazione giuridica sostanziale tipica che si instaura fra il cittadino e la p.a. quando la seconda esercita le proprie potestà pubblicistiche, vale a dire l'interesse legittimo; senza che possa distinguersi fra il caso in cui l'esercizio scorretto del potere abbia determinato il rigetto di un'istanza e quello diverso in cui ne sia conseguito l'accoglimento.

Se dunque ad essere leso è sempre l'interesse legittimo non si vede perché, avuto riguardo alle regole sul riparto della giurisdizione, delle stesse cause non debba conoscere il giudice amministrativo.

⁴⁰³ cfr. *ex pluris*, Tar Lombardia 20.01.2015 n. 218, in www.giustizia-amministrativa.it.

Questa conclusione vale, peraltro, a maggior ragione, per le controversie che hanno ad oggetto materie riservate alla giurisdizione esclusiva di quel giudice, come nella materia dei contratti pubblici di cui ci si sta occupando.

Ciò nonostante le Sezioni Unite ribadiscono che la domanda risarcitoria avente ad oggetto la lesione dell'affidamento incolpevole del privato, per annullamento o revoca in autotutela dell'aggiudicazione, spetta alla cognizione del giudice ordinario, non venendo in rilievo l'illegittimo esercizio di un potere pubblico, ma un mero comportamento scorretto dell'Amministrazione⁴⁰⁴.

Quanto detto vale certamente nelle ipotesi in cui l'esercizio dell'autotutela colpisca l'aggiudicazione prima della conclusione del contratto, in una fase ancora dominata dalle regole del diritto amministrativo.

Diversamente, qualora la fonte del pregiudizio per il privato sia un'iniziativa di riesame che interviene dopo la conclusione del contratto, ovvero nella sua fase esecutiva, viene meno quella tipica ambientazione pubblicistica, versandosi nell'ambito di diritti soggettivi contrattuali.

Per comprendere quale sia il giudice competente a conoscere della legittimità dell'atto e degli eventuali profili di responsabilità della p.a., occorre allora richiamare tutte le elaborazioni compiute sin ora, relative alla natura del potere esercitato e del contratto su cui incide.

Per i contratti di diritto pubblico, la connotazione autoritativa della fattispecie impone di considerare anche la vicenda dell'intervento in autotutela secondo una logica pubblicistica, affidando la giurisdizione al giudice amministrativo; e ciò sia che il privato contesti la legittimità dell'atto di riesame, sia nel caso in cui lamenti solo una lesione dell'affidamento incolpevole, nonostante le contrarie indicazioni provenienti dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite.

La soluzione è confortata dall'art. 133 comma 1 lett. a) n. 1 c.p.a. che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle controversie che riguardano la "formazione, conclusione, ed esecuzione" degli accordi di cui all'art. 11 l. n. 241/90, confermando la natura tutta pubblicistica del rapporto che si instaura tra la p.a. e il privato.

L'assenza di un'analogia estensione della giurisdizione esclusiva alla fase esecutiva per i contratti di diritto speciale, impone invece l'adozione di una diversa strategia interpretativa, che tenga conto della tradizionale ripartizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, affidando a quest'ultimo la cognizione di tutte le controversie che seguono alla stipulazione del contratto.

La chiave di volta riguarda l'individuazione della natura del potere esercitato, posto che la coesistenza di forme di autotutela interna ed esterna al contratto, richiede la precomprensione della veste pubblicistica o privatistica con cui la p.a. interviene sul rapporto.

⁴⁰⁴ Così, Cass. Sez. Un., ord. 4 settembre 2015 n. 17586, in *www.federalismi.it*.

Si tratta allora di capire se la caducazione dell'accordo derivi dall'esercizio di una facoltà negoziale, frutto di una specifica attribuzione alla p.a., o di un potere autoritativo immanente alla parte pubblica.

Per quanto riguarda la revoca dell'aggiudicazione, le coordinate espresse dall'Adunanza Plenaria del 20 giugno 2014 n. 14, impongono di qualificare l'atto alla stregua di un recesso privatistico, ancorché particolarmente atteggiato, con conseguente devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario.

La conclusione muta a fronte dei provvedimenti di revoca non interessati dalle statuizioni della Plenaria, che sembrano mantenere la propria veste ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, e dunque comunemente affidati al sindacato del giudice amministrativo.

Ciò vale a maggior ragione per il recesso di cui all'art. 94 commi 2 e 3 del d.lgs. n. 159/2011, poiché si tratta di una forma di interruzione del rapporto per sopravvenienza dell'interdittiva antimafia postuma, che corrisponde all'esercizio di un potere tipicamente autoritativo. L'impresa resta titolare di una posizione di interesse legittimo, nonostante la natura vincolata del potere esercitato.

Deve invece dubitarsi della giurisdizione del giudice amministrativo a fronte della fattispecie di cui all'art. 1 comma 13 d.l. n. 95/2012, che in precedenza si è qualificato come recesso impugnatorio: si tratta di una peculiare forma di autotutela interna al contratto, attribuita in via eccezionale alla p.a., che esula dall'art. 133 c.p.a., configurando l'esercizio di una facoltà privatistica.

Analogamente, deve certamente affermarsi la giurisdizione del giudice ordinario a fronte di un recesso ex art. 109 d.lgs. n. 50/2016, attesa l'incidenza dell'atto nella fase esecutiva dell'appalto pubblico, e la riconducibilità dello stesso a quelle prerogative che contribuiscono a delineare la "parità solo tendenziale" tra l'Amministrazione ed il privato nel contratto, senza costituire poteri pubblicistici.

Resta da stabilire quale sia la sorte dell'atto di revoca emanato in luogo del recesso, prospettandosi l'alternativa tra l'illegittimità ex art. 21 *octies* l. n. 241/90 per violazione di legge, e la nullità per carenza di potere, poiché proprio la presenza di una disposizione speciale che regola il recesso (come nel caso dell'art. 109 Codice Appalti), escluderebbe la sussistenza di un potere pubblicistico di autotutela.

Tale dicotomia non vale per le ipotesi di annullamento d'ufficio, in cui non è in gioco l'*an* del potere di riesame che come visto permane in capo all'Amministrazione nonostante la stipulazione del contratto, salvo a voler ritenere che la speciale forma di risoluzione prevista dall'art. 108 d.lgs. n. 50/2016, abbia voluto abrogarlo.

Si sono già espresse le perplessità inerenti quest'ultima estrema interpretazione, riaffermandosi la sussistenza del potere di annullamento d'ufficio esterno e successivo alla conclusione del contratto.

Il suo esercizio integra certamente una manifestazione di potere autoritativo, e dunque, qualora il privato ne contesti la legittimità non può che adire il giudice amministrativo.

Ciò vale, come visto, qualora l'annullamento d'ufficio colpisca gli atti della procedura ad evidenza pubblica prodromici alla stipulazione del contratto, e sempre che la p.a. rimuova gli stessi con un provvedimento costitutivo, e non si limiti a certificarne la nullità con un atto meramente dichiarativo.

Nel caso infine, in cui il privato non contesti la legittimità dell'atto di annullamento ma solo la lesione al suo incolpevole affidamento, si ripropone lo scontro tra la giurisprudenza amministrativa ed ordinaria, che rispettivamente valorizzano e declassano il collegamento del danno con l'esercizio di un potere autoritativo.

Considerazioni conclusive.

L'analisi della dialettica tra poteri di riesame ed attività contrattuale della p.a., sin qui condotta, consegna agli interpreti un quadro complesso e in continua metamorfosi, in cui confluiscono tendenze evolutive talvolta antitetiche.

Nonostante i numerosi contributi giurisprudenziali sul tema, residuano forti incertezze, frutto della mancanza di una disciplina organica; anzi, la rapsodia legislativa degli ultimi anni rende quanto mai difficile fornire una soluzione sistemica stabile.

Non appena la giurisprudenza sembra aver raggiunto un equilibrio nella mediazione tra opposte esigenze, interviene il legislatore a scuotere nuovamente l'impalcatura costruita, impedendo alle tesi elaborate di consolidarsi.

Ciò anche perché le stesse coordinate fornite dal formante giurisprudenziale peccano per difetto, integrando risposte a quesiti settoriali e specifici, costruite sul singolo caso, che non hanno la dignità dei principi generali.

Le soluzioni interpretative sono state edificate su basi fragili, e pertanto, è inevitabile che esse crollino qualora muti qualche aspetto della normativa di riferimento.

Ecco allora che si impone un ritorno ai principi, troppo spesso accantonati o apoditticamente affermati senza coglierne il significato applicativo; con la consapevolezza, che nel tema di indagine, anche i principi generali non possono affermarsi nella loro assolutezza, ma necessitano inevitabilmente di un'opera di bilanciamento ed adattamento registrando frequenti deroghe.

La strada da seguire, per fornire una risposta sistemica, si trova ancora una volta nella logica delle c.d. "geometrie variabili", tanto cara al moderno diritto amministrativo: preso atto dell'esistenza di uno scenario complesso e variegato, l'interprete non può far altro che declinare i principi generali in base alle peculiarità concrete, abbandonando la rigidità della dicotomia "regola-eccezione", in favore di un atteggiamento più elastico.

È una conseguenza dell'attuale natura ibrida del diritto amministrativo, come diritto "meticcio", in cui si incontrano, e talvolta scontrano, l'anima pubblicistica e quella privatistica.

Questa tensione descrive perfettamente l'attuale veste anfibia della Amministrazione allorché ricorra a moduli negoziali per il perseguimento dell'interesse pubblico, attestando come quel processo di "contrattualizzazione" del diritto amministrativo non può dirsi ancora compiuto.

La dismissione della veste autoritativa da parte della p.a. non è mai completa, non potendosi ritenere che la stipulazione del contratto determini la totale sostituzione dello *status* di soggetto pubblico in favore di quello di contraente privato.

È una "parità solo tendenziale", come icasticamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, e tale assunto dimostra tutta la sua efficacia descrittiva in relazione ai poteri di

autotutela.

Quest'ultimi rappresentano un istituto paradigmatico della posizione ordinamentale di supremazia dell'Amministrazione e del suo spessore, nel rinnovato rapporto con i privati.

L'autotutela oggi non può essere isolatamente studiata nella logica del diritto pubblico, ma deve analizzarsi nella sua dialettica con gli interessi privati, trattandosi di un potere autoritativo a carattere "relazionale".

E proprio il raffronto con gli interessi privati, e con l'ascesa del principio di necessaria tutela del legittimo affidamento, denota una parabola discendente dell'istituto: da potere assoluto ed immanente all'azione amministrativa, a facoltà fortemente regolamentata e limitata.

Le riforme legislative degli ultimi anni, che hanno investito lo statuto generale della legge n. 241/90, sono tutte volte a limitare il ricorso ai poteri di autotutela da parte della p.a. qualora essi coinvolgano il legittimo affidamento maturato dal privato sulla stabilità del rapporto, che diviene un'esigenza concorrente rispetto all'interesse pubblico.

Tale considerazione dovrebbe rivelarsi ancora più valida se riferita al contratto, come modello di gestione di interessi, caratterizzato proprio dall'indissolubilità del vincolo.

Tuttavia, anche il contratto ha vissuto negli anni una profonda evoluzione che ne ha alterato l'uniformità normativa: le regole tradizionali subiscono una serie di eccezioni, giustificate dalle caratteristiche soggettive dei contraenti, dovendosi prendere atto della sostanziale frantumazione della categoria.

Non può negarsi che il fenomeno contrattuale laddove impatti con lo *status* del soggetto pubblico, subisca una serie di deviazioni dalla disciplina civilistica, adattandosi alla peculiare veste ordinamentale della p.a. e denotando momenti di "specialità".

Così, anche la regola dell'indissolubilità del vincolo ex art. 1372 c.c. risulta attenuata, contemperandosi con l'esigenza di garantire all'Amministrazione strumenti di scioglimento unilaterale del rapporto qualora esso divenga contrastante con gli interessi pubblici.

Il bilanciamento tra queste opposte necessità varia a seconda della tipologia negoziale, attesa la complessità del settore dei contratti pubblici, che non costituiscono affatto una categoria unitaria.

La tensione tra autoritatività e pariteticità registra diversi punti di equilibrio, la cui individuazione è più facile nelle fattispecie di confine, come i contratti di diritto pubblico e i contratti di diritto comune, ove emerge con nettezza la logica dominante.

Ben più complessa è l'analisi delle figure ibride, come i contratti di diritto speciale, caratterizzati da una più intricata commistione tra profili pubblicistici e privatistici, che non cessa con la conclusione della procedura ad evidenza pubblica, ma permane anche dopo la stipulazione negoziale.

L'articolazione bifasica dell'attività contrattuale della p.a. si presta ad una distinzione tra autorità e

negozialità agevole solo in astratto, che si complica notevolmente nella fenomenologia concreta.

L'autotutela amministrativa, calata nel contesto dei contratti di diritto speciale, trova un terreno tutt'altro che fertile per esprimersi, ma ciò nonostante riesce a mantenersi viva per tutta la durata del rapporto contrattuale.

Se da un lato, non vi è dubbio che l'Amministrazione possa esercitare i propri poteri di riesame in relazione agli atti della procedura selettiva, rivolgendosi contro atti tipicamente pubblicistici, dall'altro non può ritenersi che la stipulazione del contratto rappresenti la *dead line* dell'autotutela amministrativa, posto che l'immanenza di quest'ultima proietta i suoi effetti anche oltre il contratto.

Del resto, la stessa disciplina civilistica conosce alcune ipotesi di autotutela successive alla stipulazione dell'accordo, come facoltà di reazione a disfunzioni del rapporto; si tratta di un'autotutela "interna" allo stesso contratto, che derogando ai principi generali, deve considerarsi eccezionali e limitata alle sole ipotesi tassativamente previste.

L'autotutela pubblicistica orbita, invece, dall'"esterno" del contratto e colpisce gli atti che ne sono il presupposto, con evidenti ricadute effettuali sul rapporto.

Ebbene non può ritenersi che l'autotutela pubblicistica se relazionata al fenomeno contrattuale mantenga i suoi caratteri tipici, subendo a sua volta una contaminazione con le esigenze civilistiche condensate nel modulo contrattuale.

Ciò è ancora più vero volgendo lo sguardo alla disciplina degli appalti pubblici, in cui la stabilità del vincolo assurge a valore del microsistema senza chiudere del tutto le porte all'esercizio dell'autotutela dopo la stipulazione del contratto: l'art. 32 comma 8 del nuovo Codice Appalti, riproducendo il precedente art. 11 d.lgs. n. 163/2006, fa espressamente salvi i poteri di autotutela della stazione appaltante sull'aggiudicazione definitiva, fornendo più che un indizio circa la permanenza degli stessi anche oltre la stipulazione del contratto.

Sullo sfondo, si pone poi l'obiettivo sancito dall'art. 73 della direttiva 2014/24/UE, teso a garantire alle stazioni appaltanti forme di scioglimento unilaterale del rapporto contrattuale, qualora esso non risponda più all'interesse pubblico.

Il dato normativo supera le elaborazioni pretorie, che devono necessariamente essere poste in discussione a seguito delle riforme che hanno investito il Codice Appalti e la legge generale sul procedimento.

Il risultato, tuttavia, è inaspettato, poiché è il legislatore a spingersi dove la giurisprudenza nella sua attività interpretativa non era arrivata.

La soluzione dell'Adunanza Plenaria del 20 giugno 2014 n. 14, seppur animata dallo spirito di limitare il ricorso all'autotutela pubblicistica dopo la stipulazione del contratto, ha finito per legittimarne ancora di più l'esercizio.

L'esclusione del potere di revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 dell'aggiudicazione definitiva, una volta concluso il contratto, veniva fondata sulla base di un'antinomia normativa, che secondo un concorso apparente di norme, vedeva prevalere la disposizione speciale in tema di recesso.

Ne conseguiva l'implicito avallo alla revoca dell'aggiudicazione a fronte di contratti diversi dall'appalto di lavori, per i quali non esisteva una norma analoga all'allora vigente art. 134 d.lgs. n. 163/2006.

Si trattava di una scelta necessariamente parziale, foriera di incertezze applicative, che devono considerarsi superate alla luce del d.lgs. n. 50/2016: il nuovo art. 109, infatti, prevede una forma speciale di recesso della p.a., applicabile a tutte le tipologie contrattuali disciplinate dal Codice, e seguendo le coordinate tracciate dalla stessa Plenaria, deve escludersi per esse la legittimità di un potere generale di revoca ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, che colpisca l'aggiudicazione definitiva.

La soluzione dell'Adunanza Plenaria del 20 giugno 2014 n. 14, non convince più neanche per quanto concerne le concessioni, la cui ambientazione pubblicistica, aveva indotto i giudici amministrativi a prediligere la revoca in luogo del recesso; il d.lgs. n. 50/2016, sulla scia dell'orientamento eurounitario, esalta la natura contrattuale delle fattispecie concessorie, attenuando le differenze con l'appalto pubblico, e rendendo stridenti eventuali disparità di trattamento.

La facoltà di recesso ex art. 109 del Codice Appalti sembra finalmente destinata ad assorbire il potere di revoca dopo la stipulazione del contratto, veicolando una valutazione di interessi ad essa sovrapponibile, in un'ottica di fungibilità di presupposti che vede prevalere la disciplina speciale.

Ad ogni modo, esso configura un potere di stampo privatistico, eccezionalmente attribuito alla stazione appaltante in virtù della sua posizione di pariteticità solo tendenziale, ed espressione di un'autotutela interna al contratto.

Se da un lato la stipulazione negoziale, sembra segnare il tramonto della facoltà di revoca dell'aggiudicazione, dall'altro non può dirsi altrettanto in relazione al potere di annullamento d'ufficio ex art. 21 *nonies* l. n. 241/90.

La diversità strutturale tra la revoca e l'annullamento impedisce di estendere a quest'ultimo le coordinate interpretative elaborate per la prima, e segnatamente, non si riscontra quella sovrapponibilità di presupposti con il recesso che giustifica la prevalenza di quest'ultimo istituto nell'ambito negoziale.

L'annullamento d'ufficio si fonda su una valutazione di illegittimità e non di inopportunità del rapporto che origina dal contratto, e pertanto vi sono minori resistenze ad ammetterne l'esercizio anche dopo la stipulazione.

A ciò si aggiunge la naturale portata retroattiva dell'annullamento d'ufficio, che consente di superare l'obiezione circa l'inammissibilità di un potere di riesame che abbia ad oggetto atti ad

effetti istantanei, quali l'aggiudicazione definitiva: proprio l'operatività *ex tunc* dell'annullamento permette di far valere l'illegittimità pregressa di un atto che ha apparentemente esaurito i propri effetti, in quanto assorbito dal contratto.

L'affermazione, netta in giurisprudenza, della permanenza in capo alla p.a. della facoltà di annullamento dell'aggiudicazione anche dopo la stipulazione negoziale, pone allora il problema delle sorti del contratto, dal momento che il d.lgs. n. 53/2010 ha introdotto una disciplina calibrata solo sull'ipotesi dell'annullamento giurisdizionale.

Alcuni orientamenti cercano di estendere la patologia dell' "inefficacia cedevole" anche al contratto a seguito dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione; altri, ripropongono la teoria dell'invalidità derivata ad effetto caducante, ritenendo il contratto automaticamente sciolto a seguito della determinazione in autotutela della p.a.

Si tratta di un'impostazione che non convince del tutto, consentendosi alla stazione appaltante un potere di incisione unilaterale sul contratto ben più ampio di quello riconosciuto allo stesso giudice amministrativo, che si scontra con le esigenze di conservazione del rapporto sottese alla riforma del 2010.

Appare allora preferibile riqualificare l'autoannullamento dell'aggiudicazione alla stregua di una patologia contrattuale, che secondo lo schema di riparto tracciato dalla giurisprudenza ordinaria, dovrebbe essere conosciuta dal giudice naturale del contratto.

In realtà, condividendosi quanto espresso di recente dalle Sezioni Unite, non può negarsi che l'annullamento in autotutela rappresenti pur sempre una vicenda afferente la spendita di un potere autoritativo, sebbene incidente su un rapporto intermediato dal contratto; ne consegue l'opportunità di radicare la giurisdizione presso il giudice amministrativo, poiché ciò che viene in rilievo non è un vizio eventualmente proprio del contratto, conoscibile dal giudice ordinario, ma un profilo di illegittimità che infetta la procedura pubblicistica a monte.

L'annullamento d'ufficio viene addirittura rafforzato, per alcuni aspetti, dal d.lgs. n. 50/2016, che all'art. 211 comma secondo contempla un potere di raccomandazione dell'ANAC idoneo a sollecitare l'autotutela da parte della stazione appaltante.

Si tratta di un potere *sui generis*, ovvero una nuova forma di autotutela esterna al contratto ed eteronoma, riconducibile più alla funzione di controllo che alla tipica attività di riesame.

È altresì un'autotutela quasi doverosa, in deroga alla tradizionale discrezionalità che connota tale potere pubblico, e slegata dal necessario bilanciamento con l'affidamento maturato dai privati.

La tenacia con cui la giurisprudenza e le riforme normative riconoscono la permanenza del potere di annullamento dopo la stipulazione del contratto, si scontra però con una parallela incisione legislativa dell'istituto nella sua disciplina generale ex art. 21 *nonies* l. n. 241/90, tutta protesa a limitarlo.

La l. n. 124/2015, infatti, per la prima volta ha introdotto un termine preciso, pari a diciotto mesi, per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio che incida su atti attributivi di vantaggi per il privato, tra cui può certamente rientrare l'aggiudicazione.

È stato, inoltre, abrogato l'art. 1 comma 136 della l. n. 311/2004 che, disciplinando l'annullamento di atti che incidono su fattispecie negoziali, aveva rappresentato la chiave di volta per ammettere l'autotutela tardiva, oltre la stipulazione del contratto.

Tali modifiche normative non possono però essere interpretate *tout court* come una virata verso la negazione del potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione una volta concluso il contratto, atteso il consolidato orientamento favorevole; la riforma deve essere piuttosto letta nel senso di uniformare l'autotutela esterna al contratto allo statuto generale dell'art. 21 *nonies* l. n. 241/90, nei suoi rinnovati e più restrittivi presupposti.

Ecco perché desta non poche perplessità la previsione di cui all'art. 176 del Codice Appalti, che espressamente sottrae l'annullamento d'ufficio al termine di diciotto mesi, con esclusivo riferimento alle concessioni, insinuando nuovamente dubbi di raccordo con la disciplina degli appalti.

In definitiva la sensazione che traspare è quella di un quadro in continua evoluzione, destinato per il momento a restare incompiuto: la validità delle soluzioni interpretative prospettate deve, infatti, misurarsi necessariamente con la contraddittorietà della nuova disciplina normativa, che rivela una *mens legis* tutt'altro che univoca.

Gli interpreti devono per il momento rassegnarsi di fronte all'impossibilità di fornire risposte assolute, prediligendo un'analisi settoriale che dia conto delle plurime sfumature applicative, e tenti il più possibile di raccordarle ai principi generali, nell'obiettivo, in verità assai arduo, di dare coerenza al sistema.

Riferimenti bibliografici.

- ALESSI R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1960.
- ALESSI R., voce *Revoca (Diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968.
- ALÌ M., *Annullamento d'ufficio, analogo procedimento e principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 1966.
- ALP M., *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966.
- AMATO G., *Le autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in *AA.VV.*, *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità indipendenti*, Milano 1997.
- ANTONIOLI M., *Enti pubblici e strumenti finanziari: i nuovi confini della finanza globale*, in *Dir. econ.*, 2011.
- ARDITO A., *Revoca e nuovi modelli amministrativi di rivedibilità*, Bari, 2008.
- ARMENANTE F., *L'azione amministrativa ex post, tra limiti temporali e presupposti abilitanti (le novità delle leggi nn. 164/2014 e 124/2015)*, fasc. n. 7-9/2015, in *www.amministrativamente.com*.
- AULETTA A., *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d.lgs. 53 del 2010*, in *Rivista Nel Diritto*, 2010.
- AULETTA A., *Ancora in tema di SCLA: deprovincializzazione e semplificazione complicata (a proposito di due recenti pronunce della Corte Costituzionale)*, in *La Rivista Nel diritto*, 7/2012.
- BARTOLINI A., *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli interest rate swaps*, in *Urb. e App.*, 2/2012.
- BASSO P., *Il diritto di ritenzione*, Milano 2010.
- BELLOMO F., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, *Attività*, Padova, 2009.
- BENEDETTI A., *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino 1999.
- BENEDETTI A., *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011.
- BENVENUTI F., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959.
- BETTI E., *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, Milano 1959.
- BIANCA C. M., *Autotutela*, in *Enc. dir.* IV, Agg. Milano 2000.
- BIGLIAZZI GERI L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, *Introduzione*, Milano 1971.
- BIGLIAZZI GERI L., *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. giur.* IV, Roma, 1988.
- BORSI U., *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, in *Studi Senesi*, 1905.
- BOSCOLO E., *Scia e poteri di autotutela*, in *Giur. It.*, 7/2013.

- BUSCEMA S. e BUSCEMA A., *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. SANTANIELLO), vol. II, Padova 1994.
- CALABRO' M., *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, Torino 2012.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Padova 1914, rist. Padova 1992.
- CANNADA-BARTOLI E., voce "Annullabilità e annullamento", in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958.
- CAPONIGRO R., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto*, in *Foro Amm. CdS*, 2009.
- CARANTA R., *La "comunitarizzazione" del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996.
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* (diretto da F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, e G. MORBIDELLI), Torino 2012.
- CARANTA R., *Transparence et concurrence*, in R. NOGUELLOU – U. STELKENS (edds.), *Droit comparé des contrats publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- CARINGELLA F., *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *RIDPC*, 2008.
- CARINGELLA F., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007.
- CARINGELLA F., MANTINI P., GIUSTINIANI M., *Commento organico al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50* Roma, 2016.
- CARINGELLA F. – TARANTINO L., *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo*, Roma 2015.
- CARPENTIERI P., *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto* (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2004.
- CARPENTIERI P., *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, 2011, in www.giustizia-amministrativa.it.
- CARULLO A., *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in *Riv. trim. app.*, 2010.
- CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel Procedimento amministrativo - La legge n.241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991.
- CASSESE S., *La nozione di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996.
- CASTIELLO F., *Gli accordi integrativi e quelli sostitutivi di provvedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993.
- CATALDO SALERNO G., *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Milano, 2014.
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2006
- CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2/2003.

- CERUTI M., *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urb. e Appalti*, 6/2016.
- CHAPUS R., *Droit du contenieux administratif*, Montchrestien, 2006.
- CHIEPPA R., *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano 2012.
- CHIEPPA R., *Provvedimenti di secondo grado (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008.
- CHIEPPA R. – GIOVAGNOLI R., *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano 2009.
- CHIEPPA R. – LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano 2007.
- CIANFLONE A.– GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2003.
- CLARICH M., *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.*, 2002.
- CLARICH M., *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca, impresa e società*, 2003.
- CODACCI-PISANELLI G., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli 2013.
- CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005
- CORAGGIO G., *Autotutela (voce)*, *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1991.
- CORRADINO M. *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova 2007.
- CORSO G., *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, *Dir. amm.*, 2009.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015.
- CORSO G., (voce) (*dir. Amm.*), in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006.
- CORTESE F., *La revoca negli appalti pubblici tra danno precontrattuale e indennizzo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2, Milano 2013.
- D'ALBERTI M., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII.
- D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 828
- D'ANCONA S., *La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative*, in M. CARFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE- G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano 2013.
- D'ARIENZO M., *Limiti all'esercizio del potere di autotutela sul consenso prestato in sede di conferenza di servizi*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2009.
- DE NICTOLIS R., *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- DE NICTOLIS R., *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma 2010.

- DE NICTOLIS R., *Commento all'art. 23*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, commentario a cura di F. CARINGELLA, Milano, 1999.
- DEODATO C., *21-nonies*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano 2011.
- DI IORIO V., *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la legge n. 124/2015*, in *www.federalismi.it*.
- ESPOSITO A., *La revoca degli atti amministrativi comunitari*, in collana *Europapers*, Università degli Studi Roma Tre, n. 11/2001.
- FALCON G., *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991.
- FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova 2013.
- FALCON G., *Questioni sulla validità ed efficacia nel tempo del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.* I, 2003.
- FANTINI S., *La revoca di provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2008.
- FANTINI S., “*Art. 21-quinquies, l. n. 241/1990*”, in A. BARTOLINI - S. FANTINI - G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010
- FEDERICO A., *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*. Napoli, 1999.
- FOA' S., *L'azione di annullamento nel Codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*.
- FORTI U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV.
- FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998.
- GALETTA U., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della l. n. 241/90*, in *www.giustamm.it*.
- GALETTA U., *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2008.
- GALLI G., *Diritto amministrativo*, vol. II, Padova, 2011.
- GALLI R.- GALLI D., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2004.
- GAROFOLI R. – FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2014.
- GAROFOLI R. – FERRARI G., *Codice degli appalti pubblici*, Roma 2013.
- GAROFALO L., *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008.
- GATTI M., *Aggiudicazione provvisoria e definitiva: una distinzione attuale*, in *Riv. trim. app.*, 2003.
- GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato*, Napoli 2013.
- GHETTI G., *Brevi note intorno alla revoca dell'atto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996.
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1939.
- GIANNITTI P., *La disciplina dell'autotutela. Nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*. Padova 2010.
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino 2004.
- GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative*, in *Riv. it. dir. pub. comp.*, 2010.
- IAIONE C., *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino 2010.
- IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.
- IMMORDINO M., *Articolo 21-quinquies: revoca del provvedimento*, in N. PAOLANTONI-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005.
- INTERLANDI M., *La revoca: prime riflessioni sulle novità introdotte dalla l. n. 15/2005*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma sul procedimento*, Torino 2005.
- LAMORGESE A., *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 4, 2016.
- LA ROCCA P., *Il contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche*, Rimini, 1991.
- LA ROSA G., *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano 2013.
- LA ROSA G., *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012.
- LENZI R., *Condizione, autonomia privata, e funzione di autotutela*, Milano 1996.
- LIGUGNANA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004.
- LIPARI M., in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, Milano, 2001.
- LIPARI M., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità e inefficacia: la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e Form.*, 2003.
- LIPARI M., *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, 2010, in www.giustamm.it.
- LIPARI M., *La SCLIA e l'autotutela nella l. n. 124/2015, primi dubbi interpretativi*, p. 4, in www.federalismi.it.
- LA ROSA G., *La revoca del provvedimento*, Milano 2013.
- LOPILATO V., *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2006.
- LUMINOSO A., *Codice dell'appalto privato*, Milano 2010.

- LUPO A., *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano 2013.
- MAMELI B., *Potere di autotutela nelle gare d'appalto e principi europei*, in *Urbanistica e Appalti*, 4/2015.
- MANFREDI V. G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.
- MANGANARO F., *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995.
- MANTERO A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova 1979.
- MASSERA A., *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, Milano 2003.
- MASSERA A., *Enti territoriali e contratti derivati finanziari: un rapporto travagliato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9/2014.
- MAZZAROLLI L., *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006.
- MENGOLI V., *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano 2003.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Milano, 2001.
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970.
- MIELE G., *In tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1947.
- MIRABELLA M., *L'invalidità degli atti amministrativi*, in M. MIRABELLA, M. DI STEFANO, A. ALTIERI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2009.
- MONORCHIO A. – MOTTURA C. D., *Derivati e finanza pubblica. Considerazioni sul dibattito in Italia tra enti e banche*, in *Economia Italiana*, 2010.
- MONTEDORO G., *I rapporti tra l'evidenza pubblica e contratto di appalto*, in *Urb. App.* 9/2003.
- MOSCARINI L. V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988.
- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003.
- NIGRO M., *Decisione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962.
- NIGRO M., *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961.
- PAOLANTONIO N., *Brevi considerazioni sull'istituto dell'aggiudicazione nei sistemi di gara ad asta pubblica e licitazione privata*, in *Riv. Corte conti*, 1989.
- PAPARELLA A., voce *Revoca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989.
- PARDI L., *Strumenti finanziari derivati ed enti locali: una relazione difficile*, in *Riv. Corte Conti*, 2009.
- PASTORI G., *Introduzione generale*, in Id., *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964.

- PICOZZA E., *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino 2007.
- PROIETTI R., *Gli accordi sostitutivi ed endoprocedimentali tra p.a. e privati*, in P. STANZIONE – A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova 2006
- PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.
- PUDDU S., *La revoca: profili problematici alla luce del nuovo art. 21 quinquies, comma 1 bis, l. n. 241 del '90*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008.
- PUGLIESE F., *Le procedure di conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di P. MARZANO, Roma, 1987.
- RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa. Principi operativi ed ambiti applicativi*, Milano, 2006.
- RAGGI L., *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917.
- RAMAJOLI M., *Provvedimenti amministrativi di secondo grado. Report annuale – 2011 – Italia*, in *www.ius-publicum.com*.
- RAPPAZZO A., *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova 1999.
- RESTA R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 146.
- ROMANELLI V. M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.
- ROMANO S., voce *Annullamento degli atti amministrativi* (agg. da G. MIELE), in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957.
- ROPPO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano 2011.
- ROSSI G., *Diritto amministrativo. I principi*, Milano, 2005.
- RUBINO D. – IUDICA G., *Appalto*, in *Commentario del Codice Civile SCIALOJA-BRANCA*, Bologna 2007.
- RUSCICA S., *Inefficacia del contratto di appalto pubblico*, Milano 2011.
- SAIITA F., *Contratti pubblici e potere di riesame della stazione appaltante*, in *Giur. it.*, 2015, 12.
- SAIITA F., *Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non, un quadro giurisprudenziale non sempre coerente*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012.
- SAIITA F., *L'amministrazione delle decisioni prese: problemi vecchi e nuovi in tema di annullamenti e revoche a quattro anni dalla riforma della legge sul procedimento*, *Dir. e soc.*, 2009.
- SANDULLI M.A., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1989
- SANDULLI M. A., *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi, vol. II*, Milano, 2013.
- SANDULLI, M. A., *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*.
- SANDULLI M. A. – DE NICTOLIS R. – GAROFOLI R., *Trattato sui contratti pubblici*, vol. VI, Milano 2008.

- SANINO M., *Codice del processo amministrativo*, Torino 2011.
- SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino 2014.
- SANTORO P., *I tempi dell'inefficacia delle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.* 2012.
- SANTORO P., *I fattori legali di rischio che favoriscono la corruzione negli appalti pubblici*, 14 luglio 2014, in www.contabilita-pubblica.it.
- SCOCA, F. G., *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002.
- SCOCA F. G., *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 2/2011.
- SCOCA S., *Vincolo negoziale e jus poenitendi: la qualificazione dell'atto di autotutela rispetto al contratto stipulato. I casi dei contratti di finanza derivata e della transazione ex art. 239 d.lgs. n. 163/2006*, in *Dir. e proc. amm.*, 4/2012.
- SCOGNAMIGLIO A., *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. Amm.*, 1-2/2013.
- SCOGNAMIGLIO A., *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2011.
- SDANGANELLI A., *Il divieto di aggiudicazione nel Codice dei contratti pubblici*, in www.lexitalia.it, n. 11/2007.
- SILVESTRI E., voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961.
- SINISI M., *Il potere di autotutela caducatoria*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Torino 2015..
- SINISI M., *La "doverosità" dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con i regolamenti comunitari*, in *Foro Amm.*, TAR, 2007
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005.
- STAIANO S., *Rapsodia legislativa*, in www.federalismi.it, 10/2015.
- STICCHI DAMIANI E., *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2003.
- STICCHI DAMIANI E., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011.
- STICCHI DAMIANI E., *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, 2012, in www.ius-publicum.com.
- STICCHI DAMIANI E., *La revoca dopo la L. n. 15 del 2005*, in *Foro amm. TAR*, 2006.
- TRAVI A., *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 4/2005.
- TRAVI A., *La revoca dopo la legge n. 15/2005 e l'analisi economica del diritto*, in *Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Annuario 2006*, Milano 2007.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2002.

- VARONE S., *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003.
- VINTI S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova 2008
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI- G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO- F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005.
- VILLATA R. – RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Milano 2011.
- VOLPE C., *Stazioni appaltanti e potere di non procedere all'aggiudicazione. Il via definitivo da parte del codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 9/2007.
- VOLPE F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, vol. I, Milano, 1958.
- ZERMAN P.M., *Annullamento dell'aggiudicazione illegittima ed effettività della tutela giurisdizionale: la sorte del contratto medio tempore stipulato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.