SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXVI

ENRICO GUARNIERI

FUNZIONALIZZAZIONE E UNITARIETÀ DELLA VICENDA CONTRATTUALE NEGLI APPALTI PUBBLICI

Bologna
University Press

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXVI

ENRICO GUARNIERI

FUNZIONALIZZAZIONE E UNITARIETÀ DELLA VICENDA CONTRATTUALE NEGLI APPALTI PUBBLICI

Bologna
University Press

Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons BY 4.0

ISSN 2283-916X
ISBN 979-12-5477-103-7
ISBN online: 979-12-5477-104-4
DOI 10.30682/sg316

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: luglio 2022

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

***

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Luigi Balestra, professore ordinario presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/01 Diritto privato
Giuseppe Caia, professore ordinario presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/10 Diritto amministrativo
Giuseppe Piperata, professore ordinario presso l'Università IUAV di Venezia per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/10 Diritto amministrativo

La scelta più ardua, il pensiero più doloroso:
in tuo ricordo, Papà

RINGRAZIAMENTI

L'idea, prima ancora della monografia che la raccoglie, è nata a seguito di uno dei primi (e quindi fortunati) incontri che ho avuto con il Professor Marco Dugato, al quale devo, perciò e con grande riconoscenza, un sentito ringraziamento per gli insegnamenti e per l'attenzione che mi ha riservato nel percorso di ricerca.

Un doveroso ringraziamento va poi a tutti coloro che, con importanti osservazioni e preziosi suggerimenti, hanno permesso di migliorare e di licenziare questo libro: tra questi, una menzione speciale va riservata ai Professori Luigi Balestra, Giuseppe Caia, Alfredo Moliterni e Giuseppe Piperata.

Un ulteriore pensiero va a chi ha variamente partecipato alla mia crescita accademica: al Professor Michele Caianiello, Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna; al Professor Andrea Morrone, Coordinatore del Dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche al tempo della mia frequentazione del XXXII Ciclo di Dottorato; ai Professori e colleghi amministrativisti dell'Università di Bologna e della SPISA, i quali mi scuseranno se, per ragioni di sintesi, non li posso singolarmente nominare. Tra questi ultimi, non posso però esimermi dal menzionare il Professor Tommaso Bonetti e soprattutto il Professor Marco Cammelli, al quale tutti dobbiamo molto, a partire dagli insegnamenti che ci destina con i suoi scritti e con le sue lezioni.

Rimane fermo che di ogni errore od omissione rimane unicamente responsabile l'autore di questa monografia.

PREMESSA

Che la materia degli appalti pubblici presenti non poche criticità è un dato oramai assunto a sistema nell'ordinamento italiano. La recente crisi legata alla pandemia da Covid-19 ha palesato in modo piuttosto emblematico difficoltà applicative strutturali[1], dipendenti da assetti domestici tradizionalmente caratterizzati da fenomeni di «ipertrofia normativa» non neutri sotto il profilo causale, perché anticipatori di quelle dinamiche patologiche recentemente compendiate nell'espressione «burocrazia normativa»[2]. Criticità, queste, sì ri-

[1] Cfr. A. Sandulli, *Il codice dei contratti pubblici tra resistenze nazionali e spinte europee*, in *Munus*, 2019, 3, p. 669 ss.; F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Catanzaro, Rubbettino, 2020; F. Cintioli, M. Mazzamuto, *Fabio Cintioli* versus *Marco Mazzamuto: riformare i contratti pubblici?*, in *Dir. econ.*, 2020, 3, p. 847 ss.

[2] Sulla «burocrazia normativa» e sulla «ipertrofia normativa» cfr. rispettivamente B.G. Mattarella, *Burocrazia «normativa»: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *Analisi giur. econ.*, 2020, 1, p. 75 ss., e T. Bonetti, *Ipertrofia normativa e azione amministrativa nel governo del territorio: alcune considerazioni*, in *Scienze regionali*, 2016, 1, p. 139 ss. Concetti, quelli, che si saldano attorno al grande tema dei successi e degli insuccessi delle riforme amministrative, su cui per tutti si v. F. Merusi, *L'"imbroglio" delle riforme amministrative*, Modena, Mucchi, 2016; S. Cassese, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1, p. 79 ss.; C. Franchini, *La riforma dell'amministrazione pubblica*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana: un profilo*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 187 ss., il quale ha correttamente avvertito del fatto che «l'odierna realtà amministrativa non consente più interventi complessivi, di tipo generale, sulla pubblica amministrazione […]: le amministrazioni sono divenute molto più numerose, eterogenee e in continuo mutamento, così da rendere neces-

levantissime, tanto sotto il profilo della competitività del Sistema Paese quanto in relazione alla sua "resilienza" dinanzi ai traumi dell'emergenza[3], ma superabili, se ed in quanto la sfida alla semplificazione della materia[4] sia organizzata nel senso indicato da Voltaire

---

sari interventi specifici e settoriali» (p. 193). Più in generale, sulla complessità del sistema delle fonti, specialmente nel diritto privato – ambito rilevante nell'economia di questo lavoro –, cfr. P. Grossi, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020, p. 83 ss.; Id., *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. 32 (2003)*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 25 ss., spec. 44 ss.; M. Trimarchi, *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, in M. Trimarchi, A. Federico, M. Astone, C. Ciraolo, A. La Spina, F. Rende, E. Fazio, S. Carabetta (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi, Messina 27-28 maggio 2016*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 27 ss.; L. Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 11 ss.; V. Scalisi, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 2, pt. I, p. 147 ss.; A. Falzea, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 201 ss.; Id., Drafting *legislativo e formazione delle regole giuridiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, pt. I, p. 579 ss., spec. 582, laddove, con efficace sintesi di un pensiero più ampiamente sviluppato in altri contributi, l'A. osserva che «[l]a complessità delle fonti […] ne ha reso necessarie la loro organizzazione e la sistematizzazione, senza le quali si sarebbe determinato – e, se non si provvede ad un costante aggiornamento, si determinerà inevitabilmente – la congestione normativa e con essa il caos e lo sconvolgimento dello stesso organismo sociale».

[3] Per F. Fracchia, *Coronavirus, dignità umana e contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2020, 3, p. 1559 ss., spec. 1565, «le operazioni oggetto di contrattazione non sono soltanto occasioni di competizione sul mercato, ma si configurano come investimenti nel tempo e per il futuro, in grado di rafforzare il valore della resilienza degli Stati (altro principio che sta emergendo in modo molto netto e che va declinato in termini non soltanto economici)».

[4] In tema rimangono sempre attuali le considerazioni critiche svolte da M. Occhiena, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Dir. econ.*, 2013, 2, p. 521 ss. Sebbene si tratti di una affermazione a valenza generale, per le politiche di semplificazione (che verranno) costituisce una sorta di *vademecum* il recente ed autorevole monito di G. Caia, *Interventi del legislatore in materia di semplificazioni amministrative e ripartenza (durante e) dopo l'emergenza sanitaria*, in T. Tessaro (a cura di), *Procedimento amministrativo, attività contrattuale, controlli e responsabilità dopo le conversioni del decreto "semplificazioni" e la legge di bilancio 2021*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021, p. 15 ss., spec. 16: «il carattere o modello della semplificazione deve divenire permanente, tenendo presente che la semplificazione amministrativa non è la mera accelerazione delle procedure e che i miglioramenti non si raggiungono con continui ritocchi e sovrapposizione di modifiche, ma solo con interventi organici e sistematici, che superino i formalismi ed egoismi amministrativi, anche in dimensione di sussidiarietà orizzontale (oltre che verticale)». A quest'ultimo riguardo, ossia ponendo l'attenzione alle connessio-

– «Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brûlez les vôtres, et faites-en de nouvelles»[5] –, come pure pare aver fatto il legislatore italiano disponendo da ultimo un, ancorché parziale e temporaneo (e per questo qui di regola pretermesso), ritorno alla dir. 2014/24/Ue[6].

Tutto ciò, peraltro, non esaurisce il ventaglio delle problematiche che interessano il settore. Ve ne è infatti un'altra, altrettanto risalente, e finanche maggiormente endemica, perché generata da assetti teorici fortemente radicati nella dogmatica, la cui soluzione non giace già sul piano esclusivamente normativo, quanto piuttosto ed anzitutto su quello interpretativo.

È alla frammentazione della vicenda contrattuale dell'appalto pubblico a cui si fa qui riferimento, ovvero a quella distinzione tra un prima ed un dopo patrocinata dal regime dell'alternanza (dei regimi giuridici applicabili e delle giurisdizioni "competenti") e ben sorretta dalla pregiudizievole dicotomia tra pubblico e privato.

Per non anticipare considerazioni che troveranno nel prosieguo la più adeguata collocazione, possono essere quantomeno premesse due delle linee di indirizzo che muovono la ricerca.

La prima, riprendendo quanto appena accennato, si colloca sul piano dello "stato delle cose": la vicenda dell'appalto pubblico riproduce in miniatura il conflitto fra i termini dicotomici "pubblico" e "privato"[7]. La seconda, invece, introduce la linea prospettica. Al cospetto dell'amministrazione pubblica, l'avvicendamento dell'una

---

ni tra il sistema dei contratti pubblici (specialmente nel settore delle grandi opere), le politiche di semplificazione e i profili delle competenze, si v. C. Franchini, *La realizzazione delle grandi opere tra centro e periferia*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 43 ss., laddove, tra i fattori di rallentamento e di paralisi nella realizzazione delle grandi opere, è annoverata la «forte conflittualità tra Stato e regioni», ossia una condizione implicante l'accentuazione della «complessità di una disciplina già di per sé caotica» (p. 45).

[5] Voltaire, *Oeuvres complètes de Voltaire*, *Dictionnaire philosophique*, XIX, Paris, 1818, 649.

[6] Cfr. il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. Sul punto, si v. G. Tropea, A. Giannelli, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una "semplificazione" in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus*, 2020, 1, p. 277 ss., e M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2020, 2, p. 1 ss.

[7] Così E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 11.

branca del diritto all'altra rimane soltanto una (talvolta, peraltro, ingiustificata) aspirazione[8]: d'altronde, come si è detto, «el Derecho Administrativo no es sólo Derecho Público, sino también, y en gran medida, Derecho Privado»[9].

Di tutta evidenza, la sintesi tra le due annotazioni fornisce già una prima direzione per lo studio: la pretesa divisione dicotomica tra un prima e un dopo, nell'ambito di una vicenda contrattuale che si assume essere unitaria, dovrebbe essere sconfessata non per soggettivo pregiudizio, quanto piuttosto in ragione di oggettivi riscontri teorici e pratici. Così, procedendo per generalizzazioni, sia qui sufficiente prendere atto di quanto affermato da Franco Ledda nei primi anni '80 del secolo scorso proprio in relazione alla (im)possibilità di «una preventiva e quasi geometrica delimitazione» del diritto pubblico e di quello privato nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione: «la sostanziale unitarietà della vicenda appare così manifesta da porre in forse la stessa possibilità di nette distinzioni»[10].

È bene avvertire che nelle pagine che seguono non verrà analizzato in una prospettiva più ampia il problema del senso e della fondatezza della dicotomia pubblico-privato. Eppure, sperando di non eccedere in indebite semplificazioni rispetto ad un argomento che è alquanto complesso, qualche (seppur minima) coordinata di sistema può qui utilmente essere fornita.

Il compito può essere adempiuto disubbidendo alla logica critico-ricognitiva delle sistematizzazioni concettuali che hanno seguito la nota formula ulpianea «publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim

---

[8] Cfr. M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 1, p. 169 ss.

[9] E. Schmidt-Assmann, *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*, in J. Barnes (a cura di), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla, Derecho Global, 2012, p. 27 ss., spec. 38. Per una autorevole lettura del problema, cfr. anche S. Martin-Retortillo, *El derecho civil en la genesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.

[10] F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, Giuffrè, 1982, p. 319 ss., spec. 335.

quaedam publice utilia, quaedam privatim»[11]. Se è consentito, è forse più utile e adeguato allo stile di una premessa introduttiva cercare di fissare alcune convinzioni muovendo dal confronto tra due fondamentali opere.

Vi è allora una prima premessa da assumere: accettare la dicotomia significa calare ogni istituto giuridico nell'ambito di una separazione che non ammette compromessi.

Per chiarire l'assunto si consideri il pensiero di Norberto Bobbio: la dicotomia diritto pubblico-diritto privato è «grande» perché è «totale» e «principale». Nel primo senso, perché ogni istituto è ad essa riconducibile; nel secondo, perché essa fa convergere a sé, risolve e fonda, tutte le altre dicotomie[12]. Il dato caratterizzante della dicotomia sta nel significato stesso del termine: bipartizione e separazione netta tra due elementi. L'assolutezza della distinzione in Bobbio è chiaramente espressa con l'espressione «*aut aut*», tramite la quale si intende affermare che un istituto può essere ricondotto all'uno o all'altro ambito, ma non ad entrambi[13]. Ma, ancor più incisivamente, la contrapposizione è giustificata dal carattere assorbente di uno dei due termini dicotomici, che si traduce nella loro rispettiva tendenza a «trasformarsi in classe universale». I movimenti del pubblico e del privato sono, infatti, reciprocamente escludenti, nel senso che all'estensione dell'uno non si realizza una sovrapposizione, ma piuttosto una degradazione dell'altro a «classe vuota»[14].

Per confutare la tesi da ultimo esposta, basterebbe richiamare la dottrina citata poc'anzi e l'immagine del pendolo da quella evocata al fine di rappresentare «l'ondularità del rapporto»[15]. In realtà, è proprio la prospettiva amministrativistica a porre in dubbio la logi-

---

[11] Cfr. *inter alia* S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964. Ampio ed esaustivo è anche lo studio di G. Alpa, *Dal diritto pubblico al diritto privato. Parte prima*, Modena, Mucchi, 2017.

[12] N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Edizioni di comunità, 1977, 145 ss.; Id., *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 1985, p. 3 ss.

[13] Id., *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 150.

[14] Ivi, pp. 147-148 e 154-158.

[15] M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, cit., p. 169. Sovviene, allora, la rappresentazione del diritto amministrativo siccome un diritto «collocato in modo equidistante tra pubblico e privato» offerta da L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001, pp. 345-346.

ca del ricordato «aut aut»; o, meglio, è forse proprio il diritto amministrativo a non potere essere calato nella dialettica dicotomica (nel *big divide*).

Difatti, riferire il discorso sulla grande dicotomia al diritto amministrativo imporrebbe di sciogliere un interrogativo: il diritto amministrativo appartiene all'area del diritto pubblico o a quella del diritto privato? Si può azzardare un sillogismo, che, come apparirà evidente, è fallace.

Premessa maggiore: il diritto pubblico è un termine di una relazione dicotomica in quanto contrapposto al diritto privato. Premessa minore: il diritto amministrativo è una branca del diritto pubblico. Conclusione: il diritto amministrativo è contrapposto al diritto privato.

Se la premessa maggiore, nei suoi termini generali, è già stata tratteggiata, può invece dirsi che sono errate tanto la premessa minore (la "piccola dicotomia") quanto la conclusione.

Gli studi di Sabino Cassese sulla formazione del diritto amministrativo forniscono utili spunti in tal senso, perché, se ben si è inteso, evidenziano un dato determinante. L'accentuata contrapposizione storica fra i sistemi a diritto amministrativo (in specie, quello francese) e i sistemi a diritto comune (in specie, quello inglese) – laddove con l'espressione "accentuata contrapposizione" non ci si riferisce qui solo ad un carattere originario della diversità dei modelli (l'essere accentuato), ma piuttosto e soprattutto ad un attributo della contrapposizione derivato dagli studi di Maurice Hauriou e Albert Venn Dicey (l'essere stato accentuato) – ha comportato una (falsa) identificazione del diritto amministrativo nel diritto pubblico e, per converso, del diritto comune nel diritto privato[16].

La progressiva presa d'atto sull'impossibilità di risolvere il diritto amministrativo secondo una logica aristotelica "di non contraddizione"[17]

---

[16] Così, S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010. Ma in tema si v. anche M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2019, e G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

[17] Cfr. A. Travi, *Il confronto fra diritto amministrativo e diritto privato: dal principio di non contraddizione alla logica dei colori*, in G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, Cedam, 2013, p. 377 ss., spec. 381-382.

non è una novità e perciò non deve stupire[18]. Ciò che al contrario stupisce, così ritornando al tema centrale dello studio qui proposto, è la persistente propensione a scomporre in modo dicotomico fasi e regimi della vicenda contrattuale secondo una predefinita e "schematica" cadenza che adombra questioni ben più determinanti: ad una fase pubblicistica di scelta del contraente segue il momento privatistico; al principio di funzionalizzazione della sequela procedimentale di scelta del contraente segue il principio di autonomia privata; ad un soggetto che agisce come "autorità" subentra una "normale" parte privata[19]; alla giurisdizione del giudice amministrativo segue (ma, come si vedrà, in modo frastagliato) quella del giudice ordinario.

Lo studio qui proposto muovendo da queste premesse intende allora rivalutare l'unitarietà interna (alle fasi, secondo una prospettiva che valorizza l'efficacia negoziale del potere amministrativo e che, quindi, dà conto della compenetrazione tra pubblico e privato) e l'unitarietà esterna (tra le fasi, secondo la prospettiva del collegamento funzionale) della vicenda contrattuale dell'appalto pubblico.

Ricostruita l'unitarietà sostanziale della vicenda, ci si inter-

---

[18] G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003. Di recente, sulle dinamiche del rapporto pubblico-privato, cfr. B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020. Non si può peraltro che convenire con A. Pajno, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 3, p. 555 ss., spec. 557, laddove afferma che «la coppia pubblico-privato, piuttosto che come una dicotomia necessariamente antagonista, sembra invece debba essere letta come idonea ad evidenziare un rapporto dialettico che, pur destinato ad attribuire nel tempo un valore diverso a ciascuno dei suoi elementi, appare tuttavia tendenzialmente costante, configurandosi per tale ragione come un elemento in qualche modo *strutturale* dello stesso diritto amministrativo». Sullo sfondo delle dinamiche contrattuali della pubblica amministrazione, una recente riconsiderazione del problema della dicotomia pubblico-privato è offerta da B. Manfredonia, *I contratti con la pubblica amministrazione. Interessi, funzioni, interpretazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 13 ss.

[19] Così sottovalutando le implicazioni dell'insegnamento di chi ha affermato che «[i]l testo costituzionale non conosce un'amministrazione di diritto pubblico e una di diritto privato, mentre invece assume l'amministrazione come fenomeno unitario e come tale lo tipicizza» (C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 109). Per U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, p. 155, nt. 249, «non sembra che possa distinguersi nettamente, se si parte dalle giuste preoccupazioni sostanziali, l'amministrazione autoritaria dalla non autoritaria e fin dalla privatistica».

rogherà poi sulla possibilità di attribuire la materia unitariamente compresa al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, così da inverare quel modello di concentrazione delle tutele (tipico di alcune esperienze estere) che nel nostro ordinamento è stato quantomeno correttamente auspicato[20] (*infra* cap. V).

Tutto ciò, peraltro, non è ancora del tutto soddisfacente. A rimanere sullo sfondo di quanto si è sin qui anticipato è, infatti, il punto di partenza, ciò che detterà la trama del discorso.

Nella consapevolezza che mischiare i diritti «è un po' come mischiare l'acqua con l'olio» e il risultato può essere «disarmonico», si deve avvertire che nella vicenda contrattuale dell'appalto non emerge necessariamente un problema di «ibridazione», ma di "fisiologica compresenza" di forme e caratteri propri del diritto pubblico e di quello privato[21]: e allora se nella *ibridazione* i principi sono «spesso in conflitto fra loro»[22], nella *compresenza* è proprio dai principi che si deve ripartire. Ma non da "tutti", bensì da quello che, del tutto curiosamente, rimane pretermesso nell'art. 30, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, laddove il grande assente è il principio di funzionalizzazione[23], che certo riecheggia nel rinvio fatto alla l. 7 agosto 1990,

---

[20] Si v. M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 3, p. 666 ss., spec. 680 ss.

[21] Per G. De Giorgi Cezzi, *Perseo e Medusa: il giudice ordinario al cospetto del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4, p. 1023 ss., spec. 1037-1038, le più recenti interpretazioni superano la partizione pubblico-privato, opponendo «alla logica *aut-aut* […] quella del *vel*, propria della fase attuale che vive il nostro ordinamento, ispirata alla logica della convivenza, col conseguente abbandono della prevalenza netta del diritto pubblico su quello privato, non più assorbito dal primo ma neppure capace di assorbirle totalmente, con singolare inversione rispetto al passato». Sulle dinamiche della «coesistenza tra diritto amministrativo e diritto comune», si v. M. D'Alberti, *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987, p. 433 ss.

[22] M. Dugato, *La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Ist. fed. Quad.*, 2011, 2, p. 5 ss., spec. 9.

[23] Aspetto, questo, sintomatico di un certo smarrimento in merito alle finalità della vicenda contrattuale, la cui buona riuscita è spesse volte esaurita nella correttezza della dinamica concorrenziale: ha quindi ragione Fabio Cintioli quando reclama che «la finalità di interesse pubblico di realizzare gli appalti [dovrebbe essere] scritta a chiare lettere nel codice come principale finalità del settore» (F. Cintioli,

n. 241, ma che rimane comunque oscurato a dispetto dell'esplicita menzione di altri principi pur già contemplati dall'art. 1 della legge generale sul procedimento.

Non per questa ragione, però, il principio di funzionalizzazione può qui essere assunto a premessa dello studio. Là dove la riflessione dottrinale ha conseguito ampi e importanti risultati teorici – *inter alia*[24], la compatibilità di certuni contratti con la natura dell'ente[25], la sostituibilità di un procedimento privatistico ad uno pubblicistico[26], la de-compressione della capacità giuridica di diritto privato della pubblica amministrazione[27], l'estensione del principio di lega-

---

M. Mazzamuto, *Fabio Cintioli* versus *Marco Mazzamuto: riformare i contratti pubblici?*, cit., p. 854).

[24] Per una approfondita e aggiornata analisi dell'evoluzione della contrattualistica della pubblica amministrazione si v. l'ampio lavoro monografico di A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016. Oltre a quanto sarà richiamato nel prosieguo, in materia rimane imprescindibile il rinvio agli studi di R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012; A. Massera, *I contratti*, in *Diritto amministrativo generale*, II, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1547 ss.; G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986; M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981; A. Bardusco, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozio di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1974; F. Ledda, *Il problema dei contratti nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1965, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, p. 3 ss.; A. Carullo, *Appalti pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 79 ss.; O. Sepe, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 986 ss.; G. Roehrssen, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1959.

[25] C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, Cya, 1954 (ristampa varitipica dell'edizione del 1937).

[26] A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 455 ss., ora anche in Id., *Scritti giuridici 1931-1939*, I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 272 ss.

[27] S.A. Romano, *L'attività privata degli enti pubblici. Problemi generali. La capacità giuridica privata*, Milano, Giuffrè, 1979; G. Pericu, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione I: Le ipotesi ricostruttive. I modelli giuridici dell'attività consensuale*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, *Parte speciale e giustizia amministrativa*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 283 ss., spec. 292 ss.

lità-indirizzo all'attività privatistica dell'amministrazione[28], la valorizzazione della atipicità nella contrattualistica pubblica[29] – l'uso che qui si farà di quel principio è più modesto, ma non per questo meno vantaggioso. Ragione e vantaggio, nell'appello al principio di funzionalizzazione, si saldano nella visione di insieme che un tale principio abilita, in accordo con la massima secondo cui «l'attività amministrativa è andata perdendo il suo connotato tradizionale […] di essere esercizio di poteri (autoritativi), mentre è andata assumendo sempre più chiaramente la fisionomia di attività diretta al conseguimento di interessi pubblici»[30]. È quindi alla luce dell'interesse pubblico e del vincolo teleologico da questo posto che la vicenda contrattuale può essere guardata nella sua unitarietà[31], quale luogo in cui trova progressivo svolgimento una attività amministrativa altrettanto unitaria, unitaria essendo la sua direzione finalistica.

Ciò posto, a dispetto dell'imbarazzo del dover trovare il corretto bilanciamento tra due tensioni, quella di anticipare e quella di sottacere alcuni argomenti, per rompere ogni indugio è conveniente esplicitare da subito un convincimento: interrogarsi sulla funzionalizzazione nei contratti di appalto non significa discorrere solo di un problema applicativo, ma anche e soprattutto di un problema di interconnessioni tra materie entro la disciplina amministrativistica unitariamente compresa[32].

---

[28] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., *passim*.

[29] M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, e R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006.

[30] F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 75 ss., spec. 89.

[31] Utilmente, si può sin d'ora anticipare quanto affermato da G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 2015, 6, p. 1 ss., spec. 27: «la negoziazione più che un insieme di figure ideal-tipiche da qualificare e classificare secondo la nota visione bipolare che è alla base della fortunata teoria dell'evidenza pubblica, appare un'operazione economica unitaria e complessa da analizzare, soprattutto, avendo di mira la trama sostanziale che funge da connessione dei suoi snodi procedurali».

[32] Sullo sfondo, quindi, l'idea che le logiche e le dinamiche che attraversano il diritto amministrativo in genere possano orientare anche la lettura e la comprensione delle partizioni speciali della materia. Questo profilo, avendo riguardo all'azione contrattuale della pubblica amministrazione, è stato ben evidenziato da

È su questo piano che si giustifica uno studio strumentale e introduttivo sul principio di funzionalizzazione e sui suoi contorni nel farsi della operazione amministrativa[33]. Difatti, in una prospettiva di comparazione tra ordinamenti – l'ordinamento generale del diritto amministrativo, da un lato, e l'ordinamento settoriale degli appalti pubblici, dall'altro – gli aggiornamenti e gli svolgimenti interpretativi del primo (in sintesi: dall'interesse pubblico in astratto all'interesse pubblico definito in concreto secondo dinamiche graduali e partecipate, *infra* cap. I), possono fornire per il secondo utili strumenti argomentativi al fine di comprenderne anzitutto le variazioni e, quindi, i possibili sviluppi interpretativi e normativi (*infra* cap. II).

Un discorso così orientato, peraltro, espone ad una prima critica. Si ha, infatti, che, a fronte dell'obiettivo di superare le tradizionali polarizzazioni tra pubblico e privato, l'argomentazione muove purtuttavia da istituti propri del diritto amministrativo. Due sono, però, le ragioni che consentono di superare l'ostacolo. L'una è che, come si è anticipato sopra, nel diritto amministrativo "pubblico" e

---

F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, V, M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 375 ss., spec. 375-376. Più in generale, sulle variazioni del diritto amministrativo, è opportuno il rinvio a G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2020; L. Torchia, S. Cassese, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2018; S. Cassese, *Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, Bononia University Press, 2018, p. 3 ss.; V. Cerulli Irelli (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione. Atti del Convegno tra giovani studiosi tenutosi alla Sapienza il 2 febbraio 2017*, Napoli, Jovene, 2018; L. Torchia (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Bologna, il Mulino, 2017; M. Cammelli, *La pubblica amministrazione: come è cambiata ai tempi della spending review*, Bologna, il Mulino, 2014; S. Vinti, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, Giappichelli, 2014; S. Cassese, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 4, p. 901 ss. Poiché lo studio, specialmente nella seconda parte del lavoro, lambirà anche temi di diritto privato, per una nitida analisi delle relative variazioni si v., di recente, L. Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., *passim*; C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015; A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, il Mulino, 2020.

[33] Sul significato di operazione amministrativa si v. *infra* nt. 163, cap. I.

"privato" convivono[34] e questa convivenza è informata da principi che, anche laddove se ne volesse dichiarare l'*origine particolare (pubblicistica)*, oggi rappresentano (nel diritto amministrativo) valori neutri, forieri non più di assidue distinzioni ma piuttosto di valide ricomposizioni entro la medesima materia[35]. L'altra è che proprio nella riflessione sulle variazioni che hanno interessato la funzionalizzazione e gli elementi che nel suo perimetro risiedono sta la matrice della funzione creativa del procedimento, della natura sostanzialmente collaborativa della partecipazione e con ciò, e del tutto curiosamente, dell'attrazione di regole, principi e nomenclature di *origine particolare (privatistica)* in luoghi prima stretti dalle maglie delle logiche pubblicistiche (*infra* cap. III)[36].

---

[34] In tema si v. l'ampio lavoro di G. Piperata, *La scienza del diritto amministrativo e il diritto privato*, in L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 167 ss.

[35] G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 217, osserva che «non raramente […] dalla affermazione per sé non dubbia, che l'azione amministrativa è (*deve essere*) *sempre* rivolta al miglior soddisfacimento del pubblico interesse, a prescindere dalla natura pubblicistica o privatistica degli strumenti giuridici impiegati, si è fatto discendere l'ulteriore corollario che, perciò, il riferimento al pubblico interesse non ha alcun rilievo nel discriminare gli ambiti di azione pubblicistica dagli ambiti di azione privatistica dell'amministrazione». D'altronde, A. Massera, *Principi procedimentali*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 331 ss., spec. 392-393, rileva che esiste un «corpo di principi e clausole generali […] comune tra diritto pubblico e diritto privato […] in grado di assistere la prospettiva dell'integrazione tra le fasi della vicenda contrattuale […] secondo la dimensione unitaria della operazione economica».

[36] Ma vale la pena di avvertire sin d'ora che – come autorevolmente affermato da A. Romano, *Introduzione*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 1 ss., spec. 7 – l'«inquadramento delle amministrazioni, nei loro profili soggettivo, oggettivo, e funzionale, e formale, nell'ordinamento generale» dovrebbe già di per sé produrre una conseguenza di grande importanza: «esso consente di sottoporle a principi che pur essendo formulati prevalentemente in testi legislativi di diritto privato, ed elaborati dalla grande cultura privatistica, viceversa, a ben guardare, sembrano avere una valenza generale. Per esempio, le fonti delle obbligazioni; i principi di buona fede, di correttezza, di affidamento […]. Tendenzialmente, almeno, le amministrazioni sono assoggettate a tutti quei principi dell'ordinamento, che più ancora che essere per esso generali, lo rendono coeso, e ne fanno un sistema».

Così avviato lo studio, è opportuno chiarire sin d'ora cosa si intenda per funzionalizzazione al di là della materia dei contratti della pubblica amministrazione. Per farlo è sufficiente, data la storicità del tema, rifarsi alla dottrina che più se ne è occupata; ma, poiché quella è amplissima e le affermazioni sono spesse volte incidentali, la selezione degli apporti dottrinali che si è operata non potrà che risultare, forse e non a torto, inappagante. Non che con una *excusatio non petita* si possa giustificare l'insufficienza di una ricostruzione, ma è proprio questo il punto: non di ricostruzione si tratta, perché scopo del primo Capitolo di questo lavoro non sarà quello di analizzare la funzionalizzazione in sé, ma quello ben più modesto di gettarne le basi al fine di studiarne la rilevanza e il modo di essere nella vicenda contrattuale dell'appalto pubblico.

Capitolo I

IL PRINCIPIO DI FUNZIONALIZZAZIONE, TRA INTERESSI PUBBLICI DATI IN ASTRATTO E INTERESSI PUBBLICI DEFINITI IN CONCRETO

Sommario: 1. La funzionalizzazione nell'accezione tradizionale. – 2. Le crisi dell'interesse pubblico: dalla perdita del valore ordinante dell'interesse pubblico generale all'insufficienza della legge nell'individuazione dell'interesse pubblico specifico. – 2.1. L'interesse pubblico specifico: un fine "dato" ma in cerca di precisazioni. – 2.2. L'interesse pubblico in concreto e la funzionalizzazione nel prisma dell'amministrazione di risultato. – 3. La funzione collaborativa della partecipazione nella definizione dell'interesse pubblico in concreto. – 3.1. La partecipazione collaborativa nei procedimenti amministrativi generali. – 4. Osservazioni di sintesi e digressioni. La funzionalizzazione temperata e il valore "causale" dell'interesse pubblico primario, al di là della sua indefinitezza: il caso dello sviluppo sostenibile. – 5. Accostamento al Capitolo II: precisazioni minime e rinvii.

1. *La funzionalizzazione nell'accezione tradizionale*

Nella consapevolezza della moltitudine di prospettive attraverso le quali è possibile analizzare il principio di funzionalizzazione dell'attività amministrativa, ed in forza dei limiti anticipati in Premessa, la riflessione qui proposta, scontando certo una partenza non del tutto avvincente, può ragionevolmente essere avviata premettendo ciò che qui rimarrà sottaciuto. Onde evitare di offrire per questa via una seconda premessa, in estrema sintesi si può dire che la trattazione del tema prescinderà dall'apprezzamento delle componenti, per così dire, più storiografiche del principio di legalità: insomma,

sono l'origine e le ragioni costitutive di quel principio a dover essere date per scontate[1]; ed è la volontà di evitare che lo studio si risolva in una analisi solipsistica delle singole manifestazioni del "problema" a guidare la scelta.

Precisazione, questa, che suggerisce altresì di non indugiare su di un secondo dato altrettanto noto, e cioè che la legalità di cui si va trattando – si perdonerà ogni mancato indugio sul suo fondamento costituzionale[2] e sulle sue possibili classificazioni[3] – è scis-

[1] D'altronde, scontata e riduttiva apparirà l'affermazione secondo cui è attraverso il principio di legalità che lo Stato di diritto trova realizzazione, sì da inverare una decisa frattura rispetto alle tradizioni precedenti contrassegnate dalle forme dello Stato sotto la forza (lo Stato assoluto del XVII secolo) e dello Stato sotto il regime di polizia (l'Assolutismo illuminato del XVIII secolo): come è stato efficacemente affermato, l'espressione "Stato di diritto" indica assieme un valore e una direzione, consistenti, da un lato, nella soppressione dell'arbitrio del potere statuale e, dall'altro lato, nella revisione del rapporto tra potere e diritto, canonizzata dalla nota formula *lex facit regem* (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 20). Per una annotazione critica circa il valore normativo attribuito alle espressioni "Stato di diritto" e "Stato sociale", queste assolvendo solo ad una funzione descrittiva dei caratteri dello Stato odierno, cfr. M.S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Il politico*, 1977, 2, p. 205 ss., ora in Id., *Scritti*, VII, Milano, Giuffrè, 2005, p. 89 ss. La bibliografia in tema è peraltro sconfinata: sia quindi sufficiente il rinvio a R. Bin, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, il Mulino, 2017, nonché a I. Kant, *Lo Stato di diritto*, Roma, Editori Riuniti, 1973.

[2] Cfr. S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 659 ss.

[3] Sul presupposto che il principio di legalità attiene ad una «relazione tra un atto e la norma o l'insieme delle norme che lo disciplinano» e quindi riguarda un problema di «conformità», R. Guastini, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, p. 84 ss., spec. 86 ss., evidenzia tre significati del principio di legalità – questo potendo essere inteso in senso «debolissimo», «debole» o «forte» – a cui corrispondono rispettivamente i principi di "mera compatibilità con la legge" (o di «preferenza della legge»), di legalità in senso formale e di legalità in senso sostanziale. Esclude che la preferenza di legge possa essere correttamente ricompresa fra le accezioni del principio di legalità G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2, p. 247 ss., spec. 262-263, secondo il quale nel «principio di legalità vi è comunque un minimo, nel senso che se questo minimo non viene rispettato, non esiste più il principio di legalità […]. Questo minimo sta nella regola […] secondo cui ogni potere giuridico deve essere previsto da una previa legge». Sul punto, cfr. anche S. Parisi, *La gerarchia delle fonti. Ascesa declino mutazioni*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 144-145, nt. 23. Oltre a quanto citato in seguito, sul principio di legalità rimane imprescindibile il rinvio a A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 1, p. 91 ss. (è nota, peraltro, la critica mossa da S. Cassese, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della*

sa nelle due partizioni della legalità-garanzia e della legalità-indirizzo, esprimenti altrettanti concetti «coesistenti e reciprocamente compatibili»[4], l'uno presidiato dai canoni della tipicità e della nominatività, l'altro, per l'appunto, dal principio di funzionalizzazione[5].

Se in questa sede non serve interrogarsi sulle sorti del primo, invero sottoposto ad ampia revisione sotto il profilo della sua rigidità[6] e finanche della sua utilità[7], maggiore e assorbente attenzione sarà dedicata al secondo, avendo particolare riguardo alle sue (attuali e/o potenziali) evoluzioni[8].

Ebbene, per quanto qui interessa deve dirsi che, a partire dalla nascita dello Stato di diritto, il fine a cui è preordinata l'attività degli enti pubblici diviene oggetto di una determinazione non più autono-

---

Rivista Diritto Pubblico, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 3, p. 789 ss., spec. 794 ss.) ed a G. Morbidelli, *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa (con particolare riguardo alla disciplina dell'abuso d'ufficio)*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, Jovene, 1999, p. 1017 ss.

[4] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 4.

[5] M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., p. 81. Sul principio di tipicità, anche per la bibliografia lì citata, cfr. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 21 ss.

[6] Per M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1993, p. 87 ss., la concezione rigida del principio di legalità – sulla cui «autentica vigenza» l'A. esprime alcune perplessità (p. 88) – è stata superata, essendo mutato il valore del principio che «oggi più che una regola del contenuto dell'attività amministrativa è una regola di limite, che si inserisce nella dialettica dell'autorità e della libertà» (p. 89). Nello stesso senso cfr. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, p. 442, il quale rileva un marcato avvicinamento tra le posizioni assunte dinanzi alla legge dall'amministrazione e dal privato: «l'amministrazione, dunque, non sta alla legge in un modo diverso da quello del cittadino. Sottoposti ambedue alla legge, dipenderà, poi, caso per caso, da essa se il privato o la pubblica amministrazione saranno più regolati».

[7] F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969, secondo cui il principio di legalità «in senso rigoroso» non solo «è attaccato e minacciato» (p. 10), ma il principio stesso «è divenuto, si può dire, inutile», perché avvicendato dal principio costituzionale della tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione (art. 113 Cost.): «non perché vige il principio di legalità, insomma, c'è tutela, ma questa è data, perché c'è la Costituzione» (p. 12).

[8] In generale, sulla crisi del principio di legalità – di recente ben sintetizzata nei suoi sviluppi da P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 73-137 – si v. F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2007, nonché Id., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012.

ma dell'amministrazione (ancorché inscritta nel perimetro astrattamente segnato dal «*bonum commune*»[9]), ma eteronoma, perché rimessa alla predeterminazione del potere legislativo[10].

Che la legge si ponga come luogo di indirizzo dell'attività amministrativa rispetto allo scopo da perseguire – e che quindi la legge sia qualcosa di più della sola garanzia richiesta e imposta dalla classe borghese – è affermazione che nell'ordinamento italiano fonda saldamente le proprie radici, come comunemente riconosciuto[11], nell'orientamento inaugurato da Guido Zanobini[12]; ed anzi si è detto che è «a partire da Zanobini» che la dottrina prevalente ha sostenuto «che l'amministrazione sia disciplinata dalla legge anche negli scopi che persegue»[13].

L'affermazione va però chiarita. Non v'è dubbio, infatti, che già nell'elaborazione di Vittorio Emanuele Orlando, di Federico Cammeo, di Santi Romano e di Oreste Ranelletti, l'aspetto finalistico fosse uno (se non il) tratto caratteristico della funzione amministra-

---

[9] Come osservato da R. De Mattei, *Assolutismo*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 917 ss., spec. 918, «nel dottrinarismo di secoli quali il XVI e il XVII caratterizzati dal pratico affermarsi del regime autocratico, per distinguere il regime assoluto da quello tirannico ci si riferirà al raggiungimento di quel *bonum commune* che si consegue con la prima forma di governo, a differenza della seconda, che perseguirebbe i fini privati dell'appetito del reggitore. Essere sciolto dalle leggi, infatti, non implicherà esser privo della ragione moderatrice prescritta da Aristotele quale essenziale titolo giustificativo dell'assoluta preminenza».

[10] Altrimenti a dirsi, l'amministrazione è «una entità necessariamente eterodiretta, che non sta da sé e di per sé» (C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 18). Cfr. anche M. Nigro, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, Cedam, 1972, p. 1125 ss., spec. 1139-1140.

[11] Cfr. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 46, nt. 56; S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 441; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 100, nt. 96.

[12] G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, 281 ss., ora in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 203 ss. Nel prosieguo, le pagine del contributo saranno citate facendo riferimento a quelle della versione ora pubblicata negli «*Scritti vari di diritto pubblico*». Dello stesso A., per considerazioni analoghe, si v. anche *Amministrazione pubblica. Nozione e caratteri generali*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 233 ss.

[13] U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 153, nt. 241.

tiva, intesa per l'appunto come cura degli interessi pubblici[14]. Come è stato ricordato, infatti, la Scuola italiana di diritto pubblico[15] si reggeva «su di un solido concetto»[16], ovvero sull'affermazione orlandiana della rilevanza giuridica dei fini: d'altronde, la scienza del diritto amministrativo era per l'appunto definita come il «sistema di quei principi giuridici che regolano l'attività dello Stato pel raggiungimento dei suoi fini»[17].

Insomma, il carattere teleologico tanto dell'ente pubblico quanto del singolo atto o, meglio, della singola attività non è mai stato realmente ignorato. D'altra parte, se nello Stato di diritto è principio irretrattabile quello della sottoposizione dell'amministrazione al diritto, allora della derivazione legislativa dello scopo non si è mai potuto realmente dubitare, come dimostrato peraltro dalla elaborazione dello sviamento di potere quale primogenita manifestazione del vizio dell'eccesso di potere[18].

---

[14] M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 11-12.

[15] Imprescindibile è il rinvio a A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, spec. p. 49 ss.

[16] A. Cioffi, *Due problemi fondamentali della legittimità amministrativa (a proposito di Santi Romano e di M.S. Giannini)*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, p. 601 ss., spec. 605.

[17] V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, G. Barbera, 1891, p. 17.

[18] M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 3 ss., spec. 25: «lo stesso sviluppo, nell'ambito dell'eccesso di potere, del cd. *détournement*, ossia lo sviamento dell'interesse pubblico, presuppone implicitamente l'esistenza dell'attribuzione giuridica dei fini, dai quali appunto illegittimamente ci si distoglie». Per un'ampia analisi dell'eccesso di potere, anche in chiave storica, cfr., tra i tanti, A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, Lapi, 1900, p. 251 ss.; P. Gasparri, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 124 ss.; G. Sacchi Morsiani, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, App. III, Torino, Utet, 1982, p. 219 ss.; O. Abbamonte, *L'eccesso di potere. Origine giurisprudenziale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 1, p. 68 ss.; F.G. Scoca, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in L. Mazzarolli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1990, p. 171 ss.; E. Cardi, S. Cognetti, *Eccesso di potere (atto amministrativo – teoria generale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, p. 341 ss.; S. Torricelli, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*,

Si prendano allora *I principii di diritto amministrativo italiano* di Santi Romano. Lì vi è anzitutto la chiara affermazione della connotazione teleologica delle persone giuridiche: «fondamento di ogni personificazione in sostanza altro non è che lo scopo che l'ente personificato si propone»[19]. Non solo. Vi è anche che la funzione amministrativa è intesa alla stregua della «attività concreta con cui lo Stato prosegue i propri interessi, in obbedienza o nei limiti del diritto precedentemente o contemporaneamente stabilito»[20]. Non vi è peraltro nulla di generico in quello scopo (*i.e.* non si tratta dell'uti-

---

Torino, Giappichelli, 2018, p. 1 ss.; B. Sordi, *Il controllo della discrezionalità nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. Qualche spunto per uno studio storico-comparativo*, ivi, p. 31 ss.; A. Police, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, ivi, p. 41 ss. Sulle «tre diverse spinte» verso la convergenza dei modelli di controllo dell'attività amministrativa, la prima delle quali è stata per l'appunto rappresentata dal *détournement de pouvoir* elaborato dal *Conseil d'Etat* (su cui si v. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, I, Parigi, Berger-Levrault, 1896, p. 394 ss. e R. Vidal, *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, in *Revue de droit public*, 1952, p. 275 ss.), cfr. A. Sandulli, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 2, p. 329 ss., spec. 332 ss. Per una analisi critica e di confronto tra l'eccesso di potere e le clausole generali, si v. C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008; Id., *Eccesso di potere e clausole generali*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, cit., p. 63 ss.; G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012. Sul diverso tema dell'eccesso di potere giurisdizionale si v. G. Zanobini, *Eccesso di potere e violazione di legge*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1927, II, p. 570 ss., nonché F. Carnellutti, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 33 ss., i quali rispettivamente negano e affermano che l'eccesso di potere del giudice sia riconducibile ad una particolare ipotesi di violazione di legge. Più di recente sul tema, cfr. G. Caia, *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.). Relazione in occasione delle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa dell'Università di Siena. "La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi", Castello di Modanella-Siena. 19-20 maggio 2017*, accessibile dall'indirizzo web *www.spisa.unibo.it*.

[19] S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libraria, 1906, p. 38. La relazione di preesistenza tra scopo ed ente, atta a individuare nel primo l'essenza stessa del secondo, è salda anche nel pensiero di A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Athenaeum, 1917, p. 161, e di C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 6, per il quale «l'ente per essere persona deve avere uno scopo, ovvero una sfera di interessi suoi propri».

[20] S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., pp. 1-2.

le pubblico): la funzione amministrativa è cura di interessi statuali «molteplici»[21] e specifici che pongono un vincolo di corrispondenza tra la pronuncia dell'amministrazione «ed il fine per cui si è dato all'autorità il potere»[22].

Basterebbero le notazioni che precedono per evidenziare l'eccessiva enfasi con cui sovente si attribuisce a Guido Zanobini la teorizzazione della predeterminazione legale degli interessi pubblici specifici. Eppure, a ciò non ci si può limitare.

E tanto non si può fare perché nella corrente trasposizione del pensiero degli Autori di inizio del secolo scorso si annidano non poche insidie.

Vi è, ad esempio, una celebre massima contenuta nel *Corso di diritto amministrativo* di Federico Cammeo che spesse volte viene citata come segue: «basta un interesse pubblico […] anche minimo a dar causa all'atto: il più o il meno dell'interesse stesso è questione di opportunità, non di legittimità». A leggersi la massima parrebbe potersi sostenere che per Cammeo per dar causa all'atto fosse sufficiente un *generico* interesse pubblico. All'opposto, è vero il contrario, perché dietro a quei punti di sospensione si cela l'espressione «(di quel tipo)»[23]. In Cammeo, pertanto, non vi era alcuna generalizzazione del momento teleologico: non bastava un qualunque interesse, ma un interesse «di quel tipo» ovvero un interesse pubblico specifico. Difatti, è lo stesso Cammeo a chiarire che la causa dell'atto amministrativo non sta solo «nell'utile pubblico, ma anche in un tipo speciale di tale utile, proprio della sua natura e della legge presieduta nel concedere all'amministrazione la possibilità di emanare quel dato atto (causa tipica)»[24].

Utili considerazioni possono poi essere tratte dalle opere di Ranelletti.

Tanto ne *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, quanto nei *Principii di diritto amministrativo* e nel *Diritto pubblico e privato nell'ordinamento giuridico italiano* non mancano riferimenti allo scopo,

---

[21] Ivi, p. 3.

[22] Ivi, p. 57.

[23] F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, La Litotipo, 1914, p. 1291.

[24] Ivi, pp. 1290-1291.

ed anzi è proprio attorno a quello che Ranelletti giustifica l'esistenza e la natura pubblica dello Stato – e quindi degli altri enti minori che al primo sono legati da un «collegamento organico» –, nonché del suo potere e dei suoi atti[25].

Sennonché, lo scopo a cui lì si fa primariamente riferimento è una entità generica e generale, consistente nel fine di «soddisfare gli interessi collettivi del popolo, vuoi di conservazione, vuoi di benessere e di prosperità»[26]. Specialmente nelle prime due opere citate, forte della necessità di giustificare il valore assorbente dello Stato, Ranelletti pone primariamente la sua attenzione su di uno scopo pubblico ancora generale, che è sintesi dei bisogni del popolo e che, con una traslazione, è imputato in capo a quella unità «formale», «di scopo», insomma «teleologica»[27], che è lo Stato[28]. Eppure, ancorché adombrata dal rilievo accordato agli interessi collettivi in genere[29], anche in quelle opere non sfugge l'articolazione, la specificità, della «serie dei fini» («variabile e varia»)[30] che

---

[25] Il che peraltro consiglia di indugiare su di un profilo spesse volte obliterato. È vero che per Ranelletti «tutto il concetto di pubblico […] si appunta e si concentra nello Stato», ma la matrice, il referente ultimo, è comunque lo scopo pubblico: «il perché adunque della natura giuridica pubblica dello Stato, e quindi delle altre persone giuridiche pubbliche minori, sta in questo scopo che *ne forma la destinazione*, di provvedere agli interessi generali della società» (così, O. Ranelletti, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, p. 337 ss., spec. 351 e 353, ora anche in Id., *Scritti giuridici scelti*, I, *Lo Stato*, Napoli, Jovene, 1992, p. 251 ss.).

[26] Ivi, p. 353.

[27] O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Luigi Pierro, 1912, p. 132.

[28] Come noto, lo Stato è lì rappresentato come entità «subiettiva, astratta» (ivi, p. 131) e non già come una finzione: «la sua personalità non è una finzione, ma solo un'astrazione […]. Dietro la finzione non esiste nulla di reale: sotto la personalità dello Stato, invece, vi è la realtà della pluralità degl'individui collegati ed ordinati per i loro scopi comuni e collettivi» (p. 140).

[29] Per tutti si v. ivi, p. 267, laddove l'amministrazione in senso materiale è definita come quella attività «che ha per compito di *provvedere ai bisogni* sia dello Stato, come unità a sé, sia del popolo, cioè in genere soddisfare gl'interessi collettivi, che rientrano tra i fini dello Stato»; nonché, si v. ivi, p. 350, ove si afferma che l'attività amministrativa «è determinata e si dirige sempre immediatamente alla soddisfazione di interessi collettivi; l'azione amministrativa, come attuazione della medesima, ha sempre per fine diretto e immediato, e quindi come *causa* la soddisfazione di questi interessi».

[30] O. Ranelletti, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, cit., p. 354.

lo Stato, con la partecipazione del momento democratico[31], si propone di raggiungere.

Più precisamente, può dirsi che in Ranelletti la distinzione tra lo scopo pubblico generale e quello "amministrativo" legalmente prestabilito vi è e segue in parte quella tra «scopo *finale*» e «scopo *immediato*». Il primo rappresenta quell'interesse pubblico generale di cui si è detto poc'anzi: è la destinazione dello Stato alla «soddisfazione dell'interesse generale della collettività sociale, cioè del popolo in esso organizzato»[32]. Il secondo, invece, pone in relazione ogni attività pubblica (sia essa amministrativa, legislativa o giurisdizionale[33]) con un elemento teleologico più specifico, che per l'amministrazione è quello di «soddisfare il bisogno collettivo», si badi, «cui la norma giuridica voleva provvedere, *secondo* la norma stessa»[34]. L'amministrazione ha pertanto un obbligo giuridico legalmente prestabilito nella sua componente teleologica: quello di «agire nello e per lo interesse pubblico, quell'interesse che riguarda ed è proprio della materia, in cui, nel caso di cui si tratta, essa esplica la sua attività»[35].

Ora, il nodo fondamentale che si vorrebbe fare emergere attraverso questa breve analisi dei testi della dottrina sin qui considerata è che l'interesse pubblico specifico legalmente prestabilito è nozione certamente retrodatabile rispetto alla trattazione zanobiniana: è l'esigenza di prevenire un fraintendimento (v. *infra*) che ha ispirato questa precisazione. Insomma, ne *L'attività amministrativa e la leg-*

---

[31] Si consideri, infatti, che Ranelletti non ignora il momento democratico nella determinazione dei fini dello Stato: «se pensiamo che lo Stato moderno è il popolo stesso tutto intero, politicamente organizzato sopra un territorio, e che l'interesse generale di questo popolo esso deve curare, potremmo anche affermare che dalle esigenze e bisogni generali di questo popolo quei fini devono essere determinati, quindi dalla maggioranza almeno dei cittadini» (*ibidem*).

[32] O. Ranelletti, *Diritto pubblico e privato nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1941, 1, p. 26 ss., spec. 27, ora anche in Id., *Scritti giuridici scelti*, cit., p. 527 ss.

[33] Cfr. Id., *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 267, nt. indicata con il simbolo *, laddove, al fine di correggere la «non […] sufficiente» formula orlandiana per cui l'amministrazione è l'attività dello Stato volta alla realizzazione dei suoi scopi, Ranelletti afferma che «anche la legislazione e la giurisdizione realizzano compiti e doveri dello Stato […]. La loro differenza è data solo dal modo diverso come raggiungono, realizzano, questi scopi, cioè dal loro scopo immediato».

[34] Ivi, p. 270.

[35] Ivi, p. 370.

ge, se così si può dire, muta il significante ma non il significato. Il riferimento al cosiddetto «*determinato* interesse pubblico» non muta la sostanza dell'elaborazione precedente: si è comunque dinanzi a quell'interesse specifico «presupposto dalla legge»[36] della cui esistenza la dottrina antecedente non aveva certo dubitato.

Si comprende peraltro la fortuna dello scritto di Zanobini e con ciò anche la ragione del possibile equivoco di cui si è detto.

Volendo escludere che la funzione amministrativa fosse riconducibile alla mera esecuzione della legge, Santi Romano, Cammeo e Ranelletti avevano attribuito alla legge il ruolo di limite, secondo quanto si usa(va) dire per i privati; e, come noto, la tesi fu aspramente criticata da Zanobini, egli temendo – in un contesto storico in cui si andava enucleando un "nuovo" assetto tra legge e governo – una ingiustificata omogeneizzazione della funzione della legge nei confronti dell'amministrazione e dei privati[37].

Vi è allora la nota affermazione per cui mentre per il privato la legge «deve limitarsi a determinare i confini della sua attività e non può spingersi a stabilire quali fini questa attività deve conseguire», per l'amministrazione «questa limitazione nella funzione della legge non può valere» perché per l'amministrazione, che «è lo Stato stesso in azione», i fini «sono determinati da quel potere che è l'organo della sua volontà: il potere legislativo»[38].

---

[36] G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 210.

[37] D'altronde, ed ancorché il tema sarà oggetto di ulteriore analisi nel prosieguo, è giusto il caso di avvertire che la «finalizzazione è caratteristica dell'autonomie delle Amministrazioni, e non la si ritrova in quella dei soggetti di diritto privato. Con questa conseguenza: i loro comportamenti non solo sono soggetti anzitutto a quel primo parametro di valutazione della loro liceità, il quale è comune anche per quelli di questi ultimi; ma, inoltre lo sono anche ad un ulteriore parametro di valutazione che è particolare per quei loro comportamenti medesimi: la loro corretta funzionalizzazione. I loro provvedimenti, così, e, in fondo, anche i loro contratti, devono essere, oltre che *leciti*, anche *legittimi*» (A. Romano, *Introduzione*, cit., p. 11).

[38] G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 205. La tesi è ribadita da Zanobini anche in *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnellutti*, IV, Padova, Cedam, 1950, p. 183 ss., spec. 186. Cfr. altresì G. Treves, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1975, p. 19, secondo il quale «il principio di legittimità opera non solo negativamente, ma anche positivamente. La legge non è unicamente il limite, ma il fondamento stesso dell'azione dell'amministrazione, poiché l'amministrazione, a

Ebbene, pare potersi fissare qui l'origine dell'equivoco. L'affermazione-reazione di Zanobini è tanto energica e il timore tanto radicato da aver fatto credere *i)* che, per l'altra parte della dottrina, l'attività amministrativa fosse guidata da un mero principio di non contraddizione rispetto alla legge, *ii)* che il "limite negativo" implicasse per l'amministrazione il potere di fare tutto ciò che non fosse impedito dalla legge *iii)* e, in definitiva, che la scelta dei fini in astratto fosse un affare dell'amministrazione.

Conforta allora prendere atto che, a fronte di quel diffuso convincimento, accorta dottrina abbia rilevato proprio il dato or ora segnalato. Si è affermato, infatti, che in Santi Romano la libertà dell'amministrazione era riferita alla sola esigenza di riservare quella componente «che oggi si chiama comunemente "merito" amministrativo»; così come si è ricordato che non vi era dubbio alcuno sul fatto che i poteri amministrativi fossero ammissibili «solo e soltanto se» previsti dalla legge. Tutti presupposti, questi, di una sicura e convincente conclusione: Zanobini «ha probabilmente svolto un ruolo sviante […]. Quella contrapposizione tra legalità come limite negativo e legalità come limite positivo costituisce una chiara forzatura se e nella misura in cui la prima accezione viene riferita alla dottrina precedente»[39].

Se divergenza vi è, essa va piuttosto rinvenuta in relazione al fondamento dell'azione amministrativa.

Per Zanobini quello sta nella legge e ad essa egli «lega in maniera indissolubile ogni manifestazione del potere pubblicistico […] interpretando, quindi, il principio di legalità in senso sostanziale». Per Santi Romano, per Cammeo e, soprattutto, per Ranelletti il fondamento risiede, invece, nello stesso compito a cui l'amministrazione deve ottemperare, ossia nella soddisfazione di un bisogno: «ciò che importa è [solo] la predeterminazione del fine da parte della legge»[40], sebbene sia stato rilevato come, accanto all'attribuzione

differenza dell'individuo, non esiste fuori del diritto e non ha altri fini se non quelli di raggiungere i fini posti dal diritto. Essa deve quindi perseguirli».

[39] M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 128-129.

[40] R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., p. 210, nt. 50. Sulla contrapposizione tra Zanobini e Ranelletti – contrapposizione che è

formale dell'interesse all'amministrazione, si sia «adombrata talora un'idea diversa, una sorta di rinvio ad un piano sostanziale di interessi e compiti obiettivamente esistenti e propri del potere pubblico come tale»[41].

Tra gli Autori pare pertanto mutare solo la premessa.

Per Zanobini, secondo una prospettiva pienamente positivistica, la premessa è la legge. Per l'altra dottrina, invece, il presupposto è l'astratta sussistenza di bisogni; ma ciò non significa anche che la loro individuazione sia sottratta alla predeterminazione legislativa[42]. Insomma, poiché il bisogno «esprime una esigenza» da soddisfare, l'attività amministrativa esisterebbe proprio per questo motivo, e cioè per fornire quelle prestazioni affinché i bisogni siano soddisfatti: ed è così che, secondo quest'ordine di idee, la legge rappresenterebbe solo un limite per l'amministrazione[43]. Ma che non si tratti dello stesso limite previsto per i privati è quella stessa dottrina a confermarlo, perché la legge oltre a non rappresentare un limite per così dire ateleologico[44], neppure potrebbe essere risolta nell'apposi-

---

pertanto e anzitutto una antinomia tra due visioni del principio di legalità (quella sostanziale e quella formale) – cfr. F. Levi, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 124 ss., spec. 128 ss., e F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit., pp. 86-87, spec. nt. 55.

[41] F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, p. 312.

[42] In Santi Romano, posta la corrispondenza di posizioni, non sfuggiva comunque che così come il privato agisce per i fini determinati dalla sua volontà, anche l'attività amministrativa presuppone una volontà, ma in tal caso essa «è regolata da leggi» (S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 2). Sotto altro profilo, l'accostamento tra Stato e privato è presente anche in F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Libreria Universitaria, 1967, p. 44: «fra i soggetti di diritto, soltanto l'individuo ed, eventualmente, lo Stato prescindono ad un esplicito riconoscimento della legge e non hanno uno scopo giuridicamente qualificato. Essi sono entità senza uno scopo predeterminato ma ciò non vuol dire che essi siano senza scopi; semmai è vero il contrario e cioè che essi possono avere qualunque scopo e debbono autonomamente darsene uno».

[43] Cfr. in particolare O. Ranelletti, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, cit., p. 342, secondo cui il potere discrezionale trova «nel diritto esistente solo il limite delle sue determinazioni».

[44] Difatti, come si è detto *supra* nel testo, in particolare in corrispondenza della nt. 35, secondo Ranelletti lo scopo costituisce un «obbligo giuridico» per l'amministrazione. Inoltre, si consideri che per Cammeo la legge è sì un limite, ma al contempo una «direttiva» rispetto agli scopi da curare (F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, I, cit., p. 29)

zione di un limite puramente negativo (poter fare tutto ciò che non è vietato). E quest'ultimo aspetto è bene che sia evidenziato, perché spesse volte – muovendo dalla nota Voce di Levi sulla *Legittimità*[45], ove è riportata l'affermazione di Ranelletti secondo cui «quando la norma manchi, l'organo amministrativo può e deve egualmente agire secondo il bisogno collettivo»[46] – la dottrina ha omesso di considerare un dato rilevantissimo, ancorché marginalizzato (in nota) dallo stesso Ranelletti nei *Principii di diritto amministrativo*: «non è possibile, adunque, accogliere la tesi, che ci viene da una parte della dottrina germanica, che l'amministrazione per l'attuazione dei suoi compiti, può sempre scegliere e adottare liberamente qualunque via e misura creda conveniente per lo scopo da raggiungere, e può ordinare o vietare tutto ciò che ad essa non sia dalla legge espressamente proibito»[47].

Da quanto precede e nei limiti del problema considerato, emerge una sostanziale continuità in dottrina[48], e di ciò lo stesso Zanobini era consapevole[49]: d'altra parte, come è stato di recente osservato, con Ranelletti «l'atto amministrativo viene inteso come il diritto del caso concreto posto per soddisfare l'interesse generale obiettivo», così da promuovere quella idea «che in seguito sarà definita funzionalizzazione»[50].

In definitiva, nell'opera di Zanobini più che una revisione si ha una specificazione. Specificazione, sia chiaro, non irrilevante, perché è con essa che l'interesse pubblico è stato definitivamente «"calato" nel diritto amministrativo»[51] e, con ciò, «la teorica di provenienza pandettistica del necessario fondamento legale dell'attività di

---

[45] Cfr. F. Levi, *Legittimità (diritto amministrativo)*, cit., p. 128.

[46] O. Ranelletti, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 181.

[47] O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 274, nt. indicata con il simbolo †. Sul punto si v. anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 29.

[48] Cfr. ancora M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 128.

[49] «Soltanto vogliamo richiamare, ciò che del resto tutti sanno, come quella dell'amministrazione è una volontà mediata» (G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 206).

[50] R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 5-6.

[51] A. Cioffi, *Due problemi fondamentali della legittimità amministrativa*, cit., p. 612.

pubblica amministrazione fu fissata al suo punto di massima trasparenza e precisione»[52].

Orbene, con un salto temporale imprecisato, ma giustificato dalla sintesi, nella dottrina successiva gli interessi che muovono e dirigono il potere amministrativo, in quanto soggetti a predeterminazione da parte della legge, assumeranno una connotazione oggettiva[53]. Il dato pare essere oggi indiscusso: gli interessi pubblici si dicono essere oggettivati o obiettivati da (e nel)l'ordinamento e, così, non di quelli ma della loro cura l'amministrazione assume la titolarità[54] o, meglio, la responsabilità[55].

La circostanza è stata ampiamente evidenziata muovendo dal tema dell'imparzialità, perché il problema della connotazione in senso parziale dell'amministrazione si è per l'appunto radicato sull'idea

---

[52] M.S. Giannini, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 1, p. 3 ss., spec. 7.

[53] Per S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 57, l'obiettività dell'interesse pubblico è formula accettabile «solo quando [la] si intenda in un significato limitato, quello per cui la amministrazione è obiettiva in quanto cura interessi non da essa stessa determinati».

[54] Oltre a quanto annotato *infra* nt. 153, cfr. G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 10, secondo cui l'interesse pubblico non è quello «del privato ma non è neppure quello dell'ufficio (o della persona fisica titolare dell'ufficio)». Per D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2018, gli interessi pubblici rappresentano gli interessi «delle persone che, prese in considerazione in insiemi diversi […] costituiscono il principale elemento costitutivo […] di Comuni, Province, Regioni, Stato italiano e Unione europea» (pp. 18-19). Pertanto, l'amministrazione pubblica è, in primo luogo, «un'attività funzionale agli interessi dell'insieme dei cittadini, al loro servizio» (p. 19) e l'interesse pubblico «altro non è che un insieme di interessi privati» (p. 26). L'attestazione è ormai salda nella migliore dottrina amministrativistica: a tal riguardo, si consideri che quando A. Romano, *Introduzione*, cit., pp. 1-2, afferma che «[l]o Stato […] persegue tutta una gamma di interessi, tende a conseguire tutta una gamma di correlati fini di cui si fa carico, e che, perciò, possono, e anzi debbono qualificarsi come pubblici», egli non intende ripristinare la teoria soggettivistica, tanto che a p. 5 precisa che le attività amministrative sono «finalizzate al perseguimento di concreti interessi pubblici; meglio: collettivi». Sul tema, anche per il richiamo che se ne farà nel prosieguo, rimane fondamentale il saggio di V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 1, p. 33 ss.

[55] F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 2, p. 133 ss., spec. 150.

presupposta che l'interesse pubblico, ancorché obiettivato dalla legge, fosse comunque soggettivato in capo allo Stato[56].

Benché non difettassero relazioni tra le esigenze della collettività e il fine dell'azione pubblica – altrimenti a dirsi, benché fosse già intuita e affermata, specialmente in Ranelletti, la preordinazione dell'azione amministrativa alla cura dei bisogni del popolo[57] –, la concezione soggettivo-istituzionale trovava una preminente giustificazione nel ristretto novero dei fini assunti e curati dallo Stato liberale: difatti, i fini essenziali dello Stato di diritto borghese (conservazione e ordine), che nella teorica orlandiana erano propri dell'attività «giuridica»[58], potevano «facilmente isolarsi, secondo un processo psicologico e logico abbastanza comprensibile, in testa allo Stato pensato come entità distinta e a sé stante»[59].

Quanto precede lambisce alcuni dei temi più rilevanti del diritto amministrativo, da quello dell'irrilevanza (quantomeno sotto il profilo dell'analisi dottrinale) del procedimento a quello dell'estensione del merito e quindi del conseguente adattamento del sindacato del giudice amministrativo; ma di quegli aspetti qui può darsi solo atto. Ciò che invece merita di essere evidenziato con maggiore enfasi – ma si tratta solo di una anticipazione, perché sul punto si tornerà nel prosieguo – è un dato ulteriore, e cioè che la soggettivazione di cui si è detto ha implicato una trasfigurazione del fine nell'interesse di una delle parti del rapporto antagonistico "autorità-libertà"[60].

---

[56] U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 95 ss. Si v. anche V. Ottaviano, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 367 ss., spec. 369, secondo il quale nello Stato liberale censitario «la cura dell'interesse pubblico [riguardava] esclusivamente la stessa p.a., con la conseguenza che i vantaggi che potevano derivare per i terzi dalla sua attività erano di mero fatto, non potendo vantare essi, da un punto di vista giuridico, alcuna pretesa in confronto del potere pubblico».

[57] In particolare, cfr. O. Ranelletti, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, cit., p. 353.

[58] V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, I, Milano, Società editrice libraria, 1897, p. 75.

[59] U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 96-97.

[60] G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, Giuffrè,

La circostanza per la quale il fine specifico fosse anche interesse dello Stato-persona o delle altre persone giuridiche pubbliche, insomma della *parte* pubblica, nulla inficia però della validità e della precettività del principio di legalità, inteso nella sua declinazione di legalità-indirizzo. Ed anzi, con un ragionamento circolare, può dirsi che proprio il vincolo alla soddisfazione di un interesse pubblico sì predefinito ma soggettivato in capo ad una parte – che agisce in via unilaterale, ovvero al di fuori del modello civilistico fondato sul consenso[61], e che non compone ma impone il *proprio* interesse – ha rappresentato la maggiore garanzia per la legalità-indirizzo e, quindi, per quella massimizzazione dell'interesse pubblico che ha trovato il suo apice nella corrispondenza, posta da Zanobini, tra l'attività amministrativa e l'«attuazione della legge»[62].

Ebbene, proprio a quest'ultimo riguardo, se oggi è invalso im-

---

1994, p. 1303 ss., spec. 1308-1309, e M. D'Orsogna, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 50-51.

[61] E. Cannada-Bartoli, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 1 ss., ricorda che nel modello civilistico «il proseguimento degli interessi dei soggetti privati aveva scarsa rilevanza e l'interesse stesso era inteso, in contrapposto al diritto soggettivo, come *utilitas facti*, giuridicamente irrilevante. Ed era l'esigenza di libertà a rendere egualmente importanti, ossia indifferenti, i contrapposti interessi dei privati, e, quindi, a far collocare al centro la volontà in sé considerata o come punto di riferimento per giungere all'individuazione di quell'interesse che costituisce il nocciolo del diritto soggettivo. Di guisa che la dimensione teleologica dell'attività amministrativa, il perseguimento degl'interessi pubblici, assumeva irrilevanza […]» (p. 2).

[62] G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 212. In realtà in dottrina sono state espresse perplessità sul fatto che anche nel più remoto passato l'amministrazione sia stata realmente e solamente «amministrazione esecutiva» (A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 77). D'altronde, come ricordato da S. Perongini, *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 101-102, nel «passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale, si registra […] un'alterazione del rapporto fra il potere legislativo e quello amministrativo in misura tale da rendere desueto e recessivo il ruolo esecutivo e strumentale dell'attività amministrativa nei confronti di quella legislativa». Ad ogni modo, come ricorda F.G. Scoca, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, cit., p. 283 ss., spec. 285, oggi la funzione amministrativa «è in parte l'evoluzione e in parte la specificazione della tradizionale funzione esecutiva; nel senso che essa non consiste più, come inizialmente si riteneva, nella mera esecuzione della legge; e, d'altra parte, nel senso della

piegare il concetto di creatività in relazione alla attività amministrativa discrezionale[63], non altrettanto potrebbe dirsi con riferimento al contesto poc'anzi delineato. Non ci sarebbe infatti nulla di creativo in quel modello di azione, perché nella logica binaria "o contrapposizione o convergenza"[64] che regolava l'incontro tra l'interesse pubblico (della *parte* pubblica) e quello privato (della *parte* privata) la risultante finale non poteva che riflettere i caratteri della premessa[65].

---

originaria funzione esecutiva, si sono andate separando la funzione di governo e la funzione propriamente amministrativa».

[63] Si noti peraltro che il diritto amministrativo conosce anche un'altra e non meno rilevante "funzione creativa" (quella giurisprudenziale), che ha sì fondato parte degli istituti di diritto sostanziale (uno per tutti, l'eccesso di potere, in tema si v. *supra* nt. 18) ma che è anche intervenuta a disegnare il processo amministrativo. Come annotato da F. Merusi, *Creatività giurisprudenziale e finzione. La tutela del terzo nel processo amministrativo nell'ipotesi di attività liberalizzate*, in *Giur. it.*, 2012, 2, p. 435 ss., già nel Regno d'Italia «il processo amministrativo fu lasciato alla "creatività dei giudici" […]», i quali, si è detto, erano sì liberi «di rifarsi ai principi generali desumibili da un processo esaurientemente disciplinato da una legge, il codice del processo civile, ma [erano al contempo] abilitati a conformare il processo alle particolarità dei rapporti contenziosi che nascevano fra i cittadini e il potere esecutivo» (p. 435). Peculiarità, questa, che si salda con l'origine altrettanto "equivoca" del contenzioso amministrativo, su cui cfr. F. Merusi, E. Frediani, *Itinerari della tutela del cittadino. Errori, rimedi e fantasie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, e F. Merusi, *Dal 1865… e ritorno… al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, p. 671 ss.

[64] Si consideri, infatti, quanto affermato da G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, cit., p. 1309, e cioè che nella concezione di tipo soggettivo-istituzionale tra l'interesse pubblico dell'ente esponenziale e l'interesse dei privati «non poteva che configurarsi un rapporto che poteva essere o di contrapposizione o di convergenza». Utilmente può ricordarsi quanto sostenuto da F. Trimarchi, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, p. 627 ss., spec. 633, secondo cui nell'impostazione di Zanobini (così come in quella di Ranelletti e di Romano) la rilevanza degli interessi privati «era alquanto limitata e condizionata ai modesti "spazi" che questa "visione" lasciava disponibili», giacché «l'ambito c.d. procedimentale consentiva, alle volte un "raffronto" tra interessi ma sempre o in una logica inegalitaria, subalterna o oppositiva».

[65] Si v. però quanto osservato da G. Treves, *L'organizzazione amministrativa*, cit., p. 20, secondo il quale l'idea che l'amministrazione debba conseguire solo i fini previsti dalla legge e che quindi per questo aspetto la sua azione consista nell'esecuzione della legge «non deve trarre in inganno. Non si tratta di un'esecuzione materiale, ma di un'esecuzione creativa come quella della legge rispetto alla costituzione». Vi è però da evidenziare che l'affermazione si fonda su di una mutata sensibilità, di cui lo stesso Treves dà conto: la legge e il fine necessitano di una con-

L'affermazione si fa peraltro più attenuata nella fondamentale opera di Massimo Severo Giannini sulla discrezionalità amministrativa, ove, tra continuità e divergenze rispetto al pensiero del Maestro Zanobini, il tema della creatività assume contorni più sfumati e meno netti.

Adesione alla lettura "positiva" del valore della legge; valorizzazione dell'interesse pubblico specifico individuato dalla legge (l'interesse pubblico essenziale), che è «oggetto della cura amministrativa» – ossia che è fine della funzione amministrativa, nonché vincolo e motivo dell'atto amministrativo[66] – e che limita positivamente la sfera di libertà lasciata all'autorità[67]; ricezione della nozione di «attuazione di legge»[68] per ciò che concerne la componente teleologica di un'attività amministrativa finalisticamente orientata: sono questi i presupposti che inducono Giannini ad affermare che il concetto di creatività riferito alla discrezionalità sia «giuridicamente inutile»[69]. In quanto momento "meramente" attuativo della legge, l'attività amministrativa, infatti, non esplicherebbe quella funzione creativa, ossia costitutiva, dell'ordinamento giuridico che è invece propria della produzione normativa; l'attività amministrativa si limiterebbe a produrre un *quid novi* caratterizzato al più dall'«originarietà», ovvero dal fatto che la proposizione giuridica contenuta nel provvedimento deriva dalla volontà di un'amministrazione agente in «applicazione del diritto»[70].

In realtà, nella (ri)elaborazione del concetto di discrezionalità si trova il maggiore svolgimento e aggiornamento della tesi di Zanobini. L'esito della ponderazione tra l'interesse pubblico essenziale e gli interessi secondari non è solo originario sotto il profilo soggettivo della provenienza del precetto giuridico, ma è anche innovativo

---

cretizzazione e in questa operazione entrano anche altri interessi, la cui valutazione «deve non solo ispirarsi all'interesse o al fine previsto dalla norma, ma anche essere corretta, cioè razionale, prudente, congrua, obiettiva […]».

[66] M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 48-49 e 76-81.

[67] Ivi, p. 22; Id. *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 210-211.

[68] Id., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 22 e 99.

[69] Ivi, p. 93.

[70] Ivi, pp. 96-99.

sotto il profilo oggettivo: per l'appunto, si è dinanzi ad un *quid novi*. E ciò che più importa è che questa innovazione è tale rispetto all'interesse pubblico primario individuato dalla legge.

La conseguenza è peraltro evidente. In Giannini, si ha una prima smitizzazione dell'interesse pubblico specifico (lo scopo). Questo non è più una invariante; non è più quel dato immutabile che consentiva a Zanobini di risolvere il suo ruolo nella discrezionalità in termini eminentemente teleologici[71]. Percepito il problema della discrezionalità come ponderazione, l'interesse pubblico specifico entra sì nella vicenda discrezionale come una datità, ma il motivo concreto del provvedimento non è più l'interesse pubblico specifico astrattamente contemplato dalla norma, ma questo «così come atteggiato in concreto dagli interessi secondari»[72]: ebbene, con Giannini si evince che l'interesse pubblico specifico o, meglio, il suo valore «in concreto» può variare «in più o in meno».

2. *Le crisi dell'interesse pubblico: dalla perdita del valore ordinante dell'interesse pubblico generale all'insufficienza della legge nell'individuazione dell'interesse pubblico specifico*

Si comprenderà che la progressione degli argomenti considerati nel paragrafo precedente ha assolto alla funzione di evidenziare una prima crisi dell'interesse pubblico, che può essere sintetizzata nel passaggio dalla coppia *datità* e *staticità* a quella *datità* e *variabilità*.

E quella crisi sta in ciò. Finché non è stato percepito il problema della ponderazione, l'interesse pubblico specificamente individuato dalla legge entrava nell'attività discrezionale come una *datità* e ne usciva come tale (di qui la sua *staticità*): questa condizione, che fa

---

[71] Per G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 211, la discrezionalità «vale libero apprezzamento delle circostanze e libera scelta dei mezzi, in ordine ai fini che la legge vuole che siano raggiunti». Sul punto, cfr. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 46.

[72] M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 79.

il paio con l'idea dell'attività amministrativa come attuazione della legge e dei fini da questa indicati, lo si è visto, è chiara in Zanobini e in questa misura si può allora convenire con quanti lo hanno eletto antesignano del principio di legalità-indirizzo nell'accezione più forte e rigida. Compreso il problema della ponderazione, invece, si ha che l'interesse pubblico specifico entra sì nella vicenda discrezionale come una datità, ma da quella ne può uscire mutato nel valore (di qui la sua *variabilità*). La crisi allora è la crisi dell'univocità dell'interesse pubblico: altro è l'interesse pubblico specifico-legale e altro è la risultante dell'attività amministrativa discrezionale, ovvero l'interesse pubblico in concreto (sul punto si tornerà *infra* par. 2.2.).

Nell'odierna e assolutamente ricorrente affermazione secondo cui l'amministrazione persegue i fini predeterminati dalla legge non vi è allora nulla di necessariamente errato. Con quella la dottrina fa riferimento all'interesse dato dalla legge (alla datità) e l'affermazione è talmente usuale che del suo precetto non pare potersi dubitare.

Eppure, vi è un aspetto che non può essere trascurato e che si risolve, secondo una consistente ed autorevole parte della dottrina, in una pretesa insufficienza della legge a definire lo scopo. Di qui, allora, una seconda crisi: quella dell'interesse pubblico specifico inteso come una datità.

Peraltro, poiché la "caduta" dell'interesse pubblico specifico è anzitutto un problema di concetti e valori, è giocoforza prendere le mosse dalla crisi di un ideale presupposto, l'interesse pubblico generale[73], spesse volte obliterato come espressione superflua[74],

[73] Sul collegamento tra la «frana» dell'interesse pubblico generale e la crisi dell'interesse pubblico specifico si v. G. Azzariti, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 91 ss., spec. 106-108.

[74] Cfr. A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss., spec. 77, che, efficacemente, nell'ambito di una argomentazione sul rilievo dell'interesse pubblico specifico, afferma che «di quello generico non è neppure il caso di parlare». Correttamente, poi, D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 26, suggerisce di distinguere l'interesse pubblico in senso proprio da quello generale, non essendovi affatto necessaria corrispondenza tra l'uno e l'altro, con la conseguenza che «sono da considerare "interessi pubblici"

ma che oggi, come si dirà, è nozione utilmente recuperabile (*infra* par. 4).

La crisi dell'interesse pubblico generale corrisponde al superamento del modello statocentrico-monoclasse del XIX secolo, espressivo di una elaborazione teorica di matrice liberale[75] capace di adombrare in ogni sua manifestazione il momento pluralistico, a tutto vantaggio della sintesi e dell'unità espressa nel concetto di Stato[76], e quindi capace di rimanere inalterata anche quando nella seconda metà dell'Ottocento era oramai evidente che l'originario Stato-monoclasse non interventista (neutrale) non era più tale, percorso com'era da molteplici alterazioni del contesto sociale e ordinamentale[77].

Ora, quella tensione verso un fine unitario (statale) ben poteva giustificare sul piano teorico l'esistenza di un interesse pubblico generale. Di esso si poteva parlare al singolare, e la sua immateriale essenza poteva non rappresentare un dilemma, fintanto che il substrato sociale, a cui pure la dottrina non mancava di ricondurre il fine statale[78], mostrava una certa omogeneità o comunque fintanto che la crescente disomogeneità non era percepita fino in fondo come tale. In altre parole, l'interesse generale della società o della collettività, assunto a fine dello Stato, ben poteva assurgere a fattore ordinante di ogni altro interesse pubblico

---

quelli qualificati tali dagli apparati politici […] e, talvolta, dalle stesse amministrazioni autonomamente».

[75] S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971.

[76] Sul punto rimane fondamentale l'analisi di G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 7-93.

[77] Tra cui, l'allargamento dell'elettorato attivo, l'articolazione della base sociale (ancora monoclasse ma non più monoceto), l'intensificazione del conflitto di interessi, il graduale ma inarrestabile intervento pubblico nell'economia e nel sociale. Dinanzi a questi mutamenti, la dottrina conservatrice del tradìto modello ha reagito elaborando quel concetto astratto di persona giuridica pubblica statale (*supra* par. 1) entro cui veniva riassorbita l'emergente pluralità degli enti pubblici, così da avvalorare ancora una volta la garanzia di unità dell'ordinamento, assicurata, in particolare nella teorica di Ranelletti, dalla riconduzione finalistica di tutte le multiformi attività dei vari soggetti pubblici al fine dello Stato. Cfr. sul punto G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., pp. 17 e 29.

[78] Cfr. U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 95, nt. 88.

specifico, unitaria essendo la base sociale di esso rappresentativa (lì, quella borghese)[79].

Con il diffondersi e il consolidarsi del modello pluralista – pluralismo dei centri titolari di potestà e pluralismo degli interessi del substrato sociale che «divennero pubblici e come tali passarono in carico dei pubblici poteri»[80] – quel modello è entrato progressivamente in crisi.

Lo Stato, si è detto, non poteva più essere inteso come un soggetto disancorato e scisso dalla società[81], ma diventava, per poi restarlo, «società accanto e in mezzo a numerose altre società»[82]. Il garante ultimo di unità e referente finale di ogni amministrazione titolare della cura di un interesse pubblico specifico non era più tale[83]; precipitata la teoria soggettivistica, il rapporto amministrativo fuoriusciva dalla direzione verticistica (dall'ente allo Stato) e si collocava in una «dimensione orizzontale»[84].

---

[79] Come rilevato da G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., p. 61, «negli ordinamenti monoclasse, l'interesse pubblico forma il contenuto del potere statuale, segnandone la necessità ed indefettibilità, e diviene la causa giuridica dei suoi atti; in tale modo si identifica con l'interesse dello Stato e diviene elemento monolitico al quale rapportare ogni altro interesse giuridicamente rilevante».

[80] G. Sciullo, *L'organizzazione amministrativa: principi*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 26.

[81] P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.

[82] C. Schmitt, *Il concetto di politico*, in Id., *Le categorie del «politico»*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, p. 87 ss., spec. 127. Come di recente affermato da S. Cassese, *Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., pp. 3-4, «il diritto amministrativo è stato tradizionalmente legato allo Stato. La sua prima modificazione consiste nella perdita parziale di questo punto di riferimento obbligato, perché nuovi centri di potere si sono andati costituendo, più in alto (globalizzazione) e più in basso (decentramento), con conseguente (parziale) destatizzazione del diritto amministrativo […]. Nella seconda direzione, quella del pluralismo interno, operano regioni, Stati, comunità autonome, "territori", che rispondono solo in parte al potere pubblico centrale, perché hanno propria legittimazione e potere di amministrazione».

[83] G. Pastori, *La pubblica amministrazione*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 519 ss., spec. 524, ricorda, infatti, che nel passaggio dallo Stato liberale a quello liberal-democratico si assiste ad una «rottura della precedente unità della pubblica amministrazione sul piano politico-istituzionale, organizzativo e funzionale».

[84] F. Benvenuti, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, p. 6 ss., spec. 13.

Il «fenomeno della indeterminatezza e indefinibilità dell'interesse pubblico generale»[85] si colloca in questo contesto. È la crisi del ricordato «rinvio ad un piano sostanziale di interessi e compiti obiettivamente esistenti e propri del potere pubblico» (*supra* par. 1), ovvero di quell'*unicum* finalistico che presupponeva, assieme, un ceto dirigente omogeneo e «un certo consenso» sulle finalità perseguite, e che era stato «frantumato e sostituito» dal pluralismo degli interessi particolari[86] e, soprattutto, dalla disomogeneità di questi ultimi. La mancanza di omogeneità degli interessi emergenti (pubblici e privati), infatti, ha reso arcana e impercettibile la consistenza dell'interesse pubblico generale, non potendo elementi tra loro così discordi essere gerarchizzati e sintetizzati in un'unità ultima, a ciò servendo – secondo un ragionamento piuttosto circolare – «l'esistenza di un centro di riferimento unitario»[87].

Come si è anticipato, la perdita del referente finalistico non è stata fine a sé stessa. Interrotta l'attrazione verso l'alto, si è detto, ogni interesse pubblico specifico ha iniziato a vivere da solo, arroccandosi dietro ad una presunta e quindi indimostrata superiorità rispetto ad ogni altro interesse (pubblico e privato); ma, ancor di più, la perdita di un valore unificante ha reso ancor più complessa l'operazione di individuazione del contenuto dei fini prefigurati dalla legge.

Si mette così a nudo uno dei nodi più critici del presupposto su cui si fonda il principio di legalità-indirizzo e con ciò di tutti quegli istituti – *inter alia*, capacità giuridica di diritto privato, discrezionalità intesa come ponderazione tra l'interesse pubblico primario e quelli secondari, la stessa funzionalizzazione, ecc. – la cui sorte da quel principio dipende: la legge non è sempre capace di delineare in modo compiuto l'interesse pubblico specifico istitutivo dell'ente o comunque presupposto alla singola attività amministrativa. Riprendendo quanto si diceva in apertura del paragrafo, si è dinanzi alla crisi dell'interesse pubblico inteso come una datità.

Anzitutto, è affermazione usuale quella di rilevare per gli en-

[85] G. Azzariti, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, cit., p. 103.

[86] F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., pp. 312 e 314.

[87] G. Azzariti, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, cit., p. 104.

ti pubblici territoriali una certa astrattezza e quindi una «difficile delimitazione»[88] del loro interesse pubblico istitutivo. Il dato appare chiaro nella manualistica, e in particolare nelle parole di chi, spinto dalla curiosità di riconsiderare in termini critici il principio secondo cui l'amministrazione deve perseguire l'interesse pubblico specifico legalmente imposto, ricorda che gli enti a fini generali «non hanno in attribuzione uno specifico interesse pubblico, ma teoricamente tutti gli interessi che, in un dato momento, possono essere ritenuti pubblici»; al più, farebbe eccezione a questa regola – valevole per i comuni, le province, le regioni e gli altri enti territoriali a finalità generali[89] – solo lo Stato, i Ministeri avendo in attribuzione «un ben individuato interesse pubblico»[90].

Sennonché, la crisi dell'interesse pubblico specifico va al di là del problema della estrema genericità dell'interesse istitutivo degli enti territoriali; quella è la crisi anche e soprattutto degli interessi a cui sono preordinati i molteplici e singoli poteri amministrativi ed essa (la crisi) è la risposta che fornisce una consistente parte della dottrina al seguente quesito: la legge definisce sempre un interesse pubblico specifico?

La domanda, invero, con onestà intellettuale, l'aveva già posta quella stessa dottrina che aveva (non per prima, ma solo più chiaramente) affermato la predefinizione legale degli interessi pubblici specifici; ma lì si era detto che, anche laddove il fine fosse stato implicito, l'amministrazione e l'interprete avrebbero sempre potuto ricavarlo con sicura certezza per via deduttiva[91].

---

[88] S.A. Romano, *L'attività privata degli enti pubblici*, cit., p. 152, nt. 24.

[89] Cfr. l'art. 3, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ove è prescritto che «il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo» (comma 2) e che «la provincia, ente locale intermedio tra comune e regione, rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi, ne promuove e ne coordina lo sviluppo» (comma 3). Ne segue la tradizionale affermazione secondo cui il comune e la provincia hanno «una *funzione generalizzata* di cura degli interessi della comunità locale» (A. Pajno, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., p. 570).

[90] F.G. Scoca, E. Follieri, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 159 ss., spec. 172.

[91] G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 211: «[è] prevedibile peraltro una domanda: ma è proprio sicuro che tutti gli atti discrezionali han-

La reazione di una parte della dottrina è stata impietosa, soprattutto quando si è detto in modo *tranchant* che quella giustificazione sarebbe semplicemente «ellittica»[92].

Più moderatamente altra parte della dottrina ha evidenziato l'insufficienza del meccanismo di predeterminazione legislativa dell'interesse pubblico, pur non negandone il fondamento[93].

Si è così rilevato che l'individuazione dell'interesse pubblico primario rispetto al quale deve dirsi funzionalizzato il potere amministrativo è «un problema di interpretazione delle norme […] di complessità variabile»[94]. Affermazione, questa, che fa evidentemente eco alla "ottimistica" concezione zanobiniana, ma che si instilla in un orientamento ben più cauto.

L'analisi dottrinale lascia intendere, infatti, che l'interesse pub-

---

no un fine determinato? Il diritto se non proprio la legge, si preoccupa realmente sempre di designare il fine che vuole che sia dall'amministratore raggiunto? Questa domanda comporta risposta sostanzialmente affermativa. Il più delle volte il fine risulta in modo esplicito: "l'autorità prenderà le misure del caso per prevenire l'epidemia"; oppure: "per ristabilire l'ordine"; "l'autorità potrà proibire la continuazione dei lavori, qualora la ritenga pericolosa al buon regime delle acque", e così di seguito. Altre volte il fine è implicito; risulta dal titolo della legge, dalla materia in genere a cui si riferisce, dal contesto dei vari articoli. Talora può risultare dalla consuetudine la quale determini in modo univoco l'intento di una norma per sé vaga e indeterminata; o infine dai principi generali […]. Altre volte il fine, vago secondo una certa legge – quale la pubblica utilità nell'espropriazione – è reso determinato e preciso da altre leggi». Nello stesso senso, evidentemente più di recente, V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 260; Id., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 368, ove si afferma che «comunque, attraverso un più o meno complicato lavoro interpretativo, l'interesse pubblico si ricava».

[92] M. Gioiosa, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, Jovene, 2012, p. 357, il quale non si esime dal riservare pressanti (e probabilmente eccessive) critiche ad una parte della dottrina che sul tema si è ampiamente soffermata: definisce la forma della comprensione dell'interesse pubblico sì «nitida nell'immediatezza» ma «scema […] nella sua fisionomia non appena l'interprete tenti di ricondurla verso qualcosa di definito» (p. 350); parla di «impotenza concettuale» e di «vuoto contenutistico» riferendosi ad alcuni passaggi della dottrina (F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit.) che più autorevolmente si è interrogata sul problema dell'interesse pubblico (p. 355); e vi è finanche chi (come G. Barone, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss.) è tacciato di ragionare «rapsodicamente» (p. 356, nt. 79).

[93] R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 103 ss.

[94] R. Villata, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, cit., p. 767 ss., spec. 773.

blico non è quasi mai individuato (esplicitamente o chiaramente) dalla legge[95]. Il massimo grado di individuazione lo si ha laddove è univoco il contesto normativo[96]. In altri casi, l'interesse si ricava dalla competenza e dalla natura dell'organo[97]. Infine, minimo è il grado di precisione quando le finalità sono espresse con concetti giuridici indeterminati (sicurezza pubblica, igiene e sanità, ecc.[98]), specialmente laddove la materia sia caratterizzata dalla possibile concorrenza di più interessi pubblici di egual valore, non gerarchizzabili e tra loro in conflitto (si pensi alla materia della pianificazione urbanistica e soprattutto al fine del corretto assetto urbanistico[99]): e ciò, se è consentito, dà evidenza di quanto rilevante sotto questo profilo sia stata l'eclissi dell'interesse pubblico generale, inteso come fattore ordinante.

Si giunge per questa via all'affermazione della insufficienza della legge rispetto alla possibilità di identificare chiaramente, una volta per tutte, l'interesse pubblico specifico[100] e, così, alla conseguen-

---

[95] Oltre agli Autori citati in questo e nei successivi paragrafi, cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, pp. 187-188, il quale ricorda che nell'individuazione dei fini amministrativi «lo spazio occupato dalla legge è recessivo»; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 198, per il quale la legge non individua pressoché mai l'interesse pubblico specifico; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 27.

[96] Così R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., p. 773, con riguardo ai poteri prescritti dal testo unico delle leggi sanitarie.

[97] G. BARONE, *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, cit., p. 3, ritiene che l'interesse pubblico «non è un interesse generico, ma uno specifico interesse solitamente individuato da una norma, quanto meno attraverso la pura e semplice attribuzione di competenza ad un organo»; e, difatti, come affermato da R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., p. 773, l'attribuzione di un potere ad una Usl «connota con sicurezza il relativo interesse pubblico (igienico-sanitario) primario».

[98] R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 104; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, cit., p. 531 ss., spec. 557.

[99] G. PERICU, *I procedimenti di massa*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 95 ss., spec. 101: «qual è l'interesse pubblico al corretto assetto urbanistico? […] Qual è l'interesse pubblico che si tutela con i provvedimenti di localizzazione delle grandi centrali elettriche? Il corretto assetto ambientale, la sicurezza, la produzione di energia, tutti sicuramente presenti ma tra di loro conflittuali senza che sia agevolmente ricostruibile un rapporto di generalità».

[100] Come osservato da L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 1, p. 274 ss., spec. 290, l'inte-

te constatazione della «progressiva atrofia del vizio di sviamento di potere»[101]. L'interesse pubblico specifico sarebbe null'altro che un'entità astratta[102], che in quanto tale non può costituire un «fine immutabile e predeterminato, un vincolo o un limite, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale»[103].

Ma se così è, se cioè è assodato che la celebre affermazione di Nigro circa la «funzione ordinativa»[104] della legge è stata contraddetta dall'attuale contesto ordinamentale in cui «viene notevolmente ridotta l'aspirazione della legge a essere fattore di ordine»[105], quale valore ha oggi il principio di legalità-indirizzo? E, soprattutto, ha ancora un qualche significato fare riferimento al principio di funzionalizzazione?

2.1. *L'interesse pubblico specifico: un fine "dato" ma in cerca di precisazioni*

Per rispondere a questi interrogativi non si può prescindere dal diritto positivo, perché è proprio il primo comma dell'art. 1, l. n. 241/1990, a prescrivere che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge».

---

resse pubblico canonizzato dalla norma è «identificato sempre in maniera oltremodo generica» e «ad un livello di notevole astrazione, in quanto il medesimo è considerato isolatamente da ogni altro interesse». Sintomatico di questa condizione in cui versa l'interesse pubblico è, peraltro, il carattere «sempre più recessivo» dello sviamento di potere, così come ben evidenziato da S. Torricelli, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità*, cit., p. 11 (cfr. anche *supra* nt. 18).

[101] A. Romano Tassone, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 1 ss., spec. 8., per il quale la crisi dello sviamento di potere risiede nel fatto che «malgrado la vigenza del principio di tipicità, dal contesto normativo non si desumono, se non occasionalmente, precisi obiettivi del provvedimento».

[102] E. Cannada-Bartoli, *Interesse (dir. amm.)*, cit., p. 6.

[103] A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 77.

[104] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 27. La formula è riproposta anche nell'edizione più recente del Manuale di *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 28. Si v. anche S. Piraino, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 110.

[105] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 44-45.

Eppure, ciò che parrebbe confermare l'attualità del tradizionale significato del principio di funzionalizzazione, in realtà non semplifica ma complica la questione. Difatti, si è dinanzi ad una *impasse* se, da un lato, il legislatore afferma la sua capacità di individuare direttamente il fine dell'azione amministrativa e, dall'altro lato, l'evidenza esterna ne svela invece l'incapacità; e il problema si aggrava se si considera che sempre più spesso, in capo ad uno stesso ente, la funzionalizzazione tradizionale – che è tale rispetto ad un interesse pubblico primario – è doppiata da ipotesi non meno generiche di funzionalizzazione "temperata", relative al perseguimento di fini pubblici altrettanto essenziali (*infra* par. 4).

Una risposta all'interrogativo di cui sopra può essere anzitutto quella più scontata: ancorché generico e finanche inafferrabile, l'interesse pubblico legalmente predefinito definisce comunque il vincolo finalistico dell'ente e della sua attività.

Sennonché, così argomentando il concetto di funzionalizzazione e il principio di legalità-indirizzo rimarrebbero mere astrazioni, nozioni vaghe. Affermare che l'interesse pubblico a cui l'amministrazione è vincolata non è percepibile e che, in fondo, può assumere una qualunque consistenza, sarebbe infatti come ammettere che l'amministrazione non è vincolata ad alcunché[106].

In realtà, per comprendere quale sia oggi la portata del principio di funzionalizzazione è necessario rimettere in discussione due capisaldi teorici, seppur con la brevità imposta dalla necessità di non divagare eccessivamente al di fuori dell'oggetto dell'indagine.

In primo luogo, vi è da riconsiderare il valore esclusivo ed escludente che è stato (ed è tuttora) affidato alla legge nell'ambito del principio di legalità-indirizzo; e ciò al di là dell'individuazione dei fattori che ne hanno variamente intaccato la centralità – generando una "certa incertezza" delle regole[107] –, tra i quali non può essere trascurata

[106] Cfr. S. Torricelli, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità*, cit., p. 9: «non sono pochi i casi nei quali un generico riferimento all'interesse pubblico esaurisce la c.d. funzionalizzazione, lasciando interamente all'amministrazione il compito di indirizzare la propria azione verso il soddisfacimento di uno qualsiasi degli interessi compresi nella propria attribuzione».

[107] L'aspetto è ampiamente indagato da R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, p. 651 ss.

l'incidenza dell'ordinamento europeo[108], dello spazio giuridico globale[109] e finanche della proliferazione delle Autorità amministrative indipendenti e dei compiti normativi loro attribuiti[110], specialmente, ancorché "transitoriamente", nella materia dei contratti pubblici[111].

---

[108] Come osserva M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., pp. 34-35, nt. 4, l'applicazione delle norme comunitarie provenienti «da un organo, fondamentalmente di natura amministrativa, che non è affatto rappresentativo delle comunità nazionali degli Stati membri ma che è invece promanazione degli esecutivi di questi ultimi» pone un serio problema di alterazione dei «contorni» del principio di legalità, specialmente se si considera che quello si fonda sul presupposto della derivazione democratica dell'organo politico. Sul tema della legittimazione democratica dell'Unione europea ed in particolare sulla possibilità di integrare quella componente (deficitaria) tramite la valorizzazione della c.d. legittimazione per risultati, si v. M.P. Chiti, *La legittimazione per risultati dell'Unione europea quale "Comunità di diritto amministrativo"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 2, p. 397 ss. Sull'influenza del diritto europeo su quello amministrativo nazionale, cfr. di recente G. Corso, *Il diritto europeo e la sua influenza sul diritto amministrativo italiano*, in G. della Cananea, C. Franchini (a cura di), *Il diritto che cambia.* Liber amicorum *Mario Pilade Chiti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 69 ss., nonché M.P. Chiti, A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, il Mulino, 2012.

[109] Di recente, sulle dinamiche della globalizzazione si v. anche L. Casini, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, il Mulino, 2018. Imprescindibile è poi il rinvio a S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003; Id., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 2, p. 331 ss.; Id., *"Una furiosa espansione della legge"? Spazio giuridico globale e rule of law*, in *Riv. fil. dir.*, 2014, 1, p. 109 ss., ove peraltro l'A. ricorda quanto in parte già affermato ne *Alla ricerca del Sacro Graal*, cit., p. 796, e cioè che il «"principio di legalità" è inteso in senso stretto come rispetto della legge, non come rispetto del diritto. In verità, legalità è ormai una nozione *passe-partout*, che può essere intesa in vari modi, come comportamento secondo la legge, garanzia dei risultati indicati dalla legge, scelta della legge giusta, rispetto di metri o principi giuridici, ma non legislativi, valutazione di costi-benefici» (p. 113). Sulla difficoltà di rintracciare l'interesse pubblico specifico nella attuale stagione della *multilevel governance* si v. A. Morrone, *I principi di imparzialità e buon andamento come vincolo per il legislatore*, in *Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 11 ss., spec. 18: «dove trova la pubblica amministrazione l'interesse pubblico da realizzare, se non sono più soltanto la legge e la Costituzione il punto di riferimento ma anche (di volta in volta e anche in contraddizione reciproca) il diritto europeo, il diritto internazionale o addirittura un indefinito diritto transnazionale o globale?».

[110] Sul punto si v. P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., *passim*, nonché E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati: tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019.

[111] In generale sulla *soft law* e sulla «questione di legittimazione democratica, nonché di rispetto del principio di legalità», cfr. M. Ramajoli, *Soft law e ordinamen-*

A tal riguardo, è bene ricordare che, come si è osservato in precedenza, nella concezione a cavallo tra Ottocento e Novecento, in ossequio ai fondamentali dello Stato di diritto, e poi specialmente in Zanobini, il fine dell'attività amministrativa è stato saldamente ricollegato alla produzione legislativa (*supra* par. 1); e si è altresì detto che, anche in ragione del collegamento con il principio di sovranità popolare, a questa concezione è tuttora fatto ampio ricorso.

Eppure, percependo l'«insufficienza della legge quale unico strumento di realizzazione del principio di legalità»[112], una parte della dottrina è andata oltre quel collegamento biunivoco, spezzandolo.

Tra legge e amministrazione, si è affermato, si interpongono gli organi politici dell'amministrazione statale e delle amministrazioni territoriali, i quali, collegati alla società dal meccanismo della rappresentanza politica, hanno il potere di determinare (per mezzo di direttive, piani, atti programmatici) gli obiettivi da realizzare «nell'ambito di quanto indicato dalla legge solo in via generale»[113]. Il principio di legalità-indirizzo, perciò, porrebbe un vincolo di scopo che è un «vincolo in bianco», il cui contenuto potrà essere determinato tanto dalla legge quanto da indicazioni di scopo provenienti dagli organi politico-rappresentativi[114].

Sul punto non è necessario soffermarsi oltre. Basti notare che l'intuizione sulla possibilità di specificare lo scopo dell'azione amministrativa attraverso i più vari atti di indirizzo che si interpongono tra legge e amministrazione puntuale ha trovato comunque alcuni antecedenti[115], nonché un certo seguito, che, quand'anche cauto,

---

to amministrativo, in *Dir. amm.*, 2017, 1, p. 147 ss., spec. 149. Più nello specifico, sul tema delle linee guida Anac nella materia dei contratti pubblici la letteratura è vastissima. Sul punto e senza pretesa di esaustività si v. V. Brigante, *Valutazioni critiche sul ruolo e sugli atti adottati dall'"ANAC". La necessità di ristabilire una coerenza di sistema*, in *Dir. econ.*, 2019, 3, p. 423 ss.; M. Trimarchi, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 2, p. 827 ss.; G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, p. 273 ss.; M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, p. 436 ss.

[112] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 22.

[113] Ivi, pp. 41-45.

[114] Ivi, pp. 149-156.

[115] Cfr. U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa,* cit., pp. 133-134. Per quanto riguarda il problema dell'incapacità della legge nel definire la gerarchia tra

specie nella comprensione delle vicende patologiche[116], non ha però mai realmente posto in dubbio la funzione integrativa degli atti amministrativi di indirizzo[117], ed anzi ha rappresentato un referen-

---

gli interessi si v. S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 72, il quale rileva la «diffusione di atti di indirizzo, di programma, e di atti comunque generali, idonei – ponendosi tra la legge e l'atto amministrativo puntuale – a segnare la linea di svolgimento di una attività entro cui si inscrive l'atto puntuale». Per A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1977, 1, p. 57 ss., spec. 72, «l'attività di prefissione degli interessi pubblici in vista della loro tutela mediante distinte attività future, se si traduce quasi naturalmente in un'attività di emanazione di norme, può assumere però anche altre forme, come ad esempio quelle proprie dell'attività d'indirizzo, che non hanno necessariamente carattere normativo» (cfr. anche pp. 76 e 77). Si v. anche M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, cit., p. 909 ss., spec. 915 ss. *Contra*, F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 315, nt. 136, secondo il quale se è vero che l'indirizzo politico è potenzialmente in grado di condizionare l'attività amministrativa, ciononostante «si può con una certa sicurezza escludere che esso sia idoneo a specificare nelle singole ipotesi l'interesse astrattamente delineato dalla legge quale motivo delle scelte dell'Amministrazione»: d'altronde, si afferma che anche lo stesso indirizzo politico «risulta generico», tenuto conto che l'attuale ordinamento pluralistico risulta percorso da una «molteplicità di organi concorrenti a delineare l'indirizzo politico» e, di conseguenza, da una «pluralità, più o meno armonica, di indirizzi politici».

[116] Per M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., p. 49 ss., la funzionalizzazione rispetto agli interessi definiti dalla legge e quella relativa alle finalità indicate negli atti amministrativi di indirizzo non possono essere equiparate. Se in Marzuoli, infatti, la violazione dello scopo definito da questi ultimi atti è considerata alla stregua di una «violazione di un vincolo *ex lege* e non da atto amministrativo» (C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 151), per Dugato, al contrario, la conclusione pare inaccettabile: «non sembra che il derivare un atto amministrativo la propria legittimazione funzionale da una norma di legge valga ad attribuire autorità di legge ai precetti dell'atto stesso e ad equiparare le conseguenze della sua violazione a quelle scaturenti dalla violazione di norme primarie» (M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., p. 54). Su questa divergenza si v. R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., pp. 216-219.

[117] Si consideri, infatti, che, accedendo agli studi di Falzea e Giannini, M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit., p. 922, afferma che l'"indirizzo" consiste proprio «nella predeterminazione dei fini e dei mezzi dell'attività di determinati soggetti» ed esso rappresenta un fenomeno capillare, tenuto conto che «ogni ente pubblico ha una "funzione di indirizzo", che, a seconda della natura dell'ente sarà politico, politico amministrativo, o solo amministrativo» (così già M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 71). Sulla rilevanza degli apparati politici nell'individuazione dell'interesse pubblico specifico cfr. anche D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 21-23, nonché M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., p. 699 ss., spec. 700-709.

te importante nella riflessione attorno ai cosiddetti atti di programmazione strategica[118]. D'altronde, questa prospettiva sequenziale ha trovato di recente una delle attestazioni più incisive in uno scritto di Guido Corso, la cui chiarezza ne suggerisce il quasi integrale richiamo: gli obiettivi che sostanziano il potere di indirizzo politico-amministrativo attribuito agli organi di governo dall'art. 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, «non sono altro che fini, la cui attuazione è affidata ai dirigenti generali […] i quali a loro volta assegnano agli altri dirigenti l'attuazione dei progetti (ossia dei fini) che essi stessi elaborano, specificando gli obiettivi a loro assegnati dagli organi di governo. Questi ultimi, a loro volta, non inventano fini nuovi: ma specificano i fini stabiliti dalla legge. Questa sequenza ci segnala che i fini determinati dalla legge trovano specificazioni, sempre in termini di rapporto fini-mezzi, anche all'interno delle amministrazioni»[119].

Salvo ritornare sull'argomento (*infra* par. 2.2.), rimane qui da ricordare che questa «gradualità»[120] del processo che separa il momento legislativo da quello amministrativo-provvedimentale è emersa chiaramente anche nella riflessione dottrinale sugli atti amministrativi generali. Sia che la legge elenchi alcuni interessi senza individuarne per ciascuno il «peso relativo», sia che l'indicazione dei fini da perseguire lasci «sostanzialmente indefinito il contenuto degli interventi pubblici», sia che l'attribuzione riguardi un solo interesse «ma con una amplissima latitudine di apprezzamento», il deficit, si è infatti detto, viene spesse volte sanato dall'adozione di atti amministrativi generali, i cui precetti «incidono sull'ordine dei fini»[121].

Ciò chiarito sotto il primo profilo (quello della progressiva marginalizzazione della legge nell'individuazione del fine), utili consi-

---

[118] Cfr. M. D'Orsogna, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 38-54. Sul punto anche A. Zito, *Profili funzionali del procedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, p. 159 ss., spec. 169-170, nonché F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit., pp. 88-90.

[119] G. Corso, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 15 ss., spec. 20. Sul rapporto sequenziale "fini-mezzi" dal punto di vista delle fonti normative, si v. *infra* nt. 138.

[120] Aspetto, questo, su cui si è ampiamente soffermato A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., pp. 77-165.

[121] G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 187.

derazioni sul significato attuale del principio di funzionalizzazione possono essere tratte da alcune delle riflessioni che hanno interessato il tema della discrezionalità, non fosse altro perché è lì che l'idea della *deputatio ad finem*[122] si è fatta più rilevante: d'altronde, non può essere trascurato che proprio la discrezionalità rappresenta anche un elemento di attenuazione del risvolto più drammatico del principio di funzionalizzazione, ovvero la massimizzazione "sempre e comunque" dell'interesse pubblico identificato dalla legge[123].

Nella consapevolezza che «nella discussione sulla discrezionalità non vi è solo una storicità delle soluzioni, ma prima di tutto una storicità del problema»[124] e che quindi discorrere della discrezionalità significa anzitutto storicizzare il problema amministrativo, si deve premettere che ciò su cui qui ci si intende soffermare non è che un inciso che contempla solo alcuni dei passaggi fondamentali di una immensa operosità dottrinale qui difficilmente sintetizzabile.

Punto di partenza del ragionamento può essere il seguente. Come noto, nella elaborazione di Massimo Severo Giannini, la discrezionalità amministrativa è intesa come ponderazione tra un interesse pubblico essenziale (dato dalla legge) e la varietà di interessi pubblici e privati secondari[125]; e questa premessa consente di sgomberare il campo dall'idea che il risultato dell'attività amministrativa sia

---

[122] Si ricorderà la massima di M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 104, secondo cui il «nesso tra discrezionalità e pubblico interesse è quello che corre tra attività amministrativa e pubblico interesse specifico». Come ricorda S. Vinti, *La circolarità logica del diritto amministrativo*, cit., p. 173, con Giannini «il tratto caratterizzante del potere discrezionale» è stato individuato proprio «nella relativa funzionalizzazione rispetto all'interesse pubblico primario». Enfaticamente, E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1983, p. 281, con riferimento all'interesse pubblico primario parla di «centro focale della discrezionalità amministrativa».

[123] Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano Giuffrè, 1993, p. 48, che riconduce al «mondo immaginario» l'idea di una imperitura massimizzazione dell'interesse pubblico a cui è finalisticamente indirizzata l'azione amministrativa. Sul rapporto tra discrezionalità e interesse pubblico si v. anche R. Miccio, *Il pubblico interesse nell'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1948, 1, p. 291 ss.

[124] A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 66.

[125] In realtà, come affermato da B.G. Mattarella, *Discrezionalità amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1993 ss., spec. 1996, la tesi di Giannini deve essere interpretata nel senso che «la discrezionalità implica sempre un apprezzamento di interessi, ma non sempre una ponderazione di interessi diversi».

esattamente l'interesse pubblico essenziale individuato dalla legge, la risultante essendo piuttosto una versione "nuova" e composita di quello (*supra* par. 1)[126]. Così argomentando, si è poi detto, Giannini aveva percepito, ancorché in modo «logicamente implicito»[127], la rilevanza concettuale di ciò che poi è divenuto elemento centrale nella teorica successiva: l'interesse pubblico concreto, ovvero quello perseguito dall'amministrazione nella specifica vicenda procedimentale[128] (*infra* par. 2.2.).

Seguendo una importante e originale corrente di pensiero in cui si avverte l'eco della riflessione di Levi, conviene ora soffermarsi su ciò che Giannini parrebbe aver trascurato, ovvero il fatto che l'opera di ponderazione del valore dell'interesse pubblico essenziale a fronte degli interessi secondari[129] presupporrebbe non già solo il problema di definire le regole della comparazione[130], «ma soprattutto, e preliminarmente, la esatta individuazione del termine iniziale della comparazione (cioè l'interesse pubblico specifico)»[131]. È chiaro che

---

[126] M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 79.

[127] F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, p. 1045 ss., spec. 1070.

[128] Cfr. M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit., pp. 914-915, secondo cui affinché l'analisi giuridica non si arresti «ad uno stadio approssimativo» è necessario ricalibrare l'oggetto dell'indagine dottrinale, ponendo attenzione non più solo all'interesse pubblico individuato in astratto dalla norma, ma anche e soprattutto all'interesse pubblico in concreto che rappresenta «l'esito di una valutazione comparativa di interessi» e che come tale, nei casi di attività discrezionale, non è mai «determinabile *a priori*».

[129] Cfr. G. Barone, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, cit., p. 4, il quale rileva il problema della non univocità dei criteri che informano la graduazione e ricorda che per una parte della dottrina (A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 77) «tali criteri "nemmeno possono dirsi ispirati al principio della tendenziale prevalenza dell'interesse principale sugli altri"».

[130] Secondo R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 115, «il passaggio successivo, forse l'ultimo finora compiuto, della teoria della discrezionalità amministrativa» sta nell'aver risolto quel problema che «la tesi che è giunta a concepire la discrezionalità come confronto dialettico tra interessi non si poneva», ovvero il problema di giuridicizzare il modo di condurre il confronto e le valutazioni.

[131] N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, p. 413 ss., spec. 437. In tal senso anche F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà*, cit., p. 1261 ss., spec. 1273.

la premessa da cui muove questa dottrina è quella di cui si è detto sopra, ovvero la possibile indefinitezza dell'interesse pubblico specifico; un fatto, questo, da cui emerge ancora più chiaramente il nesso tra funzionalizzazione e discrezionalità: anche nella discrezionalità «il problema» è quello «di determinare l'ineliminabile vincolo teleologico costituito dall'interesse pubblico specifico»[132].

In questa dottrina, pertanto, la concretizzazione dell'interesse pubblico è una «costruzione» a carattere prioritario, che non si risolve nella attuazione (nel caso concreto) di un interesse già dato[133] meramente giustapposto agli interessi secondari; al contrario, quella elaborazione intende collocare il problema della individuazione dell'interesse pubblico in un momento antecedente: è «una sorta di problema nel problema»[134].

---

[132] N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., p. 440. Lì, infatti, si afferma che l'individuazione dell'interesse pubblico specifico non possa avvenire «attraverso un giudizio di valore articolato sulla giustapposizione tra interesse primario, dato praticamente per presupposto, ed interessi secondari, poiché la stessa individuazione dell'interesse primario deve soggiacere ad un criterio obbiettivo e giuridicamente rilevante, diversamente incorrendo la scelta nel rischio di apparire arbitraria, per essere arbitrario uno dei parametri su cui essa si compie»; e, si aggiunge, «la concretizzazione dell'interesse astratto, oltre a costituire l'oggetto di un problema dotato di autonomia propria, presenta una rilevanza, per dir così, pregiudiziale rispetto alla ponderazione comparativa della varia moltitudine di interessi compresenti nel caso».

[133] Correttamente, P. Salvatore, *La legalità nell'amministrazione*, in *Giur. amm.*, 2007, IV, p. 97 ss., spec. 99, rileva che, poiché l'interesse pubblico «è sempre meno un interesse "dato"» (la formula evidentemente richiama quella già impiegata da Nigro, v. *infra* nt. 152), non avrebbe più alcun senso ritenere che l'amministrazione debba «limitarsi ad attuare [l'interesse pubblico] nel caso concreto».

[134] N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., p. 439. La costruzione in concreto dell'interesse pubblico per mano della pubblica amministrazione non contrasta evidentemente con il principio di legalità-indirizzo. Altro sarebbe se l'amministrazione potesse qualificare in astratto come pubblico un interesse. In tal senso e a tal fine può essere ricordato che per F. Bassi, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, Mucchi, 1996, p. 243 ss., «se quindi la pubblica amministrazione trova lo scopo della propria attività nel soddisfacimento degli interessi pubblici, riesce difficile ritenere che sia compito della stessa pure provvedere alla qualificazione degli interessi come pubblici. Per pervenire a tale conclusione bisognerebbe infatti ammettere che sia la struttura amministrativa in definitiva a scegliere l'oggetto della propria azione e non già che la stessa sia meramente strumentale in vista del raggiungimento di un oggetto già precostituito. A nostro parere la prima alternativa non può essere accettata. Diversamente si perverrebbe al risultato di

L'individuazione dell'interesse pubblico specifico diviene perciò un fatto dell'amministrazione e questa proprio dal fatto deve partire[135]. Compreso, infatti, il rischio dell'arbitrio, si afferma che quell'opera di specificazione deve «soggiacere ad un criterio *obiettivo*», consistente nel confronto «con i fatti compresenti nel problema»[136].

Il percorso che deve seguire l'amministrazione ha una struttura eminentemente logica; l'esito di quel percorso è il risultato di una attività propriamente interpretativa: si parte da una idea sul "progetto" di interesse pubblico specifico da realizzare, formulata «dall'accostamento alla proposizione normativa astratta di quel fatto sulla cui rilevanza, appunto, l'autorità amministrativa è chiamata ad esprimere il proprio apprezzamento»; segue l'acquisizione dei fatti giudicati rilevanti rispetto a quella bozza di progetto, i quali concorrono «*pro quota*, alla conferma o meno delle singole aspettative di senso»; si giunge, quindi, all'individuazione, tra i fatti rilevanti, di «quello più significativo a costituire, nella fattispecie, l'elemento giustificativo di esercizio del potere»[137].

La premessa e la conclusione si saldano così attorno alla già rilevata crisi dell'interesse pubblico. In ciò, la conferma (l'ulteriore conferma) della possibile indeterminatezza dell'interesse pubblico specifico, la cui tipicità e compiutezza non è più predicabile come un a priori[138].

---

svuotare di contenuto il principio di legalità in quanto si lascerebbe arbitra la pubblica amministrazione di scegliere a proprio insindacabile beneplacito l'ambito dei propri poteri di ingerenza» (p. 244).

[135] «I fatti», si è detto, «son visti finalmente come elementi costitutivi di tale interesse» (N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., p. 450).

[136] Ivi, pp. 442 e 448.

[137] Ivi, p. 492 ss.

[138] Come è stato chiaramente rilevato, l'interesse pubblico specifico che deve essere perseguito dall'amministrazione «non ha più nulla di formale, cioè di normativo» (R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 110). Si consideri che per una parte della dottrina verrebbe meno anche il carattere della prevalenza, giacché se la disposizione che individua l'interesse pubblico è calata in un più ampio sistema normativo, di cui la Costituzione rappresenta il fondamento, allora questo dato «mette in discussione la prerogativa del legislatore allorquando non si limita a qualificare un interesse, ma giunge a definirne un carattere prevalente, che invece può manifestarsi solo sulla base di un giudizio di aderenza al caso di specie […]» (S. Torricelli, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionali-*

2.2. *L'interesse pubblico in concreto e la funzionalizzazione nel prisma dell'amministrazione di risultato*

Nella consapevolezza dell'esiguità delle notazioni che precedono, quanto si è detto è comunque sufficiente per assumere un nuovo punto di vista nell'indagine sul significato del principio di funzionalizzazione.

Nel mutato quadro esegetico non avrebbe più alcun preciso significato intendere la funzionalizzazione come principio che lega indissolubilmente l'ente e la sua attività all'interesse pubblico specifico. Abbandonato il riferimento all'attività amministrativa come attuazione della legge, preso atto dell'incapacità di questa a definire sempre e comunque l'interesse pubblico specifico, si ha che la definizione dello scopo amministrativo è costruzione progressiva e a geometrie variabili, che vede coinvolto il legislatore, gli altri organi politici e l'amministrazione, per così dire, "puntuale"[139].

Si giunge per questa via ad una delle affermazioni più *tranchant* e incisive: «si ritiene ancora oggi da molti che l'amministrazione sia tenuta a perseguire un interesse pubblico predeterminato *in toto* dalla legge. Questa è una visione astratta, anzi profondamente imprecisa»[140]. L'azione amministrativa non è più chiamata a soddisfare un interesse "irreprensibilmente" definito a monte dal legislatore[141]; essa invece deve perseguire l'interesse pubblico concreto – «il risultato di un'operazione di composizione (mediante valutazio-

---

tà, cit., p. 10). Sul rapporto tra Costituzione e predeterminazione legislativa dei fini pubblici si v. anche G. Corso, *Il principio di legalità*, cit., p. 17, secondo il quale «è la Costituzione il luogo nel quale i fini della società, presente e futura, vengono prima di tutto stabiliti. La legge è chiamata a svolgere questi fini, a specificarli». Sulla fitta rete di vincoli che circonda l'attività politica (*lato sensu* intesa) nell'individuazione dell'interesse pubblico si v. M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, cit., p. 701.

[139] Complessità, questa, efficacemente colta da G. Clemente di San Luca, *La definizione dell'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 349 ss.

[140] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 185; nello stesso senso, cfr. Id., *Attività amministrativa*, cit., p. 90.

[141] Per una critica alla tesi di Zanobini e di Giannini sulla "esaustività" della determinazione dell'interesse pubblico per via normativa si v. A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, cit., pp. 72-73, nt. 46.

ne positiva o negativa, selezione, combinazione, e così via) di vari interessi pubblici (tenendo presente anche gli interessi privati)»[142] – individuato nel farsi e nel divenire del procedimento[143]. L'interesse pubblico che quindi l'amministrazione è chiamata in concreto a perseguire in ciascuna occasione «non è uno degli interessi pubblici dati dalle leggi (né l'interesse primario né uno degli interessi secondari)» – tanto più che talvolta, si è detto (*supra* par. 2.1.), è la stessa amministrazione a dover finanche individuare l'interesse pubblico specifico-primario – «ma è un interesse (composto, misto frutto di confronto o compromesso) diverso, scolpito (o costruito) dalla stessa amministrazione attraverso le operazioni di valutazione comparativa)»[144]: insomma, «muta il concetto di vincolo teleologico»[145]. Per dirla con Patroni Griffi, il salto dall'interesse pubblico predefinito all'interesse pubblico «mutevole» è compiuto[146].

Rispetto a queste conclusioni, però, un dato rimane ancora in-

---

[142] F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, cit., p. 1274. Sul «coordinamento, ovvero la composizione di interessi pubblici» alla stregua di un elemento della «nozione di buona amministrazione» cfr. G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo: i presupposti e le tendenze*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 148.

[143] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., p. 1071. Rimane, però, fermo quanto osservato da M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., p. 39, nt. 12, e cioè che «il concetto di interesse specifico al cui raggiungimento l'attività di ciascun ente è indirizzata non coincide con il concetto secondo il quale l'amministrazione trae l'interesse concreto da perseguire dalla valutazione degli interessi con riferimento ad ogni singolo caso concreto». In tal senso, si v. anche S. Piraino, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, cit., pp. 52-54, nonché 80-81, nt. 57.

[144] F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., p. 1070.

[145] N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., p. 452.

[146] F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa nel 2019*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, p. 140 ss., spec. 142. Sulla mutevolezza dell'interesse pubblico, fondamentale è il rinvio a quanto affermato da G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., p. 63: «[l']attuale contesto di complessità sociale non consente una individuazione astratta ed aprioristica dei singoli interessi pubblici. Gli stessi proprio in virtù della dinamicità che ripetono dalla base sociale, non si prestano essere predefiniti ed inquadrati entro date relazioni organizzative ma solo ad essere confrontati per ricevere a seguito di tale confronto dialettico, la dimensione e la collocazione reciproca. Ogni interesse è dunque un qualcosa di costruito, e cioè la sintesi puntuale e immutabile di un processo concreto di valutazione qualitativa e quantitativa dei vari interessi pubblici, generali e settoriali, collettivi ed individuali che concorrono in una data situazione sociale».

spiegato. Come coordinare la crisi del concetto tradizionale di funzionalizzazione con la ricordata previsione dell'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990, secondo cui «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge»?

Poco o forse nulla potrebbe la crisi del principio di legalità di cui si è detto, perché con l'argomento dell'insufficienza della legge quale unica fonte tanto per la produzione del diritto quanto per la legittimazione del potere amministrativo[147] non si potrebbe annientare una prescrizione che, con un colpo di coda, tende a ribadire quel valore della cui crisi si tratta.

Si è allora a fronte di una triplice *impasse*. La prima risiede nell'argomentazione di chi ancora si riferisce alla funzionalizzazione secondo i ben consolidati schemi, quella dottrina trovando dinanzi a sé lo scoglio della tendenziale astrattezza dei fini pubblici; la seconda si pone sul fronte di chi propone di integrare il vincolo posto dal legislatore con gli indirizzi derivanti dagli organi politico-amministrativi; la terza, infine, interesserebbe la dottrina poc'anzi esaminata, quella avendo posto l'oggetto del vincolo non sul fine determinato dalla legge ma su quello determinato dall'amministrazione.

A questo dilemma si può cercare di dare una soluzione, che è duplice nella sua articolazione.

In primo luogo, è necessario rilevare che sussiste un coordinamento tra le tesi esposte.

L'una tesi non esclude le altre, potendo anzi dirsi che l'evoluzione dottrinale (non cronologica, bensì concettuale) non è stata necessariamente ispirata dalla volontà di avvicendare, quanto piuttosto dall'esigenza di precisare e integrare istituti fondamentali e quindi irretrattabili del diritto amministrativo[148]. Così argomentando, rimane fermo che il fine predeterminato dal legislatore è un interesse «cui dovrà essere data particolare attenzione»[149], giacché vincola tutta

[147] S. Cassese, *Alla ricerca del Sacro Graal*, cit., pp. 795-797.

[148] In tal senso deve leggersi A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., pp. 130-131: «non si è mai negato che l'esercizio del potere discrezionale nella esperienza attuale desse luogo, per definizione, ad attività giuridica non libera, ma vincolata nel fine o funzionalizzata […]. Si è invece evidenziato il problema della concreta individuazione del fine».

[149] D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 27.

la sequenza che origina dalla norma: così per l'indirizzo dell'organo politico, che determina gli obiettivi che l'amministrazione deve perseguire «nell'ambito di quanto indicato dalla legge solo in via generale»[150]; così anche per l'amministrazione puntuale che edifica l'interesse pubblico concreto – ovvero il criterio di valutazione per definire l'assetto finale degli interessi – costruendolo sì con gli interessi in gioco, ma sulle fondamenta dell'interesse pubblico primario definito (con variabilità di precisione) dalla legge e siccome specificato dagli organi politici.

In secondo luogo, vi è poi da considerare un dato recato dal diritto positivo.

L'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990, cela dietro ad un mutamento (solo apparentemente) lessicale una variazione che assume valore anche e soprattutto sostanziale. In tal senso, una parte della dottrina ha evidenziato l'uso normativo dell'espressione «i fini determinati dalla legge», o, meglio, ha stigmatizzato l'abbandono della concorrente formula "interessi pubblici"[151]. La scelta legislativa, si è detto, esplicita la volontà di abdicare all'idea che l'azione amministrativa sia vincolata ad un presupposto dato, fisso e soggettivato in capo all'ente (è la crisi dell'interesse pubblico inteso come una *datità*[152]). Al centro dell'espressione «i fini determinati dalla legge» – espres-

---

[150] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 42.

[151] Cfr. M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 121 ss., nonché M. D'Orsogna, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 50-54.

[152] Come osservato da M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, cit., p. 702, l'interesse pubblico «non è più qualcosa di dato, di fissato da somme decisioni […] avvolte dalla veste solenne della legge». Così anche R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 145, che ricorda che gli interessi pubblici «sono sempre più raramente dati (dalla legge) e sempre più spesso interpretati nel corso di procedimenti […]». Nello stesso senso si v. M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 191 e 204, nt. 70, ove, nell'ambito di una rilettura delle dinamiche procedimentali svolta nell'ottica della «coalizione decisionale» (sul punto si v. però *infra* nt. 203), si osserva che «lo scopo concreto in vista del quale il decisore agisce non [può] più presentarsi come una variabile indipendente dallo svolgimento del processo decisionale, quale dato esogeno, prefissato e riconoscibile da tutti come prioritario».

sione che, certo, valida la connotazione teleologica dell'attività amministrativa (in ciò, allora, la validità della tesi tradizionale che vede nella funzionalizzazione il vincolo al perseguimento dello scopo legislativamente previsto) – è posto infatti un dato finalistico obiettivato, ovvero un fine che non è più un interesse di parte e quindi un presupposto dell'azione definito a priori rispetto al quale ogni altro interesse si trova in un rapporto di necessaria corrispondenza o divergenza. E se è vero che l'obiettività di quel fine sta anzitutto nella predeterminazione legislativa, ciononostante non in questa si risolve; il fine «rappresenta un'esigenza-scopo» da definire in relazione ai fatti e agli interessi obiettivamente emergenti nella vicenda concreta (in ciò la validità della tesi che promuove la centralità dell'interesse pubblico in concreto) e, una volta costruito, funge da «regola "arbitrale"» per la composizione terminale degli interessi[153].

Da quanto precede risulta che la previsione di cui all'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990, non osta ad un parziale aggiornamento del principio di funzionalizzazione. Ed anzi, in definitiva, se si vuole potrebbe finanche risultare confermata la validità della concezione tradizionale – perché d'altronde essa ancora riesce a fare presa, quantomeno nelle ipotesi di più macroscopica deviazione dal fine

[153] G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, cit., pp. 1309-1310 e 1313. Sull'interesse pubblico in concreto come criterio di valutazione per determinare il contenuto del provvedimento (altrimenti a dirsi, l'assetto finale degli interessi), cfr. anche F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, cit., 1274. Sulla de-soggettivazione dell'interesse pubblico si consideri anche U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 133: «la discrezionalità non può più dirsi orientata a guisa di attività di parte verso un fine specifico proprio dell'autorità e dunque unilaterale, ma piuttosto verso un fine comprensivo di tutte le posizioni parziali». Che l'interesse pubblico non rappresenti l'interesse dell'amministrazione è considerazione esplicitata anche da F. Levi, *L'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 315, da R. Miccio, *Il pubblico interesse nell'atto amministrativo*, cit., p. 293, nonché da M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit., p. 924, secondo il quale gli interessi pubblici «non si potranno più presentare quindi come interessi di uno Stato-apparato contrapposto alla *societas civium*», sicché «riacquisterà così la locuzione "pubblico" il suo significato originario (in quanto "*publicus*", attraverso "*oplicus*" deriva da "*populus*")». Parzialmente diversa è la posizione di A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, cit., p. 85, per il quale «gli interessi pubblici, al plurale, sono in effetti veri e propri interessi, confrontabili con gli interessi privati».

specifico legalmente prestabilito[154] –, ma a condizione di riferirvisi non evocando un'imprecisa e oramai superata idea di attuazione *sic et simpliciter* della legge (*rectius*: del fine legale), bensì ponendo quel principio e il suo risvolto (il vincolo rispetto alla legge) come *premessa* teorica, l'uno, e *perimetro* concreto, l'altro[155], di una attività amministrativa "creativa" da esplicarsi nel prisma di una legalità «in forma inautentica», perché arricchita dal valore materialmente normativo di tutta quella sequela di atti che legge in senso formale non sono[156], ma che in un'amministrazione orientata al risultato sono parimenti indispensabili.

Le affermazioni si saldano così nell'alveo concettuale dell'amministrazione di risultato, concetto polisenso che, quale ne sia la più corretta spiegazione[157], è irrimediabilmente articolato attorno alla rilevanza del profilo teleologico ed è essenzialmente disarticolato in due componenti, quella preventiva della programmazione e quella successiva del controllo e del connesso regime delle responsabilità[158]. Ma è

---

[154] Con l'avvertenza, però, che l'affermazione risulterebbe contraddetta in relazione alla estrema genericità dei fini degli enti territoriali (*supra* par. 2).

[155] Per D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 27, l'interesse pubblico in concreto «sarà da definire, a posteriori […] conformandosi alle indicazioni concernenti l'interesse pubblico primario».

[156] F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit., pp. 88-90. Si consideri che per Scoca, la legalità in forma «inautentica» non abilita soltanto la specificazione progressiva dell'interesse pubblico sino alla sua puntuale concretizzazione, ma consente all'amministrazione di porre essa medesima, nella sua attività normativa e programmatoria, interessi pubblici astratti» (90). Nello stesso senso, cfr. Id., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., p. 1071.

[157] Sulle possibili declinazioni e sulle plurime implicazioni dell'amministrazione di risultato si v. M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., *passim*. Sul collegamento tra l'amministrazione di risultato e la responsabilizzazione della pubblica amministrazione nell'assunzione delle scelte, è centrale lo scritto di M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002. Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'Amministrazione. Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti. Normazione e funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale. Proposte di riforma dello status giuridico dei professori e ricercatori universitari. Meccanismi di selezione e criteri di valutazione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 107 ss., spec. 109, ora anche in Id. *Amministrazioni pubbliche e nuovi mondi*, Bologna, il Mulino, 2019.

[158] Cfr. F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit., pp. 102-103. Quanto alla responsabilità, una recente affermazione dottrinale (G. De Giorgi Cezzi, *Autonomie locali e responsabilità. Un nuovo modo di amministrare*, in *ambientediritto.it*,

la sola programmazione[159] (v. anche *infra* par. 5, cap. II) che qui interessa e lo è in ragione del fatto che nella sua funzione – anticipatrice dei fini e degli obiettivi da raggiungere – si trova *in nuce* la crisi della "datità" e della connessa teorica della funzionalizzazione relativa ad un interesse pubblico legalmente predefinito.

Difatti, connotata sotto il profilo soggettivo dall'alterità del decisore rispetto alla figura del legislatore, la prefigurazione programmatica dello scopo[160] – che poi altro non è che «la prima fase del processo di concretizzazione dell'interesse pubblico»[161] – presuppone

---

2020, 4, p. 1 ss.) ha tracciato una efficace linea di continuità tra atto, ordinamento e risultato, valevole soprattutto nel contesto locale, laddove più «emerge il problema del risultato che si interseca con quello della responsabilità» (6): «se l'attività di servizio non si esaurisce, nella sua efficacia, nella disciplina di un rapporto intersoggettivo, ma dall'atto ritorna all'ordinamento per poi di nuovo rifluire in veste ordinamentale sul singolo rapporto, la responsabilità dell'amministrazione per mancato raggiungimento degli obiettivi si comprende solo se si inserisce in quel flusso in termini generali e non nel rapporto tra norma e attività proprio della funzione» (5). Sul rapporto tra amministrazione di risultato e responsabilizzazione rispetto alle scelte assunte, cfr. M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, cit., *passim*.

[159] Autorevole dottrina ha del tutto correttamente ancorato il tema del risultato amministrativo all'affermazione della «attività amministrativa per programmi»: superando le tesi che "arretrano" il principio di legalità dinanzi all'amministrazione di risultato («l'amministrazione», si è infatti detto, «deve [conseguire il risultato] rispettando la legge») e quelle che risolvono l'uno nell'altro, S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 39 ss., spec. 49, ha affermato che «[i]l conseguimento del risultato presuppone, pertanto, l'esistenza di una attività finalizzata a tale obiettivo. L'attività diretta al perseguimento del risultato amministrativo, nell'attuale fase storica, è l'attività di programmazione per obiettivi». Sulla programmazione in genere cfr. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1993, p. 281 ss. Sulla programmazione come espressione del principio di buona amministrazione, cfr. G. Abbamonte, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 796 ss.; sulla programmazione come «procedimento di procedimenti», che implica «predeterminazione degli obiettivi e predisposizione di una strategia per realizzarli attraverso un insieme di interventi coordinati», si v. G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, cit., p. 193.

[160] Su cui si v. anche A. Romano Tassone, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, cit., p. 9.

[161] R. Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, 4, p. 647 ss., spec. 679. Sul raccordo tra Stato sociale e programmazione cfr. A. Barone, *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 2, p. 261 ss., spec. 263: «l'aspetto giuridico più rilevante dello stato sociale [deve essere] individuato nella programmazione, intesa come metodo democratico per raggiungere le mete sociali poste dalle Costituzioni».

ex se l'inidoneità del fine legale a costituire l'oggetto univoco e irriducibile di un vincolo che solo teoricamente si dice essere predeterminato[162], ma che invece è graduale o, meglio, sequenziale: nel solco dell'interesse pubblico astratto, le specificazioni che si susseguono nell'unitario arco della operazione amministrativa[163] rinnovano e in-

[162] Sulla programmazione come fattore che contrae l'area della discrezionalità cfr. E. Casetta, *I profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, p. 3 ss., spec. 12: la riduzione della discrezionalità è, infatti, la conseguenza *inter alia* delle «attività di pianificazione e di programmazione, che sposta[no] a monte le scelte medesime, lasciando all'autorità che deve provvedere nei casi concreti soltanto l'applicazione di piani e programmi in base a valutazioni tecniche».

[163] L'uso che qui si fa dell'espressione "operazione amministrativa" è in parte riconducibile a quello già autorevolmente indicato da M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953, p. 64, nt. 36, laddove l'operazione amministrativa è intesa alla stregua di «una serie di attività della pubblica Amministrazione dirette alla realizzazione di un unico risultato» (ma si v. anche G. Sala, *Operazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, p. 319 ss., spec. 324). Si vuole però aggiungere che nell'operazione amministrativa prende parte non solo l'amministrazione *lato sensu* intesa, ma anche e primariamente il legislatore. L'operazione amministrativa va cioè colta nel *continuum* tra il momento legislativo, quello politico-amministrativo e, infine, quello propriamente amministrativo; prospettiva, questa, esortata anche dalla non controvertibile affermazione secondo cui l'amministrazione «non è un *a priori*, ma è lo strumento per raggiungere l'obiettivo voluto dalla legge: in altri termini, la legge usa l'amministrazione come mezzo per pervenire allo scopo previsto» (M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 637 ss., spec. 669). In quest'ottica, operazione amministrativa e decisione amministrativa sono concetti che si saldano attorno ad una visione dinamica della realtà giuridica. È peraltro noto il dibattitto sulla nozione di "decisione amministrativa", ma che si tratti *i)* di atti ricognitivi «che riconoscono e dichiarano senza forza di giudicato» la conformità alla legge di un atto amministrativo (C. Vitta, *Nozione degli atti amministrativi e loro classificazione*, in *Giur. it.*, 1906, IV, p. 183 ss., spec. 213), *ii)* di «atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso» (M. Nigro, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 810 ss., spec. 812), *iii)* di provvedimenti amministrativi (E. Cannada-Bartoli, *Decisione amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, Utet, 1960, p. 268 ss., spec. 270), o *iv)* di provvedimenti che pongono «proposizioni giuridiche precettive» e che in queste esauriscono la «propria specifica ragion d'essere» (M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 141; categoria, questa, che per F. Merusi, G. Toscano, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss., spec. 2, si è poi rivelata «superflua»), è questione non dirimente, nella misura in cui con quella espressione qui si intende fare riferimento (ce ne si avvede, banalizzando un po' il problema classificatorio) al solo concetto di "scelta" (la prospettiva assunta ha il conforto della dottrina più recente, tra cui A. Romeo, *Dalla forma*

tensificano volta per volta la funzionalizzazione[164], che, se si vuole, perde così il carattere dell'univocità, dissolvendosi *in un divenire*[165] e *nel divenire* dell'intera operazione amministrativa[166].

Che poi ne vada del significato dell'espressione "amministrazione di risultato" è questione ulteriore, ma pare potersi convenire con chi ha ammesso che tra l'amministrazione di legittimità e l'ammini-

---

al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa, in *Dir. amm.*, 2018, 3, p. 551 ss.). Piuttosto, ciò che è meritevole di attenzione è l'intuizione sulla dinamicità che caratterizza ogni decisione/scelta amministrativa: «il processo di formazione delle decisioni amministrative si articola in momenti non solo logicamente ma anche giuridicamente differenziati» e «si presenta come la successione di una serie di scelte sui valori e sugli obiettivi da perseguire, cui si succedono una serie di decisioni volte alla concretizzazione dei fini e degli obiettivi prescelti» (A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 77 ss., spec. 92 e 95).

[164] Come affermato da M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., p. 104, il contesto normativo, legislativo e regolamentare, sempre più legittima e obbliga l'amministrazione a prefigurare gli obiettivi che intende raggiungere nell'esercizio della propria attività, con la conseguenza che così agendo l'amministrazione finisce per improntare e funzionalizzare ulteriormente ogni sua futura determinazione.

[165] La prospettiva assunta nel negare che tanto il principio di funzionalizzazione quanto l'oggetto del vincolo medesimo siano caratterizzati dal profilo della staticità (nel senso dell'esistenza di un preciso vincolo di soddisfazione rispetto ad un fine dato dal legislatore) trova il conforto di G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, cit., pp. 198-200: stante l'incapacità della legge nel predeterminare chiaramente l'interesse pubblico e considerando che alla sua individuazione sopperisce l'attività interpretativa, il vincolo nel fine si risolverebbe (la sua «essenza» si risolverebbe) in un *quid minus* e cioè nel tener presente, nel contemplare, il fine descritto dalla norma; e a ciò soccorrerebbero le regole di comportamento che nel loro insieme garantiscano proprio il sindacato sul fatto che «il fine od i fini prescritti [siano] stati effettivamente tenuti presenti».

[166] Sul condizionamento spiegato dalla programmazione nel farsi dell'operazione amministrativa si v. D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005. Utilmente si può richiamare quanto affermato da A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, cit., p. 69 ss., spec. 72: «l'attività di individuazione dell'interesse pubblico non avviene una volta per tutte in un solo momento, ma risulta dalla costante combinazione di influenze diverse, alcune delle quali derivano dalle esperienze passate, mentre altre nascono dalle scelte che ciascun singolo operatore giuridico compie *hic et nunc* nell'esercizio delle funzioni affidategli». Questa idea di sequenzialità è chiara anche in G. Corso, *Il principio di legalità*, cit., p. 17: «i fini pubblici, come quelli degli individui, sono concatenati in una sequenza in cui i fini più vicini costituiscono mezzi rispetto ad altri meno prossimi che a loro volta sono mezzi per il raggiungimento di fini più lontani, e così via».

strazione di risultato non vi sia alcuna «contraddizione»[167]; se non altro perché la conclusione – quandanche non si volesse condividere l'idea-presupposto secondo cui «il risultato dell'amministrazione […] è voluto dalla legge»[168] – ben si confà alla prospettiva del risultato come specificazione amministrativa di un fine legale troppo astratto per assurgere a vincolo.

Rimane da osservare che l'«autocefalia dell'amministrazione nella determinazione delle proprie finalità», a cui fa riferimento Romano Tassone, è un attributo innegabilmente reale, ma la sua ammissibilità sul piano teorico è giustificata dal fatto che l'autocefalia è tale solo sul piano «sostanziale»[169]: formalmente, il presupposto, ossia la concezione legale del fine, pare essere irrinunciabile[170].

Su questo sfondo, può allora dirsi che, se l'amministrazione di risultato ha il suo tratto caratteristico nella predefinizione del fine a cui deve rispondere un dato provvedimento, la funzionalizzazione nell'amministrazione di risultato si contraddistingue per essere progressiva e dinamica – va cioè da un minimo ad un massimo, con il progredire dell'operazione amministrativa – così come dinamico e «mutevole»[171] è per l'appunto il suo oggetto, ovvero l'interesse pubblico.

---

[167] M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., p. 669.

[168] *Ibidem*.

[169] A. Romano Tassone, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, cit., p. 8.

[170] Si consideri che la legge non può abdicare alla funzione di indirizzo, così come è dato desumere dalla considerazione per la quale il legislatore sarebbe libero di non disciplinare l'esercizio del potere, ma a condizione di fare salva la «operatività del vizio di eccesso di potere» (R. Cavallo Perin, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 4, p. 517 ss., spec. 543). Ancora di recente, R. Cavallo Perin, richiamando lo scritto appena citato, afferma che «neppure la legge può sciogliere dalla funzionalizzazione» (Id., *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 17 ss., spec. 22, nt. 27).

[171] F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa nel 2019*, cit., p. 142.

3. *La funzione collaborativa della partecipazione nella definizione dell'interesse pubblico in concreto*

Dal discorso sin qui condotto sarà parso evidente che la riferita crisi dell'interesse pubblico specifico e, conseguentemente, della funzionalizzazione rappresenta "soltanto" un arretramento degli ideali sottesi a quei concetti e non già anche una crisi dei concetti medesimi. Altrimenti a dirsi, se di mito si vuol discorrere avendo riguardo all'interesse pubblico[172] è bene farlo con solo riferimento all'illusoria immagine di un fine necessariamente unitario o, comunque, assunto ad invariante dal legislatore; ma non è poca cosa, perché il pensiero riverbera i propri effetti tanto sul piano della fondatezza del rigido vincolo biunivoco tra legge e attività amministrativa quanto su quello della pretesa superiorità dell'interesse pubblico rispetto ad ogni altro interesse privato.

Come concetti, specialmente come concetti che esprimono limiti positivi per l'agire amministrativo, l'interesse pubblico e la funzionalizzazione mantengono, invece, una certa validità. Eppure, quel valore positivo muta di significato rispetto alla teorica zanobiniana. La legge e l'interesse pubblico "legale" non indicano più ciò che l'amministrazione deve fare; piuttosto segnano il perimetro entro cui gli organi di indirizzo politico e l'amministrazione devono specificare, progressivamente, «l'interesse pubblico amministrativo»[173]. In ciò sta il mutato valore del principio finalistico: con esso si esprime anche il dovere, teleologicamente orientato, di concretizzare l'interesse pubblico lungo tutta la sequenza dell'operazione amministrativa, attraverso un'opera di «adattamento» che va «riducendosi progressivamente a mano a

---

[172] S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 58. Sulla crisi del principio di legalità «negli ordinamenti democratici di società complesse» si v. F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 111 ss.; nonché, cfr. U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 214, che chiaramente evidenzia la «sfrangiatura dell'interesse pubblico unitario in tanti interessi pubblici settoriali».

[173] Espressione impiegata da M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 3, p. 715 ss., spec. 758, nt. 61, e ripresa più di recente nell'ampio studio di A. Cioffi, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 4/5, p. 797 ss., spec. 817 ss.

mano che si passa dalle attività d'indirizzo politico e di creazione del diritto a quelle di esecuzione delle norme»[174].

Un secondo dato, poi, rimane meno evidente, ma è comunque implicito in quanto si è detto. Nel passaggio dalla soggettivazione alla oggettivazione dell'interesse pubblico primario si è consumata del tutto curiosamente una de-oggettivazione dello stesso. Lo si è visto, il fine pubblico entra nelle vicende amministrative non più come un interesse di parte (qui la de-soggettivazione[175]), ma al contempo, con la crisi del principio di legalità, esso ha perduto quel carattere oggettivato che è proprio di una determinazione di origine legislativa (qui la de-oggettivazione). E allora, rimesso com'è ad un'opera di specificazione successiva, l'interesse amministrativo potrebbe dirsi – e non a torto – esposto all'arbitrio del decisore pubblico.

Emerge così ciò che finora è rimasto sottaciuto: il problema dell'individuazione dell'interesse pubblico è, allora, anche un problema di applicazione delle regole modali della procedimentalizzazione e della partecipazione[176]. D'altronde, e per converso, è ampiamente noto che è proprio nella teorica dell'azione amministrativa come attuazione della legge che si trova il germe del disinteresse dottrinale per lo studio dell'attività e delle dinamiche procedimental-partecipative, a tutto favore dell'atto[177].

---

[174] A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, cit., pp. 76-77. Per l'A., infatti, come peraltro già anticipato *supra* nt. 166, l'individuazione degli interessi pubblici si articola in una «progressiva specificazione di quelli che appunto risultano dall'esperienza anteriore onde passare dalle formulazioni generali desumibili da testi come la Costituzione, le leggi di piano, leggi-cornice, ecc., ad applicazioni sempre più dettagliate in corrispondenza con le esigenze concrete dei casi particolari».

[175] Cfr. R. Cavallo Perin, *L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia*, in *Annuario 2011. L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 265 ss., spec. 280, ove l'A. afferma che «l'interesse pubblico non è l'interesse soggettivo della pubblica amministrazione, ma la qualificazione oggettiva con la quale l'ordinamento offre la cura della pubblica amministrazione (protezione amministrativa) ad interessi che sono presenti nella società». Nello stesso senso, Id., *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, cit., p. 23.

[176] Chiaramente sul punto si v. M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 6, il quale rileva che la centralità del procedimento nelle dinamiche dell'azione amministrazione è anche conseguenza della «difficoltà di determinare l'interesse pubblico in sede normativa».

[177] Cfr. M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 988 ss. Sul passaggio dall'atto al procedimento nel mutato approccio dottrinale cfr. D. Bortolotti, *Attività preparatoria e funzione amministrati-*

Ebbene, preso atto che, una volta superata la soglia degli indirizzi degli organi politico-amministrativi, l'interesse pubblico in concreto si compone della sommatoria degli interessi emergenti, deve essere aggiunto che affinché un risultato "algebrico" vi sia è necessario che gli addendi siano collezionati in modo esaustivo: non serve indugiare eccessivamente, salvo quanto si dirà più oltre, sul fatto che sono il procedimento e la partecipazione, rispettivamente, il luogo e lo strumento che consentono la piena emersione, raccolta e comprensione di tutti gli interessi in gioco[178].

---

va. *Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 91 ss. Un efficace ritratto dello scarso rilievo accordato alla partecipazione nei sistemi amministrativi fondati sulla tradizione francese (anche in un'ottica comparata) è offerto da M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, p. 1 ss., spec. 5-22.

[178] Cfr. A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 8-9, che pone esattamente in raccordo procedimento e partecipazione con la definizione dell'interesse pubblico: tenuto conto che il fine pubblico non è più «un'entità individuata a priori» e assodata «l'incapacità della legge attributiva del potere di svolgere il ruolo di selezione degli interessi rilevanti», l'interesse pubblico «diventa oggetto di determinazione nello svolgimento dell'azione amministrativa attraverso la prospettazione di tutti gli interessi in gioco, la quale, come tale, non può che derivare dal coinvolgimento dei titolari degli interessi stessi nel processo di decisione». Nelle pagine che seguono non troverà analisi il tema degli accordi amministrativi, tenuto conto che, sebbene in quello possa essere colto un ulteriore aspetto della partecipazione nella definizione dell'interesse pubblico concreto, esso è argomento vastissimo che meriterebbe una trattazione a sé: a tal riguardo, e senza pretesa di esaustività, si fa rinvio agli scritti di E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffrè, 1992, (specialmente in relazione alla esatta considerazione secondo cui gli accordi consentirebbero all'«interesse privato, anziché [di] mimetizzarsi o nascondersi dietro l'interesse pubblico, [di venire] in evidenza nella sua esatta identità affinché la pubblica amministrazione sia tenuta a compiutamente evidenziare le ragioni dell'accordo con il privato, anziché a "fingere" la cura di un interesse pubblico cui resti (apparentemente) estraneo il contestuale soddisfacimento dell'interesse privato», così a p. 83; per considerazioni in parte corrispondenti cfr. R. Ferrara, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, Utet, 1993, p. 543 ss., spec. 553), di N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1, p. 1 ss. (con particolare riferimento alle iniziali resistenze, nella prassi amministrativa e nella pratica delle Corti, rispetto all'utilizzo della disciplina recata dall'art. 11, l. n. 241/1990 ed altresì in relazione alla «portata generale» dell'art. 11, quale «norma che ambisce a fornire una regolamentazione, almeno per tratti generali, valida per tutte le manifestazioni di consensualità nei rapporti amministrativi, ossia per tutti gli atti negoziali conclusi tra p.a. e privati aventi ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo»,

Il discorso sin qui condotto, pertanto, non può che arricchirsi avendo riguardo a quello che pare essere il significato "più sostanziale" e attuale del procedimento e della partecipazione[179]. Alla luce della «crisi del rapporto "classico" tra legge e atto amministrativo»[180], il procedimento – lungi dall'essere risolto nella concezione formale[181] e dal rivestire la sola funzione di accertamento della corrispondenza tra base legale e provvedimento *in fieri*[182] – e la partecipazione – lungi dall'essere un mero strumento di garanzia[183] – si ricompongo-

così a p. 9), di M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., p. 167 (in riferimento alla natura non contrattuale degli accordi *ex* art. 11; sul punto, peraltro, per una efficace sintesi cfr. F. Satta, F. Cardarelli, *Il contratto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 2, p. 205 ss., spec. 222-223), e di G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003, quale opera di sistema, sia per l'ampiezza delle tematiche affrontate sia per la bibliografia lì impiegata (e a cui si fa sicuramente rinvio).

[179] Fermo restando che il modello e la natura della partecipazione sono concretamente caratterizzati «dal tipo di procedimento in cui essa si colloca» (F. Fracchia, *Analisi comparata della partecipazione procedimentale nell'ordinamento inglese ed in quello italiano*, in *Dir. soc.*, 1997, 2, p. 189 ss., spec. 200, ma si v. anche 197 e 209 ss.; nonché, Id., *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 1, p. 11 ss., spec. 20-21). Nello stesso senso cfr. L. Torchia, *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, in *Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 71 ss.

[180] G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 557.

[181] Cfr. A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1964. In tema, anche nella prospettiva della progressione delle teorie dottrinali sul procedimento, si v. E. Cardi, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Treccani, 1995, p. 1 ss.; A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Diritto amministrativo generale*, II, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1035 ss.; D. Bortolotti, *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, cit., pp. 21-42; P. Lombardi, *Le parti del procedimento amministrativo: tra procedimento e processo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 45 ss.

[182] G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 556.

[183] Cfr. M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1429 ss. L'interpretazione della partecipazione alla stregua di un'anticipazione delle garanzie giurisdizionali è stata criticata da F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., pp. 161-165: muovendo dal presupposto che tra garanzia e tutela non vi è necessaria coincidenza (p. 162), Ledda giunge alla conclusione che, per quanto la partecipazione sia anzitutto preordinata alla tutela delle situazioni giuridiche implicate (p. 169), di «compensazione può parlarsi non tanto per giustificare una sorta di parziale sostituzione della garanzia giurisdizionale, quanto per sottolineare la funzione integrativa che la partecipazione assolve rispetto al processo giudiziario e nell'ambito di questo, in quan-

no, divenendo assieme la premessa logico-giuridica[184] del descritto momento creativo.

È in questa prospettiva che l'indagine sulla partecipazione, intesa come strumento di collaborazione[185] oltreché di garanzia[186], si pone in continuità con e «pone l'accento sul perseguimento dell'interesse pubblico»[187]; d'altronde, come è stato correttamente osserva-

---

to consente al giudice di estendere il suo sguardo a un più vasto orizzonte e di adeguare il proprio sindacato alla natura ed al criterio delle operazioni che la decisione rende necessarie» (p. 162). Per una accurata analisi delle teorie dottrinali in tema di partecipazione si v. M. Cartabia, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241/1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 50 ss. Recente è lo studio sulle origini storiche della partecipazione nel procedimento amministrativo svolto da P. Patrito, *Premesse storiche e comparatistiche per uno studio sulla partecipazione al procedimento amministrativo*, Canterano, Aracne, 2018.

[184] Per G. Berti, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 4, p. 1861 ss., spec. 1878, nt. 21, il procedimento, con sue le garanzie dell'istruttoria e della partecipazione, è «esigenza costituzionale sovrapposta alla stessa legalità dell'Amministrazione».

[185] Questa funzione è stata ben evidenziata da E. Casetta, *I profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, cit., p. 3 ss., per il quale la funzione anticipatrice della tutela giurisdizionale rappresenterebbe null'altro che un «aspetto parziale e unilaterale» della partecipazione; difatti, come il procedimento è volto alla soddisfazione di un interesse pubblico, così la partecipazione è funzionale all'introduzione degli interessi dei privati «per consentire alla pubblica amministrazione […] una migliore soddisfazione dell'interesse pubblico attraverso una gestione più razionale del pubblico potere». Sul punto, oltre a F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, cit., si v. anche M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., p. 375 ss., e più di recente S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale: solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, la cui tesi, volta a ridimensionare i risvolti garantistici della partecipazione, è stata sottoposta ad ampia analisi critica da A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 30 ss., per il quale la funzione di garanzia «non rappresenta una mera conseguenza indiretta» della funzione collaborativa per la migliore individuazione in concreto dell'interesse pubblico: «entrambe trovano collocazione, sul medesimo piano, all'interno del modulo di azione procedimentale» (p. 33).

[186] Per A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 62 e 202, tanto la funzione collaborativa quanto quella garantistica «devono necessariamente trovare riscontro» all'interno di un procedimento amministrativo che non sia prettamente caratterizzato in chiave contenziosa. La tensione tra la dimensione garantistica e quella funzionale della partecipazione è presente anche in F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., e in S. Cognetti, "*Quantità" e "qualità" della partecipazione: tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 120 ss.

[187] F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, cit., p. 36.

to, nel procedimento gli interessi privati e pubblici «si confrontano […] secondo una relazione genuinamente dialettica, e non repulsiva ed antagonistica, nel senso che la rappresentazione degli interessi privati [e pubblici] è *anche* in funzione della più adeguata e corretta definizione dell'interesse pubblico primario alla cui realizzazione deve necessariamente tendere l'azione amministrativa»[188].

Certo, secondo quanto si è detto, l'incapacità della legge di risolvere preventivamente i conflitti di interesse e di descrivere compiutamente l'interesse finale ha trasferito "verso il basso" il compito di determinare l'interesse pubblico in concreto; e siffatto compito, in astratto, potrebbe essere adempiuto direttamente dall'amministrazione, rilevando ed esaminando d'ufficio i fatti e gli interessi che concretano quell'interesse. Eppure, la sempre più diffusa complessità dei fatti e degli interessi emergenti[189], unitamente al (del tut-

---

[188] R. Ferrara, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 2, p. 323 ss., spec. 336.

[189] Si noti, peraltro, che per una parte della dottrina la complessità non sarebbe il presupposto dell'integrazione procedimentale, ma al contrario di quella rappresenterebbe piuttosto il portato (cfr. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, p. 224 ss. e Id., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A. Febbrajo, Milano, Giuffrè, 1995). Sulla complessità giuridica e sulla «metodologia del trattamento dei sistemi complessi», imprescindibile è il rinvio a A. Falzea, *Complessità giuridica*, cit., p. 201 ss., ove peraltro si scorge una importante affermazione circa la rilevanza dei fatti nell'ideazione e nella applicazione del diritto (affermazione che, con i dovuti riadattamenti di contesto, fornisce una chiara cornice entro cui inscrivere il moto che va dalla prefigurazione dell'interesse pubblico astratto alla definizione – attraverso il concorso degli altri interessi, ossia degli altri fatti – dell'interesse pubblico in concreto): «dovrà tenersi ben presente il doppio processo di adeguamento del diritto al fatto: l'adeguamento, sul piano astratto, della regola giuridica generale e indeterminata alla situazione di interesse rappresentata dal fatto giuridico nella sua configurazione tipicizzata; e, sul piano concreto, l'adeguamento della applicazione della regola giuridica generale e astratta alla situazione di interesse particolare e determinata, rappresentata dal fatto individuale e concreto. Questo doppio processo di adeguamento si svolge all'interno dell'ordine giuridico e conduce alla realizzazione della giustizia» (p. 213). Sulla rilevanza dei fatti nella stagione della complessità, ossia del «pos-moderno», cfr. altresì P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., p. 83 ss., laddove la complessità, intesa come il portato dell'elezione di «tutto il 'sociale'» a «ineliminabile e condizionante presenza» del «nuovo paesaggio giuridico», viene individuata come ragione della più rilevante novità del pos-moderno: novità che consisterebbe nel «coinvolgimento dei *fatti*. Sì, perché di fatti […] la società si nutre e si intride, sicché protagonismo della società significa protagonismo anche di questa grezza fattualità, che il diritto moderno aveva respinto nella irrilevanza» (p. 84). Novità, quella, che, nella prospettiva di

to incoerente) «declino dei tecnici»[190], sono fattori che non possono essere obliterati, né possono dirsi improduttivi di conseguenze. Se non si vuole che rilevino (o, meglio, che siano rilevati) solo gli interessi più evidenti[191] e finanche solo quelli di mera "cassa", quei deficit devono essere compensati dagli apporti dei privati e degli altri enti pubblici, la cui partecipazione diviene così strumento di accrescimento del patrimonio conoscitivo[192] e, possibilmente, «veicolo di trasformazione e innovazione»[193].

Il rischio insito in questo sistema è peraltro noto e consiste nella cattura dell'amministrazione da parte degli interessi forti[194]. Questo effetto però non è implicato *ex se* dalla procedimentalizzazione e dalla partecipazione. Tutt'altro.

Paolo Grossi, implica una drastica "destituzione" della prevedibilità del diritto (e, quindi, si vuole qui aggiungere, del risultato amministrativo): «i fatti sono sempre gremiti di storicità […]. E storicità significa plasticità, disponibilità a farsi modellare dal costante divenire, senza aver la pretesa di interromperlo fissandolo in una sorta di modello atemporale e quindi antistorico» (p. 89).

[190] G. Melis, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, p. 469 ss., ma si v. anche Id., *Burocrazie non burocratiche. Il lavoro dei tecnici nelle amministrazioni tra Otto e Novecento*, Torino, Rosenberg&Sellier, 1998, nonché Id., *Culture dei tecnici e amministrazione nell'Italia di ieri e di oggi*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, p. 291 ss. In tema, cfr. anche L. Fiorentino, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, p. 479 ss., e A. Zucaro, *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, p. 303 ss.

[191] G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 559.

[192] F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, cit., p. 33. Sul punto cfr. anche M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., p. 201 ss., secondo cui «nessuna operazione singolare può in quanto tale sopperire interamente al contributo di conoscenze e di ipotesi risolutive ottenibile con l'intervento dell'intera pluralità dei portatori degli interessi coinvolti nella questione da decidere» (pp. 203-204).

[193] R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, p. 209 ss., spec. 217.

[194] Difatti, per S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 1, p. 13 ss., spec. 15, lo smisurato affidamento sulla partecipazione dei privati fa sì che l'amministrazione corra «il rischio di indebolirsi e di rimanere prigioniera degli interessi organizzati più forti». In tema, cfr. anche G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 216 ss. Sulla relazione tra lobbismo e corruzione si v. C. Sereni Lucarelli, *La regolazione del lobbying come forma di prevenzione alla corruzione: il potenziale ruolo dell'Anac*, in *Ist. fed.*, 2018, 3-4, p. 605 ss.

Se si vuole, la genesi è comune: tanto il binomio procedimentalizzazione-partecipazione quanto l'effetto "cattura" derivano in parte dalla debolezza organizzativa delle strutture amministrative[195]. Il rapporto tra quei due fattori, però, è (*rectius*: dovrebbe essere) antinomico. Se ha ragione chi ha affermato che «l'asettica neutralità delle norme» della l. n. 241/1990 «tende a schermare» la diversità qualitativa (sul piano fattuale) delle posizioni che partecipano al procedimento (altro è il *quisque de populo*, altro è il portatore di poteri forti)[196], altrettanto correttamente si è detto che la rilevanza della manifestazione di interesse deve essere guardata nel suo significato giuridico, nella sua «valenza oggettiva», così svincolandola dalla forza soggettiva e dal movente psicologico[197].

Se così è, peraltro, il rilievo dell'oggettivazione degli interessi va oltre l'appianamento degli aspetti per così dire patologici. Agli occhi dell'amministrazione procedente[198] anche gli interessi delle par-

---

[195] Secondo S. Cassese, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. soc.*, 1992, 2, p. 223 ss., «la debolezza delle strutture organizzative, caratterizzate dalla assenza di tecnici» (p. 224) si riflette sul piano funzionale, perché «un'amministrazione debole, che dipende dal sostegno fornito dai privati, diventa, più facilmente di altre, captiva, nel senso di dipendente dagli interessi privati» (p. 225).

[196] R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., pp. 212-214.

[197] F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, cit., pp. 42-45, il quale afferma che «in alcun modo […] il ruolo della manifestazione *deve* essere descritto in ragione della valutazione del privato. Ove così si dovesse opinare, si appaleserebbe infatti il rischio di una scelta amministrativa influenzata dai suggerimenti che si basano sulle esigenze particolari di un soggetto estraneo alla pubblica amministrazione piuttosto che dal contenuto oggettivo enucleabile dalla manifestazione pur compiuta in vista di quelle esigenze» (pp. 44-45). Così anche, M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., p. 375 ss. Sulla sussistenza di un «profilo genuinamente "egoistico"» che però non risolve né esaurisce la funzione fondamentale della partecipazione che è quella di «rimuovere le asimmetrie informative», si v. R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., pp. 215-216. La dimensione "egoistica" della partecipazione non è affatto esclusa da F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., p. 147, secondo cui le allegazioni del partecipante «sono normalmente ispirate a un interesse personale, pur quando valgano in definitiva a rendere più agevole la ricerca di soluzioni più convenienti per l'interesse pubblico». In tal senso si v. anche G. Bergonzini, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, pp. 238-239.

[198] Anche la dottrina che esprime alcune perplessità sulla possibilità di generalizzare la funzione collaborativa della partecipazione – specialmente in ragione della connotazione eminentemente egoistica dell'intervento dei "professionisti del-

ti pubbliche e private coinvolte (gli interessi secondari) perdono la consistenza di veri e propri interessi[199] o, meglio, dismettono la carica antagonistica nei confronti dell'interesse pubblico primario[200], della cui oggettivazione si è già detto.

Nel valore oggettivato degli interessi secondari risulta pertanto e peraltro avvalorata l'idea dell'interesse pubblico in concreto come "somma algebrica" di tutti gli interessi emergenti – sovviene l'impostazione del problema in termini di «funzionalizzazione dell'interesse privato all'interesse pubblico»[201] – non potendosi comprendere altrimenti come un «interesse-risultato»[202] possa essere tale se poi gli altri interessi rispetto a quello sono posti in conflitto[203].

---

la partecipazione (R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., pp. 135-136, ma si v. anche quanto citato *supra* in nt. 197) – non esclude che, nella prospettiva della pubblica amministrazione, la partecipazione sia «funzionalizzata dagli apparati amministrativi procedenti, allo scopo di colmare il *gap* e l'asimmetria informativa che caratterizzano il processo decisionale» (pp. 145-146, ma anche 149): tanto più che lì si afferma che «la partecipazione in forma di (mero) contraddittorio non trova, in realtà, cittadinanza nelle discipline sul procedimento» (p. 147).

[199] Cfr. F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, cit., p. 39, secondo cui «i privati dispongono di un potere che rileva sotto il profilo giuridico non già perché esercitato per un interesse proprio, ma in quanto sia suscettibile di giovare alla migliore decisione finale».

[200] Così anche A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 63. L'A. rileva, infatti, che, a fronte di un interesse pubblico che non è più «un qualcosa definito a priori», l'interesse del privato «non si pone rispetto ad esso in chiave necessariamente conflittuale, ma partecipa, lo si è detto, allo svolgimento dell'azione amministrativa in funzione inscindibilmente collaborativo/difensiva».

[201] Cfr. A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 966 ss., spec. 973, secondo il quale quella prospettiva consente di superare l'idea di «un'istituzionale *diminutio* dell'interesse privato», quest'ultimo esprimendosi nell'interesse pubblico: «la stessa idea di un interesse privato che diviene fattore di definizione dell'interesse pubblico concreto osta di per sé alla organica svalutazione di tale interesse nei confronti di quello di cui è detentrice l'amministrazione» (p. 981).

[202] Così M. D'Orsogna, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 51, ma l'espressione compare già in M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit., p. 919.

[203] Sulla superata contrapposizione tra l'interesse pubblico e gli interessi "secondari" che presupponeva «dal lato dell'amministrazione, già una compiuta ricognizione e valutazione del pubblico interesse» e che quindi abilitava ad una lettura della partecipazione in senso eminentemente oppositivo (in funzione di contraddittorio) si v. F. Trimarchi, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., p. 633. Su questo sfondo può peraltro essere ricordata la tesi di M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., p. 175 ss., che – muoven-

Con ciò, però, non si vuole affermare che la determinazione finale dell'amministrazione debba necessariamente soddisfare ogni interesse in gioco. Il fatto che l'interesse pubblico in concreto rappresenti la somma algebrica di tutti gli interessi implicati in una specifica vicenda amministrativa non significa, infatti, che l'assetto finale sia vantaggioso per ciascuno di essi[204].

---

do dalla de-mitizzazione del decisore amministrativo inteso come «entità unitaria» e capace di curare «unilateralmente» ogni momento del processo decisionale (pp. 179-206) – cala il procedimento e la partecipazione entro una prospettiva che va oltre l'idea di una mera collaborazione "diluita" all'interno di una vicenda orientata alla cura di un interesse pubblico già dato (p. 195). È nella «perdita del carattere unitario e predefinito dell'interesse pubblico da perseguire» (p. 204) e nella «piena parificazione dei cittadini all'amministrazione» (p. 196) che risiede la *ratio* della teorizzazione della «coalizione decisionale»: l'esame della decisione amministrativa non parte più dall'amministrazione e dal suo interesse, ma dai singoli individui e dai loro interessi (p. 209), con la conseguenza che, «anziché verso la massimizzazione dell'interesse puntuale» dell'amministrazione, la decisione deve volgere alla soddisfazione «di un assetto composito di interessi rilevanti nella loro correlazione» (p. 224), altrimenti a dirsi, alla realizzazione di un «interesse comune» (p. 196). La tesi della codecisione (si v. anche A. Pajno, *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 4, p. 658 ss., spec. 664), che, se così può dirsi, rappresenta una "estensione" rispetto alla teorizzazione della funzione collaborativa della partecipazione (così A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 24-25), è stata ampiamente criticata da E. Casetta, *I profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, cit., pp. 8-9, secondo il quale, per quanto il fenomeno dell'immissione dei privati nel procedimento sia da non sottovalutare, l'idea della contitolarità della funzione è da respingersi perché i privati «non possono sostituirsi all'autorità per prendere una decisione». Sul punto si v. anche F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., 148, pp. 152-154 e 169-171, per il quale se l'informazione apportata dal partecipante non è mai immediatamente utilizzabile ai fini della decisione finale è perché essa deve essere controllata e rielaborata dall'amministrazione che, di questa attività, si assume la responsabilità giuridica esclusiva. È questa imputazione della responsabilità che impedisce di accogliere la tesi della codecisione: d'altronde «d'un eventuale concorso di responsabilità […] non sarebbe possibile individuare il fondamento» (p. 154). Esprime la propria contrarietà alla tesi anche F. Merusi, *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 4, p. 939 ss., spec. 942, che ritiene che la lettura della partecipazione in chiave di democrazia diretta (in tema, ancora, U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, p. 779 ss.) si scontra con il diritto positivo: «il soggetto decidente non è il partecipante, ma il titolare del potere con il quale il partecipante contraddice». Nello stesso senso A. Travi, *Interessi procedimentali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto (A proposito di due contributi di Duret e di Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 2, p. 531 ss., spec. 543-544.

[204] Esclude che l'interesse pubblico finale corrisponda necessariamente alla *mera* somma degli interessi in gioco, M.R. Spasiano, *Spunti di riflessione in ordine*

Se non si erra, è nella stessa teorizzazione di Franco Gaetano Scoca che si ritrova la giustificazione dell'affermazione, giacché lì si chiarisce che l'interesse pubblico concreto non rappresenta esso stesso l'invariante terminale da trasfondere nel provvedimento, ma assume «il ruolo di metro di valutazione del contenuto del provvedimento finale, o, se si preferisce, dell'assetto di interessi che, con il provvedimento, diverrà giuridicamente impegnativo»[205].

A supporto vengono anche le critiche riservate alle teorie che hanno cercato di inquadrare la partecipazione nel solco della tutela anticipata e, alternativamente, della codecisione. Rilevante, sotto il primo profilo, è l'affermazione di chi, aderendo alla prospettiva della collaborazione, ha rifiutato le convergenze tra procedimento e processo: «l'amministrazione può e deve disporre di posizioni private, piuttosto che fornire loro tutela ad ogni costo»[206]. Non meno determinante è poi la posizione di quella dottrina che – sul presupposto della funzione anche integrativa della partecipazione, e pur non aderendo pienamente alla prospettata oggettivazione degli interessi introdotti (il modello è quello del «contributo dialettico») – ha correttamente sostenuto che non vi sia «nulla di singolare nel fatto che il "bene comune" venga determinato con il concorso attivo degli interessati, ancorché l'esito finale del processo deluda le loro aspettative»[207].

---

al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la «regola del caso», in *Dir. amm.*, 2000, 1, p. 131 ss., il quale rileva che spesso quell'interesse «presenta caratteri propri che lo differenziano da ciascuno degli interessi parziali, con la conseguente enfatizzazione del ruolo creativo della pubblica amministrazione o quanto meno di compartecipazione creativa dell'ordinamento complessivo» (nello stesso senso, Id., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., p. 250).

[205] F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, cit., p. 1274.

[206] M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., p. 369.

[207] F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., p. 149. Sul punto, peraltro, sempre M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., pp. 376-377, rileva che i contributi partecipativi non servono ad introdurre interessi in conflitto né di conseguenza possono imporre all'amministrazione l'obbligo «di comporli, contemperandoli tutti per individuare una soluzione giocoforza conciliativa. […]. Una visione di questo tipo appare affatto estranea (se non addirittura antitetica) al principio di finalizzazione dell'azione amministrativa».

Nel descritto *continuum* – tra la crisi dell'interesse pubblico specifico inteso come datità, la conseguente ridefinizione dei contorni dell'interesse concreto in seno all'operazione discrezionale e la torsione della partecipazione in funzione collaborativa[208] – non si consuma, pertanto, una sottrazione del potere/dovere dell'amministrazione di disporre degli interessi privati. Altrimenti a dirsi, se è vero che questi ultimi arricchiscono la conoscenza amministrativa[209], predeterminano «almeno parzialmente l'andamento del processo decisionale» e assecondano «in pratica la concretizzazione del pubblico interesse»[210], ciò non significa anche che essi intercettino il

[208] *Contra* F. Merusi, *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, cit., p. 942, secondo cui la dottrina della collaborazione «enuncia un giudizio di valore di tipo ottimistico giuridicamente irrilevante», considerato che è scontato dire che l'interesse introdotto nel procedimento entri «a far parte della decisione finale»; secondo l'A., il dato qualificante della partecipazione sarebbe, invece, «il contraddittorio in contestazione fra l'interesse fatto valere dal cittadino e quello tipicizzato dalla norma che attribuisce un potere amministrativo» (p. 943).

[209] Così, ancora, F. Fracchia, *Analisi comparata della partecipazione procedimentale nell'ordinamento inglese ed in quello italiano*, cit., p. 197. A tal riguardo, si considerino però le avvertenze formulate da E. Carloni, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 146 ss., relativamente al rapporto critico tra conoscenza e verità, da un lato, ed interessi, dall'altro: sul presupposto secondo cui «[l]a conoscenza pubblica […] corre il pericolo di finire in un cono d'ombra, rispetto agli interessi che paiono dominare lo scenario procedimentale» (p. 148), l'A. rammenta che «[i]l procedimento è luogo dove, nella dinamica del potere amministrativo, deve realizzarsi questa approssimazione alla verità dei fatti che costituiscono il presupposto per la decisione» (p. 149).

[210] F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., pp. 143-144 e 148. Sull'interesse pubblico in concreto nelle dinamiche procedimentali cfr. anche F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa nel 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 1, p. 11 ss., spec. 13: «[n]el procedimento, luogo di incontro tra interessi pubblici e tra questi e gli interessi dei privati, l'interesse pubblico in concreto perseguito "si fa" nella dinamica del confronto e del tendenziale componimento delle posizioni». Il dato stenta a trovare una sicura e reiterata affermazione in giurisprudenza: merita, pertanto, di essere ricordato un piuttosto recente arresto del Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 22 dicembre 2020, n. 1173: «il riferimento alla funzionalizzazione non è inteso come mera subordinazione alla tutela di un interesse pubblico già soggettivizzato in capo all'amministrazione ma si reputa indispensabile la partecipazione del privato, con l'interesse di cui è portatore, alla concreta determinazione dell'assetto di interessi a cui il perseguimento del fine pubblico risulta rivolto: in tal modo partendo dall'interesse pubblico "astratto" si perviene all'individuazione dell'interesse pubblico "concreto" che viene determinato in esito all'attività amministrativa concretamente posta in essere».

potere di scelta riservato in capo all'amministrazione sul come soddisfare l'interesse pubblico in concreto[211]: insomma, la possibilità di incidere tanto favorevolmente quanto sfavorevolmente sugli interessi privati non risulta negata[212].

3.1. *La partecipazione collaborativa nei procedimenti amministrativi generali*

Rispetto a quanto precede rimane da domandarsi se vi sia qualche previsione normativa che osti ad una piena adesione all'idea che la partecipazione svolga una funzione essenzialmente sostanziale e strumentale[213] rispetto alla definizione di un interesse pubblico che non è «più semplicemente dato, vuoi dal legislatore, vuoi dalla stessa amministrazione»[214].

Parte della dottrina ha riconosciuto validità a quella tesi proprio muovendo dall'analisi critica della l. n. 241/1990[215]; e da quelle argomentazioni, lo si anticipa, non vi è ragione di discostarsi. Eppure, qualche ulteriore indicazione può utilmente essere fornita.

Per farlo è conveniente principiare da un dato che in parte è

---

[211] Osservazione questa che si salda con il rilievo (di cui sopra) sulla cattura dell'amministrazione da parte degli interessi più forti. Per E. Casetta, *I profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, cit., p. 9, il rifiuto della teorica della codecisione e quindi il mantenimento in capo all'amministrazione del potere (unilaterale) di disporre degli interessi secondari in vista della migliore soddisfazione del fine pubblico consente anche di rimediare «allo squilibrio tra interessi privati deboli e interessi forti e magari sovradimensionati che è ritenuto da più parti una conseguenza non favorevole della partecipazione». Cfr. anche M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., p. 374.

[212] Ivi, p. 377.

[213] Sulle molteplici funzioni che la partecipazione può assolvere in seno al procedimento, rimane fondamentale il rinvio alla tripartizione – partecipazione come *i)* strumento funzionale e al servizio dell'amministrazione, *ii)* condizione di tutela, *iii)* coinvolgimento della società civile nelle decisioni pubbliche – formulata da S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., p. 14, nonché dallo stesso A., ma con alcune variazioni, in *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1970, 1-2, p. 25 ss.

[214] R. Ferrara, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa*, cit., p. 336.

[215] Le connessioni sono evidenti in F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, cit., *passim*.

già emerso, ovvero che vi è un rapporto di predeterminazione tra il provvedimento e ciò che ne sta a monte (legge, atti di indirizzo, piani, programmi)[216]. Il procedimento relativo all'adozione dell'atto provvedimentale, se è vero che rappresenta uno stadio fondamentale per la determinazione della volontà amministrativa[217], è altresì innegabile, non esaurisce l'intero processo decisionale, articolato com'è in vari momenti finalisticamente co-orientati[218].

Non interessa qui soffermarsi ancora sulla dimensione dinamica del fenomeno, che è già stata indagata nei suoi termini minimali per evidenziare l'insufficienza, quantomeno sul piano descrittivo, del principio di legalità-indirizzo inteso in senso tradizionale. Piuttosto, preso atto che l'interesse pubblico specifico è figura tanto astratta nella sua predefinizione legale da dover essere considerata nel suo divenire, ciò che qui rileva è la dimensione statica di ognuno di quei momenti del processo decisionale in cui quell'interesse trova maggiore specificazione.

La ragione è presto detta. Se l'interesse pubblico è costruito in tutta l'articolazione del processo decisionale, è allora insufficiente concentrare l'attenzione sul valore sostanziale assunto dalla partecipazione nel procedimento per l'adozione del provvedimento finale, perché questo, come si è visto, non costituisce che una minima, l'ultima, parte di una più complessiva e complessa vicenda amministrativa in cui l'interesse pubblico in concreto è gradualmente stabilito.

Interrogarsi sulla dimensione statica delle fasi che precedono quella terminale allora corrisponde a porre l'accento sulla quantità e sulla qualità della partecipazione nei momenti iniziali e nevralgici del processo decisionale che ne predeterminano e condizionano ogni successivo sviluppo[219].

---

[216] A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., *passim*; G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 11, p. 3165 ss., spec. 3168.

[217] Considerazione, questa, da cui origina una certa svalutazione del provvedimento che diverrebbe un mero atto ricognitivo dell'istruttoria (cfr. M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 1, p. 5 ss., spec. 15-16).

[218] G. Sciullo, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 188.

[219] R. Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit., p. 678 ss.

Ebbene, proprio muovendo dalla l. n. 241/1990 può trovarsi (in ipotesi) l'antitesi della tesi sopra esposta circa il valore sostanziale della partecipazione; e tanto può dirsi avendo riguardo all'art. 13.

Quest'ultimo esclude, infatti, l'applicazione del Capo III (rubricato «partecipazione al procedimento amministrativo») in relazione all'«attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione»[220], ovvero proprio con riferimento all'adozione di quegli atti con cui sono assunte le scelte di base che coinvolgono, spesse volte per la loro trasversalità, una moltitudine di interessi pubblici e privati.

È nota la critica mossa da Mario Nigro all'eliminazione dell'inchiesta pubblica prevista, nel testo originario presentato dalla Commissione da egli presieduta, quale modulo partecipativo «per l'adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la localizzazione di centrali energetiche e l'esecuzione di opere pubbliche» potenzialmente incidenti «in modo rilevante sull'economia e sull'assetto del territorio». La *ratio* di quella soppressione, rinvenuta dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato nel voler «sottrarre, per ragioni pratiche, atti di vasta portata e di applicazione generalizzata, alla troppo penetrante ingerenza di una molteplicità di interessati»[221] (che altrimenti vi avrebbero fatto ingresso stante il riconoscimento di cui all'art. 9, l. n. 241/1990[222]), lungi dal giustificare la deroga, palesava neppure troppo implicitamente «l'attaccamento ad un'amministrazione segreta o aperta solo a soggetti individualmente selezionati»[223]; ma soprattutto, si è detto, la disposizione finiva per escludere la pienezza dell'istruttoria proprio per la forma-

---

[220] Di recente sul tema, anche per la bibliografia lì citata, si v. A. Zito, G. Tinelli, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 681 ss. Sugli aspetti più propriamente costituzionali di una siffatta esclusione, cfr. le riflessioni di E. Castorina, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 1, p. 70 ss.

[221] Cons. St., ad. gen., 19 febbraio 1987, n. 7.

[222] Sul punto, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 429-430.

[223] M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., pp. 10-11.

zione di quegli atti per i quali invece «l'istruttoria più completa […] sembra necessaria»[224].

Stando alle critiche, si potrebbe dire che se un significato sostanziale e oggettivo della partecipazione vi è, esso si configurerebbe comunque e soltanto nella fase terminale; e, poiché in quella fase «le scelte fondamentali sono già state compiute», la partecipazione dei destinatari del provvedimento e dei portatori di interessi collettivi e diffusi finirebbe «inevitabilmente con lo svuotarsi di qualsiasi intento collaborativo per assumere connotazioni prevalentemente, se non squisitamente, oppositive»[225]. Sicché, la concezione sostanziale della partecipazione, quantunque non negata, risulterebbe perlomeno fortemente depotenziata.

È altresì noto, però, che quelle apprensioni sono state mitigate da una parte della dottrina, specialmente laddove si è affermato che la partecipazione nei procedimenti di cui si va trattando non sia necessariamente esclusa dall'art. 13, l. n. 241/1990, quello non recando una deroga assoluta, ma soltanto una dispensa dall'applicazione delle specifiche previsioni contenute al Capo III in favore della normativa settoriale[226].

Eppure, ciò non significa ancora che la legislazione di settore debba necessariamente prevedere un procedimento partecipato – come è indirettamente dimostrato dalla ricerca di chi, in una prospettiva *de iure condendo*, ha suggerito di anticipare la partecipazione «sin dalla fase programmatoria»[227] –, né che la partecipazione debba atteggiarsi secondo standard predefiniti; anzi, la disposizione di cui all'art. 13, l. n. 241/1990, pare proprio voler espungere, se non la partecipazione, quantomeno la sua rilevanza in valore assoluto in favore della differenziazione dei procedimenti: la consistenza, la collocazione temporale e finanche l'esistenza delle relative garanzie divengono allora variabili assoggettate alla discrezionalità del legislatore.

---

[224] Ivi, p. 24.

[225] M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., pp. 238-239. Nello stesso senso, cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 429.

[226] Cfr. G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 268 ss., e A. Sandulli, *Il procedimento*, cit., pp. 1058-1059.

[227] M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., p. 240.

Non si tratta però di una discrezionalità, per così dire, amplissima e svincolata da qualsivoglia limite. Per darne contezza non serve neppure scomodare i pur rilevanti addentellati costituzionali[228], perché se si muove dalla premessa che la partecipazione, specialmente nell'attività amministrativa generale, assolve ad una funzione sostanziale di supporto e di arricchimento del patrimonio conoscitivo dell'amministrazione in vista della definizione dell'interesse pubblico[229], ne risulta che la sua presenza e il suo modo di essere nelle singole fasi della decisione amministrativa sono condizionati proprio da questa sua funzionalità[230].

Dalle considerazioni che precedono discende che l'art. 13, l. n. 241/1990, solo apparentemente costituisce l'antitesi della concezione sostanziale della partecipazione. Insomma, anche nei procedimenti amministrativi generali, destinati alla cura di un determinato interesse pubblico ancora astratto e alla cui concretizzazione si antepone una pluralità di interessi pubblici e privati, la validità della funzione sostanziale della partecipazione ed il riconoscimento delle corrispondenti facoltà risiedono proprio in questa esigenza creativa rispetto al contenuto indeterminato del fine legale[231].

---

[228] Cfr. M.A. Sandulli, *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, p. 555 ss.

[229] In generale, per un'analisi dell'istruttoria nello sviluppo dinamico dell'azione amministrativa cfr. A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996. Sulla rilevanza dell'istruttoria per l'individuazione dell'interesse pubblico si v. anche A. Cioffi, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, cit., p. 802 ss., secondo il quale l'interesse pubblico corrisponde al fatto giuridico accertato nel corso del procedimento e in particolare in quel «fatto desumibile solo dall'istruttoria» (p. 804).

[230] Secondo M. Cocconi, *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Ist. fed.*, 2018, 1, p. 129 ss., spec. 136, «la logica che impronta la disciplina procedurale di questa tipologia di atti non appare affatto quella di una preclusione assoluta di tali garanzie quanto, piuttosto, la necessità di una loro rispondenza alla specifica funzione che sono dirette a conseguire nell'attività amministrativa generale». Cfr. anche Id., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2010.

[231] D'altronde, come affermato da G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 557, «la indeterminatezza ed indefinibilità dell'interesse pubblico generale, la immancabile dissociazione (da riempire attraverso il procedimento) tra interesse pubblico astratto e interesse pubblico concreto e la conseguente lesione del principio di legalità, sono controbilanciati dal procedimento e dalla regola della ragionevolezza che lo impronta, volta a dare una coerenza logica e una proporzionalità alla sequenza accertamento dei fatti, selezione degli interessi, provvedimento finale». Sul punto, ancora, M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione*,

4. *Osservazioni di sintesi e digressioni. La funzionalizzazione temperata e il valore "causale" dell'interesse pubblico primario, al di là della sua indefinitezza: il caso dello sviluppo sostenibile*

Risulterà oramai chiaro che è piuttosto riduttivo (o, per dirla con Scoca, «impreciso») fare riferimento alla funzionalizzazione intendendola nel suo significato tradizionale. Il perseguimento del fine istituzionale o primario è nozione ancora valida nella misura in cui descrive il primo momento (quello legale) del vincolo finalistico; ma per essa non può giungersi ad obliterare il fatto che nel perseguimento del fine è lo stesso fine ad essere assoggettato ad una progressiva opera di specificazione.

La funzionalizzazione esprime pertanto anche un ulteriore dovere, e precisamente quello di definire in concreto l'interesse pubblico, ergendolo sulla base di quello legale e con un margine di "autonomia" decrescente: pur nell'unicità del presupposto normativo, il vincolo finalistico si scompone in tanti e progressivi vincoli finalistici, anelli di un'unica catena.

Diversamente, il concetto stesso di funzionalizzazione sarebbe alquanto evanescente e per di più continuerebbe a rivendicare la primazia di un rapporto bilaterale ed escludente tra legislatore e amministrazione che invece si è rotto ed è stato ricomposto alla luce della partecipazione dei privati in chiave collaborativa.

È quindi sotto questo profilo che, affiancandosi al carattere *pluristrutturato*, si disvela una ulteriore connotazione della funzionalizzazione, ovvero l'essere partecipata (*sussidiata*), nella definizione del suo oggetto, dagli interessi oggettivati dei privati[232].

---

cit., p. 226: «mentre il porsi dal punto di vista del perseguimento di un interesse pubblico esattamente specificato conduce a considerare la decisione come l'esito di un intervento diretto ed univoco del titolare specifico di quell'interesse», nella prospettiva della coalizione decisionale (v. *supra* nt. 203) l'effetto della scelta deriva dall'intervento di «tutti i centri di interesse […] che sono in grado di influire in modo relazionale […] sul dimensionamento e sulla collocazione stabile del proprio e dell'altrui interesse nell'assetto definitorio dell'interesse generale».

[232] Se così è, peraltro, si potrebbe affermare che l'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo, l. n. 241/1990, ha (talvolta) ragion d'essere, specialmente in quei procedimenti in cui la partecipazione assume primariamente e realmente una funzione collaborativa piuttosto che di garanzia: se lo scopo della partecipazione è quello di essere funzionale all'accrescimento della conoscenza amministrativa – che

Ebbene, cogliendo l'occasione dell'impulso classificatorio, ma senza risolvere in ciò la rilevanza di quanto si sta per affermare, è possibile prefigurare una categoria del tutto particolare a cui si vorrebbe attribuire il nome di *funzionalizzazione temperata*, alla quale sono parimenti (*i.e.* al pari della *funzionalizzazione tradizionale*, che è tale rispetto ad un interesse istitutivo o primario) applicabili i caratteri poco sopra richiamati.

A tal fine, è bene riprendere alcune considerazioni svolte nel corso di questo Capitolo. Più in particolare, se è vero che l'interesse pubblico istitutivo o primario non è necessariamente una datità – tanto più che il suo contenuto deve talvolta essere cercato e definito dalla stessa amministrazione agente (*supra* par. 2.1.) – ciò che però non deve sfuggire è che quell'interesse è pur sempre una «esigenza»[233] *lato sensu* "causale" rispetto alla successiva costruzione del fine in concreto. La precisazione è certo scontata, ma è piuttosto rilevante, specialmente nella misura in cui l'amministrazione risulti essere essa stessa titolare di una pluralità di interessi specifici. Dinamica, questa, che sfugge alla tradizionale relazione tra parti, risolvendosi piuttosto in una relazione tra interessi di egual valore attribuiti alla cura di un medesimo soggetto.

è presupposto indefettibile della concretizzazione dell'interesse pubblico – allora se (e nella misura in cui) a ciò non sia utile, la partecipazione non serve. Sul punto, cfr. A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 29-30, ma soprattutto 230: «lo scopo dell'atto che permette l'instaurazione del contraddittorio […] è quello non già di garantire che la partecipazione stessa possa semplicemente avvenire […], ma che questa possa avvenire al fine di esercitare un'effettiva influenza sul contenuto della decisione da adottare (tutela in concreto della posizione della parte, collegata alla duplice funzione collaborativa e garantistica di questo tipo di procedimento/processo): se il contraddittorio non è instaurato, ma ciò risulta ininfluente ai fini del contenuto della decisione, lo scopo dell'atto […] si è comunque realizzato». Certo, le resistenze dottrinali sono (e saranno) energiche e il problema del «dimostrare ora per allora» rimane capillare (M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., p. 670 ss.), ma un'amministrazione responsabile, *responsabilizzata* e tecnicamente preparata, così come un «giudice forte» – arbitro della "*attendibilità*" della scelta rispetto al presupposto legale e a quello fattuale, non meno rilevante del primo – come quello descritto nella oramai celebre relazione di Patroni Griffi (F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa nel 2019*, cit., p. 142), possono rappresentare un possibile punto di compromesso, specialmente nell'ottica di mitigare i timori sulla falsificazione della corrispondenza tra il risultato processuale e quello procedimentale (in merito, cfr. M. Dugato, *ibidem*).

[233] G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, cit., p. 1309.

Curioso, ma giustificato, è peraltro il fatto che per introdurre l'argomento sia conveniente prendere le mosse dall'interesse pubblico generale, categoria su cui ci si è già soffermati (*supra* par. 2).

Ora, le affermazioni sulla evanescenza dell'interesse pubblico generale sono pressoché stabilmente acquisite nella elaborazione dottrinale[234] e un ritorno indietro non parrebbe più immaginabile, soprattutto se si considera il fatto che la fondatezza dell'interesse pubblico generale, quando ed in quanto esistito, è stata più presunta nella *omogeneità* dell'elettorato attivo (la classe borghese) che positivamente riconosciuta.

Che un ritorno dell'interesse pubblico generale nelle dinamiche ordinamentali possa evincersi dai valori espressamente riconosciuti dalla Carta costituzionale è tema su cui qui non è possibile indugiare, ancorché, se non si erra, l'interrogativo trovi riscontri di segno positivo nell'esegesi dottrinale[235]. Riscontri, peraltro, interessantissimi per-

---

[234] Come di recente ricordato da M. Dugato, *La partecipazione pubblica in sede di costituzione e in società già costituite*, in C. Ibba (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo unico*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 89 ss., spec. 93-94, l'espressione interesse pubblico «è correttamente declinata solo al plurale e non al singolare come interesse pubblico genericamente definito». Molte delle affermazioni più incisive sul carattere mitologico dell'interesse pubblico paiono doversi riferire al solo interesse pubblico generale e non anche a quello specifico. Per farsi qualche esempio, di cui dà ampiamente conto S. Vinti, *La circolarità logica del diritto amministrativo*, cit., p. 176, nt. 49, si consideri J. La Palombara, *Gruppi di pressione e pubblica amministrazione*, in *Problemi della pubblica amministrazione*, II, Bologna, Zanichelli, 1959, p. 141 ss., spec. 145, per il quale l'interesse pubblico o il benessere generale è «un mito a cui si rifanno tutti i gruppi di pressione nell'intenzione di far pensare che il loro proprio benessere o i loro propri interessi coincidono con quelli della società presa nel suo insieme»; egualmente, si consideri L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, p. 128: «è meramente illusoria l'idea dell'armonico coordinarsi di tutti gli interessi in un nucleo centrale uniforme (il bene comune), mentre la realtà è solo quella dei conflitti di interesse a tutti i livelli». Qualche dubbio, invece, permane in relazione allo scritto di M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit., ove la demitizzazione pare interessare tanto l'interesse pubblico generale (p. 912) quanto quello specifico (p. 913).

[235] Tanto pare evincersi dal contributo di L. Perfetti, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, p. 43 ss., laddove l'A., sul presupposto che «l'intero assetto dei poteri è funzionalizzato alla persona», sostiene che «i fini pubblici non possono che risiedere nella massimizzazione dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che connotano la dimensione giuridica della persona» (pp. 57-58). Considerazioni analoghe possono trarsi

ché ricalibrando, se ben si è inteso, il fine al singolare sulla sovranità popolare e verso la massimizzazione del godimento della pluralità dei diritti fondamentali, di fatto – ed in un'ottica solidaristica – si è superato (*rectius*: curiosamente valorizzato) il problema dell'*eterogeneità* della base sociale, che invece, in passato, proprio dell'interesse pubblico generale aveva rappresentato il fattore di crisi.

Più utilmente, anche per le considerazioni che saranno svolte nel Capitolo II, alcuni spunti di riflessione sulla odierna rilevanza dell'interesse pubblico generale possono farsi derivare dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ed in particolare dalla normativa riferita allo sviluppo sostenibile[236]. E la prospettiva assunta è già da subito di un certo interesse per-

---

da Id., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *Dir. econ.*, 2017, 1, p. 3 ss., spec. 42.

[236] Lo sviluppo sostenibile è principio di derivazione internazionale, essendo stato compiutamente formulato e sancito per la prima volta nel 1983 dalla *World Commission on Environment and Development* istituita dalle Nazioni Unite – la quale lo definì come «development which meets the needs of the present generation without compromising the ability of the future generation to meets theirs» (World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford, 1987) – e quindi approfondito nel 1992 dalla *United Nations Conference on Environment and Development*, dove si dichiarò che lo sviluppo «must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations» e che «in order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it». Lo sviluppo sostenibile così declinato presenta una forte correlazione di tipo biunivoco con la protezione dell'ambiente (su cui, M. Roversi Monaco, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa. Profili ricostruttivi*, Bari, Cacucci, 2018). Esso però non si risolve solo in quella, agendo piuttosto su di una dimensione multilivello (E. Frediani, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. econ.*, 2015, 1, p. 49 ss.). Per F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 0, p. 13 ss., spec. 39-40, si dovrebbe «"svincolare" lo sviluppo sostenibile dall'ambiente, riferendo la sostenibilità a una serie di settori in cui l'ambiente e le sue esigenze non emergano in modo diretto»: depurato del suo "intorno", lo sviluppo sostenibile diverrebbe «una sorta di canone supremo in grado di condizionare le scelte pubbliche strategiche». Una riprova della trasversalità dello sviluppo sostenibile è fornita dalla definizione accordata dall'art. 3 del Trattato sull'Unione europea, ove si dichiara che il principio di sviluppo sostenibile è «basato» non solo «su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente», ma anche «su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale» (cfr. anche l'art. 37 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, laddove si prevede che «un elevato livello di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unio-

ché – se lo sviluppo sostenibile ha come referente soggettivo le generazioni future (v. *infra*) – con essa si finisce per riorientare l'interesse pubblico generale verso una "classe" effettivamente omogenea.

Affinché le affermazioni non si risolvano in statuizioni di principio è però bene chiarire le ragioni che le sorreggono.

In sé, lo sviluppo sostenibile è espressione poliedrica, entro la quale può essere ricondotta quasi ogni accezione di "interesse".

Anzitutto o, meglio, da ultimo – perché questa è la versione, a quanto risulta, più aggiornata – lo sviluppo sostenibile ha assunto la connotazione di diritto dell'uomo[237]. Non che già in seno alle sue prime manifestazioni difettasse la percezione della sua riferibilità alla specie umana, ma, per quanto indiscutibile fosse, quella intuizione è a lungo rimasta (ma per alcuni lo è tuttora) confinata nell'ordine dell'indeterminatezza[238] o, peggio, degli ossimori[239] mai davvero capaci di divenire una valida categoria giuridica.

---

ne e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile»). Lo sviluppo sostenibile è pertanto concetto unitario che riassume in sé i tre "pilastri" della sostenibilità economica, sociale e ambientale e che li unifica sotto l'aspetto dinamico della trasmissione di un patrimonio "globale" alle generazioni future. E, d'altronde, si è chiaramente affermato che i tre ricordati pilastri sono «interdipendent and mutually reinforcing» (United Nations, *World Summit on Sustainable Development*, 2002); affermazione, questa, densissima di significato, perché ciò implica che «il venir meno di uno di essi minerebbe il significato stesso di Sviluppo Sostenibile» (V. Cagnin, *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 26).

[237] E. Frediani, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quad. cost.*, 2017, 3, p. 626 ss., spec. 628-630.

[238] Cfr. M. Monteduro, S. Tommasi, *Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi. Atti del 9° Convegno Nazionale SISDiC, Napoli, 8-9-10 maggio 2014, in ricordo di Giovanni Gabrielli*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 161 ss., spec. 195-202; M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Riv. AIC*, 2018, 2, p. 1 ss., spec. 50.

[239] Come osservato da E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, p. 493 ss., spec. 504, aspre critiche alla nozione dello sviluppo sostenibile sono state rivolte dai teorici della decrescita, quali S. Latouche, *La scommessa della decrescita*, Milano, Feltrinelli, 2007, p. 73 ss., e, nel campo delle scienze giuridiche, da G. Montedoro, le cui annotazioni pure si ispirano alla teoria della decrescita: «la nozione (di impronta globale, perché sovranazionale, europea) di "sviluppo sostenibile" appare un ossimoro da decostruire più che un criterio guida sul quale poter fare ancora affidamento» (G. Montedoro, *Spunti per la "decostruzione" della nozione di sviluppo sostenibile*

Lo sviluppo sostenibile si direbbe così essere divenuto un interesse oggettivamente omogeneo in quanto soggetto ad una titolarità generalizzata. Ma non solo. Se l'omogeneità è la precondizione affinché possa rinvenirsi un interesse pubblico generale[240], allora lo sviluppo sostenibile potrebbe certamente essere attratto entro quella categoria.

L'affermazione richiede, però, una precisazione, perché nella connotazione ossimorica dell'espressione "sviluppo sostenibile" possono rinvenirsi tanto motivi a supporto della tesi quanto ragioni ostative, a seconda che l'ambivalenza del termine sia considerata nei suoi effetti positivi – ambivalenza come riconduzione ad unità, con superamento, ancorché fittizio, del problema dell'eterogeneità della *attuale* base sociale – o sia guardata, al negativo, nella prospettiva del presupposto ad essa sotteso (ambivalenza come riflesso di una insanabile differenziazione).

La risoluzione dell'*impasse* muove irrimediabilmente dal profilo soggettivo relativo all'imputazione della titolarità dell'"interesse". E allora, con un interrogativo, lo sviluppo sostenibile è da riferirsi alle presenti generazioni, a quelle future o ad entrambe?

Benché l'ultima ipotesi possa apparire quella più accreditabile – specialmente in considerazione della dialettica tra il sostantivo "sviluppo" e l'aggettivo "sostenibile", riferibili l'uno al presente e l'altro al futuro – l'irriducibile tensione finalistica[241] insita nell'espressione induce a porre l'accento sulla sostenibilità[242] e quindi a considerare quali titolari effettivi di quell'interesse-diritto le *future* generazio-

---

e per una critica del diritto ambientale, in *Amministrazione in cammino*, 2009, p. 1 ss., spec. 2).

[240] È quanto si ricava, ragionando a contrario, dalle ricordate considerazioni sulla crisi dell'interesse pubblico generale formulate da G. Azzariti, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, cit., p. 103.

[241] Per la bibliografia in tema si v. *infra* nt. 251 ss.

[242] La contrapposizione rievoca quella instillatasi tra le letture "forti" e "deboli" del principio dello sviluppo sostenibile. Secondo E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, cit., pp. 505-506, l'ordinamento avrebbe formalmente fatto propria la "lettura forte", ma nella prassi si assisterebbe ad una decisa relativizzazione del principio: «lo sviluppo economico è oggi, nel diritto vivente, evocato diffusamente come interesse paritario se non talvolta prevalente nel bilanciamento con la tutela ambientale e con altri interessi a questa interrelati, quali, in particolare, la tutela della salute o del paesaggio».

ni[243], quelle attuali risultando piuttosto titolari dei singoli e parziali interessi (ambientali, culturali, sociali ed economici) variamente riconducibili allo sviluppo sostenibile.

Il che è determinante, perché, supponendo una certa omogeneità degli interessi "di chi verrà"[244], è allora effettivamente possibile riconoscere allo sviluppo sostenibile lo statuto di interesse pubblico generale (*i.e.* delle generazioni future[245]).

Il tema si salda, come pare evidente, con la problematica della non esistenza delle generazioni future e quindi con le criticità relative all'ammissibilità sotto il profilo giuridico di «diritti senza soggetto»[246] e ai modi di tutela di questi ultimi. Si tratta di questioni complesse che, pur meritando una più ampia attenzione, devono qui essere risolte con pochi e semplici richiami, specialmente a quella dottrina che, muovendo dal presupposto secondo cui «i diritti non sono solo risorse dei soggetti, ma "beni", interessi oggettivi», ha sostenuto l'ammissibilità dei diritti "de-soggettivati" e ha inquadrato il tema della loro tutela come «un problema tecnico, di scelte e opzioni procedurali di un ordinamento giuridico»[247].

---

[243] Sulla giuridica rilevanza dei diritti delle generazioni future si v. l'ampia riflessione di A. D'Aloia, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 331 ss., spec. 365 ss., nonché R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, FrancoAngeli, 2013; M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, 2, p. 145 ss. Il tema è stato oggetto, peraltro, di un intenso studio da parte delle discipline filosofiche del diritto, in relazione alle quali sia sufficiente il rinvio, anche per la bibliografia lì citata (tra cui, gli scritti di F. Menga), a T. Greco, *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, in *Etica e politica*, 2018, 1, p. 249 ss.

[244] Per G. Pontara, *Etica e generazioni future*, Roma-Bari, Laterza, 1995, «i bisogni fondamentali dell'uomo, nei tremila e più anni di storia umana di cui abbiamo buona conoscenza, sono sempre stati sostanzialmente gli stessi e […] ciò costituisce una buona ragione per ritenere che tali rimarranno anche per i prossimi trecento e tremila anni» (p. 44).

[245] Come affermato da P. Marzaro, *Nuove dinamiche e antichi doveri nel sostegno e nella promozione della cultura: dalle radici della questione museale ai diritti delle generazioni future*, in *Nomos*, 2019, 2, p. 1 ss., spec. 9, i diritti delle nuove generazioni fondano «una nuova categoria del ragionare giuridico».

[246] R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, p. 149 ss.

[247] A. D'Aloia, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, cit., p. 365 ss., spec. 367 e 369.

Ebbene, proprio a quest'ultimo riguardo, la scelta operata nel nostro ordinamento è stata precisa e cioè è stata quella di eleggere la pubblica amministrazione "tutta" quale tutrice dello sviluppo sostenibile e perciò del correlato diritto delle future generazioni; e tanto è possibile sostenere considerando che, ai sensi dell'art. 3-*quater*, comma 2, d.lgs. n. 152/2006, «l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile».

In ciò non vi è solo la doppia conferma del carattere generale dell'interesse in parola – l'interesse allo sviluppo sostenibile è pubblico e generale perché è in titolarità delle generazioni future ed è imputato (la sua tutela è imputata) in capo ad ogni soggetto pubblico – ma si annida anche la possibilità di rivitalizzarne il senso e la portata.

In quanto nominato ed attribuito alla cura di tutte le pubbliche amministrazioni, lo sviluppo sostenibile non può più essere considerato alla stregua di una mera utilità generale[248] o, altrimenti a dirsi, di un risvolto di un diritto del quale la Repubblica deve farsi in qualche modo carico[249]. Nell'art. 3-*quater* lo sviluppo sostenibile diviene per le pubbliche amministrazioni anche un interesse pubblico specifico, soggetto com'è ad un'opera di predeterminazione da parte della legge[250]; si ha, cioè, che un medesimo interesse pubblico è al con-

---

[248] Tenuto peraltro conto che per A. Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, p. 35, «il concetto di interesse generale non può essere assunto come canone di valutazione giuridica».

[249] Oltre a quanto annotato in nt. 74, per una distinzione tra gli interessi pubblici al plurale e l'interesse pubblico singolarmente inteso si v. A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, cit., p. 85, secondo cui mentre i primi rappresentano le «finalità concrete al cui perseguimento tendono gli atti giuridici effettivamente compiuti nell'esercizio di funzioni neutrali», il secondo null'altro è che un «mezzo logico-giuridico» o, altrimenti a dirsi, uno «strumento giuridico cui si ricorre per far valere quegli interessi concreti che si ritenga di poter qualificare come pubblici». In tal senso si v. anche G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 222.

[250] Utilmente può farsi rinvio a quanto affermato da Cons. St., sez. II, 21 gennaio 1969, n. 5.: il concetto di interesse pubblico «va inteso nella sua accezione tecnico-giuridica di interesse tipico, il cui soddisfacimento e la cui tutela sono assunti dalla P.A., quindi non nel senso lato di interesse collettivo e generale, bensì in quello specifico di interesse qualificato dalla sua rispondenza a fini perseguiti dall'Amministrazione stessa».

tempo generale, sotto il profilo dell'estensione della sua titolarità e della sua attribuzione, e specifico, in dipendenza del dato oggettivo della sua individuazione legislativa.

La conseguenza è peraltro duplice.

In primo luogo, si ha che l'attività della pubblica amministrazione, complessivamente considerata, è funzionalizzata allo sviluppo sostenibile[251]; ed è lo stesso art. 3-*quater*, comma 2, a darne evidenza, laddove dispone che, a quell'«obiettivo orientante»[252] (a quel principio-finalistico[253]), l'amministrazione «deve essere finalizzata».

In secondo luogo, e solo in parziale correzione di quanto si è appena affermato, vi è da rilevare che questa funzionalizzazione assume connotati peculiari in ragione della natura dell'interesse pubblico considerato.

Come si è detto, sullo sfondo della mitigazione dell'idea secondo cui l'attività amministrativa è vincolata al fine predeterminato dalla legge si staglia la crisi dell'interesse pubblico primario inteso come una "datità"; eppure, ancorché revisionato nei suoi contorni, l'interesse pubblico primario continua a rappresentare un presupposto o, meglio, una «esigenza» causale, motore di quel progressivo affinamento (per somma algebrica di fatti e di interessi) che porta all'individuazione dell'interesse pubblico in concreto: se ed in quanto sia ancora corretto impiegare questa formula, l'interesse pubblico primario costituisce pertanto una esigenza causale.

L'interesse pubblico specifico allo sviluppo sostenibile, invece, non è ordinariamente fattore causale dell'azione; esso piuttosto si inserisce entro la vicenda amministrativa in veste, per così dire, secondaria.

Sennonché, se di interesse secondario realmente si trattasse, la sua acquisizione, ai fini della declinazione in concreto dell'interesse pubblico, sarebbe sottoposta all'alea implicata dall'ampia discrezio-

---

[251] F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 120 e 228; Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, cit., p. 35.

[252] E. Frediani, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, cit., p. 629.

[253] Per R. Ferrara, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 6, p. 1945 ss., spec. 1946, si è dinanzi ad un vero e proprio «vincolo funzionale di scopo».

nalità che caratterizza l'introduzione d'ufficio degli interessi secondari[254].

In realtà, lo sviluppo sostenibile si distingue dal mero interesse secondario per un dato strutturale e cioè per il fatto di essere per l'amministrazione agente un interesse pubblico specifico presidiato dal vincolo finalistico, insomma un *interesse pubblico sì secondario ma specifico*.

Il che significa che nella «operazione di composizione», che porta all'interesse pubblico in concreto, e che è svolta «(mediante *valutazione positiva o negativa*, selezione, combinazione, e così via) di vari interessi pubblici»[255], l'interesse pubblico allo sviluppo sostenibile riceverà sempre una *valutazione positiva*, trattandosi pur sempre di un interesse pubblico *specifico*. Ciononostante, in quanto interesse pubblico anche *secondario*, rimane fermo che lo sviluppo sostenibile si atteggia a fine accessorio: la sua valorizzazione e la sua concretizzazione (trattandosi pur sempre di un interesse astratto) avviene, cioè, nell'ambito della vicenda originata dall'esigenza primaria-causale.

Quest'ultima assume pertanto il duplice connotato di "occasione" e di "limite". Occasione[256], perché consente di introdurre – tramite una doverosa valutazione positiva – l'interesse pubblico allo sviluppo sostenibile, che di per sé non vanta di regola alcuna forza causale. Limite, perché la realizzazione di quell'interesse (*i.e.* il modo migliore per soddisfare quella porzione dell'interesse pubblico in concreto) de-

---

[254] D'altronde, come rileva M.S. Giannini, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Roma, Jandi-Sapi, 1962, p. 116, l'introduzione d'ufficio degli interessi nel procedimento è sottoposta ad un regime di «ampia discrezionalità». *Contra* D. Bortolotti, *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, cit., pp. 40-41, secondo cui da quella tesi conseguirebbe «l'assoluta discrezionalità, anzi, accidentalità, delle funzioni pubbliche, e, per la funzione amministrativa, la fortuità della scelta degli interessi da introdurre nel procedimento».

[255] F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi*, cit., p. 1274 (enfasi in c.vo aggiunta da chi scrive).

[256] Affermazione, questa, che può essere in parte raccordata col pensiero di chi ha rilevato che ogni vicenda inerente all'interesse pubblico costituisce una «occasione» per l'«avvio dell'adozione […] delle molte scelte rilevanti riconducibili alle diverse componenti della coalizione decisionale» (M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., p. 234).

ve comunque essere coerente rispetto all'esigenza causale che ha dato avvio alla vicenda amministrativa (principio di connessione).

A volersi impiegare una formula sintetica e a valenza meramente classificatoria, si può dire di essere dinanzi ad una *funzionalizzazione temperata*: il perseguimento dello sviluppo sostenibile è reso solo temporalmente possibile (*rectius*: doveroso) dall'esigenza causale primaria e nei limiti di compatibilità da questa imposti.

5. *Accostamento al Capitolo II: precisazioni minime e rinvii*

Giunti a questo stadio dello scritto, è bene anticipare che non vi è tema sin qui trattato che non sia rilevante nella materia degli appalti pubblici: dalla fase di elaborazione delle esigenze (*i.e.* di individuazione dell'interesse pubblico primario) alla fase esecutiva (*i.e.* di soddisfazione dell'interesse pubblico in concreto), l'appalto pubblico è una vicenda percorsa dalle descritte dinamiche della funzionalizzazione.

Come si avrà modo di osservare nel prosieguo, la più recente legislazione di settore può peraltro essere descritta come una normativa sull'interesse pubblico, seppur nel senso ora precisato. Ed infatti, la materia è stata storicamente percorsa dalla apposizione di interessi pubblici (economicità, anticorruzione e mercato unico, *infra* par. 2, cap. II) concettualmente diversi dal più tradizionale interesse pubblico inteso come limite positivo: limiti invalicabili (costituenti la *ratio* della normativa) e non già interessi da realizzare per via amministrativa. La nuova stagione normativa segna, invece, un forte momento di rottura rispetto alla tradizione precedente. L'appalto, lo si dirà (*infra* parr. 3 ss., cap. II), è oggi visto come una occasione per il perseguimento, tramite una "intercessione" amministrativa, di interessi pubblici diversi dagli interessi fondativi della legislazione e, soprattutto, "altri" rispetto all'interesse istitutivo (di qui il ritorno del concetto di funzionalizzazione temperata): altrimenti a dirsi, come si avrà modo di spiegare, l'appalto è regolato, ancor più che in passato, come uno strumento per la soddisfazione di un interesse pubblico concreto, ed in questo maturato assetto i caratteri della gradualità e della partecipazione sono finalmente assunti a perno del sistema (*infra* parr. 5 e 6, cap. II).

Capitolo II

FUNZIONALIZZAZIONE E INTERESSI PUBBLICI NELLA VICENDA CONTRATTUALE DEGLI APPALTI PUBBLICI

Sommario: 1. La ragione della natura pubblicistica dell'interesse perseguito: oltre il collegamento con il fine istitutivo dell'ente? – 2. Notazioni minime sulla concezione contabilistica e sull'avvento delle direttive comunitarie: la centralità del "limite negativo", tra tutela dell'interesse patrimoniale e tutela dell'operatore economico. – 2.1. Divagazioni sul valore della concorrenza nella dimensione funzionale del procedimento amministrativo. – 3. La valenza pubblicistica del fine nella più recente normativa sugli appalti pubblici, tra concorrenza in senso statico e concorrenza in senso dinamico. – 3.1. La massima partecipazione ed il sostegno alle piccole e medie imprese. – 3.2. Lo sviluppo sostenibile e la conformazione del mercato. – 4. In sintesi: la consistenza pubblicistica degli interessi sottesi all'appalto pubblico. Dagli interessi pubblici in astratto all'interesse pubblico in concreto, al di là del nesso "autonomia-centralizzazione". – 5. Dalla legge alla predeterminazione amministrativa: la graduale specificazione dell'interesse pubblico in concreto. – 6. Dalla predeterminazione amministrativa alla determinazione partecipata: il dibattito pubblico, le consultazioni preliminari e la negoziazione in sede di gara. – 7. Osservazioni di sintesi: l'interesse pubblico e l'operazione amministrativa.

1. *La ragione della natura pubblicistica dell'interesse perseguito: oltre il collegamento con il fine istitutivo dell'ente?*

Compresa, su di un piano generale, la rimodulazione teorica del principio di funzionalizzazione, vi è ora da coglierne la rilevanza nel settore dei contratti pubblici di appalto: un ambito alquanto confacente, considerato che l'atipicità del fine normativo-primario dello

strumento contrattuale[1] rende piuttosto indubitabile che anche negli appalti il problema sia quello dell'individuazione per via amministrativa dell'interesse pubblico concretamente perseguito: d'altronde, come è stato acutamente osservato, quel contratto «serve direttamente a realizzare un interesse pubblico concreto non diversamente da un atto di autorità»[2].

Astraendo il discorso dalla più recente normativa, può essere di qualche utilità domandarsi anzitutto la ragione della natura pubblicistica dell'interesse perseguito dall'amministrazione tramite l'appalto. Ed infatti, se, come si è anticipato, la normativa non funzionalizza neppure in astratto lo strumento ad un fine specifico, ragioni di logicità impongono di chiarire il perché del presupposto inquadramento pubblicistico del fine.

Esemplificando, si pensi al caso in cui un privato, da un lato, e un'amministrazione, dall'altro, acquistino della cancelleria o un servizio di pulizia per degli uffici o, ancora, una prestazione consistente nella riparazione di un soffitto pericolante: ebbene, in questi casi l'interesse perseguito dall'amministrazione è qualitativamente diverso da quello del privato?

In Massimo Severo Giannini, la «manutenzione ordinaria dei beni», così come l'«approvvigionamento dei beni di consumo corrente per lo svolgimento del lavoro degli uffici e dei servizi» è ricondotto all'attività privata dell'amministrazione – già teorizzata da Antonio Amorth[3] –, ovvero a quella attività che «i pubblici poteri pongono in essere per quegli scopi che sarebbero propri di un privato qualsiasi»[4].

---

[1] Per F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., p. 329, «il pubblico interesse che si suole presentare come incorporato nelle norme speciali sui contratti è solamente un'astrazione; nell'ordine graduale delle astrazioni talvolta assunte come dati, esso sta solo un po' più sotto dell'ormai mitico *Gemeinwohl*. Nella teoria dell'attività amministrativa contrattuale, il grado di astrazione è certo più elevato di quello che si attinge nella costruzione dommatica del provvedimento, quando si rappresenta come "motivo" o "causa" del medesimo un interesse pubblico determinato (e quindi almeno astrattamente individuato nel genere o anche nella specie): giacché nessuna diretta relazione è stabilita dalla legge tra l'oggetto generico dell'interesse perseguito e il tipo del contratto o del procedimento».

[2] Ivi, pp. 333-334.

[3] A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., p. 297 ss.

[4] M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, cit., p. 994.

Orbene, sullo sfondo teorico della corrispondenza degli «scopi», non risulterebbe operazione necessariamente inesatta quella di estendere l'equivalenza anche alla natura (essenzialmente privatistica) degli interessi curati. Eppure, questa conclusione non è del tutto soddisfacente.

Come si è potuto osservare in apertura del Capitolo I, infatti, tra ente e fine sussiste un ben definito nesso di presupposizione: il soggetto pubblico esiste in quanto è elettivamente destinato alla cura di un interesse pubblico individuato in astratto dalla legge, ancorché con un oscillante margine di precisione (*supra* parr. 1 e 2, cap. I).

L'interesse perseguito dall'amministrazione tramite l'acquisto di un bene, servizio o lavoro può quindi dirsi pubblico perché a ritroso rapportabile all'interesse istitutivo dell'ente[5]. D'altronde, e per converso, di questo assunto si trova traccia nella elaborazione della dottrina che più si è soffermata sul tema della atipicità dei contratti della pubblica amministrazione, in particolare laddove si è chiaramente spiegato, in continuità con gli studi di Carlo Marzuoli[6], che l'attività amministrativa per contratti non si pone al di fuori del principio di legalità-indirizzo, giacché l'ente, quale che sia il contratto stipulato, deve sempre agire nell'interesse del fine attribuito dalla legge[7].

A tal riguardo, peraltro, vengono in soccorso gli studi di Antonio Amorth, al quale non sfuggiva un dato qui rilevantissimo. Posta la distinzione, in dipendenza del «punto di realizzazione delle finalità costitutive», tra l'attività amministrativa (di diritto pubblico e di diritto privato), da un lato, e l'attività privata dell'amministrazione,

---

[5] Salvo specificare più oltre quanto lì affermato (v. *infra* nt. 164), cfr. Cons. St., sez. V, 20 aprile 2020, n. 2486, laddove chiaramente si afferma che tramite il contratto di appalto (*rectius*: ogni contratto di appalto), «l'amministrazione persegue lo scopo istituzionale».

[6] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 132 ss.

[7] Per M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., p. 26, «la finalizzazione del contratto al perseguimento degli scopi dell'ente si confà sia ai contratti che direttamente perseguono questi ultimi sia a quelli che li realizzano solo indirettamente, procurando all'ente i mezzi e i beni a ciò necessari». Sul punto cfr. anche R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., p. 208 ss. e F. Roversi Monaco, *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 349, per il quale la funzionalizzazione condiziona l'attività di tutte le amministrazioni, non arrestandosi neppure dinanzi a quegli enti che agiscono *iure privatorum*.

dall'altro, Amorth coglieva purtuttavia un punto di contatto tra queste partizioni: «l'interesse pubblico» che «concreta un elemento connaturale ad ogni attività svolta da pubbliche amministrazioni». Ed è sulla base di questa premessa giuridica che lì si giungeva all'affermazione, qui dirimente, che «se la rispondenza al pubblico interesse è dunque requisito giuridico indispensabile di ogni attività delle pubbliche amministrazioni, ciò spiega perché anche quella specie di attività, più lontana dall'attività pubblica e cui vorremmo riservare l'appellativo di privata in senso stretto, debba necessariamente tornare a vantaggio delle finalità che costituiscono la destinazione fondamentale delle pubbliche amministrazioni»[8].

È quindi in ragione di questo nesso di presupposizione – *i.e.* della rilevanza del fine costitutivo quale *prius* logico-giuridico – che anche il più "ordinario" dei contratti di appalto può dirsi funzionale alla soddisfazione di un interesse qualificabile come pubblico[9]: insomma, è l'interesse istitutivo che consente di cogliere la qualificazione pubblicistica dell'interesse concretamente perseguito nella vicenda contrattuale.

Se così è, peraltro, si comprenderà che la riferita atipicità del fine del contratto di appalto non implica per l'amministrazione la possibilità di perseguire qualsivoglia finalità. Quell'atipicità è tale dal punto di vista dello strumento contrattuale, giacché il fine "normativo" del contratto si direbbe non essere prestabilito (sul punto, però, v. *infra* parr. 4 ss. e 5). Dal punto di vista dell'amministrazione banditrice, invece, il fine ha una tipicità "estrinseca", data dal fatto che quello deve pur sempre essere rapportabile all'interesse istitutivo[10]:

---

[8] A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pp. 298-300.

[9] Sul nesso tra attività negoziale e interesse pubblico cfr. C. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in C. Franchini, F. Tedeschini (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 1 ss., spec. 5-7, per il quale anche l'attività negoziale dell'amministrazione, «nella sostanza», è attività che non sfugge alla «vera e propria funzionalizzazione […] al fine pubblico da perseguire» (p. 6). Nello stesso senso cfr. Id., *Interesse pubblico e contratto*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., p. 471 ss. spec. 478-479. Sui possibili criteri di determinazione della «funzionalizzazione in senso pubblicistico delle procedure di evidenza pubblica» cfr. F. Satta, F. Cardarelli, *Il contratto amministrativo*, cit., p. 218.

[10] Per farsi un esempio, questa connessione è ben colta dal Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2019, n. 1006, in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue

compito agile, verrebbe da dirsi, atteso che la genericità di quest'ultimo rende piuttosto inverosimile confutarne l'aderenza allo scopo[11]. Semmai, atipica (altrimenti a dirsi, non predeterminabile) è

della questione relativa alla possibilità di qualificare la FIGC come organismo di diritto pubblico, laddove si afferma che rispetto alle attività di interesse generale ogni ulteriore attività svolta dalla Federazione «ivi compreso il servizio di facchinaggio per le selezioni calcistiche nazionali oggetto del presente giudizio, appare in rapporto di strumentalità rispetto ai compiti di "valenza pubblicistica" definiti dallo statuto del Comitato olimpico nazionale, fino ad esservi attratta».

[11] D'altronde, in piena continuità con quanto osservato nel Capitolo I, vi è da ricordare che il rifiuto della tesi sulla capacità giuridica speciale dell'ente pubblico ha trovato, in S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, cit., p. 135, un solido fondamento proprio nella constatazione secondo cui «è di solito impossibile, per l'intrinseca genericità di tale elemento [lo scopo], desumere da questo precise limitazioni all'azione della persona giuridica». Con tutta evidenza, quindi, il tema collima con quello della capacità giuridica dell'ente pubblico, tema che ad oggi può dirsi solo apparentemente risolto nel senso della indiscutibilità della capacità generale (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 351 ss.; S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, cit., p. 139 ss.; F. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, cit., p. 361 ss.). In dottrina, infatti, è ancora possibile rintracciare autorevolissime affermazioni a supporto della capacità giuridica speciale: «la capacità di diritto privato, quando esiste, è limitata dal fine da perseguire, con la conseguenza che l'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni non è regolata dal principio della generale capacità di diritto privato, bensì dall'opposto principio dell'*ultra vires*» (F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, cit., p. 58). Tesi, quest'ultima, che trova ampio riscontro nella dottrina meno recente, tra cui, senza pretesa di esaustività, cfr. C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 153 ss.; A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., p. 532; F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 35 ss., spec. 46 ss.; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957, p. 8, al quale è peraltro attribuibile una delle affermazioni più significative: «gli Enti pubblici devono essere forniti di quel tanto di capacità che è necessario e sufficiente per il raggiungimento delle rispettive finalità, è massima per lo Stato ed è sempre più ristretta per tutti gli enti minori quanto più limitati e specifici sono gli scopi per i quali essi sono stati costituiti». In merito, è opportuno osservare che la disciplina dei contratti associativi recata dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (su cui v. *amplius* G. PIPERATA, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo unico: d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1 ss.), prescrivendo *espressamente* la corrispondenza tra l'attività societaria e «il perseguimento delle proprie finalità istituzionali», ha sì implicato un «rafforzamento del principio di funzionalizzazione» (M. DUGATO, *La Corte dei conti giudice dell'erario: la tutela degli interessi finanziari della collettività*, in *Munus*, 2018, 2, p. 607 ss., spec. 122), ma soprattutto è rilevante nella misura in cui pare dar ragione a chi, come S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, cit., p. 152, ha qualificato in termini meramente episodici la specialità della capacità giuridica, quella dipendendo da una

l'esigenza di base e così il concreto contenuto del singolo atto di acquisto. Considerazione, quest'ultima, che però è ben più di una postilla a margine, perché consente di salutare come parzialmente imprecisa l'idea che tramite l'appalto l'amministrazione persegua l'interesse pubblico istitutivo dato dalla legge: questo, se così può dirsi, definisce il perimetro entro cui può essere colta e positivamente valutata una esigenza concreta (ritorna l'idea della specificazione amministrativa dell'interesse pubblico primario tramite la precomprensione dei fatti, *supra* par. 2.1., cap. I)[12]; permette, cioè, né più né meno di definire – anche in dipendenza delle specificazioni operate dagli atti di indirizzo (*infra* par. 5) – l'ammissibilità dell'operazione di acquisto, al fine di curare in concreto un interesse che, per le suesposte ragioni, può perciò dirsi pubblico.

Rispetto a quanto si è detto, quel che rimane innegabile è però che il collegamento con il fine istitutivo può talvolta essere molto labile. Soprattutto nei cosiddetti contratti strumentali[13] – categoria

---

previa disposizione derogatoria di diritto positivo: «ogni deroga alla disciplina privatistica non potrà che essere di diritto positivo e di stretta interpretazione e […] in tal modo dovrà essere giustificata ogni affermazione che differenzi la capacità di diritto privato degli enti pubblici da quella delle altre persone giuridiche».

[12] Correttamente, C. Colosimo, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 65 ss., spec. 104, osserva che «l'interesse *primario* che determina la pubblica amministrazione alla stipula del contratto è correlato al bisogno che quello specifico accordo è destinato a soddisfare in via diretta […]». Ha quindi ragione G.D. Comporti, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. econ*., 2012, 3, p. 575 ss., spec. 577, quando afferma che «qualsiasi discorso sugli appalti pubblici […] tanto più ha valore scientifico quanto più rinuncia al postulato logico di partenza dell'interesse pubblico». E infatti, se non si erra, ciò che è sollecitato dall'A. è l'abbandono al richiamo «in senso fideistico» dell'interesse pubblico in astratto o comunque di quell'interesse che è stato definito come un «astratto luogo di nessuno» (Id., *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 2, p. 177 ss., spec. 178), dovendosi invece prioritariamente considerare la «situazione fattuale che fa emergere un problema che, a sua volta, intercetta la competenza di un certo livello amministrativo, sollecitando dallo stesso la ricerca di una soluzione» (Id., *Problemi e tendenze*, cit., p. 577).

[13] Per C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., nell'ambito dell'ampio *genus* dei contratti dell'amministrazione vi sarebbero due sottoclassi. Egli principia dalla distinzione tra l'acquisizione dei beni (ovvero dei mezzi per l'adempimento dello scopo dell'ente; espressione, questa, che nel pensiero dell'A. comprende i beni materiali, quelli immateriali e le prestazioni,

che oggi assume rilievo sul solo piano descrittivo[14] – la pubblicità

v. p. 117, nt. 1) e la somministrazione degli stessi ai privati (raggiungimento dello scopo). Questa serie di atti, che non può avere eguale consistenza, viene ripartita in contratti strumentali, ovvero «quelli che mirano a procurarsi beni (che eventualmente trasformati o meno verranno goduti dai privati, nella forma di servizi *uti universi* o *uti singuli*)», e contratti finali, cioè «quelli che mirano a procurare ai privati certuni servizi *uti singuli* ed adempiono ad un tempo agli scopi o a parte degli scopi che la P.A. si propone»: d'altronde, a supporto della distinzione, Cammeo rileva che «non v'è chi non veda come diverso sia il carattere del negozio di compravendita o di espropriazione, che il Comune può fare per procurarsi un immobile e il carattere del negozio mediante il quale il Comune offre successivamente il ricovero notturno in quell'immobile ai suoi comunisti a titolo gratuito (negozio di diritto pubblico) o a titolo oneroso (contratto). Nel primo momento il Comune si procura il mezzo per adempiere ad un suo scopo, nel secondo momento raggiunge lo scopo» (p. 119). Si consideri poi che la riconduzione di un negozio all'alveo dei contratti strumentali non è un fatto irrilevante, perché in Cammeo ciò implicava la sostanziale sottrazione del contratto dai limiti posti dai principi di *aderenza allo scopo* e di *attuazione dello scopo*: il primo non sarebbe "logicamente" rilevante dinanzi all'attività contrattual-strumentale, perché se essa assume una funzionalizzazione solo indiretta rispetto allo scopo, allora non se ne può normalmente valutare la contrarietà rispetto all'aderenza; il secondo non sarebbe mai pregiudicato, perché «i contratti strumentali non pongono certo in pericolo il patrimonio dell'ente, ma sono necessari alla vita giuridico-economica del medesimo» (pp. 152-174).

[14] Come osservato da attenta dottrina, quelle distinzioni hanno rivestito un ruolo pratico di grande rilievo, perché esse sono state utili a ripartire l'ambito di applicazione dell'evidenza pubblica: escluso per i contratti strumentali, tipico invece per quelli finali (cfr. M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., pp. 28-29). Altrettanto superata è poi la distinzione proposta da Antonio Amorth tra attività amministrativa di diritto privato e attività privata dell'amministrazione: cfr. C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., pp. 83-84, nt. 73; E. Casetta, *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 521 ss., spec. 526; S.A. Romano, *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 531 ss., spec. 535, il quale evidenzia la sussistenza di una «legislazione uniforme che tende ad inglobare l'attività negoziale della Pubblica Amministrazione in procedure di tipo pubblicistico, senza attribuire alcuna significativa rilevanza discriminante al carattere di attività meramente privata o di attività amministrativa di diritto privato». Compresa la valenza essenzialmente descrittiva della distinzione tra contratti strumentali e finali, si può quindi ricordare che mentre l'appalto di lavori pubblici è stato definito – si badi, ancora una volta sul piano eminentemente descrittivo – come il contratto «finale per eccellenza» (M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., p. 28, nt. 39), in quanto finalizzato «alla realizzazione di interessi pubblici primari e cioè di opere destinate al soddisfacimento di bisogni della comunità amministrativa» (E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico*, cit., pp. 72-73), il contratto di forniture è stato invece ricondotto all'alveo dei contratti «assolutamente strumentali» (M.

dell'interesse in concreto perseguito potrebbe non a torto essere vista come una forzatura, una trasfigurazione fittizia, dipendente dalla natura pubblicistica del committente e delle risorse impiegate[15]; d'altronde, fatto salvo quanto si dirà più oltre (*infra* par. 4), è lo stesso diritto europeo a dimostrare che la matrice pubblicistica dell'interesse non è un a priori, tenuto conto che, ai sensi dell'art. 1, dir. 2014/24/Ue, l'appalto è pubblico «indipendentemente dal fatto che i lavori, le forniture o i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno»[16].

Ma allora perché la dottrina e la giurisprudenza insistono nel

---

Dugato, *ibidem*). Sul punto si v. anche S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008, p. 58, secondo il quale negli appalti di servizi e forniture «può non esservi la soddisfazione in via diretta e immediata di un interesse pubblico determinato, atteso che le prestazioni vengono rese in favore della pubblica amministrazione, ovvero per coprire fabbisogni della stessa in quanto soggetto e non necessariamente in quanto soggetto pubblico».

[15] D'altronde si è detto che nel settore delle commesse pubbliche l'«interesse intrinsecamente negoziale *veniva*, dunque, trasfigurato in chiave pubblicistica solo in ragione della "provenienza" delle risorse economiche investite nel contratto» (A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, p. 127 ss., spec. 131). In tal senso utili indicazioni possono trarsi dalla affermazione di M. Gola, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione II: I contratti dello Stato e degli enti territoriali tra principi di contabilità pubblica ed esigenze di armonizzazione comunitaria*, in *Diritto Amministrativo*, II, *Parte speciale e giustizia amministrativa*, cit., p. 328 ss., spec. 335, laddove si osserva che il fatto che l'amministrazione tramite il contratto di appalto possa acquistare lavori, forniture e servizi della «più varia natura […] non riduce tuttavia la valenza pubblicistica dell'attività in esame. Basta infatti ricordare che l'Amministrazione utilizza risorse pubbliche, di cui è tenuta a dare conto». Se non si erra, ulteriori indici in tal senso possono essere tratti da V. Caputi Jambrenghi, *Impegno di spesa e obbligazioni contrattuali della p.a.*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 1984, 1-2, p. 142 ss., spec. 143, laddove l'A. afferma che «da una parte sono pubblici il denaro ed i provvedimenti che ne consentono l'erogazione» e «dall'altra parte sono privati tanto l'oggetto del contratto (che per questa sua proprietà si distingue dal c.d. contratto di diritto pubblico, cui va riconosciuta la natura di contratto ad oggetto pubblico), quanto, infine, l'interesse della controparte contrattuale e, almeno in via concorrente, quello dell'Amministrazione».

[16] La disposizione è qui richiamata in chiave "sintomatica", tenuto conto che questa sostanziale «irrilevanza della funzionalizzazione (finalità) dell'appalto» (A. Cavina, *Organismo di diritto pubblico e mercato concorrenziale: un indizio che non fa la prova*, in *Urb. app.*, 2017, 4, p. 507 ss., spec. 517) è anzitutto rilevante sul piano degli acquisti operati dagli organismi di diritto pubblico e, più in particolare, in relazione all'applicazione della cosiddetta teoria del contagio (su cui cfr. C. giust. Ce, 15 gennaio 1998, C-44/96).

qualificare sempre e comunque come pubblico l'interesse perseguito dall'amministrazione nelle vicende dell'appalto[17]?

Si dirà che è pubblico l'interesse alla economicità dell'acquisto, che è pubblico l'interesse al contrasto ai fenomeni corruttivi e che è pubblico l'interesse alla apertura dei mercati. Ma questa rappresentazione, in ragione di quanto si avrà modo di osservare (*infra* par. 3), non è appagante, perché altro è l'interesse pubblico in senso generico che giustifica l'intervento legislativo e altro è l'interesse pubblico in senso normativo la cui soddisfazione è rimessa alla "intermediazione" amministrativa.

Si dirà, allora, così tornando al punto di partenza, che l'accento va posto sull'utile amministrativo, perché ogni acquisto deve pur sempre tornare utile alla missione istituzionale dell'ente. Ma la prospettiva, ancorché giuridicamente propugnabile (v. *supra*), per quanto si è anticipato potrebbe dirsi non necessariamente soddisfacente: si badi, in realtà lo è, ma, come si avrà modo di spiegare, il dubbio è bene che sia posto, perché consentirà di giungere ad esiti ben più rilevanti.

Tralasciando quest'ultima precisazione, ciò che si avverte è una sostanziale *impasse*, a fronte della quale a far ritorno parrebbe essere, del tutto curiosamente, l'interesse pubblico soggettivato (*i.e.*, l'interesse della parte pubblica)[18], che pure si diceva essere definitivamente tramontato[19] (*supra* par. 1, cap. I).

---

[17] Come osserva L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 2, p. 291 ss., spec. 293, a far data dalla normativa contabilistica degli anni '20 «la disciplina dei contratti pubblici è sempre stata prevalentemente finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico: interesse pubblico alla buona gestione delle risorse, interesse pubblico all'imparzialità, interesse pubblico alla realizzazione delle opere, e così via».

[18] A tal riguardo si ricorda quanto sostenuto da V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in P. Perlingieri (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 208, laddove con riferimento agli appalti pubblici si afferma che «la funzione dell'operazione economica [è] quella di soddisfare il bisogno, espresso dal soggetto pubblico di procurarsi quella data utilità. Si [tratta] pur sempre, di un bisogno – e quindi di un interesse – di rilievo pubblico, in quanto riferibile ad un soggetto pubblico».

[19] Sovviene il monito di C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., pp. 134-135: «[è] pacifico che l'interesse pubblico riguarda anche l'attività di diritto privato […]. Sennonché, quando si tratta dell'attività di diritto

A fronte di questa potenziale alterazione contenutistica, non è un caso che la funzionalizzazione della attività abbia a lungo ceduto il passo alla funzionalizzazione delle risorse economiche[20]: irrilevante (se non nei margini di compatibilità con l'interesse istitutivo) è l'interesse perseguito (tanto più che dopo l'aggiudicazione si è creduto potesse sparire dalla scena), così come irrilevante è la collaborazione che, nella azione funzionalizzata, dovrebbe essere assicurata dalle dinamiche partecipative; rilevante è piuttosto l'economicità della spesa, la legalità dell'azione e la matrice essenzialmente garantistica del procedimento di scelta del contraente, inteso quale modulo asservito alla mera evidenza (*rectius*: garanzia) della «"dimensione funzionale" delle risorse economiche»[21].

Ha peraltro ragione chi ha recentemente ed autorevolmente ricordato che se il settore dei contratti pubblici è presidiato da una apposita Autorità, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac), è perché vi sono sottesi rilevantissimi interessi pubblici[22]; ma ciò dà evidenza di un dato, e cioè che nella materia considerata l'interesse pubblico amministrativo è spesse volte offuscato dalla preminenza di interessi pubblici "alieni" di segno negativo (economicità e an-

---

privato, appena superata la soglia delle premesse generali, quell'interesse finisce per essere rappresentato come pubblico solamente nel senso della sua pertinenza soggettiva: è pubblico perché è l'interesse dell'amministrazione, la quale, appunto, è un soggetto pubblico».

[20] Più o meno direttamente, l'osservazione rievoca la riflessione di G. Sala, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica*, in V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, Padova, Cedam, 2008, p. 31 ss., laddove l'A. ha affermato che l'applicazione del regime giuridico dell'attività amministrativa alle società pubbliche non discenderebbe né dalla connotazione autoritativa del soggetto né dalla natura pubblica dell'interesse perseguito: «è l'utilizzo di risorse desunte dalla fiscalità generale a giustificare una differenziazione di regime giuridico» e la «funzionalizzazione non è più solo del soggetto o del potere ma anche delle risorse tratte dalla fiscalità generale» (pp. 71-73).

[21] Si richiama l'espressione impiegata da M. Dugato, *La Corte dei conti giudice dell'erario*, cit., p. 608.

[22] Così G. Caia nei saluti introduttivi al seminario "Il Decreto Legge Semplificazioni e le novità in materia di contratti pubblici", organizzato dalla Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (30 settembre 2020). Ampiamente sul tema, G. Piperata, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 29 ss.

ticorruzione su tutti), rispetto ai quali la legalità-indirizzo rimane, per così dire, ampiamente sullo sfondo[23]. Sullo sfondo, più in particolare, di un procedimento essenzialmente percepito come luogo di *garanzia*[24]: garanzia della buona spendita del denaro pubblico (nella prospettiva dell'amministrazione e dei consociati); garanzia della concorrenza (nella prospettiva dell'apertura del mercato europeo); garanzia della legalità delle procedure (nella prospettiva dell'operatore economico e dell'Autorità di settore).

Sebbene formulata ad altri fini, vi è una felice massima di Carlo Marzuoli che può efficacemente sintetizzare il quadro delineato: «è la storia del prevalere della legalità-garanzia sulla legalità-indirizzo»[25].

Ebbene, se è vero quanto si è detto all'inizio di questo Capitolo, e cioè che l'interesse *pubblico* in concreto assume una marcata rilevanza anche nella materia dei contratti di appalto, diviene operazione logicamente prioritaria quella di comprendere le ragioni che militano a favore della qualificazione (per l'appunto) pubblicistica dell'interesse perseguito dalla amministrazione al di là e al di qua della distinzione tra contratti finali e strumentali[26].

---

[23] Sotto questo profilo appare condivisibile e più che mai attuale il monito di F. Cintioli, *Separare gli appalti dall'anticorruzione e disboscare le norme che bloccano le opere*, in *Il dubbio*, 16 aprile 2020, secondo cui, se è vero che la concorrenza e l'anticorruzione sono interessi fondamentali, è altresì imprescindibile non «dimenticare così in fretta quanto importante [sia] pure l'interesse dell'amministrazione (e di noi tutti) a che gli appalti [siano] fatti».

[24] Per E. Picozza, *Genesi e trasformazione del procedimento amministrativo: influenza sulla attività contrattuale della pubblica amministrazione. Profili problematici*, in *Una nuova pubblica amministrazione*, cit., p. 25 ss., spec. 33-34, nel settore dei contratti pubblici di appalto l'amministrazione di risultato non è mai realmente considerata dall'interprete, sicché «il procedimento ad evidenza pubblica diventa il luogo principale di garanzia». Sotto questo profilo, la volontà di reinterpretare l'evidenza pubblica nell'ottica del dialogo tra l'amministrazione e gli operatori economici privati trova ampio supporto nel convincente lavoro di F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016.

[25] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 4.

[26] Le riflessioni che seguono sono calibrate principalmente, se non esclusivamente, attorno alla disciplina dei contratti di appalto sopra soglia; in forza dell'applicabilità dell'art. 30, d.lgs. n. 50/2016, però, alcune delle considerazioni di seguito riportate potranno certamente essere estese al settore dei "sotto soglia", ancorché nei margini di compatibilità imposti dalla semplificazione delle procedure previste per quei contratti.

Un dato può però essere anticipato, perché serve a spiegare la scelta di riproporre, benché in sintesi, l'oramai noto avvicendamento delle stagioni di riforma del settore: ebbene, se sotto la concezione contabilistica e nelle prime direttive comunitarie in materia di appalti erano gli interessi pubblici di segno negativo (cioè direttamente realizzati tramite l'intervento legislativo) a rilevare maggiormente, è nei più recenti interventi normativi che ha assunto un crescente spessore la legalità-indirizzo, e così, in definitiva, la consistenza pubblicistica dell'interesse perseguito.

2. *Notazioni minime sulla concezione contabilistica e sull'avvento delle direttive comunitarie: la centralità del "limite negativo", tra tutela dell'interesse patrimoniale e tutela dell'operatore economico*

Si dirà cosa scontata – ma l'argomento tornerà utile più oltre – nel ricordare che se per le trattative fra soggetti privati è a lungo mancata una disciplina procedimentale atta a fornire una qualche garanzia ai contraenti[27], al contrario la normativa, quandanche embrionale, per la formazione dei contratti della pubblica amministrazione nell'Italia post-unitaria è "sempre" esistita: dapprima perché fu estesa la disciplina allora vigente nel Regno di Sardegna (l. 23 marzo 1853, n. 1483), poi perché nello Stato unitario il settore fu interessato dal susseguirsi di plurimi interventi normativi (l. 22 aprile 1869, n. 5026, e r.d. 4 settembre 1870, n. 5852; r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016, e r.d. 4 maggio 1885, n. 3074; r.d. 8 novembre 1923, n. 2440, e r.d. 23 maggio 1924, n. 827).

[27] Sull'insufficienza della tutela accordata ai contraenti antecedentemente all'entrata in vigore del codice civile del '42, cfr. L. Coviello, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Filangeri*, 1900, 25, p. 91 ss. Più in generale, si v. F. Benatti, *Responsabilità precontrattuale*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Treccani, 1991, p. 1 ss., e R. von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten vertragen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, 1861 (per la traduzione dell'opera si v. R. von Jhering, *Della culpa in contrahendo, ossia Del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione di F. Procchi, Napoli, Jovene, 2005).

Pur a fronte del progressivo aumento dell'analiticità e della precettività della regolazione, la normativa così succintamente richiamata presentava un certo *fil rouge*, un comune denominatore, dato dalla (formale) sottrazione della scelta del contraente all'arbitrio del diritto privato e, quindi, dalla sua sottoposizione al previo esperimento di un procedimento di gara da condurre per pubblici incanti (oggi procedure aperte), nonché per licitazione privata (oggi procedura ristretta) e, in caso di «speciali ed eccezionali circostanze», per trattativa privata (oggi procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara).

La contrattazione della pubblica amministrazione nasce e quindi si sviluppa secondo direttrici ontologicamente opposte a quelle della negoziazione tra privati: è un confronto tra ordinamenti, tra il regime dell'autonomia negoziale (*i.e.* della libertà di scelta del contraente[28]) e quello della procedimentalizzazione, ovvero dell'evidenza pubblica[29].

Se il modello legale della contrattazione pubblica è rimasto immutato – sotto questo profilo, soggetto a revisione, come si vedrà, è soprattutto il più o il meno di discrezionalità riconosciuta all'amministrazione contraente – ad essere radicalmente mutata è invece la *ratio* di quel sistema[30]. Ed infatti, mentre oggigiorno, come si dirà, le ragioni fondanti del modello legale di riferimento sono molteplici,

---

[28] Salvo il limite della sopra ricordata responsabilità precontrattuale e dei particolari, ma non necessariamente episodici, obblighi di trasparenza (su cui si v. R. Filippo, *Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla procedimentalizzazione dell'informazione*, in *Resp. civ.*, 2012, 3, p. 173 ss.). Sull'impiego di forme procedimentalizzate anche nelle trattative tra soggetti privati, nelle quali, sebbene sia assente la rigida scansione delle fasi dei contratti ad evidenza pubblica, «sono comunque distinguibili i momenti dell'indizione della gara, della fissazione delle regole del gioco, dello svolgimento della gara», si v. G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee*, cit., p. 26.

[29] Imprescindibile è il rinvio a M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 363 ss.

[30] Correttamente A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, Pisa University Press, 2011, p. 173, osserva che, nei vari ordinamenti e nelle molteplici stagioni di riforma, mentre è rimasta comune l'idea che la gara rappresenti la «modalità più sicura di garanzia per tutti gli ordini di interessi», è mutata invece «la prevalenza dei singoli motivi ispiratori delle rispettive discipline».

in origine il fine della normativa era unico e direttamente collegato alla concezione contabilistica.

L'individuazione del giusto contraente invero ha originariamente risposto ad una logica tutta (o principalmente) economica, attinente al contenimento della spesa pubblica[31]. Quella normativa «posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione»[32], introduceva il contratto ad evidenza pubblica non solo (e forse non tanto) «per una ragione di coerenza con il sistema del diritto amministrativo» ovvero «con il principio di legalità», ma anche e soprattutto «per una ragione pratica» e cioè quella «di porre freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari»[33]: insomma, e più esplicitamente, l'evidenza pubblica era destinata a controllare la spesa al fine di garantire il miglior utilizzo del denaro della collettività[34], e per farlo circondava l'af-

---

[31] Non è un caso che il procedimento di evidenza pubblica, prima dell'impulso delle direttive comunitarie, sia stato introdotto da normative nazionali rubricate rispettivamente: «Sulla amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale» (l. 22 aprile 1869, n. 5026); «Testo unico di legge sull'Amministrazione e sulla Contabilità generale dello Stato» (r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016); «Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato» (r.d. 8 novembre 1923, n. 2440).

[32] C. cost., 23 novembre 2007, n. 401.

[33] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 677. Che vi fosse un'esigenza pratica dietro alla scelta di pubblicizzare un rapporto altrimenti contrattuale è fatto che emerge chiaramente anche nel pensiero di Mantellini, il quale era mosso da una certa avversione nei confronti degli "affaristi" che grazie agli strumenti offerti dal diritto privato minavano «l'indipendenza della funzione amministrativa» (G. Mantellini, *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1880*, in *Legge*, 1881, I, p. 787 ss.; sul punto si v. anche M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 17 e 64). Cfr. altresì L. Forti, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1938, 7, p. 3 ss., spec. 36, secondo cui il fine delle norme sulla contabilità pubblica era quello di «ottenere una proposta, la più favorevole per la P.A., liberare i pubblici funzionari dalla taccia di favoritismi, accrescere quindi la fiducia della pubblica opinione in una retta gestione delle finanze dello Stato». La tutela dell'amministrazione dagli abusi degli appaltatori è chiaramente spiegata da M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. mezz.*, 2016, 3, p. 737 ss., spec. 738, il quale riferendosi alla teoria dell'agenzia evidenzia «due problemi di agenzia». Il primo è quello di «prevenire comportamenti "opportunistici" da parte dell'"agente" [fornitore] a danno del "principale" [amministrazione acquirente]»; il secondo invece ha una «dimensione interna ai rapporti tra stazione appaltante ("principale") e dirigente o funzionario responsabile della procedura di gara ("agente"), poiché gli incentivi che motivano il comportamento dei due possono divergere».

[34] Cfr. R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *Giustamm.it*,

fidamento della commessa con una «ben adatta controlleria, sussidiata da un sistema chiaro e razionale di registrazioni contabili»[35]. È in quest'ottica, ovvero per questo suo intimo collegamento con il patrimonio, con le scritture contabili e con i controlli, che il contratto veniva «comunemente [studiato] nell'ambito della contabilità pubblica»[36] e qualificato alla stregua di un atto finanziario[37].

Ebbene, parrà evidente – ma l'aspetto è spesse volte obliterato – che il dato teleologico a cui si è ora fatto riferimento attiene alla dimensione finalistica della normativa. La precisazione può, certo, dirsi banale, perché sotto la vigenza del principio di legalità-indirizzo il *fine dell'amministrazione* è posto dalla norma, ma il *fine della norma* non è necessariamente anche il fine (positivo) dell'amministrazione. Eppure, per le ragioni che si diranno, quella precisazione non è superflua.

Per ora basti osservare che in quel contesto, ciò che fuoriusciva dalla normativa era una sostanziale "de-problematizzazione" della dimensione teleologica della vicenda contrattuale. La legislazione non asserviva l'appalto ad altro fine che non fosse quello, piuttosto atipico, della soddisfazione di una esigenza concreta del committente; la natura pubblicistica (in senso oggettivo) dell'interesse, fatto salvo il caso di commesse direttamente utili per i cittadini (ritorna l'idea dei contratti finali a cui si è fatto riferimento *supra* par. 2), rappresentava una sorta di costruzione teorica[38], frutto di una

---

2016, p. 6. Come osservato da M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, p. 297 ss., spec. 298, nelle norme di contabilità pubblica «resta determinante l'interesse della pubblica amministrazione, soprattutto finanziario».

[35] Così la relazione di Restelli alla Camera in merito al progetto Cambray Digny, l. 2 aprile 1869, n. 5026.

[36] C. Bentivenga, *Elementi di contabilità di Stato*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 48. Si consideri quanto sostenuto da G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, cit., p. 1 ss., spec. 11, il quale osserva che l'attrazione della materia agli studi di contabilità determinarono «il distacco dal settore centrale della funzione, ove avviene la valutazione degli interessi e la elaborazione delle scelte».

[37] Così M. Ingrosso, *Istituzioni di diritto finanziario*, Napoli, Jovene, 1935, p. 95. Cfr. anche S. Vinti, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2020, 12, p. 252 ss., spec. 254-256.

[38] V. *supra* nt. 15.

metamorfosi indotta dalla collocazione nel perimetro "legittimante" dell'interesse istitutivo. Così, ben si può comprendere il "fastidio" manifestato dalla dottrina nei confronti di una legislazione «finalizzata alla tutela prioritaria dell'interesse pubblico soggettivato nell'amministrazione»[39]; e, soprattutto, data l'assenza di fini positivamente stabiliti, ben si può comprendere come a perno del sistema fosse posto non l'interesse «inteso come concetto normativo», ma un interesse «inteso in senso generico» riferito «alla convenienza, anche finanziaria, delle scelte dell'amministrazione»[40]: insomma, lì «l'interesse pubblico determinante […] coincideva con l'interesse finanziario dell'amministrazione»[41], ovvero con un limite negativo[42], un contemperamento imposto dalla riconduzione della fattispecie entro la categoria dei «fatti finanziari»[43].

Se ed in quanto corretta, la proposta conclusione circa la centralità del limite negativo (l'interesse pubblico al contenimento della spesa[44]) non pare peraltro mutare (se non nel contenuto di quel limite) nel quadro inaugurato dall'avvento delle prime direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Un dato curioso, tenuto conto che la divergenza delle due stagioni normative è un *refrain* costante nell'elaborazione dottrinale.

A partire dagli anni Settanta del secolo scorso si assiste, infatti, all'avvicendamento di una legislazione rispondente all'interesse finanziario dell'amministrazione – ancorché indirettamente capace

---

[39] A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1, p. 1 ss., spec. 11.

[40] F. Trimarchi Banfi, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1, p. 35 ss., spec. 37.

[41] L. Lorenzoni, *I princìpi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, Jovene, 2018, pp. 303-304. Cfr. anche R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., pp. 17-18.

[42] Come ricorda V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 116, l'evidenza pubblica «all'inizio aveva uno scopo prettamente aziendalistico, far sì che le Amministrazioni operassero in sede contrattuale con il minor dispendio di danaro pubblico».

[43] S. Vinti, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo*, cit., p. 255.

[44] Sull'«ottimale utilizzo delle risorse economico finanziarie», inteso per l'appunto come «limite immanente dell'attività negoziale della p.a.», cfr. S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., p. 180.

di accordare una qualche tutela ai partecipanti[45], anche e soprattutto per il tramite del controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi adottati con inosservanza delle forme e regole prescritte[46] – con una normazione direttamente interessata alla tutela dell'operatore economico: la dottrina ne è sicura, si è dinanzi ad un contrasto, una «tensione», tra ordinamenti[47] e, quindi, ad una divergenza di valori[48].

L'opposizione è anzitutto tra l'ordinamento contabilistico interno, per il quale l'evidenza pubblica assolve primariamente alla finalità di tutelare gli interessi economici dell'amministrazione contraente[49], e quello europeo, che, al contrario, guarda all'evidenza pubblica come ad uno schema giuridico principalmente asservito alla tutela degli operatori economici privati; a questa divergenza fa poi seguito quella sul valore dell'occasione contrattuale, fonte di spesa (da contenere) nella prospettiva interna e, di converso, luogo di esplicazione del confronto tra operatori, secondo la lettura del legislatore comunitario[50].

Si registra, per questa via, un deciso mutamento di paradigma.

---

[45] Cfr. A. De Brun, *Contabilità di Stato*, in *Enc. giur. it.*, II, Milano, Vallardi, 1898, p. 765, e A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi*, cit., p. 11.

[46] Così L. Forti, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, cit., p. 32.

[47] E. Picozza, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2010, p. 29 ss., spec. 29.

[48] Sul punto si v. anche le riflessioni di M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei di impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 1, p. 179 ss.

[49] Sui profili di specialità attributivi di amplissimi privilegi al committente pubblico, si v. l'ampia ed esaustiva analisi normativa, dottrinale e giurisprudenziale operata da A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999, 13-76.

[50] Cfr. G. Greco, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano (direttive 89/440/CEE e 89/665/CEE)*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 11 ss., spec. 12; A. Police, G. Grüner, *Le fonti*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti pubblici di appalto pubblico*, Torino, Utet, 2010, p. 109 ss., spec. 111-113. Si v. *amplius* S. Simone, L. Zanettini, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 119 ss., spec. 119-133.

Per la maggioranza degli interpreti, dagli anni Settanta l'elemento centrale della normativa sulle commesse pubbliche diviene la concorrenza, la quale non sarebbe più un mezzo rispetto al fine[51] (*i.e.*, rispetto alla convenienza economica) ma è (e, si è detto, non è più revocabile in dubbio che sia) un «bene», un fine in sé e di per sé[52], «baricentro della regolazione degli appalti pubblici»[53].

Il mutamento, però, è solo parziale. Ciò che perdurava, infatti, era la sostanziale derubricazione del momento teleologico della commessa pubblica. Il fine pubblico rilevante non era quello perseguito (e, ciò che più conta, potenzialmente perseguibile) dall'amministrazione, ma era quello ambìto dalla normativa medesima, rappresentato dall'interesse pubblico alla concorrenza effettiva ed eretto a limite negativo del potere negoziale[54]: altrimenti a dirsi, l'attribuzione di limiti positivi (fini) all'azione del committente pubblico, così come l'ammissione di uno spazio (di discrezionalità) nell'edificazione dell'interesse pubblico amministrativo, non era percepita come una esigenza cogente, cogente essendo piuttosto la tutela degli interessi delle imprese.

D'altronde, quella derubricazione dell'interesse amministrativo era chiaramente perorata dall'«approccio mercantilista»[55] della Commissione, che peraltro – legittimando la promozione di considerazioni non economiche (*i.e.* di interessi pubblici "altri") nei limiti in cui a ciò corrispondesse un vantaggio economico diretto per la sta-

---

[51] Cfr. M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 169, secondo cui la prospettiva della normativa comunitaria è stata quella di «invertire il rapporto tra mezzi e fini».

[52] Molto chiaramente sul punto, cfr. A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, cit., pp. 136-137 e 143-144.

[53] A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 402.

[54] Per A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi*, cit., p. 13, infatti, se nella prospettiva della legislazione di matrice contabilistica «il mercato, la concorrenza, sono stati posti dall'ordinamento solo come meri strumenti al servizio dell'amministrazione», nella prospettiva comunitaria, invece, «il mercato, la concorrenza, le loro regole, sono poste a protezione prioritaria degli interessi delle imprese che vi operano: e, quindi, sono imposte all'amministrazione addirittura come limiti dei poteri negoziali che l'ordinamento generale le attribuisce per il perseguimento del suo ruolo istituzionale».

[55] C. Colosimo, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, cit., p. 71.

zione appaltante[56] – del tutto curiosamente finiva per premere l'interesse del committente pubblico nel senso del più marcato soggettivismo, così intaccando la lettura oggettivata dell'interesse pubblico.

In questa perpetuata "de-problematizzazione" del fattore teleologico, in cui il valore pubblicistico dell'interesse è ridotto ad un mero interesse della parte pubblica, è facile comprendere come in letteratura l'esito della contrapposizione – tra la pregressa legislazione nazionale asservita alla preferenza dell'interesse della parte pubblica e la postuma regolazione comunitaria tesa alla tutela dell'interesse della parte privata – sia poi stato quello di "sclerotizzare" la gara in un conflitto tra par(t)i, ove il criterio arbitrale è dato dal bene "concorrenza" e la commessa più che in funzione dell'*utilitas* perseguita dall'amministrazione viene guardata come luogo in cui ciò che conta è assicurare il gioco del pluralismo strutturale del mercato.

2.1. *Divagazioni sul valore della concorrenza nella dimensione funzionale del procedimento amministrativo*

Fermo restando quanto sinora osservato, sul punto sia consentita una breve divagazione.

Se non si erra, nella sua assolutizzazione, il riorientamento finalistico della legislazione (dalla tutela dell'amministrazione alla tutela del privato) pare essere più il frutto di una suggestione (legata a filo diretto alle criticità implicate dalla concezione contabilistica), che il frutto di una precisa opzione normativa: non che la disciplina comunitaria non sia andata a favore dei privati, ma quel *favor* pare essere, per così dire, solo l'effetto ultimo di una disciplina che muove dalla creazione del mercato unico nella materia degli appalti e che, per raggiungere questo fine, tutela (*rectius*: valorizza) il procedimento e le connesse dinamiche partecipative.

---

[56] Cfr. Commissione Europea, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, Bruxelles, 4 luglio 2001 COM(2001) 274 def., laddove, in relazione all'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si afferma che «i criteri applicati devono procurare un vantaggio economico all'ente aggiudicatore» e che l'obiettivo delle direttive sugli appalti pubblici è quello di evitare «che considerazioni diverse da quelle economiche possano determinare le scelte» dell'ente aggiudicatore.

Difatti, sgomberato il campo dai problemi e dagli assetti domestici – tra questi ultimi, la riconduzione della normativa di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, alla competenza statale esclusiva in materia di «tutela della concorrenza»[57] – si scopre che l'intervento del legislatore comunitario è stato esclusivamente eretto sull'esigenza di «creare un mercato unico in materia di appalti pubblici»[58]: non quindi sulla tutela *ex se* dell'operatore economico, né sul pluralismo strutturale di mercato, altrimenti a dirsi sulla concorrenza in senso statico, intesa come bene[59]. Piuttosto, ciò che è vero è che la norma-

[57] Cfr. S.S. Scoca, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 289 ss., spec. 299, laddove si è rilevato che l'incasellamento della disciplina dei contratti pubblici nella materia della tutela della concorrenza pare essere stato giustificato «più dalla ritenuta (dalla Corte) necessità di affermare la competenza legislativa statale, che dall'effettiva concezione dei contratti pubblici come ambito specifico della tutela della concorrenza». In tema, cfr. Cfr. P. Chirulli, *Tutela della concorrenza e potestà legislativa statale in materia di appalti pubblici: il fine giustifica i mezzi?*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 4, p. 740 ss.; R. Mangani, *La tutela della concorrenza e l'ordinamento civile nel Codice dei contratti pubblici: la Corte costituzionale promuove il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni contenuto nel d.lgs. n. 163 del 2006*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 4, p. 776 ss.; C. Lacava, *I contratti pubblici tra Stato e Regioni e la tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 6, p. 624 ss.; R. De Nictolis, *Principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza (nota a C. Cost. n. 401 del 2007)*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 1, p. 181 ss.

[58] M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, cit., p. 740; Id., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, p. 71 ss., spec. 73-74. Difatti, dalla dir. 71/305/Cee alla dir. 2014/24/Ue, i primi considerando esplicitano chiaramente che la base giuridica delle direttive in materia di appalti è rappresentata dalla libera circolazione delle merci, dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione di servizi. Poco o nulla rileva la differenza strutturale intercorsa tra le direttive di prima generazione e quelle che ne sono seguite, quella avendo interessato più l'incisività dell'intervento comunitario (cfr. M.P. Chiti, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in A. Angeletti (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario. Atti del convegno*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 137 ss., spec. 144 ss.) che il mutamento – che non vi è stato – della base giuridica di riferimento. Sul punto, si v. anche S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 17-18, i quali evidenziano che la prima normativa in materia di appalti pubblici era anzitutto volta alla attuazione di «un coordinamento delle legislazioni» ed il suo fondamento nelle libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi si giustificava in ragione della mancanza nel Trattato istitutivo della Comunità di «una disposizione specifica cui agganciarsi».

[59] Sul punto, v. *infra* par. 3.

tiva ha radicato la garanzia dell'implementazione del mercato unico attorno ai principi di non discriminazione e di trasparenza, e li ha collocati in quello che si è ritenuto essere il luogo più adeguato, ovvero nel procedimento amministrativo.

Pertanto, se la concorrenza come bene in sé e di per sé protetto non è altro dall'apertura del mercato alle imprese stabilite in Stati membri diversi[60], allora, come concetto utilmente impiegabile, la concorrenza indica niente di più che un processo competitivo[61]: un modo di essere del procedimento, la «ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio»[62].

Calata in questo contesto, la concorrenza torna ad essere comprensibile come un mezzo rispetto al fine (amministrativo): da bene "metafisico" diviene (torna ad essere) criterio operativo funzionale all'amministrazione o, meglio, all'interesse perseguito nella singola vicenda contrattuale. Impiegando una formula sintetica e alquanto

---

[60] Questa corrispondenza tra concorrenza e libertà fondamentali può essere efficacemente colta nella sentenza della C. giust. Ce, 20 settembre 1988, C-31/87, *Beentjes c. Stato dei Paesi Bassi*, ponendo a confronto le seguenti affermazioni: «la finalità della direttiva, consistente nella effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici […]» e «la finalità della direttiva consistente nel garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici […]».

[61] Si consideri, però, che, secondo quanto sostenuto dall'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl nelle conclusioni al caso *Sintesi* (C-247/02), il principio di concorrenza negli appalti pubblici *i)* avrebbe talvolta per oggetto i rapporti tra gli operatori economici, *ii)* talaltra atterrebbe alla relazione tra questi ultimi e le amministrazioni aggiudicatrici, *iii)* infine tutelerebbe la «concorrenza dal punto di vista istituzionale» (parr. 34-40). Sul punto, si v. A. Sanchez-Graells, *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?*, in 22 *European public law*, 2016, p. 377 ss., spec. 381-382. Più in generale sulla disciplina della concorrenza si v. di recente C. Franchini, *La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 80 ss.

[62] M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, cit., p. 743. Peraltro, se la concorrenza è lo "strumento dell'imparzialità", allora non può certo dirsi che l'attività delle amministrazioni sia «funzionalizzata al mantenimento di un regime di concorrenza non falsata» (A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit., pp. 399 e 403.). E ciò in quanto nessuno direbbe mai che l'amministrazione sia funzionalizzata all'imparzialità: l'amministrazione è imparziale ed è funzionalizzata alla soddisfazione di un interesse pubblico che non è certo la correttezza del metodo procedimentale impiegato (la concorrenza).

sfumata, può dirsi che la concorrenza è «un interesse pubblico» (in senso generico); ma soprattutto è conveniente concludere nel senso che la concorrenza, come modulo dell'agire imparziale[63], serve al risultato amministrativo[64]. D'altronde, non v'è dubbio che l'introduzione della normativa di matrice comunitaria abbia accordato una maggiore tutela all'operatore economico (nazionale o estero): ed infatti siccome il fine di garantire il rispetto del divieto di non discriminazione su base nazionale ha implicato, anzitutto, la doverosa e ossequiosa applicazione dei summenzionati principi, ciò che

[63] Cfr. quanto affermato da M. Mazzamuto in *Fabio Cintioli* versus *Marco Mazzamuto: riformare i contratti pubblici?*, cit., p. 855: «[l]e procedure concorsuali non sono dunque solamente uno strumento per la scelta del miglior contraente, ma, senza bisogno di evocare i sopravvenuti principi unionali, costituiscono da sempre uno dei metodi attraverso i quali si cerca di addivenire ad una decisione imparziale dell'amministrazione». Sul punto cfr. anche S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., pp. 172-173.

[64] Cfr. G. Morbidelli, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 4, p. 743 ss., spec. 808-809, per il quale «se è vero che la normativa comunitaria ha la finalità di garantire la concorrenza, è altrettanto indubbio che la normativa persegue le finalità di assicurare alla P.A. il prodotto ottimale». Per F. Francario, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 951 ss., spec. 953, «sarebbe però erroneo ritenere che si sia con ciò realizzato un vero e proprio rovesciamento dei principi e che le norme che regolano le procedure di scelta del contraente dovrebbero pertanto ormai intendersi come poste unicamente o prevalentemente al fine di tutelare la libertà d'impresa e di concorrenza. Ciò porterebbe a scambiare il mezzo con il fine, perché la garanzia della libertà di concorrenza e di mercato rimane pur sempre un mezzo rispetto al fine ultimo che deve essere perseguito da una pubblica amministrazione». Cfr. altresì R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, p. 325 ss., secondo cui nel settore dei contratti pubblici «[l]a disciplina della concorrenza garantisce il mercato come libero incontro della domanda e dell'offerta non come fine in sé considerato, ma per offrire ai consumatori un giusto rapporto qualità-prezzo di beni e servizi, incentivando così l'innovazione tecnologica e lo sviluppo delle forze produttive» (p. 325). L'antinomia tra le dimensioni funzionali rispettivamente rilevanti nelle dinamiche comunitarie e nazionali è ben rilevata da F. Astone, *Le antinomie tra il diritto interno ed il diritto europeo nella materia dei contratti pubblici. La tutela giurisdizionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 111-112, laddove osserva che se nell'ambito comunitario «rileva essenzialmente l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza», in quello interno, invece, «rileva, innanzitutto, l'interesse pubblico finale contemplato di volta in volta dalla legge, che sta alla base della determinazione dell'amministrazione di realizzare un'opera, fornire un bene o svolgere un servizio».

ne è conseguito è che la forma procedimentale è poi stata presa sul serio[65]. Sennonché, come acutamente osservato in dottrina, poiché «il procedimento amministrativo è funzionale al provvedimento e quindi adempie a un obiettivo di risultato», ciò che non deve sfuggire è che, sotto il profilo funzionale, la disciplina comunitaria del procedimento ha adempiuto anche e soprattutto ad uno «scopo di "risultato"»[66]. Il che è cruciale, perché consente di riorientare il discorso attorno al momento amministrativo: il procedimento *quale oggetto di regolazione* è strumentale all'apertura dei mercati, ma, *dal punto di vista funzionale*, il procedimento competitivo in sé è e rimane uno strumento – preferenziale[67] (sotto questo profilo, l'art.

---

[65] Per riprendere la felice formula impiegata da S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006.

[66] E. Picozza, *Genesi e trasformazione del procedimento amministrativo*, cit., pp. 32-34. Sul punto cfr. anche A. Heimler, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, 1, p. 181 ss., spec. 184, il quale rileva sì un paradosso nella disciplina europea – «una normativa volta a garantire che la pubblica amministrazione riceva valore in cambio di denaro» pone paradossalmente «come primo obiettivo delle norme da applicare la parità di trattamento dei potenziali fornitori» – ma chiarisce che il paradosso è solo «apparente», giacché la ragione del primario riferimento alle libertà fondamentali e alla *par condicio* «è molto semplice e deriva dal fatto che altrimenti l'Unione europea non avrebbe base giuridica per legiferare»: insomma, il fine "mercantilistico" è un *escamotage* per introdurre una normativa che è ineluttabilmente e immediatamente «volta a garantire che la pubblica amministrazione riceva valore in cambio di denaro, ossia che l'Amministrazione acquisti beni e servizi della qualità desiderata e ai prezzi più bassi» (la tesi rievoca quanto già ricordato *supra* in nt. 58).

[67] Come osserva L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti*, cit., p. 292, gli obblighi imposti e le facoltà accordate dalle direttive in materia di appalti sono tradizionalmente giustificati «*in primis* dalla tutela della concorrenza in tutto il mercato interno e dalla convinzione che proprio la tutela della concorrenza sia il primo e più importante strumento per assicurare l'efficienza del processo di acquisizione di lavori, servizi e forniture da parte delle amministrazioni pubbliche». È in questo senso che la concorrenza potrebbe dirsi essere protetta come un "bene" in sé: d'altronde, per F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumenti di accentramento*, cit., p. 378, «proprio l'analisi delle conseguenze che sul contratto produce l'illegittimità della procedura ad evidenza pubblica mostra come la 'concorrenza' reagisca sul regime dell'istituto: l'inefficacia in caso di violazioni gravi, infatti, si configura come 'sanzione' della violazione delle norme sulla concorrenza. Il giudice amministrativo è il signore dell'apprezzamento della concorrenza e il guardiano delle relative regole […]». Eppure, a ben vedere, ciò che pare essere protetto è il procedimento concorrenziale, che è e rimane uno strumento: che poi l'«attitudine del mezzo a raggiungere il fine ne [faccia] tutt'uno con il fine» (secondo la osserva-

121, comma 1, lett. *a)* e *b)*, d.lgs. n. 104/2010, rappresenta l'antitesi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990) – per il perseguimento di un fine[68].

Rispetto a quanto si è detto poc'anzi, ciò che però rimane confermato è che, sebbene proiettata teleologicamente in vista di un risultato, la concorrenza in sé, come interesse pubblico protetto dalla disciplina comunitaria, è e rimane un limite. Così quando la normativa fa variamente riferimento alla concorrenza effettiva[69], essa pone un limite, per dirla con Zanobini, in negativo. L'amministrazione non deve frustrare la concorrenza effettiva, ovvero non deve vanificare né l'implementazione del mercato unico né il ruolo del procedimento e della partecipazione: in altri termini, quelle disposizioni tutelano sì l'operatore economico, ma soprattutto tutelano l'amministrazione "contro sé stessa" o, meglio, saldano e rin-

---

zione critica formulata su di un piano più generale da F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, p. 15 ss., spec. 17) è un altro ed ulteriore aspetto.

[68] Del tutto correttamente A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 133, rileva una «distorsione» prodotta dalla disciplina comunitaria in relazione al significato di evidenza pubblica: vero è, si è detto, che la «disciplina comunitaria è rivolta alla tutela del mercato e della *par condicio* degli aspiranti contraenti», ma per l'amministrazione «l'evidenza pubblica non si esaurisce […] nella finalità di tutela dei concorrenti (pure essenziale), ma mantiene la sua funzione originaria di esternalizzazione del processo decisionale relativo al contratto, di evidenziazione dell'interesse pubblico sotteso […]». L'interpretazione prospettata non vuole certo riesumare le antiche concezioni proprie del periodo contabilistico, perché altro è dire che la normativa pone delle formalità nell'interesse del committente pubblico nel senso che «il [loro] difetto non può essere opposto dal privato» (S. Romano, *Diritto amministrativo*, Milano, Società Editrice Libraria, 1901, p. 533) e altro è affermare che, dal punto di vista funzionale, la formalità (la concorrenza effettiva) è posta a garanzia del risultato amministrativo: la forma, la partecipazione competitiva, è strumentale al risultato e se serve – e nella materia dei contratti pubblici, come si è detto, vige in tal senso una presunzione di efficacia (cfr. l'art. 121, comma 1, lett. *a)* e *b)*, d.lgs. n. 104/2010) – non può essere violata. Si riconcilia così l'antinomia rilevata da M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit., p. 673, laddove ha ammonito del fatto che la disciplina normativa «assegna al risultato del contratto un ruolo meramente ancillare rispetto al dominio della concorrenza».

[69] Ad esempio, in materia di criteri di aggiudicazione, laddove anche la più recente disciplina recata dalla dir. 2014/24/Ue prevede che i criteri debbano garantire la «possibilità di una concorrenza effettiva e leale» (cfr. il considerando n. 92 e l'art. 67, par. 4).

forzano l'applicazione dei principi canonici dell'agire amministrativo funzionali al miglior perseguimento del risultato[70].

3. *La valenza pubblicistica del fine nella più recente normativa sugli appalti pubblici, tra concorrenza in senso statico e concorrenza in senso dinamico*

Rispetto al quadro sinora delineato, caratterizzato da una regolazione garante di limiti essenzialmente negativi (economicità e divieto di ostacolare l'unificazione del mercato comunitario) – altrimenti a dirsi, di interessi pubblici perseguiti direttamente dall'attore "legislatore" senza il bisogno di una attiva intermediazione dell'amministrazione[71] –, ma nel quale era già dato scorgere lo spazio per una più corretta interpretazione della dinamica procedimentale (funzionale a garantire non solo la correttezza della spesa, ma anche un obiettivo di risultato), gli sviluppi normativi che ne sono seguiti hanno marcato un sostanziale mutamento di prospettiva. A far data

---

[70] In tal senso si v. R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 328, laddove si afferma che «l'interpretazione della disciplina comunitaria sulla concorrenza […] ha ad oggetto il dover essere dell'amministrazione». Nell'ottica dell'amministrazione, la concorrenza per il mercato e, quindi, la concorrenza non falsata rappresentano solo il mezzo – attraverso il quale si esprime in concreto il principio di imparzialità e nel quale si condensano le pretese private alla legalità dell'azione amministrativa – per il raggiungimento del fine della commessa. Dimostrazione ne è data dagli artt. 65, 66 e 80, dir. 2014/24/Ue: la riduzione, rispettivamente, del numero dei candidati, delle offerte o dei partecipanti deve «assicurare», «garantire», una «effettiva concorrenza», evidentemente non quale bene in sé, ma quale mezzo affinché nel ristretto gioco concorrenziale possa comunque emergere una offerta realmente competitiva e, soprattutto, conveniente per l'amministrazione. Per A. Barone, R. Dagostino, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. Follieri (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56*), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 273 ss., spec. 286, la concorrenza nell'impianto codicistico assume una «funzione bifronte»: essa è intesa «non solo come strumento di non discriminazione e parità di trattamento per gli operatori economici», ma anche «e qui la novità esplicativa della disposizione, come strumento utile alle stazioni appaltanti per il conseguimento del miglior risultato possibile […]».

[71] Il dato è correttamente colto da A. Farì, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, V, cit., p. 441 ss.

dalla dir. 2004/18/Ce e ancor più dalla dir. 2014/24/Ue, è la legalità-indirizzo ad essere divenuta il tratto caratterizzante (ancorché non necessariamente esclusivo) dell'assetto regolatorio: è questa la stagione in cui «l'accento» è posto «prevalentemente al ruolo di attore svolto dall'amministrazione»[72]; ed è questa la stagione in cui la consistenza pubblicistica dell'interesse perseguito dall'amministrazione assume una più evidente fisionomia, al di là della matrice finalistica o strumentale del contratto di appalto.

Fermo quanto a breve si dirà, questa transizione può essere efficacemente colta nell'ambito del passaggio dalla concorrenza in senso statico alla concorrenza in senso dinamico.

A tal riguardo, la premessa è alquanto nota[73]. La concorrenza lungi dal corrispondere ad uno "stato di fatto", in cui ciò che conta è la protezione dell'impresa e quindi il pluralismo del mercato, va più correttamente intesa alla stregua di un «processo dinamico», «virtuoso» e «orientato», in cui il virtuosismo dipende dalla capacità della competizione di produrre sviluppo economico e benessere collettivo[74], mentre l'orientamento è determinato dalle «libere scelte dei consumatori»[75], che potranno comportare un progressivo sacrificio di certune imprese e produzioni a favore di altre[76].

Ora, assumendo come carattere qui centrale quello della selezione orientante, diviene dirimente marcare un dato: l'amministrazione che acquista è a tutti gli effetti un consumatore.

All'atto pratico, le resistenze ordinamentali rispetto a quella equiparazione sono state fortissime. Affinché potesse partecipare all'orientamento del mercato verso determinati modelli di produzione l'amministrazione avrebbe dovuto godere, al pari del privato – seppur nei limiti dell'interesse istitutivo –, di una possibilità di scelta sul cosiddetto *what to buy*; ma, come noto, nel micro-mercato della singola commessa pubblica quel potere di scelta le fu a lungo precluso.

---

[72] Ivi, p. 450.

[73] Cfr. M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 2-55.

[74] Ivi, pp. 31 e 34-40.

[75] Ivi, p. 49.

[76] Ivi, pp. 40-41.

Ebbene, è in questo contesto che può essere colta la nuova stagione normativa. Per quanto si dirà, infatti, ciò che fuoriesce dall'articolato della dir. 2014/24/Ue e dal codice domestico è che il micro-mercato è inteso per quello che è, e cioè una forma che vale a differenziare solo sotto il profilo modale gli acquisti della pubblica amministrazione da quelli del privato, ma che dal punto di vista sostanziale serve (né più né meno) ad immettere l'amministrazione tra i *driver* del macro-mercato[77].

Peraltro, essendo l'amministrazione un consumatore del tutto particolare, non solo per la formalizzazione della sua azione e per i suoi volumi di acquisto[78], ma anche e soprattutto in ragione del fatto che i fini perseguibili devono trovare un fondamento normativo, è facile comprendere come la legislazione abbia poi esaltato il momento della *legalità-indirizzo*: si badi, non nella sua forma più aggiornata (*i.e.* «inautentica», v. *supra* par. 2.2., cap. I), bensì nella sua più tradizionale concezione. Il che è comprensibile, giacché, la "liberazione" del livello amministrativo difficilmente avrebbe potuto essere tale da consentire all'amministrazione di «porre essa medesima, nella sua attività normativa e programmatoria, interessi pubblici astratti»[79], tenuto conto che il *revirement* si colloca su di un campo storicamente permeato da interessi pubblici in senso generico, la cui rilevanza (esplicata nell'apposizione di limiti negativi) non avrebbe potuto tollerare la concorrenza di interessi pubblici astratti di origine "amministrativa".

Ad ogni modo, ciò a cui si è assistito è stato il passaggio da una normativa di interessi pubblici in senso generico ad una normativa

---

[77] Il che è chiaramente spiegato dall'affermazione della Commissione europea, *Scheda tematica per il semestre europeo: appalti pubblici*, 22 novembre 2017, secondo cui «gli appalti non dovrebbero essere considerati mere procedure amministrative ma come opportunità per realizzare diversi obiettivi sociali attraverso una spesa "intelligente"».

[78] Per una stima della spesa pubblica a livello globale in materia di appalti cfr. Open Contracting Partnership, *How governments spend: opening up the value of global public procurement*, 2020, reperibile all'indirizzo web *https://www.open-contracting.org/what-is-open-contracting/global-procurement-spend/*; a livello europeo cfr. Commissione europea, *European semester. Thematic factsheet: public procurement*, 22 novembre 2017; a livello nazionale cfr. Anac, *Relazione annuale 2019*, Camera dei Deputati, Roma, 2 luglio 2020, p. 152 ss.

[79] F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit., 90.

di interessi pubblici anche (e primariamente) in senso normativo (nel significato sopra precisato): è il passaggio da un sistema ancorato alla "atipicità" teleologica dell'appalto – in cui la tipicità del fine poteva essere colta, talvolta in termini piuttosto labili, e solo in via indiretta, guardando alla connessione con il fine istitutivo – ad un sistema fondato sulla funzionalizzazione dell'azione amministrativo-negoziale rispetto ad una pluralità di interessi pubblici, che, al netto delle variabili, possono essere compendiati nel sostegno alle Pmi e nello sviluppo sostenibile[80] (*infra* parr. 3.1. e 3.2.): interessi pubblici specifici, si dirà "dati", ma che, secondo quanto già osservato (*supra* par. 2.1. cap. I), non sfuggono all'opera di precomprensione e precisazione attuata al livello *lato sensu* amministrativo (*infra* par. 5).

Prima di dar conto delle premesse di diritto positivo che giustificano l'assunto, è però preliminarmente doveroso rettificare l'unitarietà del significato sopra accordato al principio di concorrenza: in ragione di quanto si è qui detto, "applicare" la concorrenza nei contratti pubblici non significa connotare solamente in termini competitivi le dinamiche procedimentali (*supra* parr. 2.1 e 3), ma anche promuovere nuovi modelli di mercato a partire dal micro-mercato artificiale concepito dall'amministrazione[81].

La conseguenza pare peraltro ineludibile. Se il principio di concorrenza preme oggi in senso diametralmente opposto all'idea di concorrenza in senso statico – l'orientamento verso determinati modelli di sviluppo nell'ambito della singola gara (*i.e.* il restringimento selettivo della partecipazione) non può infatti essere visto come una deviazione, ma è presupposto irrinunciabile affinché l'amministrazione possa essere annoverata tra i "*driver* razionali" capaci di riorientare la produzione – allora, contrariamente a quanto gene-

---

[80] Per una articolata visione d'insieme sul punto cfr. A. Barone e R. Dagostino, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, cit., 280-295.

[81] Cfr. A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti*: green public procurement *e certificazioni ambientali*, in *Dir. econ.*, 2018, 1, p. 157 ss., spec. 164, secondo cui «un'efficace tutela dell'ambiente si ottiene spingendo il mercato a lavorare per l'ambiente, il che significa condurre la pubblica amministrazione ad acquistare "verde", ricorrendo a strumenti di mercato con finalità di protezione dell'ambiente».

ralmente si ritiene[82], la massima partecipazione (che rappresenta la manifestazione più tipica della staticità degli assetti del mercato) deve essere oramai considerata alla stregua di un principio finalistico sì rilevantissimo, ma dotato di radici autonome rispetto alla più aggiornata nozione di concorrenza[83].

3.1. *La massima partecipazione ed il sostegno alle piccole e medie imprese*

Il primo interesse pubblico a rilevare nel discorso qui intrapreso è la massima partecipazione o, meglio a dirsi, il sostegno al mercato delle Pmi: non si tratta, infatti, solo di tutelare la massima partecipazione in quanto tale, ma anche e soprattutto di promuovere il "successo" (*i.e.* il profitto) di quegli operatori economici che nel loro complesso rappresentano il 99,8% delle imprese operanti al di fuori del settore finanziario[84], ma che hanno registrato una scarsa affermazione nel settore degli appalti pubblici[85].

---

[82] Il «principio che illumina l'intera materia», si è infatti detto, è quello della «concorrenza più ampia possibile» (R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., pp. 22-23), e questa tendenzialmente è stata risolta nella (o è stata qualificata come matrice della) massima partecipazione. D'altronde, da un lato, vi è chi ha autorevolmente sostenuto che il principio di concorrenza vuole «garantire a tutti gli operatori interessati all'esercizio di attività economiche all'interno dell'Unione la massima possibilità di partecipazione alle procedure» (M.A. Sandulli, *L'oggetto*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *I principi generali, i contratti pubblici, i soggetti*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 5 ss., spec. 6); dall'altro lato, ovvero nella prospettiva della concorrenza come matrice della massima partecipazione, si è sottolineato che «il principio del *favor partecipationis* è diretta applicazione della libera concorrenza» (S.S. Scoca, *I principi dell'evidenza pubblica*, cit., p. 307).

[83] Si conviene pertanto con M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., pp. 546-547, quando rileva che nella materia delle commesse pubbliche «si nota il prevalere di quella concezione statico-strutturale della concorrenza, di cui si è già discusso in senso critico», cosicché «spesso si confonde la tutela della concorrenza con il c.d. principio di massima partecipazione». Nello stesso senso si v. Id., *L'azione pubblica e i mercati*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, Giuffrè, 2007, p. 391 ss., spec. 407-408.

[84] Cfr. Commissione europea, *Annual report on european SMEs 2017/2018. SMEs growing beyond borders*, 2018.

[85] I dati forniti dalla Commissione Europea, *SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, Report, 2014, benché relativa-

Il tema è piuttosto risalente[86], eppure è specialmente a far data dall'adozione della dir. 2014/24/Ue e così del d.lgs. n. 50/2016 che il sostegno alle Pmi[87] può dirsi propriamente elevato ad interesse pubblico[88]. Vero è che a livello normativo l'interesse pubblico è individuato nella massima partecipazione (art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016) e non già nel sostentamento del mercato delle Pmi; tuttavia, non è difficile comprendere come l'aumento della partecipazione – soprattutto se assistito, come si dirà, da misure volte a promuovere i margini di successo in sede di aggiudicazione – si proietti finalisticamente nel senso di accordare maggiori profitti alle Pmi.

Ora, il *favor* manifestato dalla normativa nei confronti delle Pmi può essere ricavato da molteplici previsioni, le quali, a beneficio della sintesi, possono essere raggruppate in due categorie[89]: da un lato,

---

mente risalenti, attestano che fra il 2009 e il 2011 le Pmi hanno vinto più della metà delle procedure di valore sopra la soglia comunitaria (56%), ma il valore di quei contratti rispetto all'ammontare complessivo era estremamente limitato (29%).

[86] I primi "timidi" passi per fornire risposta alla questione legata all'inclusione delle Pmi negli appalti pubblici sono stati mossi con l'adozione dell'*European Charter for Small Enterprises* (2000), le cui sei linee di azione erano tutte rivolte a facilitare l'accesso delle Pmi nelle aree "critiche" per il loro sviluppo, fra cui per l'appunto il mercato degli appalti. Degni di menzione sono, peraltro, l'*European Code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts* (2008) e lo *Small Business Act for Europe Review* (2011). Precursore in questo settore è stato, in realtà, lo *U.S. Small Business Act* del 1953. A livello internazionale assume poi rilievo il *WTO's Agreement on Government Procurement* (Gpa), siglato a Marrakesh nel 1994. Invero, il Gpa non prevedeva espressamente alcun riferimento alle Pmi, ma promuovendo la trasparenza [cfr. artt. IV(4) e VII(1)], nonché la proporzionalità e la ragionevolezza [cfr. artt. VIII(1) e IX(2-3)] nelle procedure di appalto, ha finito per favorire anche le Pmi (così, C. Nicholas, A.C. Müller, *SME Participation in Government Procurement Markets*, in T. Rensmann (a cura di), *Small and medium-sized enterprises in International economic law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 123 ss., spec. 155). Si consideri poi che sulla base dell'art. XXII (8) del Gpa la *Committee on Government Procurement* ha adottato nel 2014 una decisione volta a lanciare un *Work Programme* rivolto specificamente alle Pmi.

[87] Differentemente dalla scelta operata dalla dir. 2014/24/Ue, il d.lgs. n. 50/2016 ha esteso l'area di interesse della disciplina anche alle microimprese (di seguito, quindi, l'acronimo Pmi deve intendersi come comprensivo anche delle microimprese).

[88] Nella dir. 2004/18/Ce, infatti, il *favor* per l'accesso delle Pmi nel mercato degli appalti era essenzialmente legato alle sole disposizioni in materia di subappalto (cfr. il considerando n. 32).

[89] Cfr. Commissione Europea, *European code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts*, cit., nonché Commissione Europea, *Evaluation of SMEs' access to public procurement market in the EU*, 2010.

vi sono le disposizioni che fronteggiano quelle difficoltà che possono essere definite "oggettive", e che attengono alla trasparenza informativa, all'ammontare degli adempimenti amministrativi e alla ristrettezza dei tempi delle procedure; dall'altro lato, ed in maniera qui più determinante, emergono le previsioni che muovono dalle criticità "soggettive" relative alla ridotta dimensione aziendale delle Pmi.

Sotto quest'ultimo profilo, le soluzioni apprestate dalla normativa sono molteplici e vanno ben al di là della valorizzazione della capacità organizzativa, tenuto peraltro conto che la costituzione di un Rti o il ricorso all'avvalimento «sono il frutto di scelte discrezionali di tutte le imprese coinvolte, per le quali non è sufficiente la volontà della piccola o media impresa che intende partecipare alla gara, essendo necessaria anche una coincidente volontà delle altre imprese»[90].

[90] Tar Puglia, Lecce, sez. II, 29 marzo 2018, n. 539. Nello stesso senso si v. Tar Lazio, Roma, sez. I, 6 aprile 2017, n. 4293; Id., 26 gennaio 2017, n. 1345; Id., 30 agosto 2016, n. 9441. Cfr. anche Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 11 ottobre 2017, n. 2338, ove chiaramente si afferma che «se è vero che il ricorso agli istituti dell'avvalimento e del raggruppamento temporaneo di imprese costituisce lo strumento volto ad agevolare la partecipazione del maggior numero di imprese alle gare e l'accesso al mercato degli appalti pubblici delle micro, piccole e medie imprese, allo stesso tempo esso richiede anche una preventiva verifica di seria ed effettiva volontà di ciascuna impresa in ordine al ricorso a tali istituti, di talché non può divenire un obbligo per la micro, piccola o media impresa che voglia comunque partecipare alla gara in forma singola e che, in mancanza di una concorde volontà di altre imprese, verrebbe automaticamente esclusa dalla gara stessa». In tema si v. R. Caponigro, *Il principio del favor partecipationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2017, p. 3. È però bene evidenziare che è comunque indubitabile che la disciplina degli Rti sia funzionale all'accrescimento della partecipazione e, così anche, delle opportunità per l'amministrazione acquirente: sul punto cfr. F. Cardarelli, S. Caldarelli, C. Trecroci, *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: RTI, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 5, p. 625 ss., spec. 629-630, laddove, in relazione alla disciplina recata dall'art. 19, dir. 2014/24/Ue, si afferma che «la prescrizione normativa in analisi costituisce una particolare applicazione del principio di neutralità della veste formale dell'imprenditore, fornitore o prestatore di servizi, in omaggio ai capisaldi dell'intera materia (libera prestazione dei servizi, parità di trattamento, non discriminazione). […]. Ciò corrisponde, in primo luogo, alla *ratio* cui è ispirata l'intera disciplina di derivazione europea in materia di appalti pubblici, tesa all'affermazione piena dei principi del Trattato, quali la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi e dei principi che ne derivano parità di trattamento,

Anzitutto, vi è l'assetto regolatorio dei requisiti di partecipazione relativi alla capacità economico finanziaria. Ebbene, poiché siffatti requisiti, se «eccessivamente severi», rappresentano sovente «un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici» (considerando n. 83), l'art. 58, par 3., dir. 2014/24/Ue, e l'art. 83, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, hanno disposto un doppio limite all'impiego del criterio del fatturato minimo annuo. Da un lato, un limite di "ragionevolezza": laddove l'amministrazione intenda fare uso di quel criterio dovrà indicarne le ragioni nei documenti di gara. Dall'altro lato, un limite di "proporzionalità presunta": il fatturato minimo annuo non può comunque superare il doppio del valore dell'appalto, salvo che ricorrano comprovate circostanze «adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture»[91].

In secondo luogo, sempre sotto il profilo dei requisiti di partecipazione speciali, si pone una normazione per principi, eminentemente domestica e capace di rafforzare, ancor più del diritto europeo, la dimensione finalistica della massima partecipazione. La struttura normativa ha una gradazione ascendente del tutto particolare. Poiché il considerando n. 124, dir. 2014/24/Ue, ha escluso il recepimento del modello statunitense dei *set-asides*[92], il legislatore italiano, volendo rafforzare il principio dell'in-

---

non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità, trasparenza: ma soddisfa anche, in via riflessa, l'interesse dell'amministrazione all'incremento della potenziale platea concorrenziale e, quindi, all'accresciuta capacità di scelta fra un numero più elevato di potenziali contraenti […]».

[91] Si consideri poi che, ai sensi dell'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, la delega al futuro regolamento unico per la disciplina dei requisiti e delle capacità che devono essere posseduti dai concorrenti negli appalti di lavori è assistita dal principio direttivo secondo cui quelle previsioni devono essere definite «anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese».

[92] Sul regime statunitense dei *set-asides*, consistente nel riservare una percentuale di contratti a favore di categorie di operatori economici di piccole dimensioni, escludendo gli altri dalla partecipazione alla gara, cfr. C. Cravero, *Socially responsible public procurement and set-asides: a comparative analysis of the US, Canada and the EU*, in *Arctic review on law and politics*, 2017, 8, p. 174 ss., e M.V. Kidalov, K.F. Snider, *US and European public procurement policies for small and medium-sized enterprises (SME): a comparative perspective*, in *Business and politics*, 2011, 13, p. 4. Per una parte della dottrina (B. Raganelli, *PMI, procurement e favor partecipationis*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 3-4,

clusione delle Pmi, ha dovuto giocoforza impiegare formule neutre, non fraintendibili, ma perciò (in apparenza) un po' depotenziate. Così, ciò che si poteva dire in positivo lo si è detto in negativo: tutti «i criteri di partecipazione alle gare», afferma l'art. 30, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, «devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese»[93]. Un principio generale soggettivamente orientato non avrebbe potuto andare oltre. Ma la realtà è un'altra ed è quella palesata all'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016: la massima partecipazione è un «interesse pubblico»; e se è vero che la formula «massima partecipazione» è formula neutra, è però arduo credere che quella sia altro dall'idea di appalti "su misura di Pmi".

La migliore conferma di questa impressione può essere tratta – a tacere delle disposizioni sul principio di rotazione[94] – dalle previ-

---

p. 839 ss.; Id., *Contratti pubblici e piccole medie imprese. Gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 2, p. 551 ss.), quella soluzione avrebbe potuto essere impiegata anche a livello europeo, perché conforme al principio di parità di trattamento, tenuto conto che, per costante affermazione giurisprudenziale, «è proprio il principio di uguaglianza a richiedere trattamenti differenziali per situazioni diverse» (C. cost., 9 maggio 2013, n. 85; sull'interpretazione del principio di uguaglianza si v. Aa.Vv., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza: atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova 2 aprile 2001, Padova, Cedam, 2002). Ciononostante, come si è detto nel testo, la scelta del legislatore europeo è stata tutt'altra. Il che è giustificabile non solo perché a livello europeo vige «una sorta di presunzione di illegittimità di tutte le legislazioni che contengono differenziazioni» (cfr. M. Cartabia, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 415 ss., spec. 433), ma anche perché una misura fondata sul principio di eguaglianza sostanziale è legittima nella misura in cui non risultino praticabili soluzioni meno "incisive", specie se pregiudizievoli per la più ampia concorrenza (cfr. N. Hatzis, *The legality of SME development policies under EC procurement law*, in S. Arrowsmith, P. Kunzlik (a cura di), *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, Cambridge, Cambrige University Press, 2009, p. 345 ss., spec. 355).

[93] In questa prospettiva si noti, peraltro, che l'esigenza di stabilire una disciplina conforme alle necessità delle Pmi ha indotto il legislatore a modificare l'art. 83, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, escludendo la rilevanza della capacità strutturale dell'azienda ai fini della valutazione dei requisiti reputazionali inerenti al *rating* d'impresa (sul punto, cfr. F. Dallari, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 323 ss., spec. 349).

[94] Cfr. K. Kurcani, *La rotazione nei contratti pubblici sotto soglia: un principio dai confini incerti*, in *Munus*, 2019, 1, p. 343 ss.

sioni sulla (doverosa[95]) suddivisione degli appalti in lotti[96] e, più in particolare, da una coppia di statuizioni, la cui *ratio* è solo in apparenza equivalente: da un lato, la disposizione che prevede che la suddivisione in lotti è finalizzata a «favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese» (art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50/2016); dall'altro lato, quella secondo cui la misura in questione è funzionale a far sì che gli appalti siano «adeguati alle necessità delle Pmi» (considerando n. 78).

In realtà, dire che tramite la suddivisione in lotti si favorisce l'accesso delle Pmi e affermare che l'appalto deve essere adeguato alle esigenze delle Pmi, non significa affatto la stessa cosa. Difatti, la divisione in lotti implica naturalmente una rideterminazione al ribasso dei requisiti di selezione e quindi consente di per sé un aumento delle possibilità di partecipazione delle imprese più piccole: questo è il senso della prima statuizione. Il criterio dell'adeguatezza, invece, comporta una torsione funzionale della misura: non è sufficiente l'obbligo in astratto di suddividere l'appalto in lotti, salvo motivazione contraria (art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50/2016); non è neppure sufficiente che l'appalto sia in concreto suddiviso in lotti; è, invece, necessario che la dimensione e la tipologia del lotto sia adeguata alla struttura minima del mercato di riferimento[97].

---

[95] Tanto l'art. 46, par. 1, dir. 2014/24/Ue, quanto l'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, prevedono che la suddivisione in lotti sia la regola, sebbene l'amministrazione possa comunque determinarsi motivatamente in senso contrario. Peculiare è peraltro la previsione del considerando n. 78, par. 2, dir. 2014/24/Ue, laddove si prevede che la determinazione contraria dell'amministrazione circa la suddivisione dell'appalto in lotti possa essere assunta «autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria». Affermazione peculiare non solo perché favorevole alla sottrazione di una scelta discrezionale della pubblica amministrazione dal controllo giurisdizionale in contrapposizione al dettame degli artt. 24 e 113 Cost., ma anche perché subito disattesa dalla giurisprudenza nazionale (cfr. C. De Portu, *La suddivisione in lotti alla prova della scelta spettante alle Stazioni appaltanti*, in *Urb. app.*, 2018, 4, p. 523 ss., spec. 535-537).

[96] Su cui, oltre alla bibliografia di seguito citata, si v. da ultimo l'ampio saggio di S. Villamena, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, 2020, 4, p. 933 ss.

[97] Sotto questo profilo il diritto europeo e quello nazionale convergono. Per il primo, infatti, la suddivisione può essere effettuata su base quantitativa, «facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI», o su base qualitativa, «in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI

Il che è determinante perché significa che non è il *quantum* della partecipazione a doversi adattare all'interesse "primario" costituito dall'esigenza di base, ma è quest'ultimo a dover dialogare con l'interesse pubblico alla massima partecipazione delle Pmi.

È in questa prospettiva che quell'interesse si presta ad essere compreso come un fine altrettanto primario (nell'ottica della commessa pubblica) o siccome un interesse pubblico specifico-secondario (nell'ottica dell'amministrazione e, quindi, della funzionalizzazione temperata, *supra* par. 4, cap. I): un interesse quindi secondario dal solo punto di vista causale, ma in concreto dialogante su di uno stesso piano con l'interesse primariamente perseguito dal committente[98].

La torsione finalisticamente orientata della massima partecipazione rispetto al sostegno dell'impresa (*i.e.* all'immissione di denaro nel mercato[99]), come anticipato, risulta peraltro avvalorata dalle previsioni concernenti la valutazione dell'offerta. L'eccezionalità del criterio del prezzo più basso[100], la possibilità di apporre i c.d. vincoli

---

[…]» (considerando n. 78, dir. 2014/24/Ue). Per il secondo, la suddivisione, sia essa operata per lotti funzionali o prestazionali, deve comunque essere definita in modo tale che il valore del singolo lotto sia «adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese» (art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50/2016).

[98] Nell'ambito di una ricca argomentazione atta a collocare la suddivisione in lotti nell'ambito della discrezionalità amministrativa, F. Cintioli, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 1801 ss., spec. 1817, riconduce l'interesse alla partecipazione delle Pmi ad un interesse secondario dotato di «una sorta di "tipicità sostanziale" rispetto agli altri"». In merito alla natura della divisione in lotti, si segnala la tesi contraria sostenuta da L.R. Perfetti, *Suddivisione in lotti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, cit., p. 237 ss., spec. 262, per il quale la scelta di suddividere in lotti l'appalto «appare come una semplice valutazione tecnica del fatto, diretta a perimetrare il contratto in modo tale da assicurarne un'esecuzione efficiente».

[99] Finalità, questa, già di fatto inverata nel primo ventennio del XX secolo, laddove l'incremento degli investimenti nel settore dei lavori pubblici comportò «l'aumento dei contratti stipulati con privati per l'esecuzione delle opere pubbliche (strade, ponti, dighe), con la conseguente immissione di risorse pubbliche nell'economia privata» (S. Cassese, *La «vecchia» costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Laterza, 2021, p. 6 ss., spec. 11).

[100] Tenuto conto che la competitività delle Pmi è legata tendenzialmente alla loro specializzazione, al loro *know-how*, e non di certo all'economicità delle loro

di partecipazione e di aggiudicazione nei lotti, nonché e soprattutto l'applicazione dei criteri premiali «per agevolare la partecipazione» (*rectius*: il successo) delle PMI[101] sono elementi che assieme defini-

offerte (cfr. S. SCHOENMAEKERS, *The role of SMEs in promoting sustainable procurement*, in B. SJAFJELL, A. WIESBROCK (a cura di), *Sustainable public procurement under EU law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 160 ss., spec. 164 e 167). In tema, cfr. per tutti T. BONETTI, *Art. 95. Criteri di aggiudicazione dell'appalto*, in A. CARULLO, G. IUDICA (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 810 ss.

[101] L'ampia discrezionalità attribuita all'amministrazione pone il delicato problema di tracciare i margini di legittimità della scelta. Secondo una interpretazione restrittiva, la premialità dovrebbe pur sempre essere riferita al contenuto oggettivo dell'offerta: «al fine di agevolare la partecipazione delle microimprese e delle piccole e medie imprese […] si suggerisce alle stazioni appaltanti di prevedere criteri di valutazione che valorizzino gli elementi di innovatività delle offerte presentate» (ANAC, *Linee guida n. 2, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa"*, 21 settembre 2016, ss.mm.ii.). Difficile, invece, che sia percorsa la via di attribuire un punteggio per premiare la ristrettezza della struttura aziendale, stante la dubbia ragionevolezza e proporzionalità della misura, neppur astrattamente collocabile nel solco del superamento del divieto relativo alla commistione tra i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione dell'offerta, tenuto peraltro conto che, secondo quanto affermato dall'ANAC nelle citate Linee guida, i criteri di aggiudicazione "a matrice soggettiva" non devono tradursi «in un *escamotage* per introdurre criteri dimensionali». A tal riguardo, come noto, antecedentemente all'adozione della più recente normativa, tanto la Corte di Giustizia quanto il giudice amministrativo italiano hanno sanzionato il *mélange* dei parametri di valutazione sottesi a due fasi che, seppur connesse, devono rimanere distinte per finalità e disciplina (cfr. C. giust. Ce, sez. I, 24 gennaio 2008, C-532/06; Id., 19 giugno 2003, C-315/01; Id., 17 settembre 2002, C-513/99; Id., 20 settembre 1988, C-31/87; per la giurisprudenza del giudice amministrativo italiano si v. Cons. St., sez. V, 28 agosto 2009, n. 5105; Id., 16 febbraio 2009, n. 837; Id., 4 ottobre 2008, n. 4971; Id., 4 marzo 2008, n. 912). La chiusura della giurisprudenza europea è stata pressoché totale, perché ha ostato finanche alla previsione di sub-criteri di aggiudicazione non meramente soggettivi ma piuttosto riferiti all'esperienza, alle qualifiche e ai mezzi funzionali alla corretta esecuzione dell'appalto (cfr. C. giust. Ue, sez. I, 24 gennaio 2008, C-532/06). Di diverso avviso è stato, invece, il giudice amministrativo italiano, che, adottando forme di giudizio più flessibili e ancorate a valutazioni in concreto – specialmente nel caso di oggetti contrattuali consistenti in un *facere* e non già in una mera fornitura di un prodotto (cfr. A. ANNIBALI, *Requisiti di idoneità e criteri di aggiudicazione dell'offerta*, in *Urb. app.*, 2010, 2, p. 205 ss., spec. 206) – ha talvolta ammesso la legittimità di criteri di aggiudicazione di natura soggettiva se ed in quanto incidenti sulla bontà della esecuzione della prestazione (cfr. Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191). Quest'ultimo orientamento trova ora pieno accoglimento nell'art. 95, d.lgs. n. 50/2016, laddove il comma 6, lett. *e)*, prevede che fra i sub-criteri di valutazione dell'offerta possano rientrare anche considerazioni relative all'organizzazione, alle qualifiche e all'esperienza del personale effettivamente impiegato nell'appalto, dovendo però l'amministrazione giustificare la

scono una sostanziale chiusura del cerchio, perché, per quanto giustificati da molteplici ragioni – *inter alia*, la promozione delle politiche verdi e sociali (*infra* par. 3.2.) e il contrasto alla formazione di monopoli[102] –, consentono per l'appunto di inquadrare la massima partecipazione entro una precisa traiettoria: quella della esecuzione profittevole per l'impresa.

3.2. *Lo sviluppo sostenibile e la conformazione del mercato*

La seconda torsione finalistica a cui si deve qui fare riferimento è quella concernente lo sviluppo sostenibile, che, si badi, lungi dall'implicare la sola mitigazione degli effetti di una determinata azione, è criterio funzionale, strategico, operante sul piano della (più o meno diretta e forzata) conformazione del mercato[103].

Ad ogni modo, rinviando a quanto sopra si è detto circa l'origine e il significato dello sviluppo sostenibile al di fuori della materia degli appalti pubblici (*supra* par. 4, cap. I), l'analisi va ora condotta avendo riguardo al suo ingresso e al suo consolidamento nel settore delle commesse pubbliche.

---

scelta sulla base dell'«influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto». Sul punto si v. C. Lacava, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, p. 459 ss., spec. 463, secondo cui il limite dell'influenza significativa «previene il rischio di un eccessivo "soggettivismo" nella fase di aggiudicazione, imponendo il principio di proporzionalità rispetto all'oggetto dell'appalto e quindi garantendo l'oggettività della scelta e la parità di trattamento».

[102] Sul punto, cfr. R. Caponigro, *Il principio del favor partecipationis*, cit., il quale evidenzia chiaramente come la valutazione amministrativa, ampiamente discrezionale, di imporre vincoli di partecipazione e di aggiudicazione nel breve periodo potrebbe sì comportare ricadute sull'aumento di costi e sulla qualità delle offerte vincitrici, ma, considerando un lasso temporale più ampio, potrebbe risultare più vantaggiosa perché impedirebbe la formazione di monopoli.

[103] F. Salvia, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 2, p. 235 ss., spec. 238, secondo cui lo sviluppo sostenibile non deve essere inteso come una formula «atta solo a legittimare misure specifiche di tutela dell'ambiente (valori limite, criteri guida, altri standard) dovendosi invece interpretare come una clausola generale che abilita pienamente la Comunità e, più in generale i pubblici poteri ad orientare il sistema economico verso un certo tipo di sviluppo». Sul contratto come strumento di conformazione del mercato si v. A. Nervi, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in P. Sirena, A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, RomaTre-Press, 2018, p. 507 ss.

Come si è anticipato poc'anzi, forte dell'esigenza di instaurare il mercato unico negli appalti, l'approccio della Commissione è stato a lungo caratterizzato da una visione mercantilista ispirata al c.d. *purity principle*[104], quindi particolarmente refrattaria rispetto all'inclusione di considerazioni non economiche nella *lex specialis* (*supra* par. 2)[105]. Invero, le revisioni dapprima "ideologiche" (consegnate agli atti di *soft law*[106]) e poi normative (così come anzitutto recate dalla dir. 2004/18/Ce) hanno storicamente rappresentato una eredità della giurisprudenza della Corte di Giustizia, quale quella espressa nel *leading case*[107] C-31/87, *Beentjes c. Stato dei Paesi Bassi*[108],

---

[104] Così, H. Caroli Casavola, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche Ue 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, p. 1135 ss., spec. 1139. In tema si v. Id., *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 36-46, ove il *purity principle* è definito quale principio proprio di un sistema «volto a ridurre al minimo l'inserimento di criteri non economici nelle procedure di appalto» (p. 44, nt. 114).

[105] Come osservato da A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti*, cit., pp. 166-167, uno dei motivi ostativi alla possibilità di includere le c.d. clausole verdi risiedeva nel timore che ciò avrebbe potuto comportare misure discriminatorie e quindi pregiudizievoli per la concorrenza, poiché si sarebbero potute «tradurre in maggiori costi da sopportare per l'operatore economico».

[106] Fondamentale in tal senso è il Libro Verde sugli Appalti Pubblici del 1996 (cfr. C. De Rose, *Le novità per gli appalti pubblici e per il loro futuro: dal Libro Verde del Commissario Monti alle prospettive di mondializzazione*, pt. I, in *Cons. St.*, 1997, 3, p. 483 ss., e pt. II, in *Cons. St.*, 1997, 4, p. 691 ss.). Sebbene si tratti di un elenco dal valore oramai meramente storiografico, può essere utile osservare che la Commissione europea ha fatto ampio ricorso ad altri strumenti di *soft law*, specialmente alle Comunicazioni – che rappresentano «la tipologia di *soft law* più consistente nei settori strategici per la realizzazione del mercato comune e quella che più frequentemente è oggetto di ricorso per annullamento» (A. Poggi, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *www.astrid-online.it*, 2008, p. 18) –, fra le quali possono essere ricordate quelle del 2001 «Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile» e «Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici», nonché quella del 2003 «Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale».

[107] Cfr. M. Brocca, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. app.*, 2003, 2, p. 168 ss., spec. 174.

[108] C. giust. Ce, 20 settembre 1988, C-31/87, *Beentjes c. Stato dei Paesi Bassi*, ove fu dichiarata la legittimità di una considerazione non economica, quale quella relativa all'impiego di disoccupati stabili, nella misura in cui tale misura non si rivelasse produttiva di effetti discriminatori (diretti o indiretti) su operatori provenienti da altri Stati membri.

e siccome poi sviluppata nelle successive pronunce[109], tra le quali rimane fondamentale la C-513/99, *Concordia Bus c. Finlandia*[110].

Come avvertito, in questo percorso di matrice essenzialmente giurisprudenziale, la preferenza per forme di acquisto "responsabili" ha trovato una prima consacrazione a livello normativo nella dir. 2004/18/Ce, laddove il legislatore comunitario si prefigurò per l'appunto l'obiettivo di chiarire in che modo le amministrazioni aggiudicatrici potessero «contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile»[111] (considerando n. 5); ma è soprattutto con la più recente dir. 2014/24/Ue che il riorientamento finalistico («en cours»[112]) della vicenda contrattuale

---

[109] Cfr., *ex multis*, C. giust. Ce, 28 marzo 1995, C-324/93, *Evans Medical Ltd e Macfarlan Smith Ltd*., e C. giust. Ce, 26 settembre 2000, C-225/98, *Commissione c. Francia*.

[110] C. giust. Ce, 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus c. Finlandia*, ove la possibilità per un'amministrazione di prevedere criteri di natura ecologica è stata legittimata in ragione della valenza meramente esemplificativa dell'elencazione dei sub-criteri relativi all'offerta economicamente più vantaggiosa (in tal senso, si v. anche C. giust. Ce, 18 ottobre 2001, C-19/00, *SIAC Construction*) e del disposto dell'art. 130 R, n. 2, primo comma, terza frase, del Trattato Ce, a mente del quale le esigenze in tema di tutela dell'ambiente «devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle attività della Comunità».

[111] Nell'accostamento tra la tutela dell'ambiente e la promozione dello sviluppo sostenibile riemerge la sopra evocata dimensione multipolare del principio in parola (*supra* nt. 236, cap. I). Pertanto, già nella dir. 2004/18/Ce l'"appalto sostenibile" assume connotazione e significato ampio, distinguendosi (in quanto formula sintetica) dall'"appalto verde" e da quello "sociale o socialmente responsabile": visione d'insieme, questa, agilmente recuperabile anche dal disposto del considerando n. 6 laddove si afferma che gli Stati e le amministrazioni aggiudicatrici sono chiamati ad attuare tutte le «misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblica, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali, in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile». Sul punto, cfr. B. Sjåfjell, A. Wiesbrock, *Why should public procurement be about sustainability?*, in B. Sjåfjell, A. Wiesbrock (a cura di), *Sustainable Public Procurement Under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 1 ss., pp. 3-4: «sustainable public procurement is thereby distinguishable from green public procurement, which aims solely at reducing the environmental impact, and from social or socially responsible public procurement, which is about promoting 'employment opportunities, decent work, social inclusion, accessibility, design for all, ethical trade' and seeks to 'achieve wider compliance with social standards'. Sustainable public procurement thus encompasses both green and social procurement».

[112] Cfr. G. Eckert, *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, in E. Muller (diretto da), *La commande publique, un levier pour l'action pu-*

è divenuto più evidente[113] e cogente, finanche nell'attuale stagione pandemica[114].

Evidenze di questa torsione teleologica sono chiaramente rintracciabili anche a livello domestico, a partire dall'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, che, come noto, consente di subordinare il principio di economicità alle esigenze sociali ed ambientali «nei limiti in cui [ciò] è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice». Vero è che la disposizione in sé nulla aggiunge rispetto a quanto già previsto dall'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 163/2006; tuttavia, come acutamente osservato in dottrina, la novità va colta nel più complessivo contesto normativo, ove l'abbondanza dei riferimenti alla promozione dello sviluppo sostenibile fa sì che la riserva di legge da limite sia divenuta «una sorta di propulsore»[115] delle clausole verdi e sociali.

---

blique?, Parigi, Dalloz, 2018, p. 1 ss., spec. 4, che, richiamando F. Llorens, P. Soler-Couteaux, *La Commande publique, instrument stratégique au service des politiques publiques*, in *Contrats et marchés publics*, 2017, 11, pp. 1-2, afferma che «l'évolution en cours n'est pas faite mais bien à faire».

[113] Sin dal considerando n. 2, che, collocando la materia nel solco della Strategia Europa 2020, definisce l'appalto pubblico come «uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici». Cfr. M.P. Chiti, *Principi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 285 ss., spec. 294-295, il quale coglie quale carattere tipizzante della dir. 2014/24/Ue il «mutamento della sua connotazione funzionale: da fattore decisivo per assicurare una concorrenza effettiva, sia per il mercato che nel mercato, a strumento per la tutela e la valorizzazione di altri interessi pubblici».

[114] Anche a fronte delle impellenze legate all'emergenza pandemica da Covid-19, nella Comunicazione 2020/C-108 I/01, recante «Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19», la Commissione europea ha comunque accordato rilevanza agli «aspetti strategici degli appalti pubblici».

[115] S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 3, p. 101 ss., spec. 108, secondo il quale, peraltro, nel nuovo impianto codicistico la previsione delle clausole ecologiche «non si scontra più col limite della riserva di legge, ma anzi, attraverso la legge trae linfa nuova l'elemento ambientale al fine di legittimare e giustificare la recessione del principio di economicità» (109). In relazione al disposto dell'art. 2, d.lgs. n. 163/2006, cfr. Id., *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. econ.*, 2015, 2, p. 355 ss., spec. 365-366. In tema, cfr. anche G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso mo-*

Ciò che fuoriesce dal complessivo *corpus* normativo, infatti, è che non vi è circostanza – dalla definizione dell'oggetto contrattuale alla determinazione delle condizioni di esecuzione e dei criteri di aggiudicazione – nella quale l'implementazione delle politiche di sostenibilità non trovi considerazione[116].

In via di estrema sintesi, può dirsi che il primo momento utile per l'inserimento delle clausole ambientali è quello di definizione delle specifiche tecniche, ovvero di quelle prescrizioni che «definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture» (art. 42, par. 1, dir. 2014/24/Ue e art. 68, comma 1, d.lgs. n. 50/2016) e tra cui rientrano, *inter alia*, i livelli di «prestazione ambientale» e le «ripercussioni sul clima» (all. VII, dir. 2014/24/Ue). In particolare, conformemente alle conclusioni raggiunte dalla Corte di Giustizia nel caso *Max Havelaar e Eko*[117], la disciplina oggi vigente stabilisce

---

delli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, p. 819 ss., spec. 838-839, il quale, riferendosi alla disciplina previgente, afferma che la previsione della possibilità di subordinare il principio di economicità ad altre esigenze evidenzia il superamento della concezione contabilistica tutta improntata al risparmio di spesa. Correttamente in dottrina si è osservato che nell'ambito della più recente legislazione è cambiato lo stesso principio di economicità, perché non più riferito al solo "prezzo", ma anche al fattore (di più «ampio respiro») del costo (L. Gili, *Discrezionalità amministrativa e nuova offerta economicamente più vantaggiosa alla luce del d.lgs. n. 50 del 2016*, in *Riv. trim. app.*, 2017, 1, p. 205 ss., spec. 215).

[116] Così G.M. Racca, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 171 ss., spec. 192. In tal senso, si v. anche L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti*, cit., p. 294, laddove rileva che la torsione finalistica dell'appalto non è «una mera enunciazione, perché l'attenzione a queste politiche pubbliche si riflette, ad esempio, nelle regole sulla struttura del bando, sulla determinazione delle specifiche tecniche, sui criteri di aggiudicazione e sulle condizioni di esecuzione del contratto». Per una prospettiva d'oltralpe, si v. P. Idoux, *La commande publique au service du développement durable*, in *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, cit., p. 107 ss.

[117] Corte giust. Ue, 10 maggio 2012, C-368/10, *Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi*. L'affermazione riportata nel testo è contenuta al pt. 91 della sentenza, ma è riferita ai criteri di aggiudicazione. Essa però, data la genericità del principio che ne è posto alla base, può essere estesa anche alle specifiche tecniche (in tal senso si v. R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., p. 131).

che le specifiche tecniche possano essere riferite anche ad una caratteristica diversa da quella intrinseca al prodotto, cioè a elementi non necessariamente incorporati in quest'ultimo[118]: ai sensi della normativa sopra richiamata è infatti previsto che le caratteristiche dell'oggetto del contratto possono «inoltre» attenere ad uno specifico processo o metodo di produzione o di prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi, e persino ad uno specifico processo «per un'altra fase del loro ciclo di vita».

Con la definizione delle specifiche tecniche termina la descrizione dell'oggetto contrattuale, ma non già la disciplina del contratto che può essere arricchita dalla definizione delle condizioni di esecuzione[119]. Anche sul punto, sia la dir. 2014/24/Ue (principiando dal considerando n. 98[120]) sia il Codice domestico esplicitano la possibile finalizzazione del contratto all'implementazione delle *secondary policies*, attribuendo all'amministrazione la possibilità di definire condizioni di esecuzione attinenti alle esigenze sociali, ambientali,

---

[118] L'ampliamento delle specifiche tecniche anche a fattori che non si riferiscono necessariamente al "contenuto sostanziale" della prestazione richiesta segna pertanto il definitivo superamento dell'argomento fatto proprio dalla Commissione, ovvero che il riferimento a particolari procedimenti di produzione dovesse comunque contribuire a definire caratteristiche del prodotto «visibili o invisibili», ma comunque ad esso intrinseche (cfr. Commissione europea, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, cit., 12).

[119] Sulla difficoltà di distinguere le specifiche tecniche dalle condizioni di esecuzione si v. R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., pp. 380-381, il quale, muovendo dal presupposto che «per cercare di dare un senso alla categoria ed alla disposizione, deve ritenersi che le condizioni in questione non riguardino l'oggetto del contratto, definito dalle specifiche tecniche, ma le modalità della sua realizzazione», osserva criticamente che quella distinzione diviene assolutamente impalpabile se non addirittura problematica con riferimento alla materia dei servizi. Sul punto anche G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive*, cit., p. 861, secondo cui «si dovrebbe, inoltre, trattare di condizioni esecutive aggiuntive rispetto all'oggetto del contratto in senso stretto, altrimenti esse verrebbero a coincidere con le specifiche tecniche, legate alle modalità esecutive dello stesso».

[120] «Le condizioni di esecuzione dell'appalto potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali, a rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) e ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale».

nonché all'innovazione e all'occupazione[121]. A tal riguardo, peraltro, tanto sotto il profilo teleologico quanto in relazione alle pressanti criticità, assume una marcata rilevanza l'obbligo di inserire le clausole sociali «volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato»[122] negli appalti ad alta intensità di manodopera[123] (art. 50, d.lgs. n. 50/2016). E, difatti, se lo scopo di dette clausole è quello del tutto apprezzabile di «promuovere imprese socialmente responsabili»[124], è però ineludibile considerare che la vincolatività della misura e dell'obiettivo ad essa sotteso risultano di non poco temperati dall'interpretazione restrittiva promossa dall'Anac e dal giudice amministrativo[125], al fine di garantire le libertà del Tratta-

[121] Per un'ampia esemplificazione delle condizioni di esecuzione che in concreto possono essere richieste si v. F. Dallari, *Gli appalti verdi*, in F. Mastragostino (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 89 ss., spec. 130-131. In particolare, l'A. osserva che alcune criticità possono emergere soprattutto in relazione alle condizioni attinenti al trasporto, perché se è vero che quella parte di modalità dell'esecuzione può avere un significativo impatto sull'ambiente è altresì innegabile che esse potrebbero in concreto penalizzare l'accesso alle procedure degli appaltatori di altri Stati membri che devono percorrere ampie distanze.

[122] Sui tre modelli di clausole sociali astrattamente contemplabili (clausole sociali di equo trattamento, clausole sociali di assorbimento e clausole sociali di inserimento lavorativo), si v. G.M. Militerni, *L'esecuzione del contratto*, in S. Gallo (a cura di), *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 215 ss., spec. 226 ss.

[123] Nei quali il costo della manodopera «finisce per costituire uno dei tratti – se non l'unico – di differenziazione delle offerte economiche delle diverse imprese concorrenti» (M. Montini, *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., p. 147 ss., spec. 153).

[124] S. Casini, *Clausola sociale: quando la sua assenza può viziare gli atti di gara*, in *Urb. app.*, 2018, 5, p. 699 ss., spec. 700.

[125] Non potendo disattendere l'espressa obbligatorietà dell'inserimento delle clausole sociali di riassorbimento del personale uscente, tanto le linee guida Anac n. 13, recanti "La disciplina della clausole sociali", 13 febbraio 2019, quanto il giudice amministrativo (Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 18 ottobre 2019, n. 12052; Cons. St., sez. III, 6 giugno 2018, n. 3471; Id., 5 maggio 2017, n. 2078) hanno affermato che l'impiego delle clausole sociali non possa comportare «un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente», perché l'obbligo, per essere compatibile con la libertà di impresa di cui all'art. 41 Cost., deve «essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario», ovvero deve essere «compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore».

to[126], la libera organizzazione aziendale dell'impresa subentrante[127] e finanche l'efficienza delle procedure competitive[128].

L'impulso verso politiche "verdi" e "sociali" può poi essere colto avendo riguardo ad alcuni dei requisiti generali di partecipazione *ex* art. 80, d.lgs. n. 50/2016[129], la cui predeterminazione legislativa, inderogabile per via amministrativa (fatto salvo il ricorso al *self-cleaning*), con tutta evidenza finalizza direttamente la vicenda contrattuale alla promozione di una determinata struttura di mercato[130].

---

[126] La tensione tra i due poli della vicenda è chiaramente espressa da C. giust. Ce, 18 dicembre 2007, C-341/05, ove si afferma che poiché «la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato CE relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136 CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale». A livello domestico, cfr. Cons. St., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255, e Cons. St. sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890.

[127] Cfr. Agcm, *Contratti di concessione, appalti e procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali*, Roma, 11 dicembre 2015. Si v. anche M. Montini, *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, cit., p. 154.

[128] Come chiaramente affermato dall'Agcm, *Contratti di concessione, appalti e procedure di appalto*, cit., l'inflessibile applicazione delle clausole sociali introdurrebbe fattori di rigidità negativi per entrambe le parti: da un lato, per i privati interessati all'aggiudicazione, giacché la clausola potrebbe pregiudicarne, anche drasticamente, le capacità competitive; dall'altro lato, per il soggetto pubblico, perché ostacolerebbe l'introduzione di «eventuali innovazioni nel processo produttivo» e limiterebbe «le opportunità di perseguimento di efficienza, in contrasto con gli obiettivi sottesi dallo svolgimento della procedura di gara».

[129] Quanto ai requisiti speciali di partecipazione, basti qui considerare che ai sensi dell'All. XVII, parte II, lett. *g)*, d.lgs. n. 50/2016, la capacità tecnica di cui all'art. 83, commi 1 e 6, può essere dimostrata attraverso l'indicazione delle misure di gestione ambientale applicabili dal contraente durante la fase esecutiva del rapporto.

[130] Possono qui essere ricordati quei requisiti generali che comminano l'esclusione dell'operatore economico in ragione *i)* dello sfruttamento del lavoro minorile e di ogni altra forma di tratta di esseri umani di cui al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 (comma 1, lett. *f)*, d.lgs. n. 50/2016), *ii)* delle violazioni gravi dell'obbligo relativo al pagamento dei contributi previdenziali (comma 4), *iii)* delle gravi infrazioni di disposizioni in materia di salute, sicurezza sul lavoro, nonché dei vincoli posti dall'art. 30, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, in relazione all'adempimento, nella fase esecutiva di precedenti contratti pubblici, degli obblighi «in materia ambientale, sociale e del lavoro» (comma 5, lett. *a*). Come osservato in dottrina, l'esclusione per la violazione degli obblighi di cui al comma 3 dell'art. 30, d.lgs. n. 50/2016, rappre-

Ora, non v'è dubbio che il perseguimento di queste finalità trovi la più vigorosa garanzia nell'inclusione delle componenti ambientali e sociali nell'ambito delle specifiche tecniche, delle condizioni di esecuzione e dei requisiti di qualificazione: trattasi, infatti, di prescrizioni a carattere "fisso"[131], di regola (ossia nelle procedure ordinarie) non soggette ad alcuna possibilità di contrattazione da parte degli operatori economici.

Eppure, un ruolo altrettanto determinante è assolto dalla valorizzazione di quegli obiettivi nell'ambito della valutazione dell'offerta. Va in questo senso la "normalizzazione" del criterio basato sul rapporto qualità/prezzo-costo, ora esplicitamente vocato al perseguimento dell'«obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione» (art. 95, comma 6, lett. *c)*, d.lgs. n. 50/2016)[132]; un dato, questo, da leggere in raccordo con l'ampia estensione del costo di ciclo di vita, potenzialmente riferibile *ex* art. 96, comma 1, lett. *b)*, anche ai cosiddetti costi indiretti (cioè non direttamente supportati dal soggetto che usa il bene), relativi alle esternalità ambientali, ovvero al costo delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, o ad altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici[133].

---

senta l'elemento più innovativo della riforma dei requisiti generali di partecipazione (così, C. Vivani, *Appalti sostenibili,* green public procurement *e* socially responsible public procurement, in *Urb. app.*, 2016, 8-9, p. 993 ss., spec. 999).

[131] L'espressione è impiegata (seppur con riferimento esclusivo alle specifiche tecniche) da S. Villamena, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit., pp. 374-378.

[132] Tra i sub-criteri di aggiudicazione il comma 6 dell'art. 95, d.lgs. n. 50/2016, prevede, a mero titolo esemplificativo *i)* la qualità dell'opera o del prodotto, che può riguardare, in particolare il possesso di certificazioni e attestazioni relative alla sicurezza e alla salute dei lavoratori, le caratteristiche sociali e/o ambientali, il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali (lett. *a*), *ii)* il possesso di un Ecolabel Ue, ovvero di un marchio di qualità ecologica dell'Ue (lett. *b*), *iii)* i costi di utilizzazione e manutenzione, tra cui quelli relativi allo spreco di energie e risorse naturali, all'inquinamento, nonché ai costi globali (finanche costi esterni e di mitigazione degli effetti del *climate change*) connessi al ciclo di vita del bene, dell'opera o del servizio (lett. *c*), *iv)* la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda (art. 95, comma 6, lett. *d*).

[133] Come correttamente osservato in dottrina, la legge non prescrive sul punto norme cogenti ed anzi esse paiono avere piuttosto un valore programmatico. Data la mancanza di metodologie di calcolo e di monetizzazione di quei costi (fatte salve alcune eccezioni, tra cui quanto previsto dalla dir. 2009/33/Ce in

Al termine di questa sintesi, rimane poi da evidenziare, quale elemento di chiusura del sistema, la rinnovata disciplina dei criteri ambientali minimi (Cam)[134], ovvero delle considerazioni generali e specifiche di natura «prevalentemente ambientale e, quando possibile, etico-sociale», a cui devono essere obbligatoriamente[135] conformate le specifiche tecniche e le clausole contrattuali, e delle cui componenti premianti l'amministrazione deve tener conto ai fini della definizione dei *sub*-criteri e *sub*-punteggi per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa[136] (art. 34, d.lgs. n. 50/2016).

---

merito alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto su strada), l'amministrazione difficilmente potrà valorizzare i costi relativi alle esternalità ambientali, giacché quella valorizzazione è possibile se e solo se il valore monetario delle esternalità è determinato e quindi verificabile. Ha quindi ragione L. De Pauli, *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb. app.*, 2016, 6, p. 625 ss., spec. 630, quando afferma che «si ha la netta impressione di una previsione di tipo programmatico e proiettata nel futuro più o meno prossimo, senza immediati impatti sulle procedure di gara di imminente indizione».

[134] Sull'applicazione dei Cam negli appalti pubblici, ampio è l'approfondimento svolto da T. Cellura, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici: gli acquisti verdi dopo il correttivo al nuovo codice degli appalti (D. Lgs. n. 56/2017)*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2018, *passim*.

[135] Cfr. M. Pennasilico, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, p. 1246 ss., spec. 1254, e C. Irti, *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in *Contr. impr. europa*, 2017, 1, p. 183 ss., spec. 190. Si consideri, peraltro, che, l'estensione dell'obbligo è oggi maggiore rispetto al passato, perché l'art. 34, d.lgs. n. 50/2016, è «norma aperta» che generalizza l'adeguamento ai Cam e che quindi supera l'elencazione tassativa recata dall'art. 68-*bis*, d.lgs. n. 163/2006 (cfr. R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, cit., p. 133). Ad ogni modo, l'applicazione dei Cam è obbligatoria nella misura resa possibile dalla connessione con l'oggetto contrattuale (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 5 marzo 2019, n. 2905) ed è comunque garantita all'amministrazione la facoltà di discostarsi dai Cam, ma solo assicurando maggiore protezione ai beni tutelati. Quanto allo scollamento tra la teoria e la prassi, è utile osservare quanto emerge dalle indagini statistiche, ovvero che nell'anno 2017 ventidue Comuni su quaranta (55%) non hanno applicato alcun Cam in nessuna categoria merceologica (cfr. il report *Primo report di monitoraggio sull'applicazione dei criteri ambientali minimi nelle procedure di approvvigionamento dei Comuni appartenenti all'Associazione Comuni Virtuosi*, realizzato da "Punto 3" e dall'"Associazione dei Comuni Virtuosi, presentato alla Camera dei Deputati il 12 febbraio 2019).

[136] Si v. ad esempio il Cam per la fornitura e il servizio di noleggio di arredi per interni del 22 febbraio 2011, ove al pt. 3.4., nt. 11, si afferma che «tale punteggio viene deciso dalla stazione appaltante sulla base di priorità stabilite in relazione ai miglioramenti ambientali ottenibili tramite l'aumento prestazionale del crite-

Tutto ciò, peraltro, non è ancora pienamente soddisfacente. Ed infatti la ricognizione degli strumenti attraverso i quali la sostenibilità può essere veicolata nulla spiega circa la doverosità del perseguimento dello sviluppo sostenibile.

Vero è che alcune indicazioni in tal senso possono essere rinvenute, da un lato, nei vincoli che incanalano un «contenuto minimo»[137] di sostenibilità (Cam), e, dall'altro lato, nella moltiplicazione delle prescrizioni della *lex specialis* che possono ospitare le considerazioni verdi e/o sociali. Eppure, la torsione finalistica dell'appalto nel senso della sostenibilità (*i.e.* della mitigazione degli effetti e soprattutto della conformazione del mercato) può essere diversamente e più incisivamente rintracciata.

Già lo si è ricordato: in virtù del disposto dell'art. 3-*quater*, d.lgs. n. 152/2006, lo sviluppo sostenibile è un interesse pubblico specifico, quindi capace di funzionalizzare a sé l'azione amministrativo-negoziale del committente pubblico (*supra* par. 4, cap. I). Ma non solo. La qualificazione pubblicistica dell'interesse allo sviluppo sostenibile e, soprattutto, la doverosità del suo perseguimento trovano un più o meno esplicito riconoscimento nel considerando n. 2, dir. 2014/24/Ue, e nella chiara affermazione della Commissione, secondo cui «gli appalti non dovrebbero essere considerati mere procedure amministrative ma come opportunità per realizzare diversi obiettivi sociali attraverso una spesa "intelligente"»[138].

Al pari del sostegno delle Pmi, quindi, lo sviluppo sostenibile negli appalti è un interesse pubblico; e, vi è da aggiungere, sì seconda-

---

rio». O ancora, si v. il Cam per le forniture di prodotti tessili del 22 febbraio 2011, ove in premessa si afferma che «i criteri ambientali riportati nella sezione "criteri premianti", sono volti a migliorare sotto il profilo qualitativo riferito alle caratteristiche ambientali, alle innovazioni tecnologiche ambientali, la fornitura dei prodotti tessili oggetto di gara. Permane nella discrezionalità della stazione appaltante la scelta di utilizzare uno o più dei criteri ambientali individuati in questo documento». Sul punto, cfr., in dottrina, S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2016*, cit., 107, e, in giurisprudenza, Tar Lazio, Roma, sez. III, 5 marzo 2019, n. 2905.

[137] A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti*, cit., pp. 171-172.

[138] Commissione europea, *Scheda tematica per il semestre europeo: appalti pubblici*, 22 novembre 2017.

rio (perché non dotato di forza causale[139]), ma tipico nella prospettiva dello strumento impiegato[140]. Detto in maniera meno sintetica, la vicenda contrattuale origina dalla più o meno diretta soddisfazione dell'interesse pubblico istitutivo, il quale può essere definito come interesse primario sia sotto il profilo causale che dal punto di vista funzionale (*rectius*: della funzione dell'amministrazione); ma, una volta "avviata", quella vicenda è altresì finalizzata alla soddisfazione di altri interessi pubblici irrimediabilmente primari, sebbene dal solo punto di vista funzionale (e più in particolare della funzione tipizzata del contratto), ed il cui perseguimento deve avvenire nei margini di compatibilità con l'interesse istitutivo-primario (che poi nella materia degli appalti altro non significa che in "connessione con l'oggetto del contratto"[141]): torna, così, l'idea

[139] Si consideri, però, che per A. Bonasio, *Clausole ambientali e principio di sostenibilità*, in M. Andreis (a cura di), *I Contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali. Mercato, ambiente, responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 75 ss., spec. 90-91, «il principio di sviluppo sostenibile potrebbe diventare un nuovo titolo di legittimazione di intervento pubblico, soprattutto nell'economia, di cui le procedure ad evidenza pubblica sono senz'altro una tipica espressione».

[140] D'altronde, su di un piano più generale, e cioè riferendosi al solo disposto dell'art. 3-*quater*, d.lgs. 152/2006, A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti*, cit., p. 163, ha affermato che nei casi in cui «l'interesse pubblico primario appartiene ad un'altra materia amministrativa», «la norma sopra ricordata impone che l'interesse pubblico allo sviluppo sia considerato come pari-ordinato a quello primario e quindi non solo in grado di renderlo recessivo, ma addirittura di condizionarlo nella sua formulazione e campo di applicazione».

[141] È quindi anzitutto attorno all'oggetto contrattuale che gravitano (*rectius*: dovrebbero gravitare) pertanto i giudizi sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità delle decisioni assunte in merito alla promozione dello sviluppo sostenibile. Da ciò conseguendone che è in primo luogo l'assenza di connessione con la prestazione richiesta a dover determinare l'illegittimità della clausola, e non già (*sic et simpliciter*) il fatto che la clausola comporti una restrizione della massima partecipazione, la quale è sì un interesse primario (nel senso sopra precisato), ma, come si è cercato di dimostrare (sia consentito il rinvio a E. Guarnieri, *Procedura ristretta, forcella e scelte negoziali: interrogativi sul rilancio di una procedura poco utilizzata*, in *Munus*, 2019, 2, p. 419 ss., spec. 452), è pur sempre un interesse tra gli altri. D'altronde, anche la lettura «circolare» dell'art. 18, dir. 2014/24/Ue, fornita da Marcello Clarich pare andare nel senso ora tratteggiato. La (ri)lettura della disposizione si articola, acutamente, sulla struttura dell'art. 18, il cui disposto *i)* muove dal dovere delle amministrazioni aggiudicatrici di trattare gli operatori economici «su un piano di parità e in modo non discriminatorio» e di agire «in maniera trasparente e proporzionata», *ii)* si sviluppa nel divieto di «limitare artificialmente la concorrenza» (qui la concorrenza è evidentemente intesa come "massima partecipazione") e *iii)*

della sopra evocata struttura della funzionalizzazione temperata (*supra* par. 4, cap. I).

4. *In sintesi: la consistenza pubblicistica degli interessi sottesi all'appalto pubblico. Dagli interessi pubblici in astratto all'interesse pubblico in concreto, al di là del nesso "autonomia-centralizzazione"*

Dall'analisi sinora condotta emerge con chiara evidenza come la vicenda contrattuale dell'appalto pubblico risulti asservita ad una pluralità di interessi la cui consistenza pubblicistica non è più dubitabile.

Se sino all'alba del nuovo millennio, l'appalto pubblico (fatto salvo soprattutto il caso dei contratti pubblici dal più evidente rilievo collettivo) poteva essere non a torto pensato, sotto il profilo *lato sensu* causale, come un "normale" contratto di diritto privato, tramite il quale perseguire un interesse *privato* del committente – trasfigurato in *pubblico* solo in ragione della natura del soggetto acquirente (in quanto funzionalmente eletto alla cura di un dato interesse istitutivo) e delle risorse economiche impiegate –, ed attorno al quale collimavano interessi pubblici di segno negativo, a far data dalla dir. 2004/18/Ce e, *a fortiori*, a seguito della nuova stagione inaugurata dalla dir. 2014/24/Ue, l'assetto è radicalmente mutato[142].

---

fa infine ritorno alla parità di trattamento e al divieto di discriminazione, chiarendo che la concorrenza è limitata artificialmente «laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici» (cfr. M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza*, cit., 85-86). Sull'interesse alla partecipazione come *posterius* rispetto agli interessi che l'amministrazione persegue attraverso l'acquisto, cfr. S. Torricelli, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., p. 7 ss., spec. 23-24.

[142] Questo cambio di prospettiva è stato ben marcato da F. Cardarelli, *Le direttive europee sui contratti pubblici*, in *Treccani – Libro dell'anno 2015*, Roma, Treccani, 2015, quando ha affermato che rispetto alla «idea di fondo dell'intero sistema orientato verso l'apertura alla concorrenza nel settore, i nuovi testi appaiono ispirati da ragioni di "politica pubblica"». Sul punto si v. anche l'ampio lavoro di E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici: oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene, 2021. Si consideri, però, che il sistema (in specie, quello do-

Difatti, una volta collocata l'attività contrattuale della pubblica amministrazione nel solco della visione integrata dell'azione comunitaria[143] e, quindi, positivizzati legalmente i fini perseguibili dall'attore "amministrazione", ogni operazione di acquisto, anche la più semplice e apparentemente svincolata dal rilievo pubblicistico dell'interesse sotteso, è ora propriamente e sicuramente collocabile nell'alveo della funzionalizzazione.

Da un lato, vi è il vincolo teleologico "originario", che sta alla base della emersione dell'esigenza concreta e che quindi opera quale criterio selettivo (piuttosto debole, stante la sua tendenziale astrattezza e genericità, v. *supra* parr. 2 ss., cap. I) delle utilità legittimamente acquistabili da parte del committente pubblico: qui la funzionalizzazione vale a determinare l'adeguatezza dell'acquisto rispetto al fine istitutivo. Dall'altro lato, vi sono i fini pubblici "ulteriori" (sostegno delle Pmi e sviluppo sostenibile), magari alieni (*i.e.* secondari) per l'ente[144], ma tipicizzati (*rectius*: gli unici tipicizzati, ancorché ancora una volta in astratto) nella struttura dell'operazione econo-

---

mestico) presenta pur sempre alcune resistenze o, se si vuole, distorsioni che influiscono sulla capacità decisoria delle amministrazioni, come ben evidenziato da M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, p. 61 ss.

[143] Che coinvolge «in modo coordinato e sinergico» ogni strumento giuridico nel perseguimento di tutti gli obiettivi di rilevanza comunitaria (C. Colosimo, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, cit., pp. 68-69).

[144] Cfr. S. Villamena, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti*, cit., p. 949, secondo cui «la suddivisione in lotti, la rotazione, non diversamente dalle clausole ecologiche o sociali nei bandi di gara, rappresentano esempi emblematici di come le esigenze della pubblica amministrazione debbano scendere a patti e conciliarsi con valori diversi dall'interesse di cui l'amministrazione è tradizionalmente portatrice, costituito essenzialmente dalla buona riuscita dell'appalto in termini di perseguimento del pubblico interesse specifico che sta alla base della gara e di minor dispendio possibile di risorse pubbliche impiegate nello stesso». Sul punto, peraltro, utili indicazioni rispetto alla revisione teleologica dei contratti pubblici possono essere riprese F. Fracchia, *Coronavirus, dignità umana e contratti pubblici*, cit., pp. 1562-1564, secondo il quale in corrispondenza dell'attuale crisi pandemica si sarebbe imposto «un ulteriore e primario interesse […] quello attinente alla dignità dell'uomo», da ciò conseguendo una reimpostazione del valore strategico dei contratti pubblici: «lo strumento contrattuale», si è detto, «deve essere servente all'uomo», insomma va concepito come «investimento essenziale».

mica[145]: qui la funzionalizzazione attiene all'interesse in senso normativo caratteristico dello strumento contrattuale.

Per di più, anche ammettendo che quei fini possano essere assunti dall'acquirente/committente privato – nulla vieterebbe a quest'ultimo di curare interessi a lui "alieni" (ed anzi la teorica del consumatore orientante va proprio in tal senso) – ciò che vale a distinguere nettamente la posizione del committente pubblico è che il regime indiscutibilmente pubblicistico degli interessi è per quest'ultimo fonte di un preciso vincolo finalistico[146]. Differentemente dal privato,

[145] V. anche *infra* par. 7.

[146] In aggiunta a quanto ricordato nel Capitolo I, è qui opportuno evidenziare come in dottrina vi sia una decisa convergenza attorno alla tesi della generale defunzionalizzazione delle attività poste in essere dal privato. Altrimenti a dirsi, mentre per l'amministrazione la funzionalizzazione rappresenta una sorta di *prius* logico, per il privato «non esiste» (G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2017, p. 156) o, meglio, «non esiste una determinazione analitica e positiva dei fini perseguibili», perché esistono solo «limiti generici e di segno negativo» (M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., p. 16, il quale aggiunge a p. 19 che «l'ordinamento neppure si cura dei fini che i privati intendono perseguire con gli atti posti in essere fino a che gli stessi non divengano illeciti»). Sul punto, si v. anche G. Braibant, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1992, p. 167, per il quale «le droit administratif ne se caractérise pas seulement par rapport au droit civil par des majorations de pouvoir au profit de l'administration, il n'y a pas seulement des différences en plus, il y a aussi des différences en moins, des minorations de pouvoir, des obligations propres à l'administration que ne supportent pas les particuliers». Il che pare essere coerente con quanto affermato da una parte della dottrina civilistica, secondo cui l'opinione che pretende di funzionalizzare l'autonomia privata all'interesse generale non è ammissibile, perché «di interesse generale deve essere la compressione» (quindi il limite negativo di cui si parlava poc'anzi) e «non la concreta esplicazione dell'autonomia contrattuale» (G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 1, p. 25 ss., spec. 29). Cfr. anche G. Falcon, *Percorsi del rapporto pubblico privato*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, cit., p. 383 ss., spec. 387, ove si afferma che l'azione del privato è de-funzionalizzata, perché l'imprenditore non ha il compito di considerare né l'interesse pubblico né quello altrui né quello più generale della concorrenza. Cfr. altresì M. Atienza, J.R. Manero, *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 102, secondo i quali mentre gli atti di autonomia privata sono caratterizzati in senso negativo («vale a dire si concede il potere per produrre *un risultato* sempre che non si cerchi di ottenere, attraverso *il risultato*, un certo stato di fatto ulteriore che appaia come inaccettabile»), i poteri pubblici si caratterizzano in senso positivo («vale a dire si concede il potere affinché, per mezzo *del risultato*, si ottengano certi stati di fatto positivamente determinati»). Vero è poi che, proprio in relazione alla natura finalistica dello sviluppo sostenibile, una parte della dottrina ha sostenuto la tesi della conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale dei privati: si sarebbe dinanzi ad un «autentico "mutamento di paradigma" in materia

quindi, l'amministrazione che si immette nel mercato al fine di acquisire una data utilità opera all'insegna della doverosità[147]: doverosa è la soddisfazione del fabbisogno associato all'interesse pubblico istitutivo e, nei margini di compatibilità con quest'ultimo (funzionalizzazione temperata), altrettanto doveroso è il perseguimento dei molteplici interessi pubblici a cui la legge funzionalizza il contratto.

Conclusione, questa, che peraltro prescinde dagli esiti delle più recenti tensioni centripete.

Come noto, sulla scia di una normazione domestica retrodatabile agli anni Novanta, e facendo seguito al più recente impulso europeo (considerando n. 69 e art. 37, dir. 2014/24/Ue)[148], il legislatore italiano ha provveduto ad una vera e propria reimpostazione del problema della capacità di contrarre delle amministrazioni pubbliche[149].

---

contrattuale, tale da mettere in discussione, sotto la spinta del modello globale dello "sviluppo sostenibile", l'adeguatezza della nozione stessa di contratto, come formulata dal codice del 1942, e da imporre una conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale» (M. Pennasilico, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 1, p. 4 ss., spec. 4-5; cfr. anche Id., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, p. 37 ss. e V. Cappelli, *Contratto e principio dello sviluppo sostenibile. Il caso degli Energy Performance Contracts*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2019, 3, p. 18 ss.). Sennonché, la tesi è poi stata contraddetta da altra accorta dottrina sul presupposto teorico dato dalla incomprimibilità della libertà privata, che, a fronte di un'estensione generalizzata del principio dello sviluppo sostenibile, smarrirebbe «la propria più intima caratteristica» (F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit., pp. 284 e 285-286, ove l'A. aggiunge che «lo sviluppo sostenibile per i privati può unicamente condensarsi in regole specifiche e concrete fissate in base alla legge, laddove per l'amministrazione esso si configura come un vero e proprio principio»; nello stesso senso, cfr. Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, cit., p. 38).

147 Cfr. M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., p. 37: il potere dell'amministrazione è anche «un dovere, dovere di agire se, quando, nella direzione e col contenuto, che questi interessi collettivi richiedono». Si v. anche C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 146, nt. 2, secondo cui il «vincolo di scopo, visto dalla parte dell'amministrazione, esprime la direzione della doverosità istituzionale dell'amministrazione, orienta e definisce il contenuto di quella doverosità».

148 Cfr. l'esaustiva illustrazione di L. Castellani, F. Decarolis, G. Rovigatti, *Il processo di centralizzazione degli acquisti pubblici. Tra evoluzione normativa ed evidenza empirica*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 3, p. 583 ss.

149 Sui «limiti alla capacità giuridica di contrattare, funzionali alla qualità delle prestazioni», che però «non pregiudicano l'autonomia agli stessi riconosciuta dalla Costituzione, ma, al contrario permettono di soddisfare al meglio i bisogni degli

Salva l'autonomia (*rectius*: l'indipendenza) conservata per gli acquisti di più "modico" valore, le stazioni appaltanti possono (per dettato legislativo, ma come noto il sistema delle qualificazioni è ancora in stallo) procedere autonomamente all'acquisto di forniture, servizi e lavori solo se in possesso della qualifica di cui all'art. 38, d.lgs. n. 50/2016, dovendo altrimenti aggregarsi con stazioni appaltanti qualificate o avvalersi delle funzioni esperite dalle centrali di committenza in qualità di grossista o di intermediario; il tutto, peraltro, nei limiti posti dall'obbligo di adesione alle convenzioni stipulate dai soggetti aggregatori (cfr. art. 37, d.lgs. n. 50/2016)[150].

In questo assetto ciò che muta in più o in meno è il *quantum* di capacità di agire, sostanzialmente azzerata per le amministrazioni non qualificate[151] e comunque limitata per quelle qualificate[152]; non invece il regime di funzionalizzazione rispetto ai fini tipici dell'operazione contrattuale, quello rimanendo inalterato anche nelle vicende che vedono l'ingresso delle centrali di committenza. Da un lato, infatti, ovvero nei casi in cui la centrale di committenza agisce come intermediario, il problema neppur dovrebbe porsi, perché lì il

---

amministrati, assicurando la qualità di prestazioni e servizi pubblici che l'ente sceglie o è tenuto ad erogare», cfr. G.M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, 1, p. 33 ss., spec. 39. Nello stesso senso cfr. G.M. Racca, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 2020, 4, p. 4669 ss., spec. 4676.

[150] Per una chiara spiegazione delle funzioni svolte dalle centrali di committenza nel nuovo assetto legislativo cfr. B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, p. 613 ss.

[151] Cfr. G. Cumin, *Nuove perplessità sulla capacità di agire delle PP.AA. in ambito negoziale?*, in *Urb. app.*, 2016, 11, p. 1191 ss., il quale, con riferimento al tema delle qualificazioni delle stazioni appaltanti, dubita della legittimità della compressione della capacità di agire realizzata per via amministrativa e non normativa: «la compressione della capacità di agire non discende da una presunzione *juris et de jure* stabilita direttamente da una fonte normativa, ma dall'esito di un procedimento amministrativo attribuito alla competenza dell'ANAC» (1194).

[152] Come osserva P. Chirulli, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze*, in *Banca d'Italia. Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale. Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, n. 83, aprile 2018, p. 21 ss., spec. 41, «la qualificazione, non diversamente da quanto è previsto per le imprese esecutrici di opere pubbliche, non è generale, ma speciale, in quanto limitata a specifici ambiti di attività, bacini territoriali, tipologie contrattuali e fasce d'importo».

committente è chiamato ad operare secondo le «istruzioni», anche a matrice teleologica, fornite dall'amministrazione beneficiaria (cfr. il considerando n. 69, dir. 2014/24/Ue). Dall'altro lato, poi, ovvero sul fronte degli strumenti di acquisto[153] e, più in generale, delle attività svolte in qualità di grossista, sarà la centrale di committenza a doversi far carico della protezione delle Pmi e dello sviluppo sostenibile[154]; responsabilità, questa, peraltro sì prevalente ma non necessariamente escludente, tenuto conto che in questi casi, se di regola la stazione appaltante si limita ad acquistare, nulla vieta che quest'ultima partecipi alla cura di quei fini, dapprima a monte tramite la programmazione (v. *infra*, par. 5) e poi a valle scegliendo (laddove libertà di scelta vi sia) tra più "prodotti" quello più adeguato alla visione strategica sottesa all'acquisto[155].

Ciò precisato, compreso che la connotazione pubblicistica degli interessi non è il frutto di una alterazione, ma di una precisa qualificazione normativa, funzionale a immettere forzosamente dei valori – la cui introduzione sarebbe altrimenti rimessa ad una scelta "libera" dell'amministrazione[156] –, per questa via si giunge ad un

---

[153] Nel senso indicato dall'art. 3, comma 1, lett. *cccc)*, d.lgs. n. 50/2016.

[154] Si noti che a fronte del rischio, da più parti evidenziato, circa il «potenziale contrasto con altri interessi, in particolare con quello della concorrenza […] relativa all'aspirazione anche delle piccole imprese di competere» (F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumenti di accentramento*, cit., p. 383), in dottrina sono stati evidenziati i benefici che la centralizzazione delle committenze può produrre sul fronte dello sviluppo sostenibile (cfr. P. Kunzlik, *The 2014 public procurement package. One-step forward and two back for green and social procurement*, in Y. Marique, K. Wauters (a cura di), *EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 139 ss., spec. 168-169).

[155] Per F. Cortese, *L'ambito soggettivo di applicazione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 87, «in moltissimi casi la stazione appaltante non gode di altra libertà di scelta se non di quella di optare tra offerte preventivamente valutate e negoziate dalle centrali di acquisto», con la conseguenza che «le convenzioni quadro hanno assunto la forma di veri e propri contratti unilaterali, capaci di incidere in modo anche profondo sull'autonomia organizzativa dell'ente pubblico». Rimane però ferma la possibilità, accordata dall'art. 26, l. 23 dicembre 1999, n. 488, di stipulare contratti al di fuori delle convenzioni in essere, laddove più convenienti.

[156] Come acutamente affermato da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 163, gli interessi secondari – ovvero quegli interessi «pubblici, collettivi e privati [che] non devono essere necessariamente tutelati dall'ordinamento; basta che esistano di fatto» (p. 49) –, se sprovvisti di un portatore istituzionale, sono introdotti in modo "atecnico" dal decisore pubblico: «anche se esso è particolarmen-

ulteriore esito, che fungerà da premessa rispetto a quanto a breve si dirà.

Si ricorderà che in Franco Gaetano Scoca l'idea che «l'amministrazione sia tenuta a perseguire un interesse pubblico predeterminato *in toto* dalla legge» è salutata come «una visione astratta, anzi profondamente imprecisa»[157] (*supra* par. 2.2., cap. I). Ebbene, questa massima appare piuttosto appropriata rispetto all'azione amministrativa negli appalti pubblici. Difatti, *a latere* di ogni considerazione sulla atipicità del fine "primario" della commessa, che, in dipendenza di un interesse pubblico istitutivo fisiologicamente generico, richiede già di per sé una precisa concretizzazione – ad esempio, sarebbe per l'appunto alquanto "impreciso" affermare che tramite ogni appalto (si pensi all'acquisto di una stampante) una Asl persegua l'interesse pubblico alla salute –, è soprattutto la molteplicità degli interessi pubblici specifici secondari, a cui pure è funzionalizzata l'attività del committente, che rende piuttosto evidente l'impossibilità di affermare che tramite l'appalto si persegua un interesse dato dalla legge: insomma, altro è la doverosità del perseguimento di quei fini e altro è il loro assetto finale, ovvero l'interesse pubblico in concreto perseguito dall'amministrazione nella singola vicenda contrattuale.

5. *Dalla legge alla predeterminazione amministrativa: la graduale specificazione dell'interesse pubblico in concreto*

Come si è avuto modo di anticipare nel Capitolo I, se e in quanto identificabile, l'interesse pubblico dato dalla legge è un'astrazione che richiede una specificazione ed una concretizzazione.

Così, nella materia qui considerata, l'interesse pubblico istituzionale rappresenta il motivo causale dell'azione amministrativa, ma non già il fine in sé e di per sé della commessa pubblica; al pa-

---

te diligente e accorto in tale introduzione, questa è pur sempre atecnica per quegli interessi secondari – che sono la maggioranza – non compresi nell'ambito della sua attribuzione o conoscenza» (p. 163).

[157] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., p. 185.

ri, gli altri interessi pubblici a cui la legge funzionalizza la vicenda contrattuale costituiscono valori da acquisire doverosamente, ma neppure questi, nella loro astrattezza, delineano lo scopo terminale. Quest'ultimo, infatti, è piuttosto rappresentato dall'interesse pubblico in concreto, discrezionalmente definito dall'amministrazione tramite un'opera di composizione, nella quale gli interessi doverosamente inseriti troveranno maggiore o minore promozione in ragione della visione strategica (politica) sottesa all'appalto[158], al cui cospetto dovrebbe peraltro essere valutata l'illegittimità (*i.e.* l'irragionevolezza e la sproporzionalità) di ogni presunta contrazione della massima partecipazione (ovvero di quell'interesse che, forte della lettura restrittiva dell'immediata impugnabilità dei bandi di gara, è l'unico ad essere assistito da una tutela anticipata e preferenziale[159]).

---

[158] Ad esempio, onde evitare un'eccessiva restrizione della concorrenza, la scelta di promuovere la sostenibilità nel (e del) contratto dovrebbe indurre l'amministrazione a svolgere una preventiva istruttoria sulla diffusione del criterio ambientale/sociale richiesto e a privilegiarne l'inclusione fra i *sub*-criteri del rapporto qualità/prezzo tutte le volte in cui sia dimostrato lo scarso possesso del requisito (F. Gaverini, *L'inserimento di clausole "verdi" nelle procedure contrattuali pubbliche, tra merito e discrezionalità*, in *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali*, cit., p. 99 ss., spec., 120-121). Una volta esperita l'istruttoria, l'inserimento del criterio ambientale o sociale tra le clausole il cui mancato possesso conduce all'esclusione o tra quelle il cui possesso attribuisce solo un punteggio dovrebbe essere inteso, se ragionevole rispetto all'interesse concretamente perseguito, come una scelta attinente al merito, tenuto peraltro conto che «gli acquisti sono fatti per soddisfare esigenze pubbliche e non direttamente gli appetiti delle imprese» (S. Torricelli, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, cit., p. 25).

[159] Il che introduce, di tutta evidenza, il problema affatto peregrino della "sanzionabilità" della mancata considerazione dell'interesse pubblico allo sviluppo sostenibile, tenuto conto che, come rilevato in dottrina, una delle maggiori criticità della disciplina risiede proprio «dans l'insuffisante sanction de l'obligation faite aux acheteurs publics de prendre en considération le développement durable dès le stade de la définition de leur besoin» (P. Idoux, *La commande publique au service du développement durable*, cit., p. 119). Problema, questo, che non è tale sul fronte dell'omesso apprezzamento dell'interesse pubblico alla massima partecipazione, giacché quell'interesse è ben presidiato dalla legittimazione degli operatori economici ad impugnare le clausole di gara immediatamente escludenti. Questa facoltà, peraltro, non si presta a rappresentare un sicuro ed efficace strumento di contrasto ai deficit di sostenibilità. Ponendo, infatti, la distinzione tra infrazioni "per eccesso" e "per difetto", ossia derivanti dall'introduzione di prescrizioni che o tengono eccessivamente conto della sostenibilità, così producendo effetti discriminatori, o che omettono un'adeguata considerazione dei fattori ambientali e sociali (cfr. F. Gaverini, *L'inserimento di clausole "verdi" nelle procedure contrattuali pubbliche*, cit.,

Sempre nel Capitolo I si è peraltro osservato come in dottrina sia ben consolidata la consapevolezza sulla centralità assunta – ai fini della perimetrazione dell'interesse pubblico – dagli atti di indirizzo politico-amministrativo, di programmazione e di pianificazione, quali segmenti unitari, rilevanti nel *continuum* cronologico e logico dell'operazione amministrativa.

Ebbene, quella dinamica trova piena corrispondenza nel settore dei contratti pubblici e più in particolare nelle «fasi di *back office*»[160] della commessa pubblica.

Ai limitati fini di questo studio è sufficiente considerare quelle fasi nella loro continuità, secondo una sequenza variabile (in ragio-

---

pp. 112-113), si giunge agilmente alla conclusione che le contestazioni di parte sarebbero efficaci solo nei confronti delle prime: il disinteressamento per le clausole ambientali e sociali condurrebbe, infatti, ad una maggiore estensione dell'accesso alla procedura di gara, con la conseguenza che nessun operatore potrebbe mai realmente contestare il bando di gara, perché, come di recente ribadito dal Cons. St., ad. plen, 26 aprile 2018, n. 4, l'immediata impugnazione degli atti di gara può essere esperita solo nei confronti delle clausole "escludenti", e tali logicamente non sono quelle che non contengono fattori incidenti sull'apertura del mercato. Vero è poi che il considerando n. 122, dir. 2014/24/Ue, stabilisce che «i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto»; ma la previsione, che immette il discorso nel solco del ben più annoso problema della legittimazione oggettiva (su cui cfr., in particolare, V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, p. 341 ss.), nel nostro ordinamento pare essersi tradotta nella sola attribuzione all'Anac della legittimazione ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di «rilevante impatto», posti in violazione delle norme in materia di contratti pubblici (cfr. l'art. 211, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 50/2016). E, allora, se così si può dire, la tutela dell'interesse alla sostenibilità è soltanto postuma e indiretta, dipendendo essenzialmente dall'impugnazione dell'aggiudicazione da parte dei soggetti non aggiudicatari, i quali potrebbero contestare la non applicazione di clausole di sostenibilità obbligatorie o il non corretto (ma difficilmente dimostrabile) bilanciamento tra gli interessi pubblici in gioco, sul presupposto che, come correttamente ricordato, «il ricorrente che al momento della mancata aggiudicazione impugna le clausole del bando "non escludenti" non è vincolato dalla correlazione tra clausole e mancata aggiudicazione non dovendo dimostrare un rapporto di causalità tra effetto lesivo e *lex gara*» (G. Veltri, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: regole, eccezioni, fermenti giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2013, 4, p. 955 ss., spec. 961).

[160] L. Gili, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. app.*, 2017, 1, p. 24 ss., spec. 28.

ne dell'oggetto e del valore del contratto) e così sintetizzabile: atti istruttori pre-programmatici; programmi di acquisto; delibera a contrarre; progettazione.

Il primo stadio di questo svolgimento (quantomeno in relazione ai lavori pubblici, v. però *infra*) è quello relativo all'adozione del quadro esigenziale[161], siccome definito dall'art. 3, comma 1, lett. *ggggg-nonies)*, d.lgs. n. 50/2016[162]. «Obiettivi generali da perseguire attraverso la realizzazione dell'intervento», «fabbisogni della collettività posti a base dell'intervento» e «specifiche esigenze qualitative e quantitative che devono essere soddisfatte attraverso la realizzazione dell'intervento»: sono questi i contenuti marcatamente finalistici recati dall'atto di indirizzo[163] che precede la programmazione dei lavori pubblici di importo pari o superiore ai centomila euro e che è quindi chiamato per primo a specificare l'interesse pubblico in concreto[164], componendo l'esigenza di base (satisfattiva dell'interes-

---

[161] Come è stato efficacemente osservato, il primo momento del «paradigma classico della programmazione» consiste nella «individuazione dei bisogni da soddisfare» (F. Lombardo, sub. *Art. 128*, in S. Baccarini, G. Chinè, R. Proietti (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 1467 ss., spec. 1472).

[162] Espressamente introdotto dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. primo correttivo al Codice), il quadro esigenziale non costituisce invero una novità assoluta. Quel documento, infatti, per certi versi corrisponde allo studio di «identificazione e quantificazione dei propri bisogni», che, sotto la vigenza dell'art. 128, d.lgs. n. 163/2006, rappresentava il primo momento della fase programmatoria e, quindi, costituiva il presupposto logico-giuridico del programma triennale dei lavori pubblici (è in ragione di questa corrispondenza che, di seguito, sarà fatto rinvio ad alcune delle affermazioni dottrinali che hanno investito la disciplina recata dall'art. 128, d.lgs. n. 163/2006). Per una ricognizione delle divergenti impostazioni del problema relativo alla perimetrazione delle fasi della programmazione cfr. S. Moro, *La programmazione dei lavori pubblici*, in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture,* II, Padova, Cedam, 2014, p. 1187 ss., spec. 1195, nt. 32.

[163] Cfr. R. Dipace, *La programmazione dei lavori pubblici (art. 128)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 621 ss., spec. 626-627, il quale riconduce lo studio di «identificazione e quantificazione dei propri bisogni» di cui all'art. 128, d.lgs. n. 163/2006, agli «atti di indirizzo che, in quanto tali, devono essere espressi dagli organi politici dell'ente e non dai dirigenti responsabili della gestione dell'ente stesso». Si v. anche M.R. Spasiano, M. Calabrò, *Dall'individuazione delle esigenze del committente alla progettazione degli interventi*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 219 ss., spec. 229.

[164] A conferma si consideri quanto sostenuto dal Cons. St., sez. V, 20 aprile 2020, n. 2486, laddove il giudice amministrativo non si è limitato ad affermare che

se pubblico istitutivo) con gli obiettivi che su scala più generale possono/devono essere realizzati tramite l'intervento[165].

Altrettanto rilevanti, seppur nei limiti delle soglie indicate dall'art. 21, d.lgs. n. 50/2016, sono gli atti di programmazione.

Premesso che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. *ggggg-quinquies)* e *ggggg-sexies)*, i programmi sono definiti come i documenti che individuano, *inter alia*, gli acquisti (lavori, servizi e forniture) «necessari al soddisfacimento dei fabbisogni rilevati e valutati dall'amministrazione preposta», da questa definizione è possibile trarre due conseguenze, non particolarmente originali, ma comunque funzionali al discorso.

In forza del riferimento ai «fabbisogni rilevati e valutati dall'amministrazione preposta», vi è anzitutto motivo di ritenere che anche la programmazione di servizi e forniture debba essere preceduta da un preventivo atto istruttorio riconducibile, quanto a funzione, al quadro esigenziale dei lavori pubblici.

In secondo luogo, colta entro una precisa scansione – che va dalla rilevazione dei fabbisogni all'individuazione degli acquisti – la programmazione può essere correttamente compresa come il «mo-

---

tramite il contratto di appalto «l'amministrazione persegue lo scopo istituzionale» (cfr. *supra* nt. 5): e, difatti, si è detto che «l'amministrazione persegue [sì] lo scopo istituzionale, [ma siccome] espresso dal quadro esigenziale sotteso alla determinazione a contrarre». Sulla funzione strategica del quadro esigenziale cfr. C. Cresta, *Livelli della progettazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit., p. 1181 ss., spec. 1235, secondo il quale detto quadro rappresenta «un documento progettuale, finalizzato a fornire gli elementi di riferimento all'attività di progettazione, che altrimenti si muoverebbe senza esigenze e finalità preventivamente stabilite dall'amministrazione».

[165] Peraltro, attesa la continuità tra la previgente e l'attuale normativa, è bene porre l'accento sulla perplessità espressa in dottrina in relazione alla previsione recata dall'art. 128, d.lgs. n. 163/2006, che qualificava come «propri» dell'amministrazione e non come pubblici i bisogni identificati nello studio prodromico alla programmazione. «Tale formulazione», si è detto, peraltro in sostanziale continuità con il pensiero di Pastori, «suscita più di qualche perplessità perché sottende una visione soggettivo-istituzionale dell'amministrazione in forza della quale gli "interessi pubblici sono concepiti come interessi delle istituzioni"» (S. Moro, *La programmazione dei lavori pubblici*, cit., 1196-1197). A tal riguardo, si noti che, sotto la vigenza del nuovo codice, il legislatore ha impiegato formule più neutre, quali «obiettivi generali», «fabbisogni della collettività» e «fabbisogni rilevati e valutati dall'amministrazione preposta» (cfr. l'art. 3, comma 1, lett. *ggggg-quinquies*, *ggggg-sexies e ggggg-nonies)*, d.lgs. n. 50/2016).

mento concludente del processo di maturazione di qualsiasi scelta pubblica»[166] e, al contempo, come il primo momento attuativo (*i.e.* di prima traduzione sostanziale) dell'interesse pubblico – si perdonerà l'ossimoro – "astrattamente prefigurato in concreto"[167]: d'altronde, come è stato correttamente sostenuto, la programmazione «si pone a valle di un'attività di valutazione complessiva degli interessi da soddisfare *concretizzando* una serie di obiettivi da raggiungere nel medio […] e nel lungo termine»[168].

Nel loro insieme, pertanto, i quadri esigenziali e i programmi di acquisto rappresentano momenti concatenati di una fase unitaria, che sì assolve sicuramente al compito di ottimizzare la spesa pubblica[169] – garantendo anche la trasparenza e la concorrenza[170] – ma che è anzitutto funzionale ad attuare una prima ricognizione e graduazione dei fini da perseguire in concreto[171].

---

[166] F. Lombardo, sub. *Art. 128*, cit., p. 1468.

[167] Distinguendo l'atto di programmazione dalla fase («funzione») programmatoria, G. Orsoni, sub *Art. 14. Programmazione dei lavori pubblici*, in A. Carullo, A. Clarizia (a cura di), *La legge «quadro» in materia di lavori pubblici*, I, Padova, Cedam, 2004, p. 664 ss., spec. 665, definisce il programma triennale come un «territorio di confine tra il momento di determinazione delle scelte e quello di realizzazione delle stesse».

[168] Cfr. A. Contieri, B. Mercurio, sub *Art. 21*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Torino, Utet, 2017, p. 177 ss., spec. 187. Si v. anche A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 188, secondo il quale è «nel gioco combinatorio e progressivamente sviluppato dei vari documenti programmatori [che] trovano affinamento e graduazione bisogni e obiettivi».

[169] Cfr. C. cost., 23 novembre 2007, n. 401.

[170] R. Dipace, *La programmazione dei lavori pubblici (art. 128)*, cit., 624. Cfr. altresì D. Senzani, *Art. 14. Programmazione dei lavori pubblici*, in A. Carullo, A. Clarizia (a cura di), *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, I, Padova, Cedam, 2000, p. 448 ss., spec. 452-453 (dello stesso A. si v. anche *Commento all'art. 14, legge 11 febbraio 1994, n. 109*, in A. Carullo, A. Clarizia (a cura di), *La legge «quadro» in materia di lavori pubblici*, II, Padova, Cedam, 2004, p. 1849 ss.).

[171] La programmazione, infatti, «non rappresenta un'attività meramente interna degli organi comunali di programmazione finanziaria e di razionalizzazione della spesa, ma è invece un atto fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere» (Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824, e, più di recente, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 27 luglio 2012, n. 2125; in dottrina cfr. R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 399). I due aspetti sono sapientemente coniugati da M.R. Spasiano, M. Calabrò, *Dall'individuazione delle esigenze del committente*, cit., pp. 219-220, laddove si afferma che la programmazione consente di «intraprendere attività che siano coerenti sia con i propri bisogni che con i mezzi finanziari disponibili».

Osservata dal punto di vista della sua funzione "pianificatoria", la programmazione non si risolve quindi nella sola predisposizione del «quadro completo dei propri bisogni e delle proprie esigenze»[172], ma si presenta quale momento strategico di governo della molteplicità degli interessi variamente coinvolti nelle (singolarmente o sinergicamente considerate) operazioni di acquisto: non è un caso che la dottrina abbia individuato nella fase di programmazione il luogo elettivo per la predeterminazione degli «obiettivi ambientali, sociali, di favore all'innovazione e della promozione delle MicroPMI» da perseguire in concreto[173].

Sotto questo profilo, peraltro, la rilevanza della programmazione non è smentita dalle dinamiche centripete di cui si è detto (*supra* par. 4). Vero è che la centralizzazione degli acquisti comporta una «compressione dell'autonomia delle singole amministrazioni»[174], e quindi una formale derubricazione della discrezionalità strategica delle stesse[175], che appare oggi primariamente riallocata in capo alle centrali di committenza; ed è altresì vero che si va così marcando un avvicendamento – stigmatizzabile in un moto che va dalla "discre-

---

[172] Ivi, p. 219.

[173] L. Gili, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa*, cit., p. 29; Id., *Discrezionalità amministrativa e nuova offerta economicamente più vantaggiosa*, cit., pp. 213-221. Peraltro, che la scelta di finalizzare il contratto agli interessi ambientali e sociali debba essere doverosamente assunta già nella fase di programmazione è constatazione che affonda le proprie radici nella centralità del criterio del rapporto qualità/prezzo, tenuto conto che la selezione di quel criterio e la determinazione dei *sub*-criteri e relativi punteggi «si sviluppano nel corso della vita iniziale dell'appalto, dalla programmazione alla predisposizione della documentazione di gara» (cfr. le Linee guida n. 2 dell'Anac). Per una lettura «in chiave funzionale» della programmazione negli appalti di opere pubbliche cfr. S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., p. 209 ss.

[174] B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, cit., p. 616.

[175] Sul punto cfr. F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumenti di accentramento*, cit., p. 383: «[o]ccorre ribadire che le amministrazioni (si pensi agli enti locali) usano i contratti come strumenti per gestire gli interessi pubblici e ai fini del rafforzamento del consenso, mentre i soggetti aggregatori sono entità prive di analoga legittimazione politica diretta e di un ancoraggio alla comunità locale. Il loro ruolo dovrebbe dunque essere esclusivamente tecnico, senza potersi allargare fino a definire elementi relativi alla strategia complessiva. Talora si ha invece l'impressione che il ruolo di alcune centrali regionali sporga sull'area istituzionale dell'ente, implicando con scelte di pertinenza delle stesse: tutto ciò potrebbe creare tensioni e 'irritazioni'».

zionalità al plurale" (*i.e.* di tutte le amministrazioni contraenti) alla "discrezionalità al singolare" (*i.e.* della centrale di committenza di riferimento) – il cui esito potrebbe finanche essere positivo, tenuto conto che la centralizzazione degli acquisti, garantendo economie di scala, dovrebbe al contempo rappresentare una occasione di governo, per l'appunto, sinergico degli acquisti, assecondando la visione strategica dell'appalto pubblico. Tuttavia, in questo rinnovato assetto, la funzione programmatoria delle amministrazioni permane e con essa, stante la formalizzazione del collegamento tra programmazione e centralizzazione delle committenze[176], persiste la capacità dell'ente di partecipare, secondo una logica *bottom-up*, alla promozione delle *secondary policies*.

Ciò precisato, rimane da evidenziare che nella prospettiva della gradualità della individuazione dell'interesse pubblico in concreto, dirimente è infine il momento di adozione della determina a contrarre, ovvero dell'atto «cerniera»[177], che costituisce, per l'appunto, «uno dei momenti più significativi dell'intera procedura della evidenza pubblica», giacché di questa «vale a predeterminare gli scopi»[178]. Ed anzi, proprio alla luce di questo suo contenuto tipico – la normativa extracodicistica è chiara nel disporre l'obbligatorietà dell'indicazione del «fine che con il contratto si intende perseguire»

---

[176] Nell'ordine, cfr.: *i)* l'art. 2, d.P.C.M. 14 novembre 2014, che chiama il Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori alla «raccolta dei dati relativi alla previsione dei fabbisogni di acquisto di beni e di servizi delle amministrazioni»; *ii)* l'art. 21, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, ove è previsto che l'elenco delle acquisizioni di forniture e servizi di importo superiore al milione di euro che le amministrazioni pubbliche prevedono di inserire nella programmazione biennale sia comunicato al Tavolo tecnico, affinché questo assolva allo «svolgimento dei compiti e delle attività ad esso attribuiti»; *iii)* l'art. 6, comma 9, del decreto del Mit del 16 gennaio 2018, n. 14, laddove dispone che nell'atto di programmazione siano contenute «adeguate indicazioni» non solo in ordine alla quantificazione economica degli importi, ma anche in relazione «alle caratteristiche tipologiche, funzionali e tecnologiche delle acquisizioni da realizzare». Il collegamento tra programmazione e centralizzazione delle committenze è correttamente enfatizzato da B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, cit., p. 617.

[177] R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., p. 401. L'espressione richiama l'«anello di congiunzione tra la dimensione "interna" e quella "esterna" del procedimento di appalto» a cui fanno riferimento M.R. Spasiano, M. Calabrò, *Dall'individuazione delle esigenze del committente*, cit., p. 243.

[178] A. Massera, *I contratti*, cit., p. 1577.

(art. 192, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 267/2000) –, la determina a contrarre fornisce la prova più emblematica del fatto che l'interesse a cui è funzionalizzata l'intera operazione economica è concretamente definito dall'amministrazione.

Ebbene, per quanto si è potuto osservare, le fasi nevralgiche[179] sinora considerate rappresentano certamente il luogo ideale e tipico in cui concretizzare, ancorché in senso ancora ampio (*i.e.* politico-strategico[180]), lo scopo della commessa.

Ciò che però non deve essere trascurato è che la determinazione dell'interesse pubblico in concreto e l'individuazione dei modi migliori per soddisfarlo vanno colte nella loro continuità, ovvero vanno collocate in un *circolo virtuoso* ove la visione strategica guida la soluzione tecnica – a partire dalla progettazione, che è chiamata a dare una prima "concretizzazione tecnica"[181] alla veste "politica" dell'interesse pubblico previamente definito[182] – e al contempo e di

---

[179] Così, G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, cit., p. 185.

[180] Sull'ampiezza della discrezionalità nella fase programmatoria, cfr. F. Pellizzer, *La programmazione e la progettazione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 243 ss., spec. 250, e S. Villamena, sub *Art. 21*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 144 ss., spec. 145.

[181] In riferimento alla natura dell'attività di progettazione nell'ambito dei lavori pubblici e, più in particolare, della progettazione preliminare (oggi sostituita da quella di fattibilità tecnico-economica), cfr. M.R. Spasiano, M. Calabrò, *Dall'individuazione delle esigenze del committente*, cit., p. 265. Per gli Aa., poiché il progettista non «non svolge una funzione amministrativa, bensì un servizio, l'individuazione della soluzione, tra le diverse potenzialmente praticabili, deve rispondere a ragioni di ordine puramente tecnico e non di tipo discrezionale». Come ricordano gli Aa., però, gli spazi della discrezionalità si espandono in sede di approvazione dei progetti, giacché «la natura e la funzione dell'approvazione risultano con evidenza appartenenti all'ambito della attività amministrativa e non a quella tecnica» (279). Più in generale, sulla «veste multiforme» della «discrezionalità programmatoria» cfr. R. Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit., p. 680. Proprio con riferimento alla fase prodromica alla gara, l'A. afferma che in un primo momento l'amministrazione è chiamata a determinare i «bisogni della collettività» e ad individuare «i lavori che ritiene funzionali al soddisfacimento degli stessi», mentre nella fase successiva, l'amministrazione deve elaborare gli studi di fattibilità, «sulla base di valutazioni tecniche, finanziarie, economiche, sociali e giuridiche, ricorrendo a una discrezionalità di tipo tecnico per predisporre gli strumenti attuativi vincolati rispetto alla scelta effettuata» (676).

[182] Correttamente, G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., p. 185, osserva che la programmazione e la progettazione nel loro insieme «do-

converso il momento operativo-tecnico riverbera i propri effetti su quello più propriamente strategico, che muterà quindi in più o in meno in ragione della fattibilità pratica dell'obiettivo[183].

Ora, non v'è dubbio che, se calato in questo contesto, l'interesse pubblico può essere compreso come il frutto di un dialogo; ma, per quanto si è sin qui detto, si tratta di un dialogo "a carattere oggettivo", un confronto tra interessi e fatti (non tra soggetti), la cui circolarità si consuma nel pre-gara per mano dell'intervento *solitario* dell'amministrazione[184]. Un aspetto, questo, che è piuttosto critico, perché è risaputo che, sullo sfondo della predeterminazione unilaterale, la compiutezza del regolamento contrattuale è spesse volte un mero «auspicio»: nella prassi, si è infatti detto, emerge «come non di rado una delle due parti sia fin dall'inizio "interessata" alla rinegoziazione del contratto», così finendo per «scaricare sulla fase dell'esecuzione i problemi» non risolti a monte delle (e nelle) procedure di aggiudicazione[185].

---

vrebbero assicurare razionalità, chiarezza e coerenza all'intero percorso negoziale». Come ricorda l'A., il punto è enfatizzato anche dal Consiglio di Stato che, in sede di parere sullo schema di regolamento del MIT «Recante procedure e schemi tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali», ha qualificato la programmazione e la progettazione alla stregua di un «processo che, attraverso aggiustamenti progressivi, deve portare, guidando e responsabilizzando l'amministrazione, a raggiungere maggiori ed elevati livelli qualitativi e quantitativi nella cura dell'interesse pubblico». Si v. anche le «Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture», assunte dall'ANAC con la determina del 6 novembre 2013, n. 5, ove si legge che la programmazione e la progettazione «appaiono funzionali a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, migliorando le *chance* di un'efficiente gestione dello stesso, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione».

[183] Questa circolarità, se non si erra, è ben espressa da F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., pp. 328-329, laddove afferma che l'interesse pubblico concreto è «quello che può cogliersi nella vicenda storica in quanto trova origine nei fatti, e che la conoscenza degli stessi fatti concorre a definire».

[184] Fatta salva l'esternalizzazione della progettazione dei lavori pubblici, siccome regolata dall'art. 23, comma 2, e dagli artt. 24 e 152 ss., d.lgs. n. 50/2016.

[185] H. SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi… Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2015, 12, p. 1252 ss., spec. 1262. Nello stesso senso si è espresso F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, cit., pp. 126-127. Sull'incompletezza del regolamento contrattuale è imprescindibile il rinvio a M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., p. 293 ss., e ID., *Risorse decisio-*

È quindi la partecipazione (*i.e.* il dialogo "tra soggetti") il grande assente nel quadro sinora raffigurato, e a livello "storico" se ne può afferrare con agilità la duplice ragione. Da un lato, la pregiudiziale (e preconcetta) lettura dell'art. 13, l. n. 241/1990, capace *ex se* di estromettere il momento partecipativo dal pre-gara; dall'altro lato, la tradizionale preminenza accordata alla tutela degli interessi normativi di segno negativo (la "congenita" prudenza dinanzi al rischio del malaffare e la "derivata" attenzione per l'effettività della *par condicio*), idealmente incompatibile con la valorizzazione delle dinamiche collaborative nel pre-gara ed in sede di gara[186]. Ragioni, certo, storicamente inconfutabili ma, si badi, oramai trascorse, laddove è infatti chiaro ed altrettanto indubbio come oggi, forte della marcata centralità (e complessità) assunta dall'interesse pubblico amministrativo, la disciplina normativa riservi alla partecipazione in chiave collaborativa un ruolo di primissimo piano.

6. *Dalla predeterminazione amministrativa alla determinazione partecipata: il dibattito pubblico, le consultazioni preliminari e la negoziazione in sede di gara*

A fronte della summenzionata complessità dell'opera edificatoria dell'interesse pubblico in concreto – complessità attinente tanto al momento della concretizzazione *lato sensu* politica del fine quanto al piano della sua fattibilità tecnica – va positivamente salutata la sostanziale presa d'atto da parte del legislatore circa l'irrinunciabilità degli apporti collaborativi esterni, sulla cui rilevanza, su di un piano più generale, si è già ampiamente argomentato (*supra* par. 3, cap. I).

---

nali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali, in *Dir. amm.*, 2020, 1, p. 35 ss., spec. 60 ss.

[186] Sulla spersonalizzazione delle scelte contrattuali della pubblica amministrazione, come *escamotage* per prevenire «ogni possibile manipolazione a favore di chicchessia», e da cui «sono dunque nati alcuni miti costituzionali come l'*imparzialità* e il *buon andamento*», si v. F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 2, p. 1469 ss., spec. 1474-1475.

Il principio finalistico della massima partecipazione lambisce solo in minima parte i termini del problema. Certo, la tradizione insegna che il *favor partecipationis* implica per l'amministrazione una maggiore convenienza quanto ad economicità e a qualità dell'acquisto[187]; eppure, questa spiegazione coglie solo un profilo della funzione svolta dalla partecipazione.

Pressoché unitaria nel formalismo procedurale – mirabilmente compendiato in quella sorta di «matrimonio per corrispondenza»[188] –, la funzione della partecipazione assume contorni molto più sfumati nei più recenti interventi normativi: è essenzialmente plurima, plurime essendo le forme partecipative.

Il mutamento riflette, come noto, il percorso di revisione delle logiche sottese all'evidenza pubblica, *pendant* delle metamorfosi, in senso valoriale, dei fini perseguiti dalla normativa di riferimento.

Poiché la letteratura in tema (i c.d. «*cahiers de doléances*»[189]) è tanto vasta quanto è risalente l'origine della disciplina dei contratti pubblici, si può soprassedere dal ripercorrere il compendio degli eventi che hanno caratterizzato le diverse stagioni di riforma. Ragioni di sintesi consigliano pertanto di illustrare quella transizione (affatto lineare e non ancora conclusa) ricorrendo alla consueta rappresentazione di una duplice sequenza che va dall'automatismo alla

---

[187] Cfr. Tar Campania, Salerno, sez. I, 12 luglio 2018, n. 1071, secondo cui «la normativa vigente costituisce e, pertanto, deve essere correttamente intesa come espressione della volontà del legislatore di perseguire non più soltanto l'esigenza del controllo della spesa pubblica per il migliore utilizzo del danaro della collettività (c.d. "concezione contabilistica", tipica del R.D. 23 maggio 1924, n. 827), bensì anche l'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile per la salvaguardia dell'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, nell'interesse stesso dell'amministrazione ad acquisire, in virtù di una consistente partecipazione delle imprese alle procedure ad evidenza pubblica, l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica».

[188] G. Napolitano, *Il principio di contrattualità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 551 ss., spec. 556-557; Id., *La logica del diritto amministrativo*, cit., p. 316 ss.

[189] F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., p. 319.

flessibilità[190] e dalla incomunicabilità al dialogo[191]; sequenza, quella, che riflette il corrente avvicendamento tra una *normativa garante* dei limiti negativi ed una *normativa servente* l'ideazione e la realizzazione del fine amministrativo.

È quindi sotto la lente del rinnovato interesse per il risultato della commessa pubblica che la lettura delle forme partecipative può essere più utilmente compresa; e, difatti, flessibilità e dialogo sono espressioni sintetiche di un diverso *modus agendi*, non più improntato all'unilateralità, ma alla *collaborazione* tra pubblico e privato.

Questa premessa tradisce certamente la funzione di garanzia che la partecipazione talvolta esplica nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica: nel soccorso istruttorio, nel *self-cleaning* e, più in particolare, nelle vicende dell'offerta anomala[192] è indubbia, infatti, la primarietà del momento antagonistico e difensivo. Ammettere che nel dialogo tra stazione appaltante e privato si consumi sempre e comunque un episodio di collaborazione per un fine unitario sarebbe pertanto una conclusione inesatta: il dialogo è una regola modale ed in quanto tale risponde a logiche differenti, riflettendo la funzione che è propria del procedimento o del sub-procedimento in cui si inscrive[193].

---

[190] Su cui fondamentale è il rinvio agli studi di G.D. Comporti, tra cui *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., *passim*, e *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, cit., *passim*. A tal riguardo rimane centrale l'affermazione di S. Perongini, *Le gare preliminari alla trattativa privata*, cit., pp. 146-147: «[l]o sviluppo della funzione di governo impone l'uso di un procedimento di tipo diverso da quello tradizionale, capace – rispettando, pur sempre i principi di giustizialità e di imparzialità dell'azione amministrativa – di assicurare l'elasticità, l'efficienza ed il buon andamento di questa. Si afferma la necessità di una struttura procedimentale elastica, capace della massima celerità, adattabile alle esigenze del caso concreto, sensibile alle più diverse sollecitazioni sociali, svincolata da rigorismi formali, né resa da questi lenta nel suo incedere».

[191] Movimento, quello, ben colto nel recente studio monografico di F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, cit., *passim*.

[192] Su cui, per tutti, si v. F. Cardarelli, *Offerte anormalmente basse*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Torino, Utet, 2017, p. 1299 ss.

[193] Ha quindi sicuramente ragione S. Torricelli, *Il principio di buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'amministrazione) di informarsi*, in *Munus*, 2020, 3, p. 477 ss., quando afferma che collaborazione e garanzia «non sono premesse neutre, né sul piano teorico, né sul

Ciononostante, gli spazi della collaborazione non sono angusti. Tutt'altro: preesistono alla gara, la modellano nell'*an* e nel *quid* (dibattito pubblico e consultazioni preliminari) e la informano nel suo farsi (procedure *lato sensu* negoziate). Talvolta, ovvero nei casi di dibattito pubblico, la collaborazione "doppia" la funzione di garanzia, rilegando quest'ultima a mera *ratio* introduttiva del procedimento; talaltra, ovvero nelle consultazioni preliminari e nelle procedure negoziate, la funzione collaborativa esaurisce in sé il ruolo della partecipazione dell'operatore economico.

Un'analisi più accorta, ancorché necessariamente sintetica, degli istituti ora citati può fornire più di una prova circa l'ingresso delle dinamiche collaborative nelle vicende contrattuali dell'appalto pubblico[194].

Anzitutto, a venire in rilievo è il dibattito pubblico, siccome previsto dall'art. 22, d.lgs. n. 50/2016, e regolato nel dettaglio dal

---

piano delle ricadute applicative: partire dalla prima premessa porta ad accentuare il profilo degli obblighi del privato rispetto al compito di soddisfare l'interesse pubblico; partire dalla seconda premessa porta a centrare l'attenzione sull'aspetto delle garanzie del privato contro chi tende a realizzare un interesse altro rispetto al proprio (che sia pubblico, nella sua prospettiva, è aspetto del tutto trascurabile)».

[194] Ancorché rappresenti il massimo livello della collaborazione, perché «fondato sul "fare insieme"» (M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 55 ss., spec. 57), fuoriesce dall'oggetto della presente analisi il tema del partenariato pubblico-privato, tenuto conto che, secondo una parte della dottrina, i contratti di appalto «paiono già a prima considerazione estranei alla nozione di PPP. Infatti, a base di questi contratti non esiste alcuna comune volontà collaborativa di realizzare una comune iniziativa. Il contratto cristallizza gli opposti interessi delle due parti, che rimangono sostanzialmente diversi anche nel corso dell'esecuzione e fino alla definitiva estinzione del rapporto. Il privato non finanzia l'oggetto del contratto, se non in circostanze del tutto particolari ed eventualmente sempre per una parte. Il rischio per il privato, come in tutti i contratti del genere, è solo per il c.d. "rischio operativo"; mancano in genere altri rischi, come il rischio di disponibilità. La programmazione, l'attivazione delle relative procedure e la loro gestione è esclusiva competenza delle pubbliche amministrazioni stazioni appaltanti» (M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituzioni nazionali e operatività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 3 ss., spec. 8). Per un recente studio del partenariato pubblico-privato, che muove proprio dalla collaborazione come «paradigma di sistema», cfr. G. Mulazzani, *La collaborazione pubblico-privato e la sussidiarietà orizzontale da principio a modello efficace per lo sviluppo*, Bari, Cacucci, 2020.

d.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76, «Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico»[195].

Si ricorderà del deficit partecipativo lasciato dall'art. 13, l. n. 241/1990, nei procedimenti volti all'adozione degli atti amministrativi generali, ovvero in quei procedimenti in cui sono assunte le scelte di base e rispetto ai quali i successivi svolgimenti per l'adozione dei provvedimenti puntuali si pongono come momenti meramente esecutivi di un disegno altrove prefigurato. Un deficit, si è peraltro detto, temperato dal rinvio alla normativa settoriale e motivato da ragioni di differenziazione e di adeguatezza rispetto alle specifiche esigenze sottese a ciascun particolare procedimento (*supra* par. 3.1., cap. I).

Ebbene, derivato dal *débat public* francese[196], previsto in oramai ampiamente note legislazioni regionali[197], e, quindi, recepito con alcune, ma importanti, differenze dal legislatore nazionale, il dibattito pubblico rappresenta lo strumento partecipativo "differenziato" che, nel settore dei lavori pubblici, è chiamato per l'appunto a «colmare lo spazio lasciato vuoto dalla mancata formalizzazione di strumenti di inclusione dei privati nelle decisioni di interesse comune, avviando la costruzione di un'attitudine all'interazione tra i privati e le istituzioni»[198].

Ora, non v'è dubbio alcuno sulla matrice conflittuale dell'istituto[199]: è la conflittualità il problema attraverso cui leggere la *ratio* ed

---

[195] Ampia ed esaustiva è l'analisi dell'istituto svolta da M. Atelli, *Dibattito pubblico*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit., p. 1157 ss.

[196] Tra i tanti che ricordano la derivazione d'oltralpe del dibattito pubblico, grande attenzione al tema è dedicata da G. Pepe, *Dibattito pubblico ed infrastrutture in una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 2019, 5, p. 1 ss., spec. 13 ss.

[197] Sul punto, cfr. G. Torelli, *Residenti e non residenti nel rapporto con le Istituzioni tra equiparazioni e disuguaglianze*, in *Le Regioni*, 2020, 6, p. 131 ss., spec. 139 ss.

[198] A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico*, in *Munus*, 2018, 1, p. 129 ss., spec. 142.

[199] L'opposizione infrastrutturale è tradizionalmente descritta secondo la progressione incrementale del dissenso: si va dai *Conflicts de proximité* (cfr. G. Sénécal, *Conflits de proximité et coopération: Une géographie des acteurs et des interactions sociales*, in *Cahiers de géographie du Québec*, 2005, vol. 49, n. 138, p. 277 ss., e P. Melé, *Conflits de proximité et dynamiques urbaines*, Rennes, Pur Editions, 2013), alla sindrome *Nimby* (*i.e. Not in My Back Yard*, su cui cfr. G. Man-

i limiti del dibattito pubblico, in particolare di quello *lato sensu* obbligatorio, comprensivo dell'ipotesi in cui debba essere obbligatoriamente attivato su richiesta dei soggetti legittimati ai sensi dell'art. 3, comma 3, d.P.C.M. n. 76/2018. Concepito come è in funzione delle soglie – che sono «di importo così elevato da finire per rendere, nella pratica, minimale il ricorso a tale istituto»[200] –, il dibattito pubblico è infatti eretto "sulle macerie" del dissenso ed in particolare di quello più ostile: è strumento di garanzia degli interessi della collettività nella misura in cui questi siano (presuntivamente o meno, poco importa) portatori di un potenziale ed aspro conflitto[201].

Tuttavia, il dibattito pubblico non può essere esaurito nelle sole dinamiche conflittuali. Da un lato, perché nei casi di dibattito pubblico facoltativo è una atipica «opportunità» a suggerirne l'indizione (art. 3, comma 4, d.P.C.M. n. 76/2018); dall'altro lato, perché, laddove rilevante, il conflitto è soltanto un elemento, un presupposto catalizzatore di un procedimento chiaramente ispirato a logiche collaborative[202].

FREDI, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome* nimby, in *Urb. app.*, 2018, 5, p. 604 ss.; R. OCCHILUPO, G. PALUMBO, P. SESTITO, *Le scelte di localizzazione delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, in F. BALASSONE, P. CASADIO (a cura di), *Le infrastrutture in Italia: Dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, Banca d'Italia Eurosistema, 2011, 7, p. 319 ss.; e L. TORCHIA, *Discussione*, ivi, p. 357 ss.), sino alla sindrome *Banana* (*i.e. Build Absolutely Nothing Anywhere Near Anything*, a cui fa riferimento M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 1, p. 37 ss., spec. 49).

[200] Cons. St., comm. spec., 12 febbraio 2018, n. 359.

[201] Da questo punto di vista, il dibattito pubblico pare essere primariamente un mezzo di legittimazione democratica del decisore pubblico (cfr. P. PATRITO, *Opere pubbliche e società civile: il dibattito pubblico*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1609 ss., spec. 1615) e solo *a latere* di democrazia partecipativa. Per un'ampia e autorevole lettura del dibattito pubblico come istituto della democrazia partecipativa, si v. U. ALLEGRETTI, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, p. 462 ss.

[202] Non a caso, l'art. 8, comma 2, d.P.C.M. n. 76/2020, articola lo svolgimento del dibattito in tre stadi: «incontri di informazione» (matrice del dissenso), «approfondimento, discussione e gestione dei conflitti» (emersione del dissenso) e «raccolta di proposte e posizioni da parte di cittadini, associazioni, istituzioni» (trasformazione del dissenso oppositivo in dissenso propositivo). Sul punto, peraltro, la dottrina pare convergere: il dibattito pubblico assolve ad una preminente funzione collaborativa, quantomeno nella misura in cui i contributi dei partecipanti siano utili ad «arricchire il quadro conoscitivo dell'amministrazione pubblica e migliorar-

Sullo sfondo teorico della "scindibilità" della funzione della partecipazione – garantistica, nella prospettiva soggettiva del partecipante, e collaborativa, dal punto di vista oggettivo degli apporti conoscitivi (*supra* par. 3, cap. I)[203] – quanto precede è tanto più comprensibile alla luce della collocazione del dibattito pubblico «nelle fasi iniziali di elaborazione di un progetto di un'opera o di un intervento», laddove cioè la partecipazione può «avere una effettiva influenza», giacché lì «tutte le alternative sono ancora praticabili»[204].

---

ne i processi decisionali» (V. Molanschi, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Prime riflessioni sul d.P.C.M. n. 76 del 2018*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 3, p. 386 ss., spec. 391-392). In tal senso, cfr. anche G. Torelli, *Residenti e non residenti nel rapporto con le Istituzioni*, cit., 136, e A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione*, cit., p. 138.

[203] Si condivide, pertanto, quanto affermato da A. Averardi, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 4, p. 1173 ss., spec. 1219, secondo il quale il dibattito pubblico «permetterebbe di utilizzare l'emersione del dissenso e del conflitto come una risorsa, adottando tratti di un metodo di decisione di natura incrementale – di tipo "*learning by doing*" […]».

[204] Così l'art. 6, comma 4, della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, Århus, Danimarca, 25 giugno 1998. Sul punto cfr. anche U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione*, cit., p. 469; V. Molanschi, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere*, cit., pp. 406 e 411; P. Vipiana, *La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del Codice degli appalti, tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi*, in *federalismi.it*, 2019, 2, p. 1 ss., spec. 19-20. Vero è però che la normativa non pare perspicua, considerato che all'art. 7, d.P.C.M. n. 76/2018, si prevede che il dibattito pubblico possa avere ad oggetto non solo «i contenuti […] del documento di fattibilità delle alternative progettuali», ma anche quelli del «progetto di fattibilità». Così disposta, la previsione deve essere necessariamente chiarita, perché, se il progetto di fattibilità individua, tra le alternative presenti, la soluzione preferita, avviare il dibattito dopo la sua approvazione significherebbe «aprire la discussione in una fase avanzata della progettazione, quando le alternative sono già state discusse, sono già stati sostenuti importanti costi per la predisposizione del progetto, ma soprattutto sono state prese le decisioni sull'*an*, sul *quid*, e sul *quomodo* dell'opera da realizzare» (V. Manzetti, *Il "dibattito pubblico" nel nuovo codice dei contratti*, in *federalismi.it*, 2018, 5, p. 1 ss., spec. 9; così anche, M. Atelli, *Dibattito pubblico*, cit., p. 1171). La criticità, che è densissima di implicazioni sul corretto funzionamento dell'istituto, può essere risolta muovendo dal dato normativo. Anzitutto, è bene porre l'accento sul fatto che, ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.P.C.M. n. 76/2018, ad essere eventualmente sottoposti al dibattito pubblico obbligatorio sono solo i «contenuti» del progetto di fattibilità tecnico-economica e non il progetto in quanto tale (*i.e.* approvato). Ma non solo. L'approvazione del progetto di fattibilità passa attraver-

Ancora una volta, però, è bene avvertire che altro è la collaborazione e altro è la codecisione (*supra* par. 3, cap. I). Vero è che il dibattito pubblico, per come è normato, si presenta alla stregua di una arena deliberativa[205], in cui amministrazione e società civile si confrontano ed interagiscono su di un piano di parità e sotto la regia di un soggetto pubblico neutrale (il coordinatore)[206]; eppure, l'amministrazione non dismette i panni del decisore.

Fermo restando il rilievo delle risultanze istruttorie, è infatti compito esclusivo dell'amministrazione quello di adottare il *dossier* conclusivo, ovvero il documento che «evidenzia la volontà o meno di realizzare l'intervento, le eventuali modifiche da apportare al progetto e le ragioni che hanno condotto a non accogliere eventuali proposte»[207]. Ma non solo. La configurazione codecisionale del di-

---

so la conferenza di servizi preliminare (art. 27, d.lgs. n. 50/2016, e art. 14, comma 3, l. n. 241/1990) e questa, come è dato desumere dall'art. 22, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, segue la conclusione del dibattito pubblico. Per queste ragioni, pare conclusione doverosa quella di affermare che l'oggetto del dibattito pubblico obbligatorio possa vertere o sulle sole alternative progettuali – secondo un modello *bottom up*, di matrice (si vedrà a breve perché) *quasi* codecisionale – o sulla soluzione ritenuta preferibile dall'amministrazione, ma non ancora formalizzata con l'approvazione del progetto (formula intermedia, di tipo spiccatamente collaborativo). Inoltre, tenuto conto che per espressa previsione dell'art. 5, comma 1, d.P.C.M. n. 76/2018, il dibattito pubblico "obbligatorio su richiesta" e quello facoltativo non possono svolgersi «oltre l'avvio della progettazione definitiva», la possibilità di indire il dibattito a seguito dell'approvazione del progetto di fattibilità tecnico-economica dovrebbe dirsi valevole solo per questi ultimi casi; il che avrebbe peraltro un certo senso logico: tanto per il dibattito pubblico "obbligatorio su richiesta" quanto per quello facoltativo, sarebbe garantito, seppur in misura minore, un dialogo, rispettivamente, ai richiedenti "tardivi" o all'amministrazione recalcitrante che si scopre disposta anche all'opzione "zero".

[205] Diffusamente sul tema, anche in connessione con l'istituto del dibattito pubblico, cfr. V. Molanschi, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018. Più in generale, si v. L. Bobbio, *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e Mercato*, 2005, 1, p. 67 ss.; Id., *Le arene deliberative*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2002, 3, p. 5 ss.; M. Cammelli, *Considerazioni minime in tema di arene deliberative*, in *Stato e Mercato*, 2005, 1, p. 89 ss.

[206] Esprime alcune perplessità sulla neutralità del coordinatore, il quale, infatti, agirebbe pur sempre «al servizio dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore», V. Molanschi, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere*, cit., p. 413.

[207] Pertanto, la decisione finale è e rimane una decisione unilaterale, ed anzi è più unilaterale di altre, tenuto conto che le ragioni del mancato accoglimento delle proposte dei privati non sono filtrate da alcun meccanismo più o meno rapporta-

battito pubblico risulta *a fortiori* sconfessata dall'art. 22, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, considerato che le osservazioni raccolte e gli esiti del dibattito pubblico – favorevoli o meno ad un certo assetto delineato dai portatori di interesse – sono poi assoggettati ad un ulteriore passaggio in sede di conferenza di servizi, dove per l'appunto non si dà "voce" ai partecipanti al dialogo, i quali dovranno affidare le speranze ai *dossier* previamente formati e alla volontà dell'amministrazione di esporre e perorare tesi magari non condivise[208]. Certo, si dirà che da quella previsione esca depotenziata anche la partecipazione collaborativa, la quale sarebbe tutelata e stimolata nel dibattito pubblico[209] – anche dal punto di vista economico, così da sventare, almeno formalmente, partecipazioni sterili (cioè non introduttive di progetti alternativi da parte) dei soggetti "deboli"[210] – per poi

---

bile al preavviso di rigetto. La ragione di questo *deficit* pare doversi rinvenire nella struttura flessibile e nella componente dialettica del dibattito pubblico: altrimenti a dirsi, le eventuali divergenze devono essere esplicitate e risolte al più nella fase che precede l'adozione della relazione conclusiva da parte del coordinatore.

[208] Cfr. F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, cit., pp. 80-81, il quale giustamente osserva che «la conferenza è, infatti, sede di comparazione di pubblici interessi, ciascuno dei quali presenta uno specifico tutore, e immaginare che, nel gioco dialettico di interessi e tutori, le risultanze della consultazione pubblica possano trovare facile sponda è dato quantomeno non dimostrabile a priori». Per M. Cardone, *Modelli di dialogo tra pubblico e privato nel settore dei contratti pubblici: il caso del dibattito pubblico*, in F. Liguori (a cura di), *I contratti delle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, Napoli, Cleup, 2019, l'intervento della conferenza di servizi implicherebbe l'entrata in scena dell'organo politico, così che l'istituto verrebbe distratto dalla sua *ratio* originaria. Cfr. anche A. Barone, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2018, 1, p. 2 ss., spec. 7; A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione*, cit., p. 141; V. Manzetti, *Il "dibattito pubblico" nel nuovo codice dei contratti*, cit., p. 28.

[209] *Contra*, P. Vipiana, *La disciplina del dibattito pubblico*, cit., p. 27, secondo la quale il d.P.C.M. n. 76/2018, «non [parrebbe prevedere] meccanismi che incentivino la partecipazione al dibattito pubblico, soprattutto dei cosiddetti soggetti deboli».

[210] Per U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione*, cit., pp. 471-472, infatti, l'art. 7, comma 1, lett. *e)*, d.P.C.M. n. 76/2018, e l'art. 23, comma 11, d.lgs. n. 50/2016, nel loro combinato disposto, vanno interpretati nel senso che devono essere posti a carico dell'amministrazione che indice il dibattito pubblico i «costi particolari di studio ed elaborazione legati alla prospettazione di osservazioni e […] alla redazione di progetti alternativi presentati dai partecipanti stessi attraverso loro esperti, spesso peraltro essenziali per argomentare i propri punti di vista e arricchire così utilmente il dibattito». Si tenga

essere pretermessa nelle fasi successive; tuttavia, a ben vedere, l'obbligo di motivare ogni passaggio che segue il dibattito pubblico[211] è già di per sé una garanzia della effettività della collaborazione (che vi è stata)[212].

---

conto peraltro che, come osservato da accorta dottrina, più la decisione da assumere in seno all'arena deliberativa è "macro" e più si fa incisiva e critica la partecipazione dei soggetti più "forti": «[nelle arene deliberative] l'eguaglianza [è] praticabile solo in ordine a micro-decisioni ad oggetto ed ambito fortemente delimitato. A decisioni, cioè, che identificano semi-automaticamente chi è interessato, che presuppongono conoscenze limitate ma dirette e che, per lo loro modesta entità, *non* intercettano interessi di maggiore rilievo. Quando si superasse questa soglia, infatti, i gruppi più forti non solo potrebbero fare valere le loro ragioni in modo molto efficace all'interno dell'arena ma probabilmente sarebbero in condizione di influenzare profondamente, dall'esterno […], la gran parte degli *altri* soggetti che vi partecipano» (M. Cammelli, *Considerazioni minime in tema di arene deliberative*, cit., p. 93). Avverte il problema del *deficit* di «capacità tecnico-economica […] dei privati cittadini, seppure organizzati in gruppi o comitati», A. Averardi, *Amministrare il conflitto*, cit., p. 1196. Ancorché nel campo della pianificazione urbanistica, si consideri quanto affermato da M. Dugato, *Sviluppo economico e semplificazione dei procedimenti urbanistici: l'eterna illusione*, in P. Stella Richter (a cura di), *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 33 ss.: «la partecipazione in urbanistica, pur assicurando un certo grado di coinvolgimento dell'interessato, è connotata da un'asimmetria, giacché l'elevato grado di tecnicismo delle osservazioni consente ai soli "soggetti forti" di avere voce».

[211] Cfr. R. Dipace, *Procedure di approvazione dei progetti e conferenza di servizi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit., p. 1353 ss., spec. 1370.

[212] D'altronde, la progressione tra collaborazione, unilateralità della decisione terminale (ma interinale) e coordinamento in sede di approvazione del progetto rappresenta una pressoché inevitabile ascensione verso l'attribuzione di responsabilità a soggetti che hanno pur sempre una, ancorché indiretta, legittimazione rappresentativa. A tal riguardo, si ricorda quanto sostenuto da S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., p. 15, il quale, con riferimento alla partecipazione che «diviene un surrogato della democrazia», si domanda come possa «un gruppo di privati (o, meglio, una somma di individui), per quanto ampio, prevalere rispetto ai funzionari pubblici, che rispondono, in ultima istanza, a chi rappresenta l'intera collettività». E, d'altronde, è stato acutamente osservato come «anche chi è a favore della democrazia partecipativa e deliberativa in genere ritiene che essa non possa sostituire la democrazia rappresentativa» (G. Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome* nimby, cit., 608; così anche, P. Patrito, *Opere pubbliche e società civile*, cit., p. 1616). Sotto questo profilo, sovviene quando affermato da U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione*, cit., p. 472, con riferimento alla «padronanza della *società* sulla sua vita», «una padronanza non totale perché deve lasciare all'Amministrazione un arbitraggio tra le sue variate e sempre più pregnanti esigenze, ma che la rende capace di alzare la sua voce su realtà che la riguardano e ne mutano non poco le condizioni di esistenza».

Ciò posto in relazione al dibattito pubblico, l'analisi del dato normativo consente di affermare che non sempre la partecipazione in chiave "assistenziale" origina da matrici conflittuali o comunque dalla rilevanza degli interessi portati dai partecipanti.

È il caso, per rimanere nel pre-gara, delle consultazioni preliminari di mercato, tramite le quali le amministrazioni aggiudicatrici possono «acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato […], o da parte di autorità indipendenti», «per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura […]» (art. 66, d.lgs. n. 50/2016, in recepimento dell'art. 40, dir. 2014/24/Ue).

Difatti, benché, sotto il profilo soggettivo dei partecipanti alle consultazioni, l'istituto possa essere collocato al confine tra la funzione consultiva – caratterizzata dalla neutralità del consulente[213] (è il caso degli apporti degli «esperti» resi non «nell'interesse di specifici operatori»[214]) – e quella collaborativa – alla quale non sfugge, se guardata dal punto di vista del partecipante, la rilevanza dell'interesse portato (è il caso degli apporti forniti dai «partecipanti al mercato» e dalle «autorità indipendenti»)[215] –, sotto il profilo oggettivo, le consultazioni preliminari di mercato si presentano come un luogo in cui, per dirla con Fabrizio Fracchia, «l'impulso soggettivo che anima la partecipazione»[216] non assume proprio alcun rilievo[217]. L'ordi-

---

[213] Su di un piano più generale cfr. A. Sandulli, *Il procedimento*, cit., p. 1137, per il quale l'attività consultiva consiste «in un apprezzamento strumentale e non condizionato dalla tutela di uno tra gli interessi compresenti». Per una recente valorizzazione della neutralità del consulente cfr. M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. econ.*, 2019, 3, p. 27 ss., spec. 32-36.

[214] Cfr. il par. 4.6., lett. *a)*, delle Linee guida n. 14 (recanti «Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato») adottate dall'Anac nel marzo 2019.

[215] Si consideri poi l'altra catalogazione, non necessariamente alternativa, offerta da F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, cit., p. 83: le consultazioni preliminari si qualificherebbero come «strumento istruttorio», laddove fornite da esperti e da amministrazioni indipendenti, e come «strumento pre-negoziale», nei casi in cui l'apporto sia dato da operatori economici potenzialmente interessati a concorrere in sede di gara.

[216] F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, cit., p. 43.

[217] Qualche dubbio in merito può forse porsi con riferimento alla partecipazione dei «portatori di interessi collettivi e diffusi», legittimati a prendere

namento non si premura affatto ed infatti di accordare una qualche tutela (*i.e.* garanzia) agli interessi privati o pubblici sottesi all'intervento collaborativo: come si è correttamente osservato in dottrina, è «proprio […] la mancanza di posizioni qualificate in capo al prepartecipante» a far sì che l'amministrazione banditrice «non [sia] in alcun modo vincolata ad avvalersi delle "consulenze, relazioni o altra documentazione" da lui predisposta»[218], né a motivare la mancata rispondenza del bando di gara al contenuto degli apporti[219].

Differentemente dal dibattito pubblico, quindi, nelle consultazioni preliminari i partecipanti non introducono *formalmente* alcun interesse (di parte) di cui l'amministrazione debba farsi "positivamente" carico[220]. Collocato nella fase di *back office*, ovvero in quella fase in

---

parte alle consultazioni preliminari dal par. 3.8., delle citate Linee guida Anac n. 14.

[218] C. Lamberti, *Consultazioni preliminari di mercato, partecipazione precedente di candidati o offerenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit., p. 209 ss., spec. 222; così anche P. Lazzara, V. Viti, sub *Art. 66. Consultazioni preliminari di mercato*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., p. 647 ss., spec. 653, i quali rimarcano l'assenza di «alcun tipo di aspettativa in capo ai partecipanti», considerato che l'amministrazione non è tenuta «in alcun modo ad utilizzare gli apporti dei soggetti consultati nella procedura di gara avviata a valle».

[219] Vero è che in dottrina è stato affermato il dovere dell'amministrazione di «dare atto dell'avvenuta consultazione e degli esiti cui essa ha condotto nell'atto di determina a contrarre» (P. Lazzara, V. Viti, sub *Art. 66. Consultazioni preliminari di mercato*, cit., p. 653), ma ciò pare implicare solo un obbligo funzionale a chiarire, anche in raccordo con la disciplina pro-concorrenziale di cui all'art. 67, d.lgs. n. 50/2016, se alcune delle previsioni degli atti di gara siano o meno il frutto del recepimento delle osservazioni prodotte da operatori economici potenzialmente interessati a partecipare nella successiva competizione. Eguali considerazioni possono essere riservate a quanto disposto dal par. 4.1. delle citate Linee guida Anac n. 14, laddove il rinvio al principio di «trasparenza» nell'uso dei contributi ricevuti pare essere strumentale alla sola tutela del principio (subito dopo richiamato) di «concorrenza».

[220] Tuttavia, quell'interesse non può rimanere privo di alcuna considerazione, tenuto conto, da un lato, che l'art. 67, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, prevede l'esclusione dell'operatore economico qualora il suo contributo gli possa garantire un vantaggio anti-concorrenziale e, dall'altro lato, che è inimmaginabile che il privato intenzionato a partecipare alle consultazioni preliminari e poi alla successiva (ed eventuale) commessa fornisca contributi disinteressati rispetto al suo interesse alla gara o finanche a sé sfavorevoli. Il che significa che l'amministrazione, benché non possa valutare positivamente quell'interesse, non deve però neppure lederlo. Nell'ambito di un rapporto correttamente definito come «pre-negoziale» (F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, cit., pp. 83 e 85 ss.), le soluzioni apprestate non possono che discendere dal dovere bilaterale di buona fede. L'amministrazione dovrà, *inter alia*, porre quesiti che non

cui «l'amministrazione 'sa di non sapere abbastanza'»[221], l'istituto e la connessa partecipazione assolvono quindi esclusivamente alla funzione di garantire alla amministrazione una maggiore consapevolezza dei propri bisogni e una maggiore conoscenza tecnica dei modi per farvi fronte, nella triplice prospettiva, che poi è unitaria alla luce dell'interesse pubblico in concreto, di soddisfare l'esigenza di base, di sfruttare al meglio il ruolo strategico dell'appalto[222] e di promuovere la massima partecipazione[223], (ri)calibrando, se del caso, anche i propri obiettivi[224] alla luce delle risultanze tecniche apprese[225].

---

comportino un rischio di cattura del privato, specificando l'uso che sarà fatto dei contributi, ovvero se saranno destinati alla preparazione dell'appalto o al suo svolgimento (ivi, p. 86). Il privato, a sua volta, oltre a prestare attenzione a «non […] anticipare specifiche quotazioni afferenti al prodotto/servizio/opera oggetto della consultazione che abbiano l'effetto di alterare il regolare sviluppo competitivo della successiva fase di selezione», dovrà fornire all'amministrazione tutte quelle informazioni utili «a riconoscere la [sua] posizione […] nel mercato e la [sua] competenza […] nel campo di attività di cui alla consultazione» (cfr. i parr. 3.4. e 3.12. delle citate Linee guida Anac n. 14). E alla bilateralità dei doveri corrisponde una bilateralità dei rischi, ben colta dall'Anac: l'uno, ovvero l'esclusione, in capo al privato che abbia «intenzionalmente influenzato l'esito dell'indagine di mercato»; l'altro, ovvero l'annullamento in via officiosa o giudiziale della procedura, in capo all'amministrazione che, nonostante le informazioni cautelativamente fornite dal privato, abbia operato «scelte errate» distorsive della concorrenza (cfr. par. 5.4. delle citate Linee guida Anac n. 14). La previsione di circoscrivere l'esclusione del privato al solo caso delle distorsioni intenzionali della competizione consente peraltro di risolvere la criticità giustamente avvertita da F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, cit., p. 85, secondo il quale, di regola, all'esito delle consultazioni preliminari «l'ostacolo per la concorrenza arriv[a] dalla stessa pubblica amministrazione».

[221] E. Boscolo, *Consultazioni preliminari di mercato e possibili limitazioni alla concorrenza*, in *Giur. it.*, 2020, 1, p. 166 ss., spec. 170, il quale, peraltro, traendo spunto dal dispositivo della sentenza del Cons. St., sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302, avverte del concretissimo rischio delle «trappole cognitive» (p. 170), ricorrenti laddove l'amministrazione limiti «lo spettro di analisi» sottoponendo al mercato «un proprio *frame* interpretativo espressivo di una raffigurazione unilaterale di quel mercato e delle sue dinamiche» (p. 166).

[222] C. Lamberti, *Consultazioni preliminari di mercato*, cit., p. 217.

[223] Nelle consultazioni preliminari, infatti, l'amministrazione è anche tenuta a raccogliere quelle informazioni utili per comprendere se, per come è immaginato l'obiettivo, vi sia un mercato di riferimento sufficientemente ampio (cfr. P. Lazzara, V. Viti, sub *Art. 66. Consultazioni preliminari di mercato*, cit., p. 652).

[224] Cfr. C. Guiccione, *Le consultazioni preliminari di mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 1, p. 109 ss., spec. 111, nonché le citate Linee guida Anac n. 14, pt. 1, par. 1.2.

[225] Vale poi la pena ripetere che anche sotto questo profilo emerge la chiara (e per certi versi scontata) corrispondenza tra esigenze e modo di soddisfarle. Come

Ebbene, è in questa prospettiva, e cioè nell'ottica della più marcata e oggettiva collaborazione, che il dialogo in sede di gara può essere colto come elemento di chiusura del sistema.

Come noto, la normativa più recente ha manifestato un chiaro *favor* per le procedure negoziate[226], marcando una decisa inversione di tendenza rispetto alle storiche resistenze normative, tipiche di un approccio legislativo più attento alla garanzia dei limiti negativi – contenimento della spesa pubblica (assistito da una ideologica presunzione[227] a che la bontà della soluzione contrattuale dipendesse dall'applicazione dei meccanismi automatizzati[228]), contrasto dei fenomeni corruttivi[229] e tutela della concorrenza[230] – che premuroso rispetto alle pretese conoscitive utili alla ideazione e alla concretizzazione del fine da perseguire.

Quel *favor*, già emblematicamente dichiarato nel considerando n. 42, dir. 2014/24/Ue – «è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione» –, è sta-

---

osserva, infatti, C. Lamberti, *Consultazioni preliminari di mercato*, cit., p. 210, le consultazioni preliminari sono utili strumenti per definire un miglior quadro di riferimento per le future offerte, affinché «la gara renda un risultato quanto più possibile vicino a quello prefigurato dall'amministrazione». Così anche C. Guiccione, *Le consultazioni preliminari di mercato*, cit., p. 111.

[226] Cfr., *inter alia*, L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti*, p. 298 ss., e S. D'Ancona, *Elementi nuovi di flessibilità nelle procedure di scelta del contraente*, in M. Cafagno, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, Milano-Udine, Mimesis, 2019, p. 205 ss.

[227] Così A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 174.

[228] Cfr. F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., p. 325.

[229] Non a caso, anche la dottrina che sconfessava la capacità taumaturgia dell'asta pubblica – «l'incanto od aggiudicazione all'asta», si è infatti detto, «impedisce che la capacità, l'onestà e solvibilità del privato contraente siano completamente vagliate dal prudente apprezzamento discrezionale dell'amministrazione pubblica, in guisa che è discutibile se i pregi superino gli svantaggi del sistema» – di quella ne riconosceva poi i benefici sul piano della liceità: «l'incanto», si aggiungeva, «pone l'amministrazione pubblica al riparo dalla collusione dei funzionari con i privati e, in ogni caso, libera i primi dai sospetti di cui altrimenti potrebbero esser colpiti» (C. Vitta, *Diritto amministrativo*, I, Torino, Utet, 1948, p. 315).

[230] Come rilevato da G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, cit., p. 13, infatti, la prima disciplina europea degli anni '70, aveva determinato «un ulteriore irrigidimento delle procedure».

to infatti tradotto in quella che può a tutti gli effetti essere descritta come una transizione dal regime della "specialità" a quello della "ordinarietà"[231].

La nuova normativa, infatti, non solo ha fornito «un ampio menu tra cui scegliere la procedura di gara più adeguata» – si veda l'introduzione del partenariato per l'innovazione – ma ha altresì "normalizzato" il ricorso alle procedure *lato sensu* negoziate, così restituendo «alle stazioni appaltanti un "potere di scelta discrezionale" che la passata legislazione sui lavori pubblici ha sempre cercato di limitare»[232]. Vanno in questo senso: *i)* la possibilità di far

[231] Per P. Malanetto, *Procedure di scelta per il contraente*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, NelDiritto Editore, 2016, pp. 428-429, la prospettiva è quella di «traghettare […] le procedure verso ipotesi pressoché ordinarie, per le quali appare oramai difficilmente applicabile la tradizionale giurisprudenza che predicava l'interpretazione restrittiva delle fattispecie legittimanti».

[232] R. De Nictolis, *Le procedure di scelta del contraente*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016. Sul punto risulta assolutamente condivisibile il collegamento operato da A. Barone, R. Dagostino, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, cit., pp. 277-278, tra il momento della discrezionalità e il carattere di adeguatezza della scelta operata: «[s]i desume pertanto che la normativa europea individui nell'adeguatezza, oltre che nella conformità alle disposizioni normative, il criterio cui le amministrazioni dovranno attenersi nell'esercizio del discrezionale potere di scelta della procedura di affidamento. Il requisito dell'adeguatezza della procedura implica una valutazione di idoneità della medesima in relazione all'oggetto del contratto che s'intende stipulare, e, dunque, in relazione agli obiettivi e finalità che l'amministrazione pubblica deve perseguire, in relazione ai mezzi (economici) di cui la stessa dispone». Ad ogni modo, lo scollamento tra il dato normativo e la prassi amministrativa è amplissimo: l'*imprinting* non vi è stato. Di ciò è facile rendersene conto analizzando due relazioni annuali elaborate in tempi recenti dall'Anac (*Relazione annuale 2018*, Roma, Camera dei Deputati, 6 giugno 2019, 165-166, e *Relazione annuale 2019*, Roma, Camera dei Deputati, 2 luglio 2020, 161). Se nel 2019, l'Autorità rilevava il mancato aumento delle procedure *lato sensu* negoziate – «in seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice, non si è registrato un innalzamento del numero di affidamenti aggiudicati mediante ricorso al dialogo competitivo o alla procedura competitiva con negoziazione, come invece ci si poteva aspettare, quale conseguenza del *favor* manifestato dal legislatore, con l'ampliamento dell'ambito di applicazione di detti istituti» – e quantificava, rispettivamente, in cinquantaquattro unità il numero di dialoghi competitivi banditi (dal 2008) ed in quattro quello delle procedure competitive con negoziazione bandite (dal 2016), nel 2020, l'Autorità molto più laconicamente ha stimato una decrescita del 37% del ricorso alle procedure competitive con negoziazione, pretermettendo qualsiasi riferimento al dialogo competitivo e al partenariato per l'innovazione. Insomma, superata la riluttanza del legislatore, permane il pa-

ricorso alla procedura competitiva con negoziazione senza motivare la relativa scelta[233]; *ii)* l'ampliamento[234], lo "stemperamento"[235] e la generalizzazione dei presupposti legittimanti, ora richiamati indistintamente tanto per la procedura competitiva con negoziazione quanto per il dialogo competitivo; *iii)* la soppressione del requisito della particolare complessità del contratto, ovvero di quel

radigma dell'«amministrazione difensiva» (A. Sandulli, *Quali riforme per la pubblica amministrazione?*, in *Munus*, 2019, 3, p. III ss., spec. VII), quale risposta al timore della responsabilità erariale (timore, peraltro, più "percepito" che "reale", come dimostrato da G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 448, laddove ha rilevato che non vi sia affatto corrispondenza fra il "rischio reale" e quello "percepito" dall'agente pubblico: se il primo «assume una *entità minima*», il secondo invece «assume una *consistenza molto elevata*»). D'altronde, riprova sintomatica della "reticenza amministrativa" è data non solo dall'incremento del ricorso alle procedure aperte, ma anche dalla recente previsione, ancorché a valenza interinale, circa la limitazione della suddetta responsabilità ai casi di dolo, con esclusione, quindi, della colpa grave (art. 21, comma 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120).

[233] Essendo ciò confermato dal dato letterale dell'art. 62, d.lgs. n. 50/2016, che nulla dispone in tal senso, contrariamente a quanto previsto espressamente dagli artt. 63, 64 e 65 rispettivamente per la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, per il dialogo competitivo e per il partenariato per l'innovazione. *Contra*, D. Senzani, *L'evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. La selezione delle offerte*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 385 ss., spec. 403-404, per il quale dall'art. 32, comma 2, deve farsi derivare l'obbligo a dare evidenza delle «ragioni […] che consentano di fare ricorso alla procedura negoziata». Ad ogni modo, nella perdita di specialità della procedura competitiva con negoziazione trova soddisfazione l'auspicio formulato nel 2011 dalla Commissione europea a che fosse consentito «l'uso generalizzato della procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara» (Commissione Europea, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, 27 gennaio 2011, COM(2011) 15 def.).

[234] Cfr. C. Lacava, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, p. 1141 ss., spec. 1142; P. Patrito, *Il nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1, p. 335 ss., spec. 345; R. Morzenti Pellegrini, *Le procedure di scelta del contraente*, in C.E. Gallo (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 55 ss., spec. 64.

[235] La formulazione più generica dei presupposti legittimanti è rimarcata anche da C. Lamberti, S. Villamena, *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, in *Urb. e app.*, 2015, 8-9, p. 873 ss., 874, secondo cui «soprattutto per questa ragione si parla di sostegno a favore delle procedure negoziate nel nuovo scenario della disciplina europea».

limite che aveva reso del tutto residuale l'uso del dialogo competitivo[236].

La diversificazione degli istituti riflette peraltro le variazioni delle utilità ritraibili, che vanno, secondo una progressione incrementale, dal solo adeguamento delle offerte rispetto alle esigenze del committente (procedura competitiva con negoziazione) alla compensazione del *gap* informativo non colmato, o colmato solo in parte, prima dell'avvio della competizione (dialogo competitivo), sino alla copertura di un deficit del mercato con l'approntamento di soluzioni innovative (partenariato per l'innovazione[237]).

Variazioni, quelle, che a loro volta riflettono il diverso modo con cui l'amministrazione si rivolge al mercato. Comune è la consapevolezza sulla esigenza di base e sulla prima percezione di senso attorno al risultato che in concreto si vorrà perseguire[238]; diversificata è, invece, l'incapacità di prefigurare la soluzione idonea a soddisfarlo. Quella è minima nella procedura competitiva con negoziazione, laddove, ai sensi dell'art. 62, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, le amministrazioni per l'appunto «individuano l'oggetto dell'appalto», descrivendo le proprie esigenze, illustrando le caratteristiche della fornitura, del servizio o del lavoro e specificando i criteri di aggiudicazione. La mancanza di consapevolezza diviene poi maggiore nel dialogo competitivo, perché lì l'amministrazione «non riesce ad individuare neppure l'oggetto del contratto da aggiudicare»[239], essen-

---

[236] R. Dipace, sub *Art. 64 – Il dialogo competitivo*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, cit., p. 799 ss., spec. 801.

[237] Correttamente R. Invernizzi, *Dialogo competitivo*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit., p. 93 ss., spec. 104, osserva che l'obiettivo del partenariato per l'innovazione «va oltre (o meglio precede, mirando anzitutto allo sviluppo del *quid* da fare oggetto di acquisto) l'acquisto in sé considerato».

[238] Il punto merita di essere evidenziato perché il rinvio acritico agli apprezzamenti dottrinali temporalmente collocabili prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 spesse volte conduce ad affermare che il dialogo competitivo possa essere impiegato per identificare o quantificare i propri bisogni. In realtà, questa spiegazione è inesatta, perché rievoca una previsione dell'art. 58, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, che non è più recata dal d.lgs. n. 50/2016 (né *a fortiori* dalla dir. 2014/24/Ue).

[239] S. Vinti, *Il dialogo competitivo: troppo rigido nella fase creativa, poco regolato in quella comparativa*, in *Una nuova pubblica amministrazione*, cit., p. 136 ss., spec. 144. Per D.M. Traina, *Verso il recepimento delle direttive sugli appalti pubblici: il dialogo competitivo (e di alcuni problemi circa la competenza delle re-*

do infatti rimesso al dialogo con il privato il compito di individuare e definire i «mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità» (art. 64, comma 5). Infine, quell'incapacità è massima nel partenariato per l'innovazione, ove l'unica certezza che l'amministrazione può avere, a fianco delle proprie esigenze, è per l'appunto riferita alla assenza di «soluzioni già disponibili sul mercato» (art. 65, comma 1).

In definitiva, quindi, anche per la fase di gara la scelta legislativa è stata quella di valorizzare la partecipazione del privato in chiave collaborativa[240], al fine di incrementare il patrimonio conoscitivo dell'amministrazione in vista della migliore individuazione dell'interesse pubblico in concreto e del modo di apprestarne la più adeguata soddisfazione[241].

---

gioni), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 6, p. 1967 ss., spec. 1979, il dialogo competitivo «cerca […] di superare le asimmetrie informative tra le amministrazioni e il mercato, di ovviare cioè al "gap" di conoscenze delle prime, prevedendo una collaborazione con le imprese non solo al fine di specificare l'oggetto di un contratto già definito in via di massima dall'ente aggiudicatore (come nell'appalto-concorso), o di premiare determinate soluzioni tecnico-operative rispetto a quelle già prefissate (come nel sistema di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa), bensì utilizzando il *know how* delle imprese, la loro inventiva, la loro capacità ideativa e progettuale dinanzi ad un problema dato già nella fase preliminare di individuazione dell'oggetto stesso della prestazione». Segnala comunque la difficoltà di tracciare una precisa linea di demarcazione tra il dialogo competitivo e la procedura competitiva con negoziazione, R. Invernizzi, *Dialogo competitivo*, cit., p. 104, il quale attribuisce «rilievo dirimente alla maggiore innovatività nel dialogo competitivo degli oggetti contrattuali».

[240] Sulla partecipazione come «termine attivo e passivo» nei meccanismi procedimentali di gara cfr. S. Perongini, *Le gare preliminari alla trattativa privata*, cit., pp.161-162.

[241] Per G.D. Comporti, *Problemi e tendenze*, cit., p. 586, l'amministrazione si è a lungo atteggiata «a *domina* esclusiva dell'interesse pubblico, ma manca[ndo] della capacità di definire una strategia negoziale adeguata alla particolarità del singolo caso». Sempre G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee*, cit., p. 38, ammonisce del fatto che «occorre un cambio di paradigma, cogliendo nella situazione di carenza iniziale che induce la stazione appaltante a rivolgersi al mercato (*to buy*) non un vincolo modale che limita la sua azione nell'arena negoziale fino a farne un guardiano severo ma ceco della moralità di tutti i soggetti che incontra, ma un incentivo di risultato che induce a privilegiare strategie, azioni e scelte calibrate sul contesto». Il tema della capacità negoziale delle amministrazioni, di per sé connesso alle dinamiche – "statiche", perché dipendenti da previsioni rimaste sostanzialmente inattuate – della qualificazione delle stazioni appaltanti (su cui cfr. M. Macchia, *La qualificazione delle amministrazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, p. 50 ss.), è per altro verso intercettato dalle accorte riflessioni di S. Torricelli, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, in *Dir. pubbl.*,

Orbene, alla luce di quanto precede, nel suo complesso l'intelaiatura apprestata dalla più recente normativa pare apertamente sfatare il «mito» di una amministrazione sempre capace di raccogliere, selezionare e comporre la moltitudine di interessi che si interfacciano all'atto dell'emersione dell'esigenza di base, così come di individuare *ex ante* le soluzioni maggiormente satisfattive.

Nella doppia torsione della normativa nel senso della sostenibilità e della più capillare collaborazione vi è peraltro una sostanziale continuità: l'aumento degli interessi, la loro intrinseca fattualità – *i.e.* tecnicità (che quandanche «fermat[a] da decisioni umane socialmente guidate»[242] riprenderà subito dopo il suo corso) – in uno alla dequotazione delle competenze tecniche nell'amministrazione, sono fattori che unitariamente intesi reclamano la collaborazione dell'*expertise* del privato (prima e nel corso della gara).

Il circolo si fa (si conferma) virtuoso. Fine e soluzione sono facce della stessa medaglia: la ricerca dei mezzi adeguati a soddisfare l'esigenza riverbera i propri effetti sull'obiettivo della commessa, secondo quello che è stato correttamente definito come un «processo di apprendimento che consente la scoperta selettiva di possibilità e opportunità ignote»[243] e che quindi è «in grado di incidere anche sulle finalità che il contratto dovrà perseguire»[244].

2018, 3, p. 953 ss., secondo il quale, a fronte dell'aumento esponenziale delle stazioni appaltanti, il legislatore sarebbe esposto ad un duplice pericolo: «il pericolo è che si impongano regole troppo rigide ad amministrazioni attrezzate che, se liberate da un eccesso di vincoli, riuscirebbero a garantire una maggiore efficienza e che, al contempo, non si irretisca a sufficienza l'attività di amministrazioni deboli, esposte al rischio di cattura da parte del mondo delle imprese» (p. 960).

[242] U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione*, cit., p. 473.

[243] G.D. Comporti, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2007, 2, p. 231 ss., spec. 268-280. Si v. anche N. Doni, P.A. Mori, *Appalti pubblici e discrezionalità: problemi e soluzioni secondo la teoria economica*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, cit., p. 41 ss., i quali evidenziano che il modello di definizione *ex ante* di ogni dettaglio della commessa è sempre più impraticabile nel momento in cui le innovazioni sono in costante fermento e le imprese, in quanto attori diretti dell'innovazione, sono i soggetti più consapevoli sulle caratteristiche dei prodotti.

[244] R. Dipace, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 601 ss., spec. 624-625. Cfr. anche A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2009. Il giudice delle obbligazioni e dei con-*

Fatto salvo il ricorso ai modelli d'azione meccanicistici (procedure ordinarie con applicazione del criterio del minor prezzo), in cui fine e soluzione sono unilateralmente dati dall'amministrazione, ciò che è stato detto in negativo per la concezione contabilistica può oggi essere espresso in termini positivi: ferma la sicura rilevanza della fase del pre-gara ai fini di una prima concreta individuazione dell'interesse pubblico, lo schema dell'evidenza pubblica diviene del tutto assimilabile «ai normali procedimenti amministrativi» proprio perché serve «a far emergere interessi e punti di vista diversi», rilevanti nella prospettiva di un confronto funzionale alla «realizzazione di fini [che non sono più] dati»[245].

7. *Osservazioni di sintesi: l'interesse pubblico e l'operazione amministrativa*

Tutto ciò considerato, con uno sguardo di sintesi rispetto a quanto si è avuto modo di affermare in questi due primi Capitoli, può dirsi che la rimodulazione teorica dell'interesse pubblico, già avviata su di un piano più generale ed articolata attorno al concetto di gradualità, trova oggi piena cittadinanza e riconoscimento nella materia dei contratti pubblici di appalto.

Lo si è detto: l'appalto è concepito come strumento funzionale alla soddisfazione di interessi pubblici. Si badi, non di *un* interesse, bensì di una *pluralità* di interessi[246]: il che rende piuttosto evidente

---

tratti delle pubbliche amministrazioni: atti del convegno annuale, Villa Mondragone 18-19 settembre 2009: con gli atti del terzo Colloquio di diritto amministrativo italo-francese, Milano 30-31 ottobre 2009 e della 4. Edizione delle giornate italo argentine di diritto amministrativo, Villa Mondragone 30-31 ottobre 2009, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 75 ss., laddove si osserva che i contratti amministrativi sono mutati nelle loro configurazioni, giacché le procedure competitive e più in generale quelle che prevedono la partecipazione attiva dell'amministrazione e degli operatori economici consentono di fissare un «punto di convergenza tra interesse pubblico e interessi privati», ovvero permettono di definire l'interesse pubblico in concreto non solo a monte, ma anche durante la gara.

[245] G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, cit., pp. 11-12.

[246] Ed infatti, come si è avuto modo di argomentare, la normativa più recente ha costellato di interessi pubblici la materia; interessi, la cui soddisfazione – è que-

che l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione contraente non è dato dalla legge, né è ipostatizzato in una entità priva di alcuna storicità, ma è il risultato di una composizione amministrativa graduale che muove dalla legge, si articola nella fase prodromica alla commessa e trova compiuta specificazione nella fase di gara. In modo meno sintetico, si può dire che la legge sistema il perimetro – l'interesse pubblico istitutivo-primario – entro il quale può essere apprezzata una esigenza materiale: come si è già detto, l'esigenza-scopo nasce sì nella legge ma è comunque resa attuale da un *fatto* significativo[247] (*supra* par. 2.1., cap. I). A sua volta, l'esigenza rappresenta l'occasione – sovviene il ricordato riferimento della Commissione europea all'appalto come «opportunità» – che polarizza una serie di interessi anzitutto pubblici (sostegno alle Pmi e sviluppo sostenibile). Nella fase del pre-gara avviene poi la ricognizione di quegli interessi; ricognizione che non è soltanto utile a garantire il governo ordinato, sinergico e strategico degli interessi pubblici (secondo una visione non solipsistica dei singoli acquisti), ma, nella prospettiva della singola commessa, è anche funzionale a definire il perimetro di secondo grado entro cui «l'interesse pubblico come obiettivo si ridetermin[erà] continuamente»[248]. Così, l'interesse pubblico definito *ex ante* in termini minimali o altrimenti a dirsi nella sua dimensione "politica" entra nei procedimenti del pre-gara e di gara non come una invariante, bensì come un obiettivo che gui-

---

sto il punto – non può essere né cronologicamente né spazialmente collocata in un momento univoco, dovendo invece essere colta nel divenire della vicenda: «governare per contratto», si è detto; e lo si è detto ponendo al centro non già il contratto in quanto tale, ma, e per l'appunto, il governo degli interessi e l'«opportunità» che per quest'ultimo è rappresentata dalla commessa pubblica (cfr. S. Valaguzza, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 19). In questo quadro, l'interesse pubblico dismette i panni dell'orpello – criticato per essere (quantomeno negli appalti di forniture e di servizi), da un lato, formalmente non dissimile dall'interesse privato ad acquisire una utilità per far fronte ai propri bisogni quotidiani e, dall'altro lato, fittiziamente trasfigurato in "pubblico" al fine di garantire insopportabili privilegi al committente pubblico – ed assume una distinta consistenza.

[247] Cfr. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 111. Cfr. *supra* nt. 12.

[248] M. Ricchi, *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, cit., p. 145 ss., spec. 155.

da, *indirizza*, la discrezionalità (il «cangiante potere di scelta»[249]) nel dialogo con gli apporti dei soggetti variamente coinvolti[250].

Si delinea per questa via una precisa qualificazione dell'interesse pubblico in concreto: lungi dall'essere dato, l'interesse a cui è funzionalizzata la vicenda contrattuale nel suo divenire è essenzialmente dinamico, dinamica e graduale essendo la sua edificazione. Ma non solo. Per quanto si è avuto modo di constatare, l'interesse pubblico perseguito in concreto è finanche mutevole (v. anche *supra* par. 2.2., cap. I). Da un lato, perché mutevoli sono le possibili combinazioni tra gli interessi in gioco[251]: d'altronde, specchio di quella mutevolezza è proprio la flessibilità delle specifiche tecniche, delle condizioni di esecuzione, dei requisiti di partecipazione speciali e dei criteri di aggiudicazione (*supra* parr. 3.1. e 3.2.), la variabilità del cui effettivo contenuto riflette per l'appunto la diversa composizione (ed il differente valore delle singole componenti) dell'interesse pubblico in concreto[252]. Dall'altro lato, perché altrettanto variabili sono le convergenze tra il fine immaginato e quello concretamente realizzabile; il che è tanto più comprensibile in un settore, come

---

[249] G.D. Comporti, *Problemi e tendenze*, cit., p. 602.

[250] M. Ricchi, *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo*, cit., p. 154 ss., il quale, peraltro, definisce la discrezionalità nelle commesse pubbliche come «discrezionalità strategica», poiché al contempo pura e «sincrona con gli eventi a cui deve reagire». Sulla discrezionalità strategica cfr. anche F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., p. 87, il quale vi riconduce due scelte consequenziali: «se si decide di fare e a quale fine».

[251] Sull'importanza della fase prodromica alla gara, si v. A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 184-195, il quale – sottolineando la natura discrezionale "ad effetto vincolante" della predeterminazione delle regole nella «fase di prefigurazione dell'intera operazione economica» – pone l'accento sulle potenzialità delle decisioni amministrative operate a monte, le quali conferiscono alla stazione appaltante «il vantaggio della prima mossa», perché, disponendo «dei vari interessi pubblici in gioco», l'amministrazione consegue già «un primo effetto "distributivo" o, di contro, "escludente"» (pp. 193-194).

[252] L'interesse pubblico in concreto, infatti, secondo l'impostazione fornita da F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi*, cit., p. 1274, è «criterio di selezione e determinazione dei mezzi più idonei alla sua soddisfazione ottimale» (v. *supra* par. 2.2., cap. I). Sulla progressiva riduzione della discrezionalità amministrativa nella determinazione dei contenuti puntuali della *lex specialis* si v. F. Gaverini, *L'inserimento di clausole "verdi" nelle procedure contrattuali pubbliche*, cit., p. 118, il quale correttamente afferma che «ogni elemento posto in via preliminare influisce su quello successivo in termini di coerenza e logicità».

quello dei contratti di appalto, ove è indubbio quanto si è già ricordato su di un piano più generale, e cioè che gli interessi hanno una immediata e tangibile rispondenza nei fatti[253].

Il fine a cui la vicenda contrattuale risulta in concreto funzionalizzata non è pertanto un'invariante, bensì è una entità dinamica e mutevole, che muove dalla legge ma che in questa non si esaurisce: è il frutto di una costruzione amministrativa dialogica e partecipata, ovvero di un dialogo tra parti e di un confronto circolare tra interessi e tra interessi e fatti[254], che si articola «in una serie ordinata di operazioni e decisioni parziali che [fanno] progredire, in modo razionale, il progetto iniziale di assetto di interessi verso soluzioni sempre meglio definite»[255]. Altrimenti a dirsi, l'interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante «trova concretizzazione e dettagliamento in modo dinamico nel confronto [instaurato prima e nel corso della gara] come appunto nello svolgimento di un gioco strategico»[256].

Per di più, in questo quadro si va anche rafforzando l'idea che l'interesse pubblico in concreto sia un fine condiviso tra amministrazione e appaltatore. Assunto, questo, in parte già ritraibile dalla descrizione dell'interesse pubblico in concreto come composizione di interessi pubblici e privati[257], e sostanzialmente avvalorato da quel-

---

[253] N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., p. 450. In merito, si conviene con G. Carullo, *Strumenti di gestione del territorio e promozione della sostenibilità da parte dell'amministrazione digitale*, in *Ambiente e diritto*, 2018, p. 1 ss., spec. 18, laddove afferma, ancorché ad altri fini, che «il soddisfacimento dell'interesse pubblico [dovrebbe] essere inteso anche quale costante verifica, ed aggiustamento, delle decisioni adottate».

[254] A tal riguardo è alquanto efficace l'affermazione di E. Carloni, *Le verità amministrative*, cit., p. 152, secondo cui «[l]'attività amministrativa procedimentalizzata non è, in altri termini, solo ordinata in una sequenza materiale di passaggi, ma in una sequenza razionale, nella quale la cura dell'interesse pubblico è inscindibile dalla corretta ed adeguata costruzione dei presupposti dell'azione e delle condizioni del suo sviluppo».

[255] F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi*, cit., p. 1275.

[256] A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 277. Sul punto cfr. anche V. Ricciuto e A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 189-190, secondo i quali l'introduzione del dialogo competitivo ha smentito «il postulato secondo cui il fine pubblico viene necessariamente definito per via unilaterale dal soggetto pubblico al di fuori del terreno negoziale».

[257] Per B. Manfredonia, *I contratti* con *la pubblica amministrazione*, cit., le posizioni dell'amministrazione contraente e del contraente privato tendono a «convergere […] ad un fine comune» (p. 74): d'altronde, «[s]e così non fosse, l'interesse

la parte della dottrina che, sullo sfondo della teorica degli «accordi collaborativi»[258], ha tracciato il passaggio dalla «tensione» alla collaborazione tra pubblico e privato, così assecondando un moto che va per l'appunto da un assetto nel quale l'interesse pubblico è «difficilmente accettato come obiettivo comune e condiviso» ad uno caratterizzato dall'operare del committente e dell'appaltatore per il «raggiungimento dello scopo che [è] comune»[259].

Tesi, quest'ultima, che è peraltro rilevantissima, perché avverte di un dato spesse volte trascurato, ossia che l'interesse pubblico (*i.e.* lo scopo del contratto) non sparisce di scena dopo la stipula, né ha valore solo per una delle parti del rapporto contrattuale.

Ad ogni modo, se per l'analisi del profilo ora segnalato deve farsi rinvio a quanto si dirà nel prosieguo (*infra* par. 4.2., cap. IV), per il momento, quanto avvertito consente comunque di addivenire ad un ulteriore svolgimento del lavoro. È in questa prospettiva, infatti, che torna utile il richiamo all'operazione amministrativa, concetto a cui si è fatto sopra riferimento (*supra* nt. 163, cap. I). E l'utile sta in ciò, che nella tradizionale scomposizione dicotomica tra un prima e un dopo[260], tra uno statuto giuridico e l'altro[261], e tra un giudice e

---

generale non potrebbe assumere il senso corretto di sintesi degli interessi pubblici e privati» (p. 89).

[258] Cfr. S. Valaguzza, *Collaborare nell'interesse pubblico. Perché passare dai modelli antagonisti agli accordi collaborativi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, che definisce l'accordo collaborativo come «un accordo, non necessariamente avente contenuto patrimoniale, volto a strutturare le relazioni di rete, ossia quelle interazioni che, per la presenza di elementi giuridici o di fatto, si creano tra diversi rapporti, oggetto di fonti autonome, ma reciprocamente interferenti» (p. 30), ossia siccome «un accordo di secondo livello, che si prende in carico di ordinare gli ambiti di sovrapposizione tra rapporti oggetti di diversi contratti, fortemente condizionati gli uni dagli altri, costituendo una alleanza che consenta di affrontare imprevisti in maniera razionale, di ridurre eventuali maggiori costi che si vadano prefigurando e di accrescere la capacità del gruppo di rispondere al meglio alle esigenze del committente, portando valore pubblico aggiunto, in termini non solo economici o di risparmio della spesa pubblica, ma anche sociali, a beneficio della comunità» (p. 36). In tema, cfr. anche D. Mosey, *Dialogo sugli appalti collaborativi*, a cura di E. Parisi, N. Posteraro, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

[259] S. Valaguzza, *Collaborare nell'interesse pubblico*, cit., pp. 19-20.

[260] Le espressioni "prima" e "dopo" sono impiegate con tono critico da M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., p. 655.

[261] Scomposizione, questa, che, lo si può anticipare, è fonte di un grave «costo», essendo così stata qualificata, su di un piano più generale, la «continua incer-

l'altro, il grande assente è proprio l'unitarietà della vicenda contrattuale o, meglio, e per l'appunto, l'unitarietà dell'operazione amministrativa, intesa come «una serie di attività della pubblica Amministrazione dirette alla realizzazione di un unico risultato»[262]. Assetto, questo, del tutto peculiare, perché è proprio quel diritto civile a cui si fa abitualmente rinvio a suggerire all'amministrativista di ricordare l'importanza dell'unitarietà dei rapporti complessi: lì è il collegamento contrattuale a rendere «rilevante al cospetto dell'ordinamento giuridico […] l'operazione economica unitaria», unitario essendo il «risultato economico»[263]; qui è il collegamento tra gli atti amministrativi (di indirizzo, autoritativo-negoziali) a rendere rilevante l'operazione amministrativa unitaria, unitario essendo il risultato amministrativo concretamente perseguito[264].

È quindi nel superamento della tensione tra dicotomia e unitarietà che si inscrive il prosieguo dello studio: a tal fine, l'unitarietà interna alle fasi (*i.e.* la coesistenza dei "diritti" applicabili), l'unitarietà esterna (*i.e.* il collegamento funzionale tra le fasi della vicenda contrattuale) e l'unitarietà della attribuzione del contenzioso rappresenteranno i tre principi guida per la "ricomposizione delle scomposizioni".

Cogliendo lo spunto offerto dall'intervenuto cambio di prospet-

---

tezza in ordine al prevalere in questo o in quel frammento della disciplina privatistica o di quella pubblicistica» (M. Mazzamuto, *La matrice dottrinaria del filoprivatismo: Massimo Severo Giannini*, in *Annuario AIPDA 2013. Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 23 ss., spec. 23).

[262] M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, cit., p. 64, nt. 36.

[263] L. Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 169. Sul tema, imprescindibile è il rinvio a E. Gabrielli, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 3, p. 905 ss., spec. 916.

[264] Per una applicazione della teorica dell'operazione economica nei contratti della pubblica amministrazione cfr. V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 217 ss. Ancorché inespressa, l'idea dell'operazione economica pare trasparire anche in S. Valaguzza, *Collaborare nell'interesse pubblico*, cit., p. 33, laddove, elaborando la ricordata teoria degli accordi collaborativi (*supra* nt. 258), si afferma che quest'ultima «svela quella che, di fatto, è una finzione logica che la contrattualistica continua ad assecondare: non corrisponde al vero che il singolo contratto sia isolato e che le sue vicende siano interessate solo, o almeno principalmente, dalle intenzioni delle sue parti. Il contratto singolo è una unità elementare, ma poi questo è inserito in una trama relazionale, parimenti a contenuto giuridico, di estrema rilevanza, composta da altri rapporti e contratti, ben più ampia».

tiva della dottrina civilistica ("dal contratto all'operazione economica"), anche sul fronte della operazione amministrativa ciò che diviene pertanto prioritario è spostare lo sguardo dai "fermo immagine" – dalla procedura quale mero luogo di autorità, dal contratto quale diaframma e dalla fase esecutiva quale luogo dell'autonomia – e di riorientarlo in senso prospettico, inquadrando a "campo lungo" la vicenda contrattuale unitariamente intesa; il tutto nella prospettiva – si perdonerà il riadattamento della citazione, ma è piuttosto efficace – del superamento dell'idea secondo cui l'attività è definita dall'atto, laddove invece «il metodo da seguire consiste nel contestualizzare l'atto nell'attività in cui eventualmente si collochi»[265].

Per ragioni di sintesi e di metodo, la scelta di seguito operata è stata quella di circoscrivere tendenzialmente l'indagine ai soli episodi di autotutela che intervengono tanto nella fase che precede la stipula quanto in quella successiva: vicende che, è quasi superfluo ricordarlo, sullo sfondo della potenziale vanificazione del risultato della commessa pubblica, consentono di cogliere al meglio gli effetti distorsivi della pretesa differenziazione bifasica[266].

---

[265] L. Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 169.

[266] A mo' di *vademecum* per quanto si dirà più oltre, anche per l'autorevolezza delle opinioni lì espresse, è piuttosto conveniente anticipare il rinvio ad A. Travi, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, in *La nuova stagione dei contratti pubblici*, cit., p. 41 ss., la cui presa di posizione attorno alla scomposizione dell'unitaria vicenda contrattuale è assolutamente condivisibile: «la complessità del fenomeno della contrattazione da parte dell'amministrazione risulta difficilmente sintetizzabile in uno schema elementare, come è quello rappresentato nel modello bifasico, fondato su un criterio meccanicistico e quasi cronologico» (p. 52).

Capitolo III

L'EVIDENZA (È) PUBBLICA, MA NON SOLO: IL POTERE AMMINISTRATIVO E LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL CONTRATTO

Sommario: 1. Il regime pubblicistico della fase di gara: alcuni equivoci attorno alla funzionalizzazione della vicenda contrattuale. – 2. Una "scelta" di diritto positivo? Brevi note sull'intercambiabilità tra pubblico e privato negli appalti pubblici. – 2.1. Il potere nell'evidenza pubblica, la "non scelta" ed il modulo tipico per la cura degli interessi pubblici in senso oggettivo. – 2.2. Oltre il potere: attualità e mistificazioni del "privilegio" amministrativo nella fase di gara. – 3. La responsabilità precontrattuale nella fase dell'evidenza pubblica. – 3.1. Profili generali della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un percorso travagliato. – 3.2. La sentenza n. 5/2018 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: alcune riflessioni attorno all'estensione della responsabilità precontrattuale. – 4. Il procedimento amministrativo di gara quale luogo di trattative: potere amministrativo ed effetti negoziali.

1. *Il regime pubblicistico della fase di gara: alcuni equivoci attorno alla funzionalizzazione della vicenda contrattuale*

Se, come si è anticipato a chiusura del precedente Capitolo, l'intera vicenda contrattuale dell'appalto pubblico può dirsi funzionalizzata agli interessi pubblici definiti dalla legge e, quindi, al fine concretamente individuato (prima e nel corso della gara) dall'amministrazione, si tratta a questo punto di capire se e come questo carattere assuma rilevanza sul piano del regime applicabile all'attività e agli atti delle sequenze di cui quella vicenda si compone.

Trattandosi di un tema ampiamente indagato, onde evitare indebite ripetizioni, conviene collocare l'analisi *in medias res*; il che consiglia di prendere le mosse da una celebre statuizione, che proprio nella funzionalizzazione trova la sua ragion d'essere.

«È noto che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale».

Così si esprimeva nel lontano 2007 la Corte costituzionale[1], avvalorando la tradizionale narrazione della vicenda contrattuale dell'appalto pubblico come un prima ed un dopo informati da regimi giuridici differenti: quello pubblicistico della fase di gara, ove l'amministrazione agisce per il tramite di poteri autoritativi, e quello privatistico della fase esecutiva, in relazione alla quale si afferma «l'assenza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico».

Parrà evidente che la formulazione della Corte sottende una anomalia. Se tutta «l'attività contrattuale» è funzionalizzata, l'invocata funzionalizzazione non può valere a scindere un momento pubblicistico da uno privatistico. Altrimenti a dirsi, se tutta l'attività («l'attività contrattuale della pubblica amministrazione») è funzionalizzata, la funzionalizzazione non può essere invocata per pubblicizzare solo una delle fasi attraverso cui si esplica quella attività: poiché, nella prospettiva assunta dalla Corte, la funzionalizzazione "pubblicizza", e poiché tutta l'attività contrattuale è funzionalizzata[2], allora anche la fase esecutiva dovrebbe riflettere lo stesso carattere (pubblicistico) attribuito alla fase di gara. Tuttavia, così non è: come si è detto, tradizione vuole che si distingua, entro la medesima vicenda dell'appalto pubblico, tra due fasi o, meglio, tra due regimi giuridici[3].

---

[1] C. cost., 23 novembre 2007, n. 401. Nello stesso senso, C. cost., 14 dicembre 2007, n. 431.

[2] Cfr. M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., *passim*.

[3] Il sicuro rinvio operato a favore delle ambientazioni privatistiche può essere peraltro agilmente spiegato: poiché l'esecuzione segue la stipula di un contratto, il rapporto che ne deriva non può non essere di matrice contrattuale e l'amministrazione, in quanto parte contraente, è naturalmente sottoposta alle regole del diritto privato, fatto salvo quanto diversamente disposto dal codice dei contratti pubbli-

Volendo proseguire su questa linea di indagine, sovviene una seconda affermazione giurisprudenziale, questa volta assunta dal Consiglio di Stato, che è sì piuttosto datata ma il cui eco risuona ancora familiare.

La procedura di gara, si è detto, «è stata plasmata dal legislatore alla stregua di sequenza di atti amministrativi necessariamente prodromica, nell'ottica […] del soddisfacimento dell'interesse pubblico alla stipula di un contratto di diritto comune con un interlocutore ottimale»; e, si è aggiunto, «il motivo della creazione di un procedimento amministrativo che prepari il varo di una statuizione di diritto privato risiede nella funzionalizzazione della gara al soddisfacimento dell'interesse pubblico alla scelta di un partner affidabile»[4].

Ci si chiederà quale sia il tratto differenziale rispetto alla ricordata statuizione della Corte costituzionale: non molto, si direbbe. Si conferma, infatti, che è la funzionalizzazione ad imporre la pubblicizzazione della fase di gara.

In realtà, il citato passaggio soffre anch'esso di una anomalia: l'ancoraggio della funzionalizzazione non già all'interesse pubblico specifico – quello che secondo i tradizionali canoni del principio di legalità-indirizzo definisce il "primo" vincolo nel fine –, bensì a quell'interesse pubblico in senso generico che funge da mera *ratio* dell'intervento normativo. Il che tradisce con tutta evidenza un dato che, se non si erra, è stato esattamente colto da una parte della dottrina laddove si è affermato che si danno non pochi «equivoci» quando l'interesse pubblico «è utilizzato […] per indicare la *ratio* di discipline particolari»[5]; e l'equivoco sta in ciò, che, come si diceva, si àncora la fattispecie pubblicistica alla sussistenza di una ragione meramente giustificativa della produzione di una

ci. Poco importa ad ora che l'entità del cosiddetto diritto privato "speciale" sia tale da rendere del tutto eccezionale il diritto privato "ordinario" e che, come si dirà, quest'ultimo, postulando una posizione di autonomia, necessiti di qualche aggiustamento per essere applicabile ad un soggetto che fa della coppia imparzialità-discrezionalità il suo tratto caratterizzante (*infra* par. 2.1.).

[4] Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478. Il passaggio da ultimo riportato è testualmente ripreso dal Tar Lazio, Roma, sez. III, 13 marzo 2000, n. 1716.

[5] F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, p. 661 ss., spec. 666.

legislazione "speciale", ossia ad un interesse che in realtà rappresenta un obiettivo dell'ordinamento strumentale alla realizzazione dell'interesse pubblico in senso proprio. Ciò che si stigmatizza è un salto logico: quello che si consuma allorché «dall'interesse pubblico così evocato, si trascorre al regime che è proprio degli atti di esercizio di potestà conferite per provvedere ad interessi pubblici specifici»[6].

Vi è poi un terzo aspetto che merita un chiarimento: si fa qui riferimento al rapporto di stretta correlazione tra la definizione in concreto dell'interesse pubblico e la necessarietà del procedimento amministrativo. Non che la interdipendenza sia errata: anzi, fermo il rinvio a quanto si è già detto (*supra* cap. I), è bene rilevare che una parte della dottrina ha apertamente accentuato quel nesso[7]. Eppure, se è vero (ma si vedrà che l'affermazione va non poco temperata) che è oramai assodato che la cura di interessi pubblici possa avvenire anche per il tramite di modelli privatistici[8], la qua-

---

[6] *Ibidem*.

[7] V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., laddove si afferma che una prima ragione sistematica della impostazione in chiave pubblicistica del procedimento di gara «si ricollega alla ricostruzione del *modus operandi* della pubblica amministrazione come attività di cura di pubblici interessi, che sono individuati a monte, in termini generali ed astratti, sul piano normativo, e che richiedono una continua e progressiva attività di "attualizzazione" nella concretezza della realtà socioeconomica. Lo strumento attraverso il quale il soggetto pubblico riesce ad assolvere questa missione è, appunto, il procedimento amministrativo» (pp. 116-117). E, ancora, sempre lì si afferma che il procedimento amministrativo «costituisce la sede nella quale la finalità perseguita dalla pubblica amministrazione viene enunciata, ma anche progressivamente rielaborata e raffinata attraverso il dialogo e l'apporto degli altri soggetti interessati, ivi inclusi – ovviamente – i partecipanti al procedimento nella veste di concorrenti» (p. 119). Nello stesso senso cfr. S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 2, p. 405 ss., spec. 431: «soltanto attraverso il procedimento amministrativo si giunge alla determinazione dell'interesse pubblico, poiché questa locuzione rappresenta ormai una mera sintesi logica che sta a designare proprio il fatto che la cura di interessi, che è il carattere essenziale dell'amministrazione pubblica, deve conformarsi ad una serie di regole specifiche, cui corrisponde un determinato regime degli atti che esprimono l'assetto concretizzatosi a seguito dell'attività del curare (gli interessi stessi)».

[8] Così, ad esempio, E. Follieri, *Gli esigui spazi della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Giustamm*, 2019, 5, secondo cui è un «dato pacifico che la cura concreta di interessi della collettività possa svolgersi secondo moduli privatistici». Nello stesso senso, cfr. V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione*

lificazione amministrativistica del procedimento (e, così, del connesso regime) richiede allora una spiegazione ulteriore.

2. *Una "scelta" di diritto positivo? Brevi note sull'intercambiabilità tra pubblico e privato negli appalti pubblici*

Compreso che attorno al principio di funzionalizzazione si annidano almeno due equivoci, si tratta ora di fornire una ipotesi ricostruttiva (se del caso) giustificativa della "ambientazione" pubblicistica in cui è tradizionalmente collocata la fase di scelta del contraente.

A tal fine sono due le premesse da cui prendere le mosse.

La prima. L'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, ha positivizzato la natura pubblicistica della fase di gara: al di fuori di quanto espressamente previsto dal codice dei contratti pubblici, «alle procedure di affidamento […] si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241».

La seconda. A discapito del dato normativo, la struttura della fase di gara è innegabilmente precontrattuale.

Il dato è stato percepito ed esposto al punto di massima chiarezza (e al contempo di massima distanza dalla tesi allora e ad oggi maggioritaria) da Massimo Severo Giannini: se il contratto ad evidenza pubblica è – e non v'è dubbio che sia – un contratto, allora la fase antecedente alla stipula dovrebbe essere qualificata alla stregua di una fase di formazione del contratto, come tale assoggettata alla relativa disciplina privatistica[9]. Affermazione, questa, che, in quanto prodromica a distinguere ciò che è procedimento amministrativo da ciò che non lo è, consentiva di inquadrare in termini privatistici tutti gli atti della fase precontrattuale di scelta del contraente, ad eccezione della sola aggiudicazione – quali-

"costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa, Torino, Giappichelli, 2019, p. 105.

[9] Più precisamente, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 703, afferma che «se il contratto ad evidenza pubblica è pur sempre un contratto, fonte di obbligazioni regolate dal diritto privato, non può non avere delle dichiarazioni nelle quali si concreti l'accordo delle parti».

ficata come atto amministrativo di accertamento – e degli atti di controllo[10].

Come si è detto, però, la *scelta* del legislatore è stata diametralmente opposta, giacché è andata nel senso della affermazione della natura strettamente pubblicistica della fase di gara.

L'impostazione recata dal legislatore è peraltro apparsa ai

[10] Id., *Diritto amministrativo*, II (ed. 1993), cit., p. 363 ss. Il riferimento che egli fa alla scansione bifasica, diversamente da quanto talvolta affermato, non attinge infatti alla divisione esterna prodotta dalla stipula del contratto, ma riguarda anzitutto «due procedimenti paralleli» (p. 363) del tutto differenti e inseriti nella medesima fase antecedente all'instaurazione del vincolo contrattuale. L'attenzione di Giannini, infatti, cade sulle fasi corrispondenti allo stadio di formazione della volontà contrattuale e al procedimento di controllo. La prima era ritenuta di natura eminentemente privatistica e, pertanto, regolata dalle disposizioni del codice civile, salvo alcune eccezioni (da intendersi quindi in senso meramente quantitativo) introdotte dalla disciplina di settore; la seconda, invece, intervenendo fra l'amministrazione contraente e l'autorità che su di essa spiega il suo controllo, era considerata alla stregua di un vero e proprio procedimento amministrativo regolato dalla legge di contabilità e dal relativo regolamento. Pertanto, fra le conseguenze maggiori di detta interpretazione vi fu anzitutto l'inquadramento della fase di scelta del contraente nell'alveo delle trattative di diritto privato, fatti salvi i ricordati episodi di verifica e controllo delle autorità a ciò preposte (la vera evidenza pubblica). Mutavano, quindi, le qualificazioni giuridiche. Il bando di gara non era atto amministrativo generale, ma offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), rispetto alla quale la partecipazione del concorrente costituiva, al medesimo tempo, accettazione (dello schema di contratto e delle regole procedimentali) e «offerta di corrispettivo»; offerta quest'ultima la cui scelta dipendeva esclusivamente «dall'automatismo della regola procedimentale» e rispetto alla quale l'aggiudicazione non si poneva come provvedimento "costitutivo", ma come «provvedimento amministrativo di accertamento» che riposava «su un giudizio meccanico di identificazione dell'offerta che, per le sue espressioni matematiche di determinazione del corrispettivo, è già qualificata dalla regola procedimentale come idonea» (pp. 385-387). Insomma, con esclusione degli atti di controllo e del provvedimento di accertamento costituito dall'aggiudicazione, la sequela di atti di formazione del contratto ad evidenza pubblica veniva spiegata in termini di diritto privato. In Giannini e, come si vedrà, ancor di più nella impostazione offerta da Guido Greco – la cui tesi, per alcuni, è per l'appunto volta ad armonizzare gli orientamenti pubblicistici del passato con la lettura gianniniana del fenomeno (M. Lunardelli, *Il procedimento a evidenza pubblica come strumento di prevenzione della corruzione*, in A. Pertici, M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno, Pisa, 5 ottobre 2018*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 165 ss., spec. 168) –, emergeva già una rottura della scansione dicotomica fra la fase di scelta del contraente e quella esecutiva: privato e pubblico convivevano infatti nella stessa fase (quella antecedente alla stipula) però assolvendo a ruoli diversi, rispettivamente di disciplina della formazione della volontà contrattuale e di evidenza delle ragioni pubbliche delle scelte amministrative.

più come una opzione marcatamente "pratica": la pubblicizzazione avrebbe infatti rappresentato una soluzione concreta ai problemi (altrettanto concreti) legati alla denegata tutela che la collocazione privatistica della fattispecie avrebbe "garantito" ai partecipanti (attuali o potenziali) alle gare bandite dal committente pubblico[11] (ma sul punto si v. *infra* par. 3.1., cap. V).

[11] Il dato è chiaramente spiegato da G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 15 ss. Più di recente, sul punto si v. anche le brevi ma incisive pagine di S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., pp. 1-15. Salvo il rinvio a quanto si dirà *infra* cap. V, è giusto il caso di osservare che la matrice contabilistica aveva di fatto precluso una piena tutela del privato interessato a partecipare alla gara (o finanche del partecipante). Si consideri ad esempio che sotto la vigenza degli artt. 68 e 89, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, le procedure ristrette si connotavano per l'amplissima discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante in ordine alle imprese da invitare: una discrezionalità che, stando al disposto dell'art. 68, diveniva mero arbitrio. Il secondo comma dell'art. 68 stabiliva, infatti, che «la amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione». Si v. però Tar Campania, Napoli, 4 novembre 1987, n. 599: «anche se, per gli art. 89 e 68 comma 2, r.d. 23 maggio 1924 n. 827, l'amministrazione ha insindacabile facoltà di escludere dalle gare per l'aggiudicazione di contratti qualsiasi concorrente, è tuttavia illegittimo il relativo provvedimento se immotivato». Cfr. R. De Nictolis, *Le procedure di affidamento*, in R. De Nictolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, I, *Ambito oggettivo e soggettivo, procedure di affidamento*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 676 ss., spec. 689, la quale sottolinea che detto modello si esponeva al rischio di abusi, favoritismi e menomazione della libera concorrenza. Peraltro, in soccorso delle esigenze di tutela neppure valeva il rinvio alla disciplina civilistica del contratto poiché, come correttamente osservato, ciò avrebbe riconfermato quanto si voleva escludere. La formazione della volontà contrattuale secondo una prospettiva esclusivamente privatistica si ancorava infatti al concetto di autonomia, il che escludeva qualsiasi forma di controllo giudiziale sulla scelta dell'ammissione e/o dell'esclusione dei partecipanti (cfr. L. Forti, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, cit., p. 17): d'altronde la disciplina della responsabilità precontrattuale, poi recata dagli artt. 1337 e 1338 c.c., era ancora lungi dal venire positivizzata. Data l'assenza di tutela per gli operatori economici – si ripete, quella non essendo garantita dalla legge di contabilità né invocabile secondo gli schemi privatistici – la dottrina di inizio Novecento ebbe gioco facile nell'ancorare la sequela procedimentale della scelta del contraente alle dinamiche pubblicistiche. Quelle che precedono sono peraltro conclusioni tributarie dell'elaborazioni di Cammeo e di Forti, a cui a buon titolo può essere attribuito il "merito" di aver delineato per la prima volta la scansione bifasica della vicenda contrattuale (C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 24-25 e L. Forti, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, cit., pp. 7-8). Esse, è bene evidenziarlo, attingono anche dagli studi d'oltralpe svolti sul tema dei *contrats administratifs*, ma da questi se ne distin-

Vero è che non è dato sapere se l'odierna *scelta* del legislatore sia stata effettivamente indotta dal successo riscosso dal sindacato del giudice amministrativo[12]; eppure la storia consente di isolare un aspetto affatto marginale (ed anzi piuttosto ricorrente) nelle vicende degli appalti pubblici: la pubblicizzazione non è stata un a priori, ma è stata dapprima affermata e poi imposta per "rincorrere" il penetrante sindacato del giudice amministrativo[13].

Sinora, peraltro, si è fatto variamente riferimento ad una *scelta*; e la ragione sta in ciò, che se la qualificazione pubblicistica è

---

guono per un dato affatto secondario. Comune era l'accettazione della teoria dei cosiddetti *actes détachables*, finalizzata a consentire l'impugnazione degli atti che precedono il (e che sono per l'appunto separati dal) contratto; differente, invece, era invece la conclusione relativa alla scansione bifasica (intesa come distinzione delle discipline applicabili), essendo ammessa nell'ordinamento italiano e al contrario esclusa in quello francese. L'inquadramento pubblicistico della disciplina dell'evidenza pubblica più che derivare da una chiara opzione teorica, costituiva pertanto una mera risposta ad una lacuna ordinamentale: con la conseguenza che, per una parte della dottrina, le dimostrazioni sulla fondatezza dell'esclusione della fase di scelta del contraente dalla dimensione privatistica si risolvevano in asserzioni auto-evidenti, ovvero in «elementi sintomatici della natura pubblicistica degli atti dell'evidenza pubblica» di cui non era fornita concreta prova (G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 19).

[12] Un successo attestato dalla tentazione, rimasta tale ma comunque ipotizzata (e mai del tutto tramontata), di rimuovere il giudice amministrativo per sbloccare gli appalti.

[13] Come lucidamente osservato da F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., p. 323, «mentre qualunque garanzia legalmente stabilita […] può essere pensata come una limitazione o riduzione dell'autorità, nel nostro caso si è indotti a ritenere che, senza l'autorità, non possa aversi garanzia»: la «attività di formazione del contratto deve essere autoritativa, quindi, per poter essere efficacemente garantita, almeno fino a quando nuovi strumenti garantistici non vengano inventati» (p. 324). In tema cfr. anche A. Travi, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, 6, V, p. 168 ss., spec. 176: «[u]na riflessione sull'esperienza trascorsa induce però ad ammettere che, in molti casi, i termini del ragionamento siano stati quasi capovolti e che quindi l'esigenza di una tutela dei terzi abbia finito col rappresentare una ragione per ammettere l'interesse legittimo. Si pensi, in particolare, all'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, soprattutto con riferimento alle vicende dei c.d. contratti di 'evidenza pubblica', nel caso di procedure concorsuali o di gara». Si v. anche G. Corso, *L'attività amministrativa*, cit., pp. 262-263, il quale rileva che, nonostante molti degli atti della fase di scelta possano essere descritti in chiave privatistica, «la giurisprudenza amministrativa, muovendo da apprezzabili esigenze di tutela delle ditte partecipanti, ha dato una lettura amministrativistica a tutti questi atti».

stata positivizzata, l'intervenuta esplicitazione pare sottendere una scelta tra due alternative, ossia tra il regime pubblicistico e quello privatistico. Il che è tanto più comprensibile se si parte dal presupposto che il contratto come informa di sé la fase esecutiva altrettanto dovrebbe implicare sul piano della fattispecie precontrattuale.

Suggestione, questa, che riflette, quantomeno sotto un profilo (*i.e.* quello della necessarietà di una opzione di diritto positivo), l'impostazione offerta da Guido Greco, laddove – muovendo dalla condivisione della tesi gianniniana sulla piena capacità giuridica – ha affermato che «l'inquadramento pubblicistico», rappresentando una «deviazione dal sistema», «va dimostrato alla stregua del diritto positivo»[14]; così come evidente si fa il rinvio alle affermazioni di Vincenzo Cerulli Irelli sul potere di scelta riconosciuto sul punto al legislatore: affermazioni in cui risuona il pensiero di Salvatore Alberto Romano[15] e che attestano per l'appunto la possibilità di «modificare un settore di disciplina, passando dal pubblico al privato e viceversa»[16]. Insomma, la conclusione parrebbe essere una ed una soltanto: poiché gli appalti pubblici sono «settori di disciplina […] che presentano caratteristiche tali da consentire detta intercambiabilità»[17], a fronte di una struttura marcatamente negoziale, la qualificazione pubblicistica della fase di gara non può che essere l'esito di una scelta di diritto positivo.

---

[14] G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 35. In tal senso, più di recente cfr. A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 409 ss.

[15] S.A. Romano, *L'attività privata degli enti pubblici*, cit., p. 147, secondo cui il «diritto pubblico e quello privato divengono così due tecniche giuridiche alternative, utilizzabili dal legislatore in base a valutazioni di opportunità». Se non si erra, va nello stesso senso l'affermazione di G. De Giorgi Cezzi, *Perseo e Medusa*, cit., p. 1037, secondo cui la distinzione tra pubblico e privato sarebbe solo «uno dei criteri di struttura di cui ciascun ordinamento si serve – secondo le esigenze di ogni concreta esperienza giuridica e perciò secondo i dati posti dallo stesso ordinamento –, per sistemare indifferentemente i vari settori dell'ordinamento, non identificabili per tratti propri e separati».

[16] V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., p. 140.

[17] Ivi, p. 127.

2.1. *Il potere nell'evidenza pubblica, la "non scelta" ed il modulo tipico per la cura degli interessi pubblici in senso oggettivo*

Quella che può essere identificata come la tesi "della scelta di diritto positivo" ha un punto di forza cruciale: quello di sgomberare il campo da un ulteriore equivoco, ovvero che il regime sia quello pubblicistico per il sol fatto della procedimentalizzazione e della tipizzazione dei modi di formazione della volontà contrattuale.

Ricorrente è, infatti, l'affermazione sulla divergenza tra il modello di contrattazione della pubblica amministrazione e quello dei privati. Il primo è tipizzato e vincolato alle forme prestabilite dal legislatore, ed i margini di scelta riconosciuti alle stazioni appaltanti si muovono entro fitti reticoli normativi sconosciuti alla contrattazione privata. La formazione del contratto tra privati, invece, è essenzialmente libera, fermi restando i limiti della responsabilità precontrattuale: il che non significa che procedimento non vi sia, bensì che questo possa essere plasmato dall'autonomia privata, potendo finanche assumere la struttura propria dell'evidenza pubblica[18].

Sennonché, dalla procedimentalizzazione e dalla tipizzazione non è dato inferire, alla stregua di un dato ineludibile, la natura pubblicistica dell'attività ivi esercitata e degli atti lì assunti[19]. Nulla, infatti, parrebbe obbligare ad assumere una siffatta conclusione; che se così fosse, a parità di struttura marcatamente negoziale, anche la tipizzazione delle "facoltà" esercitabili nella fase esecutiva dovrebbe implicare una loro pubblicizzazione.

La tesi "della scelta" chiarisce pertanto che la natura pubblicistica della fase (*i.e.* della attività e degli atti) di gara è qualificazione non assiomatica; e difatti, secondo l'impostazione ora discussa,

---

[18] In tema si v. l'ampia e approfondita analisi di R. Montinaro, *La scelta del contraente mediante gara nei contratti privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, p. 954 ss.

[19] Vero è che come rilevato da M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, cit., p. 747, «noi siamo un Paese a diritto amministrativo, sull'esempio francese, e per noi viene più naturale costruire la procedura come procedura a evidenza pubblica [*i.e.* come procedimento amministrativo]». Sulla rilevanza via via assunta dal procedimento amministrativo nell'ordinamento europeo cfr., per tutti, G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 203 ss.

la matrice pubblicistica deriverebbe, come si è detto, da una precisa scelta di campo operata dal legislatore.

Ciò chiarito, si può certo convenire con l'idea che la pubblicizzazione non sia il mero riflesso della tipizzazione; non per questo, però, quella tesi può essere pienamente condivisa, specialmente se ed in quanto quella impostazione prenda le mosse dalla assenza, per così dire ontologica, del potere.

Cercando allora di sviluppare e, se del caso, correggere ragionamenti altrove avviati[20] (e che troveranno ulteriore declinazione *infra* par. 4.3., cap. IV), vi è da rilevare che l'analisi tradizionale pare peccare sotto un preminente punto di vista, e cioè che il potere è trattato come se fosse sempre uguale. Ed è questa la premessa che si crede non essere necessariamente corretta o, quantomeno, ineludibile.

Certo, se l'emblema del potere è quello offerto dal modello dell'esproprio, la conclusione non potrà che essere quella della assenza del potere nella vicenda contrattuale degli appalti pubblici[21]. Si direbbe, infatti, che per addivenire alla stipula di un contratto di appalto non serva una legge attributiva, essendo a ciò sufficiente la capacità giuridica: d'altronde – e su questo dato non v'è che da concordare – quando la legge definisce tutti i passaggi e delinea le attività, essa non attribuisce poteri altrimenti non utilizzabili, bensì rende tipici e doverosi determinati snodi procedimentali[22].

Sennonché, è possibile giungere ad una diversa conclusione attraverso una distinzione, la cui ricerca, si badi, non è indotta da un

---

[20] Sia consentito il rinvio a E. Guarnieri, *Riflessioni sulla (in)sindacabilità dell'atto di recesso dal contratto di appalto pubblico*, in *Munus*, 2019, 1, p. 47 ss.

[21] Per G. Pericu, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 297, il «potere» di affidare in appalto la costruzione di un'opera pubblica non può «ritenersi previsto dalla legge negli stessi termini in cui invece è previsto un potere ad effettivi contenuti imperativi, ad esempio il potere di procedere ad espropriazione per pubblica utilità».

[22] Pare andare in questo senso F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.* - TAR, 2004, 2, p. 569 ss., spec. 573, laddove, una volta rilevata la ragione primaria «della netta dicotomia fra procedimento amministrativo e contratto di diritto privato» nella dipendenza «dall'altrettanto netto riparto di giurisdizione», afferma che «[p]oco importava, nel caso, se l'evidenza pubblica era composta da atti che più che a provvedimenti autoritativi assomigliavano ad atti negoziali tipizzati sul modello di quanto accadeva […] anche per soggetti privati».

qualsivoglia ambìto esito. Di potere, infatti, pare potersi oggettivamente discorrere in due modi: da un lato, vi è il potere inteso come *strumento* legalmente attribuito per l'adozione di atti e per la produzione di effetti che non possono essere altrimenti adottati e prodotti secondo diritto comune (per rimanere nell'esempio poc'anzi riferito, tale è il potere d'esproprio); dall'altro lato, si staglia il potere inteso come *funzione*[23], ossia come *metro stilistico* e *modulo tipico* dell'azione amministrativa funzionalizzata[24].

[23] Sul concetto di funzione si v. F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 1, p. 118 ss.; Id., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss.; G. Miele, *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, Utet, 1961, p. 686 ss.; F. Modugno, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 301 ss.; G. Napolitano, *Funzioni amministrative*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2006, p. 2631 ss. Per una autorevole distinzione tra la funzione amministrativa ed il servizio pubblico si v. G. Caia, *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, II, *Parte speciale e giustizia amministrativa*, cit., p. 131 ss., spec. 143-144, secondo il quale se è vero che «per "funzione pubblica" in senso stretto (e dunque tecnico-giuridico)» si intende l'«attività che si estrinseca nell'esercizio del potere (per quello che qui interessa) amministrativo», allora «la distinzione di cui ci si occupa non riguarda due tipi di attività, ma due angoli di visuale dell'Amministrazione pubblica nel relativo momento dinamico (dell'azione e delle prestazioni). In sostanza, per il diritto amministrativo la "funzione amministrativa" ed il "servizio pubblico" non sono due nozioni contrapposte, ma due nozioni differenti che esprimono momenti diversi e non coincidenti (e tuttavia integrabili e combinabili tra loro) dell'attività amministrativa nel suo complesso»: «la nozione di servizio pubblico è qualificata dal momento organizzativo, il quale ne caratterizza la predisposizione e l'esplicazione, ma non identifica invece un tipo a sé stante di attività da contrapporre alla funzione pubblica estrinsecantesi nell'esercizio del potere amministrativo».

[24] L'impostazione richiama una delle partizioni (il «potere pubblico come sola funzione») in cui si articola il concetto di potere nell'impostazione offerta da C. Marzuoli, *Tutela del cittadino e "privatizzazione" dell'amministrazione*, in E. Rozo Acuña (a cura di), *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 243 ss., spec. 253 ss. Differentemente dal «potere pubblico come autorità» e dal «potere pubblico come "privilegio"», il «potere pubblico come sola funzione» ricorrerebbe in fattispecie corrispondenti alle attività e ai poteri esercitabili dai privati (e che quindi, ancorché posti in essere dalla pubblica amministrazione, potrebbero venire inquadrati secondo schemi privatistici). Sennonché, differentemente dalla tesi qui proposta, lì il potere-funzione è giustificato non già da una condizione oggettiva, ma da una "opzione soggettiva": torna, cioè, l'idea della «scelta» (tra «un regime connotato dal carattere funzionale e un regime connotato da un carattere di libertà») orientata da ragioni di tutela (ed infatti «la sostituzione dell'atto amministrativo con l'atto privato», lì si afferma, «restringe l'area degli interessi giuridicamente rilevanti e implica riduzione del-

Se il primo modello può dirsi generalmente insussistente nella fase di gara – perché finanche l'autotutela pubblicistica, quantomeno sul piano degli effetti, può essere ricondotta entro ambiti privatistici (siccome recesso dalle trattative) –, la rilevanza della seconda fattispecie non può essere esclusa: e ciò in quanto si ha potere ogniqualvolta un soggetto agisce non nel proprio interesse, bensì (doverosamente) nell'interesse altrui[25].

Se, quindi, il potere inteso come *modulo* di azione è struttura tipica laddove l'attività sia caratterizzata dall'alterità dell'interesse curato, ciò significa che è a quest'ultimo che l'interprete deve fare riferimento per l'esatta comprensione della fattispecie.

Ebbene, quando si guarda all'interesse pubblico ci si riferisce ad un interesse che, secondo la nota formula di Carlo Marzuoli, è tale (*i.e.* pubblico) non perché facente capo alla parte pubblica, bensì perché pertinente alla collettività[26] (v. anche *supra* par. 1, cap. I): l'interesse, in quanto pubblico, è pertanto oggettivamente caratterizzato dalla alterità del soggetto preposto alla sua cura[27]. Dal che può ricavarsi, quale immediato corollario, che tutto l'agire amministrativo, poiché funzionalizzato alla cura di un interesse pubblico, si qualifica perciò stesso in termini di potere-funzione: insomma, anche laddove manchi il potere-strumento – perché la normativa, co-

---

la tutela dei terzi», 257-258). Per F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., pp. 665-666, in «senso stretto» potere e provvedimento (o atto autoritativo) sono collegati «a norme di legge attributive di potestà le quali, dati certi presupposti ed indipendentemente dall'esistenza di un rapporto particolare, consentono all'amministrazione di produrre unilateralmente determinati effetti nell'altrui sfera giuridica»: il provvedimento, così inteso, «è manifestazione di potestà in senso proprio». In «senso ampio», invece, la qualificazione di potere e di provvedimento è estesa «anche a poteri ed atti dell'amministrazione che si collocano all'interno di rapporti particolari, di diritto ed obbligo, come pure a determinazioni dell'amministrazione che, pur non producendo effetti giuridici nella sfera di altri soggetti, sono assimilate ai provvedimenti ai fini del sindacato di legittimità».

[25] V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale*, cit., 40 ss. Nello stesso senso si v. Id., *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., p. 77 ss.

[26] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 134 ss.

[27] Cfr. G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 228: «l'amministrazione appare, fondamentalmente, come una organizzazione del tutto priva di interessi *propri*, attributaria invece di interessi *altrui*, denominati interessi pubblici in quanto imputati, quanto all'appartenenza sostanziale, all'intera collettività».

me nel caso degli appalti, non attribuisce di regola facoltà altrimenti non esercitabili secondo gli schemi privatistici –, il modulo tipico dell'azione amministrativa è e rimane quello del potere[28].

Se così è, anche l'amministrazione che si rivolge al mercato e contratta fa uso del potere: si badi, non perché adotti atti e produca effetti necessariamente sconosciuti al diritto civile, né perché a ciò vi sia sottesa una scelta di diritto positivo, ma perché quella è la qualificazione che l'ordinamento attribuisce ad una azione finalizzata alla cura di interessi alieni.

Il che, peraltro e a sua volta, contraddice la premessa – ossia la posizione di autonomia del contraente pubblico – da cui prende le mosse la "tesi della scelta". E, difatti, tra autonomia e potere amministrativo vi è assoluta incompatibilità. Conclusione, questa, già raggiunta da Carlo Marzuoli negli anni Ottanta del secolo scorso, attraverso una sapiente distinzione tra persona giuridica privata e pubblica – così giungendo alla affermazione secondo cui «[l]a posizione dell'amministrazione è definita dall'assoggettamento al principio di legalità e come tale è incompatibile con una posizione di autonomia privata»[29] –, e che ha poi trovato una incisiva chiusura in Franco Gaetano Scoca: né la nozione "stretta" di autonomia (libertà di apprezzamento degli interessi) né quella "lata" (già patrocinata da Massimo Severo Giannini e da Guido Greco, e sintetizzata nella formula "autoregolamentazione dei propri interessi") possono essere riferite all'amministrazione. Non la prima, perché la libera valutazione degli interessi presuppone una inammissibile irrilevanza del vincolo di scopo e degli interessi delle controparti; non la seconda, perché, quella nozione di autonomia, pur non contrastando con

[28] Come osservato da V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale*, cit., p. 66, il potere da «forma tecnica dell'azione amministrativa nei casi di esercizio dell'autorità (di atti imperativi, appunto)» è divenuto «forma tecnica di tutta l'azione giuridica dell'amministrazione, in quanto regolata dal diritto pubblico».

[29] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., p. 119. Più in particolare, per Marzuoli mentre il termine di riferimento della persona giuridica privata è dato dai «singoli», per quella pubblica è rappresentato dai «singoli come (una) generalità»: il che «non è, o rimane, un dato meramente conoscitivo, ma si risolve in specifiche regole […] che attengono al modo di essere e di operare della pubblica amministrazione». E tali regole si condensano in quella «regola fondamentale che organizza il nesso fra popolo e amministrazione», ovvero nella «soggezione dell'amministrazione alla legge e agli organi politici» (pp. 117-118).

quelle regole fondamentali, è così dilatata da «togliere alla nozione qualsiasi utilità effettiva»[30].

La sussistenza del potere nell'ambito di una fattispecie a struttura marcatamente negoziale – quale è sicuramente quella di formazione del contratto di appalto – non è peraltro un dato meramente nominalistico, perché ciò implica l'applicazione di determinati *standard* operativi, a loro volta prodromici alla qualificazione del procedimento in chiave amministrativistica.

Ed infatti, come esattamente osservato in dottrina, «è la natura funzionale, e quindi il vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico» a giustificare l'assoggettamento di tutta l'attività amministrativa (qui quella precontrattuale) ad un regime diverso da quello privatistico, ossia ad un regime caratterizzato dalla «procedimentalizzazione», dalla «natura non libera ma discrezionale delle scelte» e dalla «rilevanza dei motivi»[31].

---

[30] F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, p. 431 ss., spec. 437-438. Cfr. anche S. Perongini, *Le gare preliminari alla trattativa privata*, cit., p. 152: «la presenza di un elemento di doverosità (vincolo sull'*an*) nel comportamento di un soggetto è incompatibile con posizioni di autonomia privata, la quale istituzionalmente presuppone la libertà di autodeterminarsi». Se non si erra, G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., p. 7, pare conservare in capo agli enti pubblici la posizione di autonomia privata: trattando dell'arbitrato nelle controversie amministrative, l'A. afferma, infatti, che «non possono essere accettate impostazioni tese ad escludere l'ammissibilità di arbitrati per tutte le ipotesi in cui sia, comunque, in questione l'interesse pubblico: portando alle estreme conseguenze una tale linea di ragionamento, si finirebbe per negare l'autonomia privata degli enti pubblici […]». Sull'autonomia dell'amministrazione cfr. anche A. Romano, *Introduzione*, cit., p. 9 ss., il quale, pur non negandone la predicabilità, ne evidenzia un tratto caratteristico rispetto all'autonomia dei privati: «l'autonomia delle Amministrazioni, se è attribuita dall'ordinamento generale, e, quindi, intrinsecamente delimitata da esso come quella di ogni altro suo soggetto, presenta un suo ulteriore carattere specifico ed essenziale: è altrettanto intrinsecamente finalizzata; più precisamente, è finalizzata al perseguimento di quegli interessi collettivi per il cui raggiungimento è stata attribuita: che ne costituiscono la giustificazione giuridica. Per questo […] non è mai libera come quella dei privati, ma si dice discrezionale; ossia, quantomeno vincolata nel fine». L'affermazione, si badi, è valida sia con riferimento alla capacità pubblicistica sia in relazione alla capacità di diritto comune: ed infatti, anche l'«esercizio da parte delle Amministrazioni della loro capacità di diritto comune […] deve essere parimenti finalizzato» (ivi, p. 11).

[31] B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, pp. 365-366. In tal senso, con specifico riferimento all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, cfr. anche C. Franchini, I *contratti della p.a. tra diritto pubblico e diritto privato*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Torino, Utet, 2007, p. 53

Specificando quanto si è appena ricordato, la migliore dottrina ha infatti dimostrato che, se è vero che «l'amministrazione esercita sempre lo stesso potere (precettivo), che può essere autoritativo o meno, ma rimane sempre un potere funzionalizzato», è peraltro vero che questa attività è parimenti disciplinata «almeno nelle linee fondamentali, sempre nello stesso modo»[32]. La tesi, nella dottrina che vi aderisce, si fa salda[33] e si compendia nell'icastica affermazione secondo cui per il potere amministrativo «vige un solo statuto giuridico»[34]: altrimenti a dirsi, tutta l'azione amministrativa – qui da cogliersi nell'alternativa tra il potere-strumento, da un lato, e, dall'altro, il potere-funzione esplicato nell'ambito di vicende negoziali – è sottoposta alle «fondamentali esigenze positivamente affermate nell'attuale ordinamento» ed ai principi ad esse riconducibili[35].

Ebbene, è in questa intima connessione tra il potere e la rilevanza dei principi fondamentali che può essere colta la necessarietà del procedimento e della sua qualificazione pubblicistica.

Da un lato, infatti, vi è una stretta connessione tra i principi e la procedimentalizzazione dell'agire amministrativo: «i principi dell'azione amministrativa», si è infatti detto, «presuppongono necessaria-

---

ss., spec. 60: «sono la natura del soggetto e la finalità perseguita che improntano la disciplina di questo tipo di contratti e ne condizionano il regime, imponendo eventualmente prescrizioni peculiari. L'attività amministrativa, infatti, è sottoposta a uno statuto specifico che è assoggettato a una serie di regole, formali e sostanziali, e a un vincolo di scopo. […]. Nell'esercizio della propria funzione istituzionale [quindi], l'autorità amministrativa si trova a operare scelte sulla base di quanto indicato dalla legge, non avendo possibilità di agire liberamente: ad essa viene riconosciuta discrezionalità e non autonomia».

[32] F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, cit., pp. 452-453; si v. anche Id., *Attività amministrativa*, cit., p. 93 ss.

[33] Cfr. in particolare M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., p. 56 ss.; F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 44; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 119 ss. Sul punto, peraltro, cfr. M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 164, il quale, pur non contestando la fondatezza della surriferita ricostruzione dottrinale, afferma con tono critico che «il ricorso a siffatto statuto unitario […] sembra più che altro una concessione indulgente alla moda dell'*imbrication*, che, se presa sul serio, finisce però per sottovalutare che gli inderogabili principi evocati non sono, per così dire, neutri, ma coincidono con quegli stessi principi fondamentali sui quali si è costruito il diritto pubblico: sono cioè i principi pubblicistici».

[34] F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, cit., p. 453.

[35] Id., *Attività amministrativa*, cit., p. 97.

mente che questa si svolga in forma procedimentalizzata»[36]. Dall'altro lato, ad essere altrettanto serrata è la correlazione che intercorre tra i principi e la qualificazione del procedimento in chiave amministrativistica. Il che è stato espresso al punto di massima chiarezza da Enrico Follieri quando ha posto in evidenza che se, nell'impostazione offerta da Vincenzo Cerulli Irelli, la scelta del passaggio dal pubblico al privato deve comunque assicurare «che in ogni caso sia garantito il rispetto dei principi fondamentali dell'azione amministrativa»[37] (insomma, lo statuto giuridico unitario), allora «è meramente nominalistico e formale definire privatistico il procedimento: la sostanza non muta»[38].

Ebbene, è in ragione dell'insieme delle considerazioni sinora svolte che può essere affermata e giustificata la natura amministrativistica del procedimento di gara. La qualificazione pubblicistica della fattispecie non riflette pertanto una scelta del legislatore: al contrario, se così si può dire, è una "non scelta", ovvero è una conseguenza del particolare assetto ordinamentale in cui opera l'amministrazione nella cura di interessi pubblici in senso oggettivo[39].

Se poi si passa dal regime dell'attività al regime dell'atto le con-

---

[36] Ivi, p. 98. Sulla dimensione funzionale del procedimento amministrativo cfr. F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., *passim*, e A. Zito, *Profili funzionali del procedimento*, cit., p. 159 ss.

[37] V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., p. 140.

[38] E. Follieri, *Gli esigui spazi della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., il quale poi aggiunge che «la fase preparatoria della formazione [della volontà] per la pubblica amministrazione è la medesima, a prescindere dal modulo, privatistico o pubblicistico, ed è rappresentata dal procedimento amministrativo».

[39] Secondo S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 93, l'evidenza pubblica è «un vero e proprio procedimento amministrativo», ed anzi, proprio come il procedimento di esproprio, essa configura l'«archetipo del procedimento amministrativo». Ancorché riferendosi alla configurazione "amministrativistica ed atipica" delle gare preliminari alle trattative private, S. Perongini, *Le gare preliminari alla trattativa privata*, cit., p. 153, ha correttamente rilevato che il tratto caratterizzante della doverosità, oltre a precludere «la possibilità di rinvenire posizioni di autonomia privata» (v. anche *supra* nt. 30), introduce «profili pubblicistici» che alterano «radicalmente la struttura e la natura» dell'attività svolta. A tal riguardo, e collegando quanto qui ricordato con quanto detto *supra* in corrispondenza delle nt. 29-31, si consideri quanto affermato da C. Franchini, I *contratti della p.a. tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 60: distinguendo tra discrezionalità e autonomia (posizione impredicibile per l'amministrazione agente), l'A. afferma che «[l]a prima riguarda beni e interessi collettivi o pubblici di norma non disponibili e si caratterizza per l'eteronomia delle finalità e per la doverosità funzionale. La seconda concerne beni o interessi privati disponibili ed è libera nei fini».

seguenze non paiono mutare. Come affermato in dottrina, infatti, una volta valorizzata la componente funzionale dell'attività amministrativa – che nella vicenda di gara è l'unico tratto realmente caratterizzante l'azione del committente pubblico –, ciò che ne consegue è l'applicazione di «un regime di invalidità che privilegia gli aspetti funzionali su quelli strutturali»[40].

Alla luce di tutto quanto considerato, non si può quindi ritenere che la dimensione pubblicistica della vicenda di gara corrisponda (non possa che corrispondere) ad una precisa scelta di diritto positivo[41]. Ve-

[40] B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., p. 366. D'altronde, ed *a fortiori*, non può nemmeno trascurarsi il rilievo prodotto dall'incasellamento della vicenda entro le maglie del procedimento amministrativo; ed infatti procedimento e regime giuridico dell'atto rappresentano un tutt'uno, come si può desumere dal fatto che alla patologia del primo corrisponde sul secondo un determinato sindacato ed un certo regime giuridico delle invalidità (per ragioni evidentemente antitetiche si fa riferimento alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere e alla disciplina recata dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990). Si consideri, poi, che il diritto positivo configura esplicitamente come provvedimenti l'aggiudicazione (art. 32, comma 9, d.lgs. n. 50/2016), l'esclusione e l'ammissione dell'operatore economico (art. 76, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 50/2016).

[41] Se una scelta deve essere identificata, si crede che quella ricorra proprio laddove si è invece soliti affermare l'indifferenza rispetto ai regimi giuridici applicabili. Benché, infatti, non manchino affermazioni dottrinali in relazione alla ritenuta neutralità della normativa comunitaria sugli appalti pubblici in merito alla qualificazione del regime applicabile alla fase di scelta del contraente (per E. Picozza, *Attività private, interessi pubblici, giurisdizione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1996, 2, p. 801 ss., spec. 810-811, infatti, «l'obbligo comunitario di applicare le regole C.E. sugli appalti pubblici non comporta automaticamente […] l'adozione di atti e provvedimenti sostanzialmente amministrativi»), sembra assolutamente condivisibile la diversa impostazione offerta da una parte degli interpreti, laddove si è affermato che le direttive comunitarie avrebbero in realtà «mutuato» le procedure di gara e il tipo di tutela «dal modello francese dell'evidenza pubblica», che come noto si articola e sviluppa attorno al regime giuridico degli atti amministrativi separabili (*détachables*); tanto è vero – si è poi aggiunto – che la giurisprudenza della Corte di giustizia «sembra postulare come del tutto necessaria l'esistenza di "un atto di diritto amministrativo che possa essere conosciuto dagli interessati e che possa costituire oggetto di un ricorso d'annullamento"» (S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., pp. 19-20). Cfr. anche M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, cit., p. 747: «[l]e direttive e la loro attuazione mantengono l'impostazione classica del procedimento amministrativo. Io non so se liberare la materia dei contratti pubblici da questa sovrastruttura o impalcatura pubblicistica porterebbe necessariamente a risultati migliori. So soltanto che proprio le nuove direttive vanno nella direzione di dare maggiore flessibilità alle stazioni appaltanti e, quindi, non vi è la privatizzazione del rapporto né vi sono applicazioni del diritto civile».

ro è, però, che, sotto la vigenza dell'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990, l'esplicitazione della qualificazione amministrativistica del procedimento e degli atti di gara parrebbe essere strada obbligata al fine di distogliere l'azione non autoritativa dal rinvio alle «norme di diritto privato». Eppure, ferma restando la discussa utilità della previsione ora richiamata[42] – d'altronde se lo statuto giuridico unitario ha un forte addentellato costituzionale, la sottrazione da quel regime giuridico non può farsi dipendere dalle previsioni di una legge ordinaria[43] – anche sulla assenza della autoritatività nella fase di gara è bene intendersi[44].

---

[42] Per M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 201, «è ben arduo pensare che una disposizione del genere abbia di per sé la forza di incrinare un sistema ultrasecolare, potendo al più divenire ragione, così come avvenuto per gli atti di imperio, di una rinnovata confluenza di ogni atto amministrativo nel concetto 'legislativo' di atto 'autoritativo'». Per una parte della dottrina, peraltro, l'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990, legittimerebbe «tutte le possibili deroghe al diritto comune dei contratti» (D. de Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1 bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in F. Mastragostino (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, Bononia University Press, 2007, p. 29 ss.). Più in generale, su tale disposizione si v. N. Paolantonio, *Articolo 1, comma 1*-bis*: principi generali dell'attività amministrativa*, in N. Paolantonio, 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, Giappichelli, 2005, p. 77 ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 3, p. 947 ss.; G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., p. 69 ss.

[43] Rimane cioè ancora valido l'insegnamento di F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, cit., p. 439: se per l'A. la deroga allo statuto unitario richiede «una disposizione di legge», e se oggi quella deroga può dirsi essere stata assunta al massimo livello di genericità dal citato comma 1-*bis*, ciò peraltro non esime dal ritenere, in accordo con Scoca, che «ove siffatte disposizioni derogatorie rispetto allo statuto sussistano, si pone un problema di interpretazione, o un problema di legittimità costituzionale: ognuna delle due strade può portare, come è auspicabile, alla riemersione dello statuto amministrativistico». D'altronde, come osservato da A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 104, l'entrata in vigore dell'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990 non avrebbe affatto scalfito la persistente attualità della «prospettiva "funzionale" o "funzionalizzante" dell'attività di diritto privato"». Il che può essere peraltro spiegato ricordando la critica mossa all'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990, da F.G. Scoca, *Il punto sulla disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, p. 5 ss.: se calata nella prospettiva della de-procedimentalizzazione, quella previsione assume «valore eversivo»; se intesa nel senso più conforme ai canoni ordinanti dell'attività amministrativa, essa, invece, non assume «alcun valore innovativo, dato che da sempre ed universalmente si ammette che l'amministrazione abbia capacità di diritto privato».

[44] Che non vi sia immediata correlazione tra regime amministrativo e autoritatività è un dato evidenziato da C. Marzuoli, *Consenso e attività amministrativa*

Più in particolare, se si può in fondo convenire con chi ha rilevato che il potere che sta alla base delle vicende contrattuali ad evidenza pubblica non può considerarsi autoritativo, giacché «l'adozione dell'atto consensuale è indispensabile per raggiungere un determinato regolamento di interessi»[45], non altrettanto condivisibile è, invece, l'affermazione di una generalizzata assenza di autoritatività in relazione alle molteplici attività della fase di gara.

Che gli atti dell'evidenza pubblica «non [siano] dissimili contenutisticamente dall'articolazione dei procedimenti di scelta dell'altro contraente, che qualunque cittadino potrebbe adottare»[46] è infatti affermazione condivisibile, ma non per questo dirimente ai fini dell'esclusione della autoritatività.

Invero, il carattere dell'autoritatività potrà certo stridere con l'idea di una amministrazione che, fatto salvo il regime giuridico amministrativistico, contratta al pari di un privato: così, come nessuno direbbe mai che l'esclusione di un concorrente da un appalto privato è fattispecie autoritativa, altrettanto dovrebbe dirsi nei casi in cui il soggetto agente sia l'amministrazione pubblica. Non che manchi l'autoritatività intesa come capacità di «agire nell'interesse altrui (cioè non nell'interesse proprio)» attraverso l'incisione della «sfera giuridica altrui, senza necessità del consenso»[47]; ma, trasponendo la

---

in due libri recenti, in *Dir. pubbl.*, 1998, 2, p. 585 ss., spec. 595, laddove afferma, per l'appunto, che «la amministratività non comporta autoritatività».

[45] F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, cit., p. 542.

[46] G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 89. Nello stesso senso cfr. G. Pericu, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 297, laddove, una volta espressi seri dubbi sulla sussistenza della autoritatività nelle vicende contrattuali – «riesce difficile comprendere quali siano gli effetti autoritativi di una decisione di un Comune di affidare in appalto la costruzione di un'opera pubblica» –, si afferma che «si tratta di comportamenti del tutto simili a quelli che pone in essere una persona giuridica privata che decida di affidare in appalto l'esecuzione di lavori di proprio interesse».

[47] V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., p. 77. Come rilevato da B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., p. 403, «anche gli atti paritetici, cioè quelli con i quali l'amministrazione agisce come un datore di lavoro privato, atti non imperativi per eccellenza, rispondono pienamente al concetto di imperatività». Correttamente A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 138, rileva che la tesi dell'assenza della autoritatività va specificata nel senso che vi sono «alcune significative eccezioni», tra cui il provvedimento di aggiudicazione. Sul punto cfr. anche S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto*, cit., p. 97 e nt. 140, laddove l'A. contesta alla ricostruzione

vicenda entro le maglie privatistiche, la fattispecie si direbbe essere al più caratterizzata dall'unilateralità[48].

Eppure, la conclusione pare mutare se l'autorità va intesa nel senso marcato da una parte della dottrina: l'«agire *in quanto autorità*» significa operare «entro un regime giuridico che rende rilevante in relazione all'atto compiuto la speciale qualità dell'agente, la sua *diversità* dai soggetti di diritto comune»[49]. Ed infatti, *i)* abbandonata l'idea che autorità significhi supremazia e privilegio[50], *ii)* considerata l'autorità come la «sintesi» della «natura funzionale» dell'attività e «del conseguente regime giuridico dei relativi atti»[51] *iii)* e rilevata l'operatività, nel corso della gara, della funzionalizzazione e del connesso regime giuridico, non si vede quale sia l'ostacolo nell'affermare che nell'ambito della vicenda precontrattuale l'amministrazione agisce unilateralmente siccome autorità.

---

offerta da Guido Greco la generalizzata assenza di autoritatività: «[b]asti pensare al fatto che l'amministrazione nella valutazione delle offerte incide sulle posizioni giuridiche dei privati, o in modo ancor più evidente quando l'amministrazione esclude dalla gara un concorrente. In questi casi appare difficile obiettare che l'amministrazione non eserciti un potere autoritativo».

[48] Circa la «necessità» di distinguere l'autoritatività dall'unilateralità si tenga presente quanto affermato da A. Travi, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo*, cit., pp. 170-171: mentre la prima è «da intendersi come imposizione della decisione dell'amministrazione, senza il consenso del destinatario», la seconda «ha una valenza ben più ampia e attiene all'imputazione degli effetti giuridici al solo atto dell'amministrazione».

[49] G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 236.

[50] Come osserva M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 189, «[l]'errore più banale che, al riguardo, può diffusamente riscontrarsi nella dottrina è l'idea che, qualificando un atto come autoritativo, si voglia un'amministrazione più autoritaria. Si tratta invece esattamente del contrario: questa qualificazione è soltanto un modo per sottoporre al più garantistico regime di diritto pubblico un atto che rientra comunque nei compiti che l'ordinamento attribuisce alla pubblica amministrazione». Sull'erosione dei privilegi pubblicistici nelle vicende contrattuali si v. l'ampia ricostruzione offerta da A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 77 ss. Sulla «confusione tra poteri e privilegi» indotta dall'«idea di supremazia» cfr. B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., p. 392, il quale richiama l'opera di D. Serrani, *Lo Stato finanziatore*, Milano, FrancoAngeli, 1971, p. 204 ss. e la distinzione lì proposta tra «privilegio» e «situazioni di potere».

[51] B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., p. 288. Per M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Studi sull'autoritarietà nella funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 8-9, in forza della funzionalizzazione, è «possibile riportare tutta l'attività amministrativa alla disciplina generale per essa dettata dall'ordinamento giuridico, dunque infine all'autoritarietà del potere».

2.2. *Oltre il potere: attualità e mistificazioni del "privilegio" amministrativo nella fase di gara*

Traendo le fila del discorso sinora intrapreso, conviene ripartire da dove si sono prese le mosse, e cioè dall'affermazione della Corte costituzionale circa la connessione tra la funzionalizzazione e il regime pubblicistico della fase di gara.

Per quanto si è sin qui osservato, si può e si deve ribadire la correttezza della posizione assunta dalla Consulta laddove ha affermato che l'attività precontrattuale del committente pubblico, «essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico», ha una natura «tipicamente procedimentale» e si caratterizza per la spendita di «poteri amministrativi»[52].

Nondimeno, l'argomentazione sopra esposta induce altresì (ed *a fortiori*) a confermare l'impossibilità di condividere gli sviluppi della tesi fatta propria dal giudice delle leggi: ed infatti, vi è da riaffermare che, se la funzionalizzazione informa di sé il regime di tutta l'attività amministrativa[53], il ritenere che la stipula consegni il successivo agire amministrativo all'alveo dell'«autonomia negoziale» è conseguenza che, a fronte della descritta pervasività dello statuto unitario, non è necessariamente assiomatica. Sul punto, ad ogni modo, si tornerà più oltre (*infra* cap. IV).

Ciò che rimane qui da evidenziare è invece un ulteriore dato, utile a rimuovere la fonte di un ennesimo possibile equivoco. La sussistenza del potere (nei termini sopra precisati) e la ricostruita veste di autorità di cui si ammanta il committente pubblico sono fattori che potrebbero indurre a rievocare l'immagine del «piedistallo»[54]

---

[52] C. cost., 23 novembre 2007, n. 401.

[53] Per S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., p. 21, il «doveroso perseguimento del fine pubblico è ugualmente presente, con la medesima intensità ed efficacia, in tutta l'attività negoziale, sia nella fase comunemente definita pubblicistica, sia in quella – per così dire – meramente esecutiva, successiva all'individuazione del contraente».

[54] Ancorché riferita alla fase esecutiva del rapporto contrattuale, si fa qui richiamo alla celebre affermazione di F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., p. 332, secondo cui «dal piedistallo l'amministrazione scende con un piede solo, e, si direbbe, con scarsa convinzione, per risalirvi e poi discenderne di nuovo».

che tanta fortuna ha riscosso in dottrina. Esito, questo, scontato se si muove dalla massima secondo la quale «il soggetto pubblico […] non può dirsi vero contraente, perché *contratta esercitando potestà autoritative*»[55]: eppure, come si avrà modo di constatare nei prossimi paragrafi, una lettura aggiornata della vicenda consente certamente di escludere un siffatto esito.

Ad ora, ciò che è bene ribadire è che il tratto caratterizzante di questa pubblicizzazione non è affatto il privilegio. La «statutarietà amministrativa», infatti, come correttamente affermato, è «specialità riferita e giustificata dalla funzione (e dalla cui necessità è dunque circoscritta), non diseguaglianza fondata sulla natura del soggetto»[56]; affermazione, questa, a cui si deve raccordare l'analisi di quella dottrina che ha saputo dimostrare che questa specialità «corrisponde, paradossalmente, alla minore libertà dell'amministrazione rispetto ai privati»[57].

Se l'invocata pubblicizzazione dell'attività negoziale non funge da fattore di privilegio, è peraltro bene intendersi sul significato più aggiornato del "vantaggio" del committente pubblico.

Quel vantaggio è spesse volte correlato alla più rilevante delle facoltà accordate dal regime amministrativistico: l'autotutela pubblicistica.

A tal riguardo, è giusto il caso di osservare che la normativa non abbonda di riferimenti, ad esclusione dell'art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, ove si fa rinvio ai «poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti» (in specie, quelli di revoca e di annullamento d'ufficio di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n.

---

[55] Ivi, p. 323.

[56] P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 56.

[57] A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 129. Si v. anche Commissione Europea, *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, 2005, p. 12: «gli acquirenti pubblici hanno maggiori obblighi rispetto agli acquirenti privati perché devono mirare ad ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo ed essere imparziali nelle procedure di appalto […]. Essere imparziali significa offrire pari opportunità e garantire la trasparenza». Più in generale, cfr. M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 192, secondo il quale «[n]on vi è infatti alcun dubbio, che restringere l'area dei rapporti pubblicistici segna […] una regressione illiberale, se non autoritaria, della scienza amministrativistica, poiché implica un drastico ridimensionamento della tutela nei rapporti che da quella qualificazione rimangono esclusi».

241/1990); ma è altresì opportuno avvertire che un più esplicito richiamo apparirebbe del tutto superfluo, tenuto conto che il comma 8 dell'art. 30 contiene un rinvio generalizzato alle disposizioni della l. n. 241/1990. Ed infatti, secondo uno stabile orientamento del giudice amministrativo, «fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva rientra […] nel potere discrezionale dell'Amministrazione disporre la revoca [e l'annullamento d'ufficio] del bando di gara e degli atti successivi» e «pure dopo l'aggiudicazione definitiva non è precluso all'Amministrazione appaltante di revocarla [e annullarla], in presenza di un interesse pubblico concreto specificamente indicato nella motivazione del provvedimento di autotutela»[58].

[58] Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5266. Cfr. altresì, Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2418; Cons. St., sez. III, 26 settembre 2013, n. 4809; Id., 11 luglio 2012, n. 4116. Quanto ai limiti all'esercizio della revoca a seguito della stipula del contratto si v. *infra* par. 2, cap. IV). È poi opportuno evidenziare che la giurisprudenza esclude che l'amministrazione possa agire in autotutela sull'aggiudicazione provvisoria – ossia sulla proposta di aggiudicazione, secondo la nomenclatura degli artt. 32 e 33, d.lgs. n. 50/2016 (cfr. Tar Campania, Napoli, sez. V, 28 dicembre 2018, n. 7426) – stante la sua natura di atto endoprocedimentale e non di atto conclusivo della procedura. La revoca di questo atto, pertanto, non è qualificata alla stregua dell'istituto di cui all'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, ma come «mancata conferma». In tal senso cfr. Cons. St., sez. V, 9 novembre 2018, n. 6323 e Id., 7 novembre 2018, n. 6294, laddove si afferma che «la possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara non faccia seguito quella definitiva è evento del tutto fisiologico, che esclude qualsivoglia affidamento tutelabile e che pertanto non richiede il rispetto delle forme proprie dell'autotutela amministrativa decisoria». Si consideri anche quanto sostenuto da Cons. St., sez. V, 11 ottobre 2018, n. 5863, e cioè che «qualora, nell'ambito di una gara d'appalto, non sia confermata l'aggiudicazione provvisoria, non è possibile esercitare alcun potere in via di autotutela, tale da richiedere il confronto tra l'interesse pubblico e quello privato e il conseguente puntuale obbligo di motivazione in capo all'amministrazione, ciò in quanto non è prospettabile un affidamento del destinatario dell'aggiudicazione provvisoria, trattandosi di un atto che non è conclusivo del procedimento di evidenza pubblica». Si tratta di una specificazione necessaria non solo perché da essa derivano alcune ricadute pratiche – tra cui la non necessarietà del raffronto fra interesse pubblico e privato, l'irrilevanza della motivazione e la non obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento (così Tar Lazio, Roma, sez. I, 13 settembre 2018, n. 9333) – ma anche perché essa porta con sé l'affermazione, fondamentale ai fini della responsabilità precontrattuale ma oggi, come si vedrà, non più accettabile, dell'esclusione di qualsivoglia affidamento in capo all'aggiudicatario provvisorio. Sul susseguirsi di atti e controlli nella fase conclusiva dell'evidenza pubblica si v. peraltro G.D. Comporti, *La flessibilità*, cit.,187-192, il quale rileva una «artificiosa gemmazione per distinzione di un momento giuridicamente unitario di perfezionamento del processo negoziale» che «sembra riflettere in pieno l'ideale liberale dell'importanza, ai fini tutori, della segmentazione di attività e fasi» (pp. 118-189).

Ciò chiarito, è però bene precisare un dato qui dirimente: se vantaggio vi è (*rectius*: vi era), esso non va (*rectius*: andava) identificato nella possibilità di fare ricorso all'autotutela – giacché anche il privato che invita ad offrire può recedere dalle trattative –, quanto piuttosto negli effetti giuridici che una certa tradizione ha precluso.

Si giunge per questa via al tema cruciale della responsabilità precontrattuale[59]; un tema, questo, non a caso definito «illuminante»[60], proprio perché capace di disvelare un'ultima ma rilevantissima area di privilegio: l'esclusione (nei termini appresso precisati[61]) della responsabilità *per culpa in contrahendo* del committente pubblico.

---

[59] Su cui è imprescindibile il rinvio a G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000.

[60] F. Ledda, *Per una nuova normative sulla contrattazione pubblica*, cit., p. 340.

[61] Può essere comunque utile evidenziare sin d'ora i casi che tradizionalmente sono stati elevati a ipotesi di scuola del collegamento tra l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistica e la responsabilità per *culpa in contrahendo*. La responsabilità precontrattuale può sussistere sia in presenza dell'annullamento d'ufficio degli atti di gara (per vizi di cui l'amministrazione si sia avveduta solo a seguito dell'aggiudicazione definitiva o che avrebbe dovuto rilevare all'inizio della procedura) sia come conseguenza dell'adozione di provvedimenti di revoca, che come tali presuppongono la legittimità degli atti pregressi, e che sono identificati usualmente in tre ipotesi: *i)* revoca del bando e della aggiudicazione a causa di un'ampia modifica del progetto; *ii)* revoca per impossibilità di eseguire l'opera per mutamento delle condizioni dell'intervento; *iii)* revoca dell'aggiudicazione (così come la rinuncia alla stipulazione del contratto) per assenza di fondi. Cfr. Tar Campania, Salerno, sez. I, 12 aprile 2016, nn. 1017 e 1016; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 febbraio 2015, n. 579; Cons. St., sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790. In particolare, sulla responsabilità precontrattuale per revoca dell'aggiudicazione a causa della mancanza delle risorse finanziarie si v. Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, secondo cui, se è pur vero che siffatto provvedimento vale «a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare», ciò non esclude la possibilità che sussista una lesione dell'affidamento suscitato dagli atti di gara prodromici: «invero l'impresa non poteva non confidare, durante il procedimento di evidenza pubblica, dapprima sulla "possibilità" di diventare affidataria del contratto e più tardi – ad aggiudicazione intervenuta – sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso» (in tema si v. M. Corradino, *Contenzioso e responsabilità nel settore degli appalti pubblici: elementi di continuità e di novità nel recente codice dei contratti pubblici*, in G.F. Cartei (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 428 ss.). Ampio è lo studio delle ipotesi di esercizio del potere di autotutela nella fase dell'evidenza pubblica condotto da M. Reggio d'Aci, *Responsabilità pre-contrattuale negli appalti pubblici e casistica giurisprudenziale*, in *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali*, Torino, Utet, 2009, p. 265 ss., spec. 275-303.

3. *La responsabilità precontrattuale nella fase dell'evidenza pubblica*

3.1. *Profili generali della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un percorso travagliato*

La tematica della responsabilità precontrattuale delle stazioni appaltanti nelle procedure ad evidenza pubblica richiede alcune preliminari e più generali annotazioni.

Le previsioni recate dal codice civile del 1942[62] e la portata della più recente estensione delle ipotesi di responsabilità per *culpa in contrahendo* non sono percepibili nella loro innovatività se non si considera che, all'inizio del Novecento, nell'ordinamento italiano era possibile imbattersi nell'affermazione secondo cui solo a fronte di un contratto stipulato ma invalido «si può parlare di legittime aspettative risarcibili», ciò essendo invece precluso nella ipotesi delle negoziazioni interrotte, perché «nel corso delle trattative se uno agisce confidando nella futura conclusione, agisce tutto a suo rischio e pericolo»[63].

Benché agli albori del Novecento altra parte della dottrina, facendo seguito allo studio di Jhering[64], delineò una prima elaborazione della responsabilità precontrattuale per rottura delle trattative,

---

[62] Si consideri che, prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie riferivano la responsabilità per fatti collocati nella fase precontrattuale all'art. 1151 del codice civile del 1865 («ogni fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno») e pertanto la risolvevano nel generico dovere del *neminem laedere* (cfr. A. Verga, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, Cedam, 1941, p. 100).

[63] L. Coviello, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., p. 727. Per un'ampia ricostruzione delle origini della responsabilità precontrattuale si v. V. Bellomia, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 15-33.

[64] Si v. *supra* nt. 27, cap. II. Si consideri che la tesi di Jhering, differentemente da quanto è stato talvolta sostenuto (cfr. F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 2), non si limitava ad affermare la responsabilità nel caso di contratto stipulato ma invalido, ma la estendeva, seppur in via residuale e non così determinante, anche all'ipotesi dell'interruzione delle trattative (cfr. C. Turco, *L'interesse negativo nella* culpa in contrahendo *(verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 2, p. 165 ss.).

la dottrina coeva mostrava comunque alcune resistenze[65], talvolta finanche ricordando, per rincuorare quanti temessero per la serietà delle trattative finanziarie ed economiche, che «nulla si distrugge e nulla è vano nella vita economica: ciò che non serve oggi [ovvero, ciò che è servito per trattare] può utilizzarsi il giorno dopo»[66].

Insomma, prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, ferma la responsabilità precontrattuale da contratto invalido – una parte della dottrina valorizzava, a tal riguardo, il concetto di "fiducia" nell'acquisto del diritto di credito derivante dal contratto stipulato o di "affidamento" nella validità del contratto –, era forte l'avversione all'ammissibilità della responsabilità per rottura delle trattative, in relazione alla quale rilevava il diverso (e qualitativamente minore) stato di "speranza" nella conclusione del contratto[67].

Quanto precede è rilevante perché, a margine del suo valore storico, è sulla base di simili premesse che, per parte della dottrina, è andato maturando l'orientamento giurisprudenziale che ha preteso di estendere il binomio "affidamento-contratto" dalla ipotesi principale dell'invalidità del negozio a quella del recesso dalle trattative. Orientamento, quest'ultimo, per nulla irrilevante, tenuto conto che è per questa via che la responsabilità precontrattuale per rottura delle negoziazioni è stata fatta dipendere dalla sussistenza di un legittimo affidamento alla conclusione del contratto e dal consequenziale dato temporale dell'avanzamento delle trattative (v. anche *infra* par. 3.2.)[68].

A tal riguardo, si consideri che, se l'art. 1338 c.c. ripropone l'ipotesi tradizionale di responsabilità per invalidità del contratto[69]

---

[65] Cfr. G. Carrara, *La formazione dei contratti*, Milano, Vallardi, 1915, pp. 14-15, per il quale le trattative sarebbero caratterizzate da una forte aleatorietà, tenuto conto della loro natura «incerta e irta di difficoltà e ostacoli».

[66] D. Borasio, *Attività precontrattuale, proposta e trattative*, in *Dir. pratica comm.*, 1928, p. 101 ss., spec. 127. Si consideri poi la posizione di V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1915, p. 512, secondo il quale «il rischio di vedere troncate le trattative è reciproco ed il volerlo sempre compensato può tradursi in una remora alle iniziative contrattuali».

[67] Cfr. A. Verga, *Errore e responsabilità nei contratti*, cit., p. 96.

[68] Così G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., pp. 7 e 30-36.

[69] Si consideri però quanto affermato da G. Patti, S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, in P. Schlesinger (diretto

ed al contempo costituisce una fattispecie speciale riconducibile al più ampio *genus* recato dal disposto dell'art. 1337 c.c.[70], è proprio quest'ultima previsione, in quanto clausola generale ed aperta, ad aver lasciato agli interpreti il dovere di individuare quali comportamenti fossero rilevanti nella contestazione della violazione del dovere di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto[71].

Ebbene, per giurisprudenza consolidata, perché sussista la responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. è necessario *i)* che vi siano trattative in corso tra le parti, *ii)* che quelle trattative abbiano raggiunto uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che si assume lesa il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, *iii)* che la controparte, che si assume essere responsabile, abbia interrotto i negoziati

---

da), *Il Codice Civile Commentario*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 162-163, e cioè che vi è una determinante differenza fra la logica dell'art. 1338 c.c. e l'ipotesi di responsabilità per invalidità individuata da Jhering: per la disposizione del codice civile la responsabilità non deriva dall'aver posto in essere una causa di invalidità del contratto, ma dal fatto di aver disatteso l'obbligo, anch'esso discendente dal dovere di buona fede, di darne comunicazione all'altra parte.

[70] In tal senso, si v. F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 57, e M.L. Loi, F. Tessitore, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 51. Si v. però C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 401, secondo cui «la norma è spesso intesa come una specificazione del precetto di buona fede nelle trattative. Tuttavia, qui la responsabilità si fonda pur sempre sul comportamento doloso o colposo del soggetto».

[71] Così, R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, II, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di Diritto Civile*, Torino, Utet, 2004, p. 235. Rispetto a questa delega "implicita", non è qui necessario tenere conto dell'atipicità, oramai pacificamente ammessa, delle ipotesi di responsabilità precontrattuale ricadenti nell'alveo dell'art. 1337 c.c. In tema si v. A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli, C. Granelli, Milano, Giuffrè, 2017, p. 551 ss., nonché l'ampia casistica riportata in G. Chinè, M. Fratini, A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Molfetta, Neldiritto, 2018, p. 1190 ss. Si consideri in particolare che, a margine delle tradizionali ipotesi di recesso dalle trattative e di mancata informazione sulle cause di invalidità del contratto, la giurisprudenza ha individuato due principali casi di responsabilità precontrattuale. L'uno corrisponde all'ipotesi del contratto valido ma svantaggioso (cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725); l'altro, invece, riguarda fattispecie attinenti alla tutela del "terzo" e che sono riferite alla violazione del dovere di correttezza nel corso di trattative instaurate tra altri soggetti, laddove rileva lo *status* professionale dell'intermediario e l'interesse del terzo alla conclusione positiva (ossia, a lui favorevole) della trattativa (cfr. Cass., sez. un., 8 aprile 2011, n. 8034 e Cass., sez. III, 18 luglio 2012, n. 10403). Si segnala che, in questa e nelle successive note, i rinvii alle sentenze della Corte di cassazione si intendono fatti alle sezioni civili, salvo espressa e diversa indicazione.

senza un giustificato motivo *iv)* e che in capo alla parte che invoca l'altrui responsabilità non siano contestabili fatti idonei a escludere il suo affidamento ragionevole alla conclusione del contratto[72].

Ecco quindi che, come si anticipava, la giurisprudenza è solita identificare l'oggetto dell'affidamento nella conclusione del contratto e, di tutta conseguenza, richiede (si direbbe, quasi logicamente) che le trattative abbiano raggiunto uno stadio avanzato: una conclusione, questa, che è sì pacifica in giurisprudenza, ma che è al contempo distonica rispetto all'esatto rilievo mosso da quanti hanno evidenziato che l'art. 1337 c.c. non si riferisce affatto ed esclusivamente alla fase finale delle trattative[73].

Fermo quanto precede, vi è da anticipare che l'assoggettamento dell'attività della pubblica amministrazione alle regole civilistiche di correttezza e buona fede è un dato oggi assolutamente pacifico[74], che ha trovato recente «conferma»[75] nel nuovo comma 2-*bis* dell'art. 1, l. n. 241/1990[76], e che a livello giurisprudenziale si è assestato in una affermazione alquanto decisa: «nello svolgimento dell'attivi-

---

[72] Così, *ex multis*, Cass., sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545; Id., 10 marzo 2016, n. 4718; Id., sez. I, 13 giugno 2014, n. 13507; Trib. Milano, sez. spec. Impresa, 4 maggio 2017, n. 4927; Tar Lazio, Roma, sez. II, 1° luglio 2016, n. 7592.

[73] Così G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 34, nt. 96. Il tema sarà ripreso *infra* par. 3.2.

[74] In tema, cfr. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 159 ss.; M. Macchia, *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 4, p. 403 ss.; G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 311 ss.

[75] M. Macchia, *Il procedimento amministrativo a trent'anni dalla legge generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 6, p. 697 ss., spec. 700.

[76] Peraltro, prima ancora dell'esplicitazione recata dal citato comma 2-*bis*, altre disposizioni e tecniche legislative avevano palesato l'assoggettamento della pubblica amministrazione alle regole poste a presidio dell'affidamento del privato. Il che, come osservato da Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, è avvenuto talvolta direttamente (cfr. i vincoli temporali e "modali" all'esercizio dei poteri di autoannullamento e di revoca nel caso di provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici *ex* artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990), talaltra indirettamente, conformando il comportamento dell'amministrazione (cfr. art 1, l. n. 241/1990) e talaltra ancora intervenendo con previsioni a carattere "sanzionatorio" (cfr. art. 2-*bis*, comma 1, l. n. 241/1990).

tà autoritativa, la p.a. è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali»[77].

È quindi oggi un dato altrettanto pacifico che l'amministrazione nel corso dell'*intero arco* delle trattative negoziali debba orientare il proprio comportamento ai precetti della buona fede oggettiva, potendo altrimenti incorrere in responsabilità precontrattuale: una responsabilità che, si badi, è altro dalla (ed anzi «presuppone» la) «legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale»[78], giacché si situa sul piano delle regole di condotta e non già sul piano delle regole di validità[79].

---

[77] Cons. St., sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2265. Nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. V, 10 agosto 2018, n. 4912; Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 15 aprile 2019, n. 236; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 6 novembre 2018, n. 2501.

[78] Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 gennaio 2019, n. 79; nello stesso senso Tar Lombardia, Milano, sez. II, 21 gennaio 2019, n. 118. Si consideri, però, che in dottrina è stato evidenziato come la giurisprudenza abbia talvolta affermato l'invocabilità della responsabilità precontrattuale anche a fronte di provvedimenti illegittimi: essa si configurerebbe laddove «il comportamento della p.a., oltre ad essere illegittimo, sia anche contrario ai principi di correttezza e buona fede e il danneggiato non chieda il risarcimento per lesione del bene della vita» (F. Manganaro, S. Gardini, *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Urb. app.*, 2015, 4, p. 457 ss., spec. 468, nt. 34). Più in particolare si consideri quanto statuito da Cass., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, ovvero che non è detto che in presenza di un provvedimento illegittimo si configuri solo una lesione dell'interesse legittimo e non anche una violazione dell'art. 1337 c.c., «dovendosi piuttosto ritenere che all'illegittimità del provvedimento amministrativo possa corrispondere una situazione di diritto tutelabile sotto l'uno o l'altro profilo a seconda della posizione assunta del privato nei confronti della p.a., e che, ove sia invocata la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, il vizio dell'atto assurga a circostanza rilevante ai fini della prova della ricorrenza della *culpa in contraendo* della stessa».

[79] Nei casi di responsabilità precontrattuale, infatti, si fa questione di danni da comportamento illecito e non già da provvedimento illegittimo, nel qual caso si disquisirebbe invece della responsabilità precontrattuale "spuria" o anche detta «una volgarissima responsabilità da lesione di interessi legittimi solo ambientalmente connessa alle trattative precontrattuali» (F. Caringella, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*., 2007; si v. anche F. Trimarchi Banfi, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, p. 1 ss., spec. 3): le regole di validità e di condotta dell'azio-

Sennonché, l'idea che una amministrazione possa essere assoggettata alla responsabilità precontrattuale è un dato, per l'appunto, solo oggi pacifico; ed anzi si consideri che quella distinzione (tra regole di condotta e di validità) nel passato è stata disattesa proprio per escludere l'applicabilità dell'art. 1337 c.c. nei rapporti prenegoziali della pubblica amministrazione.

È stato affermato, infatti, che diversa sarebbe la funzione svolta dall'art. 1337 c.c. nei rapporti tra privati, da un lato, e tra privato e pubblica amministrazione, dall'altro lato: nel primo caso, la disposizione avrebbe lo scopo di garantire nelle trattative l'equilibrio degli interessi contrapposti e di imporvi uno «spirito di collaborazione e di cooperazione»; nel secondo, invece, l'art. 1337 c.c. tenderebbe solo ad assicurare al privato che l'amministrazione «segua esattamente il procedimento di formazione della sua volontà negoziale»[80].

Insomma, se, come si dirà, il problema più recente ha toccato il *quando* della responsabilità precontrattuale, vi è stato un periodo in cui la questione è stata sollevata su di un piano ben più generale, ossia su quello dell'*an*[81].

L'inconfigurabilità della responsabilità precontrattuale è stata peraltro motivata da ragioni diversificate: la "presunta" impossibili-

---

ne amministrativa giacciono quindi su terreni differenti, poiché come la violazione delle prime non è funzionale all'invocabilità della responsabilità precontrattuale, così l'infrazione delle seconde non è capace di determinare l'invalidità del provvedimento di affidamento (in tal senso cfr. F. Manganaro, S. Gardini, *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, cit., p. 468). Più precisamente, come affermato a più riprese dalla giurisprudenza, l'art. 1337 c.c. individua una responsabilità da comportamento che grava sul diritto soggettivo «ad autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali ed a compiere le proprie scelte senza subire ingerenze illegittime, frutto dell'altrui scorrettezza» (Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5; si v. anche Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 19 novembre 2018, n. 304; Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2015, n. 11008; Tar Campania, Napoli, sez. V, 1° febbraio 2016, n. 607).

[80] F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 89 ss., spec. 94. Peraltro, si consideri che per Benatti, il problema dell'applicabilità dell'art. 1337 c.c. ai contratti della pubblica amministrazione dipendeva in gran parte dalla circostanza che nella disciplina contabilistica «coesiste una normativa pubblicistica e una privatistica: fin dove arrivi l'una e dove si arresti l'altra, non è dato ancora scorgere» (*ibidem*).

[81] In tema si v. G. Patti, S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., pp. 137-158.

tà per l'amministrazione di porre in essere atti (non già illegittimi) ma illeciti; l'insindacabilità del comportamento tenuto dall'amministrazione nel corso delle trattative, quello essendo pur sempre connesso a valutazioni (puramente discrezionali) di un pubblico interesse[82]; la disparità delle parti, con conseguente inconfigurabilità di un affidamento del privato alla stipula del contratto[83]; la sottoposizione della positiva conclusione della procedura al rigido regime dei controlli amministrativi[84].

L'inaugurazione di una nuova (e via via sempre più espansiva) interpretazione si ebbe solo a partire dagli anni Sessanta, quando la Corte di cassazione, superando il dogma dell'immunità amministrativa in sede di responsabilità precontrattuale[85], si adeguò alle con-

---

[82] Emblematicamente in tal senso Trib. Potenza, 5 luglio 1962, in *Giust. civ.*, 1962, I, pp. 2280-2282: «l'atto di volontà col quale l'ente pubblico decide di interrompere le trattative, non ravvisando la convenienza della stipulazione del contratto, implica la valutazione e l'apprezzamento di un pubblico interesse ed ha carattere squisitamente discrezionale. Da ciò consegue, in virtù dei principi che stabiliscono i limiti della giurisdizione ordinaria, che su di esso il giudice non può esercitare alcun controllo di merito per accertare se il comportamento della p.a. si sia conformato al dovere di diligenza e di prudenza posto dall'art. 1337 c.c. La ricerca della colpa presuppone infatti una indagine sulla correttezza del comportamento della p.a. e quindi sui motivi che determinarono l'interruzione delle trattative; ma essa, com'è palese, sostituendo l'apprezzamento del giudice a quello del competente organo amministrativo, oltre a tradursi in una inammissibile invadenza della sfera dei poteri riservati alla p.a., porrebbe un limite alla discrezionalità dell'atto, di fronte alla quale non possono sorgere diritti per il privato».

[83] Il privato al più poteva dirsi titolare di una aspettativa di mero fatto. In tal senso si v. Cass., sez. III, 13 luglio 1960, n. 1897, in *Giust. civ. rep.*, 1960, 2, p. 2460, secondo cui «la aspettativa del privato, in fase precontrattuale, rimane una mera aspettativa di fatto, con la conseguenza che non può essere attribuita alla pubblica amministrazione una responsabilità per *culpa in contrahendo* sul fondamento dell'art. 1337 c.c.».

[84] Cfr. in tal senso M.L. Chiarella, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 2016, 22, p. 1 ss., spec. 4; A. Passarella, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di Pirro?*, in *I contratti*, 2014, 2, p. 146 ss., spec. 151.

[85] La reticenza della giurisprudenza ad ammettere l'applicabilità dell'art. 1337 c.c. nella formazione dei contratti ad evidenza pubblica ricorda la reticenza della dottrina civilistica ad ammettere una responsabilità precontrattuale diversa da quella derivante dalla stipula di un contratto invalido (*supra* in questo par.) Non a caso, in tema di contratti pubblici, la stessa giurisprudenza che escludeva l'art. 1337 c.c. riteneva invece applicabile l'art. 1338 c.c. In tal senso, cfr. anche R. Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 146-147. Si

clusioni della migliore dottrina ritenendo che il compito del giudice non fosse quello di valutare se la parte pubblica fosse stata un corretto amministratore, bensì un corretto contraente[86].

Vi è però che quell'orientamento "rivoluzionario" nei suoi presupposti fu di fatto "temperato" nelle conseguenze applicative, tenuto conto che l'assoggettamento ai doveri di correttezza e di buona fede venne circoscritto alle sole trattative private, ovvero ai soli «casi in cui la Pubblica amministrazione si spoglia dei propri poteri pubblicistici ed opera come un qualunque altro soggetto»[87].

Trovava così conferma un orientamento alquanto restrittivo: nelle procedure ad evidenza pubblica, la procedimentalizzazione e la configurazione di poteri autoritativi implicavano la "disapplicazione" degli artt. 1337 e 1338 c.c.[88]; ed anzi, neppure disapplicazio-

---

consideri però che, per parte della dottrina (cfr. M.S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963, p. 265 ss., spec. 276) e della giurisprudenza (cfr. Cass., sez. un., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1238), la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione era da escludersi laddove l'invalidità fosse derivata da una norma imperativa, poiché questa situazione avrebbe escluso in radice l'affidamento del privato nella validità del contratto.

[86] Cfr. M. Nigro, *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, p. 457 ss. Il riferimento giurisprudenziale è fatto a Cass., sez. un, 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, p. 1165 ss. e a Cass., sez. III, 8 maggio 1963, n. 1142, in *Foro it.*, 1963, I, p. 1699 ss. Si consideri poi che la sentenza da ultimo citata, tradizionalmente ritenuta capostipite dell'evoluzione pretoria successiva, ha avuto in realtà un precedente in Cass., sez. un., 15 novembre 1960, n. 3042, in *Foro it.*, 1961, 1, p. 450.

[87] Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, ove si ricorda che la conseguenza fu quella «che nelle ipotesi successivamente sempre più ricorrenti – a seguito delle impostazioni di matrice comunitaria – di trattativa privata preceduta da gara informale non potevano applicarsi i principi civilistici della *culpa in contrahendo*». Il tutto, peraltro, con una evidente contraddizione: come osservato da G. Patti, S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 147, infatti, l'affermata esclusione della responsabilità per *culpa in contrahendo* nelle ipotesi precontrattuali procedimentalizzate tradiva il fatto che sarebbe stato pur sempre possibile individuare una fase antecedente alla stipulazione del contratto. Si consideri, però, che una parte minoritaria della giurisprudenza estese la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione anche al di fuori delle sole trattative private: cfr. Cass., sez. un., 21 ottobre 1974, n. 2972, in *Giust. civ.*, 1975, 1, pp. 16-18, e App. Bologna, 1° febbraio 1964, in *Foro it*, 1964, 1, pp. 853-857.

[88] In tal senso si v. Cass., sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545, in *Foro it.*, 1988, 1, p. 460, e Cass., sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892, in *Giur. it.*, 1995, 1, p. 95 ss. Per una lettura critica delle chiusure giurisprudenziali cfr. M. Renna, *Responsabilità*

ne, bensì esclusione, tenuto conto che ad essere esclusa era finanche la configurazione della vicenda alla stregua di una "vera e propria" trattativa[89].

L'evoluzione giurisprudenziale che ne è seguita ha poi operato un definitivo abbandono del problema dal punto di vista dell'*an*. Ma si trattava di un superamento, per così dire, parziale. Ed infatti, collocando il *quando* della responsabilità precontrattuale tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, la giurisprudenza finiva per confinare l'istituto ed il concetto stesso di trattativa entro ambiti applicativi piuttosto angusti. Eppure, ed al contempo, questo nuovo orientamento si mostrava sensibile all'interpretazione più comune dell'art. 1337 c.c.: d'altronde, se l'affidamento è tale rispetto alla conclusione del contratto, allora l'unico soggetto che può far valere la responsabilità precontrattuale del committente pubblico è (non può essere che) l'aggiudicatario definitivo[90].

Estesa, quindi, la responsabilità per *culpa in contrahendo* al di fuori delle mere trattative private, rimaneva però confermato che la fase di affidamento non potesse costituire in sé un luogo di responsabilità precontrattuale e, ancor prima, di trattative in senso pro-

---

della pubblica amministrazione a) Profili sostanziali, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 800 ss., spec. 805 ss.

[89] Cfr. E. Brugnoli, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si configura solo dopo l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 5, p. 499 ss., spec. 505. Si consideri inoltre che parte della dottrina ha cercato di identificare in astratto una disposizione che potesse comportare la derogabilità (o, meglio a dirsi, l'inapplicabilità) dell'art. 1337 c.c. ai procedimenti di evidenza pubblica. Quella disposizione è stata identificata nel già citato art. 68 del regolamento sulla contabilità generale dello Stato a mente del quale l'amministrazione aveva «piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso [potesse] reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli *fossero* rese note le ragioni dell'esclusione». Ma si trattava di una mera provocazione perché quella stessa dottrina aveva poi ricordato che: *i)* dovevano essere tenuti distinti i profili della legittimità da quelli della liceità; *ii)* la disposizione fu introdotta in un periodo in cui la tutela del privato nei confronti dell'amministrazione «non era così avvertita come oggi»; *iii)* già altra parte degli interpreti (cfr. G. Guarino, *Intorno alla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1965, 2, 397 ss., spec. 408) aveva interpretato con spirito rinnovato la portata della disposizione che non avrebbe potuto consentire qualsivoglia condotta dell'amministrazione (sul punto, G. Patti, S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 148).

[90] Cfr. Cass., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673.

prio. Ed infatti, restringendo un arco temporale molto esteso, ancora nel 2017 il giudice amministrativo affermava quanto segue: «è innegabile l'instaurazione di un "contatto sociale" tra l'aspirante appaltatore e l'amministrazione procedente, ma esso è unicamente governato da regole [pubblicistiche] di procedura che la legge e la *lex specialis* di gara impongono. Non da trattative»[91].

Salvo poi ritornare su alcuni assunti fatti propri dalla giurisprudenza maggioritaria, è bene però rilevare che nel biennio 2013-2014 due arresti giurisprudenziali minoritari (ma, si dirà, determinanti) tentarono di operare un drastico *revirement*, ammettendo la confi-

[91] Cons. St., sez. III, ord., 24 novembre 2017, n. 5492. L'orientamento di cui si va trattando ha assunto per certi aspetti l'apparenza di un indirizzo insensibile all'accrescimento della tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione, all'aumento del *favor* legislativo per le forme di negoziazione in sede di gara e finanche agli sviluppi sempre più pressanti che si sono registrati in merito alla sottoposizione dell'azione amministrativa tutta alle clausole generali del diritto privato. Per farsi un esempio banale, si consideri che, benché l'art. 2, d.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 30, d.lgs. n. 50/2016) assoggettasse le procedure di affidamento al principio di correttezza, per la giurisprudenza aderente all'orientamento assolutamente maggioritario la responsabilità precontrattuale non poteva essere configurata nella fase anteriore alla scelta del contraente. La giustificazione impropriamente attinta da quella, che in realtà avrebbe dovuto essere una conseguenza, è che nella fase che precede l'aggiudicazione definitiva i partecipanti erano considerati essere titolari in via esclusiva di una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo. Non vi è chi non veda come il presupposto fosse in realtà diverso e in parte frutto di un preconcetto: l'insussistenza di una relazione specifica di svolgimento delle trattative (cfr. Cons. St., sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489, e Id., 28 maggio del 2010, n. 3393). Vi è poi da rilevare che quell'orientamento si fondava, con buona probabilità, anche su di una regola di prudenza e di precauzione già altrove ampiamente sperimentata dal giudice amministrativo: il caso dell'immediata impugnabilità dei bandi di gara dimostra, infatti, come talvolta i giudizi possono essere anche informati da considerazioni "altre", dettate dalla necessità di garantire la deflazione del contenzioso e l'economicità dell'azione amministrativa (cfr. Cons. St., sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, secondo cui all'origine dell'orientamento contrario all'estensione dell'immediata impugnabilità dei bandi di gara «vi è una volontà deflattiva del contenzioso»; nello stesso senso cfr. Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 634). E d'altronde, a volersi restituire l'immagine della ciclicità dei problemi, già nel 1928, proprio per evitare l'estensione della responsabilità precontrattuale alla rottura delle trattative nei rapporti interprivati, Borasio ammoniva del fatto che «l'introdurre siffatta responsabilità sotto qualsiasi forma sia un vero inciampo ed una remora assai grave alla libertà delle trattazioni commerciali […]: parassitismo di nuovo conio, litigiosità, turbamento generale del commercio, conseguenze tali da far invocare l'attuale stato di alea cioè di libertà» (D. Borasio, *Attività precontrattuale, proposta e trattative*, cit., pp. 126-127).

gurabilità della responsabilità precontrattuale – in senso bidirezionale[92] – anche nella fase pubblicistica precedente all'aggiudicazione definitiva[93] (*infra* par. 4).

Eppure, per quanto quelle statuizioni giurisprudenziali segnarono un momento di rottura della univocità del tradizionale orientamento pretorio, esse furono comunque seguite da una moltitudine di arresti di segno assolutamente contrario. Si marcava così un ritorno al passato, ossia alla tesi che escludeva la responsabilità precontrattuale nella fase anteriore a quella collocata tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto[94].

Alla luce del contrasto così emerso in giurisprudenza, nel 2017 l'Adunanza plenaria è stata chiamata a pronunciarsi in merito a due quesiti: se la responsabilità precontrattuale fosse o meno configurabile anteriormente all'aggiudicazione definitiva e, in caso di risposta affermativa, se essa dovesse riguardare solo il comportamento tenuto dall'amministrazione anteriormente alla pubblicazione del bando, ovvero se dovesse estendersi a qualsiasi comportamento successivo collocato temporalmente e causalmente nella procedura di evidenza pubblica[95].

---

[92] Chiara in tal senso è un'ordinanza di rimessione alla plenaria del Consiglio di Stato in tema di impugnabilità dei bandi di gara: «anche a non voler ricorrere a presunzioni di acquiescenza, sembra ovvio ritenere che quell'"affidamento", così spesso invocato a danno della p.a., debba valere anche a favore di quest'ultima, nel momento in cui un soggetto chiede e sia ammesso a partecipare ad un procedimento sulla cui onerosità e complessità non è necessario ricordare» (Cons. St., sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351).

[93] Il riferimento è fatto a Cons. St., sez. V, 15 luglio, 2013, n. 3831, e a Cass., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

[94] Per Cons. St., sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748, prima dell'aggiudicazione «gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione». Nello stesso senso si v. Tar Lazio, Roma, sez. II, 1 luglio 2016, n. 7592 e Tar Puglia, Lecce, sez. III, 31 maggio 2016, n. 908.

[95] Cons. St., III, n. 5492/2017. È giusto il caso di avvertire che, aderendo all'orientamento maggioritario, il giudice rimettente affermava che «se progressione v'è, non è dato registrarla nell'ambito del procedimento negoziale, quanto, piuttosto, nell'avvicendarsi di una fase (pubblicistica) in cui dapprima si individua il contraente, ad una fase di formazione del contratto in cui si addiviene alla stipula con l'aggiudicatario».

3.2. *La sentenza n. 5/2018 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: alcune riflessioni attorno all'estensione della responsabilità precontrattuale*

Come noto, il tema dell'estensione della responsabilità precontrattuale nelle gare ad evidenza pubblica ha ricevuto una definitiva chiusura da parte della sentenza della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2018.

Senza indugio alcuno, il massimo consesso amministrativo ha infatti recisamente affermato che «il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) sia configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva» e che «tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara»[96].

Fermo restando quanto si dirà in merito alla configurazione della fase di gara quale luogo di trattative *ex* art. 1337 c.c. (*infra* par. 4), è bene premettere che l'estensione della responsabilità precontrattuale alla fase antecedente a quella di aggiudicazione definitiva è stata peraltro accompagnata da due precisazioni ulteriori, su cui è opportuno indugiare per un istante.

La prima considerazione attiene al profilo dell'affidamento del privato, il cui oggetto, come si è già ricordato, è di regola fatto coincidere con la "conclusione del contratto" e la cui collocazione temporale è conseguentemente ambientata negli "stadi avanzati" delle trattative (*supra* par. 3.1.).

Se applicata rigorosamente, questa interconnessione tra oggetto e tempo dell'affidamento avrebbe rischiato di temperare (e non di poco) l'ampliamento dell'ambito della responsabilità precontrattuale del committente pubblico: a rigore, infatti, uno stadio avanzato delle trattative – specie se inteso come «vicinanza oggettiva, secondo un criterio di normalità, delle trattative al perfezionamento

[96] Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

dell'accordo»[97] – potrebbe ricorrere solo e soltanto a seguito dell'aggiudicazione definitiva.

Ebbene, il dato pare non essere sfuggito alla plenaria.

Pur prescindendo dalla tesi dottrinale che ha saputo disancorare l'*an* della responsabilità precontrattuale – che dovrebbe dipendere dalla coerenza e dalla non contraddittorietà del comportamento del recedente – dall'affidamento del privato – che «non incide sulla definizione della correttezza o non correttezza del recesso […]»[98] –, il giudice amministrativo è comunque riuscito nell'intento di affrancare l'affidamento dalla conclusione del contratto[99].

La giustificazione di questa conclusione sembra poter essere tratta dal passaggio in cui la plenaria ha posto l'accento sull'«affidamento circa l'esistenza di un presupposto su cui [il privato] ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose»[100]. Ed infatti, se, come pare corretto, l'espressione sintetica «scelta di compiere attività […] economiche onerose» si può tradurre nella decisione di sostenere i costi per la predisposizione dell'offerta (e nella rinuncia alla partecipazione in altre trattative), allora ciò significa che per la plenaria il «presupposto» su cui si fonda la scelta del privato non può essere l'affidamento alla conclusione del contratto, ma qualcosa di più prossimo alla decisione di concorrere, ovvero la bontà e la serietà delle trattative[101]. Ecco, quindi, che nell'interpretazione della plenaria l'oggetto dell'affidamento viene svincolato dall'elemento terminale della vicenda precontrattuale

---

[97] N. Sapone, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 224.

[98] G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., p. 35.

[99] Sul punto, peraltro, sempre G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., p. 17, si è correttamente chiesta come si possa configurare un affidamento alla stipula del contratto ove permanga il diritto soggettivo al recesso dalle trattative. Cfr. anche R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, II, cit., pp. 236-239.

[100] Si v. il pt. 51 della sentenza n. 5/2018 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. È peraltro giusto il caso di osservare che già con la sentenza n. 6 del 2005 l'Adunanza plenaria aveva cercato di svincolare la responsabilità precontrattuale dalla sussistenza di un affidamento alla sola stipula del contratto.

[101] Più in generale, sull'affidamento nella serietà delle trattative si v. in particolare D. Palmieri, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 350.

(la stipula del contratto, per l'appunto) per poi essere ricollegato al «presupposto» di quest'ultima, ossia la sua serietà[102].

La seconda considerazione si appunta, invece, sulla giustificazione del recesso del committente pubblico dalle trattative: e qui si consuma un possibile fraintendimento.

«[C]hi entra in una trattativa precontrattuale (specie se condotta nelle forme del procedimento di evidenza pubblica, soggetto anche ai poteri di autotutela pubblicistici preordinati alla cura dell'interesse pubblico)» – ha affermato la plenaria – «si assume un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto».

A margine della riemersione della formula "conclusione del contratto", invero piuttosto incidentale, ciò che desta maggiori perplessità è l'impressione che la plenaria abbia inteso avvertire i futuri contraenti del fatto che, essendo in gioco l'interesse pubblico, il recesso sarebbe tendenzialmente giustificato: e come è risaputo, perché sia fonte di responsabilità il recesso deve essere ingiustificato. Sennonché, la plenaria pare fraintendere un elemento di base: la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione non è responsabilità da provvedimento, ma da comportamento (*supra* par. 3.1.). Il che equivale a dire che la giustificazione connessa alla sussistenza di motivi di interesse pubblico è rilevante per valutare la legittimità del provvedimento e non già (sempre e comunque) per vagliare la correttezza del comportamento: come ricordato da una parte della dottrina, un comportamento motivato da ragioni di interesse pubblico non è di per sé giustificato, perché il recesso ingiustificato non è quello non sorretto da giusta causa, ma quello scorretto, illogico o contraddittorio[103].

---

[102] Non a caso, al pt. 52 della parte in diritto della sentenza, la plenaria fa riferimento alla posizione «di chi subisce il recesso dalle trattative (o, comunque, la lesione dell'affidamento sulla serietà delle stesse)». Il che spiega, peraltro, perché lo "stadio avanzato delle trattative" è (ri)qualificato come un *quid minus*, ossia come uno dei «sintomi in grado di condizionare il giudizio sull'esistenza dei […] presupposti della responsabilità» (così al pt. 54 della parte in diritto).

[103] Così G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 31. Cfr. Cons. St., ad. plen., n. 6/2005, secondo cui se è pur vero che siffatto provvedimento vale «a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare», ciò non esclude la possibilità che sussista una lesione dell'affidamento suscitato dagli atti di gara prodromici. Ad ogni modo, il possibile

4. *Il procedimento amministrativo di gara quale luogo di trattative: potere amministrativo ed effetti negoziali*

Dato atto dell'estensione della responsabilità precontrattuale alla fase antecedente a quella dell'aggiudicazione definitiva e chiariti i contorni della pronuncia – da cui si evince il tentativo di contemperare opposte esigenze, nonché ragioni e regimi giuridici a tratti divergenti (ma, si dirà, complementari) –, è ora doveroso indugiare sulla premessa, sin qui taciuta, che ha giustificato l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c.

La riflessione non è affatto superflua, giacché il peculiare percorso argomentativo seguito dalla plenaria nella sentenza n. 5/2018 apre ad un interrogativo rilevantissimo. Vi è infatti da chiedersi se l'estensione dell'art. 1337 c.c. alla fase di scelta del contraente sia stata realmente giustificata dalla configurazione dell'evidenza pubblica quale luogo di trattative: un dubbio, questo, determinante, specialmente nell'ottica della ricostruzione della natura del procedimento (sin qui, eminentemente pubblicistico) di gara.

Questa incertezza interpretativa può essere agilmente recuperata muovendo da due dei primi commenti alla sentenza della plenaria: da un lato, infatti, vi è chi ha posto l'accento sul fatto che l'Adunanza avrebbe in realtà fornito una "rilettura" del disposto dell'art. 1337 c.c.[104]; dall'altro lato, invece, vi è chi ha ritenuto che il giudice avrebbe dichiarato la sussistenza di vere e proprie trattative nel corso della fase di scelta del contraente, al contempo, però, fornendo spunti ricostruttivi per una riflessione più ampia sulla possibilità di configurare una responsabilità per lesione dell'affidamento incolpe-

---

fraintendimento sotteso alla statuizione della plenaria rende assolutamente attuale l'esatto interrogativo di F. Satta, F. Cardarelli, *Il contratto amministrativo*, cit., p. 227, fondato sul dato critico secondo cui «[n]el diritto amministrativo il problema è che» buona fede e affidamento «si devono misurare con l'interesse pubblico e quindi con il potere discrezionale»: «[p]uò ad es. una pubblica amministrazione, che abbia ingenerato nel terzo un certo affidamento sull'esito di un procedimento, invocare poi l'interesse pubblico ed il proprio potere discrezionale per giungere a conclusioni diverse?».

[104] In tal senso, cfr. L. Giagnoni, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, in *Urb. app.*, 2018, 5, p. 645 ss.

vole al di là delle procedure ad evidenza pubblica[105]. Il dubbio, come si diceva, è quindi lecito.

Chi cercasse nel testo della sentenza una esatta ed approfondita ricostruzione in senso "dualistico" della fase di scelta del contraente, siccome fase pubblicistico-negoziale, rimarrebbe in effetti deluso: secondo il primo commento considerato, la sentenza avrebbe superato l'orientamento restrittivo circa l'applicazione dell'art. 1337 c.c. «senza tentare una sussunzione della peculiare fase pubblicistica della formazione del contratto all'interno delle categorie tipiche della fattispecie astratta»[106]. Attraverso l'ancoraggio dei canoni della buona fede e della correttezza all'art. 2 Cost.[107], e accresciutane la rilevanza in virtù di un contatto sociale ampiamente qualificato – perché connesso allo «*status* […] pubblicistico rivestito dai protagonisti della vicenda "relazionale"»[108] –, la plenaria avrebbe così cercato di svincolare il problema della responsabilità *ex* art. 1337 c.c. dalla rappresentazione della fase di scelta del contrente quale luogo di trattative. Altrimenti a dirsi, secondo questa impostazione, la plenaria avrebbe esteso l'art. 1337 c.c. al momento antecedente a quello dell'aggiudicazione definitiva sfruttando il rinvio alla teorica del contatto sociale e, quindi, prescindendo dalla sussistenza di trattative in senso proprio[109]: d'altronde, preso atto che il fine del dovere di correttezza non è più solo quello di favorire la stipula di un contratto valido e socialmente utile, la plenaria ha poi effettivamente af-

---

[105] Così F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, 12, p. 1555 ss.

[106] L. Giagnoni, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, cit., p. 651.

[107] Sul punto, cfr. Cass., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, e Cass., sez. III, 24 aprile 2015, n. 8412.

[108] Al pt. 24, la plenaria ha infatti affermato che «da chi esercita, ad esempio, un'attività professionale "protetta" (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*».

[109] Così peraltro attribuendo all'art. 1337 c.c. un significato per alcuni incompatibile con il dato letterale (cfr. L. Giagnoni, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, cit., p. 655).

fermato che ciò «impedisce allora di restringer[e] lo spazio applicativo» dell'art. 1337 c.c. ai soli casi in cui sia stato avviato un procedimento di formazione del contratto[110].

Benché sostenuta da forti elementi indizianti, questa interpretazione non pare essere però determinante.

In accordo con la tesi dottrinale alternativa a quella poc'anzi esposta, infatti, vi è ragione di credere che la plenaria abbia affermato «la qualificazione dell'intera procedura come trattativa agli effetti dell'art.1337 c.c.» [111] e che poi abbia fatto ricorso ad una motivazione ulteriore per sostenere qualcosa di più, ossia l'applicazione del principio di buona fede a tutti i rapporti (anche non negoziali) che intercorrono fra l'autorità amministrativa e i privati, quantomeno tutte le volte in cui da quella relazione emergano esigenze di tutela della libertà di autodeterminazione negoziale[112].

Per quanto reciso, è il rinvio operato dalla plenaria alle già citate sentenze nn. 3831/2013 e 15260/2014 del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione (*supra* par. 3.1.) a supportare l'impressione; ed è proprio quindi dalle argomentazioni recate da queste ultime sentenze che si deve qui ripartire per comprendere le ragioni e gli effetti della configurazione della fase di scelta del contraente quale luogo di trattative.

A tal riguardo, è bene osservare in via prioritaria che sono stati almeno due gli ostacoli tradizionalmente opposti all'affermazione della sussistenza di vere e proprie trattative nel corso dell'evidenza pubblica: da un lato, l'assenza di una «relazione specifica di contiguità» tra i futuri contraenti, ossia l'assenza di quel «rapporto personalizzato» caratteristico delle trattative in senso proprio[113]; dall'al-

---

[110] Cfr. *ibidem*. Si consideri che secondo l'A. «la buona fede e correttezza entrano nella fattispecie astratta di cui all'art. 1337 c.c. quali elementi caratterizzanti esclusivamente la condotta e non anche gli altri presupposti costitutivi della responsabilità, presupposti che mirano invece a circoscrivere la predetta responsabilità a ipotesi ben delineate (le trattative e la fase di formazione del contratto) alle quali difficilmente potrebbe attribuirsi il significato di "contatto sociale" senza passare per una riscrittura dell'enunciato».

[111] F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento*, cit., p. 1556.

[112] Ivi, 1557-1560.

[113] Cass., sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545. Si v. anche Cass., sez. un., 26 giugno 1986, n. 4251. Più di recente si v. Tar Campania, Napoli, sez. I, 18 marzo 2013, n.1508, secondo cui «la responsabilità precontrattuale della pubblica amministra-

tro, la ricorrenza di una mera competizione tra le imprese partecipanti, peraltro condotta sulla base di parametri preventivamente fissati dalla legge e dalla amministrazione[114].

Trattasi di affermazioni ricorrenti, ma per l'appunto contraddette dagli arresti pretori del biennio 2013-2014.

La inderogabilità del procedimento di gara, infatti ed anzitutto, non è stata ritenuta di ostacolo alla sussistenza delle trattative: la fase di scelta del contraente – si è infatti affermato – rappresenta un luogo di «formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico»[115].

L'assenza di un rapporto personalizzato tra i futuri contraenti, poi, è stata ritenuta non dirimente: da un lato, perché «la disciplina in materia di *culpa in contrahendo* non necessita […] di un "rapporto personalizzato"» e, dall'altro, perché nell'evidenza pubblica «l'amministra-

---

zione ai sensi dell'art. 1337 c.c. presuppone un rapporto personalizzato tra la stazione appaltante e l'aspirante a contrarre che non è configurabile finché la procedura è in corso. Infatti, prima della conclusione della fase procedimentale dell'evidenza pubblica e della scelta dell'aggiudicatario, i concorrenti non hanno ancora la qualità di futuri contraenti e non possono essere qualificati come parti di una trattativa negoziale». Nello stesso senso, si v. Tar Campania, Napoli, sez. I, 26 novembre 2012, n. 4810.

[114] Cons. St., sez. III, n. 5492/2017.

[115] Così sia Cons. St., sez. V, n. 3831/2013, che Cass., sez. I, n. 15260/2014. Da questo punto di vista, peraltro, non può tacersi della via via accresciuta flessibilità delle procedure di gara, specialmente di quelle *lato sensu* negoziate. Che nella procedura competitiva con negoziazione non sussistano trattative è considerazione più che dubbia laddove è previsto che l'offerta del partecipante «costituisce la base per la successiva negoziazione» e che «le amministrazioni aggiudicatrici negoziano con gli operatori economici le loro offerte iniziali e tutte le successive da essi presentate». Simili considerazioni possono riferirsi anche al dialogo competitivo, laddove l'art. 64, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, prevede che «le stazioni appaltanti avviano con i partecipanti selezionati un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. Nella fase del dialogo possono discutere con i partecipanti selezionati tutti gli aspetti dell'appalto». Il dato pare poi ancor più evidente considerando che, ai sensi degli artt. 62, comma 11, e 64, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, dette procedure possono svolgersi in fasi successive che progrediscono fintanto che l'amministrazione non abbia individuato l'offerta o le offerte più adeguate a soddisfare le proprie esigenze. Si consideri, peraltro, che questi aspetti sono stati (seppur sbrigativamente) considerati anche dalla sentenza della plenaria n. 5/2018, laddove al pt. n. 54 è stata rilevata l'importanza del «tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (anche tenendo conto dei diversi margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone a seconda del criterio di aggiudicazione previsto dal bando)».

zione 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»[116].

Chiarito, quindi, che la fase di scelta del contraente è qualificabile come luogo di trattative ai sensi dell'art. 1337 c.c., le conseguenze che possono essere tratte sul piano delle qualificazioni giuridiche sono rilevantissime.

L'impostazione della giurisprudenza del biennio 2013-2014 è infatti funzionale a compendiare strutture giuridiche (solo apparentemente) distoniche. Ciò che si ricava, infatti, è che la natura pubblicistica del procedimento di gara e la configurazione degli atti come provvedimenti espressivi di potere *i)* non sono contraddette dalla concorrenza degli effetti negoziali (l'instaurazione e l'interruzione delle trattative), ma ed al contempo *ii)* non negano neppure la struttura marcatamente precontrattuale della vicenda e, quindi, nemmeno il relativo statuto giuridico di riferimento: la natura pubblicistica dell'attività e la consistenza negoziale degli effetti trovano così piena sintesi.

In tal senso, si consideri quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3831/2013: «gli atti del procedimento dell'evidenza pubblica, in quanto preordinati alla conclusione del contratto, sono al tempo stesso configurabili anche quali atti di trattativa e di formazione progressiva del contratto stesso, e come tali rilevanti anche ai sensi dell'art. 1337 c.c.»[117]. E così allo stesso modo la sentenza n. 15260/2014 della Corte di cassazione: muovendo dal presupposto

[116] Cass., sez. I, n. 15260/2014.

[117] Più in particolare, richiamando alcuni precedenti (Cons. St., sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638, e Id., 25 luglio 2012, n. 4236), il Consiglio di Stato ha rimarcato la compresenza di due procedimenti, l'uno pubblicistico e l'altro privatistico, regolati rispettivamente da norme di diritto pubblico finalizzate a garantire il perseguimento dell'interesse pubblico e da regole di diritto privato dirette a disciplinare la formazione della volontà contrattuale. Già in precedenza, peraltro, il Cons. St., ad. plen., n. 6/2005, aveva affermato che «nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune». Vero è che la plenaria non aveva ammesso espressamente l'estensione temporale della *culpa in contrahendo*, ma, se le parole hanno un significato, è utile osservare che il massimo consesso amministrativo si riferiva proprio alla «attività di ricerca del contraente», ovvero a tutta la sequela procedimentale dell'evidenza pubblica.

dell'unitarietà della «serie di atti operanti in una duplice dimensione, pubblicistica e privatistica», la Corte è infatti giunta ad affermare che «la fase dell'evidenza pubblica non si colloca al di fuori delle trattative, ma ne costituisce parte integrante»[118].

Come osservato da una parte della dottrina, l'evidenza pubblica finisce così per rappresentare un unico e complesso procedimento «cui appartengono atti a valenza al contempo pubblicistica e negoziale, integranti i cd. atti amministrativi negoziali»[119]. Il che è vero, ma merita una precisazione. Il rinvio agli «atti amministrativi negoziali» non deve né può trascurare il dato che nell'impostazione di Guido Greco – a cui quella espressione è riferibile – l'attività del committente pubblico è ricostruita siccome fattispecie caratterizzata dall'assenza di autoritatività (*supra* par. 2): la tesi giurisprudenziale ora percorsa, invece, mantiene assieme l'esistenza del potere, l'autoritatività e l'efficacia negoziale dello stesso.

Questa compenetrazione tra il regime pubblicistico e l'efficacia negoziale può essere colta prestando particolare riguardo alla natura del bando di gara, quale atto amministrativo di avvio delle trattative.

Sul punto vi è peraltro da rilevare che la ricostruzione del bando di gara alla stregua di un'offerta al pubblico *ex* art. 1336 c.c.[120] pare dover cedere il passo, come sembra più corretto, alla qualificazione dello stesso siccome invito ad offrire[121].

---

[118] Cfr. anche Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 9 giugno 2009, n. 627, secondo cui «l'esistenza di un procedimento amministrativo che doppia quello negoziale, la predefinizione di regole formative caratterizzate, tra l'altro, dalla normale pluralità delle parti, la possibile incidenza di valutazioni di interesse pubblico nell'esercizio del potere di recesso, se certamente determinano una deviazione dagli schemi ordinari in ragione del particolare *status* di uno dei contraenti e la consequenziale necessità di adattamento delle regole civilistiche, non sono, ad avviso di questo Collegio, idonei ad escludere la generale operatività delle regole di condotta in relazione a tutto il procedimento negoziale antecedente la stipulazione del contratto».

[119] A. Passarella, *Responsabilità precontrattuale della P.A.*, cit., p. 153. In termini simili, si v. I. Franco, *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei "lavori in corso" per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2006, 1, p. 72 ss., spec. 75.

[120] La tesi in dottrina è stata sostenuta in particolare da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 385.

[121] Utile segnalare che il Cons. St., sez. III, n. 5492/2017, ipotizzava una "terza via", ritenendo più corretto inquadrare la gara, nel suo avvio procedimentale, quale proposta di contratto *in incertam personam*, stante il fatto che «l'offerta

Più in particolare[122], come osservato da una parte della dottrina, il bando di gara non potrebbe essere considerato al pari della proposta al pubblico di cui all'art. 1336 c.c., perché in tal caso l'offerta dovrebbe contenere gli estremi essenziali del contratto, mentre è invece chiaro che la *lex specialis* definisce il prezzo a base d'asta e (se del caso) i sub-criteri "qualitativi" di aggiudicazione, la cui determinazione ed il cui esatto contenuto sono rimessi alla proposta del partecipante[123], il quale può persino presentare varianti[124]. Pertanto, se lo schema dell'offerta al pubblico prevede che la conclusione del

---

di contratto è subordinata al superamento di una procedura di evidenza pubblica, all'esito della quale, non tutti, ma solo un soggetto potrà addivenire alla stipula del contratto». Sull'offerta *in incertam personam*, quale modalità di individuazione del destinatario rimessa «all'iniziativa di un terzo […] o comunque ad un meccanismo di determinazione *per relationem*» cfr. A. Di Majo, *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, p. 761 ss., spec. 762. In tema si v. anche R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, I, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 2004, p. 115 ss.; G. Oberto, *Offerta al pubblico*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XIII, Torino, Utet, 1997, p. 9 ss., spec. 10; G. Gorla, *Offerta «ad incertam personam» (Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza*), in *Foro it.*, 1965, I, p. 433 ss.

[122] E a tacer del fatto che il riferimento all'offerta al pubblico pare aver risposto anzitutto all'esigenza di svincolare le trattative dalla sussistenza di un rapporto personalizzato, ovvero bilaterale: «del resto», si è detto, «anche nel diritto civile il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il "contatto" con una pluralità di "partecipanti" al procedimento negoziale» (Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, n. 627/2009). Si consideri, inoltre, che l'affermazione giurisprudenziale secondo cui l'evidenza pubblica si svilupperebbe (in quanto fattispecie a formazione progressiva del contratto) «secondo lo schema dell'offerta al pubblico», è in realtà una asserzione subito disattesa dalla stessa giurisprudenza: il che è particolarmente evidente nella più volte citata sentenza del Cons. St., sez. V, n. 3831/2013, laddove alla prima affermazione segue poi il rilievo secondo cui il procedimento negoziale contemplerebbe «normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa p.a.».

[123] Così A. Quartulli, *Bandi di gara e inviti a licitazioni private*, in A. Marzano (a cura di), *Appalto di opere pubbliche*, Roma, ESAC, 1987, p. 99 ss., spec. 112. Nello stesso senso, G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 33. Vero è poi che, oggi, l'art. 95, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, prevede che l'elemento economico possa assumere anche la «forma di un prezzo o costo fisso», che, come tale, si presta ad essere solo accettato dal privato: è però lo stesso comma 7 a ricordare che in tal caso, stante l'impiego del criterio di cui al comma 2, permarrà comunque la competizione sul criterio qualitativo.

[124] Ai sensi dell'art. 95, comma 14, d.lgs. n. 50/2016, nei casi di uso del criterio del miglior rapporto qualità-prezzo/costo, l'amministrazione può esigere o anche solo autorizzare la presentazione di varianti (che devono comunque essere collegate all'oggetto contrattuale).

contratto derivi dalla sola "accettazione" dell'interessato[125], nell'ipotesi della contrattazione pubblicistica si realizza una fattispecie diversa, ove il privato, più che accettare, propone.

La dottrina aderente alla tesi dell'invito ad offrire[126] ha così evidenziato come la vicenda sia caratterizzata da una peculiare doppia inversione delle parti: a monte della procedura «la proposta si trasforma in invito ad offrire e i possibili aggiudicatari divengono offerenti»[127], mentre a valle della procedura – ovvero a seguito dell'aggiudicazione, che ai sensi dell'art. 32, comma 6, d.lgs. 50/2016, non costituisce accettazione dell'offerta – la stazione appaltante torna soggetto proponente, seppur di una proposta il cui contenuto è recepito per intero dall'offerta dell'impresa aggiudicataria[128].

---

[125] Cfr. A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 528. Di proposte suscettibili di «accettazioni sospensivamente condizionate al non sopravvenire […] di dichiarazioni più vantaggiose di altri concorrenti» parla G. Oberto, *Offerta al pubblico*, cit., p. 10.

[126] Così F. Messineo, *Il contratto in genere*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, Milano, Giuffrè, 1973, p. 324 ss. Si v. anche A. Tabarrini, *Il bando di gara*, in *Riv. trim. app.*, 1991, 2, p. 507 e E. Picozza, M.A. Sandulli, M. Solinas, *I lavori pubblici*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, X, Padova, Cedam, 1990, p. 280 ss.

[127] F. Messineo, *Il contratto in genere*, cit., p. 324. *Contra*, R. Scognamiglio, *Art. 1336*, in *Dei contratti in generale*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1970, pp. 198-199, secondo il quale «che un'offerta possa successivamente scadere ad un mero invito ad offrire, ci pare tale da suscitare le più gravi perplessità». Il contrasto tra la tesi di Messineo e quella di Scognamiglio è ben sintetizzato da G. Oberto, *Offerta al pubblico*, cit., p. 15.

[128] A ciò si aggiunga poi quanto segue: se la revoca della proposta non è più esercitabile da parte del proponente una volta che questi abbia preso conoscenza dell'accettazione altrui; se, per la dottrina favorevole alla qualificazione della fattispecie entro le maglie dell'art. 1336 c.c., l'accettazione si risolve nella mera partecipazione alla gara (M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 386); allora pare arduo potersi giustificare la permanenza del potere di revoca (*i.e.*, di autotutela) in capo all'amministrazione proponente lungo tutta la procedura ad evidenza pubblica. In tal senso cfr. G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 33, il quale peraltro afferma che l'offerta nelle procedure ad evidenza pubblica non è recata dal bando, ma «è certamente contenuta quanto meno nell'atto del concorrente privato, con il quale quest'ultimo chiede l'ammissione alla gara» (p. 120). A supporto di questa tesi viene in soccorso anche il dato letterale: da un lato, la proposta del privato è qualificata dal d.lgs. n. 50/2016 come offerta (il rilievo è stato svolto, *ratione temporis*, anche da G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 120); dall'altro lato, per le procedure ristrette, per il dialogo competitivo, per il partenariato per l'innova-

Ecco quindi che, per il tramite dell'estensione della responsabilità precontrattuale alla fase antecedente alla aggiudicazione definitiva e, quindi, attraverso la ricostruzione del procedimento pubblicistico di scelta dell'affidatario alla stregua di un momento di trattative in senso privatistico, si giunge necessariamente a fornire una qualificazione "composita" dell'attività esercitata e degli atti adottati dal committente: così è, ad esempio, oltreché per il bando di gara, anche per gli atti di autotutela pubblicistica e per l'aggiudicazione, laddove l'esercizio del potere (*i.e.* la cura di interessi pubblici in senso oggettivo) si coniuga direttamente e stabilmente con la produzione di effetti negoziali (quali, rispettivamente, l'avvio delle trattative, la loro interruzione ed il passaggio dalle trattative multiple alla trattativa bilaterale).

Ecco, quindi ed in definitiva, che, per come si presenta oggi il sistema, non v'è nessun equivoco, ed anzi vi è piena compatibilità, tra la struttura negoziale (*i.e.* precontrattuale) e la sostanza pubblicistica del potere ivi esercitato[129].

Gli approdi giurisprudenziali paiono così marcare un ultimo passaggio: se per Massimo Severo Giannini tutti gli atti della sequenza procedimentale dovevano essere qualificati come atti privatistici (con l'eccezione dell'aggiudicazione e dei controlli); se con Guido Greco il recupero del regime amministrativistico dell'atto ad effetto negoziale prescindeva dalla sussistenza del potere (*supra* par. 2); oggi, invece, le attività e i provvedimenti negoziali delle procedu-

---

zione e per le procedure competitive con negoziazione – laddove cioè l'offerta non può essere inoltrata immediatamente, ma solo a seguito della fase di prequalifica – il d.lgs. n. 50/2016 designa l'atto endoprocedimentale successivo al bando di gara come «invito a presentare un'offerta» o «invito ad offrire».

[129] Cfr. V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 139, secondo cui «la vicenda di formazione del contratto […] è necessariamente e non può non essere una fase prenegoziale. Ciò significa che, nella prospettiva civilistica, il procedimento di formazione di questo contratto può tecnicamente definirsi come trattativa». In tal senso, cfr. anche A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 187, per il quale la fase di formazione del contratto è «assoggettata ad un doppio standard», giacché quell'iter è «sottoposto alla possibilità di una pluriqualificazione da parte dell'ordinamento, nell'angolazione delle diverse prospettive di disciplina, della stessa fattispecie, anche, se del caso, con effetti di distinta e differenziata rilevanza dei vari passaggi della procedura nei diversi ambiti di regolamentazione dell'unica vicenda».

re di gara sono tali perché manifestano l'esercizio di un potere pubblicistico – in quanto modulo d'azione tipico per la cura di interessi pubblici in senso oggettivo (*supra* par. 2.1.) – ed al contempo comportano effetti negoziali, insistendo su di una struttura marcatamente precontrattuale.

Di qui una anticipazione: come si cercherà di dimostrare nelle prossime pagine, la conclusione ora esposta pare poter essere applicata anche nelle vicende dell'esecuzione dell'appalto, tenuto conto che quella fase non è affatto dissociata dall'interesse pubblico: ed anzi, è in essa che «si realizza l'interesse pubblico nel concreto»[130].

[130] V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 140.

Capitolo IV

REALIZZAZIONE E VANIFICAZIONE DELL'INTERESSE PUBBLICO IN CONCRETO: UN INQUADRAMENTO PUBBLICISTICO PER LA FASE ESECUTIVA

Sommario: 1. L'ambientazione privatistica della fase esecutiva: note introduttive. – 2. Il regime privatistico e la vanificazione dell'interesse pubblico in concreto: il recesso *ad nutum* dal contratto di appalto pubblico. – 3. Le distonie del diritto privato e le logiche rimediali: dalla patologia alla fisiologia (senza ritorno). – 4. Riflessioni sulla fisiologia dell'attività del committente pubblico nel corso della fase esecutiva. – 4.1. I profili di ammissibilità dell'annullamento d'ufficio a seguito della stipula del contratto: un indice sintomatico della natura delle cose? – 4.2. L'invarianza, ossia la natura oggettiva, degli interessi pubblici curati nel corso della fase esecutiva. – 4.3. La positiva circolarità dell'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016: l'unitarietà giuridica della operazione amministrativa e l'efficacia negoziale del potere. – 5. L'efficacia negoziale del potere amministrativo nel corso della fase esecutiva: prototipi. – 5.1. L'annullamento d'ufficio e la sorte del contratto. – 5.2. La risoluzione del contratto di appalto come effetto negoziale del potere pubblicistico di autotutela. – 5.3. Il recesso antimafia e gli eccessi del «*distingue frequenter*». – 6. Il superamento della visione parcellizzata della fase esecutiva.

1. *L'ambientazione privatistica della fase esecutiva: note introduttive*

Alla luce delle considerazioni che chiudono e sintetizzano il percorso avviato nel Capitolo III, risulterà piuttosto singolare la tradizionale descrizione, tributaria del modello bifasico e positivamente accolta dall'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, a mente della quale, fatto salvo quanto espressamente previsto dal codice dei contratti pubblici, «alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile».

L'aspetto maggiormente problematico non attiene tanto all'esistenza di una supposta cesura "strutturale" tra il prima (la fase di evidenza pubblica) e il dopo (la fase contrattuale). Difatti, il collegamento tra le due fasi – che tanta rilevanza dovrebbe assumere nella stagione dell'amministrazione di risultato[1] – trova oggi una certa consacrazione, sia a livello normativo (specialmente se si pensa alla disciplina dello *ius variandi*, su cui v. *infra* par. 3) sia a livello dottrinale[2], dove è oramai salutato come «apodittico» il congetturato assorbimento della fase di gara nel successivo contratto[3].

Il dato che presenta un carattere di più spiccata rilevanza è invece quello delineato dalla cesura "statutaria" tra le due fasi della vicenda contrattuale: una cesura che trova forti addentellati tanto a livello normativo (si fa riferimento al già citato art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016) quanto, come si dirà, a livello dottrinale e giurisprudenziale.

Si badi, il *réclame* "pubblico prima, privato dopo" non è affatto marginale: esso infatti produce un (in)esatto riparto di giurisdizio-

---

[1] Sul «ruolo meramente ancillare» che il risultato assume rispetto al «dominio» della concorrenza cfr. M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit., p. 673. Sulla esigenza di promuovere una rinnovata lettura d'insieme della vicenda contrattuale, anche in vista del superamento dei residui esempi di prevalenza del «valore ordinante dei tradizionali schemi» che favoriscono (in negativo) «la difficile visione dell'unitarietà sostanziale dell'operazione economica», cfr. G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., pp. 182-195.

[2] Cfr. da ultimo F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ.*, 2020, 2, p. 203 ss., spec. 207, i quali peraltro imputano alla teoria bifasica il fatto di «non [aver] permesso di considerare pienamente l'unitarietà funzionale della vicenda contrattuale e, soprattutto, l'immanenza dei principi pubblicistici nello svolgimento del rapporto».

[3] Così M. Renna, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., pp. 807-808, il quale saluta come «petizione di principio» la tesi di quanti volessero ancora promuovere «[l]'idea che la procedura ad evidenza pubblica sia "assorbita" dal successivo contratto»: come si è infatti osservato «[l]'atto di aggiudicazione non cessa di produrre i propri effetti, consistenti nella individuazione della controparte negoziale della pubblica amministrazione, anche all'indomani della stipula, a nulla rilevando – in senso contrario – il fatto che solo dalla predetta stipula decorrano gli effetti obbligatori del contratto. Lo stesso dicasi per gli atti anteriori all'aggiudicazione, la cui specifica efficacia non è intaccata dalla stipula del contratto, sebbene questa rappresenti la fonte esclusiva e indiscussa delle obbligazioni negoziali».

ne (*infra* cap. V)[4]; sottopone l'attività, prima ancora che l'atto, ad un preciso regime giuridico, quello privatistico, che potrà aver certo subito modificazioni nel corso del tempo[5], ma che nelle sue direttrici fondamentali rimane un luogo – se si ricorda quanto affermato dalla più volte citata Corte costituzionale – di defunzionalizzazione, ossia di autonomia[6]; produce quindi un avvicendamento statutario, che, specialmente se considerato sul piano del recesso dal contratto, è potenzialmente in grado di minare quella unitarietà funzionale che l'apertura del presente paragrafo presentava come certezza (*infra* par. 2); genera, *inter alia*, contraddizioni e divergenze tra fattispecie del tutto analoghe[7].

Vero è che, per dirla con Hegel, la fase esecutiva non è una «notte nella quale, come si suol dire, tutte le vacche sono nere»[8]. Distinzioni, infatti, vi sono e distinzioni possono essere operate: ad esempio, talvolta è la legge che riconosce la ricorrenza del potere in una

---

[4] Per il momento sia qui sufficiente ricordare quanto affermato da A. Massera, *Noterelle sui contratti come modalità e strumento di amministrazione*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, cit., p. 249 ss., spec. 266-267, e cioè che «il supremo organo regolatore […] sembra […] voler operare come agente che fa continuamente muovere o che comunque produce l'effetto di sollecitare lo smottamento della faglia su cui è poggiato il rapporto diritto pubblico/diritto privato nel regime dei contratti pubblici».

[5] In tema, C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, cit., sulla cui opera si v. le riflessioni di S. Mazzamuto, *L'eclissi e l'antieclissi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 4, p. 1133 ss., e di A. di Majo, *Ascesa e/o declino del diritto civile?*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 4, p. 1143 ss.

[6] Cfr. C. cost., n. 401/2007 e C. cost., n. 431/2007. Per M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, p. 463 ss., spec. 497-498, «nel diritto privato, al di là dei limiti posti dalla legge, la sfera lasciata all'autonomia privata è espressione di una pura libertà, insuscettibile di sindacato giuridico. Non sono mancati, a parte l'originaria ed eccezionale figura degli atti emulativi, sviluppi volti a valorizzare forme di c.d. abuso del diritto, ma il dato sistematico di quella intangibile sfera di libertà non è sostanzialmente mutato».

[7] L'aspetto sarà considerato prestando particolare riguardo alla risoluzione del contratto pubblico di appalto, su cui v. *infra* par. 5.2.

[8] Rimanendo nell'ambito delle metafore, cfr. quanto affermato da S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 1: «[s]iamo abituati, da tempo immemorabile, a dividere la vicenda degli appalti e più in generale dei contratti pubblici in due parti, quasi fossero le due metà di una medesima mela».

determinata fattispecie[9]; talaltra, il problema neppure si pone, come per il caso dell'annullamento d'ufficio esercitato in corso di esecuzione, rimanendo indubbio il suo carattere autoritativo (*infra* parr. 4.1. e 5.1.); talaltra ancora, la qualificazione pubblicistica di una determinata attività è l'esito (generalmente incerto) di un'opera interpretativa maturata in seno alla giurisprudenza (*infra* parr. 5.2. e 5.3.).

In via di prima approssimazione, la sintesi sinora operata consente di delineare due dei maggiori profili che connotano (*i.e.* rendono peculiare) il tràdito modello bifasico.

Il primo è che nella rigorosa osservanza della *regola iuris* di cui all'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, non ci sono (*rectius*: non ci dovrebbero essere) sfumature di sorta. Nel modello bifasico, se preso sul serio, le vicende della fase esecutiva sarebbero ed andrebbero infatti risolte entro la rigida alternativa che intercorre tra la regola (il diritto privato, ancorché "speciale", ed il suo statuto "generale") e l'eccezione (il potere autoritativo); la tripartizione di Antonio Amorth dovrebbe essere ridotta alla alternativa tra una attività privata della pubblica amministrazione e una attività amministrativa di diritto pubblico; insomma, lo statuto giuridico amministrativistico risulterebbe essere inapplicabile, o, quantomeno, ampiamente ristretto ad un *carnet* di principi (quelli identificati dall'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50/2016: economicità, efficacia, tempestività e correttezza), che, lungi dal connotare la sola azione amministrativa, declinano invero i criteri di una corretta logica imprenditoriale[10].

---

[9] Si pensi ad esempio alla revisione dei prezzi, tenuto conto che le relative controversie sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ossia ad una giurisdizione che, dopo l'arresto della C. cost., 6 luglio 2004, n. 204, presuppone pur sempre un collegamento con l'esercizio (anche mediato) del potere autoritativo.

[10] Sebbene con riferimento alla materia dei servizi pubblici, sul principio della economicità, quale criterio utile al risultato nelle prestazioni di utilità ai cittadini, cfr. G. Caia, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in *Diritto amministrativo e società civile*, cit., p. 327 ss. Avendo invece riguardo più propriamente al settore dei contratti pubblici, sul principio di economicità, ancorché nell'ambito di una argomentazione relativa alla fase di scelta del contraente, si v. A. Barone, R. Dagostino, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, cit., p. 280, laddove si osserva che «[i]l concetto di economicità in materia di appalti pubblici, nella visione comunitaria, ha una valenza prettamente sostanziale, afferendo specificatamente a concetti economici di risparmi di costi, secondo una visione squisitamente econo-

Il secondo è che nella parcellizzazione dell'attività del contraente pubblico non v'è solo un problema di riverberi (primo fra tutti, quello dell'incerto frazionamento delle controversie), ma anche ed anzitutto una presupposta criticità: quella che attiene alla omessa considerazione della natura dell'interesse pubblico – sia esso quello concretamente perseguito tramite il contratto sia esso quello istitutivo – ovvero di quell'interesse che giustifica (*rectius*: dovrebbe giustificare) gli interventi del committente in fase esecutiva.

2. *Il regime privatistico e la vanificazione dell'interesse pubblico in concreto: il recesso* ad nutum *dal contratto di appalto pubblico*

Si porrebbe una domanda pleonastica chi volesse cercare la ragione per la quale la fase esecutiva dell'appalto pubblico è tradizionalmente collocata in un ambito privatistico?

Forse sì: poiché l'amministrazione contraente si immette in un rapporto che ha una sicura matrice contrattuale – d'altronde, l'esecuzione segue, per l'appunto, la stipula di un contratto – l'attività del contraente pubblico sarebbe perciò stesso naturalmente sottoposta alle regole del diritto privato.

Eppure, quella che pare essere la giustificazione più semplice e al contempo più naturale si rivelerebbe poi del tutto insoddisfacente laddove la fase esecutiva venisse considerata come parte di un tutto. Ed infatti, se è vero quanto già ricordato, e cioè che per la dottrina civilistica il concetto di *operazione economica* è utile al fine di «contestualizzare l'atto nell'attività» e nello scopo unitario a cui essa tende[11], allora, una volta assunta l'unitarietà giuridico-funzionale dell'*operazione amministrativa* (*infra* par. 4.3.), è all'attività – e non al contesto (precontrattuale o contrattuale) in cui essa è esercitata – che ci si deve riferire per la migliore comprensione della fattispecie.

---

mica del mercato comune. Nel diritto interno, invece, molto spesso il principio di economicità è adoperato in senso formale in funzione della semplificazione o accelerazione dell'attività delle stazioni appaltanti, o ancora come corollario del principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici, per raggiungimento dello scopo».

[11] L. Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 169.

Sennonché, come si è anticipato, il perorato e positivamente accolto modello bifasico tradisce questa dimensione d'insieme. Si badi, non che nel cosiddetto diritto privato speciale manchino evidenze del collegamento funzionale tra il "prima" e il "dopo". Tuttavia, ed è questo il punto, se è pur vero che è in ragione di esigenze "pubblicistiche" che l'ordinamento ha conformato le fattispecie privatistiche della fase esecutiva dei contratti di appalto pubblico, e se è altresì innegabile che la copiosità di quelle incursioni dei legislatori (nazionale e, più di recente, europeo[12]) è tale da rendere piuttosto eccezionale il diritto privato "ordinario", il dato che non deve essere trascurato è che sono proprio quelle previsioni, in quanto "speciali", a rappresentare l'eccezione alla regola. Difatti, stabilire che alla fase esecutiva si applica il codice civile, fatto salvo quanto diversamente previsto (art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016), significa in realtà affermare che sono il diritto privato ed il suo statuto giuridico a rappresentare la regola[13]: significa, cioè, creare una frattura nel modo di essere di una attività che, se ed in quanto inerente alla disposizio-

[12] Sulle «incursioni significative» operate dal legislatore europeo nella fase esecutiva del rapporto contrattuale cfr. R. Caranta, D.C. Dragos, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 5, p. 493 ss., spec. 500. Sul punto, è giusto il caso di osservare che una parte della dottrina ha riservato serie critiche alla regolazione della fase esecutiva, ritenendola "minimale" (così per le disposizioni di matrice europea) o comunque «blanda» (così per la normativa disposta nel codice domestico), ammonendo pertanto del fatto che «[s]ull'esecuzione, insomma, vi è ancora da riflettere, anche alla luce della necessità di considerare le due fasi in cui si articola la contrattazione pubblica in modo unitario» (S. Torricelli, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, cit., p. 976).

[13] La prospettiva è stata ampiamente indagata da A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 371 ss. Percorrendo sentieri divergenti rispetto a quelli qui intrapresi, l'A. considera la qualificazione amministrativistica del procedimento ad evidenza pubblica alla stregua di una «scelta legislativa […] strumentale ad assicurare puntuali esigenze pratiche» (che «non può essere "sovraccaricata" di significati e di conseguenze ulteriori non imposti dal legislatore, né necessitati in ragione dei concreti obiettivi che devono caratterizzare il sistema della contrattualistica pubblica», p. 419), così giungendo ad affermare la natura «*materialmente negoziale*» dell'operazione condotta in seno al procedimento di gara (p. 424) e così ridimensionando il problema del carattere funzionale dell'attività esercitata nel corso della fase esecutiva (p. 430 ss.). Si tratta, con tutta evidenza, di una impostazione divergente rispetto a quella proposta in queste pagine, giacché qui si crede che la natura materialmente negoziale delle attività di gara (*supra* par. 4, cap. III) e di quelle esercitate in corso di esecuzione (*infra* par. 4.3.) non escluda, ed anzi, possa concorrere con l'esercizio del potere amministrativo.

ne dell'interesse pubblico concreto (*infra* par. 4.2.), dovrebbe essere considerata unitaria (*i.e.* unitariamente amministrativistica).

Riprova di questa ordinarietà dello statuto privatistico può essere tratta dal caso del recesso, siccome regolato dall'art. 109, d.lgs. n. 50/2016.

Sebbene sull'argomento ci si sia già soffermati in passato, lo studio qui condotto consente di sviluppare e, se del caso, rettificare alcune delle riflessioni lì svolte[14].

Oggi come ieri, vi è un aspetto indubbiamente problematico: trattasi della tendenziale inconciliabilità tra l'assunto di base – ciò che troverà più oltre giustificazione e che si risolve nella persistente natura amministrativistica dell'attività dispositiva di interessi pubblici (*infra* par. 4.3.) – e la deroga *omnibus* imposta dalla lettura privatistica della fattispecie.

La ragione di detta distonia discende anzitutto dalla qualificazione del recesso offerta in sede giurisprudenziale.

La vicenda è ampiamente nota: in estrema sintesi, esclusa la possibilità di esercitare la revoca a seguito della stipula del contratto – in ragione della specialità della previsione di cui all'art. 134, d.lgs. n. 163/2006 (oggi, art. 109, d.lgs. n. 50/2016)[15] – la giurisprudenza ha ritenuto di poter correttamente qualificare il recesso del committente pubblico alla stregua di un recesso privatistico *ad nutum*.

Non si tratta di formula neutra; tutto il contrario: e ciò che più importa è che la formula, come si dirà, è stata presa sul serio dalla (ancorché esigua) giurisprudenza che ne è seguita.

L'espressione recesso *ad nutum* ha, infatti, un preciso significato, giacché indica che il recesso può essere esercitato senza che ricorra l'onere di fornire alcuna motivazione delle ragioni che lo sorreggono[16].

---

[14] Si fa riferimento a E. Guarnieri, *Riflessioni sulla (in)sindacabilità dell'atto di recesso*, cit., p. 47 ss.

[15] Cfr. Cons. St., ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14 (più di recente cfr. Cass., sez. I, 29 dicembre 2020, n. 29772). Sul punto si v. il commento di G. Piperata, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 1, p. 77 ss., e di S.A. Romano, *Procedura ad evidenza pubblica e contratto*, in *Giur. it.*, 2014, 11, p. 2546 ss.

[16] Per Cass., sez. I, 13 ottobre 2014, n. 21595, «nella disciplina privatistica dell'appalto […] l'esercizio del diritto di recesso non è subordinato a partico-

Lo sforzo, invero modesto, compiuto dalla sentenza della Adunanza plenaria n. 14/2014 nel cercare di ancorare il recesso all'interesse pubblico si rivela, ad attenta lettura, piuttosto sterile nei suoi esiti, ed anzi finanche contraddittorio. Vero è infatti che il massimo consesso amministrativo avverte un principio di corrispondenza tra la revoca ed il recesso: «presupposto di questo potere [quello di revoca] è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità». Sennonché, posta questa premessa al fine di valorizzare la «specialità della previsione del recesso», l'Adunanza plenaria giunge poi a smentire sé stessa laddove afferma che il recesso del committente pubblico è comunque esercitabile *ad nutum*. Il giudice amministrativo finisce infatti per ammettere che quel presupposto – ossia «la diversa valutazione dell'interesse pubblico» – è (sostanzialmente e formalmente) irrilevante: là dove cioè la rilevanza dovrebbe essere anzitutto valoriale, lì, invece, detta rilevanza è meramente classificatoria, ovvero serve, né più né meno, a porre in raccordo classi disomogenee[17], accorpandole in ragione della funzione assolta (quella dello «*ius se poenitendi*»[18]).

---

lari presupposti, ma può aver luogo per qualsiasi causa, il cui accertamento non è neppure richiesto ai fini della legittimità del recesso, non essendo configurabile un diritto dell'appaltatore alla realizzazione dell'opera o allo svolgimento del servizio la cui prosecuzione risponde unicamente all'interesse del committente». Cfr. anche Cass., sez. II, 27 gennaio 2017, n. 2130, secondo cui «[è] principio pacifico nella giurisprudenza di questa Corte, che nel contratto d'appalto il recesso, quale facoltà della parte di sciogliere unilateralmente il contratto, prescinde in sé da eventuali inadempienze dell'altro contraente alle obbligazioni assunte, tanto nell'ipotesi di recesso legale di cui all'art. 1671 c.c., quanto nell'ipotesi del recesso convenzionale di cui all'art 1373 c.c., fatta salva una diversa volontà delle parti. Inoltre, il recesso del committente dal contratto d'appalto secondo la previsione dell'art. 1671 c.c. può essere esercitato in qualunque momento posteriore alla conclusione del contratto ed essere giustificato anche dalla sfiducia verso l'appaltatore per fatti d'inadempimento. Ne consegue che, in caso di recesso, il contratto si scioglie per l'iniziativa unilaterale del committente senza necessità di indagini sull'importanza e gravità dell'inadempimento».

[17] Cfr. G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, Roma, Dike, 2018, p. 87.

[18] R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Bologna, Zanichelli, 2020, p. 1509. Sulla multiformità del recesso in principio velata dalla unicità della locuzione impiegata cfr., N. Massella Ducci Teri, *Contributo ad una teoria generale del negozio di recesso*, Milano, Giuffrè, 2016.

Il dato merita di essere ribadito, giacché, i tentativi dottrinali di sconfessare la sostanziale insindacabilità dell'atto[19] – confidando tra

L'analisi lì condotta sulla dimensione finalistica del recesso pone sul fronte due orientamenti contrapposti, la cui paternità, al netto delle più o meno incisive variazioni lessicali e/o dei progressivi sviluppi teorici, può essere attribuita alle posizioni espresse da G. Gabrielli, F. Padovini, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, p. 27 ss. e a quelle di S. Sangiorgi, *Recesso*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, p. 2. Per Gabrielli-Padovini, il recesso può avere tre funzioni. Anzitutto, può essere «determinativo», perché se vi è un contratto di durata privo di termine, con l'esercizio del recesso una parte determina *ex post* il termine finale previamente non concordato (G. Gabrielli, F. Padovini, *Recesso*, cit., p. 29). In secondo luogo, il recesso può costituire «mezzo di impugnazione del contratto», con la specificazione che quello non opererebbe solo a fronte di vizi originari o sopravvenuti del contratto, ma anche nelle ipotesi che consentirebbero di ricorrere alla risoluzione, ovvero in caso di inadempimento, di eccessiva onerosità e di impossibilità sopravvenuta, e finanche laddove sia concesso ad una parte di alterare il regolamento contrattuale (come nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1660, commi 2 e 3, c.c.); in tutti questi casi, il recesso ha il fine di attribuire alle parti la facoltà di sciogliere il vincolo «in ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste dalla disciplina generale del contratto o, per lo meno, con un procedimento più semplice e spedito» (*ivi*, p. 32). Infine, il recesso può essere configurato come uno «*ius se poenitendi*», operante nei contratti di durata, perpetui o a lungo termine (lì è fatto rimando all'art. 1671 c.c.), affinché una parte possa svincolarsi laddove non abbia più interesse alla prosecuzione del rapporto (*ivi*, p. 36; aderisce alla tripartizione offerta da Gabrielli-Padovini, M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale. Artt. 1372-1373*, in *Il codice civile commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2013, p. 367 ss.). Differente è invece l'articolazione avanzata da Sangiorgi, il quale propone una tripartizione delle ipotesi del recesso legale costituita dal «recesso legale "*ad nutum*"», dal «recesso legale vincolato» e dal «recesso legale per giusta causa» (S. Sangiorgi, *Recesso*, cit., p. 3 ss.). Il primo è a sua volta ripartito in ragione o della natura del rapporto – indeterminatezza del termine finale o sussistenza di una durata minima determinata per legge – o dell'effetto determinato dal recesso medesimo, in specie l'obbligo di indennizzare la parte che subisce lo scioglimento (art. 1671 c.c.); il recesso *ad nutum*, al netto delle articolazioni, si connota per la libertà della scelta e l'unilateralità della volontà (v. *infra*). Il secondo, invece, è vincolato perché dipende dalla ricorrenza di un determinato evento che, alterando l'originario rapporto contrattuale, rende «preminente l'interesse alla cessazione del vincolo, rispetto a quello di realizzare sino al suo normale compimento la vicenda esecutiva» (art. 1660, commi 2 e 3, c.c.). Infine, vi è il recesso per giusta causa, la cui definizione viene ancorata ad un chiaro distinguo rispetto all'ipotesi del recesso vincolato: in quest'ultimo caso, si dà rilievo ad eventi predeterminati e caratterizzati nei loro dati obiettivi; nel recesso per giusta causa, invece, gli eventi si contraddistinguono per il «modo in cui incidono sul rapporto preesistente: cioè *per* la carica di intollerabilità che determinano».

[19] Rilevata da M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit., p. 681, quando ricorda che «in tutte le ipotesi in cui il diritto di recesso sia

l'altro nelle potenzialità di un giudizio fondato sull'abuso del diritto[20] – si scontrano con una *impasse* piuttosto evidente[21].

Si fa qui riferimento alla contraddizione logico-teorica che sussiste ogniqualvolta si cerchi di sottoporre ad un controllo teleologico il recesso *ad nutum*. Accettare che il recesso sia *ad nutum* significa infatti accettare che tanto la motivazione (come elemento formale) quanto il motivo (come dato sostanziale) siano assolutamente irrilevanti per l'ordinamento e, così, per il controllo del giudice[22]. Vero

---

preceduto da una delibera in cui si dia conto delle ragioni che inducono allo scioglimento del vincolo contrattuale, il rifiuto del giudice amministrativo di conoscere del recesso finisce per sottrarre la decisione amministrativa a qualunque verifica di ragionevolezza, non spettando al giudice ordinario un adeguato sindacato sull'uso della discrezionalità». La sostanziale insindacabilità si connette evidentemente alla formale e sostanziale irrilevanza dei motivi del recesso: oltre a quanto osservato nelle note precedenti, sul punto si consideri che per la dottrina civilistica il recesso del committente dall'appalto privato «è sicuramente inquadrabile tra i recessi di pentimento; è un recesso *ad libitum* (o *ad nutum*), cioè ad insindacabile arbitrio del committente che non deve fornire alcuna giustificazione al riguardo» (A. Magazzù, *Il recesso del committente dall'appalto*, in *Giust. civ.*, 2009, 12, p. 455 ss., spec. 455).

[20] S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., p. 583, e C. Commandatore, *Autotutela e recesso contrattuale della p.a.*, in *Urb. app.*, 2015, 6, p. 691 ss., spec. 696. Sull'abuso del diritto e, quindi, sulla «concezione finalistica delle prerogative attribuite dalla legge ai privati», è imprescindibile il rinvio a P. Rescigno, *Abuso del diritto*, Bologna, il Mulino, 1998 (la citazione è a p. 272), nonché a M. D'Amelio, *Abuso del diritto*, in *Noviss. Dig.*, I, Torino, Utet, 1957, p. 95 s.; C. Salvi, *Abuso del diritto (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss.; S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 1 ss.; R. Sacco, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg. VII, Torino, Utet, 2012, p. 1 ss.; D. Messinetti, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 1 ss.

[21] A cui fa da sfondo l'affermazione del tutto condivisibile di M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 203, secondo cui se si cerca di «reintrodurre, in tutto o in parte, il sindacato sulla discrezionalità attraverso le clausole generali di diritto privato, si [finisce per prospettare] una rincorsa inconcludente, poiché, come dimostra il caso del pubblico impiego, per quanto si cerchi faticosamente di recuperare il terreno, la tutela del giudice ordinario rimarrà sempre assai distante da quella ben più intensa dispensata dal giudice amministrativo». Affermazione, questa, che va letta assieme al monito di G. De Giorgi Cezzi, *Perseo e Medusa*, cit., p. 1058, secondo cui «tutte le volte in cui ci si imbatta in un potere [pubblico o privato] le situazioni da tutelare risultano definite non da una immediata contrapposizione al potere stesso, ma dall'estensione del controllo giudiziario e perciò dai margini di non riconducibilità *sub iudice* del potere».

[22] In questo senso non si conviene del tutto la recente analisi svolta da G. Taglianetti, *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per*

è che nel celebre "caso Renault" la Corte di cassazione ha ancorato all'abuso del diritto il sindacato sul recesso *ad nutum*, così attribuendo rilievo al discostamento tra il fine legale dello strumento e quello concretamente perseguito[23]; eppure, come osservato da accorta dottrina, il sindacato lì esercitato non si è in realtà distanziato – e la (dubitabile) corrispondenza posta tra l'abuso del diritto e la clausola generale di buona fede ne dà prova[24] – da un più tradizionale controllo modale, qual è quello secondo buona fede *ex* art. 1375 c.c.[25]. E, d'altronde, quella dottrina ha colto esattamente la criticità

---

motivi di interesse pubblico. Profili sostanziali e processuali, in *Dir. amm.*, 2020, 3, p. 619 ss., laddove, posta la condivisibile affermazione secondo cui «nell'esercizio di tale prerogativa l'amministrazione deve necessariamente ispirarsi a considerazioni riguardanti l'interesse pubblico» (p. 632), si conclude nel senso che il recesso del committente pubblico «si configura come recesso *ad nutum*, non richiedendo un obbligo di motivazione ai fini della sua validità» (p. 633): delle due l'una, o il recesso è vincolato nel fine (e allora la motivazione dovrà essere prodotta e diverrà rilevante ai fini del sindacato giurisdizionale) oppure il recesso non è vincolato nel fine (e allora la motivazione sarà effettivamente irrilevante).

[23] Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

[24] Corrispondenza che ricorre spesso in giurisprudenza (chiaramente in tal senso, cfr. Cass., sez. I, 16 ottobre 2003, n. 15482, secondo cui «[s]pecifica ipotesi di violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto viene considerata proprio l'abuso del diritto»; ma si v. anche Cass., sez. I, 23 novembre 2015, n. 23868, laddove si afferma che «[i]l principio di buona fede si pone allora […] come canone di valutazione sia dell'esistenza dell'inadempimento, sia del conseguente legittimo esercizio del potere unilaterale di risolvere il contratto, al fine di evitarne l'abuso ed impedendone l'esercizio ove contrario ad essa») e in dottrina (cfr. F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 2, p. 311 ss., spec. 318 ss.; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., p. 232; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1, p. 18 ss.). In tema, per una ampia critica alla corrispondenza tra buona fede ed abuso del diritto cfr. A. Albanese, *Buona fede contratto legge*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 1, p. 31 ss., spec. 62 ss., il quale coglie nella prima una «categoria del *rapporto*», mentre nel secondo una «categoria dell'*atto*» (65).

[25] D'altronde, si tratta di una tendenza ben radicata, che finisce sovente per ancorare il controllo teleologico allo svolgimento di un vaglio di tipo meramente modale (di regola connesso al rispetto delle tempistiche), che guarda al fine dell'atto come ad un vincolo negativo, rilevante se e nella misura in cui «il recesso sia stato esercitato […] secondo modalità e tempi che non rispondono ad un interesse del titolare del diritto meritevole di tutela, ma soltanto allo scopo di recare danno all'altra parte» (Cass., sez. I, n. 15482/2003). In tal senso va anche la recente statuizione della Tribunale di Cuneo, 26 luglio 2021, n. 623, secondo cui «[n]ella specie, in conformità alle pattuizioni contenute nell'Accordo […], il recesso non necessitava di alcun giustificato motivo, ma unicamente di un preavviso di sei mesi, che è stato rispettato. Inoltre non risulta provato che il fine perseguito da […] fosse quello

della pronuncia, ricordando che altro è il recesso per giusta causa e altro è il recesso *ad nutum*: se lo scopo di quest'ultimo è, infatti, «quello di consentire al recedente di potersi sciogliere dal contratto […] *senza la necessità di addurre alcuna particolare motivazione (e/o alcuna causa giustificatrice)*»[26], da ciò ne consegue che quello «"scopo" *non* è, dunque, violato se il contraente recede "immotivatamente", e pertanto non può censurarsi l'esercizio del diritto sotto il profilo della "causa" (*rectius*: motivo) che lo ha determinato, quale che sia tale causa»[27].

Per quanto paradossale sia, di questa conclusione dottrinale si

---

di permettere a […] di appropriarsi dell'avviamento commerciale creato negli anni da […]» (affermazioni, queste, che esplicitano plasticamente la preponderante rilevanza accordata, da un lato, al mero dato temporale e, dall'altro lato, alla componente della intollerabilità del pregiudizio arrecato, la cui rilevanza trascende quindi l'ambito dell'interesse ad agire, risolvendosi anche e soprattutto nella componente stessa della sussistenza del carattere della abusività).

[26] Cfr. G. D'Amico, *Recesso* ad nutum*, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, 1, p. 5 ss., spec. 17.

[27] *Ibidem*. Nello stesso senso cfr. E. Barcellona, *Recesso* ad nutum *fra principio di buona fede e abuso del diritto: «solidarietà sociale» o inderogabilità del «mercato»? (Note a proposito di Cass. n. 20106/2009)*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 2, p. 165 ss., spec. 193: «se è vera la premessa […] che la clausola attributiva del diritto di recesso *ad nutum* sia "valida" ed "efficace", allora il diritto di recesso non potrà mai essere escluso o impedito il nome della salvaguardia degli interessi della controparte; potranno, sì, essere "condizionate" le modalità del suo esercizio […], ma il diritto non può che restare in piedi ed integro per quello che esso validamente/legittimamente è: "recesso *ad nutum*" e non invece "recesso per giusta causa"!». *Contra*, F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit., pp. 315-317, laddove si afferma che il sindacato sul fine del recesso *ad nutum* deve guardare alla sua obiettiva inerenza alla causa del contratto; una tesi, questa, poi criticata da G. D'Amico, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 2011, 7, p. 653 ss., spec. 654-655, sul presupposto, già sopra ricordato, della caratterizzazione della facoltà come recesso non causale, bensì *ad nutum*. Si consideri poi l'avvertimento mosso da L. Balestra, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 3, p. 541 ss., circa l'introduzione nel panorama giuridico di un «espediente retorico»: avvertimento, quello, che è riferito proprio alla ipotesi in cui la condotta integrante l'esercizio del diritto sia sanzionata come abusiva «non già in ragione del parametro valoriale contenuto nel precetto (per esempio: il diritto di recedere *ad nutum*), bensì in ragione di un parametro esterno (sicché il diritto di recedere diviene abusivo in quanto nuoce ad altri senza giustificato motivo)» (p. 548). In tali casi, si afferma, non si svolge una operazione ermeneutica che rinviene la mancanza di uno dei presupposti di efficacia dell'atto, bensì si dà vita ad una «qualificazione concorrente che, sulla scorta di una assiologia completamente estranea all'atto, incide sulla sua validità» (p. 549).

trova traccia proprio nelle controversie che hanno ad oggetto il recesso del committente pubblico[28].

Il Tribunale di Latina, una volta incluso il recesso dell'amministrazione nell'alveo del recesso *ad nutum*, non si è limitato ad affermare che esso «può aver luogo per qualsiasi causa, il cui accertamento non è neppure richiesto ai fini della legittimità del recesso», ma, a fronte della contestazione di parte attrice sulla pretestuosità dello stesso, ha opposto la seguente statuizione: è la legge che attribuisce «una facoltà di recesso libero e quindi non sindacabile dal giudice»[29].

Il Tribunale di Roma, dopo aver sostanzialmente sostenuto la defunzionalizzazione del recesso che può «essere dal committente esercitato per qualsiasi ragione», ha arrestato il giudizio sulla "legittimità" del recesso dinanzi alla sussistenza di una espressa previsione contrattuale atta a garantire al committente pubblico la possibilità di recedere «a suo insindacabile giudizio»[30]. Il che è peculiare perché se è vero che la Suprema Corte ha riconosciuto l'ammissibilità di siffatte clausole negoziali[31], è altresì vero che la giurisprudenza altre volte (ovvero, nelle controversie fra privati) ha fatto comunque seguire un controllo sulla natura abusiva del recesso, in considerazione del fatto che gli «inderogabili doveri di solidarietà sociali posti dall'art. 2 Cost., sono destinati ad integrare il regolamento contrattuale»[32].

---

[28] Così giungendo al paradosso secondo cui è nelle controversie inerenti all'attività della pubblica amministrazione che il giudice ordinario garantisce nel senso più tradizionale e forte l'autonomia siccome conosciuta dal diritto privato. Sul punto, si consideri peraltro quanto affermato in modo del tutto condivisibile da M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 204: «se il giudice ordinario dovesse in effetti immettere, in parte o in tutto, la profondità del sindacato svolto dal giudice amministrativo nel "sistema" civilistico vi sarebbe uno stravolgimento inaccettabile dei principi di libertà che governano il diritto privato. Non è un caso infatti che tutti i tentativi di introdurre questo tipo di controllo, dall'abuso del diritto all'interesse legittimo di diritto privato, hanno una matrice ideologica socialista (o cattolico sociale) e non sono mai riusciti ad incardinarsi in un ordinamento, quello nostro, che tutto sommato è sempre riuscito a preservare il nucleo essenziale dei diritti di libertà».

[29] Trib. Latina, sez. I, 27 luglio 2018, n. 2001.

[30] Trib. Roma, sez. spec. impr., 21 novembre 2018.

[31] Seppur in relazione a fattispecie inerenti a contratti di apertura di credito bancario, cfr. Cass., sez. I, 26 settembre 2000, n. 12724 e Id., 24 settembre 1996, n. 8409.

[32] Trib. Crotone, 29 aprile 2019, n. 521 e Cass., sez. I, 31 luglio 2018, n. 20306.

La Corte di cassazione ha poi affermato che «il recesso "*ad nutum*" del committente, previsto dall'art. 345 della l. n. 2248 del 1865, all. F), è espressione di un diritto potestativo il cui esercizio può avere luogo in qualsiasi momento e non richiede particolari presupposti o motivi»[33]; e se lì non si è andati oltre la descrizione della fattispecie – perché il caso non riguardava la legittimità del recesso –, si consideri che proprio la stessa cassazione ha validato la "cautela" mostrata da una Corte di merito, laddove si è detto che il giudice aveva «giustamente evitato di soffermarsi sulle ragioni del recesso, ma non in virtù della qualificazione di atto *iure imperii* dello stesso, ma movendo dalla disciplina privatistica di riferimento»[34].

Ora, non si sa se questa giurisprudenza irrobustisca il (o, al contrario, come si crede, sveli la modestia del) modello bifasico; ciò che è certo è che, per quanto non condivisibile sia, questo orientamento almeno restituisce un po' di coerenza metodologica, se non altro perché risulta rispettata la (apparente) *voluntas legis*[35].

Eppure, si badi, altro è la coerenza metodologica e altro è la coerenza sistematica. Il caso del recesso, infatti, mostra in modo piuttosto evidente come la logica non possa prescindere dal contesto. Non v'è solo il problema della premessa logico-giuridica (ossia, l'idea qui confutata che a seguito della stipula, e fatto salvo il diritto "speciale", l'attività del committente sia puramente regolata dal diritto civile), ma subentra anche una questione di armonia dell'insieme.

Questo dato non è irrilevante per il diritto amministrativo, giacché se la normativa di settore oggi funzionalizza l'attività contrattuale del committente pubblico ad una pluralità di fini, ciò significa che la composizione definita in concreto dall'amministrazione non è né irrilevante per l'ordinamento né è un bene disponibile e, quin-

---

[33] Chiaramente sul punto cfr. Cass., sez. I, 17 ottobre 2018, n. 26009.

[34] Cass., sez. VI, ord., 24 settembre 2014, n. 20045.

[35] La dottrina civilistica ha infatti affermato che «ammettere un sindacato sulla "causa" del recesso – causa che, per quanto appena detto, deve in questo caso ritenersi irrilevante – significherebbe introdurre un tipo di controllo che *in thesi* è stato escluso (in tale forma di recesso) dal legislatore» (G. D'Amico, *Recesso* ad nutum, cit., 17). Nello stesso senso cfr. L. Pennazzi Catalani, *La configurabilità dell'abuso del diritto nell'esercizio del recesso* ad nutum, in G. Grisi (a cura di), *L'abuso del diritto: in ricordo di Davide Messinetti*, Roma, RomaTrE-Press, 2019, p. 23 ss., spec. 25.

di, liberamente vanificabile ad opera dell'amministrazione. E sì, è ampiamente opportuno il riferimento alla vanificazione, giacché il recesso dal contratto non mina solo la permanenza del vincolo contrattuale in sé, né pone solo un problema di conformità all'interesse pubblico istitutivo – ciò che anzitutto legittima (*rectius*: dovrebbe legittimare) l'esercizio del recesso –, ma altresì condiziona o, meglio, contraddice e (per l'appunto) vanifica il fine pubblico del contratto: e se il diritto privato può (forse) disinteressarsi non solo del fine del recesso ma anche della vanificazione del risultato utile della commessa, ciò non può logicamente avvenire nel diritto amministrativo o, quantomeno, nell'odierno diritto amministrativo dei contratti[36].

Invero, quando la giurisprudenza afferma che «la maggiore onerosità del recesso è bilanciata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione e del contraddittorio procedimentale»[37], essa pare fare applicazione della massima, cara ai privatisti, a mente della quale nel recesso del committente privato lo scioglimento del rapporto è un elemento secondario adombrato dalla centralità del ristoro economico. Sennonché, mentre è normale che l'attenzione del diritto privato cada in via principale (o finanche esclusiva) sull'interesse della parte contrattuale che subisce il recesso – tanto più che, come chiaramente affermato in dottrina, il recesso *ex* art. 1671 c.c. non delude «l'aspettativa dell'altra parte alla integrale esecuzione del contratto in quanto questa riceverà ugualmente […] lo stesso corrispettivo»[38]

---

[36] Correttamente F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti*, cit., p. 225, affermano che «[a]ssicurare che nella fase di esecuzione si possa svolgere un più intenso controllo giudiziale avrebbe il positivo effetto di spingere la parte pubblica ad una maggiore diligenza, laddove, com'è noto, l'interesse pubblico rischia di essere pregiudicato senza che di ciò si abbia facile evidenza e vi sia pronta reazione».

[37] Cons. St., ad. plen., n. 14/2014.

[38] Più estesamente S. Sangiorgi, *Recesso*, cit., p. 4, afferma che le conseguenze economiche del recesso *ex* art. 1671 cc. condizionano «alla stregua di una valutazione globale, l'effetto tipico del nostro istituto, ponendo in secondo piano lo scioglimento del rapporto e facendo invece emergere […] una modificazione in senso riduttivo del programma contrattuale […] senza che venga sostanzialmente delusa l'aspettativa dell'altra parte alla integrale esecuzione del contratto in quanto questa riceverà ugualmente […] lo stesso corrispettivo». Nello stesso senso cfr. G. Gabrielli, F. Padovini, *Recesso (dir. priv.)*, cit., p. 36, secondo cui «l'esercizio del recesso non determina un vero e proprio scioglimento del rapporto, bensì una modificazione del suo contenuto, giacché al prestatore dell'attività è riconosciuto non

–, altrettanto non può dirsi per il diritto amministrativo. Ritenere che lo scioglimento del contratto di appalto pubblico sia un elemento secondario sarebbe, infatti, constatazione imprecisa e finanche concettualmente inesatta. Imprecisa, perché l'indennizzo dovuto dal committente pubblico è inferiore a quanto "pagato" dal privato[39]; inesatta, perché lo scioglimento del vincolo significa che il fine pubblico definito dal committente non troverà realizzazione.

Ed è forse proprio per la caratterizzazione che connota l'interesse pubblico *concreto* (sulla cui formalizzazione ed immanenza non è neppure il caso di interrogarsi) che risulta peraltro insufficiente il rinvio operato dalla dottrina al sindacato condotto per il tramite della clausola di buona fede. Ed infatti, se è vero che il controllo svolto sull'eccesso di potere è stato svincolato dalla primogenita figura dello sviamento di potere – stante il fatto che l'interesse pubblico *astratto* non presenta in sé un significato pregnante –, per divenire un sindacato condotto per il tramite di figure sintomatiche oramai assunte ad «autonome ragioni di vizio»[40]; e se è vero che, così inteso, il giudizio sull'eccesso di potere presenta una certa corrispondenza con il vaglio svolto secondo la clausola generale di buona fede[41];

---

solo il corrispettivo per quanto già eseguito, ma anche il guadagno che avrebbe ritratto dall'esecuzione così come originariamente convenuta».

[39] Da un lato, perché non è previsto il rimborso delle spese sostenute, e, dall'altro lato, perché il lucro cessante è limitato forfettariamente nella misura del dieci per cento delle opere, dei servizi e delle forniture non eseguite (cfr. G. Musolino, *Art. 109*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, cit., p. 1063 ss., spec. 1066). Si consideri, peraltro, che per M. Mazzuca, *Incidenza degli interessi pubblici e privati nel contratto di appalto: il recesso*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 153, la previsione legislativa dell'indennizzo induce ad affermare che «l'atto recessivo della p.a. sia in ogni caso incapace di arrecare un pregiudizio rilevante agli interessi dell'appaltatore».

[40] M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, in *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 323 ss., spec. 358.

[41] Cfr. C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., *passim*, nonché G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., p. 171 ss. Si consideri, peraltro, che tra i due Autori intercorre una non irrilevante diversità di impostazione metodologica. D'altronde, come osservato dallo stesso Giammarco Sigismondi, la tesi avanzata da Chiara Cudia, funzionale a sostituire l'eccesso di potere con il sindacato fondato sulla clausola di buona fede, si fonda su di una visione statica dell'eccesso di potere (come vizio ancorato all'interesse pubblico), visione che quindi «prescind[e] […] dalla ricostruzione dell'evoluzione della nozione di eccesso di potere» (p. 174); al contrario, sempre secondo Sigismondi, se si muo-

non pare peraltro che il sindacato sul recesso dal contratto di appalto pubblico possa essere ridotto ad un mero giudizio sulla «correttezza e lealtà»[42] dei comportamenti. Ed infatti, laddove individuato in *concreto* (come nel caso che ci occupa), l'interesse pubblico torna ad essere un possibile parametro (anzi, il parametro) di un sindacato propriamente teleologico; con la conseguenza che il richiamo alla buona fede coglie solo una parte, una minima parte, di un sindacato ben più incisivo, che non si può limitare a valutare, come sovente avviene, il carattere improvviso del recesso, tenuto conto che la verificata insussistenza della scorrettezza del comportamento, se da un lato accerta la tollerabilità del pregiudizio subito dal privato, dall'altro lato lascia impregiudicata la questione della possibile violazione del fine.

3. *Le distonie del diritto privato e le logiche rimediali: dalla patologia alla fisiologia (senza ritorno)*

Come si è avuto modo di osservare, il caso del recesso dal contratto di appalto pubblico evidenzia chiaramente le criticità indotte da una *rigida* ed *escludente* partizione dei "diritti" e delle logiche (*i.e.* statuti) applicabili tra le varie fasi della vicenda contrattuale.

Ancora non è dato sapere se quella chiusura giurisprudenziale sia il portato della reticenza che ha storicamente caratterizzato il sindacato del giudice ordinario nelle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione (*infra* par. 3.1., cap. V). Ciò che è certo è che l'interprete si trova dinanzi ad una situazione per molti aspetti simile a quella originariamente occorsa nella fase di scelta del contraente, laddove la ricostruzione pubblicistica del regime giuridico ha anzitutto risposto alle problematiche irrisolte dal diritto privato.

---

ve dalla constatazione che oggi il giudizio sull'eccesso di potere assume a parametro «standard di comportamento», si giunge alla conclusione che «quello che viene proposto come possibile novità in grado di superare i punti critici della ricostruzione tradizionale […], ovvero l'utilizzo delle clausole generali di correttezza e buona fede, con buona probabilità non è altro che ciò che accade da tempo, pur senza essere connotato da tale qualificazione specifica» (p. 175).

[42] F. Galgano, *Il contratto*, Padova, Cedam, 2015, p. 581 ss.

Ebbene, in forza di una siffatta simmetria, è possibile trarre una prima proposta ricostruttiva dal modello (invalso nella contrattualistica pubblica) che ricava la fisiologia (e quindi le regole di ingaggio) a partire dalla patologia? Forse sì[43].

Senza per il momento porre in discussione il caposaldo della teorica che si è sviluppata in merito alla fase esecutiva – tendenziale insussistenza del potere autoritativo e generalizzata ricorrenza di attività *iure privatorum* nell'esercizio di diritti potestativi –, quel modello ermeneutico, in quanto storicamente affermato, potrebbe consentire in ipotesi l'estensione delle garanzie del diritto pubblico (*i.e.* lo statuto amministrativistico) ogniqualvolta il diritto privato dia adito a criticità non altrimenti appianabili: così, esemplificando, sarebbe solo attraverso la valorizzazione della funzionalizzazione e del valore assieme formale e sostanziale della motivazione (la fisiologia "indotta") che il sindacato sul recesso (il cui difetto rappresenta la patologia "di base") potrebbe divenire non solo più penetrante ma finanche possibile.

D'altronde, di questa tendenza, atta ad estendere in via rimediale i caratteri tipici dell'azione amministrativa ad alcuni episodi della fase esecutiva, è possibile rinvenire più di una traccia.

In via esemplificativa, basti ricordare che il principio di dove-

[43] Per una autorevole lettura critica di questa tendenza interpretativa cfr. però A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 459 ss. Una volta rilevato che «la necessità di assicurare un controllo funzionale del giudice amministrativo, unita a quella di estendere la legittimazione (e la tutela) dei terzi, ha spesso costituito il "filo rosso" che ha contribuito […] a mettere in dubbio la reale idoneità del diritto privato a tutelare adeguatamente le esigenze del settore pubblico», l'A. giunge poi a sconfessare il timore per l'arretramento delle tutele. Da un lato, è dichiarata l'adeguatezza del diritto privato e del sindacato accordato dal giudice ordinario: quest'ultimo rappresenta «il soggetto meglio "attrezzato" per valutare» (anche in virtù del controllo esercitato per il tramite delle clausole generali sugli atti unilaterali assunti nel corso dei rapporti negoziali) «la conformità del comportamento assunto dalle parti rispetto al concreto interesse (ancorché pubblico) sotteso all'operazione negoziale» (pp. 464-465). Dall'altro lato, le ragioni dei terzi sono contemplate e, così, garantite attraverso la promozione di «presidi e meccanismi di controllo alternativi alla tutela giurisdizionale», tra cui ed in particolare quello consistente nell'affiancare al committente pubblico una pluralità di soggetti istituzionali (Anac, Antitrust e Corte dei Conti), elettivamente preposti alla tutela degli interessi via via rilevanti (pp. 474-475).

rosità dell'azione amministrativa e quello di partecipazione, ancorché estranei al regime privatistico, hanno trovato una peculiare applicazione nelle vicende inerenti alla risoluzione per inadempimento. Una volta rilevato che la mancata reazione del committente alle inadempienze dell'appaltatore rappresenta un *vulnus* per le dinamiche concorrenziali – «la ragione dell'aggiudicazione», si è infatti detto, «è tradita dall'inesatta o infedele esecuzione contrattuale»[44] –, la dottrina ha riconosciuto in capo ai terzi non aggiudicatari «un interesse qualificato a sollecitare la committente pubblica ed ancor più a partecipare (artt. 7, 10, l. 7 agosto 1990, n. 241) all'attività di vigilanza della stessa sull'esatto adempimento del contratto, siccome istruttoria necessaria all'adozione del provvedimento di decadenza, recesso o di risoluzione»[45].

Ancor più rilevanti spunti possono poi essere tratti dalle vicende dello *ius variandi*[46], laddove, attraverso un sapiente recupero del principio di imparzialità (e quindi di concorrenza), l'ordinamento (si dirà, anche e soprattutto europeo) ha reagito ai deficit di una regolazione sprovvista di adeguate contromisure rispetto alla autonomia del committente pubblico.

A tal riguardo è bene premettere che, se comune è la rispondenza ad un canone di flessibilità – giacché per complessità e durata del contratto di appalto è arduo che questo possa contenere (e preve-

---

[44] R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 330.

[45] Ivi, p. 334. Più in particolare, per la dottrina ora citata, «[i]l concorrente ulteriormente qualificatosi nella gara ha un interesse alla constatazione dell'inadempimento contrattuale poiché presupposto rilevante per l'esercizio del "diritto di scorrimento" e, più in generale, poiché l'impresa del settore può avere interesse ad una nuova gara» (p. 340): la violazione dell'obbligo di provvedere sull'istanza del terzo aprirebbe, quindi, all'«accertamento avanti al giudice amministrativo» (p. 335).

[46] Ancorché si tratti di studi pubblicati in data antecedente all'entrata in vigore della dir. 2014/24/Ue e del d.lgs. n. 50/2016, imprescindibile è il riferimento a G. Sala, *Le modifiche dopo la stipula dei contratti pubblici*, in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, I, Padova, Cedam, 2014, p. 465 ss.; A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; M.E. Comba, *L'esecuzione di opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 166 ss.; A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 414 ss.;

dere) l'intera disciplina del rapporto[47] –, ciò che caratterizza lo *ius variandi* disciplinato dall'art. 106, d.lgs. n. 50/2016, rispetto all'omologo istituto recato dall'art. 1661 c.c., non è già (o meglio non è solo) la limitazione dell'ampiezza decisionale riconosciuta al committente[48], ma è il fine di dette limitazioni. Difatti, mentre il potere di ordinare le modifiche e varianti da parte del committente privato è limitato dal comma 2 dell'art. 1661 c.c. dall'esigenza di tutelare l'appaltatore[49], le condizioni di legittimità dell'esercizio del corrispondente potere riconosciuto al committente pubblico sono improntate a ben altri scopi.

All'originaria limitazione del quinto dell'importo, introdotta (quella sì) al fine di tutelare l'appaltatore[50], la normativa ha via via giustapposto altri limiti – tramite la tipizzazione delle fattispecie – funzionali a garantire anzitutto «il buon andamento dell'amministrazione, a fronte della patologica prassi di variazioni senza controllo […] che hanno portato, non di rado, alla realizzazione di opere ben diverse da quelle previste nel contratto e, quasi sempre, ad una dilatazione della spesa»[51]. Finalità, questa, a cui si somma

---

[47] La dottrina civilistica, e più in particolare V. Franceschelli, *L'appalto come strumento a struttura elastica*, in *I contratti*, 1994, 4, p. 385 ss., soffermandosi sulla intrinseca elasticità del contratto di appalto – «il contratto di appalto è stato costruito con innate caratteristiche di elasticità che lo rendono unico per modernità nel sistema dei contratti tipici» – ha rilevato che la normativa sulle variazioni in corso di esecuzione «permette, in linea teorica, l'assunzione di un appalto d'opera con un "progetto" anche sommariamente tratteggiato» e che, pertanto, quella disciplina «ha un forte contenuto di elasticità perché permette al committente di appaltare un progetto di massima che potrà essere affinato e perfezionato attraverso il meccanismo delle variazioni ordinate».

[48] Cfr. S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., pp. 556-560.

[49] Cfr. G. Chinè, M. Fratini, F. Caringella, *Manuale di diritto civile*, Roma, Dike, 2015, p. 1745. In tema, cfr. D. Rubino, G. Iudica, *Appalto*, in *Libro quarto: Obbligazioni art. 1655-1677*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2007, p. 297 ss.

[50] G. Sala, *Le modifiche dopo la stipula dei contratti pubblici*, cit., p. 467.

[51] *Ibidem*. Si v. i considerando nn. 107-111, dir. 2014/24/Ue, ed in particolare il considerando n. 109: «le amministrazioni aggiudicatrici si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato l'appalto, in particolare quando l'esecuzione dell'appalto copre un periodo lungo». Condizione, questa, del tutto fisiologica che va distinta da quella piuttosto patologica, ben fotografata da H. Simonetti, *Riparare agli errori commessi*, cit., 1262, laddove ha affermato che l'esperienza concreta dimostra come spesso si fi-

quella di prevenire la «sostanziale neutralizzazione della funzione stessa dell'evidenza pubblica, finalizzata all'applicazione di principi di pari trattamento, di trasparenza e di non discriminazione e, in ultima analisi, alla tutela del mercato e della concorrenza»[52].

Ora, per evidenziare il dato che qui assume maggiore rilievo, conviene tornare indietro nel tempo e operare una "finzione storica".

Sino al 2014, come noto, fatta salva la regolazione delle condizioni di esecuzione, le direttive si sono sostanzialmente disinteressate della fase esecutiva; diversa, invece, è stata la scelta del legislatore nazionale del '94, il quale, mosso dall'esigenza di contrastare i ben noti eventi corruttivi della stagione di "tangentopoli", intervenne introducendo il ricordato principio della tipicità dei presupposti legittimanti le variazioni in corso d'opera.

Fatta questa doverosa premessa storica, è ora il tempo dell'astrazione. Se il modello bifasico portato dal diritto nazionale fosse da prendere sul serio, e, se il diritto nazionale ante 2014 non avesse regolato (come invece ha fatto) la modificabilità del contratto in corso di esecuzione, nel nostro ordinamento lo *ius variandi* avrebbe trovato la propria regolazione ed il proprio statuto giuridico nelle previsioni del codice civile. Di qui – e sulla scorta della tradizionale impostazione secondo cui là dove non c'è "diritto speciale" si applica il diritto civile – una conseguenza rilevantissima: l'impossibilità di imporre limitazioni derivanti dallo statuto amministrativistico.

Sennonché, e tornando alla realtà, in una situazione del tutto simile a quella ora ipotizzata – si fa qui riferimento al *leading case "Succhi di frutta"* (C-496/99) – il giudice comunitario, quantunque sprovvisto di una positivizzazione di quello che si usa chiamare "diritto privato speciale", ha imposto limitazioni stringenti all'esercizio dello *ius variandi*, giungendo a riconoscere quale limite generale la natura sostanziale delle modifiche, intesa come attributo di quelle modifiche incidenti su una delle condizioni essenziali dell'appalto

---

nisca «per scaricare sulla fase dell'esecuzione i problemi non risolti nel corso della procedura di aggiudicazione».

[52] M.E. Comba, *L'esecuzione delle opere pubbliche*, cit., p. 168.

«che, se presente nel bando di gara, avrebbe consentito agli offerenti di presentare un'offerta sostanzialmente differente»[53].

Orbene, come osservato in dottrina, sovvertendo la tesi opposta dalla Commissione – favorevole a riconoscere una «drastica cesura»[54] tra le due fasi della vicenda contrattuale – e facendo saggia applicazione del principio di non contraddizione[55], la Corte di giustizia ha «puntualmente messo a fuoco la fitta rete di interconnessioni»[56] sussistenti tra la fase di gara e quella esecutiva, così finendo per attribuire primaria rilevanza all'«impatto determinato dalla modifica sull'imparzialità della selezione del contraente»[57] e, quindi, alla «attitudine» della modifica «a svilire l'imparzialità della gara originaria»[58].

Il che – ossia questo accento posto sui principi che informano la fase di gara e che riflettono lo standard dell'azione amministrativa – è un dato per nulla trascurabile nell'economia del discorso intrapreso. L'argomentazione della Corte di giustizia, condotta al di fuori dei vincoli concettuali imposti dal modello bifasico, dimostra infatti e ancora una volta come i principi (che nel nostro ordinamento sono definiti come) statutari dell'azione amministrativa non permeino la fase esecutiva solo e soltanto perché trascinati da una disposizione di legge: al contrario, essi reagiscono (ovvero riemergono dinanzi) ai vuoti non colmati (e quindi alle patologie irrisolte) dal diritto positivo.

Ecco, quindi, il dato qui rilevante. Attraverso l'uso delle logiche rimediali, si crea una sorta di circolo virtuoso: muovendo dal regi-

---

[53] C. giust. Ce, 29 aprile 2004, *Commissione v. CAS Succhi di Frutta*, C-496/99.

[54] La posizione della Commissione è fatta emergere con toni critici da A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, cit., p. 142.

[55] Cfr. R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 336, secondo cui la concorrenza, siccome mediata dal principio di correttezza, «significa anzitutto non contraddittorietà di atti o comportamenti rispetto a quanto è stato definito negli atti di gara e nel successivo contratto».

[56] A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, cit., p. 143.

[57] Ivi, p. 141.

[58] Ivi, p. 140.

me privatistico ed impiegando come mezzo (per l'appunto rimediale) i principi dello statuto amministrativistico, quest'ultimo diviene poi la regola. Il che è logico, perché se è vero che le logiche rimediali rinvengono la loro matrice nel principio di non contraddizione tra il prima ed il dopo, non deve peraltro sfuggire che la prima contraddizione (e, quindi, l'origine dell'aporia) scaturisce proprio dalla pretesa de-amministrativizzazione dell'agire del contraente pubblico.

Per via empirica si fa così ritorno all'idea dell'unitarietà dello statuto amministrativistico. Ciò che è imprescindibile nella teoria (o, almeno, in una parte della dogmatica, v. *supra* par. 2.1., cap. III) lo è quindi anche nella pratica; certo, se ed in quanto lo consenta la sensibilità dell'interprete (ci si riferisce evidentemente al giudice ordinario), perché un ragionamento che parte dalla patologia richiede anzitutto che il problema sia percepito come tale.

Di qui un dato spesso inavvertito. Se la patologia è tale è perché vi è un esito distonico rispetto alla fisiologia: ma allora, se il diritto privato dà origine a patologie, ciò significa che la fisiologia è rappresentata da regole statutarie che in quel diritto (o nelle logiche sottese a quel diritto) non trovano fedele riscontro. Così, se si muove dall'idea, qui condivisa, che la libera disposizione del fine del contratto sia in realtà una criticità (*supra* par. 2), si dovrà poi ammettere che il regime giuridico sia quello del vincolo nel fine e che lo statuto amministrativistico non rappresenti più un mezzo rimediale, bensì la regola dell'agire[59]. Il che, in breve, significa mutare la prospettiva dell'indagine: non si danno più criticità a margine del regime privatistico, perché è l'applicazione di quel regime a divenire per ciò stesso il problema dell'agire funzionalizzato[60].

---

[59] Sul punto cfr. S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa*, cit., p. 434 ss.

[60] Per una incisiva ed autorevole critica sui tentativi di privatizzazione dell'attività amministrativa (e del "suo" giudice) – intesi come sforzi produttivi di una inavvertita compressione della tutela del cittadino dinanzi alla pubblica amministrazione – cfr. M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 161 ss., spec. 186-212.

4. *Riflessioni sulla fisiologia dell'attività del committente pubblico nel corso della fase esecutiva*

4.1. *I profili di ammissibilità dell'annullamento d'ufficio a seguito della stipula del contratto: un indice sintomatico della natura delle cose?*

Prima ancora di porre l'interrogativo attorno alla validità della tesi che riconosce la persistente funzionalizzazione dell'agire del committente a seguito della stipula del contratto di appalto pubblico, utili spunti di riflessione sulla fisiologia delle dinamiche della fase esecutiva possono essere ricavati dagli svolgimenti che hanno interessato il tema della titolarità di poteri "impliciti" di autotutela pubblicistica.

Un problema, questo, oggi "insussistente" per l'ipotesi della revoca (perché assorbita dalla previsione sul recesso *ex* art. 109, d.lgs. n. 50/2016), e che al contrario permane in tutta la sua "gravità" con riferimento all'annullamento d'ufficio, giacché quel potere non trova esplicita menzione nel *carnet* delle facoltà esercitabili dal committente pubblico a seguito della stipula del contratto di appalto[61].

È quasi superfluo osservare che la gravità del problema è di immediata percezione: l'ammissibilità dell'esercizio di un potere pubblicistico che è sprovvisto di un esplicito fondamento legale nel codice dei contratti pubblici risulterebbe per una parte degli interpreti

[61] Forte della marcata positivizzazione, l'argomento si presta ad essere compendiato in un elenco elementare, ma che è tale solo a prima vista. Superata, infatti, la catalogazione delle fattispecie "privatistiche" fornite dal codice dei contratti agli artt. 106 ss., d.lgs. n. 50/2016, ci si avvede che l'assetto è meno ordinato di quanto possa apparire. Non lo è, anzitutto, perché il titolo privatistico delle ipotesi di autotutela – che, per orientamento dominante, non è inciso dalla tipizzazione dei discostamenti di diritto speciale – banalizza e non di poco l'aspetto qualificatorio dell'attività prodromica all'adozione dell'atto e alla produzione dell'effetto (*infra* par. 4.3.). L'ordine, poi, si scopre presto disordinato: il caso (*rectius*: i casi) della risoluzione del contratto di appalto dimostra(no) chiaramente come dietro al *nomen iuris* si celi tutt'altra sostanza, come è attestato da quelle autorevoli voci dottrinali che colgono in alcune di quelle fattispecie altrettanti casi di autoannullamento: si badi, non già casi tipizzati che escludono la sussistenza di un residuale esercizio dell'annullamento d'ufficio, bensì ipotesi non esaustive che coesistono col più generale istituto recato dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 (*infra* par. 5.2.).

assolutamente distonica rispetto alla regola, ricavabile dall'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui in corso di esecuzione non è ammesso l'uso di poteri impliciti.

Prima ancora di porre l'interrogativo attorno alla effettività dell'avvertita distonia (che, lo si anticipa, si crede qui del tutto apparente), è necessario dar conto delle ragioni che giustificano o che, al contrario, ostacolano il ricorso all'annullamento d'ufficio nel corso della fase esecutiva del contratto[62].

La tesi negativa si fonda su due postulati principali.

Il primo accorda rilevanza "ostativa" al silenzio legislativo: l'inserimento dell'amministrazione nello Stato del mercato, si è affermato, rende la disciplina del consenso «una disciplina tipicizzata di un'attività negoziale, indifferente alla natura del soggetto operante su di un determinato mercato, nella quale possono trovare posto provvedimenti di autotutela solo se espressamente previsti dalla legge»[63].

Il secondo, in piena coerenza rispetto al primo, trae spunto dalle alterne vicende normative che hanno interessato l'abrogato art. 1, comma 136, l. 30 dicembre 2004, n. 311, che pure aveva legittimato l'esercizio dell'autoannullamento d'ufficio nel termine massimo di tre anni dall'aggiudicazione[64]: se la positivizzazione del ri-

---

[62] Si v. l'ampia analisi dedicata al tema da G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, Bari, Cacucci, 2016, p. 95 ss., con considerazioni poi riprese e sviluppate in Id. *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto*, cit., *passim*.

[63] F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo*, cit., p. 577. Non esclude direttamente l'annullamento d'ufficio in sede esecutiva, ma lo reputa sostanzialmente inservibile, E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, p. 240 ss., spec. 268: muovendo, infatti, dal presupposto che «l'amministrazione che annulla l'aggiudicazione non ha il potere di incidere direttamente e unilateralmente sull'efficacia del contratto», l'A. giunge ad affermare che siffatta «conclusione finisce poi, di rimbalzo, per rendere sostanzialmente impraticabile la stessa ipotesi di annullare l'aggiudicazione, apparendo quantomeno del tutto improbabile che, con riferimento ai presupposti di cui all'art. 21-*nonies* l. 241/1990, siano configurabili ragioni di interesse pubblico prevalenti rispetto alla posizione dell'aggiudicatario tali da rendere ragionevole l'annullamento dell'aggiudicazione pur in presenza di una persistente efficacia del relativo contratto».

[64] Sul punto cfr. A. Bartolini, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli* Interest rate swaps, in *Urb. app.*, 2012, 2, p. 197 ss., e G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alterna-*

corso all'annullamento d'ufficio a seguito della stipula del contratto ha certificato la necessarietà di una previa tipizzazione legislativa, l'intervenuta abrogazione dell'art. 1, comma 136, avrebbe allora ripristinato il vuoto normativo precedente, con la conseguenza che il potere di annullamento d'ufficio, essendo sprovvisto di un titolo legittimante[65], risulterebbe pertanto precluso.

Orbene, se il primo postulato può essere condiviso (nei termini più oltre chiariti), il secondo risulta invece per molti versi criticabile.

L'art. 1, comma 136, l. n. 311/2004, è stato infatti abrogato per opera della l. 7 agosto 2015, n. 124, che ha introdotto un termine di diciotto mesi[66] per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio incidente sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici (tra cui, per giurisprudenza unanime, l'aggiudicazione[67]), ossia un termine evidentemente incompatibile con quello più lungo (di tre anni) recato dal citato art. 1, comma 136. Il che è alquanto rilevante, perché, da un lato, significa che l'abrogazione è stata giustificata dalla mera esigenza di raccordare "il vecchio con il nuovo" e, dall'altro lato,

---

tive nel d.lgs. 53/2010, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 3-4, p. 729 ss., spec. 753-754. Si consideri che se il Cons. St., ad. plen., n. 14/2014, aveva fatto salvo l'annullamento d'ufficio ancorandolo al disposto dell'art. 1, comma 136, l. n. 311/2004, la di poco precedente ordinanza del Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2013, n. 4999, aveva riconosciuto la titolarità di quel potere prescindendo da qualsivoglia riferimento al diritto positivo allora vigente: «in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, l'amministrazione conserva il potere di annullare il bando, le singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di gravi vizi dell'intera procedura, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse. E il provvedimento di aggiudicazione definitiva, come anche la stipulazione del relativo contratto, non costituiscono ostacolo giuridicamente insormontabile al suo stesso annullamento, anche in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto».

[65] *Contra* G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto*, cit., p. 71 ss.

[66] Oggi ridotto a dodici mesi in virtù della modifica disposta dall'art. 63, comma 1, d.l. n. 77/2021.

[67] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 2017, n. 1310, secondo cui i provvedimenti attributivi di vantaggi economici di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, «non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa». Nello stesso senso si v. Tar Lombardia, Milano, sez. I, 2 luglio 2018, n. 1637, Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 16 gennaio 2019, n. 21 e Tar Lazio, Roma, sez. II, 14 gennaio 2020, n. 424.

implica che alla rimozione della disposizione non è necessariamente seguita la destituzione dall'uso di quel potere.

Ed infatti, a seguito dell'abrogazione dell'art. 1, comma 136, le conclusioni giurisprudenziali circa la titolarità del potere di annullamento d'ufficio in corso di esecuzione non sono affatto mutate nella sostanza, quanto piuttosto nella "forma": dopo il 2015, per unanime orientamento pretorio, il potere di autoannullamento sopravvive alla stipula del contratto, perché esso trova un rinnovato appiglio proprio nel rinvio che l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, fa ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici[68].

Ebbene, se questa è la ragione che giustifica il potere e quindi ne ammette l'esercizio, parrà evidente che non ricorre alcuna distonia rispetto alla regola che abiura la sussistenza di poteri impliciti: il potere di annullamento d'ufficio, infatti, non è implicito, bensì è positivamente previsto da una norma di legge (l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990).

Se ed in quanto condivisa, questa conclusione giurisprudenziale non è però ininfluente sul piano epistemologico, poiché è fonte di una inevitabile *impasse*. La disposizione ritenuta risolutiva, infatti, è recata dalla l. n. 241/1990, ovvero proprio da quella normativa che, ai sensi dell'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, non dovrebbe trovare applicazione nella fase esecutiva, laddove gli unici discostamenti dalle «disposizione del codice civile» sono (*rectius*: dovrebbero essere solo) quelli «espressamente» previsti dal medesimo codice dei contratti e dagli atti attuativi. Insomma, delle due l'una: o la let-

[68] Cfr., di recente, Tar Lazio, Roma, sez. II, 14 gennaio 2020, n. 424, secondo cui «[i]l potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa da parte della stessa Amministrazione procedente, deve riconoscersi alla stessa anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, e trova ora un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa». Nello stesso senso cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 26 maggio 2020, n. 959. Si v. anche Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 2017, n. 1310, laddove si afferma «la possibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo detta stipula – al di là del richiamo […] all'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, ora abrogato».

tura tradizionale dell'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, siccome imposta dall'adesione al modello bifasico, è corretta (e allora, si dirà, che nella fase esecutiva dovranno trovare applicazione i soli discostamenti previsti dal codice dei contratti pubblici, fatti salvi, come si è detto, gli interventi correttivi a tutela degli assetti concorrenziali), oppure, quella interpretazione è inesatta, e allora lo statuto e gli istituti recati dalla legge generale sul procedimento saranno applicabili tutte le volte in cui nella fase esecutiva l'attività del committente pubblico sia ricostruibile nei termini di attività amministrativa.

Il dubbio, si badi, consente di andare oltre le conclusioni interinali poc'anzi raggiunte. Non si tratta più solo di ricostruire lo statuto dell'azione del committente a partire dalle patologie, bensì di rintracciare in senso più estensivo (e, si crede, in modo scientificamente più attendibile) la fisiologia (*i.e.* il modo di essere) dell'attività svolta dall'amministrazione nel corso dell'esecuzione. Si tratta, cioè, di comprendere se (al di là di quanto il "diritto speciale" abiliti a supporre) l'amministrazione sia una "normale" parte contrattuale e, quindi, se la sua attività possa essere qualificata nei termini di attività privata della pubblica amministrazione, o se l'amministrazione sia una parte "peculiare" e, quindi, se la sua attività debba essere ricostruita (come pare più esatto) alla stregua di un più tipico caso di attività amministrativa, come tale sottoposta ad uno statuto del tutto difforme da quello privatistico.

4.2. *L'invarianza, ossia la natura oggettiva, degli interessi pubblici curati nel corso della fase esecutiva*

Al fine di dare risposta al dubbio posto a chiusura del precedente paragrafo, costituisce un passaggio pressoché obbligato l'analisi della natura e della rilevanza dell'interesse pubblico nel corso delle vicende della fase esecutiva.

Difatti, affinché l'azione del committente pubblico possa essere ricostruita nei termini di attività amministrativa – e affinché abbia senso giuridico (prima ancora che logico) affermare la rilevanza del suo statuto – si crede necessario comprovare l'uniformità (*i.e.* l'invarianza della natura oggettiva) dell'interesse pubblico curato nel

corso dell'intera vicenda contrattuale; se così non fosse – e cioè se a seguito della stipula del contratto l'interesse pubblico fosse trasformato in un mero interesse della parte pubblica – verrebbe infatti meno la stessa giustificazione della "amministrativizzazione" dell'attività del committente: il che è quanto avvenuto sul piano del recesso dall'appalto pubblico, laddove il disinteresse giurisprudenziale per la vanificazione del risultato della commessa trae evidentemente linfa dall'idea che di quell'interesse l'amministrazione possa disporre (in senso privatistico) se e come creda più opportuno.

La lettura che la tradizione dà dell'interesse pubblico in corso di esecuzione ha due principali implicazioni. La prima è che l'interesse pubblico è descritto come un mero motivo, irrilevante tanto per la parte privata quanto per il diritto privato. La seconda è che quell'interesse, in quanto motivo, è poi costretto ad una torsione in chiave soggettivistica: da interesse della collettività esso diviene interesse della parte pubblica.

Entrambe le prospettive meritano, nei termini di seguito precisati, un radicale ripensamento.

Anzitutto, la tesi che risolve l'interesse pubblico in un motivo di parte, ancorché autorevolmente sostenuta, non pare necessariamente condivisibile.

Per spiegarne la ragione può essere conveniente ricordare quanto si è già anticipato, e cioè che per una parte della dottrina il fine del contratto della pubblica amministrazione è scopo comune, ossia è scopo condiviso dall'appaltatore (*supra* par. 7, cap. II). Impostazione del problema, questa, che è piuttosto significativa, perché getta di tutta evidenza più di qualche interrogativo sulla impossibilità di ricondurre l'interesse pubblico alla causa del contratto[69], tenuto conto che la tesi "ostativa" ha tradizionalmente

[69] Cfr. A. Massera, *Contratto e pubblica amministrazione*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 902 ss., spec. 1003-1004; Id., *I contratti*, cit., pp. 1559-1560; A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 270. Ancorché con precipuo riferimento agli accordi amministrativi, si v. in particolare F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, cit., p. 449, laddove l'esclusione della riconducibilità dell'interesse pubblico alla causa è sostenuta non per soggettivo preconcetto, ma in ragione di un dato eminentemente pratico, relativo alle «conseguenze gravi, che finirebbero per compromettere la stessa stabilità del rapporto nascen-

tratto solidi argomenti proprio dal rifiuto dell'idea che il contraente privato dovesse condividere il fine pubblico perseguito dal committente.

Sul punto, peraltro, è bene evidenziare un dato non sempre evidente nell'analisi della dottrina amministrativistica.

In breve, nel diritto civile è oramai assodato che la causa del contratto non sia più la cosiddetta causa in astratto – che, secondo una parte della dottrina, «non esiste»[70] – ma è «la causa concreta cioè l'interesse che il contratto stipulato dalle parti è in concreto diretto a realizzare»[71]. La causa non rappresenta più la *funzione* economico-sociale, la giustificazione dell'autonomia

---

te dall'accordo: sarebbe per l'amministrazione sufficiente affermare la non rispondenza (originaria) dell'accordo al pubblico interesse per minarne la validità e, di conseguenza, l'efficacia; con l'aggravante derivante dalla circostanza che solo l'amministrazione è nelle condizioni ottimali per valutare direttamente la rispondenza dell'accordo al pubblico interesse, dovendo la controparte, i terzi e il giudice limitarsi alla valutazione indiretta, secondo lo schema logico dell'eccesso di potere, o, con maggiore precisione, dello sviamento di potere». In riferimento al denegato valore causale dell'interesse pubblico nei contratti di diritto pubblico imprescindibile è poi il riferimento a F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1965, pp. 52-56.

[70] G.B. Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. Ferri, C. Angelici (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, Utet, 1997, p. 97 ss., spec. 101.

[71] C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 410. Come noto, si deve a G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966 (e più di recente Id., *La causa nella teoria del contratto*, cit., pp. 97-102), la prima e più chiara sistematizzazione della teoria della causa in concreto intesa come funzione economico-individuale. Si consideri che, se la posizione patrocinata da Ferri ha portato a credere che in Emilio Betti fosse trascurato il concetto di causa in concreto, in realtà la dottrina ha ampiamente stigmatizzato l'«infedele rappresentazione» operata da Ferri: in Betti, si è infatti detto, emerge «la distinzione tra causa in concreto e causa in astratto, ma non nel senso che la causa del negozio si risolva nella seconda, quanto, semmai, nel senso che la causa concreta deve sempre approdare ad una funzione che abbia già dato prova di meritevolezza sociale» (U. Grassi, *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, p. 838 ss., spec. 845). Sul punto cfr. anche M. Pennasilico, *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2020, 2, p. 823 ss., spec. 828; M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, Cedam, 2015; S. Mazzamuto, *A proposito del libro di Mario Barcellona "Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 2, p. 469 ss., spec. 478-479.

privata[72] e il limite positivo del contratto[73]; l'interesse sociale – ciò che era il portato della causa in astratto, l'elemento che a sé funzionalizzava l'atto di autonomia[74] – è limite negativo[75], parametro della meritevolezza[76], ovvero della non contrarietà rispetto

[72] Così, la Relazione (n. 163) del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al codice civile del '42: «un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione della causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto. Bisogna infatti tener fermo, contro il pregiudizio incline a identificare la causa con lo scopo pratico individuale, che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto (che allora non sarebbe ipotizzabile alcun negozio senza una causa), ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata». In dottrina, la concezione, che poi si dirà antiliberale, della causa in astratto del contratto è stata espressa con massima precisione da E. Betti nella *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, XV, 2, Torino, Utet, 1943, e nella voce *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, Utet, 1959, p. 32 ss., spec. 32-35, laddove si è affermato che, come elemento «teleologico», la causa è la «ragione pratica tipica», l'«interesse sociale oggettivo», «in breve, la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata» che a quest'ultima fornisce «giustificazione oggettiva».

[73] G.B. Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, cit., 99, rileva con toni critici che, secondo la concezione oggettiva dell'elemento causale, «l'agire dei contraenti è lecito non soltanto se non si ponga in contrasto con la legge, l'ordine pubblico e il buon costume, ma anche se, oltre che delle finalità private cui fisiologicamente tende, si faccia portatore di finalità generali fissate dall'ordinamento giuridico, divenendo strumento della realizzazione di queste».

[74] Come osserva V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 365, la «teoria della causa come funzione economico-sociale, oltre che teoria astratta, è anche, sotto questo profilo, teoria dirigistica della causa. Per essa, la causa non esiste o non è approvata dall'ordinamento se non corrisponde ad una *funzione di utilità sociale*. […]. L'idea che il contratto privo di una positiva, specifica utilità sociale vada disapprovato e represso è un'*idea illiberale*, che corrisponde a una *concezione dirigistica e paternalistica dell'autonomia privata*».

[75] Per F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 1, p. 52 ss., spec. 89, «l'utilità sociale può incidere solo come limite negativo, nel senso di ampliare i confini del giudizio di liceità, allo scopo di colpire gli atti di autonomia privata socialmente dannosi». La reimpostazione del problema è chiara se si considera che, come rilevato da R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari – Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1970, p. 310, nella prospettiva della teorica "oggettiva" «la causa non si pone come un limite della volontà e della libertà dell'agire […] bensì viene a costituire la ragione o fondamento del riconoscimento dell'autonomia privata».

[76] Si consideri che, in forza della avversione alla concezione corporativistica e illiberale che ergeva l'interesse sociale a limite positivo dell'autonomia, la dottrina promotrice della causa in concreto ha poi "mortificato" la meritevolezza, e così anche

all'utilità sociale[77]. La causa, propriamente intesa, è quindi la «funzione economico-individuale»[78], la «sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare»[79], insomma l'«interesse che [il contratto] è funzionalmente volto a soddisfare»[80].

---

la possibilità di intendere l'utilità sociale come limite negativo: secondo G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 406, i parametri di «valutazione della meritevolezza dell'interesse sono quelli enunciati nell'art. 1343 c.c.: norme imperative, ordine pubblico, buon costume. Soltanto quando l'interesse perseguito sia contrario a siffatti principi, l'interesse non è meritevole di tutela». Riconducono la meritevolezza alla illiceità anche G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 199 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, cit., pp. 424-425; A. Guarneri, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 5, p. 799 ss. (più di recente, Id. *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 2, p. 253 ss.), secondo il quale l'art. 1322, comma 2, c.c. sarebbe sostanzialmente abrogato. Per un'ampia lettura della sorte della meritevolezza cfr. M. Bianca, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, p. 789 ss.

[77] Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., pp. 412-413, secondo il quale il requisito della meritevolezza «non può tuttavia essere disconosciuto», tenuto conto della sua espressa previsione e del necessario raccordo con la valorizzazione dell'utilità sociale come limite della libertà di iniziativa economica (art. 42 Cost.): meritevolezza, quindi, come limite negativo e generale, che si affianca a quello della illiceità e che è violato nei casi di «contrarietà all'utile sociale», ovvero quando si faccia questione della «lesione di interessi generali della comunità». Sul punto cfr. anche M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1974, e G. Oppo, *Note sulla contrattazione di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, p. 629 ss., spec. 638-639, il quale chiaramente pone l'accento sulla componente negativa del limite laddove fa riferimento all'imposizione del «rispetto dell'*utilità sociale* (del bene *economico comune*) non come dovere di attuarla o di promuoverla, ma come dovere di *non contrastarla*».

[78] G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., e Id., *La causa nella teoria del contratto*, cit., p. 97 ss.

[79] Cass., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490. *Ex multis*, cfr. anche Cass., sez. un, 17 febbraio 2017, n. 4224 e Cass., sez. III, 12 novembre 2009, n. 23941. Ma si v. anche L. Balestra, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, 3, p. 383 ss., spec. 385: «la causa – sia pure nella dimensione concreta – sta a indicare gli interessi perseguiti attraverso il contratto […] in una prospettiva tesa a individuarne la giustificazione, vale a dire le ragioni di tutelabilità al cospetto dell'ordinamento. Il superamento della teoria della causa come funzione economico-sociale, se è valsa simbolicamente a segnare il definitivo abbandono dell'ideologia che l'aveva generata, ha inteso – per l'appunto nella prospettiva della causa in concreto (funzione economico-individuale) – porre l'accento sugli specifici e concreti interessi che attraverso la regola negoziale le parti intendono realizzare, in una dimensione che valga a collegare l'operazione economica agli autori della medesima».

[80] Cass., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315. Piuttosto critico sull'uso che la giurisprudenza fa della causa in concreto è V. Roppo, *Causa concreta: una storia*

Dire che l'interesse pubblico non rileva sul piano causale è quindi affermazione imprecisa nella misura in cui è invece vero che la causa (in concreto) del contratto stipulato dalla pubblica amministrazione è l'interesse pubblico in concreto, ossia l'interesse sintesi che le parti intendono direttamente realizzare[81].

Interesse, si badi, non soggettivato e, quindi, a rilevanza meramente unilaterale, ma oggettivato[82] e, quindi, condiviso tra le parti: esso trova *i)* espressione nella delibera a contrarre, *ii)* declinazione nel bando di gara *iii)* e condivisione da parte dell'operatore economico, il quale – accettando le prescrizioni "fisse" della *lex specialis* che sottendono e concretizzano un dato interesse (requisiti di gara, specifiche tecniche, CAM, condizioni di esecuzione) e adeguando la propria offerta ai *sub*-criteri di aggiudicazione – finisce irrimediabilmente per «sposare la missione dell'amministrazione»[83].

La causa in concreto (il fine) del contratto stipulato dalla pubblica amministrazione è quindi l'interesse pubblico in concreto, la risultante (variabile e varia) di una progressione che trova una com-

---

di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 957 ss. *Contra*, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, p. 251 ss. Di «concreta realizzabilità del modello [contrattuale tipico]» parla F. GALGANO, *Il contratto*, cit., pp. 150-151. Per un'analisi critica della tesi della causa in concreto, cfr. anche l'ampio lavoro di R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, Cedam, 2008, spec. p. 75 ss.

[81] Sul punto cfr. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 430 ss., nonché G. GALLONE, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, cit., p. 14 ss. e ID., *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit., p. 154 ss. Per M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 3, p. 753 ss., spec. 765, e ID., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, cit., p. 47, gli «interessi ambientali leciti […] "colorano" la causa concreta».

[82] D'altronde, questa oggettivazione (a cui si correla l'esigenza dell'esternazione) è chiara nell'affermazione di O. SEPE, *Contratto*, cit., p. 991, laddove si ricorda che la pubblica amministrazione in vista della stipula del contratto deve «esternare il fine che determina e giustifica la sua azione (principio della rilevanza del fine). Poiché ciò nei rapporti interprivati non si verifica, l'attività negoziale della pubblica amministrazione, ancorché equivalente, presenta caratteristiche del tutto proprie. La realizzazione di qualsivoglia negozio deve essere preceduta da un provvedimento amministrativo (o da analoga manifestazione di volontà promanante dalla pubblica amministrazione), a mezzo del quale essa dichiari quale specifico scopo persegue e come intenda realizzarlo».

[83] B. MANFREDONIA, *I contratti* con *la pubblica amministrazione*, cit., p. 89.

piuta definizione all'atto dell'aggiudicazione, laddove, cioè, diviene chiaro – in ragione del vincitore (Pmi o altra impresa) e del contenuto della migliore offerta (maggiore o minore attenzione al profilo della sostenibilità) – quale sia l'assetto finale degli interessi perseguiti.

Se ciò è vero, pare peraltro molto più sfumato il problema della riferibilità all'elemento causale dell'interesse pubblico istitutivo-primario, che è base e perimetro di edificazione dell'interesse pubblico in concreto (*supra* par. 2.2., cap. I).

Più in particolare, la riferita (ir)rilevanza dovrebbe dirsi dipendere dalla (in)diretta realizzabilità dell'interesse pubblico istitutivo per il tramite dell'appalto: altrimenti a dirsi, dalla natura finale o strumentale del contratto. Salutare, infatti, l'interesse pubblico istitutivo come mero motivo irrilevante[84] è conclusione generalizzata e parzialmente errata nella misura in cui la revisione della teorica dell'elemento causale ha reimpostato il problema dell'irrilevanza dei motivi: se «obiettivizzati nel contratto» e quindi non confinati alla sfera interna della parte, i motivi divengono essi stessi «*interessi che il contratto è diretto a realizzare*»[85]. È quindi in funzione della *realizzabilità* dell'interesse/motivo che va vagliata la rilevanza dell'interesse pubblico istitutivo: se diretta (*i.e.* se il contratto di appalto ha natura finale) l'interesse pubblico istitutivo concorre ad integrare la causa del contratto[86].

Ma, si badi, anche qualora non fosse condivisa la riferita divisione tra contratti d'appalto strumentali e finali – perché, accedendo

---

[84] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 349; S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto. Profili sostanziali e processuali*, cit., p. 112; nonché A. Massera, *Contratto e pubblica amministrazione*, cit., p. 1003, il quale afferma che «l'interesse pubblico rappresenta il motivo e nel contempo il limite esterno, non disponibile da parte delle amministrazioni stesse».

[85] C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 420.

[86] Per L.V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 79, nell'appalto di opere pubbliche la pubblica amministrazione «non si limita a realizzare generici interessi di natura patrimoniale in funzione strumentale rispetto al perseguimento dei suoi fini istituzionali […], ma realizza invece i propri specifici fini istituzionali, così come, ad esempio, allorché un Comune, cui compete istituzionalmente l'onere dell'edilizia scolastica di determinati ordini e gradi, appalta la costruzione di una scuola, o come quando il Ministero dei Lavori Pubblici appalta la costruzione di un'opera pubblica».

alla dottrina maggioritaria, anche quello che si direbbe essere il più finale di tutti rimarrebbe comunque strumentale rispetto alla soddisfazione dell'interesse istitutivo[87] – non per questo l'interesse istitutivo andrebbe sicuramente confinato a mero motivo irrilevante. Vero è che, se il contratto non è strutturalmente idoneo a realizzare direttamente un interesse, quest'ultimo non può accedere all'elemento causale; eppure, escluderne la rilevanza causale o, che dir si voglia, finalistica, non significa però consegnare l'interesse pubblico all'alveo dei motivi in senso proprio (*i.e.* irrilevanti). Il problema, semmai, va traslato dal piano della causa a quello della presupposizione.

Ancorché non positivizzato e non unanimemente accolto, il principio di presupposizione ha trovato ampio riconoscimento in dottrina e in giurisprudenza[88]. Incerta ne è peraltro la qualificazio-

[87] Difatti, anche con riferimento all'appalto di opere pubbliche, in dottrina si è affermato che lo scopo di pubblico interesse è perseguito dall'amministrazione «solo mediatamente», sicché, «pur costituendo la finalità della pubblica amministrazione, la sua attuazione è rimessa ad un momento distinto dalla attività negoziale, e perciò non si estrinseca nel negozio stesso, rimanendo estraneo a qualsiasi rilevanza nei confronti dell'altro soggetto» (P. Michiara, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale. Profili ricostruttivi dell'istituto*, Padova, Cedam, 1997, p. 98; ma si v. anche G. Castelli Avolio, *Sulla natura contrattuale dell'appalto di opere pubbliche*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1940, p. 223 ss., spec. 235). Cfr. anche C. Franchini, *L'appalto di lavori, servizi e forniture stipulato con le pubbliche amministrazioni*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, 2010, p. 5 ss., spec. 7: «[e]ssendo destinato alla acquisizione di utilità necessarie all'attuazione delle finalità della pubblica amministrazione, il contratto di appalto è utilizzato non per soddisfare interessi pubblici in via diretta, ma per procurare i mezzi per siffatto fine: conseguentemente, a esso va riconosciuta natura strumentale». Nello stesso senso cfr. A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 263: «l'appalto rientra, perciò, nell'attività mediante la quale la pubblica amministrazione si procura i beni necessari per l'attuazione delle sue finalità. Tale attività non è diretta alla soddisfazione immediata di interessi pubblici: essa è intesa solo a procacciare i mezzi per siffatto fine». Si v. anche V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 202, i quali affermano che «l'interesse perseguito dal contraente pubblico si limita al conseguimento di determinate utilità (beni o servizi), ma la successiva destinazione di queste ultime non entra a far parte del concreto assetto di interessi concordato dai contraenti».

[88] Per un'ampia analisi in tema, cfr. A. Belfiore, *La presupposizione*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, *Il contratto in generale*, IV.1, Torino, Giappichelli, 2003; M. Serio, *Presupposizione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, Utet, 1996, p. 294 ss.; M. Bessone, *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli* obiter dicta *della giurisprudenza*, in *Foro*

ne, considerato che, una volta escluso che l'istituto vada ricondotto agli irrilevanti motivi individuali[89], talvolta la presupposizione è inquadrata «in termini di causa concreta»[90].

In realtà, come chiarito da una parte della giurisprudenza e della dottrina, «la presupposizione non si identifica con la causa»[91]: mentre alla causa è riconducibile l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a realizzare, alla nozione di presupposizione vanno riferiti quei «presupposti oggettivi, fatti e circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto della prestazione, assumono […] un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale»[92].

Ora, se negli appalti pubblici l'interesse pubblico istitutivo non è riconducibile al concetto di causa (vuoi perché il contratto non ha carattere finale o perché tutti gli appalti hanno natura strumentale), non sembra errato sostenere che quello costituisca pur sempre un presupposto dell'operazione contrattuale[93], essendo infatti innegabile che la sua sussistenza, siccome mediata dall'esigenza materiale, sia «determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale».

Che poi quel presupposto sia importante solo per il contraente pubblico è un aspetto piuttosto trascurabile. Difatti, diversamente da quanto affermato da una parte della dottrina, la presupposi-

---

it., 1978, V, p. 281 ss.; F. Girino, *Presupposizione*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1966, p. 775 ss.

[89] Secondo quella lettura che invece è stata patrocinata da A. De Martini, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 45 ss.

[90] A. Cataudella, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 3, p. 789 ss., spec. 793. Sul punto cfr. anche M. Maggiolo, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, 3, p. 867 ss., spec. 876, laddove afferma che «[l]'uso giurisprudenziale talora pervasivo della nozione e del concetto di causa concreta del contratto, intesa in un senso che racchiude gli interessi privati che l'operazione contrattuale mira a realizzare, comporta dunque una certa sovrapposizione con la nozione di presupposizione».

[91] C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 423.

[92] Cass., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235.

[93] Così anche A. Benedetti, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit., pp. 178 e 272, «l'interesse pubblico non "entra" nella causa del contratto, che rimane la stessa del tipo corrispondente di contratto tra privati, né tantomeno diventa presupposto comune ad entrambi i contraenti. L'interesse pubblico esplicitato nella fase di formazione del contratto costituisce presupposto e condizione sostanziale del solo consenso dell'amministrazione».

zione nei contratti della pubblica amministrazione non va intesa in «un'accezione particolare»[94], perché anche nei contratti tra privati l'"unilateralità" del presupposto non ne esclude la rilevanza se e nella misura in cui «tale importanza sia riconosciuta, seppur tacitamente, dall'altra parte»[95]; e che nel campo dei contratti pubblici quel tacito riconoscimento sia assunto a premessa dell'intera vicenda contrattuale è un dato non revocabile in dubbio, considerato che «l'interesse stesso è per il privato […] un dato di contesto»[96], ovvero un presupposto irrinunciabile dell'agire amministrativo: un contesto, quello, peraltro plasticamente evidenziato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2018, laddove, come si è ricordato, all'estensione della responsabilità precontrattuale è stato fatto seguire l'ammonimento circa l'«ineliminabile margine di rischio» che l'incessante cura dell'interesse pubblico comporta[97] (*supra* par. 3.2., cap. III).

Se quanto sinora osservato dà riprova del fatto che nel corso della fase esecutiva l'interesse pubblico si sottrae al paventato confinamento nell'ambito del giuridicamente irrilevante, non deve peraltro sfuggire che questa *rilevanza oggettiva* spiega solo la funzione assolta dall'interesse pubblico all'interno del sinallagma contrattuale: la caratterizzazione dell'interesse pubblico, nelle sue multiformi connotazioni, siccome causa concreta della commessa pubblica (ciò che, secondo le direttrici del diritto privato, accorda il potere di risolvere il contratto ogniqualvolta il fine non sia più conseguibile) e, se del caso, presupposto di quest'ultima (ciò che accorderebbe, se non fosse già previsto, il potere di esercitare lo *ius poenitendi*), infatti, non dice ancora nulla sulla *natura oggettiva* dell'interesse pubblico.

Vero è che il rilievo che si è posto sulla condivisione del fine e, quindi, sul valore causale di quest'ultimo, potrebbe finanche consi-

---

[94] Ivi, p. 178, nt. 5.

[95] C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 424.

[96] A. Massera, *I contratti*, cit., p. 1560, e Id., *Contratto e pubblica amministrazione*, cit., p. 1004. Così anche B. Manfredonia, *I contratti* con *la pubblica amministrazione*, cit., p. 74, laddove sostiene che l'operatore economico è «consapevole di agire in un contesto differente da quello privato». Peraltro, l'uso che Massera fa dell'espressione «dato di contesto» induce V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 189, nt., 522, ad affermare la sostanziale aderenza di Massera alla tesi della presupposizione.

[97] Cons. St., ad. plen., n. 5/2018.

gliare di abbandonare l'uso dell'attributo "pubblico" per indicare il fine della commessa: quello sarebbe niente più che il fine *delle parti* contrattuali. Eppure, dato il particolare ambito applicativo in cui le surriferite ricostruzioni causal-civilistiche si trovano innegabilmente ad interagire, oltre questa prima impressione di senso non pare potersi andare.

L'oggettivazione dell'interesse pubblico è infatti un presupposto teorico che non può trovare conferme o smentite da elementi "di contorno", quali quelli appena tratteggiati. La pubblicità intesa come riferibilità dell'interesse alla collettività è nozione che appartiene al piano dei rapporti intercorrenti tra quest'ultima e l'amministrazione: nel senso che, a prescindere dall'ambientazione privatistica o pubblicistica in cui si trovasse ad operare, il pubblico (inteso come soggetto agente) è sempre posto al servizio degli interessi del pubblico (inteso come collettività)[98].

Elementi sintomatici di questa inscindibile connessione possono essere tratti dalla soluzione recentemente accordata dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato[99] in merito alla controversa applicazione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato nel corso della fase esecutiva[100]. Superando le tesi ostative promosse da un orientamento sin lì assolutamente maggioritario[101] e cogliendo appieno

---

[98] Si consideri peraltro quanto affermato da F. Cangelli, *La dimensione attuale del vincolo teleologico nell'attività amministrativa consensuale*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 261 ss., spec. 281, e cioè che l'amministrazione, non essendo titolare dell'interesse pubblico e non perseguendo finalità proprie, non potrebbe neppure dirsi parte del rapporto contrattuale. Che la pubblica amministrazione non disponga in senso privatistico dell'interesse pubblico affidatole, ma sia titolare del solo potere di valutarlo e realizzarlo, è considerazione espressa anche da G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., p. 29.

[99] Cons. St., ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10.

[100] In tema si v. A. Moliterni, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 4, p. 505 ss.; S. Ingegnatti, *Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il punto della Plenaria*, in *Giur. it.*, 2021, 1, p. 157 ss.; V. Mirra, *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?*, in *Urb. app.*, 2020, 5, p. 680 ss.

[101] Una prima tesi valorizzava il silenzio serbato dall'art. 53, d.lgs. n. 50/2016, questo rinviando alla sola applicazione dell'accesso documentale (cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. II, 12 aprile 2019, n. 599 e Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, nn. 5502

l'effettività dell'unitarietà "morfologica" della operazione amministrativa – «le esigenze di accesso civico generalizzato», si è infatti affermato «costituiscono la "*fisiologica conseguenza*" dell'evidenza pubblica, in quanto ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile»[102] –, l'Adunanza plenaria è infatti giunta alla affermazione secondo cui la fase esecutiva presenta persistenti esigenze di controllo diffuso da parte della «collettività». Un controllo, quello, sì imposto dalla urgenza del contrasto ai fenomeni corruttivi, ma anzitutto ed *in nuce* giustificato dall'inscindibile collegamento che intercorre tra l'oggetto del contratto e la collettività (direttamente o indirettamente) beneficiaria e che è quindi reso attuale dalla invarianza dell'interesse pubbli-

---

e 5503): «l'accesso civico generalizzato è stato introdotto nel corpo del d.lgs. n. 33 del 2013 con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, sicché avrebbe potuto essere inserito nel Codice dei contratti pubblici con il c.d. correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, se si fosse voluto consentire l'accesso civico generalizzato per la materia dei contratti pubblici». Una seconda tesi, non necessariamente alternativa alla prima, attribuiva specifica rilevanza al raccordo tra l'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 – che esclude l'accesso civico generalizzato laddove questo risulti «subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990» – e l'art. 53, d.lgs. n. 50/2016, il cui «richiamo testuale alla disciplina degli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990 n. 241 va inteso come rinvio alle "condizioni, modalità e limiti" fissati dalla normativa in tema di accesso documentale» (Cons. St., nn. 5502/5503 del 2019): «[i]n altri termini», come affermato dal Tar Lazio, Roma, sez. II, 14 gennaio 2019, n. 425, «l'accesso agli atti concernenti la procedura di affidamento e la fase di esecuzione dei contratti pubblici è oggetto di una disciplina *ad hoc*, costituita dalle apposite disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici e, ove non derogate, da quelle in tema di accesso ordinario recate dalla legge n. 241 del 1990». Una terza affermazione, valevole ad escludere l'accesso civico generalizzato dal settore dei contratti pubblici, "sminuiva" poi l'apporto collaborativo della *disclosure* collettiva, in quanto la vigilanza sul settore era (ed è) già ampiamente assicurata dall'estensione dell'accesso civico semplice e dalla moltitudine dei compiti svolti all'Anac (cfr. Cons. St. nn. 5502/5503 del 2019). L'Anac, peraltro, con delibera n. 317 del 29 marzo 2017, aveva, all'opposto, ritenuto che, successivamente all'aggiudicazione, l'accesso civico generalizzato dovesse «essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d.lgs 33/2013».

[102] La formula rappresenta, se così si può dire, il logico completamento della corretta affermazione sviluppata da S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa*, cit., 448, laddove sostiene che «[l]a "tensione al fine" comporta […] che tutto dovendo essere preordinato a tale fine, tutto diventa rilevante».

co curato nel corso dell'intera vicenda contrattuale: per l'Adunanza plenaria, infatti, «anche e, si direbbe, soprattutto» la fase esecutiva «rimane ispirata e finalizzata alla *cura in concreto di un pubblico interesse*, *lo stesso* che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio».

Insomma, nella sempre valida e già citata critica di Carlo Marzuoli – «quando si tratta dell'attività di diritto privato, appena superata la soglia delle premesse generali, [l'interesse pubblico] finisce per essere rappresentato come pubblico solamente nel senso della sua pertinenza soggettiva»[103] – non vi è un dubbio aperto ma una sicura chiusura; una chiusura che, come si è detto, trova oggi supporto nella sancita immutabilità del raccordo tra la collettività e l'interesse pubblico (per l'appunto, oggettivo), e che, come si dirà, riceve conferme nella disciplina processuale sulla permanenza del vincolo contrattuale, laddove la scelta tra l'inefficacia e l'efficacia è sostanzialmente rimessa ad un apprezzamento dell'interesse pubblico, non in quanto interesse di parte, ma in quanto interesse oggettivamente pubblico, e che perciò stesso assume per l'ordinamento una determinante importanza ai fini del mantenimento del vincolo.

4.3. *La positiva circolarità dell'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016: l'unitarietà giuridica della operazione amministrativa e l'efficacia negoziale del potere*

Compreso che anche nella fase esecutiva il terminale ultimo dell'azione del committente è pur sempre l'interesse pubblico oggettivato, parrà assolutamente inesatta l'affermazione giurisprudenziale secondo cui a seguito della stipula del contratto l'amministrazione agisce «nell'esercizio della propria autonomia negoziale»[104].

---

[103] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., pp. 134-135.

[104] La massima della già citata sentenza della C. cost., n. 401/2007, trova ancora ampio seguito nella giurisprudenza più recente: cfr. *ex multis* C. cost., 30 marzo 2012, n. 74; Cass., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23468; Cass., sez. I, 5 gennaio 2021, n. 25; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 1° dicembre 2020, n. 3233.

In quanto volta alla cura di un (invariato) interesse pubblico[105], l'attività del committente, pur nel corso della fase esecutiva, continua infatti ad essere qualificabile nei termini di attività amministrativa, come tale sottoposta al suo statuto giuridico più tipico, a partire dal principio cardine della funzionalizzazione[106].

D'altronde, se scopo dell'appalto è l'interesse pubblico in concreto, allora il contratto e, più in generale, tutta la vicenda contrattuale sono effettivamente funzionalizzati[107]. La funzionalizzazione ha cioè una dimensione esterna, valevole tra il momento legislativo e quello amministrativo (*supra* cap. I), ed una interna all'operazio-

---

[105] Un dato, questo, alquanto significativo, giacché restituisce una prima (e nitida) immagine dell'unitarietà della vicenda contrattuale; unitarietà, quindi, che è letta tramite l'unità finalistica della fattispecie – esattamente colta da chi ha affermato che «unico è l'interesse sottostante (pubblico e "per il mercato" ad un tempo)» (così, A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., p. 111, la quale aggiunge che «unitario è, del pari, l'interesse dell'aspirante-contraente ad ottenere il contratto, ad esigere e a conseguire il giusto corrispettivo in condizione di *par condicio* rispetto a tutti gli altri operatori economici del settore che potenzialmente aspirano al medesimo contratto») – e che, proprio per ciò, dovrebbe condurre ad una più esatta valorizzazione d'insieme dell'attività unitariamente esercitata nel corso dell'operazione amministrativa. È giusto il caso di osservare che gli stessi interessi ambientali e sociali per loro "fisionomia" e per la *ratio* sottesa alla loro previsione sono concepiti in modo tale da essere garantiti per tutta la durata del contratto (così S. Casini, *Clausola sociale*, cit., p. 703; ma si v. anche G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee*, cit., p. 5, il quale afferma che gli interessi multiformi perseguibili con l'appalto «permeano ormai in modo trasversale tutte le fasi dei contratti pubblici»).

[106] «Muovendo dalla considerazione autoevidente che l'amministrazione è tenuta a perseguire l'interesse pubblico anche nella fase esecutiva», F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti*, cit., p. 218, affermano che «[l]e regole di azione inerenti allo statuto generale dell'attività amministrativa dovrebbero configurare un dato unificante che passa attraverso le fasi pre-contrattuale e contrattuale e che non può non avere impatto sullo svolgimento del rapporto».

[107] Cfr. V. Cerulli Irelli, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 79 ss., spec. 88: «[i]l negozio stipulato da un'amministrazione pubblica, sia per la realizzazione di scopi meramente patrimoniali, sia – a maggior ragione – per l'espletamento di compiti amministrativi, è soggetto a questo generale precetto di buona amministrazione ed è strumento funzionalizzato verso una direzione obbligata, quella cioè della produzione di risultati di congruità e convenienza rispetto agli interessi dell'ente». *Contra* F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 675.

ne amministrativa, che si estrinseca *i)* ponendo dapprima un vincolo dinamico (perché incrementale) tra i livelli di definizione dell'interesse pubblico (*supra* cap. II) *ii)* e, poi, una volta definito compiutamente quest'ultimo, fissando un vincolo tendenzialmente statico, corrispondente al dovere di perseguire quel fine e di non "smentirlo", fatto salvo il successivo ricorso ai poteri di autotutela. Il che sta a significare che tutta la vicenda contrattuale dell'appalto pubblico deve dirsi funzionalizzata: lo sono persino gli episodi più remoti, quelli che una certa tradizione vorrebbe qualificare come de-funzionalizzati, perché confluenti nell'alveo della autonomia negoziale dell'amministrazione contraente. Ed anzi, una volta compreso che l'interesse pubblico rilevante non è il fine normativo di segno negativo (economicità ed effettività della concorrenza), ma è quello che trova una decisiva specificazione nelle fasi del pre-gara e di gara, si intuirà che il suo perseguimento e la sua soddisfazione non potranno che avere quale naturale sistemazione la fase che segue quella della sua definizione: insomma, la fase esecutiva è per eccellenza la fase funzionalizzata all'interesse pubblico in concreto[108].

Si comprenderà allora perché sono state sinora impiegate senza alcun indugio le nozioni di operazione amministrativa e di vicenda contrattuale. A differenza di quanto il modello bifasico porterebbe a credere, tra quei concetti non corre alcuna antinomia: la vicenda contrattuale – che si scompone (questa sì) in due fasi, l'una precontrattuale e l'altra propriamente contrattuale – è percorsa lungo il suo intero arco da una unitaria «serie di attività della pubblica Amministrazione dirette alla realizzazione di un unico risultato»[109], che per ciò stesso (ossia, per l'unitarietà del risultato perseguito) non si prestano ad alcuna geometrica o cronologica partizione[110]. Altrimenti a

---

[108] Si v. la già citata connessione funzionale tra le due fasi della vicenda contrattuale così come colta da Cons. St., ad. plen., n. 10/2020 (*supra* par. 4.2.).

[109] Si richiama la già citata spiegazione del concetto di "operazione amministrativa" offerta da M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, cit., p. 64, nt. 36.

[110] Per una parte della dottrina, invero, la distinzione andrebbe posta tra l'«esecuzione» e la «gestione» del rapporto contrattuale: «se l'esecuzione segue le regole generali e speciali ponendo facoltà ed obblighi, la gestione costituisce attività amministrativa della parte pubblica e segue le regole ed i principi per essa previsti» (F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti*, cit., p. 218).

dirsi, la possibilità di qualificare in termini di attività amministrativa l'azione svolta dal committente pubblico nel corso della fase esecutiva non pare poter essere sconfessata per il sol fatto dell'intervenuta stipula di un contratto: d'altronde, così come l'applicazione dello statuto amministrativistico non è invalidata nella fase di gara, ancorché l'attività del committente si collochi entro una struttura che è pacificamente precontrattuale (*supra* cap. III), essa neppure dovrebbe essere preclusa dall'immissione della vicenda all'interno di un rapporto che ha un pacifico fondamento contrattuale.

Orbene, si ricorderà che l'analisi sin qui condotta traeva origine dalla (presunta) *impasse* intercorrente tra la (apparente) chiusura disposta dall'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 – che, secondo la lettura più aderente al modello bifasico, disporrebbe l'applicazione dello statuto privatistico con le sole deroghe previste dal codice dei contratti medesimo – e l'applicazione estensiva degli istituti recati dalla l. n. 241/1990, ossia da una normativa evidentemente avulsa da quel primo contesto normativo.

Invero, questa circostanza, lungi dal costituire una *impasse*, rappresenta niente più che una sintomatica precondizione per comprovare quanto più sopra affermato, e cioè quanto mistificante sia la tradizionale lettura dell'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016: la l. n. 241/1990 è infatti applicabile (e, così, l'annullamento d'ufficio risulta essere un potere non destituito di fondamento) per la "semplice" ragione che anche nel corso della fase esecutiva l'azione del committente pubblico è attività amministrativa funzionalizzata, è cioè persistente cura di un interesse pubblico in senso oggettivo.

Per quanto paradossale possa apparire, è lo stesso art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, a fornire utili indicazioni in tal senso. Vero è che, fatto salvo quanto «espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi», «alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile»[111]; eppure,

[111] Un dato normativo, questo, la cui sufficienza, ai fini della qualificazione di una certa attività, è già di per sé incerta, se ed in quanto si acceda alla affermazione di M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 166, secondo cui «[u]na fattispecie ben può presentare il concorso di norme provenienti da diverse branche del diritto, ma è la sottoposizione ad un sistema di "principi" che segna appunto un regime giuridico e dunque la qualificazione che a quel regime giuridico è cor-

ragionando fuori dal preconcetto, ci si avvedrebbe della positiva circolarità dei periodi di cui si compone quella disposizione. Tra le previsioni «espressamente previst[e] nel presente codice» ve ne è una, di regola obliterata (perché assorbita dal prioritario riferimento alle «procedure di affidamento»), che assume un valore (ossia un ambito applicativo) ben più generalizzato di quanto l'esegesi tributaria del modello bifasico vorrebbe far credere: difatti, la regola secondo cui «alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici […] si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241» rappresenta una previsione di ampio respiro che ben si adatta tanto alla fase precontrattuale quanto a quella esecutiva. Altrimenti a dirsi, secondo il reinterpretato disposto dell'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, nel corso della fase esecutiva l'attività amministrativa *i)* non è esclusa[112], *ii)* non è soggetta ad una predetermina-

relata». Peraltro, l'A. rileva che già in Santi Romano ed in Orlando «non si mette dunque in discussione la possibilità che in un rapporto di diritto pubblico concorrano norme di diritto privato, anzi si reputa esplicitamente un "eccesso" pensare il contrario. Ma è altrettanto indiscutibile che il concorso delle norme civilistiche non muta la qualificazione del rapporto» (p. 169), aggiungendo poi che «[s]e dunque una norma si definisce civilistica perché opera normalmente in quel sistema, questa stessa norma se è quando immersa nel diverso sistema pubblicistico non potrà che divenirne parte e dunque assumere, a sua volta, la qualità di norma di diritto pubblico» (p. 171).

[112] La predeterminazione dell'ammissibilità dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio a seguito della stipula diviene, così, irrilevante, giacché quel potere è connaturato all'attività amministrativa: il rinvio che l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, fa ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici assume quindi rilevanza non perché attribuisce un potere altrimenti inservibile, bensì perché ne restringe temporalmente l'uso. A tal riguardo si v. quando affermato da A. Travi, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrative e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, in *Urb. app.*, 2012, 11, p. 1148 ss., spec. 1153-1154, «non si può negare all'amministrazione, in via generale, un potere di autotutela sui propri provvedimenti, a maggior ragione oggi, dopo l'entrata in vigore dell'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990. Tale potere non si può negare neppure per il fatto che il codice dei contratti pubblici preveda espressamente una fase dedicata specificamente alla verifica della legittimità della procedura da parte della stazione appaltante, e per il fatto che, per il caso di contenzioso, la legge processuale assegni al giudice amministrativo poteri estesi alla sorte del contratto». Riprova di quanto detto può essere tratta dalla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria in tema di revoca (Cons. St., ad. plen., n. 14/2014), laddove il divieto di revoca a seguito della stipula del contratto di appalto è giustificato «in forza della speciale e assorbente previsione dell'art. 134 del codice», ossia della disposizione (oggi recata dall'art. 109, d.lgs. n. 50/2016) «che attribuisce il diritto di recesso». Affermazio-

zione normativa (*i.e.* la legge non deve indicare cosa è e cosa non è attività amministrativa, ciò risultando dall'essere attività dispositiva di interessi pubblici), *iii)* è regolata come tale (è cioè soggetta al proprio statuto giuridico, siccome offerto dalla Costituzione e dalla l. n. 241/1990).

Si badi, non si tratta di una affermazione di contorno, bensì di contesto. Da quanto si è detto risulta infatti sconfessata la premessa su cui poggia la teorica del modello bifasico: la progressione "pubblico prima, privato dopo" si scontra con la comprovata e positivamente accertata circostanza che la dimensione amministrativistica della vicenda contrattuale non è interrotta dalla stipula del contratto. Il che significa qualcosa di più dell'ammettere la sola sussistenza di episodici poteri autoritativi nel corso della fase esecutiva (se così fosse non si direbbe nulla di diverso da ciò che la tradizione insegna); quanto precede, invero, sta a significare che la legge non preclude affatto all'interprete di poter qualificare (generalizzare?) l'attività del contraente pubblico nei termini di attività amministrativa, come tale sottoposta al suo statuto tipico.

Apparirà allora chiaro che i termini del discorso si pongono in maniera assolutamente capovolta rispetto a quanto si è detto in apertura del Capitolo: lo statuto amministrativistico non può essere visto come una deroga alla disciplina privatistica, essendo semmai vero il contrario, e cioè che se una deroga vi è, quella consiste nella trasmigrazione dal primo al secondo regime giuridico. Ipotesi, quest'ultima, invero piuttosto di scuola, se e nella misura in cui rimane valido l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca, secondo il quale laddove sussistono «disposizioni derogatorie rispetto allo statuto […] si pone un problema di interpretazione, o un problema di legittimità costituzionale: ognuna delle due strade può portare, come è auspicabile, alla riemersione dello statuto amministrativistico»[113].

---

ne, questa, piuttosto emblematica perché sta ad indicare che, laddove fosse mancata la positivizzazione dello istituto privatistico, l'amministrazione avrebbe potuto esercitare il potere di revoca: e, difatti, poiché l'art. 134, d.lgs. n. 163/2006, attribuiva la facoltà di recesso nei soli contratti di appalto di lavori, l'Adunanza plenaria ritenne che per i contratti di appalto di servizi e forniture fosse «per converso e di conseguenza consentita la revoca di atti amministrativi incidenti sui rapporti negoziali».

[113] F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, cit., p. 439.

Che da ciò derivi un evidente temperamento del modello bifasico è un dato indubbio e piuttosto rilevante: il diritto privato e le fattispecie (in ipotesi) privatistiche risultano infatti sottoposti ad una pressante e capillare conformazione, che va ben oltre le sole prescrizioni "speciali" di matrice codicistica. Così, ad esempio, è in ragione della persistenza dello statuto amministrativistico che va escluso il recesso *ad nutum* del committente pubblico: il dato formale dell'assenza di motivazione e quello sostanziale della irrilevanza dei motivi del recesso risultano infatti assolutamente distonici rispetto al principio di funzionalizzazione[114].

Che poi da ciò non derivi una necessaria riqualificazione pubblicistica delle vicende della fase esecutiva è, invece, un dato che appartiene all'*idem sentire*[115]. Così, per rimanere nell'esempio ora

[114] Il tema si pone evidentemente al crocevia del discorso riferito alla finalità della motivazione dell'atto amministrativo: a tal riguardo è giusto il caso di osservare che il riferito ancoraggio della motivazione del recesso alla garanzia non solo della parte contrattuale ma anche della collettività (giacché, come si è detto, il recesso implica la vanificazione del risultato pubblico) rievoca la tesi di A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 69 ss., sulla funzione della motivazione quale strumento di controllo democratico. A tal riguardo, e più in generale sulla polifunzionalità della motivazione, si v. l'ampio ed approfondito lavoro di F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 373 ss., il quale, peraltro, critica la tesi di Romano Tassone sotto un profilo affatto irrilevante: «la tesi trova in primo luogo il suo limite nella sottrazione dall'obbligo di motivazione degli atti normativi e degli atti amministrativi generali (comma 2, art. 3 della legge sul procedimento), che viceversa costituirebbero il naturale ambito di applicazione della funzione dei motivi nell'ottica del controllo sociale» (p. 403). Ad ogni modo, si consideri che negare la recedibilità *ad nutum* dal contratto di appalto non significa pertanto accordare un mero "aggiustamento" al modello bifasico, bensì, date le premesse di cui sopra, significa trarre una conclusione che muove dalla (e convalida la) inconciliabilità di quel modello rispetto all'unitarietà giuridico-funzionale dell'attività del committente pubblico. Correttamente, A. Travi, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, cit., p. 52, ritiene che il modello bifasico abbia «finito con l'innalzare una barriera», ma siffatta «barriera, in realtà, per vari aspetti, non è più in grado di rappresentare un quadro coerente per la ricostruzione del processo formativo della volontà contrattuale dell'amministrazione».

[115] Ancorché per M. Nigro, *Conclusioni*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, cit., p. 965 ss., spec. 969, la «tendenza ad assoggettare l'attività di diritto privato ai principi costituzionali sulla organizzazione ed attività amministrativa» rappresenterebbe «la forma più raffinata, ma anche stringente, di conservazione del dominio pubblicistico». Si

portato, il recesso (nel frattempo divenuto causale) potrebbe essere qualificato alla stregua di un diritto potestativo scaturente dall'istituto della presupposizione: secondo le direttrici del diritto privato, infatti, il venir meno del presupposto fattuale e giuridico di una data vicenda contrattuale (qui l'interesse pubblico istitutivo siccome mediato dall'esigenza di base) legittimerebbe l'esercizio del recesso[116], i cui motivi, peraltro, in quanto strettamente inerenti al presupposto, sarebbero oggettivamente rilevanti sia per l'amministrazione recedente che per il giudice in sede di sindacato giurisdizionale[117].

Eppure, ancorché appartenente all'*idem sentire*, quest'ultima prospettiva – che in sostanza esclude la sussistenza generalizzata del potere amministrativo, fatte salve alcune ipotesi (tra cui, oltre all'annullamento d'ufficio, anche il cosiddetto recesso antimafia, su cui v. *infra* parr. 5 ss.) – non pare del tutto convincente. E ciò non solo per il dato (secondario ma comunque) piuttosto evidente che, una volta conformato per via legale e statutaria il diritto privato, la descrizione in termini privatistici delle facoltà esercitate nel corso della fase esecutiva pare ridursi ad un *calembour*, ovvero ad uno sforzo esegetico finalizzato a descrivere in termini privatistici fattispecie che hanno un altrimenti sicuro substrato pubblicistico[118].

---

noti, peraltro, che l'affermazione è poi subito corretta dall'A. laddove precisa che i principi costituzionali da applicare all'attività che l'amministrazione svolge nelle forme del diritto privato dovrebbero essere «solo quelli che si ritengono applicabili a tutta l'attività di diritto privato quale che ne sia il soggetto, altrimenti il ricorso ai principi costituzionali è anche esso un metodo per frustrare la scelta organizzativa (tale è, come sappiamo, l'adozione del diritto privato) del legislatore o della stessa amministrazione».

[116] Secondo autorevole dottrina, mentre l'irrealizzabilità della causa in concreto comporta la risoluzione del contratto, «il venir meno della presupposizione» implica (per l'appunto) «il rimedio del recesso unilaterale» (C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 425). In giurisprudenza cfr. Cass., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, annotata da A. Riccio, *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1, p. 11 ss. In tema, si v. *amplius* R. Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, Milano, Giuffrè, 2016.

[117] Si badi, ciò non significa che il costrutto dello statuto amministrativistico sia ultroneo. L'ancoraggio con gli istituti privatistici è infatti reso possibile e valido solo dalla rilevanza della fisiologia dell'azione del committente pubblico, ossia dalla rilevanza statutaria dell'interesse curato.

[118] È giusto il caso di ricordare che per F. Merusi, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*,

Ed infatti, anticipando chi volesse ritenere che nell'analisi qui offerta non vi sia null'altro che un attraversamento di "contesto", ossia un mero transito che va dall'attività privata della pubblica amministrazione all'attività amministrativa di diritto privato, si rende opportuno rimarcare un ulteriore aspetto. Vero è che in Amorth la caratterizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato come attività funzionalizzata e assoggettata ad un determinato statuto non ne sconfessa l'assoggettabilità al diritto (per l'appunto) privato. Eppure, un conto è affermare che il perseguimento del fine pubblico possa avvenire attraverso forme *consensuali* – questo era d'altronde l'obiettivo dell'impostazione offerta da Antonio Amorth e di ciò non v'è motivo di dubitare (e, difatti, l'acquisto della pubblica amministrazione soddisfa un interesse pubblico in concreto per mezzo di un contratto) –, altro è invece credere che quello statuto giuridico si limiti a conformare dall'esterno le attività *unilaterali* del committente pubblico che si presentano come (e che perciò resterebbero) intrinsecamente privatistiche.

Questo è un aspetto particolarmente rilevante, perché serve a sanzionare come erronea la qualificazione di molte delle attività amministrative esercitate unilateralmente nel corso della fase esecutiva alla stregua di diritti potestativi (al più) conformati dalle regole dello statuto pubblicistico.

Come si è cercato di dimostrare in altra sede, infatti, l'affermata natura oggettiva dell'interesse pubblico rende del tutto problematica la riferibilità dell'azione del committente pubblico all'alveo dei diritti potestativi[119], e ciò per la preminente ragione che il diritto potestativo costituisce una facoltà attribuita ad una parte contrattuale affinché questa possa curare un interesse suo proprio[120]; il che,

---

2004, 4, p. 649 ss., spec. 654, nt. 4, «il diritto privato applicato alle pubbliche amministrazioni, in presenza del principio di legalità, [diventa] "diritto amministrativo"».

[119] E. Guarnieri, *Riflessioni sulla (in)sindacabilità dell'atto di recesso*, cit., p. 68 ss.

[120] Cfr. A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. Trabucchi, Padova, Cedam, 2017, p. 76, laddove è chiaramente affermato che il diritto potestativo è accordato per la realizzazione degli interessi «dello stesso soggetto agente». Sul punto si v. anche V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale*, cit., p. 39, «il titolare del diritto potestativo agisce producendo la modifi-

si crede, è per l'appunto quanto non avviene nella fase esecutiva dell'appalto pubblico, laddove l'amministrazione (ad esempio, modificando, recedendo o risolvendo il contratto) non provvede ad un proprio interesse (il cosiddetto interesse della parte pubblica), bensì fa persistente cura di un interesse pubblico "altrui"[121].

Pertanto, se non è possibile ritenere che con la stipula del contratto l'interesse pubblico concreto (ossia lo scopo del contratto) e l'interesse pubblico istitutivo (ossia il presupposto dell'operazione amministrativa) divengano per ciò stesso meri interessi di parte – perché essi sono e rimangono interessi pubblici in senso oggettivo, al cui perseguimento l'amministrazione è funzionalmente vincolata –, ciò significa che nell'attività su di essi incidente non c'è autonomia e disposizione privatistica di un *proprio interesse* (secondo il modello del diritto potestativo), bensì

---

cazione giuridica nella situazione soggettiva altrui, ancora una volta nell'interesse proprio (e ciò costituisce, appunto, in questa figura soggettiva, l'eccezione al principio, proprio dei rapporti interprivati, del necessario consenso)». Questa connotazione del diritto potestativo spiega, peraltro, la ragione della irrilevanza della funzionalizzazione: come osservato da A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 77 e 82, il diritto potestativo è facoltà caratterizzata dalla libertà dei fini (*i.e.* autonomia privata) ed è quindi protesa alla realizzazione delle finalità che il suo titolare ritiene più opportune.

[121] Così, ancora, V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale*, cit., p. 40 ss., spec. 43, laddove afferma che il potere è attività «finalizzata alla cura di interessi collettivi (della comunità amministrata, della generalità), e giammai del soggetto agente, che opera in posizione servente gli interessi collettivi e non ne ha la disponibilità». Si consideri poi che per A. Romano Tassone, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in A. Cavallari, G. De Giorgi Cezzi, G.L. Pellegrino, P.L. Portaluri, E. Sticchi Damiani, A. Vantaggiato (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 101 ss., spec. 105-106, «di un "interesse privato" della p.A. non può propriamente farsi questione, neppure quando essa agisca *jure privatorum*». Sul punto cfr. anche F. Merloni, A. Pirni, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Roma, Donzelli, 2021, p. 61: «[l]e istituzioni pubbliche curano interessi non propri, ma di terzi (della collettività e dei singoli cittadini). Usano risorse non proprie, ma della collettività. Non ci sono interessi delle amministrazioni, ma interessi affidati alla loro cura». Cfr. però M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, p. 172 ss., il quale sostiene che «non sembrano sorgere ostacoli concettuali che si oppongono all'equiparazione sotto il profilo strutturale tra atto di esercizio del potere amministrativo (provvedimento) e manifestazione di volontà attraverso la quale si esercita un potere (o diritto potestativo) nel diritto privato».

doverosa cura di un *interesse pubblico in senso proprio*, secondo il modello del potere[122].

È bene però osservare che, avendo proprio riguardo alle vicende della fase esecutiva dei rapporti contrattuali, in dottrina si è detto che per discernere il potere pubblicistico dal diritto potestativo è necessario verificare se una data potestà sia o meno attribuita al fine di curare un «interesse pubblico specifico»[123].

L'affermazione, di per sé inconfutabile, potrebbe fornire utili argomenti al fine di escludere la ricorrenza del potere nelle vicende della fase esecutiva, tenuto conto che nel codice dei contratti pare mancare di regola un'esplicita individuazione dell'interesse pubblico specifico sotteso alle molteplici potestà attribuite al contraente pubblico[124].

Eppure, questo silenzio legislativo non prova necessariamente la natura "parziale" degli interessi perseguibili; la distinzione tra interesse pubblico e interesse del contraente pubblico potrà, certo, risultare «non agevole»[125], ma essa non può essere obliterata né elusa in ragione della mancata indicazione dell'elemento teleologico. Già

---

[122] Per F.G. Scoca, *Il potere giuridico. La potestà*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 21 ss., spec. 22, «[l]'amministrazione pubblica è titolare sia di diritti soggettivi, reali e obbligatori, sia di poteri giuridici, *paritetici e autoritativi* […]. Tuttavia, per il particolare statuto della sua attività giuridica, finalisticamente condizionata alla soddisfazione […] dell'interesse pubblico, *i diritti soggettivi sono trattati alla stregua di oggetti di poteri discrezionali*».

[123] Indugiando sulla natura del fermo amministrativo *ex* art. 69, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, e domandandosi se «le potestà unilaterali dell'amministrazione previste dalla legge o dal contratto diano vita all'esercizio di un potere pubblicistico o se, invece, non si debba parlare di potestà unilaterali, di diritti potestativi, di natura schiettamente privatistica», L. Perfetti, *Fermo amministrativo e posizione dell'amministrazione debitrice. L'art. 69, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, come norma derogatoria o diritto potestativo civilistico*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 12, p. 3150 ss., spec. 3158, afferma che «non sembra sufficiente a far sorgere un potere pubblicistico in capo all'ente la sola circostanza che si sia innanzi ad una posizione unilateralmente esercitabile e che la stessa sia posta a vantaggio dell'amministrazione […]. Semmai, sarà necessario che quel potere sia attribuito per la cura di un interesse pubblico specifico».

[124] In senso parzialmente diverso e, più in particolare, sul rapporto tra interessi tipizzati e non tipizzati nell'ambito delle facoltà accordate nel corso della fase esecutiva cfr. F. Manganaro, *Recesso dall'appalto pubblico e giurisdizione ordinaria*, in *Urb. app.*, 2014, 7, p. 798 ss., spec. 803.

[125] M. Renna, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 808.

troppo a lungo ci si è soffermati sul tema perché sia qui lecito dilungarsi oltre: basterà ricordare che, sin dall'elaborazione di Guido Zanobini (*supra* par. 2, cap. I), l'omessa individuazione dell'interesse pubblico specifico è un fattore ricorrente[126] e quindi non determinante, perché sostanzialmente rimesso alle soluzioni offerte dall'opera interpretativa[127]; ossia, proprio da quella interpretazione che qui consente di isolare e di eleggere a fine positivo degli interventi esecutivi lo stesso interesse pubblico che ha dato origine alla e che si è concretato nella singola vicenda contrattuale.

Il che pare trovare conferma proprio in quella dottrina che, pur non negando la sussistenza di diritti potestativi (ancorché conformati dallo statuto pubblicistico), ha marcato la rilevanza teleologica dell'interesse pubblico persino in relazione all'ipotesi della risoluzione per grave inadempimento[128], ossia in relazione a quella fattispecie che è apparentemente la più privatistica tra tutte, perché nei

---

[126] Cfr. S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 201, secondo il quale «sembra esservi in dottrina una diffusa consapevolezza sulla circostanza che un oggettivo parametro di riferimento, inteso come interesse pubblico da perseguire, è introvabile nella legge».

[127] Si richiama il già ricordato studio di N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., pp. 496-497: «[s]e quindi l'applicazione della norma costituisce un momento della sua stessa interpretazione, e se l'*applicatio* è a sua volta un momento di individuazione del contenuto precettivo della norma medesima attraverso i fatti, è agevole comprendere come l'individuazione dell'obbiettivo che il legislatore intende venga perseguito nel caso concreto (applicando quella norma a quella fattispecie concreta), non può che essere il risultato dell'attività interpretativa».

[128] Come affermato da F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti*, cit., p. 219, infatti, «l'amministrazione che tollera – magari non solo per colpa, ma con dolo del funzionario – un inadempimento grave del contraente, non solo non persegue l'interesse a cui è istituzionalmente tenuta, ma in sostanza altera l'equilibrio contrattuale che è scaturito dal confronto concorrenziale e che ha determinato la preferenza per l'aggiudicatario. In altri termini, a fronte di una facoltà negoziale, tanto di origine legale che convenzionale, da esercitare in sede esecutiva, la decisione della parte pubblica non può che essere attratta dalla doverosità della massimizzazione del pubblico interesse». Il punto è anche avvertito da A. Travi, *Esecuzione del contratto pubblico*, cit., il quale sì afferma che la risoluzione per inadempimento «realizza un interesse specifico dell'amministrazione» (p. 46), ma poi aggiunge che «anche in questo caso si ripropongono gli interrogativi, che toccano più in generale il diritto amministrativo, sul rapporto fra interesse particolare dell'amministrazione e interesse pubblico» (p. 58, nt. 26).

suoi presupposti è la meno divergente dalle dinamiche dei rapporti contrattuali tra privati (si tratterebbe, infatti, di una "mera" reazione ad un più tradizionale inadempimento).

In una più ampia visione d'insieme, parrà quindi evidente la continuità rispetto a ciò che si è detto in relazione alla fase di scelta del contraente (*supra* par. 4, cap. III): al pari di quanto avviene nel corso dell'evidenza pubblica, infatti, anche durante la fase esecutiva l'amministrazione, compiendo atti dispositivi di interessi pubblici in senso oggettivo, esercita un potere pubblicistico. Un potere che sì si distingue dalle corrispondenti facoltà privatistiche per l'esorbitanza delle regole espresse o implicite che ne assistono l'uso, ma che, ed ancora una volta, se guardato dal punto di vista dello strumento negoziale ad esso sotteso non deve essere apprezzato sempre e comunque come strumento esclusivo del soggetto pubblico, quanto piuttosto come canone della sua particolare azione.

È quindi attorno al comune denominatore della natura oggettiva dell'interesse pubblico curato che può essere colto e compreso il *continuum* (non solo descrittivo ma anche) giuridico che intercorre tra le fasi della vicenda contrattuale[129]. Come nella fase dell'evidenza pubblica, anche nella fase esecutiva l'amministrazione fa uso di un potere pubblicistico (perché cura interessi pubblici in senso oggettivo ed è sottoposta all'unitario statuto giuridico)[130], autoritativo

---

[129] Sulla «idea di una disciplina unitaria che vede un ritorno circolare a partire dall'esecuzione del rapporto giuridico» che «assume rilievo nel ragionamento a ritroso della sequenza procedimentale come atto contrattuale che è atto esecutivo dell'esito della gara (c.d. aggiudicazione)» cfr. R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., pp. 328-329.

[130] D'altronde, se è vero quanto afferma F.G. Scoca, *Il punto sulla disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, cit., p. 8, e cioè che l'amministrazione «quando utilizza strumenti privatistici, esercita poteri discrezionali, finalisticamente vincolati, e non è dotata di autonomia», ciò pare implicare la permanenza del potere, quale modulo tipico di azione, anche a seguito della stipula del contratto di diritto privato. È giusto il caso di osservare che la qui proposta qualificazione pubblicistica del potere esercitato dal contraente pubblico non trascura il fatto che l'ordinamento conosca fattispecie riconducibili al potere privato: «nel diritto privato l'agire funzionale non è certo una novità, [giacché] ci sono sempre state figure che tipicamente agiscono nell'interesse altrui, come gli amministratori […], i tutori, i curatori» (G. Falcon, *Percorsi del rapporto pubblico privato*, cit., pp. 385-386; in tema è imprescindibile il rinvio a C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977, spec. p. 87, laddove si afferma che il potere privato è così qualificabile

(se ed in quanto l'attività, che incide sulla posizione giuridica del privato senza necessitare del suo consenso, sia connotata, secondo una già ricordata definizione, da «un regime giuridico che rende rilevante in relazione all'atto compiuto la speciale qualità dell'agente, la sua *diversità* dai soggetti di diritto comune», v. *supra* par. 2.1., cap. III) e produttivo di effetti negoziali.

Vero è che, come rilevato in dottrina, «la soluzione al problema qualificatorio non può derivare da mere esigenze logiche di parallelismo con la fase precontrattuale»[131]; eppure, se si muove dalla in-

---

solo per quanto attiene alla fonte e al soggetto che lo esercita, mentre «all'atto del suo esercizio [esso] si realizza con quella forma di cogenza e di autorità avvicinabili sostanzialmente alle categorie amministrativistiche in senso lato»). D'altronde, il connotato della funzionalità è certamente presente anche nei poteri privati, ed esso è caratterizzato dalla doverosità (A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 77), nel senso che la finalizzazione dell'attività al soddisfacimento dell'interesse altrui ne impone necessariamente una torsione verso le finalità per cui quei poteri sono attribuiti (P. Rescigno, *Manuale di diritto privato*, a cura di G.P. Cirillo, Milanofiori, Assago, Jovene, 2000, p. 208). In questi casi, peraltro, trattandosi di attività «diretta a uno scopo giuridicamente definito» (M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 119), si è dinanzi ad un'ipotesi di discrezionalità privata e non già di autonomia. Ferma restando questa indubbia corrispondenza concettuale – peraltro sostenuta, sotto il profilo delle forme di sindacato, da una tendenziale convergenza (cfr. G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., *passim*), che però è bene stigmatizzare come "a trazione amministrativistica", tenuto conto che «è il diritto privato [ad aver fatto] proprie tecniche di controllo tipiche del diritto amministrativo» (B.G. Mattarella, *Poteri amministrativi e poteri privati: convergenze e divergenze*, in G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, Cedam, 2013, p. 363 ss., spec. 371) e che è il diritto privato ad aver ibridato la situazione giuridica soggettiva tipica del diritto amministrativo (sull'interesse legittimo nel diritto privato cfr. L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967) –, non risulterebbe però convincente la tesi di chi, in forza della ambientazione contrattuale, volesse qualificare nei termini di "potere privato" l'attività svolta dal committente pubblico nel corso della fase esecutiva: ciò per l'evidente ragione che l'amministrazione, pur a seguito della stipula, continua a disporre dello stesso interesse pubblico curato nella fase precontrattuale e, come tale, risulta essere sottoposta (*rectius*: il suo potere risulta essere sottoposto) al medesimo statuto amministrativistico (che del potere ne definisce l'attributo "pubblico" e, ciò che più importa, il regime giuridico). In tal senso cfr. A. Lolli, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, Giuffrè, 2000, spec. p. 210, laddove rileva che ciò che accomuna il potere pubblico e quello privato è il profilo dell'imperatività, mentre ciò che li differenzia sta proprio nel dovere di rappresentazione della collettività.

[131] G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 74.

terpretazione più recente dell'attività amministrativa esercitata nel corso dell'evidenza pubblica – ossia da quella che riconosce la bidimensionalità degli atti ivi adottati – rimarrebbe da spiegare perché fattispecie omogenee risultino poi sottoposte a ordini giuridici differenti: la convivenza tra la dimensione provvedimentale (che riflette il particolare statuto giuridico entro il quale è esercitata una data attività) e l'efficacia negoziale (si pensi al bando di gara, che, quanto ad effetti, è considerato alla stregua di un invito ad offrire, o alla revoca del bando che è atto provvedimentale e che, dal punto di vista della serie negoziale, è atto interruttivo delle trattative) risulta infatti assolutamente riproducibile per le attività compiute nel corso della fase esecutiva.

È giusto il caso di avvertire ancora una volta che, sebbene vi sia una certa assonanza di linguaggio, l'interpretazione qui prospettata si distingue per un preminente profilo da quella già autorevolmente patrocinata da Guido Greco. Comune è l'insoddisfazione per la qualificazione tutta privatistica delle vicende della fase esecutiva, e condivisa è la preoccupazione per la derubricazione dell'interesse pubblico e del "suo" statuto giuridico[132]. Divergente è, invece, la lettura che viene accordata all'attività amministrativa, giacché se per Guido Greco gli atti della fase esecutiva, mancando di autoritatività, esprimerebbero l'esercizio di diritti potestativi, qui si crede invece vero il contrario, e cioè che non vi sia alcun diritto potestativo laddove l'amministrazione disponga di un interesse "altrui"[133]. Si badi,

---

[132] «Risulterebbe, invero, assai singolare che l'interesse pubblico e i principi che presiedono alla discrezionalità amministrativa, che assumono indubbio e positivo rilievo nella fase precontrattuale attraverso gli istituti dell'evidenza pubblica, scompaiano improvvisamente del tutto nella successiva fase di attuazione dell'assetto contrattuale» (G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 73).

[133] A. Romano Tassone, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 4, p. 559 ss., spec. 570, ritiene, da un lato, che «la traduzione giuridica del potere in termini di diritto (potestativo o meno) si collega […] all'idea-aspirazione di una legittimazione eminentemente soggettiva del potere stesso, potere che, in questa prospettiva, si pone come un attributo della persona del titolare» e, dall'altro lato, che «l'autorità pubblica e quella privata […] possono essere distinte, con maggiore affidabilità, sulla base del fondamento, rispettivamente obiettivo e subiettivo, della pretesa di legittimazione delle decisioni in cui esse si manifestano. Tale distinzione si fonda, a sua volta, sulla funzionaliz-

si tratta di una divergenza che riflette la diversità dell'impostazione di base, ma che poi, all'atto pratico, risulta forse più di contorno che di sostanza, tenuto conto che, nell'impostazione di Greco, i diritti potestativi della fase esecutiva sono comunque sottoposti al regime dell'evidenza pubblica[134] e che gli atti, pur producendo effetti negoziali, sono nondimeno assoggettati al regime amministrativistico.

5. *L'efficacia negoziale del potere amministrativo nel corso della fase esecutiva: prototipi*

A margine delle considerazioni che precedono, ragioni di compiutezza dello studio sinora svolto consigliano di evidenziare la frequenza con cui l'attività amministrativa del committente pubblico nel corso della fase esecutiva assume le forme del potere amministrativo ad efficacia negoziale. Rinviando ad un momento successivo l'analisi delle fattispecie che già per diritto positivo presentano una siffatta caratterizzazione, l'esame di seguito condotto prenderà in considerazione tre principali casi: l'annullamento d'ufficio, alcune particolari ipotesi di risoluzione del contratto di appalto ed il recesso "antimafia". Una selezione, questa, che è sì ridotta (a beneficio della sintesi), ma che è al contempo utile al fine di marcare la ricorrenza di certune dinamiche. Nello specifico e secondo l'ordine poc'anzi proposto: *i)* la ciclicità delle logiche rimediali; *ii)* il bisogno di unità e di semplificazione; *iii)* la natura ondivaga delle qualificazioni.

5.1. *L'annullamento d'ufficio e la sorte del contratto*

Rispetto al percorso interpretativo che si è sviluppato attorno alla natura del recesso "antimafia" (*infra* par. 5.3.), quello relativo alla qualificazione dell'annullamento d'ufficio esercitato nel corso

---

zazione dell'attribuzione del potere, che in un caso sottende interessi di primario rilievo collettivo, mentre nell'altro è effettuata nell'interesse dello stesso titolare».

[134] Cfr. G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 49 ss.

della fase esecutiva presenta un carattere, per certi versi, invertito. Se del primo, infatti, la riconducibilità al potere autoritativo ha rappresentato, per così dire, un esito, al contrario, la natura pubblicistica dell'annullamento d'ufficio costituisce, con tutta evidenza, un presupposto o, meglio, un dato assiomatico[135], rispetto al quale è l'effetto negoziale (in specie, la caducazione del contratto) a rappresentare l'incognita e, come si dirà, l'esito qui accolto.

Al fine di comprendere al meglio il percorso logico che giustifica l'adesione all'impostazione che ammette l'efficacia caducatoria dell'annullamento d'ufficio – sì da ricostruirlo alla stregua di un potere autoritativo ad efficacia negoziale –, è anzitutto necessario anteporre alcune brevi considerazioni sulla disciplina positiva della sorte del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale.

Ebbene, la sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva ha posto ampie e complesse problematiche derivanti per buona parte dalla indubbia connessione fra le dinamiche pubblicistiche e quelle privatistiche. Vero è però che discorrere delle plurime teorie dottrinali e giurisprudenziali relative alla sorte del contratto a più di dieci anni dall'intervento del legislatore potrebbe apparire un esercizio di stile ai limiti della storiografia e finanche superfluo ai limitati fini di quanto si intende qui dimostrare: si perdoni allora la scelta di fornire solo brevi e concise note sulle passate incertezze e sulle odierne previsioni legislative[136].

Ciò che qui rileva evidenziare è che la scelta dell'ordinamento europeo (operata con la dir. 2007/66/Ce) e di quello nazionale

---

[135] In tema, si v. per tutti M. Allena, *L'annullamento d'ufficio: dall'autotutela alla tutela*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, nonché, anche per una lettura eurounitaria del fenomeno, S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, p. 219 ss.

[136] La bibliografia in tema è amplissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, oltre alle opere di seguito citate, in particolare per la dottrina antecedente alla riforma di cui alla l. n. 53/2010, si v. F. Goisis, *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1, p. 116 ss.; B. Marchetti, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, p. 95 ss.; F.G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 2, p. 797 ss.; V. Cerulli Irelli, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 11, p. 1195 ss.

(d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53) è stata quella di svincolare la vicenda della sorte del contratto sia dalla dimensione privatistica, che (per collocazione spazio-temporale) le sarebbe "logicamente" spettata, sia (ma in maniera meno netta) da quella pubblicistica, a sua volta altrettanto giustificabile (e giustificata) in ragione delle peculiarità della procedura che sta a monte del rapporto negoziale.

A dire il vero il travolgimento della lettura in chiave privatistica era già stato affermato in ragione dell'adozione dell'art. 14, d.lgs. n. 190/2002, e soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006. I plurimi tentativi stratificatisi nel corso degli anni e che avevano cercato una soluzione aderente alla tassonomia civilistica – *a)* annullabilità per vizio del consenso o per incapacità di contrarre *ex* art. 1425 c.c. o per errore, violenza o dolo *ex* art. 1427 c.c.[137], con legittimazione talvolta riconosciuta *ex* art. 1441 c.c. alla sola amministrazione[138]; *b)* nullità virtuale per infrazione di norme inderogabili[139]; *c)* nullità a fronte dell'illiceità dell'oggetto[140]; *d)* nullità per assenza del consenso dell'amministrazione[141] – furono infatti superati da accorta dottrina sulla base di un semplice, ma indubitabile, presupposto.

Prima l'art. 14, d.lgs 20 agosto 2002, n. 190, e poi l'art. 246, d.lgs. n. 163/2006, avevano escluso, per le infrastrutture e gli insediamenti produttivi strategici, che la sospensione o l'annullamento dell'aggiudicazione comportassero la caducazione del contratto stipulato. Così, trattandosi di una deroga riferita esplicitamente alle sole infrastrutture e agli insediamenti produttivi strategici, si è detto che «ciò significa che la disciplina normale, ordinaria è quella opposta, cioè che l'annullamento degli atti amministrativi che precedono e condizionano il contratto comporta anche la caducazione del contratto»[142].

---

[137] Cfr. Cass., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901; Id., 8 maggio 1996, n. 4269; Id., 28 marzo 1996, n. 2842; Id., 26 luglio 1993, n. 8346.

[138] Cfr. Cass., sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885.

[139] Cfr. Cons. St., sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218 e Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177.

[140] Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 28 febbraio 2002, n. 857.

[141] Si v. V. Lopilato, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 4, p. 1519 ss.

[142] F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo*, cit., p. 570. Nello stesso senso si v. E. Sticchi Damiani, *La caducazione del contratto per annullamento*

Posto che l'eccezione legislativa assolveva al contempo anche la funzione «di interpretazione autentica di quanto intende derogare»[143] e dato che il termine di riferimento diveniva di tutta conseguenza quello della "caducazione", la tradizionale concezione privatistica della vicenda era così ritenuta doppiata e sostituita dal meccanismo pubblicistico dell'invalidità derivata[144].

Sennonché, se il movimento che si è descritto andava, ancora una volta, dal diritto privato al diritto pubblico, secondo il tradizionale e ben consolidato moto polarizzato proprio di un modello dicotomico, con la direttiva ricorsi 2007/66/Ce e con il d.lgs. n. 53/2010 (la cui disciplina nella parte *de qua* verrà poi trasposta nel codice del processo amministrativo) il pendolo si è però fermato a "metà strada". Come osservato in dottrina, infatti, dagli artt. 121-125, d.lgs. n. 104/2010, emerge la centralità di un termine «volutamente neutro» e «al contempo eventuale, flessibile, funzionale»[145]: ovvero quello di *inefficacia* del contratto.

Per chiarire il dato di diritto positivo e per circoscrivere lo studio, merita di essere operata una prima distinzione[146].

Vi è tuttora una netta differenza di regime fra i contratti "ordinari" e quelli relativi alle infrastrutture strategiche di cui all'art. 125, d.lgs. n. 104/2010. Per i primi, infatti, l'inefficacia è conseguenza (come si anticipava) eventuale e variabile (artt. 121-124); per i secondi, invece, l'art. 125 vuole che la regola sia quella della persistente efficacia del contratto, fatte salve le ipotesi più gravi di violazione

---

dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 11, p. 3719 ss., spec. 3721-3723.

[143] F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo*, cit., p. 571.

[144] Così E. Sticchi Damiani, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, cit., p. 3726. L'A. rileva che nel d.lgs. n. 163/2006 non solo non è mai impiegato il termine "annullabilità", ma che la "nullità" è stata prevista in ipotesi tassative (non quindi per la sorte del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione). In particolare, per contrastare la tesi della nullità strutturale, l'A. rimarca il superamento, recato dall'art. 11, comma 7, della coincidenza fra aggiudicazione definitiva e accettazione dell'offerta (p. 3724).

[145] E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., p. 246.

[146] È bene avvertire che la riflessione prescinde dalle previsioni a carattere temporaneo recate dall'art. 4, d.l. n. 76/2020, per far fronte alla pandemia da Covid-19.

della normativa di riferimento[147]. In linea con l'oggetto della trattazione, l'attenzione di seguito verrà concentrata solo sul primo tipo di contratti.

Dal combinato disposto degli artt. 121-122, d.lgs. n. 104/2010, emergono due fattispecie di violazioni. Da un lato, vi sono quelle più gravi e tassativamente identificate dall'art. 121, comma 1, che per comodità possono essere raggruppate nei due sottogruppi delle violazioni degli obblighi pubblicitari (lett. *a)* e *b*) e delle infrazioni dello *stand still period* (lett. *c)* e *d*). Dall'altro lato, vi sono le ipotesi residuali, ma per così dire ordinarie (perché non tipizzate), recate dall'art. 122.

Per le fattispecie più gravi opera un sistema a due livelli. La regola è quella della perdita di efficacia del contratto. Difatti, il primo comma dell'art. 121, d.lgs. n. 104/2010, prescrive (almeno secondo la dottrina maggioritaria[148]) il dovere del giudice di dichiarare, con pronuncia costitutiva, l'inefficacia, che, in ragione delle deduzioni di parte e della valutazione della gravità della condotta dell'amministrazione e della situazione di fatto, potrà operare *ex tunc* o *ex nunc*. Il secondo comma, però, fa salva la possibilità che, pur a fronte delle medesime violazioni, il contratto resti comunque efficace, laddove il giudice accerti «che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti»; in quest'ultimo caso, fermo restando il risarcimento del danno patito dal ricorrente, troveranno applicazione le sanzioni di cui al comma

[147] L'art. 125, d.lgs. n. 104/2010, prevede, infatti, che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comportano la caducazione del contratto stipulato e che il risarcimento del danno eventualmente dovuto è disposto solo per equivalente, ma fa comunque salva «l'applicazione degli articoli 121 e 123».

[148] Si v. M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lgs. n. 53 del 2010*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 1, p. 56 ss. Critico sul punto è F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm*., 2012, 1, p. 3 ss., spec. 29, il quale avverte che «da più parti si è visto proprio nella direttiva il fondamento di un potere-dovere giudiziale di dichiarare l'inefficacia anche in carenza di una domanda di subentro e di un interesse del ricorrente. La privazione di effetti del contratto, nel caso dei vizi gravi, costituirebbe una vera e propria sanzione prima ancora che una forma di protezione della parte ricorrente». Sul punto si v. l'approfondita analisi di G. De Giorgi Cezzi, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, p. 401 ss., spec. 428 ss.

1, lett. *a)* e *b)*, dell'art. 123, d.lgs. n. 104/2010, la cui irrogazione, ai sensi del comma 3, è comunque vincolata nell'*an* alle ipotesi di violazione dello *stand still period*[149].

Per quanto attiene invece alle ipotesi residuali non sussiste nessuna inefficacia "doverosa", perché, come si dirà, l'art. 122, d.lgs. n. 104/2010, attribuisce *de plano* la relativa decisione al giudice.

Ciò chiarito, per quanto qui più rileva è bene trarre una prima conseguenza dal descritto sistema normativo: nelle disposizioni in commento le sorti del contratto risultano legate a filo diretto con l'interesse pubblico; e, poiché di esso "dispone" il giudice amministrativo, quest'ultimo diviene titolare di un ampio potere discrezionale o, come è stato altrimenti affermato, di un «un potere sostanzialmente di merito limitato dal solo parametro della ragionevolezza»[150].

Il dato comunque più importante su cui riflettere *de iure condito* e che funge da presupposto rispetto alla qualificazione "giudice amministratore" – espressione che in realtà non dice nulla di nuovo, ma che fotografa una progressione del sistema giustizia e che consente al più di formulare qualche considerazione *de iure condendo*[151] – è che gli artt. 121 e 122, d.lgs. n. 104/2010, hanno conse-

---

[149] In tal senso, sostenendo l'«impronta sanzionatoria» della misura, cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 25 giugno 2013, n. 610.

[150] E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., p. 263.

[151] Tema rinnovato dalla recente sentenza del Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, secondo cui «in alcuni casi, può accadere che la pervicacia degli organi amministrativi a reiterare le statuizioni annullate integri una elusione (palese o occulta) del giudicato: in tal caso deve ammettersi la possibilità, per il giudice dell'ottemperanza, di sindacare anche su aspetti non pregiudicati dalla sentenza. Ma anche in una vicenda come quella in esame – in cui, per le ragioni anzidette, l'alternarsi di tre diverse Commissioni non consente di ravvisare nel nuovo vizio di illegittimità un palese sintomo dell'intento di non attuare il giudicato –, il susseguirsi di tre giudicati di annullamento ha comunque l'effetto di "svuotare" l'amministrazione del proprio potere discrezionale. Con la precisazione che il giudicato costituisce, in tale ipotesi, un vincolo alla discrezionalità amministrativa operante come "fatto" e non come "atto"». Sul tema si v. S. Lucattini, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 3, p. 1415 ss., il quale evidenzia la «tendenza del giudice amministrativo a riconoscere al privato, in omaggio all'effettività, utilità maggiori di quelle che gli spetterebbero sulla base del diritto sostanziale, anche a costo di spogliare l'amministrazione delle proprie prerogative decisorie e fin quasi a confondere l'effettività della tutela giurisdizionale con l'efficacia dell'azione amministrativa» (p. 1436). Cfr. altresì P. Carpentieri, *Azione di adempimento*

gnato all'interprete la possibilità di rileggere o, meglio, di rivalutare la persistente rilevanza dell'interesse pubblico sotteso al contratto. Si potrebbe dire, infatti, che sia mutata la percezione sul rapporto fra interesse pubblico e stabilità del vincolo: l'interesse non sarebbe più evidenza negativa dell'instabilità del vincolo e quindi dello "strapotere autoritativo" dell'amministrazione, ma nell'attuale sistema «giudice-centrico»[152] esso assumerebbe valore positivo ai fini del mantenimento dell'efficacia del contratto.

Nel "nuovo" impianto legislativo, infatti, l'interesse pubblico assume una rilevanza determinante ai fini della decisione giudiziale sulla sorte del contratto, giacché è l'unico fattore ad essere valorizzato nell'ambito del rapporto dialettico con l'altro polo della vicenda comparativa costituito dal subentro nel contratto. Ma è bene avvertire che il subentro e l'interesse pubblico agiscono su piani differenti: il subentro è il fine generale della dichiarazione di inefficacia[153] – fatto salvo il caso della privazione degli effetti conseguente alle violazioni degli obblighi pubblicitari (*sub* art. 121, lett. *a)* e *b*) – mentre la tutela dell'interesse pubblico è, al contrario, proprio lo scopo del mantenimento dell'efficacia del contratto. È a quest'ultimo fine, infatti, che l'art. 121, comma 2, d.lgs. n. 104/2010, valorizza ed enumera a titolo esemplificativo alcune esigenze imperative connesse all'interesse generale: *a)* quelle «imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale»; *b)* quelle relative agli interessi economici, ma valorizzabili «solo

---

e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo), in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, p. 385 ss., spec. 423-427, secondo il quale la «lettura delle recenti novità processuali orientata al solo criterio della effettività-satisfattività […] condurrebbe ad un sistema a "governo dei giudici" e a un diverso equilibrio istituzionale, in cui la decisione finale di gestione amministrativa sarebbe in definitiva riservata al potere giurisdizionale […] anche per i suoi aspetti decisori (discrezionali e valutativi) riservati all'esecutivo» (p. 424).

[152] S. Vaccari, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, p. 255 ss., spec. 315.

[153] Questa è la tesi di E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., *passim*.; nello stesso senso, cfr. M. Nunzia, *La sospensione degli effetti del contratto da parte del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1, p. 91 ss., spec. 96.

in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate»[154]. Diverso, ma solo perché più generico, è invece il disposto dell'art. 122, ove il rilievo è posto sull'interesse delle parti (in specie quello dell'amministrazione) e allo stato di esecuzione del contratto, così lasciando ampio margine di apprezzamento al giudice.

Ora, muovendo dalle brevi annotazioni di sistema sin qui svolte, si può quindi riflettere sul rapporto fra annullamento in autotutela e caducazione del contratto di appalto.

Come si è detto, è ricorrente e non necessariamente errata l'affermazione secondo la quale l'amministrazione che stipula un contratto, al pari di ogni privato, non possa sciogliere unilateralmente il vincolo negoziale in assenza di una disposizione che attribuisca un potere di tal fatta. E così, proprio con riferimento alla capacità dell'annullamento d'ufficio di incidere sul contratto, si sostiene che «essendo tale negozio giuridico un istituto privatistico, esula da esso ogni possibile scelta discrezionale della stazione appaltante sul mantenerlo in vita o meno»[155]. D'altronde, poiché l'annullamento d'ufficio conferisce espressamente solo il potere di incidere sul provvedimento amministrativo presupposto e non già sul contratto, la caducazione degli effetti del contratto determinata per tale via implicherebbe una palese violazione dell'art. 1372 c.c.[156]; l'amministrazione, pertanto, per svincolarsi "autonomamente" potrebbe fare ricorso ai soli poteri di recesso e di risoluzione, dovendo altrimenti rimettersi alla determinazione del giudice competente.

Ecco, quindi, il punto qui rilevante: secondo una impostazione evidentemente formulata su solide logiche privatistiche, l'annulla-

---

[154] Ai sensi del comma 2 dell'art. 121, d.lgs. n. 104/2010, non rappresentano esigenze imperative gli «interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia».

[155] S. Vaccari, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, cit., p. 315.

[156] Così, F.G. Scoca, *Provvedimenti di autotutela e loro qualificazione: nuovo conflitto sulla giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2012, 11, p. 2398 ss., spec. 2403, nonché E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., p. 267.

mento d'ufficio esercitato dal contraente pubblico corrisponderebbe ad una fattispecie in cui il potere pubblicistico risulta scisso dalla (*i.e.* privato della) efficacia negoziale.

La conclusione, di per sé apparentemente non problematica, ancorché distonica rispetto all'idea sopra promossa (*supra* par. 4.3.), presenta in realtà una forte criticità a margine.

Per comprenderne la ragione è bene considerare che è la stessa dottrina che esclude la permanenza in capo all'amministrazione del potere di "aggressione" del vincolo negoziale a riconoscere che nella vicenda tutta giurisdizionale dell'annullamento-inefficacia una delle "vittime"[157] sia proprio l'originario aggiudicatario/contraente «la cui posizione non pare presa in alcun modo in considerazione ai fini della pronuncia di inefficacia»[158].

Ora, se si abbandonasse il riferimento depersonalizzato al "vincolo contrattuale" e si potesse affermare che ai sensi dell'art. 1372 c.c. la tutela della stabilità del vincolo non si risolve solo in una tutela del contratto in quanto tale[159], ma anche, seppure mediatamente, in una tutela dei contraenti che non potranno "subire" lo scioglimento del contratto se non per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge, ci si renderebbe conto dell'insanabile contraddizione che si viene a creare.

In nome della collocazione privatistica della vicenda e della logica che ne sta alla base si esclude la forza caducatoria dell'annullamento d'ufficio, ma si "tollera" l'intervento di un giudice nella cui ottica la tutela della stabilità del vincolo non discende da esigenze di protezione delle ragioni dell'altro contraente, ma da valutazioni esclusivamente attinenti all'interesse pubblico sotteso al contratto – che qui, per come è posta la normativa, è da intendersi nella sua dimensione più elementare, ossia siccome interesse alla mera realiz-

---

[157] O, come si è detto, «l'anello debole della catena» (G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative*, cit., p. 753).

[158] E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., p. 265.

[159] Su cui fondamentale è il rinvio a F. Galgano, *Art. 1372 (Efficacia del contratto)*, in F. Galgano e G. Visentini, *Libro quarto - Delle obbligazioni. Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare. Art. 1372-1405*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1993, p. 1 ss.

zazione dell'opera o alla prestazione del servizio o della fornitura – e all'interesse al subentro, che è interesse sì privato, ma in primo luogo pubblico, essendo manifestazione dell'interesse alla concorrenza[160]. Insomma, il contraente che vede annullata la sua aggiudicazione subirebbe la dichiarazione giudiziale di inefficacia in ragione della non preponderanza dell'interesse dell'amministrazione rispetto a quello del subentrante, senza alcuna considerazione della sua posizione. Non a caso è lo stesso Ernesto Sticchi Damiani ad affermare che l'inefficacia del d.lgs. n. 104/2010 assume «caratteri evidentemente più pubblicistici», per poi chiedersi «che contratto sia quello la cui sorte è segnata dall'esito di un conflitto tra due interessi pubblici e rispetto ai quali la parte privata risulta sfornita di una qualsiasi tutela»[161].

Dinanzi a siffatta contraddizione, che ripropone una tecnica interpretativa tributaria di quelle logiche rimediali storicamente assunte a *leitmotiv* dell'analisi del settore, si impone la ricerca di una soluzione alternativa rispetto alla tesi, critica nei suoi esiti, che esclude l'efficacia negoziale del potere di annullamento d'ufficio a seguito della stipula del contratto.

---

[160] Così E. Sticchi Damiani, *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Ius publicum*, settembre 2012, p. 1 ss., spec. 10, secondo cui «emerge quindi la rilevata dialettica tra tutela della concorrenza conformata al concreto interesse del ricorrente e gli interessi pubblici sottesi al contratto, il cui contemperamento è affidato alla ponderazione del giudice. In particolare, a fronte dell'interesse pubblico alla conservazione del contratto, la tutela della concorrenza tende sempre più a coincidere con l'interesse del ricorrente al subentro». Quanto alla pubblicizzazione degli interessi delle parti, cfr. E. Follieri, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 9, p. 2757 ss., spec. 2761.

[161] E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., p. 268. Nello stesso senso, cfr. A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., pp. 109-110, secondo la quale la natura e l'ampiezza del controllo del giudice sugli effetti del contratto potrebbero essere inquadrati siccome «indici della oggettiva collocazione di valutazioni di stampo pubblicistico anche nella vicenda contrattuale dell'esecuzione». Sul punto cfr. anche G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit., p. 43, il quale ritiene che la tutela in sede di pronuncia sugli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione presenti una sorta di «*effettività unidirezionale*», giacché le previsioni codicistiche «[sono] state indirizzate a potenziare la sola tutela offerta al ricorrente, lasciando in ombra la posizione assunta dalle altre parti e, segnatamente, dal controinteressato, controparte del contratto».

Si riparta allora da qui. L'interesse pubblico "conosciuto" dal giudice amministrativo è un interesse del tutto differente da quello che orienta la scelta amministrativa nell'assunzione del provvedimento di annullamento d'ufficio. L'uno, ovvero quello valutato dal giudice-amministratore, è riferito alla capacità della vicenda contrattuale, pur illegittimamente instauratasi, di soddisfare le necessità posta a base di gara; l'altro, ovvero quello determinato dall'amministrazione, è invece connesso ad una inevitabile insoddisfazione per l'assetto degli interessi venutosi a delineare[162].

Questo dato può apparire scontato, ma è fondamentale e pone l'esigenza di distinguere tra le ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione segua la via giurisdizionale, da un lato, e quella amministrativa, dall'altro. Nella prima ipotesi, l'interesse pubblico generalmente inteso rileva "solo una volta" e cioè in sede di determinazione (giurisdizionale) sull'efficacia o inefficacia del contratto. Nel secondo caso, invece, la situazione è più complessa, perché lì vi è un momento prioritario e irrinunciabile di ponderazione dell'interesse pubblico che è attratto alla fase di assunzione della determinazione di secondo grado.

È con riferimento a quest'ultimo aspetto che diviene fondamentale e, per quanto si dirà, non condivisibile l'affermazione di quanti ritengono che l'amministrazione sia stata privata del potere di incidere unilateralmente sul contratto per il tramite dell'annullamento dell'atto presupposto[163].

---

[162] Alla luce del raccordo che si instaura tra l'illegittimità dell'aggiudicazione ed il mantenimento del vincolo contrattuale, è però possibile unificare l'intervento del giudice (che non dichiari l'inefficacia del contratto) e quello dell'amministrazione (che non adotti il provvedimento di secondo grado) sotto l'insegna del "risultato". A tal proposito, sulla rilevanza del risultato amministrativo nell'assunzione degli atti di autotutela pubblicistica cfr. S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, cit., p. 48: l'interesse pubblico all'annullamento del provvedimento, si è per l'appunto affermato, «può, a volte, coincidere con l'opportunità della permanenza dell'atto, pur illegittimo, che abbia attinto un buon risultato. In tali ipotesi, interesse pubblico all'annullamento e "risultato amministrativo" vengono a coincidere e quest'ultimo – anche se in via mediata, indiretta e occasionale – rientra fra gli elementi costitutivi della fattispecie normativa».

[163] In tal senso, S. Vaccari, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, cit., pp. 304-311. Per l'A., infatti, non sussisterebbe una giurisdizione di merito del giudice amministrativo per due ragioni. Anzitutto, perché l'ipotesi non è compresa nell'elencazione tassativa di cui all'art. 134, d.lgs. n. 104/2010; in secondo luo-

Per motivare le ragioni della diversa interpretazione qui proposta non solo conviene ricordare l'affermazione benvenutiana secondo cui l'autotutela è attività amministrativa tramite la quale l'ente «provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese»[164], ma è altresì utile svolgere qualche brevissima precisazione in merito ai presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio regolato dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

In disparte il dato temporale dell'annullamento d'ufficio, è oramai pacifico, perché codificato con la l. n. 15/2005, che di regola per addivenire all'annullamento d'ufficio non sia sufficiente il solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento[165]. Un limite, quest'ultimo, ricavabile neppure troppo mediatamente dal carattere discrezionale dell'attività amministrativa e dall'idea a ciò presupposta che la vincolatività non possa derivare da un preteso, ma insussistente, interesse al ripristino della legalità. D'altronde, come affermato da Feliciano Benvenuti, l'esercizio del potere di autotutela (qualunque ne sia la declinazione) non è funzionale «alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato» ma «tende, come ogni altro atto amministrativo, a soddisfare un interesse concreto ed im-

---

go, perché l'amministrazione sarebbe solo legittimata ad adottare i provvedimenti in autotutela, ma non anche a determinare la rimozione del vincolo negoziale: «siccome la giurisdizione di merito facoltizza il giudice amministrativo a sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri e la P.A. non possiede più in ordine al contratto alcun potere di tipo discrezionale […] ne consegue la scorrettezza dell'utilizzo della categoria della giurisdizione di merito per inquadrare l'esatta natura del nuovo potere di privativa di effetti contrattuali del g.a.» (pp. 315-316). Cfr. anche F.G. Scoca, *Provvedimenti di autotutela e loro qualificazione: nuovo conflitto sulla giurisdizione*, cit., pp. 2402-2404; E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., pp. 266-268; G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative*, cit., pp. 753-754.

[164] F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 537 ss., spec. 539.

[165] In tema, cfr. V.M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 228 e, più di recente, F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 136-139, per il quale la teorizzazione minoritaria della doverosità dell'annullamento del provvedimento illegittimo è da rifiutare a favore dell'orientamento dominante perché esso «evidenzia la primaria finalità – si potrebbe dire la causa – dell'autotutela, cioè il compito di soddisfacimento dell'interesse pubblico» (p. 139).

mediato dell'amministrazione»[166]. Insomma, a differenza dell'annullamento giurisdizionale che si risolve nel ripristino della legalità, la decisione amministrativa, in quanto discrezionale, si carica di quella multipolarità che è sua propria e che si risolve nella «comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva»[167].

Ora, se si considera che l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio presuppone la sussistenza di ragioni di interesse pubblico (che si sono dette essere di segno contrario a quelle che indurrebbero alla conservazione del contratto), pare logicamente sconfessata la necessità di una decisione giudiziale sulla persistente "utilità"[168] del mantenimento del vincolo contrattuale. In altre parole, la pretesa di rimettere la statuizione sull'efficacia del contratto alla pronuncia costitutiva del giudice amministrativo pare illogica e contraria al principio di legalità, e ciò in quanto si potrebbe avere una pronuncia giudiziale contraria nel merito rispetto alla decisione amministrativa non illegittima.

Ma vi è di più. Se si ricorda il problema da cui si era partiti, ovvero quello relativo alla mancata considerazione in giudizio degli interessi della parte contrattuale privata; e se si considera quanto appena affermato in relazione al fatto che l'adozione del provvedimento in autotutela presuppone un bilanciamento fra tutti gli interessi in gioco (quello della "parte" pubblica e, si badi, anche quello privato dell'appaltatore); allora ammettere il funzionamento del meccanismo della caducazione automatica del contratto a seguito dell'adozione del provvedimento di autotutela, al contrario di quanto può apparire, significa tutelare tutte le parti – compreso il contraente, che vedrebbe tutelato il suo affidamento[169] –, perché la decisione

---

[166] F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo)*, cit., p. 544.

[167] M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 74.

[168] Si consideri che il concetto di utilità è enfatizzato anche da parte di coloro che sostengono la tesi opposta a quella della caducazione automatica (cfr. E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., p. 260).

[169] Su cui in termini generali si v. W. Troise Mangoni, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 94-160.

sull'efficacia o inefficacia del contratto dipenderebbe dal bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, la cui correttezza potrebbe sempre essere contestata dinanzi al giudice amministrativo[170].

Parte della giurisprudenza pare convergere nel senso segnalato, così mostrando una certa continuità rispetto a quelle pronunce pretorie che, precedendo il recepimento delle "direttive ricorsi", avevano gioco forza propugnato la tesi della caducazione automatica del contratto a fronte dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione[171]. Pure dopo l'adozione del codice del processo amministrativo è dato imbattersi, infatti, in statuizioni che del tutto condivisibilmente hanno affermato che «può finanche dubitarsi della stessa esistenza in capo al giudice amministrativo di un potere di valutazione sul se dichiarare o meno inefficace il contratto, in quanto tale potere processuale – strumentale alla tutela specifica delle parti – appare assorbito dal potere amministrativo della pubblica amministrazione»[172]. E a conforto viene anche la stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2014, che, dopo aver escluso l'esercizio del potere di

---

[170] Un ulteriore elemento *ad adiuvandum* milita a favore della tesi qui sostenuta. Si tratta del mai troppo determinante dato letterale. Ebbene, se per parte della dottrina gli artt. 121 ss., d.lgs. n. 104/2010, confermerebbero l'idea che spetti solo al giudice amministrativo il governo della sorte del contratto (F.G. Scoca, *Provvedimenti di autotutela e loro qualificazione: nuovo conflitto sulla giurisdizione*, cit., p. 2403), a chi scrive pare vero proprio il contrario. È il dato testuale a confermarlo, giacché gli artt. 121 e 122 assegnano il potere di dichiarare l'inefficacia non già *sic et simpliciter* al giudice amministrativo, ma piuttosto al "giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva".

[171] Cfr. Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, ove si afferma che «l'annullamento dell'aggiudicazione determina un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato». *Ex multis*, cfr. Tar Veneto, sez. I, 15 marzo 2006, n. 60, e Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2011, n. 11, secondo cui «in virtù della 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».

[172] Cons. St., sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032. Similmente, Tar Campania, Napoli, sez. I, 4 maggio 2016, n. 2212, ove si statuisce che nei casi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione «si riespande la regola generale dell'automatica caducazione del contratto a seguito del venir meno del titolo provvedimentale illegittimo, con conseguente assorbimento del potere processuale ad opera del potere amministrativo della stazione appaltante».

revoca nella fase esecutiva del contratto a favore del recesso civilistico, ha comunque fatto salvo l'annullamento d'ufficio che «comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso».

Che la conclusione sia il frutto dell'applicazione di logiche rimediali o che essa si condensi in un postulato – l'assorbimento della decisione "sul rapporto" nella presupposta valutazione amministrativa "sull'atto" –, risulta comunque avvalorata l'idea che nel corso della fase esecutiva la ricorrenza del potere e la sua caratterizzazione in chiave negoziale (quanto ad effetti) rappresentano una costante: una costante di cui non si può non tenere debitamente conto.

5.2. *La risoluzione del contratto di appalto come effetto negoziale del potere pubblicistico di autotutela*

Dinamiche per certi versi equiparabili agli svolgimenti delle logiche rimediali hanno interessato anche un altro ambito qualificatorio, in specie quello della risoluzione del contratto di appalto.

Senza ulteriori indugi, è giusto il caso di osservare che sulla scorta del disposto dell'art. 73, dir. 2014/24/Ue, il legislatore domestico ha racchiuso nell'art. 108, d.lgs. n. 50/2016, e, più esattamente, sotto il cappello della fattispecie (formalmente) privatistica della risoluzione, una pluralità di ipotesi non solo sconosciute alla disciplina civilistica, ma finanche tra loro ampiamente difformi[173].

In via di estrema sintesi, la disciplina domestica della risoluzione enumera ben otto ipotesi di risoluzione del contratto di appalto, raggruppabili a coppie omogenee[174].

---

[173] Cfr. M.A. Sandulli, M. Sinisi, *Risoluzione e autotutela pubblicistica*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, *Esecuzione, settori speciali, appalti con regimi speciali*, Milano, Giuffrè, 2019, 389 ss., e R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, cit., p. 1491 ss.

[174] Come osservato dal Cons. St., comm. spec., 21 marzo 2016, n. 855, «[l]a tecnica di accorpare in un unico lungo articolo le disposizioni dapprima racchiuse in distinti articoli, aggiungendovi altresì ulteriori ipotesi di derivazione comunitaria, comporta non una semplificazione normativa ma una maggiore difficoltà di lettura della disciplina».

La prima coppia è riferita ai vizi genetici delle modifiche contrattuali (comma 1, lett. *a)* e *b*); la seconda riguarda i vizi genetici dell'aggiudicazione (comma 1, lett. *c)* e *d*); la terza attiene alla sopravvenienza di cause che, se intervenute in fase di gara, avrebbero escluso l'aggiudicazione dell'operatore economico (comma 2, lett. *a)* e *b*); la quarta, infine, concerne il più tradizionale caso dell'inadempimento contrattuale, ancorché la relativa disciplina sia poi diversificata a seconda della gravità dell'inadempimento (commi 3 e 4).

Autorevole dottrina, valorizzando il dato di diritto positivo, in specie il *nomen iuris* "risoluzione" e la diversa formulazione rispetto a quella offerta dall'art. 176, d.lgs. n. 50/2016, per le concessioni, ha recisamente affermato che «l'art. 108 prevede diritti potestativi schiettamente privatistici (e quindi, se si crede, un'autotutela privatistica)»[175]. Secondo questo indirizzo, né la disapplicazione del termine di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, prescritta dal comma 1-*bis* dell'art. 108, d.lgs. n. 50/2016, né il carattere discrezionale delle fattispecie risolutorie previste dal comma 1 del medesimo articolo, potrebbero indurre a conclusioni differenti. Non la prima perché quel rimando all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, è soltanto riferito al dato temporale e non anche all'istituto dell'autoannullamento[176]. Non la seconda, perché il legislatore, prevedendo che le stazioni appaltanti «possono risolvere» il contratto, avrebbe soltanto accordato il «permesso» di risolvere il contratto senza l'intervento del giudice ordinario[177]; e, comunque, si è detto, anche qualora una facoltà di scelta vi sia, ciò non varrebbe a traslare il discorso su di un piano pubblicistico, giacché «la facoltà di scelta […] non è incompatibile al (ma semmai connaturata col) diritto potestativo privatistico e non costituisce pertanto un tratto distintivo della sola autotutela pubblicistica»[178].

---

[175] G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla Direttiva 2014/23/Ue alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 3, p. 505 ss., spec. 524.

[176] Ivi, pp. 525-526, ove, peraltro, il riferimento all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, è stato definito un «mero infortunio normativo».

[177] F. Follieri, *Art. 108*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., p. 991 ss., spec. 995.

[178] G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit., p. 525.

Si tratta con tutta evidenza di una opzione interpretativa drastica, che, sebbene sia condivisibile sul piano della marginalizzazione dei singoli discostamenti offerti dal diritto positivo "speciale", risulta per altri versi criticabile, giacché, come acutamente rilevato in dottrina, nei suoi esiti essa finisce per produrre inaccettabili «duplicazioni e contraddizioni»[179].

Procedendo schematicamente, e quindi muovendo dalle ipotesi di risoluzione normate dal comma 1, lett. *a)* e *b)*, dell'art. 108, d.lgs. n. 50/2016 – che, in sintesi, attengono alle modifiche che avrebbero richiesto una nuova procedura di gara[180] –, una prima incoerenza deriva dalla riconduzione di quelle fattispecie all'alveo della risoluzione privatistica[181].

La ragione di detta contraddittorietà sta nel rapporto che intercorre con la (per certi versi) corrispondente vicenda della sorte del contratto a seguito dell'aggiudicazione illegittima. Difatti, mentre la caducazione del contratto richiede il previo annullamento (officioso o giurisdizionale) dell'aggiudicazione, la tesi qui discussa ritiene che la "caducazione" filtrata attraverso l'atto di risoluzione sia disancorata da un previo annullamento. Il che è peculiare perché se l'esercizio illegittimo dello *ius variandi* rappresenta un caso di surrettizio affidamento diretto[182], ciò significa *i)* che non v'è differen-

---

[179] A. Travi, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, cit., p. 52.

[180] Più precisamente, l'art. 108, comma 1, lett. *a)* e *b)*, d.lgs. n. 50/2016, dispone che salvo quanto previsto ai commi 1, 2 e 4, dell'art. 107, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto di appalto pubblico durante il periodo di sua efficacia, laddove una o più delle seguenti condizioni siano soddisfatte: il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'art. 106; con riferimento alle modificazioni di cui all'art. 106, comma 1, lett. *b)* e *c)*, sono state superate le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo; con riferimento alle modificazioni di cui all'art. 106, comma 1, lett. *e)*, del predetto articolo, sono state superate eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori; con riferimento alle modificazioni di cui all'art. 106, comma 2, sono state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lett. *a)* e *b)*.

[181] Sul punto cfr. G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, cit., p. 77.

[182] R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, cit., p. 1499. Cfr. anche F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti*, cit., p. 214: «quando modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di efficacia presentano caratteristiche sostan-

za sostanziale tra il potere esercitato a monte della originaria vicenda contrattuale e quello esercitato a seguito della stipula con lo *ius variandi*[183], *ii)* e che le vicende sulla stabilità del contratto dovrebbero, a ragione, riflettere lo stesso schema giuridico di base (quindi, nell'ordine, annullamento dell'affidamento diretto e terminazione del contratto).

È, quindi, la ricordata esigenza di chiarezza, ossia di uniformità giuridica, che ha indotto una parte della dottrina a ritenere che detta risoluzione sia sostanzialmente riconducibile al paradigma dell'annullamento d'ufficio: quel potere, si è infatti detto, «costituisce invero una reazione al mancato rispetto delle regole che, ai sensi dell'art. 106, impongono una nuova procedura di gara»[184].

Più precisamente, volendo sviluppare il ragionamento, pare potersi sostenere che, così come la caducazione del contratto rappresenta l'effetto negoziale dell'annullamento d'ufficio dell'originaria aggiudicazione, così la risoluzione costituisce l'effetto negoziale dell'autoannullamento dell'atto di affidamento diretto incorso nella fase esecutiva[185].

---

zialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale, violando pertanto le regole che ne ammettono l'utilizzo, costituiscono a tutti gli effetti una nuova aggiudicazione».

[183] Cfr. R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, cit., p. 1436, laddove si afferma che «[l]e modifiche dell'oggetto del contratto, le varianti, la proroga», pur inserite nella fase esecutiva, costituiscono «vere e proprie procedure di affidamento diretto all'originario esecutore».

[184] M.A. Sandulli, M. Sinisi, *Risoluzione e autotutela pubblicistica*, cit., p. 407. Nello stesso senso si v. R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, cit., p. 1499, nonché T. Cocchi, *La "risoluzione facoltativa" del contratto di appalto (ex art. 108, comma 1, d.lgs. 50/2016) e le questioni sul riparto di giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Foro amm., Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, 2019, 1, p. 1 ss. Si consideri, peraltro, che, come già ricordato, a marcare la corrispondenza tra la risoluzione *de qua* e l'annullamento d'ufficio interviene anche il comma 1-*bis* dell'art. 108, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale «[n]elle ipotesi di cui al comma 1 non si applicano i termini previsti dall'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990 n. 241».

[185] La configurazione delle fattispecie di risoluzione di cui all'art. 109, comma 1, lett. *a)* e *b)*, d.lgs. n. 50/2016, siccome «altrettante ipotesi di *autotutela pubblicistica*, frutto di valutazione *discrezionale* e riconducibili al generale paradigma dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990», è stata sostenuta anche da Cons. St., ad. plen., n. 10/2020, e da Cons. St., comm. spec., 28 novembre 2016, n. 2777.

Avendo poi riguardo all'altra coppia di ipotesi (art. 108, comma 1, *lett. c)* e *d)*, d.lgs. n. 50/2016), le conclusioni ora esposte non mutano. Ciò che semmai muta è l'assetto delle criticità, giacché le contraddizioni di cui sopra sono doppiate da singolari duplicazioni.

Si consideri, infatti, che le fattispecie ora considerate fanno riferimento a "reazioni" che fronteggiano non già inadempimenti o comunque situazioni inerenti in senso stretto all'esecuzione del contratto, bensì vizi genetici dell'aggiudicazione[186], per far fronte ai quali, come si è detto, l'ordinamento conserva il potere di intervento *ex* art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

Come acutamente osservato da Aldo Travi, l'applicazione rigida del modello bifasico imporrebbe di ritenere che tra risoluzione e annullamento d'ufficio non vi sia alcuna sovrapposizione – se non quella appunto relativa al presupposto oggettivo dell'illegittimità dell'aggiudicazione –, e da ciò deriverebbe una peculiare (ed inspiegabile) duplicazione: «alla stessa situazione», si è infatti detto, «corrispondono due rimedi, uno certamente pubblicistico (l'annullamento dell'aggiudicazione), l'altro tradizionalmente privatistico (la risoluzione del contratto)»[187].

Assetto, questo, assolutamente problematico perché, da un lato, diversifica la disciplina sulla sorte del contratto, e, dall'altro sottopone a statuti giuridici differenti istituti che, per come normati nei presupposti, sono assolutamente corrispondenti: la risoluzione, in quanto fattispecie autonoma (ancorché concorrente), sarebbe infatti sottoposta al suo statuto tipico, caratterizzato dalla irrilevanza del bilanciamento degli interessi e dal solo rimedio della tutela risarcitoria, con la conseguenza che l'effetto estintivo del rapporto, sebbene disposto in ragione di un atto illegittimo, sarebbe purtuttavia «definitivo»[188].

---

[186] Vuoi perché l'aggiudicatario si è trovato al momento dell'aggiudicazione dell'appalto in una delle situazioni di cui all'art. 80, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 (si fa cioè riferimento alla sussistenza di condanne penali passate in giudicato), vuoi perché l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato a causa di una grave violazione degli obblighi derivanti dai Trattati, accertata dalla Corte di giustizia Ue nell'ambito di una procedura di infrazione.

[187] A. Travi, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, cit., p. 50.

[188] Come si è detto, in virtù del disposto dell'art. 108, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, l'efficacia *ex nunc* dell'atto di risoluzione permane tanto in questa impostazione quanto nella tesi dell'assorbimento.

Ebbene, a fronte dell'avvertito problema dell'«arbitraggio rimesso alla stazione appaltante [in merito alla scelta dello strumento più adeguato]»[189], una parte della dottrina ha recisamente affermato che la risoluzione per illegittimità dell'aggiudicazione andrebbe «incontestabilmente» qualificata alla stregua di un annullamento d'ufficio[190]. Secondo detta condivisibile impostazione, infatti, non vi sarebbe concorso tra fattispecie pubblicistica e privatistica, bensì ricorrerebbe un mero rapporto di genere a specie tra l'autoannullamento prescritto dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, e quello previsto dall'art. 108, comma 1, lett. *c)* e *d)*, d.lgs. n. 50/2016[191], caratterizzato dalla disapplicazione del termine breve di dodici mesi e dalla diversa efficacia *ex nunc* degli effetti prodotti[192].

I corollari di questa impostazione sono duplici: anzitutto e ancora una volta, la risoluzione del contratto rappresenterebbe l'ef-

---

[189] A. Travi, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, cit., p. 52.

[190] M.A. Sandulli, M. Sinisi, *Risoluzione e autotutela pubblicistica*, cit., p. 409. Nello stesso senso, in giurisprudenza si v. Cons. St., ad. plen., n. 10/2020, e Cons. St., comm. spec., n. 2777/2016.

[191] Così R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, cit., pp. 1499-1500, secondo cui l'art. 108, d.lgs. n. 50/2016, prevede «una autotutela speciale che si pone in rapporto di *species* a *genus* rispetto all'articolo 21-*novies* con presupposti tipizzati, ma non esaustivi di ogni possibile grave vizio dell'aggiudicazione». A tal fine, l'A. valorizza il fatto che nell'art. 73, dir. 2014/24/Ue, i tre casi lì tipizzati (ossia quelli corrispondenti alle quattro ipotesi contemplate dal comma 1 dell'art. 108, d.lgs. n. 50/2016) rappresentano i presupposti minimi: ai sensi dell'art. 73 gli Stati membri, infatti, devono assicurare il potere di risolvere il contratto di appalto «almeno» nelle richiamate circostanze, ma ciò non esclude che quel potere possa essere esercitato per una più vasta categoria di ipotesi, le quali, nel nostro ordinamento, sono coperte dalla disciplina dell'annullamento d'ufficio *ex* art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990. Si comprende, così, la posizione di chiusura dell'A. quando afferma che, «ad aver avuto più tempo di riflessione nello scrivere il codice dei contratti pubblici», l'art. 108 «forse» non sarebbe mai nato e che «forse» non sarebbe stato neppure necessario recepire l'art. 73, dir. 2014/24/Ue, «in quanto già l'articolo 21-*novies* l. n. 241/1990 consente l'autotutela di annullamento in un numero di casi più ampi di quelli previsti da tali disposizioni europee». Sulla funzione dell'art. 73, dir. 2014/24/Ue, ossia sulla funzione della «previsione di una clausola risolutiva espressa» che «soddisfa quindi un interesse generale al ripristino della concorrenza e alla effettiva e corretta applicazione del diritto europeo in materia», cfr. F. Cardarelli, *Le direttive europee sui contratti pubblici*, cit.

[192] Cfr. il comma 5 dell'art. 108, d.lgs. n. 50/2016.

fetto negoziale dell'esercizio del potere amministrativo; in secondo luogo, l'assorbimento della risoluzione nell'annullamento d'ufficio comporterebbe, da un lato, una tutela di tipo costitutivo (e non meramente risarcitorio) in caso di illegittimo esercizio del potere, e, dall'altro lato, l'assoggettamento della fattispecie alla previa ponderazione degli interessi in gioco.

Considerazione, quest'ultima, che peraltro spiega, in una dimensione di insieme, la ragione della natura facoltativa delle (*rectius*: di tutte le) ipotesi di risoluzione previste dal comma 1 dell'art. 108, d.lgs. n. 50/2016. La facoltatività della risoluzione (come effetto) rifletterebbe, infatti, la discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio che ne sta a monte: altrimenti a dirsi, la facoltatività sarebbe riferita alla discrezionalità che caratterizza l'autoannullamento[193] e, quindi, l'*an* (*i.e.* la facoltatività) della risoluzione dipenderebbe dalla scelta operata a monte sul se annullare o meno l'atto illegittimo[194].

Rispetto a quanto sinora esposto, un riferimento a parte meritano le ipotesi di risoluzione previste dall'art. 108, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, queste contraddistinguendosi, da quelle sinora trattate, per i presupposti – in sintesi, si tratta del venir meno dei necessari requisiti soggettivi dichiarati in sede di gara –, per la loro natura "doverosa" e finanche per il differente referente giuridico di riferimento, che ancora una volta è però estraneo ad una dimensione prettamente privatistica. Come osservato in dottrina, infatti,

---

[193] La facoltatività null'altro sarebbe che il riflesso della discrezionalità valutativa che caratterizza quel potere, ossia dell'insufficienza dell'illegittimità (*i.e.* della violazione dell'art. 106) ai fini dell'annullamento e, così, della necessità di una ponderazione degli interessi in gioco: gli interessi dei privati non aggiudicatari, da un lato, e l'interesse pubblico concreto (comprensivo dell'interesse dello stipulante alla prosecuzione del rapporto), dall'altro. Cfr. R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, cit., pp. 1500-1501.

[194] Se non si erra, va nel senso delineato la posizione di M.A. Sandulli, M. Sinisi, *Risoluzione e autotutela pubblicistica*, cit., p. 409, laddove affermano che «il legislatore, nell'ipotesi in cui tale precetto sia stato violato, ha poi (semplicemente) previsto uno speciale potere di autotutela caducatoria […], rimettendo comunque in ogni caso al potere "discrezionale" dell'ente aggiudicatore la decisione se risolvere o meno il contratto facendone valere l'illegittimità (per violazione dell'art. 106)».

tutte quelle fattispecie ben possono essere ricondotte ad un caso di «decadenza»[195], ovvero a quel potere pubblicistico che una recente pronuncia della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha riconosciuto possedere «tratti comuni col più ampio *genus* dell'autotutela» e che tuttavia da questa se ne differenzia non solo per l'assenza di una disciplina generale, ma anche e (per quanto qui interessa) soprattutto «per il carattere vincolato» del suo esercizio e per i tipi di vizi rilevanti (per l'appunto «*more solito* individuat[i] nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto»[196]).

Orbene, dai rilievi sin qui svolti possono essere isolate tre considerazioni di massima.

La prima è che risulta sempre più avvalorata l'idea che nel corso della fase esecutiva il potere amministrativo e la sua efficacia negoziale si presentano come costanti.

La seconda attiene, invece, al piano della ermeneutica giuridica, giacché l'interpretazione e, così, la qualificazione delle fattispecie appaiono ancora una volta essere sorrette da ricorrenti tecniche correttive – qui informate da ragioni di uniformità giuridica e di semplificazione interpretativa – delle possibili criticità del settore. Si badi, non che ogni problematica sia risolta: basti pensare alla chiara distonia tra l'efficacia *ex nunc* dell'autoannullamento "speciale" *ex* art. 108, comma 1, lett. *c)* e *d)*, d.lgs. n. 50/2016, e l'efficacia *ex tunc* dell'annullamento d'ufficio "ordinario" dispo-

---

[195] Così R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, cit., p. 1506, nonché M.A. Sandulli, M. Sinisi, *Risoluzione e autotutela pubblicistica*, cit., p. 411, e A.M. Giampaolino, F. Goggiamani, *Risoluzione e recesso*, in *Trattato sui contratti pubblici*, IV, cit., p. 361 ss., spec. 366. Cfr. altresì Cons. St., ad. plen., n. 10/2020, secondo cui le ipotesi previste dal comma 2 «configurano forme di autotutela pubblicistica c.d. doverosa (con la conseguente, pacifica, giurisdizione del giudice amministrativo: Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2212), per l'intervenuta decadenza dell'attestazione di qualificazione».

[196] Cons. St., ad. plen., 11 settembre 2020, n. 18. Più in generale sulla decadenza cfr. M.A. Sandulli, *Decadenza (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XI Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss.

sto per i vizi non tipicizzati[197]; o, ancora, si consideri il problema del concorso tra istituti pubblicistici, tenuto conto che per il caso della sopravvenuta applicazione di misure di prevenzione disposte dal codice antimafia, l'art. 94, comma 2, d.lgs. n. 159/2011, attribuisce un potere di recesso discrezionale, mentre l'art. 108, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, prevede la vincolatività della "decadenza-risoluzione"[198]. Eppure, per quanto permanenti, dette criticità assumono un carattere, se così si può dire, piuttosto marginale rispetto alle ben più pressanti contraddizioni prodotte da una inflessibile spartizione bifasica.

La terza considerazione, infine, è strettamente dipendente dalle prime due e si risolve nel seguente interrogativo: se, per ragioni di intima corrispondenza tra fattispecie, la risoluzione è stata configurata come un caso di autotutela pubblicistica, perché la vicenda del recesso ha avuto una sorte del tutto diversa? Delle due l'una: o vale sempre la regola della specialità dello strumento privatistico (secondo la massima maturata in seno alla giurisprudenza sul recesso) o, al contrario, vale sempre la regola dell'assorbimento della formula

---

[197] Data l'illegittimità dell'aggiudicazione, se questa dovesse dipendere dai casi di cui al comma 1, lett. *c)* e *d)*, dell'art. 108, d.lgs. n. 50/2016, l'annullamento officioso produrrebbe effetti *ex nunc* (ai sensi dell'art. 108, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, infatti, «[n]el caso di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto»), mentre se l'illegittimità dipendesse dalla ricorrenza di vizi non tipizzati l'efficacia sarebbe *ex tunc* (il dato è chiaramente marcato da A. Travi, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, cit., p. 51). Tuttavia, si tratta di una distonia solo apparente, perché, il problema è semmai una criticità di contesto che si pone sul piano della rigidità delle previsioni sull'efficacia: il che può essere ricavato a contrario da quella affermazione dottrinale secondo cui né «si può elidere e non regolare il tratto di esecuzione del contratto che ha già avuto luogo» né si può disancorare l'istituto dell'autoannullamento «da una lettura comparativa […] con la disciplina della "sorte del contratto"», laddove cioè gli effetti dell'annullamento sono modulabili da parte del giudice (R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, cit., p. 1502).

[198] Sul punto cfr. però A. Travi, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, cit., p. 50, il quale, non accedendo alla ricostruzione qui prospettata della risoluzione di cui al comma 2 dell'art. 108, d.lgs. n. 50/2016, pone in concorso due diverse configurazioni: quella pubblicistica del recesso "antimafia" e quella privatistica della risoluzione.

privatistica nei corrispondenti poteri pubblicistici (secondo la regola ricavabile dalla elaborazione in tema di risoluzione). *Tertium non datur*.

5.3. *Il recesso antimafia e gli eccessi del* «distingue frequenter»

Nei suoi tratti essenziali, l'interrogativo di cui sopra può essere riproposto muovendo dall'analisi di una ulteriore fattispecie che, a discapito del *nomen* privatistico, è stabilmente ricostruita alla stregua di un potere pubblicistico ad effetti negoziali.

Si fa qui riferimento al recesso di cui agli artt. 92 ss., d.lgs. n. 159/2011 (cosiddetto recesso "antimafia"), la cui particolare rilevanza sotto il profilo interpretativo è di immediata percezione. Difatti, mentre il recesso "tradizionale" *ex* art. 109, d.lgs. n. 50/2016, è generalmente (e, per quanto si è detto, impropriamente) qualificato alla stregua di un diritto potestativo, la fattispecie del recesso "antimafia" viene pacificamente ricondotta al potere autoritativo.

Secondo un unanime orientamento giurisprudenziale[199], gli indici di detta pubblicità possono essere ricavati dall'art. 94, d.lgs. n. 159/2011. Disposizione, questa, che eredita e corregge[200] quanto già recato dall'art. 11, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252[201], e che oggi si articola in due previsioni, l'una recante «*il principio*» (comma 2) e l'altra «*l'eccezione al principio*» (comma 3)[202]: ai sensi del comma 2, l'amministrazione ha l'obbligo di recedere dal contratto laddove l'informazione antimafia sopraggiunga alla stipula; ai sensi del comma 3, però, l'amministrazione ha l'obbligo di proseguire il rapporto contrattuale, ancorché l'informativa sia sopraggiunta nel corso dell'esecuzione, qualora «l'opera sia in corso di ultimazione» o «la

---

[199] Cass., sez. un., 11 gennaio 2011, n. 391, e Id., 29 agosto 2008, n. 21928; Cons. St., ad. plen., n. 14/2014; Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 giugno 2016, n. 7514; Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 22 giugno 2016, n. 715; Tar Puglia, Bari, sez. III, 16 luglio 2018, n. 1084.

[200] Cfr. G. D'Angelo, *Il recesso dal contratto da parte della stazione appaltante a seguito di un'informazione antimafia interdittiva*, in *Urb. app.*, 2013, 12, p. 1302 ss.

[201] Su cui cfr. M.E. Comba, *L'esecuzione delle opere pubbliche*, cit., p. 245.

[202] C. Contessa, *La mancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa antimafia*, in *Urb. app.*, 2015, 2, p. 204 ss. spec. 208.

fornitura di beni e servizi [sia] ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, [e sempre che] il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi».

Come anticipato e come intuibile, è quindi nel combinato disposto delle previsioni ora ricordate che sta la ragione della indiscussa[203] natura pubblicistica del recesso "antimafia". Se, infatti, prima della novella apportata dal codice antimafia la giurisprudenza di legittimità ancorava la qualificazione pubblicistica del recesso alla «valutazione discrezionale dei requisiti del contraente»[204] – presupposto poi rivelatosi infondato, giacché la valutazione sul requisito è esaurita dalla autorità prefettizia[205] –, a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 159/2011 la ragione della ricorrenza del potere è stata colta nei margini di discrezionalità concessi dal comma 3 dell'art. 94 in merito all'apprezzamento della «esistenza delle eccezionali condizioni non comportanti l'altrimenti vincolato esercizio del diritto di recesso»[206], ciò traducendosi nel compito «di tutelare l'interesse

[203] R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni*, cit., p. 1509.

[204] Cass., sez. un., n. 391/2011 e Id., n. 21928/2008.

[205] Secondo il Cons. St., sez. V, 29 agosto 2005, n. 4408, infatti, «si deve escludere che la stazione appaltante disponga della facoltà di sindacare il contenuto dell'informativa prefettizia, poiché la legge demanda a tale autorità in via esclusiva la raccolta degli elementi e la valutazione circa la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa». Più di recente cfr. Cons. St., sez. III, 12 marzo 2015, n. 1292, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 5 marzo 2015, n. 639 e Cons. St., sez. III, 28 settembre 2015, n. 4539, secondo cui «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 […]. Ogni successiva statuizione della stazione appaltante, quindi, si configura dovuta e vincolata 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». Sul punto cfr. anche G. D'Angelo, *Il recesso dal contratto da parte della stazione appaltante*, cit., p. 1305.

[206] Cons. St., ad. plen., n. 14/2014. A completamento della nota precedente, si consideri che è proprio a partire dal rapporto tra regola (il vincolo rispetto all'informativa) ed eccezione (la deroga a quel vincolo, fondata non già sulla valutazione dei requisiti, bensì sulle preminenti ragioni di interesse pubblico), che il Tar Campania, Napoli, sez. I, 6 febbraio 2014, n. 860 e il Tar Puglia, Bari, sez. III, 28 luglio 2017, n. 876, hanno potuto affermare che «la stazione appaltante, mentre può

pubblico attraverso una valutazione di convenienza in relazione alla concreta fattispecie»[207].

Orbene, se il recesso "antimafia", siccome interpretato dalla giurisprudenza, costituisce a tutti gli effetti un potere autoritativo produttivo di effetti negoziali, rimane da chiedersi perché quel percorso argomentativo non sia replicabile nei suoi termini generali in relazione alla qualificazione del recesso "tradizionale": anche in quest'ultima ipotesi non ricorre forse una valutazione dell'interesse pubblico? Anzi, una doppia valutazione, considerato che il recesso si radica sul venir meno dell'interesse pubblico presupposto (che pure, in forza del principio di funzionalizzazione, pone un vincolo) e può essere escluso dall'importanza che, nell'ambito di una valutazione parimenti discrezionale, assume l'interesse pubblico concreto (che nel primo non necessariamente si esaurisce).

Se qui si propende per la risposta affermativa, non si può peraltro nascondere che, in forza di una ben salda tradizione interpretativa, sarà la tesi negativa a riscuotere maggior seguito. Non perché sia determinante la considerazione secondo cui l'evento è «estraneo alla sfera del diritto privato»[208] – d'altronde, sebbene molte ipotesi di risoluzione si collochino al di fuori delle forme e delle logiche privatistiche, una parte degli interpreti non ne esclude la natura privatistica (*supra* par. 5.2.) –, bensì perché la collocazione del recesso "antimafia" nell'alveo del potere pare rispondere ad un inavvertito timore o, se così si può dire, imbarazzo: quello di "privatizzare" una facoltà che nei suoi esiti – potendo implicare una deroga rispetto ad un interesse pubblico rilevantissimo, qual è quello del presidio del principio dell'anticorruzione – non può che appartenere all'ambito concettuale della autorità. Ma ciò, si badi, lungi dal giustificare la perorata distinzione tra i tipi di recesso, sta piuttosto a dimostrare un dato qui rilevantissimo, ossia che l'interesse pubblico alla conservazione del

richiamare l'interdittiva a supporto della decisione di risolvere il contratto, senza addurre particolari giustificazioni, ha viceversa il dovere di motivare adeguatamente nel caso in cui, nonostante la presenza di un inquinamento, l'interesse pubblico alla completa esecuzione del contratto è così pregnante da legittimare un'impresa sospetta ad effettuare lavori pubblici».

[207] Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 197.

[208] Cass., sez. un., 22 giugno 2017, n. 15637.

contratto (quindi l'interesse pubblico concreto) ha un preciso valore nel corso della fase esecutiva: non si è dinanzi ad un mero interesse di parte, bensì ad un interesse della collettività che in quanto tale può concorrere e, se del caso, prevalere sull'interesse altrettanto collettivo alla prevenzione dei fenomeni *lato sensu* corruttivi.

6. *Il superamento della visione parcellizzata della fase esecutiva*

All'attento lettore non sarà sfuggito come la configurazione pubblicistica delle fattispecie considerate nei paragrafi precedenti abbia seguito direttrici per molti versi difformi: il dato talvolta è assiomatico (è il caso dell'annullamento d'ufficio), talaltra è il risultato dell'omogeneizzazione tra istituti (è il caso della risoluzione), talaltra ancora è il frutto di una sapiente ricostruzione che muove da premesse teoriche quali l'essere attività valutativa e dispositiva di un interesse pubblico (è il caso del recesso "antimafia").

Giustificazioni quindi diversificate, che sì riflettono l'assoluta varietà delle tecniche ermeneutiche sviluppate nel settore degli appalti pubblici, ma che al contempo illustrano impietosamente come l'ordinamento non ponga assolute preclusioni rispetto alla possibilità di configurare fattispecie potenzialmente privatistiche alla stregua di poteri pubblicistici.

Ecco allora il dato dirimente che consente di tornare alla tesi, qui sostenuta, della configurabilità di un potere pubblicistico ogniqualvolta l'amministrazione committente compia atti dispositivi dell'interesse pubblico in senso oggettivo (*supra* par. 4.3.): tra l'uso di modelli interpretativi valevoli a seconda delle esigenze concretamente fronteggiate e l'impiego di una struttura argomentativa oggettivamente replicabile, ad apparire più conveniente (anche sotto il profilo pratico) è la seconda.

L'interpretazione qui proposta consente infatti di trarre i benefici propri di una logica *bottom-up*, tra cui in particolare quello di svincolare l'analisi da approcci casistici mai del tutto appaganti, perché spesso non condivisi o comunque perché incapaci di fornire linee ricostruttive valevoli oltre gli angusti limiti delle singole fattispecie.

L'interprete è quindi dinanzi ad una seria alternativa.

Da un lato, fedele al tràdito modello bifasico, egli potrà continuare a fare applicazione dell'approccio casistico, con cieco affidamento sui (difformi) criteri distintivi offerti da una giurisprudenza incerta, *i)* che è talvolta incline a valorizzare del tutto imprecisamente la sola collocazione spazio-temporale di una data fattispecie, *ii)* che, talaltra, è dedita a fare applicazione della discussa regola che esclude la ricorrenza del potere laddove vi sia un vincolo (non avvedendosi però che i vincoli della fase dell'evidenza pubblica non estromettono né il potere né la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che pure, dopo il 2004, dal potere parrebbe dover dipendere), *iii)* che, talaltra ancora, è propensa a giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo attribuendo rilievo alla connessione che si realizza tra la fase esecutiva e quella di evidenza pubblica ogniqualvolta la decisione "*in executivis*" riverberi sulla «determinazione dell'aggiudicatario»[209] (non avvedendosi, ancora una volta, che l'evidenza pubblica serve anche a definire l'obiettivo della commessa e che una scelta che vanifica il risultato realizza pertanto quella medesima connessione), *iv)* e che, in altri casi ancora, è interessata al carattere speciale delle previsioni normative, ma, si badi, solo laddove ciò sia funzionale al risultato voluto.

Dall'altro lato, invece, superando il modello bifasico, e riconoscendo l'unitarietà funzionale dell'operazione amministrativa, l'interprete potrà affidarsi al (si crede) più coerente criterio che individua la ricorrenza di un potere pubblicistico, se del caso, autoritativo e ad efficacia negoziale ogniqualvolta l'amministrazione faccia cura di interessi pubblici in senso oggettivo[210]. Non si tratterebbe più solo di tentare opere di *maquillage* giuridico, affidando la bontà delle riqualificazioni alle previsioni speciali recate dal codice dei contrat-

[209] Cass., sez. un., 3 maggio 2017, n. 10705.

[210] Merita di essere ribadito che siffatta impostazione non getta necessariamente l'amministrazione contraente su di un piano di privilegio; nell'avvicendamento tra il diritto potestativo e il potere non c'è, infatti, maggior vantaggio, giacché il privilegio, laddove sussistente, ha una matrice "esogena" o, altrimenti a dirsi, legale (si pensi alla disciplina della risoluzione, che svincola lo scioglimento del contratto dall'intervento del giudice). Piuttosto, detta riqualificazione implica maggiori vincoli (per il committente) e quindi maggiori garanzie (per il contraente privato e per la collettività).

ti. Né si tratterebbe più solo di accordare rilevanza alla possibilità di ricondurre alcune misure ai casi di autotutela pubblicistica; non che alcune corrispondenze siano di per sé errate (anzi, il caso della risoluzione e quello del recesso dimostrano come le equivalenze con l'annullamento d'ufficio, con la decadenza e con la revoca siano tutt'altro che forzate), ma esse dovrebbero rappresentare la conclusione e non già la premessa del ragionamento: riconosciuta l'unitarietà del potere amministrativo nel corso dell'intera vicenda contrattuale, il "riavvicinamento" lessicale e, ciò che più importa, giuridico tra alcune fattispecie diviene funzionale a garantire l'omogeneizzazione o, meglio a dirsi, a scongiurare la parcellizzazione tanto dell'attività quanto della sua interpretazione. Così, ad esempio, qualora dovesse valere l'equiparazione tra la revoca e il potere prodromico al recesso, troverebbe altresì applicazione la regola di derivazione giurisprudenziale secondo cui il ritiro di un provvedimento per motivi di opportunità deve essere preceduto dalla ponderazione tra l'interesse pubblico e l'interesse confliggente del privato[211]: il che vale a ribadire, qualora mai ve ne fosse bisogno, che dietro alla rilettura "pubblicistica" della fase esecutiva non si celano ulteriori privilegi, bensì maggiori vincoli e più rigorose garanzie[212].

A quest'ultimo riguardo, non si può poi certo trascurare che è

---

[211] Cfr. di recente Tar Campania, Napoli, sez. V, 4 novembre 2020, n. 5027, secondo cui, una rilettura dell'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, conforme al principio di buona fede, impone di ritenere che «la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario deve essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto che si intende revocare; non è dunque sufficiente, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell'emanazione dell'atto originario; le ragioni addotte a sostegno della revoca devono, invece, rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell'atto originario; la motivazione della revoca deve esplicitare, quindi, non solo i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la prevalenza di tale interesse pubblico su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole». Nello stesso senso cfr. Cons. St., sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837; Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026; Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2018, n. 4206.

[212] Per M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 202, «[l]a specialità del diritto amministrativo e del suo giudice sono […] pregiudizialmente rappresentati nei termini odiosi di un privilegio dei pubblici poteri. Non si arriva a concepire l'idea stessa che attraverso questa specialità si sia potuto perseguire quel medesimo obiettivo di costruzione dello Stato di diritto».

proprio attorno al valore assorbente delle garanzie assicurate dallo statuto amministrativistico che una parte della scienza giuridica ha auspicato l'affermazione di più intense forme di privatizzazione.

Nel binomio interesse pubblico-regime pubblicistico, autorevole dottrina ha infatti colto un inevitabile costo, scaturente dalla rilevanza «di interessi terzi (non facilmente predeterminabili a priori) nella forma della situazione soggettiva di interesse legittimo»[213]. Più in particolare, secondo detta impostazione, l'interesse legittimo, da «formidabile invenzione per la giuridicizzazione del potere», sarebbe divenuto fonte di gravissimi «costi», consistenti nella sostanziale derubricazione di quegli «interessi che non rilevando neppure in termini di interesse legittimo (di regola individuabili nell'ambito dei destinatari finali dell'azione amministrativa) solo dall'effettivo fatto del conseguimento del risultato possono essere tutelati»[214].

Ora, non v'è dubbio che la proposta privatizzazione dei rapporti sia lì avanzata per un obiettivo nobile e quanto mai attuale, rappresentato dalla tensione al conseguimento del risultato amministrativo e, quindi, alla soddisfazione dei soggetti terzi destinatari finali dell'azione. Un obiettivo, quello, rilevantissimo, specie nella materia dei contratti delle amministrazioni pubbliche, laddove proprio la dottrina qui considerata ha sanzionato il ricorrente sacrificio di «coloro che sono portatori di quegli interessi che possono essere soddisfatti solamente se l'amministrazione si procura le opere e i servizi per i quali ha avviato la procedura contrattuale e su cui incide il costo [dello] strumentario garantistico»[215]. Un obiettivo, quindi, che parrebbe cogliere appieno il senso ed il valore della (o, si dirà, di una altrimenti stemperata) operazione economica, quale vicenda giuridica che guarda al risultato non come ad una entità subalterna e che quindi fuoriesce dal «modello (potere-funzione e correlato interesse legittimo)», inteso come modello che «comporta l'introduzione di una logica centrata non sul risultato ma sulle modalità dell'azione»[216].

---

[213] C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2, p. 393 ss., spec. 413.

[214] Ivi, pp. 413-415.

[215] Ivi, p. 419.

[216] Ivi, p. 415. Si tratta di affermazioni che, nell'impostazione offerta da altra autorevole dottrina, si saldano attorno alla considerazione che alcuni sistemi giuri-

Eppure, che da queste esigenze pratiche possa e debba discendere una reimpostazione teorica di un modello d'azione tipico è conclusione non necessariamente incontrovertibile. Ed infatti, è opportuno ribadire che se nel corso della fase precontrattuale ed in quella esecutiva si fa (o si promuove la) applicazione del modello del potere e del suo statuto giuridico, ciò dipende da una ragione che si sostanzia proprio nell'importanza del risultato. Da un lato, il potere ricorre in quanto modulo tipico di cura di un interesse alieno; dall'altro lato, quello statuto vige per garantire l'osservanza del principio di funzionalizzazione, ossia per assicurare il più corretto uso del potere e, quindi, la più corretta realizzazione dell'interesse pubblico, del risultato, perseguito (un interesse, questo, che, è giusto il caso di ricordare, ha peraltro una estensione multipolare, perché interessa la collettività di oggi – i destinatari finali –, quella di domani – leggasi: sviluppo sostenibile –, nonché gli operatori economici del settore).

Insomma, se l'amministrazione trova la sua ragion d'essere nella produzione di un risultato, l'efficienza non può essere vista come un paradigma che abilita deviazioni da un modello giuridico di riferimento. L'efficienza, ossia la tensione al risultato, non è un elemento, per così dire, *extra-ordinem*. Anzi, è paradigma caratteristico dell'agire amministrativo, al pari dello statuto di quest'ultimo: i due elementi coesistono, non si contraddicono; lo statuto amministrativistico non è l'antitesi del(l'amministrazione di) risultato; il potere e la funzionalizzazione non contraddicono l'idea di operazione economica, perché di questa ne sono il viatico. Se la fisiologia è, assieme, un dato regime giuridico e una sicura tensione al risultato, i rimedi alla patologia (*i.e.* all'inefficacia) vanno quindi anzitutto ricercati

---

dici metterebbero realmente al centro l'operazione economica, riducendo al massimo il sovraccarico amministrativo: in tal senso, seppur con precipuo riferimento alla fase dell'evidenza pubblica, cfr. A. Moliterni, *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo*, cit., p. 225 ss., spec. 263, secondo il quale la prospettiva che "premia" il regime amministrativistico «oltre a sacrificare eccessivamente la dimensione e la logica comunque negoziale dell'operazione che conduce alla stipula del contratto, omette altresì di considerare l'esistenza di ordinamenti – come quello tedesco – che hanno esattamente dimostrato la possibilità di assicurare la tutela delle esigenze e delle ragioni pubblicistiche anche all'interno di uno schema procedimentale regolato dai principi e dalle regole di diritto civile e conosciuto prevalentemente dal giudice ordinario».

negli accorgimenti che possono prevenire le disfunzioni dell'operazione economica (dalla fase precontrattuale a quella esecutiva): su tutte, la qualità della regolazione, la rimozione delle sovrastrutture burocratiche (che sono altro dalla "sovrastruttura pubblicistica"), la professionalizzazione del contraente pubblico e l'"emancipazione" della sua capacità decisionale[217]. Se così si può dire, la partita va giocata sul piano della tecnica e del migliore bilanciamento tra imparzialità e buon andamento[218] – ricordando, peraltro, quanto acutamente osservato da autorevole dottrina circa l'erroneità della prospettiva di chi assume l'imparzialità ed i suoi corollari come meri costi che vanno a scapito dell'efficienza[219] –, e non già certo entro quel drastico transito che va dal pubblico al privato. Una scelta, quest'ultima, che, laddove praticata, si espone peraltro a non poche perplessità, tenuto conto che l'opzione a favore della privatizzazione è poi sovente accompagnata o dalla rappresentazione di temperamenti distonici rispetto alle logiche privatistiche[220] o, comunque, dall'appello a quei «presidi e meccanismi di controllo» (di regola assolti dall'Anac e dalla Corte dei conti)[221] che, del tutto curiosamente, sono altrove considerati come «inidonei nel complesso a correggere quelle storture che non permettono oggi all'amministrazione di porsi pienamente al servizio del cittadino»[222].

---

[217] Per una ampia disamina delle criticità che inficiano il "decisionismo" amministrativo cfr. L. Torchia, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, p. 1 ss.

[218] Principi assoggettati ad una costante tensione, ma che, secondo l'insegnamento di G. Pastori, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 29 ss., spec. 49, «appaiono […] abbastanza agevolmente componibili, tenendo conto del diverso dosaggio che può essere compiuto fra l'una e l'altra esigenza in rapporto alla diversa connotazione sostanziale-funzionale dei vari poteri amministrativi».

[219] G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 79 ss.

[220] Così ad esempio in C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, cit., pp. 417-418.

[221] A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 474 ss.

[222] M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, cit., p. 73. Nello stesso senso cfr. M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, cit., p. 751; F. Cintioli, *Separare gli appalti dall'anticorruzione*, cit.; G. Napolitano, *È atipico il ruolo dell'Anac sui contratti pubblici*, in *Il Corriere della Sera*, 28 aprile 2017, p. 24.

Capitolo V

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO COME GIUDICE UNICO DELL'UNITARIA VICENDA CONTRATTUALE

Sommario: 1. Primi appunti in relazione alla giurisdizione "contesa" in materia di appalti pubblici, tra fideismo e razionalità. – 2. Considerazioni a margine della disciplina attuale. La pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 24411/2018: se precisazioni vi sono, confusione vi era e non è detto che sia risolta. – 2.1. Oltre la confusione: alcune *impasse* nel già frammentato quadro del riparto di giurisdizione. – 2.2. Una breve chiosa sulla intollerabile frammentazione dell'attuale sistema di riparto nella materia degli appalti pubblici: verso il giudice unico. – 3. Il «monocolo della storia» e gli «occhiali dell'effettività della tutela»: diverse o uguali percezioni?. – 3.1. Il monocolo, l'occhiale e la medesima percezione: la storica ed inarrestabile avanzata del giudice amministrativo all'insegna della adeguatezza della tutela. – 3.2. Riparto di giurisdizione ed effettività della tutela: una progressione (apparentemente) interrotta. L'estensione della giurisdizione esclusiva alla luce del principio del giusto processo. – 4. In conclusione: il giudice amministrativo come giudice unico di una unitaria vicenda contrattuale. Il circolo virtuoso tra giurisdizione e regime giuridico.

1. *Primi appunti in relazione alla giurisdizione "contesa" in materia di appalti pubblici, tra fideismo e razionalità*

Il riparto di giurisdizione nella materia degli appalti pubblici rappresenta un oggetto, per così dire, misterioso[1].

[1] Così come misterioso è d'altronde il presupposto stesso del riparto di giurisdizione nella materia degli appalti pubblici, dipendente, in estrema sintesi, dall'alterna ed incerta segmentazione del confine tra pubblico e privato, siccome opera-

Il discorso si pone evidentemente al crocevia tra due narrazioni giuridiche: quella ascendente, che muove dal diritto sostanziale per trarre conseguenze sul piano giurisdizionale (secondo il modello dell'art. 103 Cost.), e quella discendente, che discerne pubblico e privato per via mediata, ossia muovendo dai profili processuali.

Che quella ascendente rappresenti la via elettiva di un ragionamento giuridico affidabile, è considerazione solo a tratti necessariamente corretta[2]. La storia del riparto di giurisdizione in materia di appalti pubblici, che si dirà essere alquanto travagliata, certifica infatti che l'opzione di base (*i.e.* la ricorrenza di un potere amministrativo nelle molteplici vicende contrattuali) è un dato sempre opinabile: e di questa incertezza l'interprete deve farsi carico, affinché la preferenza manifestata per l'una o per l'altra impostazione del problema non risulti del tutto autoreferenziale.

L'alternativa, quindi, non è solo di metodo, ma finanche e soprattutto di maniera, là dove è chiaro che l'atteggiamento fideistico si scontra necessariamente con la razionalità, ossia con la consapevolezza che il panorama giurisprudenziale è percorso da un «agente che fa continuamente muovere o che comunque produce l'effetto di sollecitare lo smottamento della faglia su cui è poggiato il rapporto diritto pubblico/diritto privato nel regime dei contratti pubblici»[3].

---

ta per via giurisprudenziale. A tal riguardo, seppur con qualche riadattamento di contesto, appare incredibilmente moderno l'accostamento che nel 1893 Giovanni Lomonaco operava tra i «pronunziati della giurisprudenza» in materia di appalti ed i «deserti sabbiosi» in cui il viaggiatore perde facilmente la direzione: «[i]l Servan, illustre magistrato francese, rassomigliava acconciamente i pronunziati della giurisprudenza a quei deserti sabbiosi dell'Africa, ove, mentre un viaggiatore segue faticosamente la traccia del viaggiatore che lo precede, sopraggiunge un soffio di vento che la disperde» (G. Lomonaco, *Appalto*, in *Enc. giur. it.*, I, pt. III, 1893, Milano, Società editrice libraria, p. 1 ss., spec. 57).

[2] Sul punto si v. A. Travi, *Il confronto fra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., p. 380: «[i]l diritto amministrativo può essere descritto secondo una logica 'discendente': alla qualificazione di un atto come amministrativo corrisponde in genere la competenza del giudice amministrativo […]. A questa logica sembra accostarsi oggi più spesso, almeno in linea di fatto, una logica 'ascendente' […]. In questa prospettiva il contenzioso verso un certo atto è indirizzato verso il giudice amministrativo non tanto perché venga ritenuto un atto amministrativo […], quanto perché è condivisa la necessità che la tutela abbia una certa ampiezza e che le regole sostanziali da applicare rispecchino il modello dell'atto amministrativo».

[3] A. Massera, *Noterelle sui contratti come modalità e strumento di amministrazione*, cit., pp. 266-267.

In ciò, si badi, non v'è ammissione di un insanabile dubbio sull'opzione di base qui riferita, quanto piuttosto accettazione delle inevitabili resistenze e, così, allarme sulla perdurante stasi di un riparto che, nella sua assoluta frammentazione, genera aberranti incertezze applicative[4].

Il riparto di giurisdizione in materia di appalti pubblici, così, lungi dal rappresentare un problema (di confine tra giudici) nel problema (dei confini tra regimi giuridici), può essere letto come un problema in sé[5], indipendente dallo «smottamento della faglia» sottostante. Il problema del riparto è, infatti ed anzitutto, un problema di tempestività e di certezza della tutela, tenuto conto che la tutela può sì variare, per così dire, nel *quomodo*, a seconda dell'alternanza dei regimi (la grande dicotomia è tra tutela costitutiva e risarcitoria[6]), ma non può dipendere, nel *quando* e, così, finanche nell'*an*, dai tempi di quella (ondivaga ed eterna) alternanza[7]: ed ha quindi ragione chi, muovendo da una dichiarata preferenza per la giurisdizione unica in materia di appalti, ha stigmatizzato il riparto di giurisdizione come «un tema complesso, che invece dovrebbe essere il più elementare del mondo, perché è la precondizione perché la giustizia possa funzionare con efficienza»[8].

---

[4] Incertezze, queste, che richiamano il profilo della «sicurezza giuridica» di recente valorizzato da A. Barone, *Nomofilachia, Corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, p. 557 ss., spec. 574-574, del cui pensiero si condivide, *inter alia*, il monito a che la consapevolezza circa il contributo storicamente garantito dalla giurisprudenza nella creazione del diritto amministrativo «non [si traduca] nell'accettazione acritica di talune tendenze, come, ad esempio, i casi in cui i giudici nazionali di ultima istanza tendono ad alimentare l'asistematicità, con decisioni tra loro non sempre coerenti».

[5] Cfr. M. Sinisi, *Il riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici: la persistenza di alcuni nodi problematici alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2013, p. 91 ss.

[6] Ne dà conto A. Travi, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, cit., *passim*.

[7] D'altronde, come affermato da Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, la compresenza di due giudici è riconosciuta «affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta».

[8] R. De Nictolis, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017.

2. *Considerazioni a margine della disciplina attuale. La pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 24411/2018: se precisazioni vi sono, confusione vi era e non è detto che sia risolta*

Prima ancora di tracciare le coordinate storiche di un riparto i cui moti sono di regola andati a favore del giudice amministrativo, è opportuno sin d'ora dar conto della surriferita complessità del sistema di spartizione delle controversie.

La tradizionale narrazione del riparto di giurisdizione in materia di appalti descrive un sistema chiaramente articolato secondo una logica binaria[9]: il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva è il giudice della fase pubblicistica; il giudice ordinario, invece, ha giurisdizione sulla fase privatistica, caratterizzata da una tendenziale situazione di parità tra le parti e, così, dalla sussistenza di diritti soggettivi.

In realtà, si tratta solo di una prima ed imprecisa approssimazione, lo stato delle cose essendo ben più complesso ed articolato.

Detta complessità è anzitutto causata dal legislatore. Nell'art. 133, comma 1, lett. *e)*, d.lgs. n. 104/2010, infatti, si trova una prima rottura dello schema binario "pre/post contratto": il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva è anche giudice dell'invalidità del contratto; egli è giudice di alcuni episodi collocati nella fase esecutiva e tassativamente individuati dal legislatore; e quello stesso giudice, ma questa volta in sede di legittimità, conosce anche dei poteri autoritativi che permangono nella fase esecutiva.

Alla articolazione del sistema di riparto positivizzato dal legislatore va poi sommata la ben più allarmante incertezza generata dagli arresti pretori.

---

[9] Logica binaria che riflette, peraltro, il dualismo di giurisdizione che caratterizza l'ordinamento domestico: «[l]'insieme delle garanzie giurisdizionali in materia di appalti pubblici essendo sempre caratterizzato dalla presenza di una parte pubblica necessaria (la stazione appaltante), è connotato inevitabilmente dal dualismo giurisdizionale proprio del nostro assetto del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione» (A. Police, *La tutela giurisdizionale*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, cit., p. 749 ss., spec. 749).

A tal riguardo, è impietosa l'evidenza che può essere tratta da un piuttosto recente *revirement* giurisprudenziale.

«Da tempo», affermava la Cassazione nel 2017, «le Sezioni unite hanno chiarito che nelle procedure ad evidenza pubblica […] la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»[10].

Soffermarsi sui termini può essere utile: se è «da tempo» che le Sezioni unite «hanno chiarito» il confine del riparto, ciò significa che l'applicazione del criterio è certa e stabile. Eppure, così non è.

Nel 2018, infatti, gli operatori economici, la dottrina e, con sorpresa, le stesse Sezioni unite scoprono che l'orientamento «da tempo» ritenuto indubitabile (e peraltro confermato nello stesso anno[11]) era invece errato. Il giudice del riparto[12] e quello amministrativo[13] avevano sbagliato: a seguito della sentenza del 5 ottobre 2018, n. 24411, delle Sezioni unite della Corte di cassazione, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla fase pubblicistica si arresta all'aggiudicazione definitiva (salvo poi estendersi ai controlli sull'aggiudicazione).

La pronuncia delle Sezioni unite del 2018 si rivela di grande interesse non solo perché dimostra come la regola del riparto sia lontana dall'avere (e dal garantire) stabilità, ma anche perché frammenta ancora di più l'unitarietà della complessiva operazione amministrativa.

---

[10] Cass., sez. un., 29 maggio 2017, n. 13454.

[11] Cfr. Cass., sez. un., 9 aprile 2018, n. 8721, secondo cui «nei contratti ad evidenza pubblica, le questioni insorte nella fase anteriore all'aggiudicazione nonché in quella intermedia, ove prevista, fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto» sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo in ragione del rilievo «attribuito, in tali periodi, alla preminenza della posizione della p.a., dotata di poteri di natura pubblicistica».

[12] Cass., sez. un., 8 luglio 2015, n. 14188; Id., 23 luglio 2013, n. 17858; Id., 9 novembre 2012, n. 1939; Id., 5 aprile 2012, n. 5446; Id., 13 marzo 2009, n. 6068.

[13] La posizione è implicita in molti passaggi della più volte citata sentenza del Cons. St., ad. plen., n. 14/2014. Cfr. anche Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2010, n. 691; Cass., sez. un., 11 gennaio 2011, n. 391, in *Urb. app.,* 2011, 4, 420 ss., con commento di R. Proietti, *Riparto di giurisdizione e di competenza legislativa in tema di appalti: stipula del contratto e revoca dell'aggiudicazione*; Cons. St., sez. V, 2 maggio 2017, n. 1976.

Quello che segue è un elenco infelice, perché ripetitivo e impreciso, ma dovrebbe agevolare la percezione di disorientamento che l'attuale articolazione comporta[14]: *a)* giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (fase di affidamento); *b)* giudice ordinario (dall'aggiudicazione alla stipula); *c)* giudice amministrativo in sede di legittimità (dall'aggiudicazione alla stipula, in relazione ai casi di esercizio del potere autoritativo, quali quelli di controllo in relazione al consolidamento dell'efficacia dell'aggiudicazione, di revoca dell'aggiudicazione pre-stipula, ecc.); *d)* giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (fra l'aggiudicazione e la stipula, per l'annullamento d'ufficio, perché la "revisione" atterrebbe a vizi attinenti alla fase di affidamento); *e)* giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (sorte del contratto); *f)* giudice ordinario (fase esecutiva); *g)* giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (fase esecutiva, per le controversie di cui all'art. 133, comma 1, lett. *e)*, n. 2); *h)* giudice amministrativo in sede di legittimità (fase esecutiva, ancora in relazione ai casi di esercizio del potere autoritativo); *i)* giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (fase esecutiva, in relazione all'annullamento d'ufficio esercitato a seguito della stipula).

Ebbene, pare sinceramente aver avuto ragione chi, già prima del 2018, ha perentoriamente affermato che, a guardare gli ambiti di attribuzione del giudice amministrativo, si dovrebbe parlare di un giudice «*part time*»[15]; ed al pari avrebbe ragione chi, per spiegare i moti del riparto nel settore degli appalti pubblici, prendesse a prestito l'immagine, altrove formulata, del «balletto delle giurisdizioni»[16].

---

[14] La lettura delle conclusioni raggiunte dalla sentenza n. 24411/2018 delle Sezioni unite della Corte di cassazione è facilitata dalla sintesi schematica offerta da Cons. St., Ufficio Studi, *Sezioni unite: il segmento procedimentale tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto esula dalla giurisdizione esclusiva del G.A.*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018.

[15] A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., p. 105.

[16] M. Clarich, A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012.

2.1. *Oltre la confusione: alcune* impasse *nel già frammentato quadro del riparto di giurisdizione*

Rimanendo nel solco del sentiero sin qui tracciato, vale la pena evidenziare alcune delle più marcate *impasse* che emergono all'interno delle già frammentate dinamiche del riparto di giurisdizione in materia di appalti pubblici.

Sovviene in primo luogo il tema del riparto di giurisdizione relativo alla responsabilità per *culpa in contrahendo*[17].

Si pensi all'ipotesi più "tradizionale", ossia a quella in cui l'amministrazione abbia revocato l'aggiudicazione, non addivenendo, quindi, alla stipula del contratto. Secondo l'orientamento patrocinato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 6/2005, valida è la tesi che attribuisce siffatte controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, giacché in tali casi «[s]ussiste […] quella situazione di interferenza tra diritti soggettivi e interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono come *conditio sine qua non* […] per la legittimità costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo»[18].

Sennonché, la riferita tesi delle Sezioni unite della Corte di cassazione atta ad anticipare il limite della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla fase di affidamento pare introdurre un inevitabile ripensamento: difatti, se la responsabilità precontrattuale prescinde dalla illegittimità del provvedimento di revoca, e se, pur con i dovuti temperamenti, la giurisdizione esclusiva si arresta alla fase di affidamento, ciò significa che il danno patito in conseguenza di una revoca legittima (e legittimamente esercitata a seguito dell'aggiudicazione) dovrà essere conosciuto dal giudice ordinario[19].

---

[17] Sul punto cfr. l'analisi svolta da Cons. St., Ufficio Studi, *Sezioni unite: il segmento procedimentale tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto esula dalla giurisdizione esclusiva del G.A.*, cit.

[18] Cons. St., ad. plen., n. 6/2005. In dottrina si v. V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 12, p. 1339 ss., spec. 1340.

[19] Proprio in merito alle questioni risarcitorie, per una recente applicazione della surriferita revisione del riparto di giurisdizione cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, 8 marzo 2021, n. 420.

Ma si badi, a ciò non ci si deve arrestare. Alcune pronunce giurisprudenziali paiono infatti indurre ad ulteriori e ben più determinanti conclusioni. Muovendo dal presupposto secondo cui sarebbe «privo di rilievo» il fatto che il comportamento dell'amministrazione ingenerante un affidamento nel privato «sia più o meno direttamente connesso all'esercizio dell'attività appartenente al settore di competenza esclusiva», si può finanche giungere alla conclusione che – al di là della collocazione temporale dell'interruzione delle trattative – il risarcimento del danno per *culpa in contrahendo* sia sempre e comunque spettante alla giurisdizione del giudice ordinario: non è un caso che quella stessa giurisprudenza abbia perentoriamente affermato che, a prescindere dalla connessione tra il comportamento e «l'esercizio dell'attività appartenente al settore di competenza esclusiva», rimane pur sempre inalterata «la linea di discrimine fra azioni risarcitorie dipendenti dall'illegittimità dell'atto e azioni risarcitorie dipendenti dall'affidamento derivato dal comportamento della pubblica amministrazione»[20].

Eppure, questa prospettiva pare tradire un dato, e cioè che il comportamento scorretto dell'amministrazione è comunque legato e connesso all'esercizio (seppure legittimo) del potere[21]: un dato, questo, affatto trascurabile, giacché implica la sussistenza di quel col-

---

[20] Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 ottobre 2018, n. 2267, e Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22435.

[21] Così R. Dipace, *La giurisdizione sul danno da provvedimento favorevole*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*, Roma, Treccani, 2012: «nelle vicende in questione sembra proprio venire in rilievo un comportamento "illecito" della pubblica amministrazione legato all'esercizio del potere amministrativo. È, infatti, il provvedimento amministrativo, frutto dell'esercizio del potere, che ha ingenerato il legittimo affidamento nel privato ed è l'atto di rimozione in autotutela che completa la fattispecie dannosa». Cfr. altresì F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, p. 1 ss., spec. 23, il quale, riferendosi più in generale al riparto di giurisdizione sulle controversie inerenti alla lesione dell'affidamento del privato, afferma che «va rilevato che il comportamento che può generare l'affidamento non può che situarsi nel procedimento, ossia nelle sede in cui viene svolto ed esercitato il potere dell'amministrazione; pertanto, non è condivisibile che tale comportamento non abbia alcun collegamento con l'esercizio del potere: esso attiene, invece, alle concrete modalità in cui il potere amministrativo viene esercitato». Nello stesso senso cfr. Id., *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, p. 1097 ss., spec. 1103.

legamento con il potere che, per l'appunto, legittima l'attribuzione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[22].

Se dalla fase pre-stipula si trascorre poi alla fase esecutiva, il senso di incertezza applicativa rimane del tutto invariato.

Si prenda ad esempio il caso dello *ius variandi*. Da un lato, parte della giurisprudenza amministrativa afferma la propria giurisdizione, peraltro in sede di giurisdizione esclusiva, sul presupposto che, sebbene l'approvazione delle varianti avvenga nella fase esecutiva, la relativa determinazione «involge pur sempre aspetti inerenti l'affidamento di lavori pubblici»[23]; dall'altro lato, invece, altra giurisprudenza amministrativa afferma la giurisdizione del giudice ordinario in virtù della collocazione temporale della fattispecie e soprattutto sulla base di un approccio atto a valorizzare il confronto con il corrispondente istituto civilistico, giungendo così alla conclusione

[22] Cfr. Cass., sez. un., ord., 29 maggio 2017, n. 13454, secondo cui «[i]l legislatore del 2000 così come quello del cod. proc. amm. (art. 133) prevedono la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio originate dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica, ovverosia le pretese di sostanziale responsabilità precontrattuale. Si realizza, infatti, quella situazione d'interferenza tra diritti e interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo, […] riguardo ad atti e comportamenti assunti prima dell'aggiudicazione o, come nella specie, nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la mancata stipula del contratto». Cfr. altresì Tar Toscana, sez. I, 5 marzo 2014, n. 418, secondo cui «[s]i è da tempo affermata in giurisprudenza la teoria secondo la quale anche gli enti pubblici possono essere chiamati a rispondere a tale titolo *ex* artt. 1337 e 1338 c.c., laddove abbiano ingenerato legittimi affidamenti che poi non sono stati rispettati. In tal caso si verifica una lesione non ad un interesse legittimo bensì al diritto soggettivo alla libertà negoziale di coloro che sono entrati in trattative con l'ente. Non si tratta quindi di valutare il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa poiché non viene in rilievo alcun bilanciamento di interessi; ciò che si deve verificare è invece se l'amministrazione si sia comportata da corretto contraente, senza ingenerare falsi affidamenti in terzi e rispettando legittimi affidamenti comunque creati. Trattasi di un giudizio su un diritto soggettivo che il giudice amministrativo è competente a conoscere in ragione dell'esclusività della sua giurisdizione in tema di procedure di affidamento dei contratti pubblici». La devoluzione al giudice ordinario delle controversie sulla responsabilità precontrattuale è criticata anche da M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2020, 5, p. 675 ss., spec. 684.

[23] Tar Umbria, 28 ottobre 2016, n. 677.

che si tratterebbe «di un potere di modifica unilaterale del contratto di appalto che partecipa della stessa natura del "potere di diritto privato" riconosciuto al committente, anche per i contratti di appalto tra privati, dagli artt. 1661 c.c.»[24].

Si considerino poi i casi, piuttosto datati, relativi al procedimento di autorizzazione al subappalto. Per una parte degli interpreti, la mancata autorizzazione del subappalto sarebbe atto privatistico ascrivibile al *genus* definito dall'art. 1656 c.c.[25] o, fuoriuscendo dalla configurazione di un diritto privato "speciale", si afferma comunque la natura vincolata dell'attività, così escludendo la sussistenza del potere autoritativo[26]. Per altra parte della giurisprudenza, invece, le controversie in esame apparterrebbero alla giurisdizione del giudice amministrativo, perché non si discuterebbe «dell'applicazione del regolamento negoziale, ma di disposizioni pubblicistiche che presidiano finalità diverse dalla esecuzione dell'opera»[27]. Sennonché, anche questo filone giurisprudenziale presenta alcuni "problemi applicativi" a margine, se non altro perché è poi dubbio che la giurisdizione del giudice amministrativo sia quella di sola legittimità[28] o piuttosto quella esclusiva[29].

---

[24] Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 24 febbraio 2017, n. 321.

[25] Tar Lazio, Roma, sez. III, 23 gennaio 2010, n. 776, secondo cui «la decisione di ricorrere al subappalto non sembra in alcun modo riconducibile alle procedure di scelta dell'affidatario, traducendosi essenzialmente in una peculiare modalità esecutiva dell'opera, rimessa, come tale, alla determinazione delle parti».

[26] In tal senso Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 gennaio 2010, n. 34, secondo cui la disciplina del codice appalti non definisce una «diversità ontologica del potere permissivo, ove esercitato dal committente pubblico, rispetto a quello conferito dall'art. 1656 cod. civ., non risultando delineato dalla normativa di settore alcun ambito di discrezionalità amministrativa entro il quale procedere alla consueta ponderazione degli interessi in gioco». Affermazione, questa, che, se letta nel più ampio contesto della pronuncia, appare per certi versi contraddittoria, tenuto conto che se dapprima si afferma l'assenza della ponderazione di interessi ai fini del rilascio dell'autorizzazione, subito dopo si ammette che, una volta accertato il possesso dei requisiti, l'amministrazione sarebbe comunque chiamata a decidere se l'esecuzione possa «trarre giovamento dal coinvolgimento di un'altra impresa»: e allora verrebbe da chiedersi dove non stia nella vicenda in esame la ponderazione degli interessi.

[27] Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 13 aprile 2010, n. 4961. Cfr. in dottrina, A. Valletti, *Il giudice amministrativo e il subappalto: più di un'occasione mancata*, in *Urb. app.*, 2008, 4, p. 475 ss.

[28] Così Cons. St., sez. V, 21 novembre 2007, n. 5906.

[29] I sostenitori della giurisdizione esclusiva affermano che «si potrebbe, con un "oculato utilizzo" della dizione "procedure di affidamento" […] ritenere

Ulteriori spunti di riflessione o, meglio, ulteriori stalli applicativi si manifestano nella giurisprudenza sulla cessione del contratto di appalto[30]. A fronte della soluzione accordata dalle Sezioni unite – secondo cui la verifica svolta dalla stazione appaltante per l'autorizzazione della modificazione soggettiva dell'esecuzione «non costituisce esplicazione di autorità o di comparazione e ponderazione di interessi»[31] –, una parte degli interpreti ha tuttavia sostenuto la preferenza per l'attribuzione delle controversie al giudice amministrativo; il che è stato affermato non solo muovendo dalla similitudine con la verifica che si svolge in sede di aggiudicazione, ma anche in forza del richiamo alla tesi favorevole alla giurisdizione amministrativa patrocinata proprio dal pubblico ministero nella requisitoria presentata nel ricorso alle citate Sezioni unite[32].

Non è tutto. A margine dell'analisi sinora svolta – che conferma, secondo una lettura filosofica del fenomeno, che "tutto può essere il contrario di tutto" – si impone un ultimo rilievo.

Si può dire che la natura di una attività dipenda dalla competenza giurisdizionale riconosciuta dal diritto positivo? E, ancora, se quasi ogni atto della fase esecutiva viene ritenuto atto privatistico e quindi attratto alla giurisdizione del giudice ordinario, perché per le ipotesi previste dall'art. 133, comma 1, lett. *e)*, n. 2, d.lgs. n. 104/2010, si è sentita l'esigenza di radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo?

Non si vuole negare che nei casi di divieto di rinnovo tacito del contratto o di revisione e di adeguamento dei prezzi sussistano i presupposti per l'attribuzione delle controversie alla giurisdizione

---

che anche l'affidamento in subappalto è in fondo una sub-procedura di affidamento all'interno di quella di scelta del contraente, quasi un'"appendice" procedurale da ricondurre nell'alveo dell'art. 244» (A. Valletti, *Il giudice amministrativo e il subappalto: più di un'occasione mancata*, cit., p. 477; cfr. anche R. De Nictolis, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, cit., p. 29).

[30] Oggi prevista dall'art. 106, comma 1, lett. *d)*, d.lgs. n. 50/2016.

[31] Cass., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23468.

[32] Così, R. De Nictolis, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, cit., pp. 30-32.

esclusiva del giudice amministrativo[33]: anzi, che la devoluzione sia legittima è fatto ampiamente dimostrato in dottrina[34].

Per quanto riguarda le controversie relative al divieto di rinnovo tacito del contratto, infatti, sebbene il giudice amministrativo sia chiamato a conoscere di un comportamento dell'amministrazione, in dottrina la legittimità della devoluzione è sostenuta «per la connessione tra il rinnovo vietato e il cattivo esercizio del potere da parte dell'amministrazione che ha proceduto senza gara al nuovo affidamento»[35]. Per quanto poi attiene alla revisione e all'adeguamento dei prezzi, la giurisdizione esclusiva si giustifica in ragione della compresenza delle posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo[36]. Il primo sarebbe relativo all'*an* della revisione – questa essendo «correlata all'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto dalla norma alla stazione appaltante, sulla base di valutazioni correlate a preminenti interessi pubblicistici» – mentre il secondo atterrebbe al *quantum* della variazione, ovvero all'«entità di un diritto soggettivo»[37].

---

[33] Si v. l'*excursus* normativo-giurisprudenziale svolto da S. Salvago, *La ripartizione della giurisdizione negli appalti pubblici*, in *Giust. civ.*, 2013, 11-12, p. 771 ss.

[34] Cfr. V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 239-240.

[35] V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, cit., p. 1347. Cfr. Cons. St., sez. V, 8 luglio 2008, n. 3391, che chiaramente afferma che «l'impresa ricorrente fa valere il suo interesse legittimo al rispetto delle norme dettate in materia di scelta del contraente e l'eventuale nullità o inefficacia della clausola contrattuale che preveda un rinnovo o una proroga va accertata in via incidentale dal giudice amministrativo, competente a conoscere in via principale della eventuale lesione del predetto interesse legittimo». Se non si erra, legge criticamente quella devoluzione A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., p. 96, laddove ricorda che alla base della controversia relativa al mancato rinnovo non vi sia alcun provvedimento amministrativo. In generale, sul rinnovo dei contratti pubblici si v. le riflessioni di S. Calvetti, *C'era una volta, il rinnovo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2012, 4, p. 432 ss.; Id., *È davvero ammissibile il rinnovo "espresso" dei contratti pubblici?*, in *Urb. app.*, 2014, 10, p. 1083; Id., *Proroghe, affidamenti diretti ed immodificabilità del contratto*, in *Urb. app.*, 2018, 4, p. 562 ss.

[36] Che, è bene precisare, prima dell'adozione dell'art. 244, d.lgs. n. 163/2006, legittimava in giurisprudenza la separazione delle sedi decisionali, con la conseguenza che il giudice amministrativo aveva giurisdizione sull'*an*, mentre quello ordinario sul *quantum* della revisione o adeguamento. Cfr. Cass., 13 settembre 2005, n. 18126.

[37] V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, cit., p. 1345. *Contra*, F. Liguori, *La funzione ammi-*

Ciò che si contesta è piuttosto il fatto che per attività del tutto assimilabili – si pensi al recesso dal contratto – sia stata invece negata la giurisdizione esclusiva.

La giurisprudenza e la dottrina giustificano il fatto sulla base della presunta assenza di posizioni di interesse legittimo. Ma vi è da chiedersi allora perché in relazione all'*an* della rideterminazione dei prezzi sussistono posizioni di interesse legittimo e non così anche in relazione alla posizione vantata dal privato a fronte della determinazione della amministrazione di recedere o di risolvere il contratto: non ricorrono in entrambi i casi quelle «valutazioni correlate a preminenti interessi pubblici»[38] che radicano la sussistenza dell'interesse legittimo? E in senso diametralmente opposto, cioè volto ad attrarre anche la revisione dei prezzi nell'alveo degli atti a matrice esclusivamente privatistica, non vi è nel codice civile una disposizione cui ricollegare un potere di tal fatta? Se sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, l'art. 115 prevedeva l'inserimento obbligatorio nei contratti della clausola di revisione dei prezzi, *quid iuris* ora che l'art. 106, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 50/2016, prevede la facoltatività dell'inserimento della clausola? La disposizione di cui all'art. 106 rimarrebbe certo speciale, ma non vi sarebbe una qualche coincidenza con "la facoltà riconosciuta ai privati" dall'art. 1664 c.c. «che ha natura dispositiva, essendo rimessa alla volontà delle parti»[39]?

Vi è allora che le coincidenze e i confronti, spesse volte impiegati per sostenere la natura privatistica di molti degli atti che intervengono nella fase esecutiva, sono poi raramente ricordate e rievocate quando vi è una disposizione (in specie, l'art. 133, d.lgs. n. 104/2010) che destina l'attività e le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

---

nistrativa. Aspetti di una trasformazione, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 53-54.

[38] *Ex multis* Cass., sez. I, 15 novembre 2016, n. 23278, e Cass., sez. un., 23 luglio 2015, n. 15474.

[39] Cons. St., sez. III, 19 giugno 2018, n. 3768. Si consideri che la recente previsione recante il ripristino della natura obbligatoria dell'inserimento delle clausole di revisione dei prezzi nei documenti iniziali di gara ha una efficacia temporanea, valevole sino al 31 dicembre 2023 (si v. l'art. 29, comma 1, lett. *a)*, d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con modificazioni della l. 28 marzo 2022, n. 25).

2.2. *Una breve chiosa sulla intollerabile frammentazione dell'attuale sistema di riparto nella materia degli appalti pubblici: verso il giudice unico*

Ritornando quindi alle premesse del presente Capitolo, da quanto sinora detto apparirà chiaro un dato: le molteplici questioni aperte dall'attuale sistema di riparto di giurisdizione e le mutevoli soluzioni giurisprudenziali, mai appagate dagli orientamenti maturati in seno alle Sezioni unite, producono una inevitabile (e grave) incertezza sul piano della tutela processuale.

Una incertezza, si badi, che non può certo essere salutata come un tratto fisiologico dei sistemi dualistici di giurisdizione[40].

D'altronde, già trent'anni fa l'insufficienza del sistema processuale era stata sanzionata come fatto che «dissuade le imprese comunitarie dal concorrere nello Stato dell'autorità aggiudicatrice interessata» (considerando n. 4, dir. 1989/665/Cee). E poco importa se quella direttiva (così come quella del 2007) si riferiva al sistema di tutele inerenti al solo primo momento della vicenda contrattuale: se è vero, come è vero, che la dir. 2014/24/Ue si rivolge in via del tutto innovativa anche alla fase esecutiva, allora si dovrebbe passare da una lettura storica del fine delle "direttive ricorsi" ad una lettura per combinato disposto rispetto all'estensione dell'oggetto di interesse del più recente diritto sostanziale.

Per questa via, ossia dinanzi al descritto disordine imperante, si comprende il monito avanzato da Rosanna De Nictolis nell'invocare una nuova stagione di pronunce «orientate in favore non già di soluzioni autoreferenziali e conservative di competenze, ma di soluzioni semplici e razionali che assicurino la concentrazione delle tutele, in una data materia, davanti a un unico giudice, secondo un principio riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale come l'essenza della giurisdizione esclusiva»[41].

---

[40] Sovviene l'idea di una fisiologica incertezza dei modelli dualistici di riparto della giurisdizione, o, meglio, l'idea di «una incertezza applicativa al margine, non una incongruenza e instabilità del criterio da applicare» (S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a tradizione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 47 ss., spec. 94).

[41] R. De Nictolis, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, cit., p. 2.

È quindi il giudice unico la soluzione prospettata (e qui accolta) rispetto alle disarmonie dell'attuale sistema di riparto: una soluzione, questa, che non è affatto peregrina nella elaborazione offerta dalla migliore dottrina[42].

[42] Questa è la condivisibile prospettiva espressa da M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit., p. 684. Per F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, «la previsione di un unico giudice per un fenomeno che, nella sua commistione di pubblico e privato, è unitario ci sembra, quindi, del tutto coerente con la *ratio* della giurisdizione esclusiva, anche perché la materia dell'adempimento e della violazione di obblighi contrattuali risponde a specifici interessi collettivi, quali l'esatta, pronta e sollecita esecuzione dell'opera pubblica, del servizio o della fornitura». Si v. altresì E. Picozza, *Genesi e trasformazione del procedimento amministrativo*, cit., p. 35, il quale, affrontando il problema da un'altra prospettiva, giunge alla conclusione che l'attuazione del principio dell'amministrazione di risultato nella materia dei contratti pubblici richiederebbe, *inter alia*, una soluzione quale quella «di attribuire al giudice amministrativo l'intero contenzioso degli appalti […] con la pubblica amministrazione», purché, si precisa, «il legislatore precisi a chiare lettere che si tratta di giurisdizione esclusiva su diritti soggettivi e non su interessi legittimi». Cfr. anche S. Buscema, A. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, VII, Padova, Cedam, 2008, p. 126, i quali dinanzi agli «inconvenienti della ripartizione della competenza giurisdizionale» manifestano la preferenza per l'«unificazione di competenza in una materia obiettivamente unitaria», che, si badi, secondo gli Aa. potrebbe essere realizzata non solo «concentrando la competenza per il giudice amministrativo», ma finanche «attribuendo la competenza nella materia contrattuale, unitariamente considerata, alla Corte dei conti» (si esclude, invece, la concentrazione della competenza in capo al giudice ordinario, perché siffatta soluzione troverebbe un ostacolo nell'inconfigurabilità della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, ma sul punto si v. *infra* par. 3.2.). Si v. anche F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., p. 343. Si v. però il monito di G.D. Comporti, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 2, p. 434 ss., spec. 442: allo stato attuale, si afferma, «sembra difficile che possano maturare le condizioni, culturali prima ed oltre che tecniche, per una lettura evolutiva della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, lett. *e)*, n. 1, c.p.a., capace di offrire simultanea, unitaria e, pertanto, più effettiva tutela a tutte le vicende controverse afferenti a "procedure di affidamento", finalmente comprensive tanto della fase selettiva quanto di quella realizzativa dell'operazione».

3. *Il «monocolo della storia» e gli «occhiali dell'effettività della tutela»: diverse o uguali percezioni?*

Il «monocolo della storia» e gli «occhiali dell'effettività della tutela» sono fortunate espressioni impiegate da Aristide Police[43] per sanzionare l'incerto ed incoerente incedere della Consulta nel celebre arresto del 5 luglio 2004, n. 204[44].

Invero, il rinvio a quelle formule si rivela utile per due preminenti ragioni.

La prima. Tenuto conto della direzione di marcia sopra impressa, quel richiamo è anzitutto strumentale ad operare un inevitabile rinvio alla chiusura sancita (e poi, nel 2006, perfezionata o, che dir si voglia, allentata[45]) dalla Corte costituzionale rispetto alle fughe in avanti di un legislatore che, come noto, a cavallo del nuovo millennio, aveva cercato di estendere l'ambito applicativo della giurisdizione esclusiva, così da unificare la conoscenza ed il sindacato di intere materie in capo ad un unico plesso[46]. Trattasi di un problema che per evidenti ragioni di sintesi non potrà essere sviluppato nei suoi prodromi ed epiloghi, se non dando conto di alcune minime coordinate pur sempre funzionali al discorso.

La seconda. In quelle formule (o, meglio, nell'uso che là se ne è fatto) è sottesa una evidente contrapposizione: il «monocolo della storia» fu impiegato dalla Corte per ridurre l'estensione della giu-

---

[43] A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, p. 974 ss., spec. 975.

[44] La bibliografia in tema è amplissima. Senza pretesa di esaustività si v. M. Clarich, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, p. 969 ss., e, nello stesso fascicolo, B.G. Mattarella, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, ivi, p. 979 ss., nonché A. Pajno, *Giurisdizione esclusiva ed «arbitrato» costituzionale*, ivi, p. 983 ss.

[45] C. cost., 11 maggio 2006, n. 191.

[46] Su quelle tendenze ordinamentali cfr. l'ampio lavoro di G. De Giorgi Cezzi, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, p. 696 ss., spec. 747 ss., laddove l'A. ha peraltro posto in raccordo le difficoltà dei modelli di riparto per materie adottati tanto nel quadro delle competenze giurisdizionali quanto nel contesto delle competenze legislative: «il criterio del riparto per "materia" implica tutte le difficoltà interpretative già emerse in occasione dell'attuazione dell'art. 117 Cost. che adottava analogo criterio ai fini del riparto di attribuzioni fra Stato e regioni» (p. 748).

risdizione esclusiva sui cosiddetti "blocchi di materie"; gli «occhiali dell'effettività della tutela», invece, furono indossati per incrementare la pienezza della cognizione ed i poteri del giudice amministrativo[47]. Ed ecco quindi (sì, se si vuole, il salto logico, ma anche e ciò che più conta) il tema qui centrale: con un interrogativo, se utilizzati nel settore degli appalti pubblici, il «monocolo della storia» e gli «occhiali dell'effettività della tutela» restituiscono esiti divergenti o, al contrario, mettono a fuoco lo stesso esito? Come si dirà, la risposta non è affatto ininfluente sul piano della giustificazione della unitaria attribuzione della vicenda contrattuale alla giurisdizione del giudice unico.

3.1. *Il monocolo, l'occhiale e la medesima percezione: la storica ed inarrestabile avanzata del giudice amministrativo all'insegna della adeguatezza della tutela*

Cadrebbe in errore chi cercasse nei criteri direttivi recati dall'art. 103 Cost. la spiegazione del modello di riparto giurisdizionale in materia di appalti pubblici? Forse sì, ma è bene precisarne la ragione.

Se l'attuale modello di riparto fosse valutato in una dimensione atemporale, la regola distributiva fornita dall'art. 103 Cost., specialmente se letta assieme alla tradizionale (ma qui criticata) scansione bifasica, probabilmente spiegherebbe sotto molti aspetti (ancorché non tutti) la ragione dei perimetri delle due giurisdizioni.

Questa visione, però, peccherebbe di miopia: la distribuzione della giurisdizione e, più in particolare, l'attrazione della cognizione del giudice amministrativo, quantomeno per ciò che attiene alla prima fase della vicenda contrattuale, ha infatti storicamente risentito più della adeguatezza del sistema rispetto a concrete esigenze di tutela, piuttosto che della consonanza rispetto ad una regola formale "presupposta"[48].

---

[47] Cfr. A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, cit., p. 975.

[48] Cfr. G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 15 ss., nonché, per un'ampia analisi dei percorsi giurisprudenziali, A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 57 ss. Si v. altresì G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 163, il quale

Si badi, dire che l'oggi fotografa una scelta operata a monte non contraddice quanto più sopra affermato, ovvero che il regime pubblicistico e la ricorrenza del potere rappresentano per il nostro ordinamento una "non scelta" (*supra* par. 2.1., cap. III). Non solo perché, se così si può dire, le esigenze di tutela, premendo nel senso della giurisdizione amministrativa, hanno favorito (e non già forzato) l'identificazione dell'esatta "natura delle cose", ma anche perché se l'accelerazione impressa dall'effettività della tutela non vi fosse stata o se quella avesse tardato ad arrivare, la natura pubblicistica della fase di affidamento – e quindi la ricorrenza del potere e delle posizioni di interesse legittimo – si sarebbe comunque imposta nella successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Eppure, quella accelerazione vi è stata e di ciò l'interprete non può non tenere conto. D'altronde, la storia insegna che il riparto di giurisdizione nella materia degli appalti (e più in generale dei contratti) pubblici ha vissuto di logiche e regole sue proprie: per riprendere una felice affermazione, formulata da Antonio Romano Tassone ad altri (ma, come si dirà, non del tutto divergenti) fini, si potrebbe dire che negli appalti pubblici «le regole della tutela» non hanno storicamente risposto «alla necessità di conservare l'assetto del riparto di giurisdizione»[49]. All'opposto, le regole della tutela si sono imposte sulle (o, meglio, hanno preceduto le) regole del riparto, così confermando, più o meno direttamente, la validità del principio secondo cui «è il giudice, in un ordinamento democratico, a dover essere scelto in funzione delle esigenze di tutela del cittadino, e non la tutela a dover essere accordata al cittadino in ragione ed a misura dei poteri del giudice»[50].

Ecco, quindi, che il monocolo della storia viene utilmente in soccorso.

Vi è un dato risalente, ma alquanto utile, per narrare il fenomeno in parola: sino al 1865 le controversie sugli atti e sui rappor-

---

ricorda che «la qualificazione pubblicistica era stata indotta soprattutto dall'esigenza di radicare la giurisdizione in capo al giudice amministrativo e individuare strumenti di tutela dei privati».

[49] A. Romano Tassone, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, cit., p. 113.

[50] Ivi, p. 103.

ti precedenti e successivi alla stipula del contratto con la pubblica amministrazione erano attribuite di regola al contenzioso amministrativo[51]. Ad esempio, nel Regno di Sardegna – ove, rispetto alla posizione di quanti auspicavano una "giurisdizione unica", prevalse l'interpretazione opposta favorevole al riordino del contenzioso amministrativo[52], poi realizzatosi con le cosiddette leggi Rattazzi[53] – la l. 30 ottobre 1859, n. 3708, riconobbe ai Consigli di governo la funzione di "giudice ordinario" del contenzioso amministrativo in una pluralità di controversie, fra cui e per l'appunto la materia dei contratti di appalto, inclusa la fase di esecuzione[54]. Attribuzione del tutto affine era quella prevista nel Regno delle due Sicilie, ove la l. 21 marzo 1817, all'art. 8, attribuiva agli organi del contenzioso amministrativo la competenza in merito alla «validità di tutti i contratti fatti dall'amministrazione pubblica», alla «legalità delle solennità adoperate negli stessi contratti» e alla «interpretazione e spiegazione de' medesimi», nonché, ai sensi dell'art. 10, la competenza su «tutte le questioni che potranno sorgere tra l'amministrazione pubblica, e gli appaltatori di opere e di lavori pubblici, ne' termini dell'art. 8»[55].

---

[51] Si v. l'ampio e ricco studio di G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 403 ss.

[52] Una soluzione questa che avrebbe sventato, secondo il Rattazzi, la compromissione di «gravi interessi» (cfr. A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, Utet, 1904, pp. 306-307).

[53] Trattandosi di leggi ampiamente ispirate al modello francese basato sul doppio controllo giurisdizionale – al centro il *Conseil d'Etat* e in periferia i *Conseils de Préfecture* (cfr. G. Carlotti, M. Fratini, *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 13) –, anche nel Regno di Sardegna il Consiglio di Stato divenne "giudice supremo del contenzioso" subentrando alla Camera dei conti nel ruolo di giudice di appello delle controversie decise in primo grado dai Consigli di governo.

[54] In merito si v. A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., pp. 308-309; F. Astone, *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011; A. Pajno, *Il riparto della giurisdizione*, in *Diritto amministrativo speciale*, V, *Il processo amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 4193 ss., spec. 4207.

[55] Si v. la pronuncia della Gran Corte civile, 1ª Camera, 11 settembre 1835, n. 1415, contenuta nella raccolta pubblicata da M. Agresti, *Decisioni delle Gran Corti Civili in materia di diritto*, VII, Napoli, Stamperia e Cartiera del Fibreno, 1834-1835, p. 282 ss. In tema anche G. Muscari, *Osservazioni sulle leggi dell'amministrazione civile del Regno delle due Sicilie*, Napoli, Marotta, 1824; più di recente, F. Astone, *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità*, cit., p. 3.

Con la legge abolitiva del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E), però, tutte le controversie in materia di contratti furono attratte al sindacato del giudice ordinario[56]. Una scelta, questa, poi rivelatasi infelice nei suoi esiti, giacché, come anticipato e come da più parti rilevato, «l'azione dei giudici fu molto modesta, lasciando priva di giustiziabilità una sfera piuttosto consistente dei rapporti con la pubblica amministrazione», tra cui e per l'appunto anche quelli inerenti alla sfera contrattuale[57]: vuoi perché le disposizioni della legge di contabilità erano ritenute poste ad esclusivo vantaggio della pubblica amministrazione; vuoi per i limiti intrinseci al diritto civile, data la pretesa incoercibilità della libertà della stazione appaltante[58]; vuoi in definitiva perché le ipotesi che precedono si fondano storicamente (anche) su di una «considerevole timidità»[59] del giudice ordinario nell'adempiere il compito af-

[56] Come osservato in dottrina, infatti, «il legislatore dell'unificazione non ha [avuto] dubbi nell'attribuire al giudice ordinario quei contratti – appalti e forniture – che la legge Rattazzi assegnava ai giudici del contenzioso» (B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 4, p. 483 ss.). Peraltro, come è stato ricordato in dottrina, ancora prima della legge del 1865, il giudice ordinario conosceva già di alcune questioni inerenti ai rapporti con la pubblica amministrazione, fra cui in particolare quelle relative ai contratti diversi dagli appalti e forniture (cfr. R. Cavallo Perin, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge diritto giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, p. 255 ss., spec. 257).

[57] A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 18-19.

[58] Come si è già ricordato, al tempo mancava (perché ampiamente contestata sul piano teorico e pratico) una disciplina della responsabilità precontrattuale per il caso delle interruzioni delle trattative.

[59] V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, Società editrice italiana, 1900, p. 635, il quale sottolineava il fatto che il giudice ordinario mantenesse un atteggiamento «affatto difforme dallo spirito liberale da cui quella riforma era animata». Similmente, si v. F. Merusi, *Dal 1865… e ritorno… al 1864*, cit., p. 682, che afferma che a seguito della legge abolitiva del contenzioso «qualcuno cominciò a pensare di essere caduto in una trappola abilmente tesa da falsi liberali per giustificare un potere dispotico dell'Esecutivo […]». In merito alla deferenza mostrata dal giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione si v. S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia*, cit., p. 85, per il quale il sistema dualistico italiano si fonderebbe in maniera del tutto peculiare «su una interpretazione (erronea) di una legge monistica», perché, se l'approdo giurisprudenziale è stato nel senso di escludere che dinanzi al potere vi sia diritto (e quindi di sottrarre la giurisdizione al giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico), a questo

fidatogli. Insomma, il giudice civile ha scontato la sua stessa pulsione naturale – ovvero l'attitudine ad arretrare il suo giudizio rispetto all'autonomia dei privati – e l'ha persino accentuata, perché, se essa doveva valere per le controversie tra privati, *a fortiori* doveva operare a fronte dell'attività discrezionale svolta dalla pubblica amministrazione nel perseguimento di un pubblico interesse[60].

L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato ha quindi rappresentato una occasione. Nei rapporti precontrattuali con la pubblica amministrazione, infatti, il privato ha normalmente inseguito il sindacato offerto dal giudice amministrativo, perché la neoistituita IV sezione del Consiglio di Stato – che si riteneva titolare del giudizio sugli atti propedeutici e incidenti sul rapporto contrattuale – era capace di assicurare una tutela ben più incisiva di quella "garantita" dalla magistratura ordinaria, consentendo l'annullamento delle esclusioni e delle aggiudicazioni[61].

---

esito la Corte di cassazione è giunta «in applicazione di una legge che dice espressamente il contrario».

[60] Cfr. G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 409-410. L'A. ricorda che persino nell'ipotesi dell'impugnazione degli atti dell'amministrazione che privassero di efficacia il contratto, l'attore in giudizio non ha mai potuto usufruire di una tutela effettiva, perché il sindacato del giudice ordinario si è limitato a quello estrinseco e formale. Come osservato in dottrina, peraltro, non vi fu coordinamento e coerenza tra la disciplina relativa ai lavori pubblici – fondata sulla specialità della disciplina sostanziale rispetto a quella operante fra i privati – e la legge del 1865, perché quest'ultima «accogliendo integralmente il modello monista del giudice unico, tale specialità aveva voluto rimuovere, invece, dall'orizzonte processuale» (S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 8). In merito alla ricordata *deference* (ossequiosa del principio di divisione dei poteri, perché *juger l'administration c'est encore administrer*) mostrata dal giudice ordinario rispetto agli atti adottati dalla pubblica amministrazione, si consideri quanto affermato da G. De Giorgi Cezzi, *Perseo e Medusa*, cit., p. 1052: «il potere pubblico prima di essere provvedimento fu nell'antico regime decisione che per riguardare affari coinvolgenti direttamente o indirettamente gli interessi dell'amministrazione era ritenuta […] incontrollabile dai giudici ordinari per il principio della divisione dei poteri che la proteggeva».

[61] Così G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 412-414. Cfr. A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 66, secondo cui «[a]lla tutela dei privati è ascrivibile la serie di sentenze mediante le quali il Consiglio di Stato si inserì progressivamente negli spazi dell'attività contrattuale che il giudice ordinario aveva lasciato all'esclusiva competenza dell'amministrazione, primo fra tutti il complesso degli atti che precedevano l'approvazione del contratto. Il Consiglio estese perciò il proprio sindacato di legittimità ad

L'attrazione delle controversie alla cognizione del giudice amministrativo non ha quindi inizialmente seguito la logica della preventiva definizione della posizione giuridica vantata (intesa, pertanto, come un *prius* logico), ma ha piuttosto rappresentato una precisa e pragmatica risposta ad una esigenza pratica di tutela[62], rispetto alla quale il riconoscimento di un interesse legittimo è stato per l'appunto un *posterius*[63]; vero è che attraverso l'*escamotage* dell'effettività della tutela si è poi giunti ad una più esatta comprensione della natura delle cose – ossia e più in particolare alla consapevolezza circa la ricorrenza del potere nelle vicende amministrative precontrattuali –, ma di questa peculiare genesi della competenza del giudice amministrativo non può non tenersi conto.

Il nuovo assetto di riparto venutosi a creare si contraddistingueva peraltro per la compresenza di due giudici sulla stessa fase (quella "precontrattuale")[64]: si badi, non già una sovrappo-

---

atti quali il provvedimento di esclusione di concorrenti dall'asta pubblica, il provvedimento di aggiudicazione […], nonché ad altri provvedimenti di autorità tutorie».

[62] Il caso Trezza, portato dapprima all'attenzione della IV Sezione e poi delle Sezioni Unite (Cons. St., sez. IV, 3 agosto 1896, n. 349, in *La Legge*, 1896, II, p. 529 ss. e Cass., sez. un., 24 giugno 1897, in *Foro it.*, 1897, I, p. 1363 ss.), ha emblematicamente raffigurato la contrapposizione non solo sulla investitura a giudicare le controversie relative alla fase precontrattuale di scelta del contraente, ma anche del diverso approccio delle due magistrature rispetto al dato sostanziale. Il giudice amministrativo, che si considerava competente in materia, poneva la regola della caducazione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (così tutelando, nel caso di specie, i ricorrenti, soggetti terzi rispetto alla trattativa privata); il giudice di legittimità, una volta annullata la pronuncia per difetto di giurisdizione, escludeva invece l'invalidità (oggi si direbbe, l'inefficacia) del contratto, sul presupposto dell'intangibilità dell'autonomia del soggetto pubblico, dell'assenza di una norma sulla responsabilità precontrattuale e, in definitiva, si vorrebbe aggiungere, dell'inattitudine a fare applicazione della teoria degli *actes détachables*: «il caso», come si è detto, «è significativo proprio in quanto evidenzia che il diniego della giurisdizione amministrativa lasciava i terzi interessati privi di ogni tutela» (G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 147).

[63] Si consideri quanto sostenuto da M. Nigro, *La riforma del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 17, secondo il quale in determinate ipotesi «non è che il giudice amministrativo tuteli interessi legittimi; è che una situazione è di interesse legittimo perché la tutela il giudice amministrativo».

[64] Cfr. A. Police, *La tutela giurisdizionale*, cit., pp. 757-758, il quale ricorda che sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 80/1998 e della l. n. 205/2000, «le controversie in materia di appalti pubblici […] venivano distribuite tra giudice ordinario e

sizione, bensì una compresenza sì (dis)ordinata in ragione della posizione giuridica soggettiva vantata dal privato[65] ma poi via via (ri)ordinata – nel senso del "monismo" giurisdizionale[66]

giudice amministrativo sulla base del generale criterio di riparto tra le due giurisdizioni fondato sulla natura sostanziale delle situazioni soggettive».

[65] Un confine evidentemente instabile, come dimostrato, ad esempio, dalla giurisprudenza in merito alle vicende delle trattative private, laddove l'affermazione della insussistenza di interessi legittimi – «[r]ispetto all'attività della pubblica amministrazione diretta alla conclusione di un contratto per mezzo di trattativa privata, non essendo prevista normativamente alcuna sequenza procedimentale con emanazione di atti amministrativi in senso proprio, nessun interesse legittimo è configurabile in capo al privato contraente» (Cass., sez. un., 15 aprile 1978, n. 1777) – è stata poi contraddetta da pronunce di segno contrario (cfr. Cass., sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, secondo cui «[c]on riguardo ad appalto di opera pubblica, affidato dall'amministrazione a trattativa privata, la posizione dell'imprenditore, escluso da tale trattativa, ha natura e consistenza non di interesse di mero fatto, insuscettibile di difesa in sede giurisdizionale, ma di interesse legittimo […]. A tale imprenditore, pertanto, deve riconoscersi la facoltà di agire davanti al giudice amministrativo per denunciare l'illegittimità degli atti inerenti alla propria esclusione ed all'affidamento dell'opera ad altri con l'indicato sistema della trattativa privata»).

[66] Un importante spostamento del baricentro a favore del giudice amministrativo avvenne sulla base del disposto del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, ma è bene evidenziare che la normativa ivi recata non era atta ad attribuire a quel giudice per intero la fase di scelta del contraente, ma solo (seppur "sempre") tutte le controversie relative a ricorsi proposti nei confronti degli atti governativi di annullamento degli atti viziati da incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge (art. 6), così da sottrarre al giudice ordinario l'annullamento dei contratti (cfr. Cons. St., sez. V, 24 marzo 1936, *Ditta Bracchi e Alessandri c. Ministero dell'interno e Comune di Udine*, in *Foro it.*, 1936, III, p. 283 ss., spec. 290, secondo cui «l'intervento legislativo nel caso particolare è giustificato dalla necessità e dalla urgenza di regolarlo […] in rapporto ai vincoli contrattuali cui le pubbliche Amministrazioni si possono trovare legate per errata valutazione dei pubblici interessi, oltre che per errore nella applicazione della legge»). Vero è però che sul presupposto che si trattasse comunque di diritti soggettivi, non solo talvolta la giurisprudenza negò qualsiasi efficacia alla disposizione (cfr. Cons. St., sez. V, 14 gennaio 1936, *Ditta Faldrini e Pedrotti c. Ministero dell'interno, Prefetto di Sondrio e Comune di Chiesa*, in *op. ult. cit.*, p. 282 ss., spec. 282, che negò ogni efficacia all'art. 6 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, affermando che l'impugnazione dell'annullamento d'ufficio «di atti relativi ad un contratto comunale (deliberazione, approvazione prefettizia, visto di esecutorietà) già reso esecutivo è di competenza dell'autorità giudiziaria, in quanto si lamenta la lesione di un diritto subiettivo»), ma la dottrina affermò finanche di essere in presenza di una surrettizia ipotesi di giurisdizione esclusiva (C. Vitta, *L'impugnazione dei decreti reali che annullano contratti di enti pubblici*, in *Riv. amm.*, 1936, p. 297 ss., ma la tesi è sconfessata da Cons. St., sez. V, 24 marzo 1936, *Ditta Bracchi e Alessandri c. Ministero dell'interno e Comune di Udine*, cit., se-

– dalla «accresciuta domanda di protezione posta dalle norme europee»[67].

Così, nato ed evolutosi in virtù di fondamentali esigenze di garanzia, quel moto inarrestabile giunge, con la l. 21 luglio 2000, n. 205[68], all'importante "epilogo" della attribuzione alla giurisdizione

---

condo cui la normativa in commento «non istituisce una giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato in eccezione all'art. 2 della legge sul contenzioso amministrativo, come fa l'art. 29 del testo unico 26 giugno 1924, n. 1054» e da U. Forti, *Ancora del cosiddetto annullamento dei contratti e della competenza amministrativa*, in *Foro it.*, 1936, III, p. 284 ss., il quale afferma la sussistenza di una posizione di interesse legittimo in capo ai ricorrenti. La tesi è sostenuta anche da G. Miele, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, p. 67 ss.). La giurisprudenza e la dottrina successiva si conformarono però all'orientamento maggioritario, perché si attestò la tesi secondo cui, nella peculiare ipotesi del ricorso avverso l'annullamento degli atti prodromici al contratto stipulato, la controversia avrebbe riguardato l'uso del potere autoritativo, con conseguente esclusione della sussistenza di posizioni di diritto soggettivo a favore della affermazione dell'interesse al corretto uso del potere da parte dell'amministrazione (cfr. Cass., sez. un., 2 novembre 1951, *Comune di Garzigliana c. Bessone*, in *Foro it.*, 1951, I, p. 1484 ss. In dottrina cfr. C. Lessona, *Competenza in materia di gravami contro i decreti di annullamento ex art. 6 t.u. legge com. e prov.*, in *Foro it.* 1947, I, p. 61 ss., e A.M. Sandulli, *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro it.*, 1949, I, p. 32 ss., spec. 33).

[67] G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 441.

[68] Sul punto si v. A. Pajno, *Il riparto della giurisdizione*, cit., pp. 4291-4294, e F. Caringella, *La giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di appalti pubblici dopo la legge 205/2000*, in *Urb. app.*, 2001, 1, p. 70 ss., spec. 72-74, il quale, peraltro, ha escluso che l'art. 4, comma 1, lett. *b)* e *c)*, l. n. 205/2000, fosse determinante ai fini dell'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla fase esecutiva: l'applicazione del rito abbreviato ivi disposto per i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, di affidamento e di esecuzione degli appalti di gare, forniture e servizi infatti «presuppone, senza fondarla la giurisdizione amministrativa». Si consideri poi che già l'art. 33, comma 2, lett. *d)*, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, elencava in via esemplificativa fra le materie rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche quelle «aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale». Sul punto era però sorto un contrasto, posto che il comma 1 dell'art. 33 riferiva la giurisdizione esclusiva alle «controversie in materia di pubblici servizi», così per alcuni limitando l'applicazione del comma 2 alle sole procedure d'appalto svolte da soggetti preposti alla gestione di un pubblico servizio (così, M. Lipari, *La nuova giurisdizione esclusiva in materia edilizia, urbanistica e dei pubbli-*

esclusiva del giudice amministrativo di «tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale».

Una scelta, questa, che, se per una parte degli interpreti era giustificata da ricorrenti ragioni di tutela (in specie, di concentrazione dei giudizi), per altra dottrina «non era nata per raggruppare entro un certo blocco unitario per "materia" una serie di controversie che potessero anche incidere su diritti soggettivi oltre che su interessi legittimi, bensì per una questione specifica dei contratti pubblici»: quella di risolvere l'irrazionalità di «un sistema che avesse distinto tra due giurisdizioni competenti su soggetti sì diversi – il g.a. per le p.a. e il g.o. per gli organismi di diritto pubblico – ma per l'applicazione delle medesime norme»[69].

Ad ogni modo, formalizzata, per questa via, la spartizione geometrica tra il prima ed il dopo della vicenda contrattuale, le evoluzioni del sistema di riparto che ne sono seguite non hanno disatteso le logiche ordinanti sinora osservate.

Il caso del riparto di giurisdizione in merito alla sorte del contratto risulta, da questo punto di vista, alquanto esemplificativo, specialmente se si considera quanto avvenuto tra il 2007 e il 2010.

Nel 2007, le Sezioni unite della Corte di cassazione, disattendendo la tesi patrocinata dal giudice amministrativo, ribadirono che la giurisdizione sulla sorte del contratto spettava al giudice ordinario[70]. In conformità ad un precedente di qualche anno pri-

---

ci appalti, in *Urb. app.*, 1998, 6, p. 592 ss., spec. 598). Per l'opposta tesi cfr. L.V. Moscarini, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 4, p. 803 ss., spec. 816 e R. Villata, *Prime considerazioni sull'art. 33 del d.lg. n. 80/1998*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1, p. 281 ss., spec. 291-292.

[69] F. Cintioli, *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in *federalismi.it*, 2021, 7, p. 80 ss., spec. 88-89.

[70] Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169.

ma[71], le ragioni delle Sezioni unite si appuntarono sulla consistenza delle posizioni giuridiche coinvolte nella fattispecie, queste ultime corrispondendo a «diritti soggettivi pieni».

Interessante è peraltro notare l'affermazione, resa *ad abundantiam* dalla Corte e poi contraddetta dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa, secondo cui la soluzione ivi accolta sarebbe stata resa in conformità all'art. 103 Cost., giacché nella materia dei contratti di appalto il criterio di riparto non solo sarebbe insensibile al tipo e alla natura (civilistica o amministrativistica) del tipo di invalidità affliggente il contratto, ma non dipenderebbe neppure dal grado e dai «profili di connessione tra dette disfunzioni ed il sistema delle invalidità-inefficacia del contratto».

Si tratta di una affermazione fondamentale perché nel 2010 l'inflessibile regola del riparto – fondata «unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103, comma 1, Cost. tra il piano del diritto pubblico (e del procedimento amministrativo) ed il piano negoziale, interamente retto dal diritto privato»[72] – venne poi sovvertita da una celebre ordinanza della stessa Corte di cassazione[73].

Ciò che merita di essere evidenziato è che la pronuncia fondò il proprio *revirement* a favore del giudice unico sulla sorte del contratto muovendo dai (e ragionando pressoché esclusivamente sui) principi di effettività della tutela, di concentrazione dei giudizi e di ragionevole durata[74]: principi sì imposti dalla direttiva 2007/66/Ce, ma rispetto ai quali quest'ultima non piegava necessariamente ad unità il dualismo giurisdizionale[75].

Se è pur vero, come è stato talvolta sostenuto, che le Sezioni

---

[71] Cass., sez. un., 21 settembre 2006, n. 20504.

[72] Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169.

[73] Cass., sez. un., ord., 12 gennaio 2010, n. 2906, in *Urb. app.*, 2010, 4, pp. 421-427, con commenti di C. Lamberti, *Il punto di vista amministrativistico*, ivi, p. 427 ss. e di R. Calvo, *Il punto di vista civilistico*, ivi, p. 435 ss.

[74] Cfr. F. Cardarelli, *Commento a Cass. SS.UU. ord. 2906 del 12.01.2010*, in *federalismi.it*, 2009, 3, p. 1 ss., spec. 10, e G. D'Angelo, *Direttiva n. 2007/66/ce e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Corr. giur.*, 2010, 6, p. 747 ss., spec. 752-753.

[75] D'altronde lo stesso art. 2, dir. 2007/66/Ce, stabilisce che i poteri di privazione degli effetti e di irrogazione delle sanzioni alternative «possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso».

unite avrebbero soltanto adeguato la loro interpretazione al combinato disposto tra le prescrizioni delle sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 della Corte costituzionale ed il nesso di conseguenzialità individuato dalla direttiva 2007/66/Ce[76], pare altrettanto innegabile il ritardo con cui l'ordinamento si è avveduto dell'indubitabile intreccio tra le posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo[77]. E, allora, quella scelta tardiva – in seguito positivizzata dal legislatore nazionale, dapprima nell'art. 244, d.lgs. n. 163/2006[78], e poi nell'art. 133, comma 1, lett. *e)*, d.lgs. n. 104/2010 – può ragionevolmente ritenersi fondata su postulati del tutto differenti da quelli prescritti dall'art. 103 Cost.: l'esito può apparire forte, ma sinceramente ciò che emerge dalla vicenda è che l'interconnessione delle posizioni giuridiche soggettive non è stata un *prius*, ma un *posterius* di un'argomentazione svolta sulla base di principi (effettività della tutela, concentrazione dei giudizi, celerità delle procedure[79]) che

---

Si v. le considerazioni svolte da F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione*, cit., *passim*.

[76] In tal senso F. Forte, *I nuovi confini della giurisdizione sui contratti*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero – 23-25 Settembre 2010*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 191 ss., spec. 222-227.

[77] Cfr. V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, cit., p. 1341, ove gli Aa. affermano che la questione della sorte del contratto si colloca in un ambito nel quale «l'incontro tra manifestazione di potere pubblico (l'aggiudicazione) e situazioni di diritto soggettivo (derivanti dal vincolo negoziale) farebbero ragionevolmente ipotizzare, invero, l'esistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva». Nello stesso senso, cfr. M. Lipari, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *federalismi.it*, 2008, 9, p. 1 ss., spec. 20-21, secondo il quale l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla sorte del contratto «è perfettamente in linea con i criteri fissati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004, perché la cognizione sui diritti soggettivi derivanti dal contratto si collega strettamente alla verifica del corretto esercizio del potere pubblicistico della stazione appaltante, nella sequenza che conduce all'affidamento del contratto». L'affermazione è ripresa anche da F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione*, cit., pp. 6-7, il quale si chiede in modo «evidentemente retorico»: «se la giurisdizione esclusiva non fosse consentita in simili ipotesi, in quali altre sarebbe lecito prevederla?».

[78] Modifica apportata dall'art. 7, d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53.

[79] F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione*, cit., ricorda che «è di tutta evidenza, infatti, che i tempi necessari per lo svolgimento di due distinti

da presupposti pratici della giurisdizione esclusiva ne sono divenuti presupposti teorici[80].

3.2. *Riparto di giurisdizione ed effettività della tutela: una progressione (apparentemente) interrotta. L'estensione della giurisdizione esclusiva alla luce del principio del giusto processo*

A fronte delle considerazioni sin qui svolte è però possibile individuare una sorta di "progressione interrotta" nelle logiche del riparto in materia di appalti pubblici: pur a fronte di pressanti esigenze di riordino e di semplificazione, le descritte logiche ordinanti non hanno infatti permeato le controversie attinenti alla fase esecutiva. Ed anzi, se si vuole, si è assistito ad un moto per certi versi contrario (ispirato da rigidi formalismi e produttivo di defatiganti frammentazioni), tenuto conto che, come si è ricordato, dal 2018 la linea di demarcazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sin lì estesa fino alla stipula del contratto, è arretrata al momento dell'aggiudicazione definitiva (*supra* par. 2).

La ragione che spiega questa "geometrica" interruzione delle logiche efficientistiche è peraltro facilmente comprensibile.

Se si prescinde dalla impostazione qui offerta (*supra* capp. III e IV) e se si tralascia la concreta incertezza applicativa sperimenta-

---

processi, complessivamente articolati in cinque gradi di giudizio, fanno sì che la pronuncia che finalmente accerterà con efficacia di giudicato la sorte del contratto arrivi quasi sempre quando il contratto stesso è già stato interamente eseguito».

[80] In questo senso vanno le affermazioni rese da P. DE LISE, *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2008, quando, in vista del recepimento della dir. 2007/66/Ce, suggeriva l'attribuzione della sorte del contratto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fondando il ragionamento sulle istanze poste dal principio di effettività della tutela: «se il giudice che annulla deve anche poter valutare, ai fini dell'ottemperanza, se il contratto stipulato sia nondimeno inefficace *per tabulas* nei tre casi di violazioni *gravi*, se deve effettuare una valutazione di interesse pubblico generale in proposito, mescolando pronuncia di annullamento ed accertamento sulla efficacia del contratto, se deve tener conto dell'eccezionale possibilità della pubblica amministrazione di riaffidare l'appalto al medesimo contraente in via di urgenza; se tutto questo è voluto dal legislatore comunitario, sembra improbabile, sul piano pragmatico e del buon senso prima ancora che sul piano della ragionevole durata e del bisogno di concentrazione processuale *ex* artt. 111, 113 e 24 Cost., che queste valutazioni possano essere scisse tra giudice amministrativo e giudice ordinario».

ta nella pratica delle Corti (*supra* parr. 2. e 2.1.), insomma se si sta alla teoria più accreditata (ma non univocamente sperimentata), la giurisdizione del giudice ordinario nel post-aggiudicazione discende in modo assiomatico dalla generalizzata sussistenza di posizioni di diritto soggettivo (art. 103 Cost.).

Il che, peraltro ed al contempo, motiva la presunta impraticabilità dell'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla fase esecutiva. Ed infatti, secondo l'orientamento sancito nelle sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 della Consulta, la giurisdizione esclusiva presuppone un nodo gordiano tra interessi legittimi e diritti soggettivi[81] e, quindi, richiede che la materia partecipi

[81] Si consideri che per A. Pajno, *La giurisdizione*, cit., p. 71, «spesso non [è] difficile distinguere le diverse situazioni soggettive nelle materie di giurisdizione esclusiva». Ed infatti, la suesposta *ratio* (condivisa, ad esempio, da R. Meregazzi, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in G. Miele (a cura di), *La giustizia amministrativa*, *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza, 1968, p. 199 ss., spec. 210) non è sempre stata approvata in dottrina. A tal riguardo, si v. M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 229 ss., spec. 269, laddove, una volta ammesso che solo in alcuni casi (ossia di quelli previsti dall'art. 29, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054) l'istituzione della giurisdizione esclusiva ha risposto «alla necessità di superare – in alcune materie dove il criterio si presenta di più difficile applicazione – il problema della distinzione tra diritti ed interessi» (si ricorda, infatti, che in alcuni casi di giurisdizione esclusiva si fa solo questione di diritti soggettivi e in altri di soli interessi legittimi), si afferma poi che «[l]a verità è che la giurisdizione esclusiva supera il criterio di riparto delle giurisdizioni fondato sulla distinzione tra diritti ed interessi – esplicitamente denunciandone la inadeguatezza funzionale – e tenta di assicurare l'unicità della giurisdizione per materie che male si prestano ad essere ripartite tra due diversi giudici. Lo strumento del quale il legislatore si è servito è […] quello di radicare la competenza del magistrato amministrativo in base alla considerazione del carattere pubblico del rapporto: l'intento è stato quello di garantire, nelle materie indicate, la più efficace e la più piena tutela delle posizioni degli amministrati». Ma cfr. anche G. Roehrssen, *La giurisdizione esclusiva*, in *Imp. amb. e p.a.*, 1978, 1, p. 119 ss., spec. 135, secondo il quale i diritti soggettivi nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva si inseriscono entro un rapporto «particolare», caratterizzato dalla considerazione dell'interesse pubblico e che, quindi, può essere percepito al meglio dal giudice «più specializzato». Per una ampia e critica sintesi delle divergenti posizioni dottrinali si v. A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, Cedam, 2000, p. 122 ss.; sul pensiero di Franco Ledda in merito alla giurisdizione esclusiva – il quale ha peraltro

di quella «medesima natura» che caratterizza le controversie devolute alla giurisdizione di legittimità e che «è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce quale autorità»[82]: in breve, si richiede che rispetto alla vicenda «sia rilevante l'espressione di un potere dell'amministrazione»[83], ossia e per l'appunto l'espressione di ciò che, per orientamento consolidato, di regola non sussiste nella fase esecutiva dell'appalto pubblico.

Ora, non v'è dubbio che, accedendo alla qui riferita ricostruzione dell'attività del committente pubblico quale potere amministrativo ad effetti negoziali, l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla fase esecutiva potrebbe trovare solidi appigli proprio nelle surriferite sentenze della Consulta.

Eppure, al di fuori delle soluzioni qui approvate, il sistema è percorso da perduranti incertezze qualificatorie: e di ciò, come si è detto, una analisi non autoreferenziale deve farsi necessariamente carico; se non altro perché, in concreto, la soluzione al problema del riparto non pare poter essere tratta dalla (per altri versi) presupposta distinzione tra "autorità" e "parità", che anzi da presupposto fisiologico diviene presupposto patologico del(l'incertezza del) riparto medesimo.

Orbene, si riparta allora da qui.

---

nutrito seri dubbi sulla correttezza della tesi relativa all'indistricabile intreccio di posizioni giuridiche soggettive (cfr. F. Ledda, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giurisdizione del Consiglio di Stato, Atti del V Seminario della Sezione Umbra del C.I.S.A. Perugia 1970*, Firenze, Noccioli, 1972, p. 17 ss. ora in Id., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, p. 131 ss.) – si v. A. Police, *Il contributo di Franco Ledda alla evoluzione della giurisdizione esclusiva del g.a.*, in L. Giani, A. Police (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 255 ss.

[82] Sul punto si v. l'incisiva critica di A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena*, cit., p. 977: «[s]e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è ammissibile soltanto nelle controversie in relazione alle quali la pubblica Amministrazione agisce come autorità […] le situazioni giuridiche soggettive coinvolte dalle relative controversie sarebbero esclusivamente situazioni di interesse legittimo e non anche di diritto soggettivo. Ne segue che non vi sarebbe alcuna necessità di devolvere la controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo». La tesi è stata criticata da A. Romano Tassone, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, cit., p. 111.

[83] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 189.

Stando al dettato legislativo, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo attiene alla fase di affidamento, alla dichiarazione di inefficacia del contratto e ad alcune vicende della fase esecutiva. Si tratta di un dato normativo oramai acquisito, ma che ciononostante presenta alcune criticità a margine.

Ed infatti, poco o nulla importa che per fattispecie corrispondenti a quelle previste dall'art. 133, comma 1, lett. *e)*, n. 2, d.lgs. n. 104/2010, il legislatore non abbia disposto la giurisdizione esclusiva: il principio di tassatività dell'art. 103 Cost. pone al più un problema *de iure condendo*, non già certo *de iure condito*. Così come poco o nulla importa che della giurisdizione esclusiva non si dubiti pur laddove, come avviene nella fase di gara, sussistendo momenti di attività vincolata (al più veicolati da valutazioni tecniche), la ricostruzione dello schema "norma-fatto" imporrebbe di escludere, in un consistente ventaglio di ipotesi, la connessione con il potere[84]: la sicura (perché mai contraddetta) copertura legale dell'art. 133, comma 1, lett. *e)*, n. 1, d.lgs. n. 104/2010, è evidentemente sufficiente ad ovviare al problema finanche nella prospettiva del *de iure condito*[85].

---

[84] Cfr. E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 267 ss., e A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1, p. 3 ss. Spunti di riflessione in tal senso possono essere tratti da quanto affermato da G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 163, nt. 28. Poiché le considerazioni erano state formulate prima che la Consulta richiedesse il coinvolgimento del potere nelle vertenze devolute alla giurisdizione esclusiva, l'A. aveva potuto affermare che in una fase, quale quella di gara, tendenzialmente percorsa da attività vincolate, «l'affermazione della giurisdizione esclusiva» avrebbe reso del tutto «superflua la sovrapposizione degli schemi pubblicistici»: ebbene, oggi una siffatta conclusione non potrebbe più essere accettata, giacché lo schema pubblicistico (per quanti non ne riconoscessero la fondatezza teorica) è quantomeno necessario per giustificare l'attribuzione dell'intera fase alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

[85] D'altronde, in una prospettiva più ampia, si è rilevato che le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «sono divenute a tal punto numerose da farla sembrare (di nuovo) la più importante tra le forme di giurisdizione rimesse al giudice amministrativo» (A. Police, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XLII, Padova, Cedam, 2014, p. 135 ss., spec. 179). Sul punto cfr. anche A. Travi, *Giudizio civile e giudizio amministrativo: le ragioni e le espressioni della diversità*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'amministrazione pub-*

Lungi dal rappresentare una postilla a margine, l'aspetto da ultimo evocato assume peraltro una certa rilevanza nell'economia del ragionamento.

Si può ben credere – ed è questa l'impostazione qui condivisa – che vi sia unitarietà nella distinzione tra il potere "determinante" (dell'assetto degli interessi) e quello "costitutivo" (degli effetti voluti dalla legge), e che quindi anche nei casi di attività vincolata ricorra pur sempre l'esercizio di un potere autoritativo[86]. Eppure, ed è que-

---

blica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme. Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 67 ss., spec. 69.

[86] Così F.G. Scoca, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, cit., p. 436 ss.; Id., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 255 ss., spec. 286 ss. Si v. anche B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., p. 436 ss. Per E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 3, p. 503 ss., spec. 522., «opinare in senso diverso significa confondere il piano dell'autoritatività del potere, che dipende da una scelta dell'ordinamento generale, con quello delle modalità di esercizio di tale potere […]». Sul punto cfr. anche S. Perongini, *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico*, II, *Il provvedimento amministrativo «ora per allora»*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 181 ss., il quale esclude che possano essere estromessi dal concetto di funzione tanto i casi in cui l'attività discrezionale sia gradatamente esercitata (sì da condizionare la scelta finale) quanto i casi di attività vincolata in astratto. In relazione all'attività vincolata in astratto, si consideri che per l'A. «l'attività vincolata presenta caratteristiche fortemente omogenee, sotto certi aspetti, con quelle proprie dell'attività discrezionale, appartenendo entrambe al novero delle attività amministrative ed essendo ambedue sottoposte a una disciplina normativa, volta a conferire rilevanza giuridica ai momenti attraverso i quali l'attività amministrativa è tenuta a passare. Anzi nell'attività vincolata vi è una presenza di una disciplina normativa più intensa, che investe, spesso, non solo competenza, forme e procedimento degli atti prodromici al provvedimento e di quest'ultimo, ma anche il loro contenuto. In altre parole nell'attività vincolata la caratteristica di fondo della funzione amministrativa, rappresentata dalla funzionalizzazione, è presente con modalità più intense» (p. 185). Per una analisi critica delle tesi dottrinali cfr. G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003, p. 120 ss., secondo la quale «la nozione di potere che nella teoria in esame si qualifica in relazione al carattere costitutivo dell'atto (anche vincolato) dell'amministrazione e quindi agli effetti, finisce anche per riguardare i fatti, cioè i presupposti dell'azione. In questo modo si incorre in un'evidente aporia: riguardo ai presupposti, non sembra abbia senso invocare il potere costitutivo che riguarda solo il "venire in essere dell'effetto", ma occorrerebbe dimostrare che, rispetto ai fatti, la p.a. disponga anche del (diverso) potere determinante che a

sto il dato qui rilevante, è proprio muovendo da un opposto orientamento – ossia quello che rinviene diritti soggettivi a fronte dell'attività vincolata – che la Corte costituzionale[87] ha attribuito una materia, qual è quella delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob, alla giurisdizione del giudice ordinario.

Di qui una inevitabile *impasse*: o è sempre vero che nei casi di attività vincolata non c'è potere, e allora la generalizzazione della giurisdizione esclusiva sulla fase di gara pare a tratti difficilmente giustificabile; oppure, il potere è configurabile, e allora l'arresto giurisprudenziale da ultimo ricordato riflette una logica nuova, che prescinde da schemi di riparto oramai considerati troppo rigidi.

Come si è cercato di dimostrare in altra sede[88], è quest'ultima la prospettiva preferibile: la riflessione dottrinale[89], in uno alla lettura in combinato disposto tra l'art. 133, comma 1, lett. *l)*, d.lgs. n. 104/2010[90], e l'arresto della Consulta del 6 febbraio 2019, n. 13[91], consentono di giungere infatti alla affermazione secondo cui la cognizione del giudice ordinario sulle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob rappresenterebbe un caso di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, di per sé non escluso dall'art. 113, comma 3, Cost.[92].

---

differenza del primo, riguarda solo il contenuto dell'atto, cioè la capacità dell'amministrazione di incidere "sull'entità dell'effetto"» (pp. 122-123).

[87] C. cost., 27 giugno 2012, n. 16229 e Id., 15 aprile 2014, n. 94

[88] Sia consentito il rinvio a E. Guarnieri, *Un riparto di giurisdizione per le sanzioni di Banca d'Italia e di Consob?*, in *Banca impr. soc.*, 2019, 3, p. 559 ss.

[89] Cfr. S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche: uno studio critico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 400 ss.

[90] Che ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle sanzioni irrogate dall'Agcm.

[91] Che ha sancito il carattere discrezionale dell'attività sanzionatoria dell'Agcm, per molti versi assimilabile a quella esercitata dalla Banca d'Italia e dalla Consob.

[92] Sul punto si v. G. Berti, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, cit., p. 1863; Id., *Artt. 113 e 103, 1° e 2° comma, Cost.*, in *La magistratura*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, IV, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1987, p. 85 ss., spec. 87; G. Roehrssen, *La Corte costituzionale e il diritto amministrativo*, in *Dir. soc.*, 1985, 1, p. 5 ss., spec. 38; V. Domenichelli, *Il significato della giurisdizione esclusiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 1, p. 178 ss., spec. 194; U. Allegretti, *Giustizia amministrativa e principi costituzionali*, in *Amministrare*, 2001, 2, p. 191 ss., spec. 193; F. Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, To-

Ora, se non è qui opportuno indugiare oltre sulle ragioni teoriche che militano a favore della configurabilità di una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario sugli interessi legittimi, è per altro verso necessario comprendere come detta configurabilità assuma rilevanza per il tema qui trattato.

In breve, il caso della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario pone all'evidenza due problemi. Anzitutto, un problema di raccordo tra due disposizioni: l'una (quella recata dall'art. 103 Cost.) depotenziata dalla dichiarata incostituzionalità dell'attribuzione delle controversie per blocchi di materie; l'altra (quella prevista dall'art. 113, comma 3, Cost.) che non conosce nel dettato costituzionale il riferimento al limite delle «particolari materie» e che nei suoi sviluppi si è perciò potuta sviluppare, come esattamente osservato in dottrina, proprio «sul criterio di riparto dei "blocchi di materie"»[93]. In secondo luogo, e in via del tutto consequenziale, emerge un problema interpretativo, riferibile alla discrezionalità del legislatore, giacché dinanzi alla unità funzionale che informa il sistema domestico di giustizia[94] e a fronte della inverata giurisdizione piena del giudice amministrativo[95], appare del tutto incoerente un modello di riparto in cui, date quelle premesse, è solo una delle due giurisdizioni esclusive (*i.e.* quella del giudice ordinario) a poter vedere ampliato *ad libitum* il proprio ambito di attribuzione.

---

rino, Giappichelli, 2002, p. 37; A. Proto Pisani, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 186 ss.; I. Zingales, *Pubblica Amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 87 ss., spec. 95.

[93] In tal senso cfr. M. Calcagnile, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, p. 187 ss., spec. 224-225, il quale valorizza «la presenza di norme costituzionali (artt. 24 e 113, commi 1 e 3 Cost.) che ammettono la possibilità di introdurre nell'ordinamento legislativo ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario basate sul criterio di riparto dei "blocchi di materie". In altre parole, il legislatore, in forza delle sopra indicate disposizioni costituzionali, può legittimamente attribuire al giudice ordinario anche la tutela di interessi legittimi e, conseguentemente, il potere di annullare i provvedimenti amministrativi».

[94] Cfr. C. cost., n. 204/2004.

[95] Su cui è imprescindibile il rinvio a A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, cit., *passim*, e Id., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001.

In realtà, o almeno questa sembra l'impostazione preferibile, l'irragionevolezza del sistema è soltanto apparente. Dal caso della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario può infatti essere ricavato un elemento, per così dire, positivo, ossia sintomatico dell'assunzione di una nuova metrica delle regole del riparto: per dirla con Augusto Barbera, si fa ritorno a quel modello di riparto caratterizzato dalla suddivisione delle «competenze delle due giurisdizioni sulla base di vocazioni […] così utilizzando al meglio [quelle] due [medesime] giurisdizioni»[96].

È quindi in questo rinnovato assetto teorico che può essere inscritta la nuova stagione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Una stagione in cui l'attribuzione delle materie, svin-

[96] A. Barbera, *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 4, p. 715 ss., spec. 729. Si farebbe quindi ritorno al sistema di riparto lucidamente descritto da V. Domenichelli, *Il significato della giurisdizione esclusiva*, cit., p. 194: «[l]a Costituzione, invero, non esclude la tutela dei diritti da parte del giudice amministrativo (art. 103), ma neppure la tutela degli interessi legittimi da parte del giudice ordinario […]; cosicché il sistema delle protezioni giurisdizionali nei confronti della pubblica amministrazione compatibile con il dettato costituzionale potrebbe essere anche radicalmente diverso da quello che è andato costruendosi sulla base delle leggi sulla giustizia amministrativa. Potendo il legislatore ordinario attrarre sempre più controversie nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, come pure, di converso, accentuare radicalmente il sistema dualistico oggi esistente, sottraendo, se si vuole, situazioni di interesse legittimo al giudice amministrativo per attrarle nell'orbita del giudice ordinario». Per una incisiva critica al sistema di riparto fondato sul criterio della diversità delle materie cfr. S. Perongini, *La giurisdizione*, in G.P. Cirillo, S. Perongini (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 43 ss.: premesso che il trasferimento di blocchi di materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, avvenuto a cavallo degli anni Duemila, è salutato come «un fenomeno non rispondente ad una logica razionale» (p. 53), in quanto disgiunto da una trasformazione del diritto sostanziale (ciò che invece sarebbe avvenuto, ad esempio, con la privatizzazione del pubblico impiego), e considerati i dubbi di incostituzionalità sollevati in merito all'art. 133, d.lgs. n. 104/2010 (questo avendo introdotto «accanto al criterio fondato sulla diversità delle situazioni soggettive, quello basato sulla diversità di materie»), l'A. avverte l'erroneità dell'interpretazione che scorge in quest'ultimo criterio un modello «estremamente chiaro, di facile applicazione» (p. 55), tenuto anche conto delle implicazioni sulla ricorribilità in Cassazione per violazione di legge (v. *infra* par. 4), oltreché dell'alterazione dell'«assetto sistematico» su cui si regge e si articola il processo amministrativo (p. 56).

colata dai limiti individuati dalla Consulta nel biennio 2004-2006[97], rifletterà l'esito di una scelta orientata da un vincolo in bianco che – prendendo a prestito una formula altrove impiegata per delimitare le possibilità aperte dall'art. 113 Cost. – dovrà pur sempre essere compenetrato da «un disegno di ragione»[98]; un disegno, quello, a cui non potrà poi certo sfuggire la bontà delle ragioni di quanti scorgono, nell'unificazione delle controversie in capo ad un unico giudice, l'esigenza di garantire l'efficienza della funzione giurisdizionale, tenuto conto che non è efficiente un sistema, come quello degli appalti, ove, per dirla col Guicciardi, per «ogni controversia occorrono due giudizi, uno per stabilire chi deve giudicare e l'altro, finalmente, per decidere il merito»[99].

Si fa così ritorno al tema qui centrale, ossia a quel disegno di ragione che – per far fronte, *inter alia*, agli inconvenienti di un riparto frammentato ed in continuo assestamento – ha proposto l'attribuzione dell'intera vicenda contrattuale alla sola cognizione del giudice amministrativo (*supra* par. 2.2.). Ma, ciò che più conta, è che si fa così ritorno all'importanza storicamente assunta dall'effettività della tutela nella progressiva revisione del riparto di giurisdizione in materia di appalti: ed infatti, se è vero che il riparto è anche fattore di efficienza della funzione giurisdizionale, e se è vero che «l'efficienza (della macchina) è *condicio sine qua non* […] dell'effettività della tutela»[100], allora il riparto o, meglio, un efficace e certo riparto rap-

---

[97] D'altronde, come osservato da attenta dottrina, già la Consulta con la sentenza del 5 febbraio 2010, n. 35, avrebbe superato i propri precedenti, riconoscendo la possibilità per il legislatore di attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche materie nelle quali sussistono solo diritti soggettivi (o, ma vale a dire la stessa cosa, ove non si fa esercizio del potere amministrativo). Secondo F.G. Scoca, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, 1, p. 439 ss., spec. 442, infatti, in quella sentenza «il richiamo ai poteri autoritativi non è altro che una "foglia di fico" […] per coprire (o stemperare) il valore fortemente innovativo, rispetto all'indirizzo precedente (e molto recente), del nuovo orientamento della Corte costituzionale. Nelle materie nelle quali sussistono solo diritti soggettivi non rimane alcuno spazio per poteri autoritativi». Nello stesso senso, F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., pp. 148-149.

[98] R. Cavallo Perin, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione*, cit., p. 527.

[99] E. Guicciardi, *«Causa petendi» e «petitum»: verso la soluzione di una crisi?*, in *Giur. it.*, 1949, 3, p. 145.

[100] M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, p. 1 ss., spec. 4, ma si v. anche 51 ss. Allo stesso modo, si v. I. Pa-

presenta esso stesso un fattore di garanzia per l'effettività della tutela accordata al singolo[101].

Ebbene, avvalorando la percezione di senso che il caso della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario ha abilitato ad assumere e ripristinando quella "progressione interrotta" di cui si avvertiva in premessa al presente paragrafo, vi è da osservare che è attorno al principio del giusto processo (ciò che per l'appunto presidia l'efficienza "della macchina" e l'effettività della tutela[102]) che la migliore dottrina ha posto le basi per una convincente revisione delle regole del riparto di giurisdizione[103].

Per comprendere la condivisibile interpretazione promossa da Fabio Merusi, patrocinatore di una rilettura a Costituzione invariata dell'art. 103 Cost. che prende per l'appunto le mosse dal principio del giusto processo declinato come concentrazione in una unica sede dei processi connessi, è anzitutto necessario indugiare su di un dato di diritto positivo: la concentrazione dei processi, infatti, non è uno dei corollari positivizzati del principio sancito dal comma primo dell'art. 111 Cost.

Come è possibile, pertanto, stabilire una sussunzione della concentrazione delle controversie nel più ampio principio del giusto processo e quindi fare derivare da questo collegamento una revisione dell'attuale riparto di giurisdizione?

Prima della riforma recata dall'art. 1, l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, l'art. 111 Cost. prevedeva solo tre commi, relativi *i)* alla necessaria motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, *ii)* all'assoggettamento delle sentenze pronunciate «dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali» al ricorso in Cassazione per violazione di legge,

---

gni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, p. 401 ss., spec. 406.

[101] Più in generale, sul rapporto di genere a specie che intercorre tra il principio di effettività della tutela giurisdizionale e quello della tempestività della tutela cfr., anche per i rinvii bibliografici lì operati, S. Perongini, *La formula «ora per allora»*, cit., p. 237 ss.

[102] Per M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., p. 9, infatti, «il principio del giusto processo […] presidia allo stesso tempo un interesse oggettivo dell'ordinamento e una pluralità di diritti soggettivi delle parti del processo».

[103] Cfr. F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., p. 113 ss.

iii) alla limitazione della ricorribilità in Cassazione delle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ai soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Se nulla era disposto in relazione al giusto processo, ciò però non ha significato che quel principio fosse del tutto assente nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale anteriforma. Se non altro perché, a tacere della giurisprudenza costituzionale[104], in dottrina è stato ricordato come la spiegazione del Calamandrei relativa al fine del processo, inteso come «il più alto che possa esservi nella vita: e si chiama giustizia»[105], sottintendesse già oltre allo scopo anche il mezzo (*i.e.* la struttura) per giungervi: «il procedimento deve essere strutturato per questa sua giustificazione, deve essere un "giusto processo"»[106].

Con la riforma del 1999, l'art. 111 Cost. si arricchisce di ulteriori cinque commi che si aggiungono a quelli già ricordati. Solo i primi due commi sono però qui rilevanti, perché essi attengono ad ogni processo (civile, penale, amministrativo, ecc.), mentre i commi terzo, quarto e quinto si riferiscono esclusivamente al processo penale.

Ebbene, il contraddittorio tra le parti, lo svolgimento del processo in condizione di parità, la terzietà del giudice, l'imparzialità di quest'ultimo e la ragionevole durata sono solo esemplificative specificazioni del principio sancito dal primo comma dell'art. 111 Cost.? Solo rispondendo affermativamente a questo interrogativo si potrà comprendere e aderire alla tesi enunciata poc'anzi.

A tal riguardo, è sufficiente osservare che l'analisi dottrinale ha saputo dimostrare che nel dibattito svoltosi alla Camera era emer-

---

[104] Già prima della riforma del 1999, il principio del "giusto processo" è stato richiamato da C. cost., 12 dicembre 1984, n. 282; Id., 13 febbraio 1985, n. 41; Id., 27 giugno 1986, n. 156; Id., 18 febbraio 1988, n. 189; Id., 29 aprile 1993, n. 201. Sul rapporto fra giusto processo (amministrativo) e Corte costituzionale si v. l'ampio scritto di M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, in G. della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 505 ss.

[105] P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 1, p. 273 ss., spec. 282.

[106] N. Trocker, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 949 ss., spec. 968.

sa chiaramente la consapevolezza che la riforma non avrebbe introdotto ogni specificazione del giusto processo, ma solo i principi la cui approvazione era considerata essere la più incombente e condivisa; ampia era infatti la percezione attorno alla definizione di «una sorta di modello essenziale di giusto processo da ampliare attraverso ulteriori interventi riformatori o attraverso gli strumenti dell'interpretazione»[107].

Ora, se è chiaro che quel principio presenta una natura a «tessitura aperta»[108] – la cui estensione può essere determinata «pur sempre rigorosamente nell'ambito di quanto si può ricavare dal sistema del diritto costituzionale positivo»[109] –, ben si comprende la ragione che giustifica la sussunzione della concentrazione dei processi connessi nel principio del giusto processo: la concentrazione dei processi connessi rappresenta, per così dire, un corollario di "secondo grado", derivante dai corollari (primari) della tempestività e dell'effettività della tutela[110].

Così giustificata la lettura costituzionalmente orientata del principio del giusto processo, si tratta ora di specificare come da questa sia fatta derivare la revisione della regola del riparto e più in particolare l'ampliamento delle attribuzioni della giurisdizione esclusiva.

Nell'attribuzione delle controversie relative all'obbligazione nascente dall'esercizio del potere, la dottrina sopra citata rileva un problema tipico dei sistemi dualistici. Il sistema di riparto italiano avrebbe

---

[107] M. Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 595 ss., spec. 605, il quale, attraverso una analisi degli interventi parlamentari, elenca le lacune evidenziate alla Camera rispetto al testo approvato in Senato (p. 604 ss.). Cfr. anche F. Perchinunno, *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, Bari, Cacucci, 2005.

[108] M. Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, cit., p. 606. Nello stesso senso, di recente, si v. M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 54.

[109] Così, ancora, M. Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, cit., p. 607.

[110] Cfr. F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., p. 128. Qualche indicazione utile può trarsi anche da quanto affermato da A. Barbera, *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Parlamento e Corte costituzionale*, cit., p. 724, secondo il quale «un "giusto processo" postula non solo la piena attuazione del principio del contraddittorio ma anche un giudice fornito di adeguati strumenti di tutela, in grado di decidere con pienezza di potere in ordine alle aspettative di giustizia del ricorrente, cui non può essere opposta la defatigante ricerca di sedi parziali, per il diritto o per gli interessi legittimi, per l'annullamento o per il risarcimento».

recepito un assetto del tutto differente da quello francese, perché, come noto, il giudice amministrativo (in sede di giurisdizione esclusiva) può conoscere, ai sensi dell'art. 103 Cost., sia del presupposto (il potere) che dell'effetto (l'obbligazione) solo in "particolari materie" e solo sulla base di singole e precise deroghe previste positivamente dal legislatore.

Ebbene, per quella dottrina, se il principio del giusto processo impone la concentrazione dei rapporti connessi in un'unica sede e se un tale vincolo di presupposizione/collegamento può essere mediatamente o immediatamente identificato fra potere e obbligazione, allora l'attribuzione ad un unico giudice delle relative controversie non dovrebbe necessitare di una puntuale previsione legislativa, ma dovrebbe operare "automaticamente" a favore del giudice amministrativo, questo essendo il giudice specializzato del fatto presupposto: in questi casi, di deroga al normale riparto non potrebbe neppure parlarsi.

Di qui, il passaggio fondamentale. Poiché si tratta di una interpretazione a costituzione invariata, è comunque necessario garantire un significato alla previsione delle «particolari materie indicate dalla legge»; e, non potendosi più trattare delle controversie relative all'interconnessione fra interessi legittimi e diritti soggettivi, la previsione legale *case by case* di ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo deve ricadere su di un diverso oggetto: sul solo diritto soggettivo.

Ecco, quindi, la condivisibile interpretazione offerta da Fabio Merusi: «occorre una legge specifica solo quando la legge attribuisca giurisdizione in via derogatoria al giudice amministrativo in materia di *soli* diritti soggettivi. Nel caso di stretta connessione fra interesse legittimo e diritto soggettivo basta la clausola generale del giusto processo che impone la concentrazione in un unico processo delle controversie strettamente connesse»[111].

[111] F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., p. 149. Si consideri che per Fabio Merusi se le conseguenze imposte dal principio del giusto processo dovessero contrastare con l'interpretazione dottrinale (e giurisprudenziale) e con i principi che da quella derivano, «è il diritto amministrativo che deve essere cambiato» (ivi, p. 122). Nello stesso senso si v. F. Merusi, *Commento agli artt. 1-3*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo: commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 65 ss., spec. 71-72.

4. *In conclusione: il giudice amministrativo come giudice unico di una unitaria vicenda contrattuale. Il circolo virtuoso tra giurisdizione e regime giuridico*

L'adesione alla teoria da ultimo esposta, tanto più se supportata dalle evidenze sistemiche di quella duttile spartizione delle controversie tra giudice amministrativo e giudice ordinario inveratasi secondo schemi che privilegiano il miglior uso (ossia, la specializzazione) delle due giurisdizioni, conferisce una essenziale base argomentativa per sostenere e giustificare l'attribuzione al giudice amministrativo del ruolo di giudice dell'intera ed unitaria vicenda contrattuale[112], questo potendo conoscere, sulla base di una previa legge, anche dei soli diritti soggettivi[113].

Si tratta, peraltro, di un esito che, oltre a trovare, come già ricordato, ampia adesione in dottrina, trova altresì supporto nelle evidenze normative, tra cui ed in particolare quelle relative al riparto di giurisdizione in materia di accordi amministrativi, laddove l'art. 11, comma 5, l. n. 241/1990, prima, e, poi, l'art. 133, comma 1, lett. *a)*,

---

[112] Oltre alla dottrina richiamata *supra* in nt. 42, cfr. A. Cicchinelli, *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, cit., che dalla sempre più pervasiva discrezionalità dell'attività amministrativa esercitata nella fase esecutiva fa discendere l'auspicio per una giurisdizione unitaria sulla materia contrattuale.

[113] La prospettiva è anche confortata dalla tesi sostenuta da quella dottrina che, muovendo dal presupposto secondo cui nell'ambito di una stessa vicenda il privato può «incontrare le p.A. in diversa guisa, come potere ma anche come soggetto di obbligazioni», ha poi sostenuto che la devoluzione al giudice "esclusivo" dovrebbe farsi dipendere non dal *rapporto* fra le posizioni giuridiche soggettive, ma dal collegamento funzionale dei *rapporti* intercorrenti fra il privato e l'amministrazione (cfr. P. Marzaro, *Grandi imprese in crisi, leggi «interpretative» e uso strumentale del riparto di giurisdizione (sulla legge 23 agosto 1988, n. 391)*, in *Dir. soc.*, 1990, 2, p. 299 ss., spec. 343-344). Affermazione questa supportata da chi, in relazione alle vicende concessorie, ha chiaramente statuito che «se di pluralità di rapporti dovesse parlarsi, non da questo potrebbero derivare conseguenze riduttive in ordine all'area di esercizio della nuova competenza giurisdizionale del giudice amministrativo. Non si potrebbe, in tal caso, disconoscere che si tratta pur sempre di rapporti strumentalmente e funzionalmente collegati per il conseguimento di risultati che vanno considerati unitariamente nell'assetto del rapporto concessionale e per il raggiungimento dello scopo pratico perseguito» (A. Quartulli, *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, p. 1517 ss., spec. 1544).

n. 2, d.lgs. n. 104/2010), hanno devoluto alla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva tutte le controversie in materia di «formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni»[114].

Percorrendo sentieri divergenti rispetto a quelli che l'analisi del diritto sostanziale indurrebbe a intraprendere, si è pertanto giunti ad un risultato razionale, di ordine[115], improntato ad una garan-

[114] Sul punto cfr. F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, p. 21 ss., spec. 35-36, il quale afferma che «una volta attribuita, per materia, la giurisdizione ad un unico giudice, appare evidente come non abbia fondamento logico suddividere le varie fasi della composizione negoziale del rapporto, né ricercare situazioni giuridiche soggettive differenziate riferibili alle varie fasi del rapporto». Si consideri peraltro che Fabio Merusi, nella sua rilettura dell'art. 103 Cost., a riprova della fondatezza della revisione lì proposta (*i.e.* la devoluzione al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva delle controversie inerenti alle posizioni di solo diritto soggettivo), ricorda proprio la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sugli accordi sostitutivi di provvedimenti: se con essi l'amministrazione «rinuncia all'esercizio del potere per stabilire un rapporto paritario» allora ciò normalmente «avrebbe dovuto determinare la giurisdizione del giudice ordinario» (F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., pp. 129-130). In tema di accordi si consideri quanto sostenuto da M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., pp. 166-199, e cioè che gli accordi amministrativi non sarebbero negozi contrattual-civilistici. Il che potrebbe condurre ad obiettare alla tesi di Merusi la preesistenza nella fattispecie dell'accordo di un interesse legittimo, con la conseguenza che sarebbe legittimata una lettura del riparto secondo canoni tradizionali. Il che però è un dato già avvertito da Merusi, il quale lo ritiene superabile volgendo lo sguardo ad altre fattispecie – in specie le controversie tra lo Stato e i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti aventi per oggetto i titoli di Stato o le leggi relative ad essi o comunque sul debito pubblico – nelle quali sarebbe difficilmente contestabile la sussistenza di posizioni diverse da quelle di diritto soggettivo (F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., p. 149). Si consideri però l'avvertimento di A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 467, il quale osserva che, se è vero che l'art. 133, comma 1, lett. *a)*, n. 2, d.lgs. n. 104/2010, rappresenta l'unica previsione normativa che potrebbe in ipotesi abilitare un modello di riparto «alternativo» a quello della spartizione tra fase di gara e fase esecutiva, quella disposizione non è passibile di interpretazione estensiva, trattandosi di una previsione «"speciale rispetto al naturale criterio di riparto» e, quindi, «strettamente applicabile alle sole ipotesi negoziali che condividono la *ratio* di tale peculiare strumento consensuale».

[115] La prospettiva è valorizzata anche da A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., p. 110, laddove si interroga sulla perdurante sostenibilità del «frazionamento artificioso dell'unitaria funzione amministra-

zia la cui imprescindibilità deriva, *inter alia*, dalla constatazione che «il tempo» è oramai annoverato «tra i fattori essenziali della concorrenza»[116]; una garanzia, quella, che può essere definita come "certezza delle sedi competenti", e che sebbene in principio affidata ai meccanismi risolutori dell'art. 111, comma 8, Cost., in questi non sempre trova una esatta e tempestiva chiusura[117], così da far retroagire in negativo – in una sorta di circolo vizioso – il *quando* sull'*an* della tutela[118].

E, d'altronde, è proprio attorno all'*an* e al *quando* della tutela e ai loro vicendevoli rapporti che le vicissitudini del riparto di giurisdizione nel settore degli appalti pubblici possono essere in sintesi descritte: come in una parabola che si chiude(rà), la progressiva attrazione del giudice amministrativo ha anzitutto risposto all'esigenza di garantire l'*an* della tutela (in origine, si è detto, denegata dal giudice ordinario[119]), si è evoluta attorno alle ragioni del tempo, os-

---

tiva» a fronte della vigenza di parametri comunitari relativi ad una tutela processuale che deve caratterizzarsi per rapidità, efficacia ed effettività.

[116] F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo*, cit., p. 574.

[117] Sul punto si v. quanto affermato da R. Rordorf, *L'incerto confine tra le giurisdizioni*, pubblicato il 23 febbraio 2021 sul sito *www.amministrativistiveneti.it*: «mi preme ricordare che l'enorme carico delle questioni di giurisdizione che grava sulle sezioni unite della Corte di cassazione testimonia in modo eloquente di quanto gli attuali criteri di riparto siano tuttora incerti e produttivi di un defatigante contenzioso contribuendo spesso a quella eccessiva durata delle controversie civili che costituisce una delle principali ragioni d'inefficienza del nostro sistema giuridico».

[118] Cfr. *ibidem*, in particolare laddove R. Rordorf, implicitamente rievocando la già ricordata massima del Guicciardi, afferma che «i cittadini che si rivolgono alla giustizia per ottenere tutela dei loro diritti e legittimi interessi […] prima di vedersi dare torto o ragione nel merito, debbono assistere e defatiganti battaglie per sapere quale è il giudice che finalmente dovrà dare loro torto o ragione». Sul punto si v. di recente anche M. Clarich, *Riflessioni sparse sul dualismo giurisdizionale non paritario*, cit., p. 124: «[u]na criticità di fondo posta dall'assetto attuale del dualismo giurisdizionale continua a essere quella messa in evidenza da Calamandrei, e cioè gli inconvenienti pratici derivanti dalle difficoltà a tracciare in modo univoco, nei casi concreti, la linea di confine tra giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa, ciò che è dimostrato dall'ampio contenzioso innanzi alla Corte di cassazione. Se ci si pone infatti nella prospettiva della giustizia come "servizio pubblico" offerto ai cittadini, l'incertezza sul giudice al quale rivolgersi per accedervi costituisce una disfunzione sempre meno tollerabile, specie in una fase nella quale è sempre più avvertita l'esigenza di una rapida soluzione delle controversie».

[119] Per una incisiva critica alla individuazione nel giudice amministrativo dell'organo che sa attribuire la migliore tutela (specie se in confronto al giudice or-

sia sui binari della connessione dei processi (annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto) e oggi si mostra come una, sì auspicata ma percorribile, risposta affinché il *quando* della tutela (ossia, ciò che dipende dall'incertezza del riparto sulla fase esecutiva) non infici a tal punto l'effettività da minarne anche l'*an* (di per sé peraltro già inciso, come dimostrato dalla giurisprudenza maturata sulla insindacabilità del recesso dal contratto di appalto pubblico) e da intaccare finanche il buon andamento dell'azione amministrativa[120].

Vero è, peraltro, che l'attrazione della vicenda contrattuale (unitariamente intesa) alla sola cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva potrebbe ingenerare forti preoccupazioni derivanti dalla considerazione che «[u]n diritto soggettivo attratto nell'orbita di una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato viene privato di quella forma di tutela che gli proviene dalla possibilità di impugnare, per violazione di legge, una sentenza che lo concerna innanzi alla Cassazione»[121]. A tal ri-

---

dinario), cfr. C. Marzuoli, A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 3, p. 895 ss., spec. 910, laddove si osserva che «la qualità ed intensità della tutela dipend[e] da quanto è previsto volta a volta dal diritto sostanziale», con la conseguenza che non si direbbe cosa vera affermando che il giudice ordinario «per sua natura, dà una tutela peggiore», giacché ciò che determina il grado di adeguatezza della tutela «non è il giudice in sé ma i poteri che gli si danno». Più in generale, per una autorevole riflessione critica in merito alla pretesa specialità del diritto amministrativo e del "suo" giudice, cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto: per una giustizia "non amministrativa"* (Sonntagsgedanken), Milano, Giuffrè, 2005 (a tal riguardo, per una lucida analisi, si v. lo scritto di A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 1, p. 91 ss.).

[120] Sul collegamento tra il buon andamento e la celerità della funzione giurisdizionale cfr. G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., p. 145, il quale ricorda che «la dottrina ha avuto modo di sottolineare l'importanza "veramente fondamentale", ai fini dell'imparzialità, di quella che è una delle espressioni elementari del buon andamento: ci si riferisce alla rapidità (dell'azione amministrativa). Trattando di questo aspetto, è stato effettuato un esplicito collegamento con la rapidità nella funzione giurisdizionale, richiamando il principio di derivazione britannica secondo il quale "giustizia tarda non è giustizia"».

[121] S. Perongini, *La giurisdizione*, cit., p. 56. Si consideri, peraltro, che il limite delle particolari materie, siccome interpretato dalla Consulta, avrebbe per l'appunto rappresentato anche un presidio rispetto alla regola posta dal comma 7 dell'art. 111 Cost.: come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004, infatti,

guardo, è bene però evidenziare che una parte degli interpreti ha ridimensionato siffatto timore, rilevando – proprio nell'ambito di una riflessione sulla giurisdizione unica in materia di appalti pubblici – che «una giustizia amministrativa con due gradi pieni di merito assicur[a] già tutela piena ed effettiva ai diritti soggettivi», specialmente se si considera che «non sembra che il legislatore costituente abbia previsto come inevitabili tre gradi di giudizio per i diritti sog-

---

«è appena il caso di rilevare che, ove il legislatore ordinario si attenga ai criteri appena enunciati, si risolve in radice anche il problema che i rimettenti pongono con riguardo all'art. 111, settimo comma, Cost.». In questa prospettiva, ed alla luce del pur intervenuto ampliamento dei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si comprende la posizione di A. Travi, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principî unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, 6, V, p. 165 ss., 169, laddove si domanda «se non sia venuta meno la ragione di fondo per escludere le decisioni del Consiglio di Stato […] dal sindacato, per violazione di legge, della Cassazione». Sul punto, è giusto il caso di osservare che la chiusura opposta dalla Consulta (C. cost., 18 gennaio 2018, n. 6) ai tentativi di superamento dell'interpretazione tradizionale dell'art. 111, comma 8, Cost. (tentativi esercitati tramite la revisione del concetto di giurisdizione, non più inteso in senso statico, come mera titolarità del potere giurisdizionale, bensì «in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale», cfr. Cass., sez. un., ord., 8 aprile 2016, n. 107), è stata motivata anche dall'unità non organica ma funzionale della giurisdizione: un'unità, questa, che non ammetterebbe la ricorribilità in Cassazione per motivi di legittimità, perché, rievocando quanto affermato dalle Sezioni Unite, «la distinzione fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali ha come implicazione necessaria che ciascuna giurisdizione si eserciti con l'attribuzione all'organo di vertice interno al plesso giurisdizionale del controllo e della statuizione finale sulla correttezza *in iure* ed *in facto* di tutte le valutazioni che sono necessarie per decidere sulla controversia» (Cass., sez. un., 11 maggio 2018, n. 11536). Si consideri, peraltro, che in forza di una recente ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia (cfr. Cass., sez. un. 18 settembre 2020, n. 19598), l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., siccome riaffermata dalla Consulta avrebbe potuto mutare (in tema cfr. M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit., p. 675 ss., M. Clarich, *Riflessioni sparse sul dualismo giurisdizionale non paritario*, in *Questione giustizia*, 2021, 1, p. 121 ss., e F. Cintioli, *Il decreto semplificazioni*, cit., p. 98 ss.). Così però non è stato. Riaffermato il «principio dell'autonomia procedurale» di ogni Stato membro ed escluso che il diritto processuale italiano «abbia, di per sé, l'effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, in tale settore del diritto amministrativo, dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione», la recentissima sentenza della Corte di giustizia Ue, Grande sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20, ha infatti finito per tenere ferma l'interpretazione offerta nel 2018 dalla Consulta: come esattamente osservato in dottrina, la Corte costituzionale «ha visto puntualmente confermate le posizioni espresse sull'art. 111, ult. c., Cost. nella sentenza n. 6/2018», seppur «ad un caro prezzo istituzionale, perché la sentenza è stata assoggettata ad un'impropria impugnazione processuale» (M.P. Chiti, *Un conflitto tra i giudici supremi italiani deciso dalla Corte di giustizia: "tutti gabbati"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 2, p. 225 ss., spec. 226).

gettivi, tanto più se si tratta di diritti che si muovono in un rapporto tra privato e pubblica autorità»[122]. Affermazione, questa, a cui può essere affiancata una considerazione ulteriore, utile ad instillare, per così dire, un dubbio a contrario; ed infatti, poiché ad essere ricorribili in Cassazione non sono i diritti soggettivi in quanto tali, bensì le sentenze pronunciate dal giudice ordinario, vi è che il sistema tollera già una "diversificazione" delle tutele: è quanto avviene per le sentenze che accordano tutela alle situazioni soggettive di interesse legittimo, la cui ricorribilità in Cassazione è sostanzialmente abilitata ed al contempo limitata dal fatto che quelle pronunce siano rese dal giudice ordinario in sede di giurisdizione esclusiva. La compressione della funzione nomofilattica della Cassazione non pare per altro verso determinante ai fini del rigetto della tesi qui proposta, tenuto peraltro conto che «[n]el nostro sistema pluralistico non esiste in capo ad alcun giudice un monopolio della funzione nomofilattica, e [che] per la giurisdizione amministrativa organo nomofilattico è l'adunanza plenaria»[123]. Certo, l'estensione della giurisdizione esclusiva potrebbe forse tradire l'interrogativo di chi si è domandato se sia «logico che, rispetto a disposizioni civilistiche, la giurisprudenza amministrativa adotti soluzioni in netto contrasto con la giurisprudenza civilistica» e, quindi, in definitiva, se «la garanzia della specialità di una giurisdizione [possa] compromettere il principio di uguaglianza»[124]; eppure, fermo restando che la soluzione al problema non sta necessariamente nell'immobilismo della regola del riparto, quanto piuttosto nella ridefinizione di alcuni assetti organizzativi

---

[122] R. De Nictolis, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, cit.

[123] M. Ramajoli, *Pluralismo giurisdizionale e situazioni soggettive sostanziali*, in *Questione giustizia*, 2021, 1, p. 86 ss., spec. 91. Di recente, sulle dinamiche evolutive della nomofilachia nella stagione dell'incertezza e del pluralismo delle Corti di ultima istanza, cfr. l'ampio lavoro di A. Barone, *Nomofilachia, Corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, cit., p. 557 ss., ove, ponendo specifica attenzione ai precedenti della Corte di giustizia europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, si osserva la formazione di «canali processuali talora inediti, perché correlati ad una diversa organizzazione della funzione nomofilattica, che confermano la necessaria complessiva vocazione "unitaria" delle giurisdizioni interne e sovranazionali, pur nel quadro della frammentazione della *governance* giudiziaria» (p. 577).

[124] A. Travi, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 8, p. 1048 ss., spec. 1050.

(va in questo senso il *Memorandum* delle tre giurisdizioni, siglato in data 15 maggio 2017 dai vertici della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti[125]), rimane il fatto che vi è motivo di credere che, se guardata dal punto di vista dell'incertezza "indotta", la tesi qui proposta non si discosta di molto da quella, radicalmente opposta, che, nell'attribuzione al giudice ordinario di tutte le controversie inerenti alla fase esecutiva dei contratti pubblici, scorge il vantaggio di «estendere la funzione nomofilattica della Cassazione su tutte le vicende esecutive dell'attività negoziale dei pubblici poteri»[126]: ed infatti, se questa soluzione ha il merito di mantenere il controllo sulle vicende contrattuali nell'ambito del plesso che potrebbe apparire come quello più "naturale", essa per altro verso non tiene conto che quella sede, di regola, si è dimostrata incapace di cogliere il profilo – si consenta – di "specialità" che, come si è sopra dimostrato, caratterizza l'attività negoziale del contraente pubblico. Il che è un dato di non poco conto, considerato che l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto non può significare anche uniformità di disciplina di momenti caratterizzati, l'uno, dall'autonomia e, l'altro, dalla funzionalizzazione.

Ci si accinge così a chiudere questo lavoro. E lo si fa con una avvertenza che, pur nella sua brevità, consente di cogliere, nella loro (si spera, positiva) circolarità, gli elementi sin qui trattati.

Indugiando sulle vicende giurisdizionali della sorte del contratto di appalto, parte della dottrina ha evidenziato che l'attribuzione delle controversie al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva non rappresenta sempre una operazione neutra: il sindacato «forgiato» nell'ambito della giurisdizione di legittimità – lì, si è infatti rilevato – è stato applicato dal giudice amministrativo «con pochi adattamenti, anche quando è giudice esclusivo e decide sui diritti soggettivi»[127].

---

[125] Cfr. A. Pajno, *Un Memorandum "virtuoso"*, in *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti*, a cura di italiadecide, Bologna, il Mulino, 2018, p. 37 ss., nonché M. Luciani, *Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro it.*, 2018, 2, V, p. 100 ss.

[126] A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 466.

[127] E. Follieri, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici*, cit., p. 2759. Si consideri però quanto affermato da S. Cassese, L. Torchia, *Diritto am-*

Invero, di quei «pochi adattamenti» la dottrina ha saputo dimostrarne l'importanza, considerato che gli studi di Aristide Police, siccome lucidamente sintetizzati da Antonio Romano Tassone, hanno dato conto di «una profonda trasformazione, che vede i due modelli del giudizio di annullamento e del giudizio di spettanza, prima fortemente differenziati, tendere mano a mano ad accostarsi, sin quasi a fondersi […] in un modulo di tutela unitario, di tipo reintegratorio-risarcitorio, che è stato efficacemente denominato "di piena giurisdizione"»[128].

Tra le plurime considerazioni che da ciò possono essere ricavate, ve ne è una, qui preminente, che attiene alla natura, per così dire, polimorfa del sindacato del giudice amministrativo: egli è oggi capace di accordare una tutela di spettanza ai diritti soggettivi, ma per sua pulsione è altresì incline a (e capace di) ricostruire i contorni del potere[129], senza per questo rinunciare, anche dinanzi agli interessi legittimi, al modello della tutela della piena giurisdizione.

E, allora, ricordando quanto accaduto in relazione alle vicende della fase di affidamento, è quindi possibile, ed anzi probabile, che il

---

ministrativo. Una conversazione, Bologna, il Mulino, 2014, p. 78, ovvero che a differenza dell'ordinamento francese, in cui la formazione del *juge administratif* avviene in seno al Consiglio di Stato (con la conseguenza che per quel giudice «il diritto privato è meno noto»), nell'ordinamento italiano la preparazione dei giudici amministrativi si fonda proprio sul diritto privato «di cui, quindi, questi fanno un abbondate uso […]».

[128] A. Romano Tassone, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, cit., p. 104.

[129] Come ricorda M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 236, «la giurisdizione esclusiva ha tradizionalmente svolto la funzione di "pubblicizzare" integralmente l'ambito materiale assegnato». Si consideri, peraltro, che la dottrina ha chiaramente espresso la difficoltà degli interpreti del diritto civile dinanzi alle deviazioni che la legislazione di settore produce nell'ambito di vicende solo apparentemente privatistiche: ed infatti, in relazione alla sorte del contratto di appalto pubblico, siccome regolata dagli artt. 121 ss., d.lgs. n. 104/2010, si è rilevato come emerga «un ruolo del giudice, così come tratteggiato dalla legislazione in questione, cui la prospettiva comunemente adottata dal civilista non è abituata, posto che l'autorità giudiziaria è chiamata a compiere una serie di valutazioni connotate da non pochi margini di rilevante discrezionalità […] e, quel che più conta, è investita di un potere sulla sorte del contratto che, in ragione dei molteplici interessi, di natura per lo più pubblicistica, che si intendono preservare, diventa soverchiante rispetto a ogni differente valutazione dei contraenti» (L. Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 232).

giudice "unico" – forte di quella naturale inclinazione e soprattutto in forza della conoscenza delle ragioni finalistiche che sono alla base dei principi e delle norme di settore – si cimenti nel configurare, come pare corretto, alla stregua di poteri amministrativi ad effetti negoziali le molteplici attività dispositive dell'interesse pubblico che intervengono nella fase esecutiva[130]; tendenza, questa, già in parte avviata, seppur sulla base di logiche sì diversificate – si pensi, *inter alia*, alle ragioni "di simmetria" che sorreggono, nella più recente giurisprudenza amministrativa, la pubblicizzazione della risoluzione dal contratto di appalto (*supra* par. 5.2., cap. IV) – ma purtuttavia alquanto indizianti.

Il che, assumendo uno sguardo più ampio, suggerisce di ricordare che quella tendenza trova conferme anche al di fuori della materia degli appalti pubblici, come avviene ad esempio nelle controversie inerenti ai rapporti concessori di pubblici servizi[131], laddove, anche in forza dell'ampia estensione della giurisdizione esclusiva ricono-

[130] Sullo sfondo, l'idea della circolarità tra normazione, amministrazione e giurisprudenza. Come ricordato ad altri fini da G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., p. 99, se la giurisprudenza «non partecipa della concezione finalistica» del diritto «non si invera il potenziale che pure è nelle norme».

[131] Altro è a dirsi per le questioni del riparto di giurisdizione in materia di concessioni di lavori, laddove la giurisprudenza – nel rispetto della limitatezza dell'ambito applicativo dell'art. 133, comma 1, lett. *c)*, d.lgs. n. 104/2010, siccome riferito alle sole concessioni di pubblici servizi – segue il normale criterio fondato sulla *causa petendi*: «nel caso di concessione di servizi opera infatti l'ipotesi di giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 133, comma 1, lett. *c)*, cod. proc. amm., con l'unica eccezione delle controversie meramente patrimoniali attinenti ai rapporti tra autorità concedente e privato concessionario; per contro nelle controversie riguardanti l'esecuzione dei contratti di concessione di lavori pubblici la giurisdizione è devoluta al giudice ordinario […], applicandosi il generale criterio della *causa petendi*, e dunque essendo configurabile la giurisdizione amministrativa solo a fronte di manifestazioni di potere pubblico incidenti autoritativamente sul rapporto medesimo» (Cons. St., sez. V, 21 luglio 2015, n. 3631). Secondo la giurisprudenza, pertanto, anche nelle concessioni di lavori la linea di demarcazione tra le due giurisdizione è rappresentata dal provvedimento di aggiudicazione: «l'aggiudicazione costituisce una sorta di "spartiacque" ai fini del riparto di giurisdizione; ciò perché, una volta esaurita la fase pubblicistica della scelta del concessionario ed insorto il vincolo contrattuale, le contestazioni relative alla delimitazione del contenuto del rapporto, gli adempimenti delle obbligazioni e i relativi effetti sul piano del contratto non prevedono, di regola, l'esercizio di un potere autoritativo pubblico, se non nei limitati casi suindicati» (Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21971).

sciuta dall'art. 133, comma 1, lett. *c)*, d.lgs. n. 104/2010, la giurisprudenza si è mostrata incline a «ricostruire in chiave autoritativa e discrezionale» una pluralità di atti (decadenziali, di risoluzione, di irrogazione di penali e di altre sanzioni), ancorché detti atti fossero adottati in ragione del "mero" apprezzamento della (in)esattezza dell'adempimento delle clausole contrattuali[132].

[132] A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 315. Si consideri però che l'ampia analisi giurisprudenziale svolta da Alfredo Moliterni ha consentito a quest'ultimo di evidenziare non irrilevanti frizioni – tenuto conto che «non sono mancati contrasti interpretativi [proprio nelle] controversie relative all'adempimento del regolamento negoziale» (p. 316) – che, per quanto qui più rileva, avvertono della possibile variabilità degli arresti giurisprudenziali e, così, della possibile insufficienza delle disposizioni che, nel solco di una non revisionata lettura dell'art. 103 Cost., attribuissero alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie inerenti alla fase esecutiva dei rapporti negoziali. Così, ad esempio, sebbene l'art. 133, comma 1, lett. *c)*, d.lgs. n. 104/2010, attribuisca alla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi […]», il giudice amministrativo ha talvolta ricostruito in chiave negoziale alcune facoltà incidenti sul rapporto, per questa via determinandone la devoluzione alla cognizione del giudice ordinario: «[i]l Collegio condivide il predominante indirizzo della giurisprudenza amministrativa, laddove essa stabilisce che la materia dei pubblici servizi possa essere oggetto di giurisdizione del G.A. solo ove in essa la pubblica amministrazione agisca esercitando il suo potere di supremazia, in connessione funzionale con la tutela dell'interesse pubblico affidatole, ma non quando la lite, vertendo su mere inadempienze di singole prestazioni negoziali, riguardi unicamente il rapporto convenzionale tra le parti e le reciproche posizioni di diritto e obbligo (anche in vista dell'accertamento della responsabilità per danni del debitore inadempiente, sia questo il soggetto pubblico o privato), con la conseguenza che restano assoggettate alla giurisdizione del G.O. le controversie, relative a situazioni di diritto soggettivo, in cui la pubblica amministrazione non sia coinvolta come autorità, ancorché le stesse scaturiscano da rapporti di tipo concessorio» (Tar Lombardia, Milano, sez. II, 15 maggio 2013, n. 1269). Più di recente, cfr. Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21971, laddove si è affermato che anche nella materia delle concessioni di pubblici servizi «la giurisdizione del giudice ordinario, riguardante le "indennità, i canoni e altri corrispettivi", nella fase esecutiva del contratto di concessione, si estende alle questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della concessione, nonché le conseguenze risarcitorie, vertendosi nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui la P.A. eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge». È però giusto il caso di osservare che qualora fosse accolta la prospettazione di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui soli diritti soggettivi, la qualificazione negoziale di una data attività svolta nel corso della fase esecutiva, sebbene per le suesposte ragioni non sempre condivisibile (nei limiti in cui si tratti di attività dispositive dell'interesse pubblico), non comporterebbe anche un problema di riparto di giurisdizione. Dimostrazione ne è data dalle vicende inerenti agli accordi amministra-

Certo è che per questa via si ripristinerebbe il senso di preminenza dell'interesse pubblico nella fase esecutiva del rapporto, così come si recupererebbe un più ampio margine per la tutela caducatoria. Ma questi "corollari" non devono allarmare. Non il secondo, perché, specialmente se indirizzata avverso gli atti di autotutela, la tutela caducatoria può rappresentare, rispetto a quella risarcitoria[133], la migliore garanzia per la realizzazione dell'interesse pubblico concreto, ossia dell'insieme degli interessi della collettività (a partire dalla prestazione in sé, sino ad arrivare all'implementazione delle politiche di sostenibilità[134]) e del pri-

---

tivi, ove, ferma l'unicità della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le questioni di diritto sostanziale non pregiudicano l'univocità del modello di riparto lì adottato, bensì implicano soltanto, e se del caso, il problema di definire i rapporti di coesistenza e di preferenza tra rimedi civilistici e pubblicistici: sul punto cfr. A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 326 ss., spec. 327, laddove l'A. afferma che «con riferimento alla parte privata del rapporto, essa potrà far valere tutti gli strumenti civilistici a tutela della propria posizione soggettiva, nonché i rimedi pubblicistici conformati sul modello impugnatorio che comunque, in caso di incompatibilità, prevarranno sui primi».

[133] Che, peraltro, è tutela tipica, ma non esclusiva, del sindacato del giudice ordinario. A tal riguardo, è giusto il caso di osservare che si conviene con S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., pp. 582-583, quando critica la tesi di quanti, muovendo dalla configurazione privatistica degli atti della fase esecutiva, restringono purtuttavia la tutela offerta dal giudice ordinario in virtù del disposto dell'art. 4, dell'Allegato E della l. n. 2248/1865: «il divieto posto al giudice ordinario dall'art. 4 della legge citata è infatti limitato ai provvedimenti emessi dall'amministrazione nell'esercizio di una potestà pubblicistica», sicché «attratti nel regime delle invalidità dei negozi giuridici, gli atti di rescissione o di risoluzione possono quindi essere dichiarati nulli secondo le regole contenute negli artt. 1418 e ss. del codice civile (oltre a poter essere annullati per vizi della volontà, su istanza, però, della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 1441 c.c.) […]». Eppure, vi è un dato ineludibile e che non può essere trascurato, giacché rimane fermo che, se si esclude (al contrario di quanto qui si ritiene corretto) la ricorrenza del potere nella fase esecutiva del rapporto, la configurazione privatistica dell'attività non potrebbe comunque essere svincolata dai principi dello statuto unitario amministrativistico. E, allora, il problema del sindacato del giudice ordinario torna sotto altre vesti: torna cioè il già rilevato problema della "inabilità" del giudice ordinario a sindacare la discrezionalità e a "scoprire" i vizi della funzione. Il che rievoca il corretto interrogativo posto da M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, p. 143 ss., spec. 167: «[c]osa resta del sindacato sulla discrezionalità di fronte ad un giudice ordinario informato naturalmente ai principi del rispetto dell'autonomia privata?».

[134] Da questo punto di vista, il giudice amministrativo, inteso come giudice unico dell'intera operazione amministrativa, può essere visto come «giudice di micro fenomeni economici», tema rispetto al quale si v. le riflessioni di F. Merusi, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in L. Ammannati, P. Corrias,

vato contraente[135]. Non il primo, giacché – come si è appena osservato, e ricordando quanto affermato ad altri fini da Antonio Romano Tassone – «il richiamo al preminente interesse pubblico» non può «[n]è deve ingannare»: nella valorizzazione dell'interesse pubblico non vi sono ragioni di tutela dell'interesse soggettivato dell'amministrazione, bensì osservanza «dell'interesse generale dell'ordinamento, inclusivo – e non esclusivo – dell'interesse materiale del privato»[136].

F. Sartori, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), *I giudici e l'economia*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 51 ss. Assumendo uno sguardo più ampio, e ricordando quanto detto sopra circa le interconnessioni tra l'efficienza del "sistema giustizia" e l'effettività dell'apertura dei mercati (*supra* par. 2.2.), è poi giusto il caso di osservare che la revisione del riparto nella materia dei contratti pubblici di appalto potrebbe essere letta alla stregua di una misura di semplificazione funzionale alla competitività del sistema Paese, tenuto conto che se è vero che «[l]a competizione fra sistemi nazionali, regionali o locali assegna […] alle amministrazioni medesime una funzione propulsiva dello sviluppo socio-economico» (T. Bonetti, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema Paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 1, p. 173 ss., spec. 196), è altresì innegabile che, rispetto a quel fine, lo sforzo amministrativo sia di per sé insufficiente se ed in quanto risulti sottoposto agli "arresti" (si badi, non già della tutela caducatoria *ex se*, secondo una ricorrente prospettazione, ma) delle disfunzioni processuali.

[135] Cfr. C. cost., 24 ottobre 2008, n. 351, laddove si è affermato che «forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica […], non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi». Sul punto si v. anche C. Celone, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 278-279. Ad integrazione di quanto rilevato *supra* in nt. 133, si consideri che, nel sindacato sull'abuso del diritto, per il giudice ordinario la tutela risarcitoria rimane via preferenziale rispetto alla pronuncia di inefficacia dell'atto privatistico: cfr. Trib. Roma, sez. spec. impr., 21 novembre 2018, cit., secondo cui «al riguardo devesi ritenere che ogni eventuale controversia in tal caso non possa che concernere la determinazione delle conseguenze economiche derivanti dallo scioglimento del vincolo contrattuale. Ed infatti, quand'anche il giudice dovesse accertare la illegittimità del recesso, ciò non determinerebbe mai il ripristino del contratto». D'altronde, come ricordato in dottrina con riferimento al sindacato offerto dal giudice ordinario nelle controversie inerenti al pubblico impiego, «non vi è chi non sappia, dal foro alla dottrina, che la privatizzazione ha determinato un netto ridimensionamento della tutela dell'impiegato pubblico» (M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., pp. 199-200), tenuto peraltro conto che «il giudizio ordinario non riesce comunque ad attribuire tutto quello che dava il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva» (S.A. Villata, *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 3, p. 773 ss., spec. 784).

[136] A. Romano Tassone, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, cit., pp. 106-107.

Si fa così ritorno al punto di avvio di questo lavoro: all'interesse pubblico concreto, all'idea che l'inserimento degli interessi privati nell'interesse pubblico collettivo «determina a sua volta la coincidenza strutturale […] tra soddisfazione dei primi e realizzazione del secondo»[137] e, quindi, alla placida accettazione che – specialmente in un settore caratterizzato dalla naturale conformazione pubblicistica degli interessi privati[138] – l'interesse pubblico concreto percorra senza soluzione di continuità «un fenomeno unitario», di cui qui si auspica l'attribuzione «ad un unico giudice, il giudice amministrativo dotato di giurisdizione esclusiva»[139].

[137] Ivi, p. 114.

[138] Cfr. E. Follieri, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici*, cit., p. 2761.

[139] F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo*, cit., p. 578.

BIBLIOGRAFIA

Abbamonte G., *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 796 ss.

Abbamonte O., *L'eccesso di potere. Origine giurisprudenziale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 1, p. 68 ss.

Agresti M., *Decisioni delle Gran Corti Civili in materia di diritto*, VII, Napoli, Stamperia e Cartiera del Fibreno, 1834-1835, p. 282 ss.

Aicardi N., *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1, p. 1 ss.

Albanese A., *Buona fede contratto legge*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 1, p. 31 ss.

Alessi R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1955.

Allegretti U., *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, p. 462 ss.

Allegretti U., *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, p. 779 ss.

Allegretti U., *Giustizia amministrativa e principi costituzionali*, in *Amministrare*, 2001, 2, p. 191 ss.

Allegretti U., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996.

Allegretti U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965.

Allena M., *L'annullamento d'ufficio: dall'autotutela alla tutela*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Alpa G., *Dal diritto pubblico al diritto privato*. *Parte prima*, Modena, Mucchi, 2017.

Amorth A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 455 ss.

Angiuli A., *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2009. Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti del convegno annuale, Villa Mondragone 18-19 settembre 2009: con gli atti del terzo Colloquio di diritto amministrativo italo-francese, Milano 30-31 ottobre 2009 e della 4. Edizione delle giornate italo argentine di diritto amministrativo, Villa Mondragone 30-31 ottobre 2009*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 75 ss.

Annibali A., *Requisiti di idoneità e criteri di aggiudicazione dell'offerta*, in *Urb. app.*, 2010, 2, p. 205 ss.

Astone F., *Le antinomie tra il diritto interno ed il diritto europeo nella materia dei contratti pubblici. La tutela giurisdizionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Astone F., *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011.

Atelli M., *Dibattito pubblico*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 1157 ss.

Atienza M., Manero J.R., *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, il Mulino, 2004.

Averardi A., *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico*, in *Munus*, 2018, 1, p. 129 ss.

Averardi A., *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 4, p. 1173 ss.

Azzariti G., *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 91 ss.

Balestra L., *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 3, p. 541 ss.

Balestra L., *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, il Mulino, 2015.

Balestra L., *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, 3, p. 383 ss.

Barbera A., *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 4, p. 715 ss.

Barcellona E., *Recesso* ad nutum *fra principio di buona fede e abuso del*

diritto: «solidarietà sociale» o inderogabilità del «mercato»? (Note a proposito di Cass. n. 20106/2009), in *Riv. dir. comm.*, 2011, 2, p. 165 ss.

Barcellona M., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, Cedam, 2015.

Bardusco A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozio di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1974.

Barone A., *Nomofilachia, Corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, p. 557 ss.

Barone A., *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2018, 1, p. 2 ss.

Barone A., *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 2, p. 261 ss.

Barone A., Dagostino R., *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. Follieri (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 273 ss.

Barone G., *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss.

Barone G., *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 79 ss.

Bartolini A., *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli* Interest rate swaps, in *Urb. app.*, 2012, 2, p. 197 ss.

Bassi F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.

Bassi F., *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, Mucchi, 1996, p. 243 ss.

Battini S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a tradizione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 47 ss.

Belfiore A., *La presupposizione*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, *Il contratto in generale*, IV.1, Torino, Giappichelli, 2003.

Bellomia V., *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, Giuffrè, 2012.

Benatti F., *Responsabilità precontrattuale*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Treccani, 1991, p. 1 ss.

Benatti F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1963.

Benedetti A., *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999.

Bentivenga C., *Elementi di contabilità di Stato*, Milano, Giuffrè, 1950.

Benvenuti F., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss.

Benvenuti F., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, p. 6 ss.

Benvenuti F., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Libreria Universitaria, 1967.

Benvenuti F., *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 537 ss.

Benvenuti F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 1, p. 118 ss.

Bergonzini G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975.

Berti G., *Artt. 113 e 103, 1° e 2° comma, Cost.*, in G. Branca (a cura di), *La magistratura*, in *Commentario della Costituzione*, IV, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1987, p. 85 ss.

Berti G., *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 4, p. 1861 ss.

Bessone M., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli* obiter dicta *della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, p. 281 ss.

Betti E., *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, Utet, 1959, p. 32 ss.

Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, XV, 2, Torino, Utet, 1943.

Bianca C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2019.

Bianca C.M., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2014.

Bianca C.M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, p. 251 ss.

Bianca C.M., *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977.

Bianca M., *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, p. 789 ss.

Bifulco R., *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, FrancoAngeli, 2013.

Bigliazzi Geri L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967.

Bin R., *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, il Mulino, 2017.

Bobbio L., *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e Mercato*, 2005, 1, p. 67 ss.

Bobbio L., *Le arene deliberative*, in *Riv. it. pol. pubbl.,* 2002, 3, p. 5 ss.

Bobbio N., *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 1985.

Bobbio N., *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Edizioni di comunità, 1977.

Bombardelli M., *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996.

Bonasio A., *Clausole ambientali e principio di sostenibilità*, in M. Andreis (a cura di), *I Contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali. Mercato, ambiente, responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 75 ss.

Bonetti T., *Art. 95. Criteri di aggiudicazione dell'appalto*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 810 ss.

Bonetti T., *Ipertrofia normativa e azione amministrativa nel governo del territorio: alcune considerazioni*, in *Scienze regionali*, 2016, 1, p. 139 ss.

Bonetti T., *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema Paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 1, p. 173 ss.

Borasio D., *Attività precontrattuale, proposta e trattative*, in *Dir. pratica comm.*, 1928, p. 101 ss.

Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa. Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1984.

Boscolo E., *Consultazioni preliminari di mercato e possibili limitazioni alla concorrenza*, in *Giur. it.*, 2020, 1, p. 166 ss.

Bottino G., *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

Braibant G., *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1992.

Brigante V., *Valutazioni critiche sul ruolo e sugli atti adottati dall'"ANAC". La necessità di ristabilire una coerenza di sistema*, in *Dir. econ.*, 2019, 3, p. 423 ss.

Brocca M., *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. app.*, 2003, 2, p. 168 ss.

Brugnoli E., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si configura solo dopo l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 5, p. 499 ss.

Bruti Liberati E., *La regolazione indipendente dei mercati: tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019.

Buscema S., Buscema A., *I contratti della pubblica amministrazione*, in G.

Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, VII, Padova, Cedam, 2008.

Cafagno M., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, p. 35 ss.

Cafagno M., *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001.

Cagnin V., *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2018.

Caia G., *Interventi del legislatore in materia di semplificazioni amministrative e ripartenza (durante e) dopo l'emergenza sanitaria*, in T. Tessaro (a cura di), *Procedimento amministrativo, attività contrattuale, controlli e responsabilità dopo le conversioni del decreto "semplificazioni" e la legge di bilancio 2021*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021, p. 15 ss.

Caia G., *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, Bononia University Press, 2018, p. 327 ss.

Caia G., *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.). Relazione in occasione delle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa dell'Università di Siena. "La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi", Castello di Modanella-Siena. 19-20 maggio 2017*, in *www.spisa.unibo.it*.

Caia G., *I servizi pubblici*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, *Parte speciale e giustizia amministrativa*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 131 ss.

Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo: i presupposti e le tendenze*, Milano, Giuffrè, 1989.

Calamandrei P., *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 1, p. 273 ss.

Calcagnile M., *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, p. 187 ss.

Calvo R., *Il punto di vista civilistico*, in *Urb. app.*, 2010, 4, p. 435 ss.

Cammelli M., *La pubblica amministrazione: come è cambiata ai tempi della spending review*, Bologna, il Mulino, 2014.

Cammelli M., *Considerazioni minime in tema di arene deliberative*, in *Stato e Mercato*, 2005, 1, p. 89 ss.

Cammelli M., *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002. Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'Amministrazione.*

Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti. Normazione e funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale. Proposte di riforma dello status giuridico dei professori e ricercatori universitari. Meccanismi di selezione e criteri di valutazione, Milano, Giuffrè, 2003, p. 107 ss.

Cammeo C., *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Ristampa varitipica dell'edizione del 1937, Firenze, Cya, 1954.

Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, La Litotipo, 1914.

Cangelli F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, Giuffrè, 2004.

Cangelli F., *La dimensione attuale del vincolo teleologico nell'attività amministrativa consensuale*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 261 ss.

Cannada-Bartoli E., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 1 ss.

Cannada-Bartoli E., *Decisione amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, Utet, 1960, p. 268 ss.

Capaccioli E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1983.

Caponigro R., *Il principio del favor partecipationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, in *Giustamm. it*, 2017.

Caponigro R., *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *Giustamm.it*, 2016.

Cappelli V., *Contratto e principio dello sviluppo sostenibile. Il caso degli Energy Performance Contracts*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2019, 3, p. 18 ss.

Caputi Jambrenghi M.T.P., *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 159 ss.

Caputi Jambrenghi M.T.P., *Studi sull'autoritarietà nella funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005.

Caputi Jambrenghi V., *Impegno di spesa e obbligazioni contrattuali della p.a.*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 1984, 1-2, p. 142 ss.

Caranta R., *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concor-*

renza, in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 127 ss.

Caranta R., *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012.

Caranta R., Dragos D.C., *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 5, p. 493 ss.

Carbone A., *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

Cardarelli F., *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 373 ss.

Cardarelli F., *Offerte anormalmente basse*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Torino, Utet, 2017, p. 1299 ss.

Cardarelli F., *Le direttive europee sui contratti pubblici*, in *Treccani – Libro dell'anno 2015*, Roma, Treccani, 2015.

Cardarelli F., *Commento a Cass. SS.UU. ord. 2906 del 12.01.2010*, in *federalismi.it*, 2009, 3, p. 1 ss.

Cardarelli F., Caldarelli S., Trecroci C., *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: RTI, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 5, p. 625 ss.

Cardi E., *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Treccani, 1995, p. 1 ss.

Cardi E., Cognetti S., *Eccesso di potere (atto amministrativo – teoria generale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, p. 341 ss.

Caringella F., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*., 2007.

Caringella F., *La giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di appalti pubblici dopo la legge 205/2000*, in *Urb. app.*, 2001, 1, p. 70 ss.

Carlassare L., *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974.

Carloni E., *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011.

Carlotti G., Fratini M., *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2008.

Carnellutti F., *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, 1, p. 33 ss.

Caroli Casavola H., *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche Ue 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, p. 1135 ss.

Caroli Casavola H., *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2012.

Carpentieri P., *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, p. 385 ss.

Carrara G., *La formazione dei contratti*, Milano, Vallardi, 1915.

Cartabia M., *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 415 ss.

Cartabia M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241/1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, Giuffrè, 1991.

Carullo A., *Appalti pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 79 ss.

Carullo G., *Strumenti di gestione del territorio e promozione della sostenibilità da parte dell'amministrazione digitale*, in *Ambiente e diritto*, 2018, p. 1 ss.

Caruso E., *La funzione sociale dei contratti pubblici: oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene, 2021.

Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, Giuffrè, 2020.

Casetta E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 3, p. 503 ss.

Casetta E., *I profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, p. 3 ss.

Casetta E., *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 521 ss.

Casini L., *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, il Mulino, 2018.

Casini S., *Clausola sociale: quando la sua assenza può viziare gli atti di gara*, in *Urb. app.*, 2018, 5, p. 699 ss.

Cassese S., *La «vecchia» costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Laterza, 2021, p. 6 ss.

Cassese S., *Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, Bononia University Press, 2018, p. 3 ss.

Cassese S., *"Una furiosa espansione della legge"? Spazio giuridico globale e rule of law*, in *Riv. fil. dir.*, 2014, 1, p. 109 ss.

Cassese S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010.

Cassese S., *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, il Mulino, 2008.

Cassese S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 1, p. 13 ss.

Cassese S., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 2, p. 331 ss.

Cassese S., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 4, p. 901 ss.

Cassese S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

Cassese S., *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1, p. 79 ss.

Cassese S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000.

Cassese S., *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della Rivista Diritto Pubblico,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 3, p. 789 ss.

Cassese S., *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. soc.*, 1992, 2, p. 223 ss.

Cassese S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973.

Cassese S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971.

Cassese S., *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1970, 1-2, p. 25 ss.

Castellani L., Decarolis F., Rovigatti G., *Il processo di centralizzazione degli acquisti pubblici. Tra evoluzione normativa ed evidenza empirica*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 3, p. 583 ss.

Castelli Avolio G., *Sulla natura contrattuale dell'appalto di opere pubbliche*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1940, p. 223 ss.

Castorina E., *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 1, p. 70 ss.

Castronovo C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015.

Cataudella A., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 3, p. 789 ss.

Cavallo Perin R., *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 17 ss.

Cavallo Perin R., *L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia*, in *Annuario 2011. L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 265 ss.

Cavallo Perin R., *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 4, p. 517 ss.

Cavallo Perin R., *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge diritto giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, p. 255 ss.

Cavallo Perin R., Racca G.M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, p. 325 ss.

Cavina A., *Organismo di diritto pubblico e mercato concorrenziale: un indizio che non fa la prova*, in *Urb. app.*, 2017, 4, p. 507 ss.

Cecchetti M., *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 595 ss.

Celone C., *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Cerri A., *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973.

Cerulli Irelli V., *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019.

Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019.

Cerulli Irelli V. (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione. Atti del Convegno tra giovani studiosi tenutosi alla Sapienza il 2 febbraio 2017*, Napoli, Jovene, 2018.

Cerulli Irelli V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, p. 341 ss.

Cerulli Irelli V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011.

Cerulli Irelli V., *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 1, p. 33 ss.

Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002.

Cerulli Irelli V., *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 79 ss.

Cerulli Irelli V., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 11, 1195 ss.

Cerulli Irelli V. e Luciani F., *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 12, p. 1339 ss.

Chiarella M.L., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 2016, 22, 1 ss.

Chirulli P., *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze*, in *Banca d'Italia. Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale. Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, n. 83, aprile 2018, 21 ss.

Chirulli P., *Tutela della concorrenza e potestà legislativa statale in materia di appalti pubblici: il fine giustifica i mezzi?*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 4, 740 ss.

Chiti M.P., *Un conflitto tra i giudici supremi italiani deciso dalla Corte di giustizia: "tutti gabbati"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 2, p. 225 ss.

Chiti M.P., *Principi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 285 ss.

Chiti M.P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, p. 436 ss.

Chiti M.P., *La legittimazione per risultati dell'Unione europea quale "Comunità di diritto amministrativo"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 2, p. 397 ss.

Chiti M.P., *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituzioni nazionali e operatività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 3 ss.

Chiti M.P., *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in A. Angeletti (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario. Atti del convegno*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 137 ss.

Chiti M.P., Natalini A. (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, il Mulino, 2012.

Cianflone A., Giovannini G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2018.

Cimini S., *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche: uno studio critico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

Cintioli F., *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in *federalismi.it*, 2021, 7, p. 80 ss.

Cintioli F., *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Catanzaro, Rubbettino, 2020.

Cintioli F., *Separare gli appalti dall'anticorruzione e disboscare le norme che bloccano le opere*, in *Il dubbio*, 16 aprile 2020.

Cintioli F., *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 1801 ss.

Cintioli F., L*e innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, p. 3 ss.

Cintioli F., Mazzamuto M., *Fabio Cintioli* versus *Marco Mazzamuto: riformare i contratti pubblici?*, in *Dir. econ.*, 2020, 3, p. 847 ss.

Cioffi A., *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 4/5, p. 797 ss.

Cioffi A., *Due problemi fondamentali della legittimità amministrativa (a proposito di Santi Romano e di M.S. Giannini)*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, p. 601 ss.

Cirillo G.P., *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018.

Civitarese Matteucci S., *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006.

Civitarese Matteucci S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 2, p. 405 ss.

Civitarese Matteucci S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997.

Clarich M., *Riflessioni sparse sul dualismo giurisdizionale non paritario*, in *Questione giustizia*, 2021, 1, p. 121 ss.

Clarich M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, p. 71 ss.

Clarich M., *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. mezz.*, 2016, 3, p. 737 ss.

Clarich M., *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, p. 969 ss.

Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989.

Clarich M., Pisaneschi A., *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012.

Clemente di San Luca G., *La definizione dell'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A.

Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 349 ss.

Cocchi T., *La "risoluzione facoltativa" del contratto di appalto (ex art. 108, comma 1, d.lgs. 50/2016) e le questioni sul riparto di giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Foro amm., Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, 2019, 1, p. 1 ss.

Cocconi M., *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Ist. fed.*, 2018, 1, p. 129 ss.

Cocconi M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2010.

Codacci Pisanelli A., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, Lapi, 1900, p. 251 ss.

Cognetti S., *"Quantità" e "qualità" della partecipazione: tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2000.

Colosimo C., *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 65 ss.

Comba M.E., *L'esecuzione di opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2011.

Commandatore C., *Autotutela e recesso contrattuale della p.a.*, in *Urb. app.*, 2015, 6, p. 691 ss.

Comporti G.D., *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 2, p. 434 ss.

Comporti G.D., *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 2, p. 177 ss.

Comporti G.D., *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 2015, 6, p. 1 ss.

Comporti G.D., *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2012, 3, p. 575 ss.

Comporti G.D., *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 1 ss.

Comporti G.D., *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2007, 2, p. 231 ss.

Comporti G.D., *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996.

Contessa C., *La mancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa antimafia*, in *Urb. app.*, 2015, 2, p. 204 ss.

Contieri A., Mercurio B., sub *art. 21*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Torino, Utet, 2017, 177 ss.

Corradino M., *Contenzioso e responsabilità nel settore degli appalti pubblici: elementi di continuità e di novità nel recente codice dei contratti pubblici*, in G.F. Cartei (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 428 ss.

Corso G., *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 15 ss.

Corso G., *Il diritto europeo e la sua influenza sul diritto amministrativo italiano*, in G. della Cananea, C. Franchini (a cura di), *Il diritto che cambia.* Liber amicorum *Mario Pilade Chiti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 69 ss.

Corso G., *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999.

Cortese F., *L'ambito soggettivo di applicazione*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 61 ss.

Costa P., *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.

Coviello L., *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Filangeri*, 1900, 25, p. 91 ss.

Cravero C., *Socially responsible public procurement and set-asides: a comparative analysis of the US, Canada and the EU*, in *Arctic review on law and politics*, 2017, 8, p. 174 ss.

Cresta C., *Livelli della progettazione*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 1181 ss.

Cudia C., *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 63 ss.

Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008.

Cumin G., *Nuove perplessità sulla capacità di agire delle PP.AA. in ambito negoziale?*, in *Urb. app.*, 2016, 11, p. 1191 ss.

D'Alberti M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2019.

D'Alberti M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, p. 297 ss.

D'Alberti M., *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, p. 1 ss.

D'Alberti M., *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987, p. 433 ss.

D'Alberti M., *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.

D'Aloia A., *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 331 ss.

D'Amelio M., *Abuso del diritto*, in *Noviss. Dig.*, I, Torino, Utet, 1957, p. 95 s.

D'Amico G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 2011, 7, p. 653 ss.

D'Amico G., *Recesso* ad nutum*, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, 1, p. 5 ss.

D'Ancona S., *Elementi nuovi di flessibilità nelle procedure di scelta del contraente*, in M. Cafagno, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, Milano-Udine, Mimesis, 2019, p. 205 ss.

D'Angelo G., *Il recesso dal contratto da parte della stazione appaltante a seguito di un'informazione antimafia interdittiva*, in *Urb. app.*, 2013, 12, p. 1302 ss.

D'Angelo G., *Direttiva n. 2007/66/ce e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Corr. giur.*, 2010, 6, p. 747 ss.

D'Orsogna D., *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

D'Orsogna M., *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2001.

Dallari F., *Gli appalti verdi*, in F. Mastragostino (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 89 ss.

Dallari F., *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2017, 321 ss.

De Giorgi Cezzi G., *Autonomie locali e responsabilità. Un nuovo modo di amministrare*, in *ambientediritto.it*, 2020, 4, p. 1 ss.

De Giorgi Cezzi G., *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, p. 401 ss.

De Giorgi Cezzi G., *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003.

De Giorgi Cezzi G., *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, p. 696 ss.

De Giorgi Cezzi G., *Perseo e Medusa: il giudice ordinario al cospetto del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4, p. 1023 ss.

De Lise P., *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2008.

De Martini A., *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1950.

De Mattei R., *Assolutismo*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 917 ss.

De Nictolis R., *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Bologna, Zanichelli, 2020.

De Nictolis R., *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017.

De Nictolis R., *Le procedure di scelta del contraente*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016.

De Nictolis R., *Principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza (nota a C. Cost. n. 401 del 2007)*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 1, p. 181 ss.

De Nictolis R., *Le procedure di affidamento*, in R. De Nictolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, I, *Ambito oggettivo e soggettivo, procedure di affidamento*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 676 ss.

De Pauli L., *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb. app.*, 2016, 6, p. 625 ss.

De Portu C., *La suddivisione in lotti alla prova della scelta spettante alle Stazioni appaltanti*, in *Urb. app.*, 2018, 4, p. 523 ss.

De Pretis D., *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1 bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in F. Mastragostino (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, Bononia University Press, 2007, p. 29 ss.

De Rose C., *Le novità per gli appalti pubblici e per il loro futuro: dal Libro Verde del Commissario Monti alle prospettive di mondializzazione*, pt. I, in *Cons. St.*, 1997, 3, p. 483 ss., e pt. II, in *Cons. St.*, 1997, 4, p. 691 ss.

De Valles A., *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Athenaeum, 1917.

della Cananea G., *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

della Cananea G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000.
della Cananea G., Franchini C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2013.
Delsignore M., Ramajoli M., *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, p. 61 ss.
Di Giovanni A., *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti*: green public procurement *e certificazioni ambientali*, in *Dir. econ.*, 2018, 1, p. 157 ss.
Di Majo A., *Ascesa e/o declino del diritto civile?*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 4, p. 1143 ss.
Di Majo A., *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, p. 761 ss.
Dipace R., *Procedure di approvazione dei progetti e conferenza di servizi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 1353 ss.
Dipace R., sub *Art. 64 – Il dialogo competitivo*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Torino, Utet, 2017, p. 799 ss.
Dipace R., *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, 4, p. 647 ss.
Dipace R., *La giurisdizione sul danno da provvedimento favorevole*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*, Roma, Treccani, 2012.
Dipace R., *La programmazione dei lavori pubblici (art. 128)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 621 ss.
Dipace R., *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2010, p. 601 ss.
Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006.
Domenichelli V., *Il significato della giurisdizione esclusiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 1, p. 178 ss.
Doni N., Mori P.A., *Appalti pubblici e discrezionalità: problemi e soluzioni secondo la teoria economica*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 41 ss.
Dugato M., *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in

Scritti in onore di Eugenio Picozza, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 637 ss.

Dugato M., *La partecipazione pubblica in sede di costituzione e in società già costituite*, in C. Ibba (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo unico*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 89 ss.

Dugato M., *La Corte dei conti giudice dell'erario: la tutela degli interessi finanziari della collettività*, in *Munus*, 2018, 2, p. 607 ss.

Dugato M., *Sviluppo economico e semplificazione dei procedimenti urbanistici: l'eterna illusione*, in P. Stella Richter (a cura di), *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 33 ss.

Dugato M., *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 3, p. 666 ss.

Dugato M., *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 55 ss.

Dugato M., *La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Ist. fed. Quad.*, 2011, 2, p. 5 ss.

Dugato M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 1, p. 169 ss.

Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

Eckert G., *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, in *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, diretto da E. Muller, Paris, Dalloz, 2018, p. 1 ss.

Falcon G., *Percorsi del rapporto pubblico privato*, in G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, Cedam, 2013, p. 383 ss.

Falcon G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984.

Falzea A., *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 201 ss.

Falzea A., Drafting *legislativo e formazione delle regole giuridiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, pt. I, p. 579 ss.

Fantini S., Simonetti H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2019.

Farì A., *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, V, M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 441 ss.

Ferrara R., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, p. 209 ss.

Ferrara R., *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

Ferrara R., *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, p. 651 ss.

Ferrara R., *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 6, p. 1945 ss.

Ferrara R., *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 2, p. 323 ss.

Ferrara R., *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, Utet, 1993, p. 543 ss.

Ferri G.B., *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. Ferri, C. Angelici (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, Utet, 1997, p. 97 ss.

Ferri G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966.

Fidone G., *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, p. 819 ss.

Figorilli F., *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2002.

Filippo R., *Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla procedimentalizzazione dell'informazione*, in *Resp. civ.*, 2012, 3, p. 173 ss.

Fiorentino L., *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, p. 479 ss.

Fois S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 659 ss.

Follieri E., *Gli esigui spazi della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Giustamm*, 2019.

Follieri E., *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 9, p. 2757 ss.

Follieri F., *Art. 108*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 991 ss.

Forte F., *I nuovi confini della giurisdizione sui contratti*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero – 23-25 Settembre 2010*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 191 ss.

Forti L., *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1938, 7, p. 3 ss.

Forti U., *Ancora del cosiddetto annullamento dei contratti e della competenza amministrativa*, in *Foro it.*, 1936, III, p. 284 ss.

Fracchia F., *Coronavirus, dignità umana e contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2020, 3, p. 1559 ss.

Fracchia F., *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, V, M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 375 ss.

Fracchia F., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

Fracchia F., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 0, p. 13 ss.

Fracchia F., *Analisi comparata della partecipazione procedimentale nell'ordinamento inglese ed in quello italiano*, in *Dir. soc.*, 1997, 2, p. 189 ss.

Fracchia F., *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 1, p. 11 ss.

Fracchia F., Giulietti W., *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ.*, 2020, 2, p. 203 ss.

Francario F., *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 951 ss.

Franceschelli V., *L'appalto come strumento a struttura elastica*, in *I contratti*, 1994, 4, p. 385 ss.

Franchini C., *La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

Franchini C., *La realizzazione delle grandi opere tra centro e periferia*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle*

nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 43 ss.

Franchini C., *L'appalto di lavori, servizi e forniture stipulato con le pubbliche amministrazioni*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2010, p. 5 ss.

Franchini C., *Interesse pubblico e contratto*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 471 ss.

Franchini C., *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in C. Franchini, F. Tedeschini (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 1 ss.

Franchini C., I *contratti della p.a. tra diritto pubblico e diritto privato*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Torino, Utet, 2007, p. 53 ss.

Franchini C., *La riforma dell'amministrazione pubblica*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana: un profilo*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 187 ss.

Franchini F., *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 35 ss.

Franco I., *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei "lavori in corso" per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2006, 1, p. 72 ss.

Franzoni M., *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale. Artt. 1372-1373*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2013.

Frediani E., *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quad. cost.*, 2017, 3, p. 626 ss.

Frediani E., *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. econ.*, 2015, 1, p. 49 ss.

Gabrielli E., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 3, p. 905 ss.

Gabrielli G., Padovini F., *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, p. 27 ss.

Galgano F., *Il contratto*, Padova, Cedam, 2015.

Galgano F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 2, p. 311 ss.

Galgano F., *Art. 1372 (Efficacia del contratto)*, in F. Galgano, G. Visen-

TINI, *Libro quarto - Delle obbligazioni. Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare. Art. 1372-1405*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1993, p. 1 ss.

GALLONE G., *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, Roma, Dike, 2018.

GALLONE G., *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, Bari, Cacucci, 2016.

GAMBARDELLA F., *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016.

GASPARRI P., *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 124 ss.

GAVERINI F., *L'inserimento di clausole "verdi" nelle procedure contrattuali pubbliche, tra merito e discrezionalità*, in M. ANDREIS (a cura di), *I Contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali. Mercato, ambiente, responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 99 ss.

GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 1, p. 52 ss.

GIAGNONI L., *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, in *Urb. app.*, 2018, 5, p. 645 ss.

GIAMPAOLINO A.M., GOGGIAMANI F., *Risoluzione e recesso*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, *Esecuzione, settori speciali, appalti con regimi speciali*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 361 ss.

GIANNELLI A., *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, p. 127 ss.

GIANNELLI A., *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I e II, Milano, Giuffrè, 1993.

GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1993.

GIANNINI M.S., *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Il politico*, 1977, 2, p. 205 ss.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970.

GIANNINI M.S., *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 1, p. 3 ss.

GIANNINI M.S., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963, p. 265 ss.

GIANNINI M.S., *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Roma, Jandi-Sapi, 1962.

Giannini M.S., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 988 ss.

Giannini M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.

Giannini M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939.

Giannini M.S., Piras A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 229 ss.

Gili L., *Discrezionalità amministrativa e nuova offerta economicamente più vantaggiosa alla luce del d.lgs. n. 50 del 2016*, in *Riv. trim. app.*, 2017, 1, p. 205 ss.

Gili L., *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. app.*, 2017, 1, p. 24 ss.

Gioiosa M., *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, Jovene, 2012.

Girino F., *Presupposizione*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1966, p. 775 ss.

Goisis F., *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1, p. 116 ss.

Gola M., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione II: I contratti dello Stato e degli enti territoriali tra principi di contabilità pubblica ed esigenze di armonizzazione comunitaria*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, *Parte speciale e giustizia amministrativa*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 328 ss.

Gorla G., *Offerta «ad incertam personam» (Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza)*, in *Foro it.*, 1965, I, p. 433 ss.

Gorla G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, Giuffrè, 1954.

Grassi U., *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, p. 838 ss.

Greco G., *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla Direttiva 2014/23/Ue alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 3, p. 505 ss.

Greco G., *Argomenti di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2017.

Greco G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 3-4, p. 729 ss.

Greco G., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: principi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, p. 69 ss.

Greco G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003.

Greco G., *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano (direttive 89/440/CEE e 89/665/CEE)*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 11 ss.

Greco G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986.

Greco T., *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, in *Etica e politica*, 2018, 1, p. 249 ss.

Grifasi R., *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, Milano, Giuffrè, 2016.

Grossi P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020.

Grossi P., *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. 32 (2003)*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 25 ss.

Guarino G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1994.

Guarino G., *Intorno alla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1965, 2, p. 397 ss.

Guarneri A., *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 2, p. 253 ss.

Guarneri A., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 5, p. 799 ss.

Guarnieri E., *Riflessioni sulla (in)sindacabilità dell'atto di recesso dal contratto di appalto pubblico*, in *Munus*, 2019, 1, p. 47 ss.

Guarnieri E., *Procedura ristretta, forcella e scelte negoziali: interrogativi sul rilancio di una procedura poco utilizzata*, in *Munus*, 2019, 2, p. 419 ss.

Guarnieri E., *Un riparto di giurisdizione per le sanzioni di Banca d'Italia e di Consob?*, in *Banca impr. soc.*, 2019, 3, p. 559 ss.

Guastini R., *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, p. 84 ss.

Guicciardi E., *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957.

Guicciardi E., *«Causa petendi» e «petitum»: verso la soluzione di una crisi?*, in *Giur. it.*, 1949, 3, p. 145 ss.

Guiccione C., *Le consultazioni preliminari di mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 1, p. 109 ss.

Hatzis N., *The legality of SME development policies under EC procurement law*, in S. Arrowsmith, P. Kunzlik (a cura di), *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 345 ss.

Heimler A., *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, 1, p. 181 ss.

Idoux P., *La commande publique au service du développement durable*, in E. Muller (diretto da), *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, Paris, Dalloz, 2018, p. 107 ss.

Immordino M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, Giappichelli, 1999.

Ingegnatti S., *Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il punto della Plenaria*, in *Giur. it.*, 2021, 1, p. 157 ss.

Ingrosso M., *Istituzioni di diritto finanziario*, Napoli, Jovene, 1935.

Invernizzi R., *Dialogo competitivo*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 93 ss.

Irti C., *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in *Contr. impr. europa*, 2017, 1, p. 183 ss.

Kant I., *Lo Stato di diritto*, Roma, Editori Riuniti, 1973.

Kidalov M.V., Snider K.F., *US and European public procurement policies for small and medium-sized enterprises (SME): a comparative perspective*, in *Business and politics*, 2011, 13, p. 1 ss.

Kunzlik P., *The 2014 public procurement package. One-step forward and two back for green and social procurement*, in Y. Marique, K. Wauters (a cura di), *EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 139 ss.

Kurcani K., *La rotazione nei contratti pubblici sotto soglia: un principio dai confini incerti*, in *Munus*, 2019, 1, p. 343 ss.

La Palombara J., *Gruppi di pressione e pubblica amministrazione*, in *Problemi della pubblica amministrazione*, II, Bologna, Zanichelli, 1959, p. 141 ss.

Lacava C., *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, p. 459 ss.

Lacava C., *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, p. 1141 ss.

Lacava C., *I contratti pubblici tra Stato e Regioni e la tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 6, p. 624 ss.

Laferrière E., *Traité de la jurisdiction administrative*, I, Parigi, Berger-Levrault, 1896.

Lalli A., *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

Lamberti C., *Consultazioni preliminari di mercato, partecipazione precedente di candidati o offerenti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 209 ss.

Lamberti C., *Il punto di vista amministrativistico*, in *Urb. app.*, 2010, 4, p. 427 ss.

Lamberti C., Villamena S., *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, in *Urb. e app.*, 2015, 8-9, p. 873 ss.

Latouche S., *La scommessa della decrescita*, Milano, Feltrinelli, 2007.

Lazzara P., Viti V., sub *Art. 66. Consultazioni preliminari di mercato*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 647 ss.

Ledda F., *Il problema dei contratti nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1965, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, p. 3 ss.

Ledda F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 2, p. 133 ss.

Ledda F., *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, Giuffrè, 1982, p. 319 ss.

Ledda F., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giurisdizione del Consiglio di Stato, Atti del V Seminario della Sezione Umbra del C.I.S.A. Perugia 1970*, Firenze, Noccioli, 1972, p. 17 ss.

Ledda F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1965.

Levi F., *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 124 ss.

Levi F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967.

Libertini M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014.

Libertini M., *L'azione pubblica e i mercati*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, Giuffrè, 2007, p. 391 ss.

Liguori F., *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

Lipari M., *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lgs. n. 53 del 2010*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 1, p. 56 ss.

Lipari M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *federalismi.it*, 2008, 9, p. 1 ss.

Lipari M., *La nuova giurisdizione esclusiva in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici appalti*, in *Urb. app.*, 1998, 6, p. 592 ss.

Loi M.L., Tessitore F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1975.

Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, Giuffrè, 2000.

Lombardi P., *Le parti del procedimento amministrativo: tra procedimento e processo*, Torino, Giappichelli, 2018.

Lombardo F., sub. *art. 128*, in S. Baccarini, G. Chinè, R. Proietti (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 1467 ss.

Lomonaco G., *Appalto*, in *Enc. giur. it.*, I, pt. III, 1893, Milano, Società editrice libraria, p. 1 ss.

Lopilato V., *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 4, p. 1519 ss.

Lorenzoni L., *I princìpi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, Jovene, 2018.

Lucattini S., *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 3, p. 1415 ss.

Luciani M., *Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro it.*, 2018, 2, V, p. 100 ss.

Luciani M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, p. 1 ss.

Luciani M., *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, 2, p. 145 ss.

Luhmann N., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A. Febbrajo, Milano, Giuffrè, 1995.

Luhmann N., *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983.

Lunardelli M., *Il procedimento a evidenza pubblica come strumento di prevenzione della corruzione*, in A. Pertici, M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno, Pisa, 5 ottobre 2018*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 165 ss.

Macchia M., *Il procedimento amministrativo a trent'anni dalla legge generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 6, p. 697 ss.

Macchia M., *La qualificazione delle amministrazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, p. 50 ss.

Macchia M., *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 4, p. 403 ss.

Magazzù A., *Il recesso del committente dall'appalto*, in *Giust. civ.*, 2009, 12, p. 455 ss.

Maggiolo M., *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, 3, p. 867 ss.

Manfredi G., *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome* nimby, in *Urb. app.*, 2018, 5, p. 604 ss.

Manfredonia B., *I contratti* con *la pubblica amministrazione. Interessi, funzioni, interpretazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

Manganaro F., *Recesso dall'appalto pubblico e giurisdizione ordinaria*, in *Urb. app.*, 2014, 7, p. 798 ss.

Manganaro F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

Manganaro F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

Manganaro F., Gardini S., *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Urb. app.*, 2015, 4, p. 457 ss.

Mangani R., *La tutela della concorrenza e l'ordinamento civile nel Codice dei contratti pubblici: la Corte costituzionale promuove il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni contenuto nel d.lgs. n. 163 del 2006*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 4, p. 776 ss.

Mannori L., Sordi B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

Mantellini G., *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1880*, in *Legge*, 1881, I, p. 787 ss.

Manzetti V., *Il "dibattito pubblico" nel nuovo codice dei contratti*, in *federalismi.it*, 2018, 5, p. 1 ss.

Marchetti B., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, p. 95 ss.

Martin-Retortillo S., *El derecho civil en la genesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.

Marzaro P., *Nuove dinamiche e antichi doveri nel sostegno e nella promo-*

zione della cultura: dalle radici della questione museale ai diritti delle generazioni future, in *Nomos*, 2019, 2, p. 1 ss.

Marzaro P., *Grandi imprese in crisi, leggi «interpretative» e uso strumentale del riparto di giurisdizione (sulla legge 23 agosto 1988, n. 391)*, in *Dir. soc.*, 1990, 2, p. 299 ss.

Marzuoli C., *Tutela del cittadino e "privatizzazione" dell'amministrazione*, in E. Rozo Acuña (a cura di), *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 243 ss.

Marzuoli C., *Consenso e attività amministrativa in due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 2, p. 585 ss.

Marzuoli C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2, p. 393 ss.

Marzuoli C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982.

Marzuoli C., Orsi Battaglini A., *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 3, p. 895 ss.

Massella Ducci Teri N., *Contributo ad una teoria generale del negozio di recesso*, Milano, Giuffrè, 2016.

Massera A., *Principi procedimentali*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 331 ss.

Massera A., *Noterelle sui contratti come modalità e strumento di amministrazione*, in G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, Cedam, 2013, p. 249 ss.

Massera A., *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, Pisa University Press, 2011.

Massera A., *Contratto e pubblica amministrazione*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 902 ss.

Massera A., *I contratti*, in *Diritto amministrativo generale*, II, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1547 ss.

Mattarella B.G., *Burocrazia «normativa»: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *Analisi giur. econ.*, 2020, 1, p. 75 ss.

Mattarella B.G., *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, p. 613 ss.

Mattarella B.G., *Poteri amministrativi e poteri privati: convergenze e divergenze*, in G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, Cedam, 2013, p. 363 ss.

Mattarella B.G., *Discrezionalità amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1993 ss.

Mattarella B.G., *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, p. 979 ss.

Mattarella B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000.

Mazzamuto M., *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 5, p. 675 ss.

Mazzamuto M., *La matrice dottrinaria del filoprivatismo: Massimo Severo Giannini*, in *Annuario AIPDA 2013. Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 23 ss.

Mazzamuto M., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in a M. Renna, F. Saitta (cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 3 ss.

Mazzamuto M., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, p. 463 ss.

Mazzamuto M., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, p. 143 ss.

Mazzamuto M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

Mazzamuto M., *I raggruppamenti temporanei di impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1, p. 179 ss.

Mazzamuto S., *L'eclissi e l'antieclissi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 4, p. 1133 ss.

Mazzamuto S., *A proposito del libro di Mario Barcellona "Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 2, p. 469 ss.

Mazzuca M., *Incidenza degli interessi pubblici e privati nel contratto di appalto: il recesso*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

Melé P., *Conflicts de proximité et dynamiques urbaines*, Rennes, Pur Editions, 2013.

Melis G., *Culture dei tecnici e amministrazione nell'Italia di ieri e di oggi*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, p. 291 ss.

Melis G., *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, p. 469 ss.

Melis G., *Burocrazie non burocratiche. Il lavoro dei tecnici nelle amministrazioni tra Otto e Novecento*, Torino, Rosenberg&Sellier, 1998.

Meregazzi R., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in G. Miele (a cura di), *La giustizia amministrativa*, *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza, 1968, p. 199 ss.

Merusi F., *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in L. Ammannati, P. Corrias, F. Sartori, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), *I giudici e l'economia*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 51 ss.

Merusi F., *L'"imbroglio" delle riforme amministrative*, Modena, Mucchi, 2016.

Merusi F., *Dal 1865… e ritorno… al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, p. 671 ss.

Merusi F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino 2012.

Merusi F., *Creatività giurisprudenziale e finzione. La tutela del terzo nel processo amministrativo nell'ipotesi di attività liberalizzate*, in *Giur. it.*, 2012, 2, p. 435 ss.

Merusi F., *Commento agli artt. 1-3*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo: commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 65 ss.

Merusi F., *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 4, p. 939 ss.

Merusi F., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2007.

Merusi F., *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, p. 649 ss.

Merusi F., *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.* - TAR, 2004, 2, p. 569 ss.

Merusi F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001.

Merusi F., *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, p. 21 ss.

Merusi F., Frediani E., *Itinerari della tutela del cittadino. Errori, rimedi e fantasie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Merusi F., Toscano G., *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss.

Messineo F., *Il contratto in genere*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, Milano, Giuffrè, 1973.

Messinetti D., *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 1 ss.

Miccio R., *Il pubblico interesse nell'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1948, 1, p. 291 ss.

Michiara P., *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale. Profili ricostruttivi dell'istituto*, Padova, Cedam, 1997.

Miele G., *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1961, p. 686 ss.

Miele G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, p. 67 ss.

Migliorini L., *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 1, p. 274 ss.

Militerni G.M., *L'esecuzione del contratto*, in S. Gallo (a cura di), *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 215 ss.

Mirra V., *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?*, in *Urb. app.*, 2020, 5, p. 680 ss.

Modugno F., *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 301 ss.

Molanschi V., *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Prime riflessioni sul d.P.C.M. n. 76 del 2018*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 3, p. 386 ss.

Molanschi V., *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Moliterni A., *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 4, p. 505 ss.

Moliterni A., *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione. Atti del Convegno tra giovani studiosi tenutosi alla Sapienza il 2 febbraio 2017*, Napoli, Jovene, 2018, p. 225 ss.

Moliterni A., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016.

Montedoro G., *Spunti per la "decostruzione" della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *Amministrazione in cammino*, 2009, p. 1 ss.

Monteduro M., *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Riv. AIC*, 2018, 2, p. 1 ss.

Monteduro M., Tommasi S., *Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi. Atti del 9° Convegno Nazionale SISDiC, Napoli, 8-9-10 maggio 2014, in ricordo di Giovanni Gabrielli*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 161 ss.

Montinaro R., *La scelta del contraente mediante gara nei contratti privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, p. 954 ss.

Montini M., *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 147 ss.

Morbidelli G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, p. 273 ss.

Morbidelli G., *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 531 ss.

Morbidelli G., *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa (con particolare riguardo alla disciplina dell'abuso d'ufficio)*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, Jovene, 1999, p. 1017 ss.

Morbidelli G., *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 4, p. 743 ss.

Moro S., *La programmazione dei lavori pubblici*, in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture,* II, Padova, Cedam, 2014, p. 1187 ss.

Morrone A., *I principi di imparzialità e buon andamento come vincolo per il legislatore*, in *Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 11 ss.

Morzenti Pellegrini R., *Le procedure di scelta del contraente*, in C.E. Gal-

LO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 55 ss.

MOSCARINI L.V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1988.

MOSCARINI L.V., *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 4, p. 803 ss.

MOSEY D., *Dialogo sugli appalti collaborativi*, a cura di E. PARISI, N. POSTERARO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

MULAZZANI G., *La collaborazione pubblico-privato e la sussidiarietà orizzontale da principio a modello efficace per lo sviluppo*, Bari, Cacucci, 2020.

MUSCARI G., *Osservazioni sulle leggi dell'amministrazione civile del Regno delle due Sicilie*, Napoli, Marotta, 1824.

MUSOLINO G., *Art. 109*, in A. CARULLO, G. IUDICA (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, Wolters Kluwer - Cedam, 2018, p. 1063 ss.

NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2020.

NAPOLITANO G., *È atipico il ruolo dell'Anac sui contratti pubblici*, in *Il Corriere della Sera*, 28 aprile 2017, 24.

NAPOLITANO G., *Il principio di contrattualità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 551 ss.

NAPOLITANO G., *Funzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2006, p. 2631 ss.

NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 216 ss.

NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1, p. 18 ss.

NERVI A., *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, RomaTre-Press, 2018, p. 507 ss.

NICHOLAS C., MÜLLER A.C., *SME Participation in Government Procurement Markets*, in T. RENSMANN (a cura di), *Small and medium-sized enterprises in International economic law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 123 ss.

Nigro M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1429 ss.

Nigro M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 699 ss.

Nigro M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 1, p. 5 ss.

Nigro M., *Conclusioni*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987, p. 965 ss.

Nigro M., *La riforma del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980.

Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1976.

Nigro M., *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, Cedam, 1972, p. 1125 ss.

Nigro M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 3, p. 715 ss.

Nigro M., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 810 ss.

Nigro M., *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, 1, p. 457 ss.

Nigro M., *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953.

Nunzia M., *La sospensione degli effetti del contratto da parte del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1, p. 91 ss.

Nuzzo M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1974

Oberto G., *Offerta al pubblico*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XIII, Torino, Utet, 1997, p. 9 ss.

Occhiena M., *Il coraggio di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2020, 2, p. 1 ss.

Occhiena M., *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Dir. econ.*, 2013, 2, p. 521 ss.

Occhiena M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

Occhiena M., Posteraro N., *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. econ.*, 2019, 3, p. 27 ss.

Occhilupo R., Palumbo G., Sestito P., *Le scelte di localizzazione delle ope-*

re pubbliche: il fenomeno Nimby, in F. Balassone, P. Casadio (a cura di), *Le infrastrutture in Italia: Dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, Banca d'Italia Eurosistema, 2011, 7, p. 319 ss.

Oppo G., *Note sulla contrattazione di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, p. 629 ss.

Oppo G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 1, p. 25 ss.

Orestano R., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, p. 149 ss.

Orlando V.E., *La giustizia amministrativa*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, Società editrice italiana, 1900.

Orlando V.E., *Introduzione al diritto amministrativo*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, I, Milano, Società editrice libraria, 1897.

Orlando V.E., *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, G. Barbera, 1891.

Orsi Battaglini A., *Alla ricerca dello stato di diritto: per una giustizia "non amministrativa" (*Sonntagsgedanken*)*, Milano, Giuffrè, 2005.

Orsi Battaglini A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1, p. 3 ss.

Orsoni G., sub *Art. 14. Programmazione dei lavori pubblici*, in A. Carullo, A. Clarizia (a cura di), *La legge «quadro» in materia di lavori pubblici*, I, Padova, Cedam, 2004, p. 664 ss.

Ottaviano V., *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 367 ss.

Pagni I., *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 401 ss.

Pajno A., *Un Memorandum "virtuoso"*, in *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti*, a cura di italiadecide, Bologna, il Mulino, 2018, p. 37 ss.

Pajno A., *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 3, p. 555 ss.

Pajno A., *Giurisdizione esclusiva ed «arbitrato» costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, p. 983 ss.

Pajno A., *Il riparto della giurisdizione*, in *Diritto amministrativo speciale*, V, *Il processo amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 4193 ss.

Pajno A., *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 4, 658 ss.

Palmieri D., *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1999.

Pantalone P., *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Paolantonio N., *Articolo 1, comma 1*-bis*: principi generali dell'attività amministrativa*, in N. Paolantonio, 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, Giappichelli, 2005, p. 77 ss.

Paolantonio N., *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, p. 413 ss.

Parisi S., *La gerarchia delle fonti. Ascesa declino mutazioni*, Napoli, Jovene, 2012.

Passarella A., *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di Pirro?*, in *I contratti*, 2014, 2, p. 146 ss.

Pastori G., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1303 ss.

Pastori G., *La pubblica amministrazione*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 519 ss.

Pastori G., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 29 ss.

Pastori G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 11, p. 3165 ss.

Patrito P., *Opere pubbliche e società civile: il dibattito pubblico*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1609 ss.

Patrito P., *Premesse storiche e comparatistiche per uno studio sulla partecipazione al procedimento amministrativo*, Canterano, Aracne, 2018.

Patrito P., *Il nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1, p. 335 ss.

Patroni Griffi F., *La giustizia amministrativa nel 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 1, p. 11 ss.

Patroni Griffi F., *La giustizia amministrativa nel 2019*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, p. 140 ss.

Patti G., Patti S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1993.

Patti S., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 1 ss.

Pellizzer F., *La programmazione e la progettazione*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 243 ss.

Pennasilico M., *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2020, 2, p. 823 ss.

Pennasilico M., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 1, p. 4 ss.

Pennasilico M., *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, p. 1246 ss.

Pennasilico M., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, p. 37 ss.

Pennasilico M., *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 3, p. 753 ss.

Pennazzi Catalani L., *La configurabilità dell'abuso del diritto nell'esercizio del recesso* ad nutum, in G. Grisi (a cura di), *L'abuso del diritto: in ricordo di Davide Messinetti*, Roma, RomaTrE-Press, 2019, p. 23 ss.

Pepe G., *Dibattito pubblico ed infrastrutture in una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 2019, 5, p. 1 ss.

Perchinunno F., *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, Bari, Cacucci, 2005.

Perfetti L., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, p. 43 ss.

Perfetti L.R., *Suddivisione in lotti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 237 ss.

Perfetti L., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *Dir. econ.*, 2017, 1, p. 3 ss.

Perfetti L., *Fermo amministrativo e posizione dell'amministrazione debitrice. L'art. 69, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, come norma derogatoria o diritto potestativo civilistico*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 12, p. 3150 ss.

Pericu G., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione*

I: Le ipotesi ricostruttive. I modelli giuridici dell'attività consensuale, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, *Parte speciale e giustizia amministrativa*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 283 ss.

Pericu G., *I procedimenti di massa*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 95 ss.

Perongini S., *La giurisdizione*, in G.P. Cirillo, S. Perongini (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 43 ss.

Perongini S., *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 39 ss.

Perongini S., *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico*, II, *Il provvedimento amministrativo «ora per allora»*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

Perongini S., *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

Picozza E., *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2010, p. 29 ss.

Picozza E., *Genesi e trasformazione del procedimento amministrativo: influenza sulla attività contrattuale della pubblica amministrazione. Profili problematici*, in C. Franchini, F. Tedeschini (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, , Torino, Giappichelli, 2009, p. 25 ss.

Picozza E., *Attività private, interessi pubblici, giurisdizione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1996, 2, 801 ss.

Picozza E., Sandulli M.A., Solinas M., *I lavori pubblici*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, X, Padova, Cedam, 1990.

Piperata G., *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 29 ss.

Piperata G., *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società*

di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti, in F. Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo unico: d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1 ss.

Piperata G., *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 1, p. 77 ss.

Piperata G., *La scienza del diritto amministrativo e il diritto privato*, in L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 167 ss.

Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005.

Piraino S., *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, Giuffrè, 1990.

Piras A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss.

Pizzorusso A., *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1977, 1, p. 57 ss.

Poggi A., *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *www.astrid-online.it*, 2008.

Polacco V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1915.

Police A., *Il contributo di Franco Ledda alla evoluzione della giurisdizione esclusiva del g.a.*, in L. Giani, A. Police (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 255 ss.

Police A., *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 41 ss.

Police A., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XLII, Padova, Cedam, 2014, p. 135 ss.

Police A., *La tutela giurisdizionale*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Torino, Utet, 2007, p. 749 ss.

Police A., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, p. 974 ss.

Police A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001.

Police A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, Cedam, 2000.

Police A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

Police A., Grüner G., *Le fonti*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti pubblici di appalto pubblico*, Torino, Utet, 2010, p. 109 ss.

Pontara G., *Etica e generazioni future*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

Portaluri P.L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, Giuffrè, 1998.

Proietti R., *Riparto di giurisdizione e di competenza legislativa in tema di appalti: stipula del contratto e revoca dell'aggiudicazione*, in *Urb. app.,* 2011, 4, p. 420 ss.

Proto Pisani A., *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, 3, V, p. 186 ss.

Pugliatti S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964.

Pugliese F.P., *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 2, p. 1469 ss.

Quartulli A., *Bandi di gara e inviti a licitazioni private*, in A. Marzano (a cura di), *Appalto di opere pubbliche*, Roma, ESAC, 1987, p. 99 ss.

Quartulli A., *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, p. 1517 ss.

Racca G.M., *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 2020, 4, p. 4669 ss.

Racca G.M., *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 171 ss.

Racca G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000.

Racca G.M., Ponzio S., *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, 1, p. 33 ss.

Raganelli B., *PMI, procurement e favor partecipationis*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 3-4, p. 839 ss.

Raganelli B., *Contratti pubblici e piccole medie imprese. Gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 2, p. 551 ss.

Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, in *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 323 ss.

Ramajoli M., *Pluralismo giurisdizionale e situazioni soggettive sostanziali*, in *Questione giustizia*, 2021, 1, p. 86 ss.

Ramajoli M., *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, p. 147 ss.

Ranelletti O., *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1949.

Ranelletti O., *Diritto pubblico e privato nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1941, 1, p. 26 ss.

Ranelletti O., *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Luigi Pierro, 1912.

Ranelletti O., *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, p. 337 ss.

Reggio d'Aci M., *Responsabilità pre-contrattuale negli appalti pubblici e casistica giurisprudenziale*, in *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali*, Torino, Utet, 2009, p. 265 ss.

Renna M., *Responsabilità della pubblica amministrazione a) Profili sostanziali*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 800 ss.

Renna M., *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 1, p. 37 ss.

Renna M., *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, in G. della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 505 ss.

Rescigno G.U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2, p. 247 ss.

Rescigno P., *Manuale di diritto privato*, a cura di G.P. Cirillo, Milanofiori, Assago, Jovene, 2000.

Rescigno P., *Abuso del diritto*, Bologna, il Mulino, 1998.

Ricchi M., *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 145 ss.

Riccio A., *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1, p. 11 ss.

Ricciuto V., Nervi A., *Il contratto della pubblica amministrazione*, in P.

Perlingieri (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

Roehrssen G., *La Corte costituzionale e il diritto amministrativo*, in *Dir. soc.*, 1985, 1, p. 5 ss.

Roehrssen G., *La giurisdizione esclusiva*, in *Imp. amb. e p.a.*, 1978, 1, p. 119 ss.

Roehrssen G., *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1959.

Rolli R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, Cedam, 2008.

Romanelli V.M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939.

Romano A., *Introduzione*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 1 ss.

Romano A., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1, p. 1 ss.

Romano S., *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libraria, 1906.

Romano S., *Diritto amministrativo*, Milano, Società Editrice Libraria, 1901.

Romano S.A., *Procedura ad evidenza pubblica e contratto*, in *Giur. it.*, 2014, 11, p. 2546 ss.

Romano S.A., *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 531 ss.

Romano S.A., *L'attività privata degli enti pubblici. Problemi generali. La capacità giuridica privata*, Milano, Giuffrè, 1979.

Romano Tassone A., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 4, p. 559 ss.

Romano Tassone A., *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in A. Cavallari, G. De Giorgi Cezzi, G.L. Pellegrino, P.L. Portaluri, E. Sticchi Damiani, A. Vantaggiato (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 101 ss.

Romano Tassone A., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 1 ss.

Romano Tassone A., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 966 ss.

Romano Tassone A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987.

Romeo A., *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, p. 551 ss.

Roppo V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 957 ss.

Roppo V., *Il contratto*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2001.

Rordorf R., *L'incerto confine tra le giurisdizioni*, in *www.amministrativistiveneti.it*, 23 febbraio 2021.

Roversi Monaco F., *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, Giuffrè, 1967.

Roversi Monaco M., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa. Profili ricostruttivi*, Bari, Cacucci, 2018.

Rubino D., Iudica G., *Appalto*, in *Libro quarto: Obbligazioni art. 1655-1677*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2007, p. 297 ss.

Sacchi Morsiani G., *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, App. III, Torino, Utet, 1982, p. 219 ss.

Sacco R., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg. VII, Torino, Utet, 2012, p. 1 ss.

Sacco R., De Nova G., *Il contratto*, I e II, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 2004.

Saitta F., *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010.

Sala G., *Le modifiche dopo la stipula dei contratti pubblici*, in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, I, Padova, Cedam, 2014, p. 465 ss.

Sala G., *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica*, in V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, Padova, Cedam, 2008, p. 31 ss.

Sala G., *Operazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, p. 319 ss.

Salandra A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, Utet, 1904.

Salvago S., *La ripartizione della giurisdizione negli appalti pubblici*, in *Giust. civ.*, 2013, 11-12, p. 771 ss.

Salvatore P., *La legalità nell'amministrazione*, in *Giur. amm.*, 2007, IV, p. 97 ss.

Salvi C., *Abuso del diritto (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss.

Salvia F., *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 2, p. 235 ss.

Sanchez-Graells A., *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?*, in 22 *European public law*, 2016, p. 377 ss.

Sandulli A., *Quali riforme per la pubblica amministrazione?*, in *Munus*, 2019, 3, p. III ss.

Sandulli A., *Il codice dei contratti pubblici tra resistenze nazionali e spinte europee*, in *Munus*, 2019, 3, p. 669 ss.

Sandulli A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009.

Sandulli A., *Il procedimento*, in *Diritto amministrativo generale*, II, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1035 ss.

Sandulli A., *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 2, p. 329 ss.

Sandulli A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1964.

Sandulli A.M., *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro it.*, 1949, I, p. 32 ss.

Sandulli M.A., *L'oggetto*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *I principi generali, i contratti pubblici, i soggetti*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 5 ss.

Sandulli M.A., *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, p. 555 ss.

Sandulli M.A., *Decadenza (diritto amministrativo*), in *Enc. giur.*, XI, Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss.

Sandulli M.A., Sinisi M., *Risoluzione e autotutela pubblicistica*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, *Esecuzione, settori speciali, appalti con regimi speciali*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 389 ss.

Sangiorgi S., *Recesso*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, p. 1 ss.

Sapone N., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2008.

SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969.

SATTA F., CARDARELLI F., *Il contratto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 2, p. 205 ss.

SCALISI V., *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 2, pt. I, p. 147 ss.

SCHMIDT-ASSMANN E., *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*, in J. BARNES (a cura di), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla, Derecho Global, 2012, p. 27 ss.

SCHMITT C., *Il concetto di politico*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del «politico»*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 87 ss.

SCHOENMAEKERS S., *The role of SMEs in promoting sustainable procurement*, in B. SJAFJELL, A. WIESBROCK (a cura di), *Sustainable public procurement under EU law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 160 ss.

SCIULLO G., *L'organizzazione amministrativa: principi*, Torino, Giappichelli, 2013.

SCIULLO G., *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993.

SCOCA F.G., *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, p. 1 ss.

SCOCA F.G., *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, p. 1097 ss.

SCOCA F.G., *Il potere giuridico. La potestà*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 21 ss.

SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

SCOCA F.G., *Provvedimenti di autotutela e loro qualificazione: nuovo conflitto sulla giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2012, 11, p. 2398 ss.

SCOCA F.G., *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, 1, p. 439 ss.

SCOCA F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 2, p. 797 ss.

SCOCA F.G., *Il punto sulla disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, p. 5 ss.

SCOCA F.G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a

cura di), *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 283 ss.

Scoca F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 75 ss.

Scoca F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, p. 431 ss.

Scoca F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, p. 1045 ss.

Scoca F.G., *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, Jovene, 1999, p. 1261 ss.

Scoca F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 255 ss.

Scoca F.G., *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in L. Mazzarolli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1990, p. 171 ss.

Scoca F.G., Follieri E., *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 159 ss.

Scoca S.S., *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2010, p. 289 ss.

Scoca S.S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2008.

Scognamiglio R., *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1970.

Scotti E., *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, p. 493 ss.

Sénécal G., *Conflits de proximité et coopération: Une géographie des acteurs et des interactions sociales*, in *Cahiers de géographie du Québec*, 2005, vol. 49, n. 138, p. 277 ss.

Senzani D., *L'evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. La selezione delle offerte*, in *Diritto dei contratti pubblici*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 385 ss.

Senzani D., *Commento all'art. 14, legge 11 febbraio 1994, n. 109*, in A. Ca-

RULLO, A. CLARIZIA (a cura di), *La legge «quadro» in materia di lavori pubblici*, II, Padova, Cedam, 2004, p. 1849 ss.

SENZANI D., *Art. 14. Programmazione dei lavori pubblici*, in A. CARULLO, A. CLARIZIA (a cura di), *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, Cedam, 2000, p. 448 ss.

SEPE O., *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 986 ss.

SERENI LUCARELLI C., *La regolazione del lobbying come forma di prevenzione alla corruzione: il potenziale ruolo dell'ANAC*, in *Ist. fed.*, 2018, 3-4, p. 605 ss.

SERIO M., *Presupposizione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, Utet, 1996, p. 294 ss.

SERRANI D., *Lo Stato finanziatore*, Milano, FrancoAngeli, 1971.

SIGISMONDI G., *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012.

SIMONE S., ZANETTINI L., *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 119 ss.

SIMONETTI H., *Riparare agli errori commessi… Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2015, 12, p. 1252 ss.

SINISI M., *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, Giappichelli, 2017.

SINISI M., *Il riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici: la persistenza di alcuni nodi problematici alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2013, p. 91 ss.

SJÅFJELL B. e WIESBROCK A., *Why should public procurement be about sustainability?*, in B. SJÅFJELL, A. WIESBROCK (a cura di), *Sustainable Public Procurement Under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 1 ss.

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2018.

SORDI B., *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020.

SORDI B., *Il controllo della discrezionalità nei modelli ottocenteschi di giustizia amministrativa. Qualche spunto per uno studio storico-comparativo*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 31 ss.

Sordi B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 4, p. 483 ss.

Spasiano M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.

Spasiano M.R., *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la «regola del caso»*, in *Dir. amm.*, 2000, 1, p. 131 ss.

Spasiano M.R., Calabrò M., *Dall'individuazione delle esigenze del committente alla progettazione degli interventi*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2010, p. 219 ss.

Sticchi Damiani E., *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Ius publicum*, settembre 2012, p. 1 ss.

Sticchi Damiani E., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, p. 240 ss.

Sticchi Damiani E., *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 11, p. 3719 ss.

Sticchi Damiani E., *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999.

Sticchi Damiani E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffrè, 1992.

Stipo M., *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 909 ss.

Taglianetti G., *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per motivi di interesse pubblico. Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 3, p. 619 ss.

Tarullo S., *Il principio di collaborazione procedimentale: solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008.

Torchia L., *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, in *Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 71 ss.

Torchia L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, p. 1 ss.

Torchia L. (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Bologna, il Mulino, 2017.

Torchia L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 2, p. 291 ss.

Torchia L., *Discussione*, in F. Balassone, P. Casadio (a cura di), *Le infrastrutture in Italia: Dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, Banca d'Italia Eurosistema, 2011, 7, p. 357 ss.

Torchia L., Cassese S., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2018.

Torelli G., *Residenti e non residenti nel rapporto con le Istituzioni tra equiparazioni e disuguaglianze*, in *Le Regioni*, 2020, 6, p. 131 ss.

Torrente A., Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli, C. Granelli, Milano, Giuffrè, 2017.

Torricelli S., *Il principio di buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'amministrazione) di informarsi*, in *Munus*, 2020, 3, p. 477 ss.

Torricelli S., *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 1 ss.

Torricelli S., *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 3, p. 953 ss.

Torricelli S., *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 7 ss.

Torricelli S., *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.

Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. Trabucchi, Padova, Cedam, 2017.

Traina D.M., *Verso il recepimento delle direttive sugli appalti pubblici: il dialogo competitivo (e di alcuni problemi circa la competenza delle regioni)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 6, p. 1967 ss.

Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021.

Travi A., *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, in M. Cafagno, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, Milano-Udine, Mimesis, 2019, p. 41 ss.

Travi A., *Giudizio civile e giudizio amministrativo: le ragioni e le espressioni della diversità*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle rifor-*

me. Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 67 ss.

Travi A., *Il confronto fra diritto amministrativo e diritto privato: dal principio di non contraddizione alla logica dei colori*, in G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, Cedam, 2013, p. 377 ss.

Travi A., *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrative e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, in *Urb. app.*, 2012, 11, p. 1148 ss.

Travi A., *Gli art. 24 e 111 Cost. come principî unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, 6, V, p. 165 ss.

Travi A., *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 8, p. 1048 ss.

Travi A., *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 1, p. 91 ss.

Travi A., *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, 6, V, p. 168 ss.

Travi A., *Interessi procedimentali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto (A proposito di due contributi di Duret e di Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 2, p. 531 ss.

Travi A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 1, p. 91 ss.

Treves G., *L'organizzazione amministrativa*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1975.

Trimarchi Banfi F., *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, 12, p. 1555 ss.

Trimarchi Banfi F., *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, p. 1 ss.

Trimarchi Banfi F., *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, p. 15 ss.

Trimarchi Banfi F., *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 3, p. 947 ss.

Trimarchi Banfi F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, p. 661 ss.

Trimarchi Banfi F., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1, p. 35 ss.

Trimarchi F., *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, p. 627 ss.

Trimarchi M., *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, in M. Trimarchi, A. Federico, M. Astone, C. Ciraolo, A. La Spina, F. Rende, E. Fazio, S. Carabetta (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi, Messina 27-28 maggio 2016*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 27 ss.

Trimarchi M., *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 2, p. 827 ss.

Trocker N., *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 949 ss.

Troise Mangoni W., *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, Giappichelli, 2016.

Tropea G., Giannelli A., *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una "semplificazione" in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus*, 2020, 1, p. 277 ss.

Turco C., *L'interesse negativo nella* culpa in contrahendo *(verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 2, p. 165 ss.

Vaccari S., *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, p. 255 ss.

Valaguzza S., *Collaborare nell'interesse pubblico. Perché passare dai modelli antagonisti agli accordi collaborativi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Valaguzza S., *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Valletti A., *Il giudice amministrativo e il subappalto: più di un'occasione mancata*, in *Urb. app.*, 2008, 4, p. 475 ss.

Veltri G., *Immediata impugnazione dei bandi di gara: regole, eccezioni, fermenti giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2013, 4, p. 955 ss.

Verga A., *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, Cedam, 1941.

Vidal R., *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, in *Revue de droit public*, 1952, p. 275 ss.

Villamena S., *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, 2020, 4, p. 933 ss.

Villamena S., *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambien-*

tale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 3, p. 101 ss.

Villamena S., sub *Art. 21*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 144 ss.

Villamena S., *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. econ.*, 2015, 2, p. 355 ss.

Villata R., *L'atto amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 767 ss.

Villata R., *Prime considerazioni sull'art. 33 del d.lg. n. 80/1998*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1, p. 281 ss.

Villata R., Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

Villata S.A., *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 3, p. 773 ss.

Vinti S., *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2020, n. 12, p. 252 ss.

Vinti S., *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, Giappichelli, 2014.

Vinti S., *Il dialogo competitivo: troppo rigido nella fase creativa, poco regolato in quella comparativa*, in C. Franchini, F. Tedeschini (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 136 ss.

Vinti S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008.

Vipiana P., *La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del Codice degli appalti, tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi*, in *federalismi.it*, 2019, 2, p. 1 ss.

Vitta C., *Diritto amministrativo*, I, Torino, Utet, 1948.

Vitta C., *L'impugnazione dei decreti reali che annullano contratti di enti pubblici*, in *Riv. amm.*, 1936, p. 297 ss.

Vitta C., *Nozione degli atti amministrativi e loro classificazione*, in *Giur. it.*, 1906, IV, p. 183 ss.

Vivani C., *Appalti sostenibili,* green public procurement *e* socially responsible public procurement, in *Urb. app.*, 2016, 8-9, p. 993 ss.

Voltaire, *Oeuvres complètes de Voltaire*, *Dictionnaire philosophique*, XIX, Paris, 1818.

Von Jhering R., *Della culpa in contrahendo, ossia Del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione di F. Procchi, Napoli, Jovene, 2005.

Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

Zanobini G., *Amministrazione pubblica. Nozione e caratteri generali*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 233 ss.

Zanobini G., *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnellutti*, IV, Padova, Cedam, 1950, p. 183 ss.

Zanobini G., *Eccesso di potere e violazione di legge*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1927, II, p. 570 ss.

Zanobini G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, p. 281 ss.

Zingales I., *Pubblica Amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, Giuffrè, 2007.

Zito A., *Profili funzionali del procedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, p. 159 ss.

Zito A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996.

Zito A. e Tinelli G., *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 681 ss.

Zoppini A., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, il Mulino, 2020.

Zucaro A., *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, p. 303 ss.

SOMMARIO

PREMESSA 7

CAPITOLO I
IL PRINCIPIO DI FUNZIONALIZZAZIONE, TRA INTERESSI PUBBLICI DATI IN ASTRATTO E INTERESSI PUBBLICI DEFINITI IN CONCRETO

1. La funzionalizzazione nell'accezione tradizionale 21
2. Le crisi dell'interesse pubblico: dalla perdita del valore ordinante dell'interesse pubblico generale all'insufficienza della legge nell'individuazione dell'interesse pubblico specifico 39
   2.1. L'interesse pubblico specifico: un fine "dato" ma in cerca di precisazioni 47
   2.2. L'interesse pubblico in concreto e la funzionalizzazione nel prisma dell'amministrazione di risultato 57
3. La funzione collaborativa della partecipazione nella definizione dell'interesse pubblico in concreto 67
   3.1. La partecipazione collaborativa nei procedimenti amministrativi generali 79
4. Osservazioni di sintesi e digressioni. La funzionalizzazione temperata e il valore "causale" dell'interesse pubblico primario, al di là della sua indefinitezza: il caso dello sviluppo sostenibile 84
5. Accostamento al Capitolo II: precisazioni minime e rinvii 94

CAPITOLO II
FUNZIONALIZZAZIONE E INTERESSI PUBBLICI NELLA VICENDA CONTRATTUALE DEGLI APPALTI PUBBLICI

1. La ragione della natura pubblicistica dell'interesse perseguito: oltre il collegamento con il fine istitutivo dell'ente? 95
2. Notazioni minime sulla concezione contabilistica e sull'avvento delle direttive comunitarie: la centralità del "limite negativo", tra tutela dell'interesse patrimoniale e tutela dell'operatore economico 106
   2.1. Divagazioni sul valore della concorrenza nella dimensione funzionale del procedimento amministrativo 113
3. La valenza pubblicistica del fine nella più recente normativa sugli appalti pubblici, tra concorrenza in senso statico e concorrenza in senso dinamico 119

3.1. La massima partecipazione ed il sostegno alle piccole e medie imprese 123
3.2. Lo sviluppo sostenibile e la conformazione del mercato 131
4. In sintesi: la consistenza pubblicistica degli interessi sottesi all'appalto pubblico. Dagli interessi pubblici in astratto all'interesse pubblico in concreto, al di là del nesso "autonomia-centralizzazione" 143
5. Dalla legge alla predeterminazione amministrativa: la graduale specificazione dell'interesse pubblico in concreto 149
6. Dalla predeterminazione amministrativa alla determinazione partecipata: il dibattito pubblico, le consultazioni preliminari e la negoziazione in sede di gara 159
7. Osservazioni di sintesi: l'interesse pubblico e l'operazione amministrativa 178

Capitolo III
L'EVIDENZA (È) PUBBLICA, MA NON SOLO:
IL POTERE AMMINISTRATIVO E LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL CONTRATTO

1. Il regime pubblicistico della fase di gara: alcuni equivoci attorno alla funzionalizzazione della vicenda contrattuale 185
2. Una "scelta" di diritto positivo? Brevi note sull'intercambiabilità tra pubblico e privato negli appalti pubblici 189
2.1. Il potere nell'evidenza pubblica, la "non scelta" ed il modulo tipico per la cura degli interessi pubblici in senso oggettivo 194
2.2. Oltre il potere: attualità e mistificazioni del "privilegio" amministrativo nella fase di gara 206
3. La responsabilità precontrattuale nella fase dell'evidenza pubblica 210
3.1. Profili generali della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un percorso travagliato 210
3.2. La sentenza n. 5/2018 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: alcune riflessioni attorno all'estensione della responsabilità precontrattuale 221
4. Il procedimento amministrativo di gara quale luogo di trattative: potere amministrativo ed effetti negoziali 224

Capitolo IV
REALIZZAZIONE E VANIFICAZIONE DELL'INTERESSE PUBBLICO IN CONCRETO: UN INQUADRAMENTO PUBBLICISTICO PER LA FASE ESECUTIVA

1. L'ambientazione privatistica della fase esecutiva: note introduttive 235
2. Il regime privatistico e la vanificazione dell'interesse pubblico in concreto: il recesso *ad nutum* dal contratto di appalto pubblico 239
3. Le distonie del diritto privato e le logiche rimediali: dalla patologia alla fisiologia (senza ritorno) 251
4. Riflessioni sulla fisiologia dell'attività del committente pubblico nel corso della fase esecutiva 258
4.1. I profili di ammissibilità dell'annullamento d'ufficio a seguito della stipula del contratto: un indice sintomatico della natura delle cose? 258

4.2. L'invarianza, ossia la natura oggettiva, degli interessi pubblici curati nel corso della fase esecutiva 262
4.3. La positiva circolarità dell'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016: l'unitarietà giuridica della operazione amministrativa e l'efficacia negoziale del potere 274
5. L'efficacia negoziale del potere amministrativo nel corso della fase esecutiva: prototipi 289
5.1. L'annullamento d'ufficio e la sorte del contratto 289
5.2. La risoluzione del contratto di appalto come effetto negoziale del potere pubblicistico di autotutela 303
5.3. Il recesso antimafia e gli eccessi del «*distingue frequenter*» 312
6. Il superamento della visione parcellizzata della fase esecutiva 315

CAPITOLO V
IL GIUDICE AMMINISTRATIVO COME GIUDICE UNICO DELL'UNITARIA VICENDA CONTRATTUALE

1. Primi appunti in relazione alla giurisdizione "contesa" in materia di appalti pubblici, tra fideismo e razionalità 321
2. Considerazioni a margine della disciplina attuale. La pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 24411/2018: se precisazioni vi sono, confusione vi era e non è detto che sia risolta 324
2.1. Oltre la confusione: alcune *impasse* nel già frammentato quadro del riparto di giurisdizione 327
2.2. Una breve chiosa sulla intollerabile frammentazione dell'attuale sistema di riparto nella materia degli appalti pubblici: verso il giudice unico 334
3. Il «monocolo della storia» e gli «occhiali dell'effettività della tutela»: diverse o uguali percezioni? 336
3.1. Il monocolo, l'occhiale e la medesima percezione: la storica ed inarrestabile avanzata del giudice amministrativo all'insegna della adeguatezza della tutela 337
3.2. Riparto di giurisdizione ed effettività della tutela: una progressione (apparentemente) interrotta. L'estensione della giurisdizione esclusiva alla luce del principio del giusto processo 348
4. In conclusione: il giudice amministrativo come giudice unico di una unitaria vicenda contrattuale. Il circolo virtuoso tra giurisdizione e regime giuridico 361

BIBLIOGRAFIA 375

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230. bisBriguglio F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. Gustapane A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. Briguglio F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. Roversi-Monaco F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. Torre V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. Raffiotta E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. Caruso C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. Pedrini F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. Curi F., *Profili penali dello* stress *lavoro-correlato. L'*homo faber *nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. Casale D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. Nicodemo S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. Legnani Annichini A., *«Proxeneta est in tractando». La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. Monducci J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. Mantovani M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. De Donno M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. Pacilli M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. Pištan Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. Bellodi Ansaloni A., *L'arte dell'avvocato,* actor veritatis. *Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. Hoxha D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. Querzola L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. Pieri B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei* consilia *di Paolo da Castro*, 2016.
283. Rasia C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. Drigo C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. Polacchini F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. Calcagnile M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. Villa E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. Vincieri M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. Casale D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. Ganarin M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. Laus F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. Bonacini P., *Multa scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. Gabellini E., *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. Lupoi M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. Dallari F., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. Donini A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. Novaro P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. Mattioli F., *Giustiniano, gli* argentarii *e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. Raffiotta E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. Medina M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. Centamore G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. Caruso C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. Mattheudakis M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.
304. Tega D., *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, 2020.
305. Bologna C., *La libertà di espressione dei «funzionari»*, 2020.
306. Abis S., *Capace di intendere, incapace di volere. Malinconia, monomania e diritto penale in Italia nel XIX secolo*, 2020.
308. Caruso C., Medico F., Morrone A. (a cura di), *Granital Revisited?* L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale, 2020.
308. bisCanestrari S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 2021.
309. Morrone A., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, 2021.
310. Pezzato E., Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. *Gli apporti patrimoniali alla moglie superstite in età tardoantica e giustinianea*, 2022.
311. Molinari M., *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano tra* methodus docendi *e mito.* Ἔχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρία, 2021.
312. Guerrieri G., Luchetti G., Lupoi M.A., Manes P., Martino M., Tassani T. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, 2022.
313. Morrone A., Mocchegiani M. (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, 2022.
314. Giupponi T.F., Arcuri A. (a cura di), *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, 2022.

315. Bonetti T., *La partecipazione strumentale*, 2022.
316. Guarnieri E., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, 2022.

Finito di stampare nel mese di luglio 2022
per i tipi di Bologna University Press