

Introduzione

Il presente lavoro si propone l'obiettivo di analizzare la disciplina della rinegoziazione del contratto di appalto, quale istituto caratterizzante la fase di esecuzione del contratto, intrinsecamente collegato alle esigenze sostanziali delle parti nella fase di esecuzione, ma anche connotato dalla tensione rispetto al principio di concorrenza tipico della fase dell'evidenza pubblica.

Appare quindi prioritaria l'analisi del procedimento ad evidenza pubblica e delle ipotesi modificative dell'accordo in fase di esecuzione, capaci di incidere sulle scelte precedentemente effettuate dall'amministrazione, mettendone in luce la *ratio*, sulla scorta di un processo evolutivo che si sviluppa ormai da più di un secolo e che sembra rimettere in discussione il principio di concorrenza a favore dell'esigenza, che si palesa sempre più emergente nelle scelte dell'amministrazione, di garantire la corretta e tempestiva esecuzione del contratto.

L'evidenza pubblica, nata come una procedura finalizzata a tutelare l'interesse pubblico di cui l'amministrazione è titolare, rappresenta dunque l'evoluzione di quel principio contabilistico espresso nel r.d. n. 2440/1923 che qualificava l'interesse dell'amministrazione in termini strettamente finanziari. L'evidenza pubblica di matrice gianniniana, al contrario, trasla i principi sottesi alla discrezionalità amministrativa nell'attività privata dell'amministrazione, fino a diventare con l'affermarsi del diritto comunitario il mezzo per garantire agli operatori economici, controparti potenziali del soggetto pubblico, il pieno rispetto del principio di concorrenza.

La scelta del futuro contraente rappresenta un momento di fondamentale importanza che necessita della procedimentalizzazione della relativa attività, non più solo a tutela dell'amministrazione e degli interessi che la stessa persegue, bensì a garanzia della *par condicio* degli operatori economici. Il diritto europeo ha imposto una nuova lettura dell'evidenza pubblica e ancora oggi apre nuove prospettive, soprattutto sul versante della semplificazione e della flessibilità del procedimento. Con le nuove direttive europee (2014/23/UE,

2014/24/UE, 2014/25/UE) si è aperta la sfida che punta a costruire gli appalti pubblici come un sistema semplificato ed aperto alle procedure negoziate, così da diventare un trampolino di lancio per il sostegno di altre politiche europee e per una maggiore efficienza della spesa pubblica.

L'adozione del nuovo "codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – legge delega 28 gennaio 2016, n. 11), in attuazione delle direttive citate, porta con sé l'ambizioso obiettivo di conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative, al fine di garantire un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti. In particolare il recepimento della recente normativa europea diventa il mezzo attraverso il quale perseguire la riduzione e la certezza dei tempi relativi alle procedure di gara ed alla realizzazione delle opere pubbliche. L'evidenza pubblica, dunque, sembra assumere nuovi e diversi connotati, che tuttavia non sembrano smentire l'innata tensione fra il principio di concorrenza e l'efficienza della spesa pubblica.

Si tratta, quindi, di una fase che contraddistingue gli appalti pubblici, a differenza dell'appalto privato in cui il contraente viene scelto sulla scorta delle considerazioni soggettive e qualitative operate dal committente nell'esercizio dell'autonomia privata, che riverbera i propri effetti anche in sede di esecuzione del contratto.

La tendenziale parità delle parti che caratterizza la fase esecutiva del rapporto non esclude, infatti, il permanere in capo all'amministrazione di poteri e privilegi, rispetto al contraente privato, che inducono a ritenere che l'autonomia privata del soggetto pubblico possa essere funzionalmente limitata in tutti quei casi in cui l'esplicazione della stessa in termini più propriamente civilistici avrebbe condotto ad un pregiudizio rispetto all'interesse pubblico di cui è titolare la stessa amministrazione.

Ne consegue che anche l'esecuzione del contratto e la modificazione dello stesso non possono essere devolute *tout court* al principio di parità delle parti, richiedendosi la limitazione dell'autonomia privata dell'amministrazione ogniqualvolta possano essere rimessi in discussione gli esiti dell'evidenza pubblica e, quindi, la scelta del contraente.

L'interrelazione di queste due fasi consente, quindi, di affrontare la questione della rinegoziazione del contratto ed in particolare permette di analizzare la problematica connessa all'introduzione di varianti illegittime al contratto d'appalto. Si tratta, infatti, di evenienze che, pur collocandosi idealmente nella fase di esecuzione del contratto, possono rimettere potenzial-

mente in gioco le scelte e gli esiti della procedura ad evidenza pubblica, rischiando così di alterare il sottile equilibrio della concorrenza.

L'approccio sostanzialistico della giurisprudenza comunitaria, infatti, ha dimostrato come il principio di concorrenza possa essere di fatto eluso, anche nella fase di esecuzione del contratto, tramite la stipula di specifici accordi *post* selezione, i quali sono potenzialmente in grado di cambiare le condizioni essenziali del precedente negozio giuridico. Le modifiche sostanziali dei termini del contratto originario, infatti, determinano la circostanza, pregiudizievole per i concorrenti pretermessi, che se fossero state previste al momento della gara ne avrebbero potuto mutare l'esito, nel senso che avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi o avrebbero indotto l'amministrazione ad accettare un'offerta diversa.

L'incidenza che l'introduzione delle modifiche sostanziali può avere sugli esiti della procedura ad evidenza pubblica assume rilievo anche dal punto di vista processuale, dal momento che si tratta di verificare il rapporto fra l'atto autorizzatorio della variante ed il successivo (eventuale) accordo fra le parti stipulato in pregiudizio dei terzi.

Emerge quindi la necessità di superare la contrapposizione fra la fase dell'evidenza pubblica, connotata da poteri pubblicistici, e quella dell'esecuzione del contratto, impostata sulla presunta parità delle parti contraenti, a favore invece di una lettura unitaria del contratto di appalto che consenta un approccio sostanzialistico funzionale a limitare quanto più possibile eventuali elusioni al principio di concorrenza, attraverso la tutela del terzo pregiudicato dalla condotta illegittima della stazione appaltante.

L'ammissibilità delle modifiche al contratto di appalto, nella forma della rinegoziazione o delle varianti, si inserisce pertanto nella relazione conflittuale fra la *par condicio* dei concorrenti e la tutela dell'interesse pubblico, sensibilmente avvertita dal legislatore, sebbene la tutela del terzo concorrente non trovi ancora un effettivo riconoscimento nella fase di esecuzione del contratto.

Capitolo I

Il principio di concorrenza nell'evidenza pubblica

1. I contratti pubblici fra attività pubblica e privata dell'amministrazione

L'evidenza pubblica affonda le proprie radici storiche e giuridiche nell'evoluzione del sistema dei contratti pubblici, laddove è possibile individuare il rapporto dialettico o conflittuale, a seconda delle fasi storiche, che è intercorso fra l'autorità, quale elemento che ha connotato nel tempo il soggetto pubblico, e la libertà, quale caratteristica tipica dei rapporti interprivati, dell'autonomia negoziale.

Sul "concetto di pubblico nel diritto", agli albori del ventesimo secolo, Oreste Ranalletti¹ incentrava la sua prolusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione presso l'Università di Pavia. Secondo l'Autore il diritto pubblico è intrinsecamente contrapposto al diritto privato e fonda la distinzione sulla diversità dei soggetti dei quali ognuno si occupa, e delle finalità perseguite. Lo Stato moderno ha l'obiettivo precipuo di provvedere agli interessi generali della collettività, mentre al di fuori di questa finalità lo Stato, il pubblico, non ha ragion d'essere.

Sulla base della diversità dei fini si giustifica, dunque, la divisione del diritto, dapprima unico, in pubblico e privato, i cui mondi, tuttavia, non rappresentano delle monadi distinte ed assolutamente indipendenti l'una dall'al-

¹O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, Torino, 1905, 337, in cui l'Autore assegna all'aggettivo "pubblico" tre significati fondamentali: pubblico, innanzitutto, qualifica il rapporto in cui un luogo, una cosa o un'azione si trova con una data collettività, cioè con un pubblico; in secondo luogo pubblico qualifica l'insieme dei principi fondamentali sui quali si fonda lo Stato per la sua organizzazione politica e sociale; in ultimo l'aggettivo pubblico viene usato per indicare una attività, una cosa, un rapporto, una norma che riguarda una persona giuridica pubblica come tale.

tra, ma possono e, in taluni casi, devono, interagire fra di loro. La questione che si pone attiene dunque alle modalità con cui bisogna intendere la distinzione fra diritto pubblico e privato e la soluzione viene ravvisata non nella negazione della stessa distinzione, bensì nell'intenderla dialetticamente come uno dei criteri di struttura di un dato ordinamento giuridico².

Il rapporto pubblico-privato ha rappresentato, quindi, un problema costante e perdurante che non può essere risolto aprioristicamente annullando il privato nel pubblico, come prospettava Otto Mayer nell'Ottocento, ma ha indotto ad alcune riflessioni che non possono prescindere dall'impatto che le Costituzioni democratiche hanno avuto al riguardo³.

Lo Stato democratico, infatti, ha tentato di risolvere questa dicotomia attraverso il principio per cui i cittadini non devono essere contrapposti allo Stato, ma sono all'interno dello Stato: l'Amministrazione deve essere autonoma nel rispetto delle garanzie proprie dello Stato di diritto⁴, garanzie che rappresentano un limite all'esercizio del potere, ovvero una forma di tutela del cittadino.

Si è, dunque, lontani dalle considerazioni di uno Stato che "esiste in quanto comanda e vale in quanto ha la forza di far rispettare il suo comando": Vittorio Emanuele Orlando agli albori del ventesimo secolo traduceva così la funzione dello Stato, identificandola in una sorta di *iubeo ergo sum*⁵.

² Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 21 e ss.

³ Fondamentale l'insegnamento di Vittorio Bachelet (si veda V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; ID., *Profili giuridici della organizzazione amministrativa: strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965): l'amministrazione è indissolubilmente legata alla Costituzione ed i problemi amministrativi devono essere analizzati secondo una impostazione costituzionale, la quale richiede l'analisi non dei soli due articoli che la nostra Costituzione dedica alla Pubblica Amministrazione, bensì dell'intera Carta Costituzionale, come già Carlo Esposito in precedenza aveva sottolineato (C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954).

⁴ Cfr. F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello stato democratico contemporaneo*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 285, in cui l'Autore pone l'accento sulla distinzione sottile che intercorre fra autonomia ed indipendenza: "è ovvio che l'autonomia non è indipendenza ma è ovvio, anche, che l'autonomia contrasta con la rigorosa dipendenza". L'indipendenza, infatti, presuppone una libertà nella scelta dei fini da perseguire estranea all'autonomia che, invece, consente una "libertà di movimento" all'interno di confini da altri stabiliti. Sulla definizione di autonomia si vedano le sempre ricchissime pagine di S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 14 e ss.

⁵ Cfr. V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, 219.

Contemporaneamente Antonio Bononi riconosceva l'imprescindibile necessità per la pubblica amministrazione di agire secondo moduli che non fossero esclusivamente unilaterali ed imperativi: lo Stato e gli altri enti pubblici per esplicare la loro attività "sono costretti ad avere rapporti contrattuali"⁶. La pubblica amministrazione, infatti, ha bisogno "di far lavori, assumere servizi, fornire", come un qualsiasi privato, ma diversamente da un privato è vincolata dal rispetto e dal perseguimento dei fini pubblici stabiliti dalla legge.

Da questo contesto si evince la difficoltà di delineare il rapporto fra l'attività amministrativa *stricto sensu* intesa e l'attività contrattuale della pubblica amministrazione. La nozione di attività amministrativa, infatti, risente di una impostazione dottrinale che predilige l'aspetto provvedimentale e procedimentale dell'attività, piuttosto che l'approfondimento della nozione giuridica di attività amministrativa⁷.

Tale impostazione muove dalla considerazione che fino alla riforma degli anni novanta, e quindi fino alla emanazione della legge sul procedimento amministrativo, l'oggetto specifico della disciplina giuridica era rappresentato dal provvedimento amministrativo, in quanto atto sottoposto al sindacato del giudice amministrativo, circoscritto ai vizi del provvedimento, a cui è preclusa qualsivoglia pronuncia sulla attività dell'amministrazione. In assenza di un "codice amministrativo" il ruolo della giurisprudenza appare determinante per la costruzione di una teoria sulla formazione, validità ed efficacia dell'atto amministrativo, ponendo in ombra tuttavia il concetto di attività amministrativa preordinata sia alla emanazione di un provvedimento, che di un contratto fra amministrazione e privato.

In realtà già Massimo Severo Giannini, nell'opporvi alla dottrina predominante, la quale sosteneva la tesi che l'attività non può formare oggetto di qualificazione se non per mezzo degli atti nei quali si manifesta, affermava che proprio nell'ambito del diritto pubblico era nata l'idea secondo la quale l'agire di un soggetto giuridico può assumere rilevanza come attività anziché nell'espressione puntuale dei singoli atti, ad esempio nel merito amministrativo, nei controlli di operatività, nell'attività materiale unilaterale⁸.

⁶ A. BONONI, *Contratto amministrativo*, in *Dig. It.*, vol. VIII, p. III, 1926, 422.

⁷ Cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 75 e ss.; E. CASSETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, 1987, 522, voce nella quale l'Autore sostiene che non vi è alcuna ragione per circoscrivere la nozione di attività amministrativa all'attività caratteristica dell'amministrazione pubblica, "ossia a quella autoritativa manifestantesi in atti (provvedimenti) amministrativi".

⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. II, 1958, 988 e ss. Al ri-

Con la legge sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241) si pongono le basi per cambiare l'impostazione dominante, per invertire il rapporto fra provvedimento ed attività. In primo luogo assume rilevanza l'attività in quanto tale (l'art. 1 della legge non a caso è rubricato "principi generali dell'attività amministrativa"), alla quale viene dedicata una cospicua disciplina positiva: si pensi al controllo di gestione, alla responsabilità dirigenziale, alla responsabilità dell'amministrazione verso terzi. Inoltre al provvedimento, quale strumento tipico dell'agire della pubblica amministrazione, si affiancano gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento stesso, quali fattispecie che incidono sull'agire dell'amministrazione, limitando il profilo autoritativo della stessa. Si aggiunga che la legge sul procedimento specifica che nell'adozione di atti di natura non autoritativa la pubblica amministrazione agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente.

Su queste premesse è, dunque, possibile costruire una teoria dell'attività amministrativa che si affianchi a quella sul provvedimento e che ricomprenda l'intero agire della amministrazione a prescindere dalla qualificazione degli atti emanati, quali provvedimenti, accordi o contratti. Ne consegue che se per attività si può intendere "l'insieme di atti, ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica anche nel loro complesso"⁹, l'aggettivo amministrativa sta ad indicare che si tratta di una attività diretta alla cura di interessi pubblici¹⁰. La titolarità di quest'ultimi non appartiene all'amministrazione,

guardo specifica Scoca (*Attività*, cit., 76) che in realtà Giannini svolse il corso di lezioni dell'anno accademico 1961-62 sull'attività amministrativa, ma si occupò più degli atti che dell'attività in quanto tale.

⁹SCOCA (*Attività*, cit., 77) richiama la definizione di attività proposta da AULETTA, *Attività (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, vol. III, 982. Per l'Autore l'unificazione degli atti nell'attività trova il proprio fondamento nella circostanza secondo la quale il raggiungimento di uno scopo si ottiene non mediante un unico atto, bensì attraverso una serie di atti collegati fra di loro finalizzati al raggiungimento dello scopo comune. Al riguardo F. SATTA, *Responsabilità della p.a.*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, 1376, ha rilevato che "l'attività amministrativa è qualcosa di profondamente diverso dagli atti in cui si esprime; e che essa è costituita, si potrebbe dire, da un lato dal complesso di finalità e scopi affidati all'amministrazione, dall'altro, da un *continuum* di iniziative, di attività materiali, organizzative, decisorie certamente, esecutive, la cui considerazione soltanto consente di individuare un rapporto tra organizzazione, attività, fini e scopi affidati".

¹⁰Al riguardo sono sempre attuali le pagine che Guido Zanobini dedica alla pubblica amministrazione (G. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica. Nozione e caratteri generali*, in *Enc. Dir.*, vol. II, 1958, 235). In questa voce enciclopedica, infatti, l'Autore definisce la pubblica amministrazione con i seguenti termini: "l'attività pratica che lo Stato dispiega per cu-

sebbene sia il soggetto che pone in essere l'attività di cura dell'interesse pubblico, bensì alla collettività di riferimento degli apparati amministrativi, ovvero al popolo al quale la Costituzione riferisce la sovranità¹¹. Così definito l'interesse pubblico, in relazione all'attività amministrativa provvedimentale, è necessario esaminare la nozione di attività amministrativa con riferimento a quella che si esplica con moduli negoziali.

A tal fine è opportuno entrare nel merito della distinzione fra attività pubblica e privata, analizzando in particolare le trasformazioni che la stessa ha subito in coincidenza dei mutamenti del concetto e dell'ordinamento giuridico dello Stato¹².

rare, in modo immediato, gli interessi pubblici che sono naturalmente nei suoi fini, o che egli volontariamente assume come tali". In sostanza, il carattere precipuo risiede nella immediatezza del fine pubblico da perseguire, circostanza che consente di definire tale attività come non libera, ma sempre e comunque funzionalizzata alla realizzazione di scopi di pubblico interesse. Sulla insussistenza di una posizione di autonomia privata della pubblica amministrazione si veda anche S. CIVITARESE, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 122 e ss. Quanto alla locuzione "attività amministrativa" E. CASSETTA (*Attività*, cit., 521) sostiene che sia incompleta in quanto non esplicita il riferimento all'amministrazione in senso soggettivo, ai soggetti pubblici. Più corretta sarebbe quindi la locuzione "attività amministrativa degli enti pubblici", sebbene tale impostazione sia stata critica da F.G. COCA (*Attività*, cit., 77 e ss.), il quale ritiene che non sia possibile escludere che vi sia attività amministrativa di soggetti privati. Secondo l'Autore, infatti, "i recenti sviluppi delle concezioni generali in tema di organizzazione amministrativa, con lo spazio sempre più ampio lasciato alle strutture organizzative private, hanno accentuato ulteriormente, fino ad istituzionalizzarlo, il fenomeno di soggetti privati che sono chiamati ad esercitare attività di cura di interessi pubblici, ossia attività che possono essere ritenute oggettivamente amministrative". Si pensi alle società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, di cui all'art. 113 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; oppure, sempre nell'ambito delle attività di servizio pubblico, si pensi alla trasformazione delle aziende autonome dello Stato in enti pubblici economici e in società per azioni. Le esemplificazioni, comunque non esaustive dell'intero apparato, dimostrano che le attività amministrative sono state sempre svolte anche da soggetti, persone fisiche o giuridiche, aventi natura privatistica. Tale assunto trova conferma nell'art. 1, comma 3, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, il quale espressamente statuisce che per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato.

¹¹ Sulla titolarità dell'interesse pubblico si veda F.G. COCA, *Attività*, cit., 78; G. CORSO, *L'Attività amministrativa*, Torino, 1999, secondo il quale l'interesse pubblico non è l'interesse del privato e non è neppure quello dell'ufficio, bensì è l'interesse che può attenersi alla generalità dei consociati, ovvero ad un gruppo sociale o professionale o territoriale o economico.

¹² È opportuno precisare che già in epoca romana, quindi prima della formazione dello

Nello Stato assoluto e nello Stato di polizia l'attività che l'amministrazione pone in essere per il raggiungimento delle proprie finalità non è soggetta al diritto¹³, gli apparati del principe agiscono nella generalità dei casi

Stato moderno, si poteva ravvisare lo svolgimento da parte dei pubblici apparati di una attività privata volta alla cura di pubblici interessi. La procedura di stipulazione dei contratti di compravendita di cose da farsi, ovvero dei contratti di appalto per la costruzione di opere pubbliche, ne può rappresentare un valido esempio. La scelta del miglior contraente per il committente pubblico non era rimessa ad un atto discrezionale, ma ad una procedura selettiva che potesse garantire la migliore prestazione al miglior prezzo. Cfr. G. RIDOLFI, *Appalto di opere e lavori*, in *Dig. It.*, III, 1890, 2 e ss. in cui si evidenziano le varie fasi in cui si articolava la stipulazione del contratto: si individuava una fase iniziale con l'emanazione della *lex censoria*, in cui si stabilivano le condizioni del contratto e i parametri per la realizzazione dell'opera; la fase della *licitatio*, che consisteva in una gara finalizzata alla scelta del miglior contraente; la fase della aggiudicazione e la fase della esecuzione del contratto, quest'ultima affidata interamente al censore che, quale rappresentante del committente pubblico, procedeva anche al collaudo ed alla approvazione finale dell'opera. È possibile rinvenire questi principi anche successivamente, in epoca comunale, nella vicenda relativa all'espletamento dei lavori pubblici a Venezia. La disciplina, nata nella prassi e solo in un secondo momento recepita in testi scritti, nasce per rispondere alla necessità impellente di una gestione efficiente della laguna e della stessa città di Venezia nel corso del Cinquecento. Tale situazione portò allo sviluppo di procedure peculiari non solo per la scelta del contraente privato, ma anche per una più proficua collaborazione fra i cittadini e gli apparati di gestione. I magistrati comunali preposti ai diversi settori, infatti, potevano venire a conoscenza delle situazioni fattuali o per constatazione diretta, ipotesi di difficile realizzazione, o tramite la cittadinanza, la quale, attraverso un'opera di responsabilizzazione, avrebbe dovuto segnalare tali evenienze e consentire di conseguenza l'attivazione delle relative procedure. Quanto all'esecuzione dei lavori, la fase di individuazione del contraente privato avveniva attraverso un procedimento che permetteva di affidare l'appalto in base a criteri improntati all'economicità, tranne il caso di lavori che richiedessero particolari capacità nell'esecutore, i quali venivano invece affidati attraverso valutazioni qualitative e di merito. Peculiare si mostrava la fase di esecuzione del contratto, il quale assumeva la denominazione di polizza d'incanto alla quale aderiva l'appaltatore, a ciò legittimato dalla aggiudicazione. In sostanza l'amministrazione esprimeva nella polizza la sua volontà di contrarre e le condizioni di svolgimento dei lavori; l'imprenditore, da parte sua, poteva limitarsi ad aderire o meno alle predette clausole. Si trattava, quindi, di un contratto in cui emergeva la prevalenza delle posizioni pubbliche, ma che implicava lo svolgimento di una attività privata, in quanto svolta con moduli negoziali, finalizzata al perseguimento di pubblici interessi. Cfr. per una analisi approfondita della legislazione e della prassi relativa alla gestione dei lavori pubblici a Venezia S. GASPARINI, *La disciplina giuridica dei lavori pubblici a Venezia nell'età moderna*, Padova, 1993, 66 e ss., in cui l'Autore evidenzia come una ricerca storica nella materia dei lavori pubblici, limitata all'ambito territoriale veneziano, si rilevi necessaria ed opportuna laddove si consideri il fatto che siamo davanti ad un "patrimonio di esperienze che, per quanto ormai in parte superato, può ancora fornire suggerimenti non inutili".

¹³ Specifica A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 470, che in realtà nello Stato di polizia, a differenza

con atti di tipo autoritativo, ad eccezione della gestione patrimoniale del Regno. Quest'ultima attività, infatti, si esplica attraverso la conclusione di accordi con gli amministrati, per questo ben può essere definita come privata e assoggettata alle regole del diritto¹⁴. Sembra che si possa parlare di uno sviluppo embrionale dei moderni contratti pubblici, soprattutto in considerazione dell'enorme importanza che la gestione patrimoniale del Regno poteva avere per la vita dei cittadini, con l'importante precisazione che l'amministrare per contratti era preordinato ad un fine economico-fiscale, alla gestione del patrimonio dello Stato, non a garantire una prestazione ai cittadini, finalità quest'ultima secondaria ed eventuale.

Inoltre la subordinazione dell'apparato statale al diritto si ammette nei limiti in cui gli obblighi ed i diritti derivanti dallo svolgimento dell'attività privata vengano riferiti non allo Stato, ma al Fisco, soggetto giuridico distinto dallo Stato. Ne consegue che se lo Stato resta sottratto al diritto, il Fisco è soggetto al diritto e per questo può essere convenuto in giudizio per rispondere delle obbligazioni assunte. Con l'avvento dello Stato di polizia, dunque, si attua una maggiore tutela del privato nei confronti dell'autorità: la scissione della personalità del Monarca da quella del Fisco consente, infatti, al privato di adire i Tribunali civili in presenza di una lesione o di un pregiudizio subito a fronte dell'esercizio di pubblici poteri. Il "Fiskus" diventa, quindi, un mezzo per ovviare ad una intoccabile irresponsabilità del principe, un centro di riferimento delle situazioni giuridiche soggettive del contraente pubblico che permette al privato leso di convenire in giudizio lo

dello Stato assoluto, si trovavano norme che vincolavano i pubblici funzionari di fronte al Capo dello stato, tuttavia il rapporto fra l'attività dell'amministrazione ed il diritto se variava dal punto di vista interno non variava dal punto di vista esterno, nei confronti degli amministrati.

¹⁴ Si iniziava, così, a configurare la distinzione elaborata per la prima volta da Grozio, fra atti di impero ed atti di gestione, successivamente ripresa da O. RANELLETTI (*Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, 8), il quale afferma che gli enti pubblici nei loro rapporti esterni raggiungono i propri scopi "o esercitando la propria potestà sulle persone sottoposte, agendo come persone pubbliche, cioè *iure imperii*, oppure entrando nel commercio giuridico-privato come subbietti patrimoniali, cioè agendo *iure gestionis*". Nel primo caso i rapporti dell'ente saranno regolati dalle norme del diritto amministrativo, nel secondo dalle norme del diritto privato, salvo, in quest'ultima evenienza, le diversità necessarie in considerazione della particolare natura pubblica dell'ente stesso. Sempre dello stesso Autore si veda *Per la distinzione degli atti di impero e di gestione*, in *Scritti giuridici scelti*, III, a cura di E. Ferrari, B. Sordi, Napoli, 1992, 657. Attribuisce convenzionalmente tale terminologia agli atti della pubblica amministrazione anche M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, 227 e ss.

Stato-Fisco, in qualità di soggetto titolare dei diritti patrimoniali¹⁵.

In questa duplicazione di personalità si rinviene la distinzione fra attività pubblica e privata: la prima è riferibile allo Stato, è sottratta al diritto e priva il singolo lesa dei mezzi di tutela giurisdizionale; la seconda è imputabile al Fisco e permette al privato di invocare l'intervento dell'autorità giudiziaria. Si tratta comunque di attività che non possono essere definite amministrative, e ciò per due ordini di motivi. In primo luogo, in questa forma di stato non esiste la categoria dell'atto amministrativo, attuativo di disposizioni di rango primario, ma esiste il *droit de Police*, composto da decisioni del principe espressione del potere legislativo. Ne deriva che non è configurabile una tutela amministrativa, ma solo ed esclusivamente una tutela giurisdizionale ordinaria: l'amministrazione non è dotata di alcun potere di agire in via di autotutela, in quanto la sede processuale è l'unica abilitata ad imporre una esecuzione coattiva del provvedimento o ad assicurare una tutela al privato¹⁶.

Con l'avvento dello Stato di diritto la distinzione fra attività pubblica e privata dell'amministrazione persiste, seppur con un diverso significato. Il principio di legalità, al quale l'apparato pubblico si sottomette, determina un mutamento nella concezione dell'attività pubblica, che non può essere più intesa come attività sottratta al circuito del diritto, influenzando anche sull'attività privata, non più imputabile al fisco, quale soggetto distinto dallo Stato¹⁷. La distinzione, quindi, si fonda nello Stato di diritto sulla diversa natu-

¹⁵ Cfr. sul *Fiskus* le considerazioni di L. MANNORI, *Diritto amministrativo*, cit., 180; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1993, 20 e ss., in cui l'Autore annovera lo *ius fisci* nell'ambito delle amministrazioni pubbliche a normazione comune, contrapposte a quelle rette da norme di diritto pubblico. Nel primo caso l'amministrazione, intesa come organizzazione ed attività, è priva di una normazione propria e si fonda sulla normazione di diritto privato. Ma tale regola non è assoluta. L'essere soggetta al diritto comune non esclude normazioni speciali, quali appunto quelle relative allo *ius fisci*, o meglio ai *privilegia fisci*, contro i quali si levarono unanime le critiche dei giuristi dell'Illuminismo.

¹⁶ Tale aspetto è stato più volte sottolineato da L. MANNORI, *Diritto amministrativo dal Medioevo al XIX secolo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, 1990, 174 e ss., in cui l'Autore afferma che a fronte della nascita di un diritto impropriamente definito come amministrativo, volto alla cura di pubbliche necessità (si pensi all'approvvigionamento alimentare, alla tutela ed alla manutenzione dei beni pubblici), si contrappone l'inesistenza di poteri di coazione da parte della pubblica amministrazione, per cui fino a quando un provvedimento non viene impugnato in sede giudiziaria sarà produttivo di effetti e potrà legittimare una eventuale azione esecutiva della stessa amministrazione. Alla "divaricazione concettuale" fra un amministrare ed un giudicare, quindi, si è giunti attraverso un percorso culminato sul finire del XVIII secolo. Sul punto si veda anche E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., 11 e ss.

¹⁷ Cfr. G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994, 515 e

ra delle norme che sovrintendono all'attività: è pubblica l'attività retta da norme di diritto pubblico, mentre è privata l'attività retta da norme di diritto privato. Tuttavia il contratto, sebbene sia un atto espressione dell'autonomia privata, viene ad essere qualificato come la prima categoria di atto amministrativo¹⁸. Infatti nei giuristi dell'epoca è evidente la consapevolezza che le relazioni contrattuali svolgono un ruolo essenziale ed imprescindibile per l'amministrazione pubblica, ove attengano a lavori pubblici, forniture militari, diritti fiscali, ovvero ai settori strategicamente più importanti e preminenti per l'agire pubblico. Proprio in questi ambiti si rivela l'importanza per l'amministrazione di avere quella "libertà di movimento"¹⁹ che deve essere garantita anche nell'esercizio dei poteri negoziali.

Questa concezione esplica i propri effetti anche sul piano della tutela giurisdizionale. Le leggi sul contenzioso amministrativo emanate in Francia alla fine del settecento²⁰ stabiliscono infatti che le controversie fra amministra-

ss., secondo il quale il passaggio da una concezione dualistica, tipica degli stati liberal-oligarchici, ad una concezione monastica dello stato è strettamente connesso all'affermazione del principio di legalità formale dell'azione amministrativa, grazie al quale i rapporti fra sovrano e pubblici funzionari vengono tutti formalizzati e subordinati alla legge del parlamento che diviene, appunto, fonte di generale legittimazione e formalizzazione di tutta l'attività amministrativa. Sul punto si veda anche C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

¹⁸ Cfr. nella dottrina francese Ph. A. MERLIN, *Questions de droit*, Bruxelles, 1825, nella dottrina italiana G.D. ROMAGNOSI, *Principii fondamentali di diritto amministrativo onde tessere le istituzioni*, Firenze, 1832, 9. Tuttavia, come nota L. MANNORI (*Uno Stato per Romagnosi, II, La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, 1987, 191 e ss.) è vero che Romagnosi mutua la sua definizione di atto amministrativo dalla dottrina francese, tuttavia, egli la riscrive in modo più preciso e raffinato. In particolare, Merlin inserisce nell'etichetta "atto amministrativo" contenuti differenti, nei quali si ricomprendono, principalmente, un *arreté* e una *décision* della autorità amministrativa, ovvero qualsiasi manifestazione di volontà o di scienza della pubblica amministrazione, estrinsecabile in un documento. Romagnosi, dal canto suo, riprende questa definizione specificandola ulteriormente ed adombrando la distinzione fra atti di gestione e atti di autorità amministrativa, di groziana memoria, sconosciuta nella definizione francese. In sostanza la categoria atto amministrativo si estende dagli atti autoritativi ai contratti, agli atti di amministrazione economica e tutoria. Sui caratteri del pensiero teorico di Romagnosi cfr. anche G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 52 e ss.

¹⁹ L'espressione è di A.F. VIVIEN, *Etudes administratives*, tomo I, Paris, 1852, 12.

²⁰ Il riferimento è alla legge 6-7 settembre 1790 che assegnava ai direttori di distretto e, in ultima istanza, ai direttori di dipartimento la competenza in materia di interpretazione ed esecuzione dei contratti d'appalto; con le riforme amministrative dell'anno VIII (legge 28 piovoso anno VIII) la cognizione viene affidata ai Consigli di Prefettura. Cfr. sul tema P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di prefettura e Consiglio di Stato*

zione e cittadini vengono sottratte alla cognizione del giudice ordinario e devolute ad organi amministrativi. Significativa al riguardo è proprio la normativa sul contenzioso relativo agli appalti di opere pubbliche: la competenza dei direttori di distretto e di dipartimento prima, e quella dei Consigli di prefettura dopo, in ordine alla interpretazione ed alla esecuzione delle clausole relative ai *marchés de travaux publics* lascia esplicitamente intendere che l'amministrazione è un corpo a sé stante, sottratto al circuito dell'ordinamento giudiziario *stricto sensu* inteso. In questo modo il soggetto pubblico beneficia del privilegio del foro per la sua qualificazione soggettiva e non in forza del carattere autoritativo dei provvedimenti dallo stesso emanati, come riflesso dell'ampiezza della categoria dell'atto amministrativo e dei moduli giuridici utilizzati per l'esplicazione dell'attività pubblica.

Con l'abolizione del contenzioso amministrativo da parte della legge n. 2248 del 1865, all. E, il quadro appena descritto muta radicalmente e si apre uno scenario che si pone in totale discontinuità rispetto al passato. Si stabilisce, infatti, che le "materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile", anche se vi è interessata la pubblica amministrazione, sono di competenza del giudice ordinario. L'attività contrattuale della pubblica amministrazione perde in tal modo quei *privilegia* che avevano caratterizzato e segnato l'epoca precedente: le controversie riguardanti i contratti della pubblica amministrazione infatti vengono ricomprese nell'ambito della giurisdizione ordinaria, con ciò segnando il definitivo distacco rispetto al provvedimento²¹.

Restano tuttavia ancora dei privilegi per l'amministrazione nella materia dei lavori pubblici, in particolare l'allegato F della legge n. 2248/1865 prevedeva alcune deviazioni non solo rispetto alla disciplina prevista in via generale dalla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, ma anche rispetto al contratto di appalto come regolato dal codice civile del 1865²². In

nell'Italia napoleonica, Milano, 1990, 196; B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto*, in *Dir. Amm.*, 1995, 489. Tali leggi furono poi estese nel territorio italiano in virtù dell'impero napoleonico: si pensi alla legge napoletana del 31 marzo 1817, alla legge del 1842 del Regno di Sardegna, all'editto pontificio del 25 luglio 1835, all'editto del 1825 della Toscana: in tutte queste previsioni legislative il tratto in comune si rinviene nella sottrazione alla giurisdizione comune delle controversie relative ai contratti di appalto di opere pubbliche.

²¹ La vicenda italiana si distingue, sotto questo profilo, dalle vicende francesi, laddove, invece, i *contrats administratifs* sono sempre rimasti sotto l'egida della *jurisdiction administrative*, in quanto concepiti, insieme al provvedimento, come strumenti di azione amministrativa. Cfr. sul punto V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 220 e ss.

²² Fortemente ispirato alla legge piemontese 20 marzo 1859, n. 3754, l'allegato F anno-

sostanza anche il legislatore dell'unificazione tende a mantenere, nel settore dei lavori pubblici, quei privilegi che la pubblica amministrazione aveva conquistato nel secolo precedente, ritenendoli un presidio di garanzia per un corretto espletamento della pubblica funzione.

Ne consegue che l'amministrazione esercita le proprie funzioni principalmente con atti di tipo autoritativo (ad eccezione dell'appalto di lavori pubblici), conseguentemente l'essenza del potere sovrano si identifica in questo periodo proprio nel diritto di comando ed il contratto perde l'idoneità a realizzare i fini dello Stato.

L'attività pubblica, quindi, non si estrinseca più indifferentemente con moduli provvedimentali o negoziali, subentra il rifiuto per le forme contrattuali e la valorizzazione, al contrario, dell'atto amministrativo. Infatti nel primo trattato di diritto amministrativo italiano, il Trattato Orlando, è totalmente assente una parte dedicata all'attività contrattuale dello Stato²³. Emerge quindi un quadro in cui il provvedimento assurge ad atto tipico dell'agire della pubblica amministrazione, mentre il contratto tende a subire una forte emarginazione.

Il quadro appena descritto cambia parzialmente nei primi anni del Novecento quando la politica giolittiana favorisce l'espansione delle funzioni amministrative: l'attività pubblica diventa anche una attività di prestazioni, lo Stato diventa titolare di nuove funzioni che vanno ad incidere sui moduli organizzativi delle stesse pubbliche amministrazioni, ampliandone le modalità operative²⁴ e consentendo di esercitare l'attività pubblica con atti autoritativi

vera per il contratto di appalto deroghe rilevanti rispetto alla disciplina codicistica, fra le quali possiamo ricordare le seguenti. In merito alla vincolatività dei contratti, la legge del 1865, agli artt. 336 e 337, prevedeva che i contratti erano obbligatori per la pubblica amministrazione solo in seguito all'approvazione, mentre per il privato fin dalla stipulazione; dal punto di vista del contenuto, questo non risultava dall'incontro di due volontà poste sul medesimo piano, ma si stabiliva che era quasi interamente predisposto dalla p.a. attraverso i capitoli generali e speciali e, di conseguenza, imposto all'appaltatore; inoltre si prevedeva una compiuta disciplina delle varianti in corso d'opera, sconosciuta al codice civile, nonché la facoltà di recesso incondizionato della amministrazione, a fronte del pagamento di un indennizzo al privato. Per una compiuta analisi dell'allegato F, si veda A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 20 e ss.

²³ Cfr. V.E. ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1900.

²⁴ Cfr. P. CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1978, 198 e ss. È in questo periodo, infatti, che si inserisce la nazionalizzazione delle ferrovie, dei telefoni e delle assicurazioni vita; la legge sulla municipalizzazione dei servizi pubblici; l'introduzione del suffragio universale maschile e la conseguente emersione di nuovi interessi, relativi a quelle classi sociali che iniziavano ad avere una rappresentanza in seno al Parlamento.

e negoziali. Accanto al provvedimento torna quindi anche il contratto quale strumento che permette alle pubbliche amministrazioni di perseguire le finalità attribuite dalla legge. L'assunto, tuttavia, non riscontra unanimità di vedute sul piano dottrinale; da un lato, infatti, alcuni Autori tendono ad escludere un agire mediante contratti, dall'altro, invece, tale profilo viene enfatizzato e portato alle estreme conseguenze.

Infatti, se Vittorio Emanuele Orlando affermava perentoriamente che “lo Stato innanzitutto, nell'agire, comanda”²⁵, contemporaneamente Antonio Bononi esaltava ed esasperava il contratto amministrativo, smussando l'autorità del soggetto pubblico e teorizzando una presunta parità delle parti quando il pubblico contratta con il privato²⁶. Accanto a queste due posizioni estreme si inseriscono quelle teorie che cercano di ricondurre ad una unità concettuale le due tipologie di atti di cui si serve la pubblica amministrazione: provvedimenti e contratti rappresentano le due facce della medesima medaglia, ovvero due strumenti per mezzo dei quali si estrinseca l'attività delle amministrazioni e si persegue il pubblico interesse.

In sostanza il soggetto pubblico può agire *iure imperii*, cioè esercitando la propria potestà sulle persone sottoposte, oppure può agire *iure gestionis*, cioè entrando in rapporti economici con i privati e soggiacendo alla normativa di diritto comune, salvo quelle diversità stabilite eccezionalmente da leggi speciali in considerazione della peculiarità del soggetto contraente²⁷. Il

²⁵Cfr. V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1910, 242. Ma l'Autore, nelle pagine successive dedicate alle obbligazioni dello Stato, è costretto ad ammettere che quando lo Stato intesse rapporti economici con i privati conclude contratti che, come tali, sono soggetti alla normativa di diritto comune, ferme le eccezioni dovute e giustificate sulla base della particolare natura dei soggetti che li stipulano. Sulla evoluzione del pensiero di Orlando si veda A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1553 e ss.

²⁶V. A. BONONI, *Il contratto*, cit., 422, in cui l'Autore enfatizza tale affermazione al punto tale da paragonare lo Stato ad un minore o ad un interdetto. Se, infatti, questi soggetti non possono obbligarsi efficacemente se non con l'assistenza del tutore, così lo Stato può obbligarsi solo seguendo peculiari procedure che assicurino il controllo e la tutela del pubblico interesse. Imparzialità e concorrenza della pubblica amministrazione, in altri termini, possono essere assicurate solo attraverso leggi speciali che regolino appositamente la materia.

²⁷Tale intuizione si deve ad O. RANELLETTI (*Concetto e natura*, cit., 7 e ss.) il quale ha il coraggio di ricondurre ad unità l'intero agire della pubblica amministrazione, con ciò conferendo nuovamente al contratto il ruolo ad esso spettante, come mezzo che non esaurisce le sue finalità nel procurare un vantaggio patrimoniale al soggetto pubblico, ma che consente una compiuta gestione amministrativa, soprattutto nel campo dei lavori e dei servizi pubblici. Pur non giungendo a superare la distinzione della capacità del soggetto in pubblica e pri-

contratto, quindi, diventa espressione dell'attività privata dell'amministrazione, soggetto in via generale alle regole civilistiche, pur ammettendosi la possibile esistenza di un diritto privato speciale laddove la posizione istituzionale della amministrazione e gli interessi dalla stessa tutelati impongano delle deroghe al diritto comune ed il ripristino di una posizione di superiorità che le compete di diritto nell'esercizio dei poteri autoritativi.

Tale dicotomia dell'agire dell'apparato pubblico, tuttavia, non è unanimemente condivisa: il riferimento è alle considerazioni di Federico Cammeo il quale, pur essendo conscio che "diritto pubblico e diritto privato sono, intrinsecamente parlando, due aspetti di un medesimo fenomeno"²⁸, non tollera commistioni fra i due ambiti, giungendo ad affermare che in materia pubblicistica è ontologicamente impossibile teorizzare un contratto fra amministrazione e privati. In questo quadro composito sono evidenti le incertezze insite nella qualificazione del rapporto che intercorre fra pubblico e privato e gli sforzi degli Autori dei primi anni del Novecento di catalogare l'agire della pubblica amministrazione entro schemi chiari e ben definiti, e di rinnegare gli istituti ibridi, in quanto ritenuti fuorvianti²⁹.

vata (retaggio storico dello Stato di polizia), tuttavia conferisce nuovamente al contratto il rango di uno strumento di azione della pubblica amministrazione.

²⁸ F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. It.*, 1900, IV, 1. L'Autore, in questa prolusione, afferma chiaramente quella che Lui stesso definisce "verità", ovvero che il contratto è nato nel diritto privato e, per trasporlo nel diritto pubblico, è necessario che lo Stato si ponga nelle stesse condizioni di un privato e si assoggetti alle regole della concorrenza, altrimenti non è possibile concepire una attività pattizia. Bisogna, però, dare atto a questo Autore della sua intuizione per cui il pubblico non si esaurisce nella autorità, ma si sviluppa anche nella non-autorità; tuttavia questa prospettiva rimane sospesa nelle opere del Cammeo, si intuisce, ma non viene sviluppata dall'Autore, come bene sottolinea C. MARZUOLI, *Per Federico Cammeo*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 231 e ss.

²⁹ Il riferimento è al contratto di diritto pubblico, la cui configurazione è assolutamente esclusa da F. CAMMEO, *La volontà individuale*, cit., 11 e ss., il quale, dopo aver analizzato e definito il contratto nella "sua terra d'origine", giunge ad affermare che nessuna delle condizioni previste dal codice civile per il contratto può manifestarsi nei rapporti di diritto pubblico fra Stato e cittadini, con ciò ponendosi in contrasto con la tesi di U. FORTI (*Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, IV, 1900, 369 e ss.) propenso, invece, a riconoscere tale figura. Tale tesi sarà ripresa da C. DI MAJO (*Contratti di diritto pubblico*, in *Giur. It.*, 1937, 21) e qualche anno più tardi, a commento di una sentenza della Corte d'Appello di Cagliari, G. DE BIASE (*Ammissibilità – ma rilevanza esclusivamente formale – del contratto di diritto pubblico*, in *Giur. It.*, 1958, 593) concluderà per la generale ammissibilità di rapporti contrattuali *iure publico* fra la pubblica amministrazione ed i privati, facendo espressamente l'esempio delle concessioni-contratto, in cui appare irrilevante la natura formale dell'atto, che

Nello svolgimento dell'attività alla stessa conferita dalla legge, l'amministrazione è di fatto titolare degli strumenti autoritativi, quindi del provvedimento quale atto principe del proprio agire, e degli strumenti negoziali, posti in essere mediante un incontro di volontà fra i soggetti che vi partecipano. Anche il contratto diventa un mezzo attraverso il quale l'apparato amministrativo persegue le pubbliche finalità, ma è altresì un istituto che giuridicamente deve essere "adattato" alle peculiarità che contraddistinguono un soggetto pubblico rispetto ai privati. Difficilmente, infatti, si può ammettere una parità sostanziale delle parti, perno intorno al quale è costruita la disciplina civilistica del contratto, dovendosi bilanciare la posizione istituzionale della pubblica amministrazione e la struttura contrattuale di un atto che presuppone un libero incontro delle volontà delle parti.

Nel rapporto intercorrente fra l'amministrazione ed un soggetto privato, infatti, efficacemente si affermava che "questa comanda, quello esegue"³⁰: i privilegi e la disciplina derogatoria previsti dall'all. F della legge del 1865 hanno condotto al riconoscimento che il contratto di appalto di opere pubbliche è un contratto *in itinere* in cui la determinazione degli obblighi e dei di-

non va ad incidere o modificare il contenuto sostanziale. In tempi più recenti cfr. A. TESAURO (*Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1961, 1) il quale, ponendosi in netta contrapposizione rispetto alla teorie che negano l'ammissibilità del contratto di diritto pubblico, lo definisce come un accordo fra due o più soggetti che, nei casi e nei modi stabiliti dalla legge, è diretto a costituire, modificare o estinguere non un rapporto obbligatorio patrimoniale, come nel diritto privato, ma un rapporto che riflette l'esercizio di un potere amministrativo. Qualche anno più tardi A. MASUCCI (*Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali – Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988), dalla comparazione sistema italiano-sistema tedesco desumerà la circostanza per cui il contratto di diritto pubblico, di fronte ad una realtà amministrativa completamente rinnovata in virtù delle nuove competenze dello Stato sociale, non può che rappresentare un fondamentale anello di congiunzione tra un diritto amministrativo unilaterale ed autoritativo ed un diritto amministrativo tendenzialmente paritario, in cui il privato non è più il semplice destinatario della volontà amministrativa, ma la controparte della pubblica amministrazione. Sempre in tema di contratti di diritto pubblico si vedano anche E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, 1997 e G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, in cui la problematica del contratto di diritto pubblico viene esaminata in una prospettiva sia storica che comparativa.

³⁰ L'espressione è di E. PRESUTTI, *Contratto di appalto per la esecuzione di opere pubbliche. Risoluzione in danno dell'amministrazione per inadempimento di queste*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, II, 1912, 181, il quale si pone in antitesi rispetto alla teoria pubblicistica di Otto Mayer, ma nell'affermare la natura contrattuale del contratto di appalto riconosce ed ammette la posizione peculiare rivestita dalla pubblica amministrazione rispetto all'appaltatore.

ritti delle parti è rimessa comunque ad atti unilaterali della pubblica amministrazione. Inquadrata in questo modo la problematica, sembra che si possa ammettere che la dicotomia “attività pubblica-attività privata” della amministrazione sia insufficiente a spiegare l’esercizio di funzioni attraverso moduli negoziali che sono soggetti ad un diritto privato speciale e che pertanto non possono essere intesi come esplicazione di una attività pubblica, perché sono sottoposti comunque al diritto comune, ma neppure di un’attività privata, in quanto le regole civilistiche trovano in taluni casi delle deroghe necessarie in considerazione della natura pubblicistica del soggetto che conclude il negozio giuridico.

2. L’ammissibilità della sostituzione di un procedimento pubblicistico con un procedimento di diritto privato. L’attività amministrativa di diritto privato

Si può, dunque, ritenere che il percorso argomentativo che ha condotto alla elaborazione della teoria dell’evidenza pubblica ha trovato un primo fondamento nella considerazione che l’attività amministrativa può essere soggetta al diritto pubblico ed al diritto privato, nei limiti in cui sia ipotizzabile anche una attività amministrativa di diritto privato.

La teorizzazione di Amorth³¹ sulla tripartizione dell’attività della pubblica amministrazione rappresenta un primo passo verso la soluzione al quesito della possibile sostituzione da parte della amministrazione di un procedimento di diritto pubblico con un procedimento di diritto privato per il raggiungimento delle medesime finalità.

Secondo l’Autore, infatti, l’introduzione di una nuova locuzione, quale “attività amministrativa di diritto privato”, si giustifica laddove emergano i limiti della distinzione classica fra attività pubblica ed attività privata. Quest’ultima distinzione sarebbe meramente formale ed esprimerebbe la coesistenza di due diversi ordinamenti giuridici che reggono l’operato delle pubbliche amministrazioni, ma trascura le finalità che vengono perseguite mediante l’attività. Il solo dato formale non sarebbe in grado di spiegare la diversità di effetti di alcuni atti, fatti o negozi conclusi dalla amministrazione, che si giustifica invece ponendosi in una prospettiva più ampia che consideri le finalità stesse degli atti.

³¹ Cfr. A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., 488 e ss.

Partendo da questa premessa e superando la distinzione classica fra attività pubblica ed attività privata, Amorth denomina “attività amministrativa di diritto pubblico” quella attività che le pubbliche amministrazioni pongono in essere per il perseguimento dei loro fini necessari e che è retta da norme di diritto pubblico-amministrativo, ovvero da norme specifiche dettate per l’amministrazione.

Accanto all’attività amministrativa di diritto pubblico viene elaborata la categoria dell’attività amministrativa di diritto privato la quale è attività amministrativa in senso proprio, ovvero persegue gli obiettivi pubblici fondamentali, ma si caratterizza per il fatto che non è retta da norme esclusive degli enti pubblici, bensì da norme che valgono per i comuni soggetti giuridici, persone fisiche ed enti privati. La circostanza che anche tale attività persegua fini pubblici non è irrilevante, ma giustifica eventuali varianti sul contenuto e sulla forma giuridica del negozio posto in essere dalla amministrazione, sebbene le venga attribuito un valore strumentale rispetto all’attività amministrativa di diritto pubblico, che per definizione è preposta alla realizzazione immediata dei fini necessari dell’amministrazione.

In contrapposizione all’attività amministrativa c’è “l’attività privata”, la quale ha puro carattere accessorio rispetto alla destinazione fondamentale degli enti pubblici, trattandosi di un’attività che riguarda l’amministrazione del patrimonio e che si caratterizza per essere compiuta formalmente e sostanzialmente dall’amministrazione, che agisce come un privato qualsiasi. Si tratta di un’attività che, sebbene abbia carattere secondario rispetto all’attività amministrativa ed abbia un fine puramente economico, tuttavia può fornire all’ente pubblico mezzi patrimoniali rilevanti e per questo deve essere sempre soggetta al rispetto dell’interesse pubblico che sovrintende l’agire dell’apparato amministrativo nel suo complesso. L’interesse pubblico, infatti, non è una nozione generica, ma per Amorth concreta un elemento connaturale ad ogni attività svolta dalle pubbliche amministrazioni, costituendo un requisito indispensabile per poter ritenere come propria l’attività svolta. Per questo anche l’attività privata deve essere svolta a vantaggio delle finalità di cui l’amministrazione è titolare, in quanto l’interesse pubblico è un requisito giuridico indispensabile di ogni attività posta in essere dal soggetto pubblico, sia che si tratti di attività amministrativa (di diritto pubblico o di diritto privato), sia che si tratti di attività privata. Un *leitmotiv* che troverà la propria compiuta elaborazione proprio con la teoria dell’evidenza pubblica e che troverà sviluppi ulteriori con il diritto comunitario.

L’elaborazione di questa tripartizione è funzionale a riconoscere che l’amministrazione è titolare di una pluralità di strumenti per l’esercizio delle pro-

prie funzioni, permettendo di annoverare nell'ambito dell'attività amministrativa anche gli atti negoziali. Questi ultimi si caratterizzano per essere sottoposti ad un regime giuridico particolare, nel senso che sono soggetti al diritto comune nei limiti in cui non siano necessari adattamenti della disciplina, in considerazione delle peculiarità del soggetto pubblico. In tal modo anche l'attività privata dell'amministrazione trova la sua collocazione nella sistematica dell'attività posta in essere dall'amministrazione, trattandosi di un'attività esplicata dal soggetto pubblico, per finalità di gestione del proprio patrimonio, in cui l'interesse pubblico costituisce il fine mediato dell'atto.

Sulla premessa che il diritto privato ed il diritto pubblico coesistono nella vita giuridica delle pubbliche amministrazioni e che ambedue sono strumenti utilizzabili per il raggiungimento delle loro finalità, Amorth costruisce la tesi della sostituibilità di un procedimento privatistico ad uno pubblicistico. L'ammissibilità della sostituzione tuttavia viene sottoposta al rispetto di una condizione: il diritto privato deve permettere all'amministrazione di raggiungere il medesimo risultato che la stessa avrebbe potuto ottenere mediante il ricorso ad un procedimento pubblicistico. Ci sono casi, infatti, in cui la surrogabilità dei due procedimenti non è ammissibile, per l'inadeguatezza del diritto privato a conseguire lo scopo, come nell'esercizio del potere di polizia, del potere regolamentare o del potere gerarchico, oppure situazioni nelle quali lo stesso legislatore stabilisce l'inderogabilità del procedimento pubblicistico contro l'arbitrio dell'autorità amministrativa, al fine di meglio perseguire l'interesse pubblico di cui è titolare.

Ciò non significa l'inderogabilità di tutte le norme pubblicistiche e, di conseguenza, la loro insostituibilità. Ci sarebbero, infatti, dei casi in cui il procedimento pubblicistico, pur essendo stabilito dal legislatore a vantaggio dell'interesse pubblico, non si impone all'amministrazione come regola, ma come mezzo per realizzare nel modo più conveniente e favorevole le proprie finalità. Non è però sufficiente dimostrare il carattere di mezzo di un determinato procedimento pubblicistico³² al fine di dimostrare la

³²L'Autore esemplifica due ipotesi nelle quali il procedimento pubblicistico è un mezzo per realizzare nel modo più conveniente uno scopo e per questo è inderogabile ed insurrogabile. Il primo caso è per esplicita disposizione di legge, il secondo è per deduzione anche implicita da altri elementi, fra i quali ad esempio la finalità che il procedimento serve a raggiungere. In particolare si fa riferimento al rapporto di pubblico impiego, in cui il procedimento pubblicistico è collegato con la natura del servizio a cui la persona deve essere preposta, ed alle concessioni amministrative, laddove l'attribuzione al singolo di certe pretese svincolate dal procedimento pubblicistico comporterebbe la con-

possibile surrogabilità con uno di diritto privato, occorrendo infatti che i due procedimenti siano effettivamente correlati quanto al raggiungimento di un analogo risultato. Fra gli esempi riportati dall'Autore pare opportuno soffermarsi su quello riguardante la correlazione fra il contratto e la concessione, individuati entrambi come strumenti in grado di far sorgere obbligazioni e per questo ritenuti surrogabili. Alla capacità di raggiungere il medesimo risultato, ovvero la nascita di obbligazioni, si contrappone tuttavia una diversa disciplina giuridica, poiché il contratto nasce dall'incontro di volontà di due o più parti contraenti poste su un piano di parità, mentre la concessione nasce dalla volontà unilaterale della amministrazione di porre in essere un atto amministrativo con il quale si stabilisce la costituzione del rapporto obbligatorio, a cui aderiranno e conferiranno efficacia gli altri soggetti.

In questo ultimo caso, dunque, emerge il predominio della volontà della pubblica amministrazione sugli altri soggetti, almeno nella costituzione del rapporto, che può giungere fino allo scioglimento unilaterale del rapporto da parte della stessa, ipotesi che invece non si verifica nel contratto, laddove lo scioglimento del rapporto contrattuale può avvenire o in virtù di una clausola risolutiva oppure per mutuo consenso. Ne deriva che tanto mediante contratto tanto mediante atto amministrativo l'amministrazione può costituire rapporti obbligatori, la cui disciplina varierà a seconda del mezzo utilizzato. È quindi ipotizzabile una surrogabilità dei due procedimenti, ma sempre e solo nei limiti in cui consentano il raggiungimento di un analogo risultato per l'amministrazione.

Una volta che si sia data risposta positiva al quesito circa la possibile sostituzione di un procedimento privatistico ad uno pubblicistico, occorre soffermarsi su un aspetto dell'attività amministrativa di diritto privato che la dottrina successiva avrà modo di sviluppare ed ampliare. L'attività amministrativa di diritto privato, infatti, risente della sua destinazione, essendo finalizzata al raggiungimento del pubblico interesse, e per questo la relativa di-

figurazione in capo al singolo di un diritto soggettivo perfetto con tutte le conseguenze in ordine all'applicazione delle regole del contratto di diritto comune, con ciò snaturando il rapporto intercorrente fra il singolo e la pubblica amministrazione, ad esempio con riferimento all'uso dei beni demaniali, proprio nei casi in cui invece il procedimento pubblicistico si presenta assolutamente complementare alla struttura propria di un determinato istituto oppure è strettamente connesso alle finalità che la legge intende ottenere, concedendo appunto gli opportuni poteri alla amministrazione. Cfr. A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., 511 e ss.

sciplina, che in linea di principio è soggetta al diritto privato, può essere sottoposta ad alcune alterazioni e modificazioni. In sostanza si tratta sempre di un'attività retta formalmente dal diritto privato, sebbene il relativo regime giuridico possa subire alcune variazioni dovute alla natura pubblicistica del soggetto agente e ai fini che lo stesso deve perseguire.

Si pensi, ad esempio, alla sanzione che deve colpire il negozio concluso in violazione della regola che stabilisce l'insurrogabilità di un procedimento pubblicistico con uno privatistico. La *ratio* della previsione risiede evidentemente in una valutazione preliminare del legislatore per la migliore tutela dell'interesse pubblico, per cui, qualora la predetta regola venga violata, l'atto negoziale sarà da ritenersi invalido. In particolare, seguendo la teoria dell'interesse pubblico, l'invalidità riveste i caratteri della nullità, dal che deriva secondo l'Autore che in questi casi deve essere esclusa la sanabilità per conversione dell'atto. L'istituto della conversione non può ricevere nel diritto amministrativo la stessa applicazione che ha nel diritto privato, in quanto il principio della conservazione degli atti giuridici, sul quale si fonda la sanabilità, non può essere un principio preminente rispetto all'interesse pubblico di cui l'amministrazione è portatrice. Conseguenza da questo ragionamento che il vizio di cui è affetta l'attività posta in essere seguendo un procedimento diverso da quello prescritto dalla legge è qualificabile esattamente nei termini della nullità³³.

Le interferenze del diritto pubblico nel diritto privato non attengono, tuttavia, solo agli aspetti inerenti l'invalidità di un negozio stipulato in violazione di disposizioni di legge, ma riguardano anche la validità, riferibile alla capacità giuridica degli enti pubblici, e gli effetti dell'atto non validamente concluso. In sostanza l'attività che l'amministrazione pone in essere in regime di diritto privato può subire modificazioni o alterazioni nella relativa disciplina giuridica, dovute all'interesse pubblico sotteso all'agire del soggetto. A partire da questa conclusione l'attività contrattuale della pubblica amministrazione trova un riconoscimento formale nelle previsioni della legge sulla contabilità dello Stato e la sua articolazione nel procedimento ad evidenza pubblica.

³³ In realtà il legislatore non ha recepito tali elaborazioni quando all'art. 121 c.p.a. ha declinato in termini di inefficacia le conseguenze sul contratto derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione. Tale aspetto verrà approfondito nel prosieguo.

3. Le previsioni della legge contabile sui contratti dello Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440) e gli interventi correttivi della giurisprudenza amministrativa

Dispone l'art. 3 della legge di contabilità che tutti i contratti dai quali derivi per lo Stato una entrata (contratti attivi) o una spesa (contratti passivi) devono essere preceduti da pubblici incanti, a meno che per particolari ragioni, delle quali potrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinarsi nel regolamento, l'amministrazione non ritenga preferibile la licitazione privata.

La legge ed il regolamento di contabilità (23 maggio 1924, n. 827) disciplinano nel dettaglio le modalità di scelta del contraente e di conclusione del contratto, assicurando che avvenga con le dovute garanzie di pubblicità e trasparenza delle procedure, di parità di trattamento fra i concorrenti, anche a salvaguardia dell'interesse pubblico perseguito dall'ente. A tal fine il procedimento per la formazione dei contratti degli enti pubblici è suddiviso dal citato testo normativo in quattro momenti essenziali, la fase preliminare, la scelta del contraente, la stipulazione del contratto ed infine i controlli sul contratto.

La prima fase comprende la determinazione della pubblica amministrazione a svolgere una determinata attività contrattuale³⁴, nonché gli atti conseguenti (invito a fare offerte in trattativa privata, invito a partecipare a licitazione, bando di asta pubblica) dai quali si desume in modo indubbio la volontà dell'amministrazione di concludere il contratto.

La seconda fase rappresenta il momento fondamentale della procedura ad

³⁴ Sulla natura della deliberazione si è espressa la giurisprudenza, la quale non ha escluso una sua limitata rilevanza esterna, in quanto ha ritenuto che pur riguardando tale fase il procedimento amministrativo e non quello negoziale, eventuali vizi del procedimento preliminare possono riflettersi sulla validità del negozio e, quindi, interessare l'altro contraente (Trib. Roma, 28 marzo 1959, in *Foro It.*, 1959, I, 1213). Inoltre la Suprema Corte ha ritenuto che la deliberazione a contrattare di un ente pubblico se portata a conoscenza dell'altra parte e da questa accettata è idonea a porre in essere l'incontro delle volontà e a dar vita al contratto (Cass., sez. I, 10 luglio 1957, n. 2767, in *Foro Amm.*, 1958, II, 102). Sul punto sono intervenute anche le Sezioni Unite della Cassazione, le quali dopo aver ribadito che la deliberazione del consiglio comunale rappresenta l'atto formativo della volontà dell'ente che poi viene attuata dall'organo competente a stipulare, ha aggiunto che l'annullamento della deliberazione per illegittimità travolge necessariamente anche il contratto giacché fa venir meno, con effetto *ex tunc*, il concorrente consenso dei contraenti (Cass., S.U., 5 giugno 1956, n. 1907, in *Giust. Civ.*, 1956, I, 1029).