

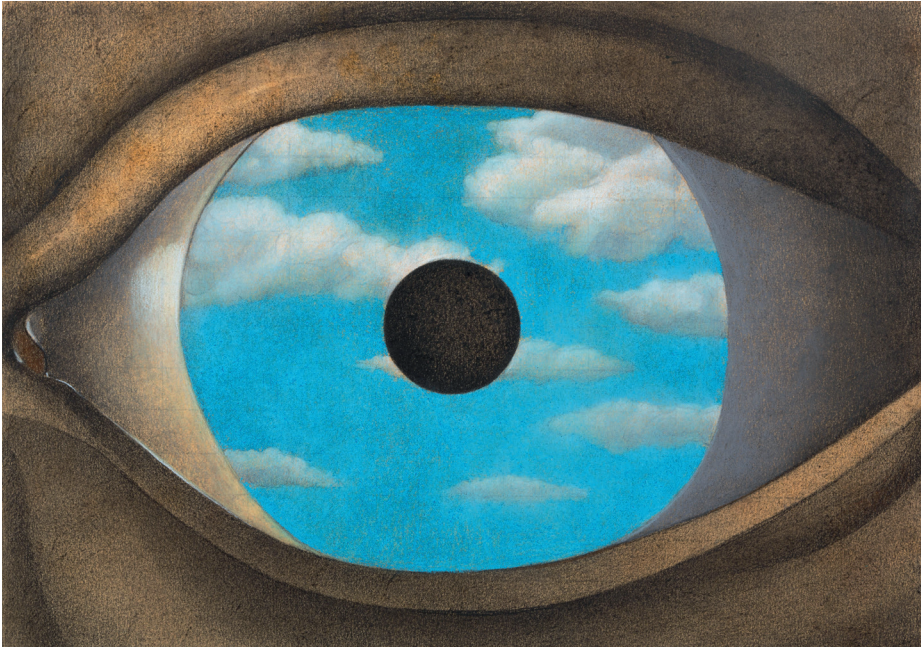
IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

**A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. OROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE**



Questa Rivista è pubblicata grazie al contributo dell'Università LUM Giuseppe Degennaro

Direttore Responsabile

Roberto MARTINO

Direttori

Antonio BARONE, Remo CAPONI, Marta CARTABIA, Roberto MARTINO, Angelo Giuseppe OROFINO, Andrea PANZAROLA, Andreas PIEKENBROCK, Aristide POLICE, Maria Alessandra SANDULLI, Giorgio SPANGHER, Francesco VERGINE

Comitato dei Garanti

Ennio AMODIO, Guido CORSO, Franco Gaetano SCOCA, Romano VACCARELLA

Comitato Scientifico

Jean-Bernard AUBY, Teresa ARMENTA DEU, Giampiero BALENA, Paolo BIAVATI, Antonio BRIGUGLIO, Chiara CACCIAVILLANI, Bruno CAPPONI, Cécile CHAINAIS, Jacques CHEVALLIER, Carlo COLAPIETRO, Claudio CONSOLO, Domenico DALFINO, Ruggiero DIPACE, Vittorio DOMENICHELLI, Paolo FERRUA, José ESTEVE PARDO, Vera FANTI, Leonardo FILIPPI, Fabio FRANCARIO, Carlo Emanuele GALLO, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Loredana GIANI, Maria Francesca GHIRGA, Guido GRECO, Luigi KALB, Elisabetta LAMARQUE, Antonia Antonella MARANDOLA, Julien MARTIN, Francesco MANGANARO, Giuseppe MELIS, Sergio MENGHINI, Eva Maria MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Ilaria PAGNI, Giuseppe MORBIDELLI, Luca Raffaello PERFETTI, Eugenio PICOZZA, Olivier RENAUDIE, Marco RUOTOLO, Fabio SAITTA, Fabio SANTANGELI, Bruno SASSANI, Andrea SCELLA, Karl Peter SOMMERMANN, John SORABJI, Giovanni SERGES, Mario SPASIANO, Fabrizio TIGANO, Roberta TISCINI, Giuseppe TRISORIO LIUZZI, Antonio URICCHIO, Francesco VOLPE

Comitato di Valutazione

Ferruccio AULETTA, Giorgetta BASILICO, Salvatore BOCCAGNA, Manfredi BONTEPELLI, Carlo BONZANO, Marco CABLABRO, Antonio CASSATELLA, Maria Cristina CAVALLARO, Angelo CONTRINO, Antonio COLAVECCHIO, Carlotta CONTI, Ulisse COREA, Elena D'ALESSANDRO, Francesco DE LEONARDIS, Clarice DELLE DONNE, Olga DESIATO, Lorenzo DEL FEDERICO, Francesco FOLLIERI, Mario Pio FUIANO, Walter GIULIETTI, Andrea GIUSSANI, Marco GRADI, Antonio GUIDARA, Margherita INTERLANDI, Giampaolo IMPAGNATIELLO, Beatrice GAMBINERI, Mariacarla GIORGETTI, Michele Angelo LUPOLI, Raffaele MANFRELLOTTI, Nino PAOLANTONIO, Carla PANSINI, Sergio PERONGINI, Roberto POLI, Barbara POLISENO, Guido SALANITRO, Giuseppe Andrea PRIMERANO, Stefano Salvatore SCOCA, Giusi SORRENTI, Michele TRIMARCHI, Giuseppe TROPEA, Gianluca VARRASO, Simonetta VINCRE, Piera Maria VIPIANA, Enzo VULLO

Comitato Editoriale

Mirko ABBAMONTE, Flaminia APERIO BELLA, Cristina ASPRELLA, Gian Marco BACCARI, Alessio BONAFINE, Andrea CARBONE, Fabiola CIMBALI, Maria Francesca CORTESI, Raffaella DAGOSTINO, Alessandro FABBI, Giuseppina FANELLI, Maria Vittoria FERRONI, Rossella FONTI, Katia LA REGINA, Giuseppe LA ROSA, Paola LICCI, Enrico Maria MANCUSO, Annalisa MANGIARACINA, Aniello MERONE, Costanza NICOLOSI, Angela PROCACCINO, Federico RASI, Concetta RICCI, Natalia ROMBI, Filomena SANTAGADA, Martina SINISI, Giordana STRAZZA, Caterina VERRIGNI, Enrico ZAMPETTI

Comitato di Redazione

Carmelo LA FAUCI BELPONER, Marco CAPPAL, Vincenzo DE CAROLIS, Marco FARINA, Manfredi LATINI VACCARELLA, Biagio LIMONGI, Elisabetta MARINO, Valentina MAZZOTTA, Michela MORGESE, Antonio ROMANO, Natalia ROMBI

Segreteria di Redazione

Mirko ABBAMONTE, Raffaella DAGOSTINO, Costanza NICOLOSI

I contributi pubblicati in questa Rivista sono stati sottoposti, con esito positivo, alla procedura di referaggio in doppio cieco (*double blind peer review*) condotta in conformità al Regolamento depositato presso l'Editore.

Stampa



Via A. Gherardesca - 56121 Pisa

In copertina: Giuseppe COLOMBO, *Lo specchio falso di Magritte*,
pastello su carta, cm 32x44, 2018

Numero 3/2025

IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. OROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE



**Pacini
Giuridica**



Hanno collaborato a questo fascicolo:

ANTONIO BRIGUGLIO

Ordinario nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Ordinaria nell'Università degli Studi di Palermo

NICCOLÒ MARIA D'ALESSANDRO

Avvocato - Docente a contratto nell'Università Telematica Unicusano

ANGELO DONDI

già Ordinario nell'Università degli Studi di Genova

VERA FANTI

Ordinaria nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio

STEFANIA FLORIAN

Ricercatrice nell'Università degli Studi di Padova

PAOLA LOMBARDI

Ordinaria nell'Università degli Studi di Brescia

GIORGIA MARGARITO

Dottoranda nell'Università LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima-Bari

RAFFAELE MANFRELOTTI

Ordinario nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

PAOLO MARTINO

Ricercatore nell'Università Telematica Leonardo Da Vinci

ROBERTO MARTINO

Ordinario nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio

LORENZO MORELLI

Borsista nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio

IOLANDA ROMUALDI

Borsista nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio

Elenco dei *referees* esterni al Comitato scientifico e di valutazione per l'anno 2025:

GIANFRANCO STANCO

Ordinario nell'Università LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima-Bari

MANUEL FRANCHI

Associato nell'Università degli Studi del Sannio di Benevento

sommario

Saggi

<i>Inattualità di una visione sociale del processo civile</i> di ANGELO DONDI	853
<i>“Game-set-match”: obiettivi, mosse, autoresponsabilità, vittoria e sconfitta nel gioco del processo civile</i> di ANTONIO BRIGUGLIO	869
<i>L’esecuzione dei contratti pubblici, tra responsabilità dell’amministrazione e questioni di giurisdizione</i> di MARIA CRISTINA CAVALLARO	895
<i>Giudice amministrativo e mutamento di destinazione d’uso degli immobili dopo il Decreto Salva Casa: alla ricerca dell’intenzione del legislatore</i> di PAOLA LOMBARDI	919
<i>La dimensione costituzionale dell’interesse ad agire (e a contraddire) tra giusnaturalismo e positivismo: il diritto alla difesa giurisdizionale come posizione soggettiva accessoria</i> di RAFFAELE MANFRELOTTI	943
<i>I limiti di sindacabilità delle sentenze del CNF e della CCEPS nel ricorso per Cassazione</i> di STEFANIA FLORIAN	981
<i>Il Digital Markets Act e la tutela individuale dei consumatori, tra equità e contendibilità dei mercati</i> di PAOLO MARTINO	1025
<i>I criteri di interpretazione della legge e del provvedimento amministrativo: profili ricostruttivi e nuove prospettive</i> di NICCOLÒ MARIA D’ALESSANDRO	1053

Dialoghi con la giurisprudenza

<i>La confisca per equivalente senza condanna: un “convenzionale” argine ad una norma “non convenzionale”</i> Corte di Cassazione, Sez. VI pen., sentenza 9 luglio 2025, n. 25200 Commento di GIORGIA MARGARITO	1109
---	------

Attualità

<i>Maestri universitari e loro attuale irrilevanza</i> di ANGELO DONDI.....	1137
<i>A cent'anni dalla sua celebrazione (16-24 marzo 1926): il processo Matteotti a Chieti tra diritto, storia e società</i> di VERA FANTI - ROBERTO MARTINO	1141
<i>Il processo Matteotti: Chieti fra tante?</i> di LORENZO MORELLI.....	1145
<i>Chieti e il processo 'Matteotti': la città che «tutto dona» e l'illusione di una «candida giustizia». Anatomia dello spazio sociale, urbano e giuridico nei giorni del dibattito</i> di IOLANDA ROMUALDI	1167

L'esecuzione dei contratti pubblici, tra responsabilità dell'amministrazione e questioni di giurisdizione

di MARIA CRISTINA CAVALLARO

SOMMARIO: 1. L'esecuzione dei contratti pubblici: alcune questioni generali. — 2. Autonomia contrattuale e poteri unilaterali dell'amministrazione nella fase esecutiva. — 3. I profili di responsabilità dell'amministrazione e la relativa giurisdizione. — 4. Brevi considerazioni finali: contratti pubblici, principio del risultato e questioni di giurisdizione.

1. L'esecuzione dei contratti pubblici: alcune questioni generali.

Il tema della esecuzione dei contratti pubblici ha rappresentato per lungo tempo un terreno poco esplorato dalla dottrina pubblicistica, probabilmente per ragioni diverse ⁽¹⁾. Tra queste, va considerata la circostanza che si tratta di un ambito regolato dal codice civile, nel quale tradizionalmente l'amministrazione si muove alla stregua di un soggetto privato, con conseguente giu-

⁽¹⁾ La dottrina s'è occupata in generale dei contratti di diritto pubblico, nonché della diversa configurazione dell'autonomia contrattuale e del ruolo del consenso dell'operatore economico privato, rispetto all'esercizio del potere da parte dell'amministrazione: in termini generali e senza pretesa di esaustività, si veda F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo* (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico), Torino, 1964; G.D. COMPORTI, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. ec.*, 2007, 234; M. CAFAGNO, *L'evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gare*, Milano, 2021, 25 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Contr. e impr.*, 2023, ora in Id., *Costituzione e amministrazione*, Saggi II, Torino, 2024, 79; M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022. Riguardo al tema dell'esecuzione dei contratti, cfr. di recente: M. TRIMARCHI, *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024, 169, anche per la bibliografia richiamata.

risdizione del giudice ordinario in merito alle controversie che dovessero eventualmente sorgere.

Quanto appena detto trova conferma nell'art. 12 dell'attuale codice contratti pubblici (ma la disposizione era contenuta anche nelle precedenti versioni del codice), secondo cui la disciplina di riferimento in materia di esecuzione dei contratti pubblici è, o dovrebbe essere, il codice civile. Più precisamente, la previsione tiene conto della tradizionale struttura bifasica della procedura a evidenza pubblica e stabilisce che, per quanto non espressamente previsto nel codice dei contratti, «alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241»; mentre con riferimento alla stipula del contratto e alla sua fase di esecuzione trovano applicazione «le disposizioni del codice civile».

In modo consequenziale, l'art. 133, comma 1, lett. c), del codice processo amministrativo è stato interpretato dalla giurisprudenza nel senso che la fase di scelta del contraente, sino all'aggiudicazione del contratto, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, ma la fase dell'esecuzione è affidata alla giurisdizione del giudice ordinario: più precisamente, la giurisprudenza è pressoché unanime nel ritenere che rientri nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione sull'attività e sui provvedimenti adottati prima della definizione della procedura di affidamento, ivi inclusa la fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto: «mentre la cognizione dei provvedimenti relativi all'esecuzione dell'accordo negoziale appartiene alla giurisdizione ordinaria, posto che in tali ultimi casi le posizioni delle parti, che sono regolate dal contratto, possiedono la qualità di diritto soggettivo» ⁽²⁾. Fa eccezione l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a., che, nelle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo negli appalti di opere e servizi pubblici, mantiene la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Deve precisarsi che, secondo la giurisprudenza, la sussistenza della

⁽²⁾ In tal senso, cfr. *ex multis* T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 21 novembre 2023, n. 17323.

giurisdizione esclusiva, anche in una fase più facilmente riconducibile all'esecuzione del vincolo contrattuale, è legata al contenuto della clausola di revisione del prezzo: la quale può comportare la permanenza di una posizione di potere in capo all'amministrazione committente, «attribuendo a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione», generando quell'"inestricabile intreccio" tra diritto e interesse idoneo a giustificare la giurisdizione esclusiva⁽³⁾; viceversa, laddove «la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria»⁽⁴⁾.

Quanto ai profili di responsabilità dell'amministrazione in fase di esecuzione dei contratti pubblici, laddove si aderisse all'inquadramento appena richiamato e suggerito dal legislatore, la questione potrebbe avere una facile soluzione: nel senso che il regime della responsabilità dovrebbe trovare la sua disciplina nel codice civile, configurandosi come una forma di responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, ai sensi dell'art. 1218 c.c., fermo restando che la parte che subisce l'inadempimento può agire per l'adempimento ovvero può chiedere la risoluzione del contratto, nonché il risarcimento dei danni.

Nonostante l'apparente linearità del percorso rappresentato, a uno sguardo più approfondito emergono alcuni profili critici sui quali è utile soffermarsi.

In particolare, pare opportuno manifestare sin d'ora il punto di approdo di queste riflessioni, che tendono evidenziare (o superare?) una ambiguità di fondo, legata proprio alla struttura bifasica dei contratti a evidenza pubblica.

⁽³⁾ Di "inestricabile intreccio" tra diritto soggettivo e interesse legittimo, ai fini della legittimità costituzionale dell'individuazione per legge delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva, ha parlato, com'è noto, la Corte costituzionale: Corte cost., 5 luglio 2004, n. 204.

⁽⁴⁾ Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2024, n. 4336.

Questa, infatti, muove dal presupposto che la fase di affidamento sia caratterizzata da profili pubblicistici, che si manifestano per lo più nell'esercizio di un potere discrezionale finalizzato alla scelta del contraente, mentre, nella fase esecutiva, il rapporto contrattuale si possa snodare alla stregua di un comune rapporto obbligatorio, nel quadro di un regime privatistico. Tuttavia, sembra ragionevole riconoscere come anche la fase esecutiva conosca dei momenti di forte compressione dell'autonomia contrattuale, caratterizzati dall'esercizio di poteri unilaterali da parte dell'amministrazione; nonché da significativi obblighi a carico di entrambe le parti e ugualmente idonei a ridurre sensibilmente lo spazio riservato all'autonomia dei contraenti, in funzione della miglior cura dell'interesse pubblico che l'amministrazione, anche in fase esecutiva, deve assicurare.

Tali circostanze manifestano poi evidenti ricadute in punto di giurisdizione, generando non pochi dubbi interpretativi in merito alla individuazione del giudice munito di giurisdizione, sempre con riferimento alla fase esecutiva, e soprattutto con riguardo ai profili di responsabilità. Con la conseguenza che, sia pure *de iure condendo*, potrebbe essere utile ragionare sulla estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche alla fase esecutiva dei contratti pubblici, al fine di consentire un più facile accesso alla tutela giurisdizionale.

2. Autonomia contrattuale e poteri unilaterali dell'amministrazione nella fase esecutiva.

Il rinvio esterno ad opera del richiamato art. 12 del codice contratti non esaurisce e non risolve le questioni interpretative che possono sorgere in fase di esecuzione dei contratti pubblici: da tempo, come appena detto, la dottrina che si è occupata delle vicende dell'esecuzione dei contratti ne ha sottolineato la struttura non omogenea, dal momento che assai spesso, nella fase esecutiva, l'amministrazione esercita poteri unilaterali, sicuramente non noti al diritto comune ⁽⁵⁾.

(5) S. RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato dell'ammi-*

Tali poteri oggi trovano una puntuale disciplina nello stesso codice contratti, agli art. 113 ss., che definiscono i requisiti per l'esecuzione, nonché le necessarie garanzie; individuano le figure del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione, ai fini del collaudo e delle verifiche di conformità; prevedono il potere di controllo amministrativo e tecnico del direttore dei lavori, a cui l'esecutore del contratto deve conformarsi; disciplinano le ipotesi di sospensione dell'esecuzione e di modifica del contratto, ammettendo anche l'eventuale risoluzione unilaterale e il recesso.

Si tratta di una serie di ipotesi che evidenziano uno scollamento rispetto alla disciplina civilistica e rispetto, soprattutto, allo schema sinallagmatico proprio dei contratti di diritto comune.

Innanzitutto, dal punto di vista terminologico: il codice civile parla di *adempimento* dell'obbligazione che trova la propria fonte nel contratto (art. 1173 c.c.); viceversa, il codice dei contratti parla di *esecuzione* del contratto.

Più in generale, lo spirito liberale del codice civile si manifesta, tra gli altri modi, anche attraverso una resistenza del legislatore del tempo verso i vincoli duraturi (come nel caso del contratto di locazione ultranovennale, che ai sensi dell'art. 1572 c.c. eccede l'ordinaria amministrazione e pertanto deve avere la forma scritta a pena di nullità, secondo quanto prevede l'art. 1350 comma 1, n. 8), c.c.). Nonché attraverso il potere, riconosciuto a entrambe le parti, di sciogliere quei vincoli divenuti poco convenienti (come nel caso della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta): in questa prospettiva, il sinallagma contrattuale deve essere sempre in equilibrio e dunque alle parti del contratto deve sempre essere riconosciuto il potere di sciogliere un vincolo, che non sia più coerente con l'originario scambio di prestazioni, a garanzia dell'autonomia privata.

nistrazione, Milano, 1970; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996; F.G. SCOCA - A. POLICE, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, Riv. trim. App., 1997, 7 ss.; più di recente, A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, Dir. Amm. 2013, 241; F. SAITTA, *Flessibilità e rigidità dei contratti pubblici: l'autotutela della stazione appaltante tra norme (poche) e prassi*, in Dir. econ., 2014, 295.

Al contrario, come in parte s'è detto, nella disciplina sui contratti pubblici si possono riscontrare significative disposizioni che tendono a garantire la realizzazione dello schema contrattuale, anche al di là dell'effettiva volontà delle parti. E ciò, non solo attraverso la previsione dei poteri unilaterali dell'amministrazione, cui s'è fatto cenno, ma anche prevedendo degli obblighi a carico dell'amministrazione: e, in entrambi i casi, anche questo s'è detto, la compressione dell'autonomia contrattuale pare evidente.

L'ipotesi, ad esempio, è quella dell'annullamento dell'aggiudicazione del contratto, cui può seguire la pronuncia del giudice amministrativo sulla inefficacia del contratto medesimo.

L'art. 121 del c.p.a. disciplina il potere del giudice amministrativo di pronunciarsi, obbligatoriamente, sull'inefficacia del contratto al ricorrere di determinati presupposti (sinteticamente riconducibili alle ipotesi di aggiudicazione senza bando e stipulazione avvenuta in violazione della clausola di *stand still* sostanziale e processuale). La stessa disposizione ammette però, al comma 2, che il giudice possa precisare «se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o se essa opera in via retroattiva», salvando in tal modo le prestazioni già eseguite ⁽⁶⁾. Ma soprattutto, al di fuori delle ipotesi appena viste, il successivo art. 122 c.p.a. consente al giudice di «dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto».

La disciplina richiamata è stata introdotta, com'è noto, per risolvere il problema dell'efficacia del contratto stipulato in caso

⁽⁶⁾ Per completezza va detto che, il comma 3 dello stesso art. 121 aggiunge che «il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, 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».

di annullamento dell'aggiudicazione: ipotesi nella quale l'applicazione delle disposizioni del codice civile (potenzialmente applicabili per effetto del rinvio esterno di cui all'art. 12 del codice dei contratti) non offriva una soluzione appagante. Ci si trovava infatti in situazioni nelle quali l'amministrazione aveva stipulato il contratto con un soggetto diverso da quello con cui avrebbe dovuto concludere l'accordo, perché individuato sulla base di un atto illegittimo e dunque annullato. Pertanto, il contratto già stipulato avrebbe potuto essere dichiarato nullo, per mancanza dell'accordo, o essere annullato per errore sulle qualità di uno dei contraenti. Ma in entrambi i casi la soluzione proposta non era utile allo scopo (dato che l'azione di nullità è affidata a chiunque vi abbia interesse, mentre l'azione di annullamento è esperibile solo dalla parte a favore della quale opera la causa di annullamento). Da qui, prima l'orientamento giurisprudenziale sulla caducazione automatica degli effetti del contratto stipulato, poi la disciplina sui poteri del g.a. che recepisce le indicazioni contenute nella direttiva comunitaria, c.d. direttiva ricorsi ⁽⁷⁾.

Al di là delle questioni teoriche legate alla soluzione legislativa prescelta, è evidente che laddove il giudice si pronunci sulla persistente efficacia del contratto, nonostante l'accertato vizio di legittimità dell'aggiudicazione, ci troviamo in presenza di un vincolo che

(7) Si tratta della direttiva 11 dicembre 2007 n. 66 (in G.U. del 14 febbraio 2008), che ha modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, disciplinando appunto la questione della sorte del contratto già stipulato dopo l'annullamento dell'aggiudicazione. Quanto agli orientamenti della giurisprudenza, la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, 23 aprile 2008, n. 10443, aveva affermato la giurisdizione ordinaria sulla domanda volta ad ottenere l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione fosse stata annullata dal giudice amministrativo; dal canto suo, il Consiglio di Stato, nell'Adunanza Plenaria 30 luglio 2008, n. 9, da un lato sembrava condividere la soluzione prospettata dal giudice del riparto, ma, poi, concludeva la propria decisione sostenendo che, nell'emanare i provvedimenti ulteriori «che conseguono all'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara», l'amministrazione deve tenere conto «dei principi enunciati nella sentenza di annullamento e delle conseguenze giuridiche determinate dal suo contenuto»: ammettendo, in caso di decisione contraria assunta dall'amministrazione, la strada del giudizio di ottemperanza. In dottrina, cfr. M.A. SANDULLI, *Il rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del c.p.a.: tra progresso e involuzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 183.

deve essere eseguito, nonostante una delle parti non sia quella con la quale l'amministrazione avrebbe dovuto concludere l'accordo. Per cui è evidente che, nonostante il giudice amministrativo adotti una pronuncia che ha a oggetto il provvedimento di aggiudicazione, che nello schema bifasico chiuderebbe la fase pubblicistica, tale pronuncia inevitabilmente si ripercuote nella fase dell'esecuzione, obbligando l'amministrazione ad adempiere l'obbligazione sorta, pur essendo stata annullata l'aggiudicazione.

Altra ipotesi nella quale l'amministrazione è obbligata a mantenere in vita il vincolo contrattuale è quella, prevista dall'art. 9 del codice dei contratti, sul principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, che si lega all'eventuale rinegoziazione.

In tal caso, al verificarsi di «circostanze straordinarie e imprevedibili» e tali «da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto», «la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha *diritto* alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali». Nel quadro delle risorse disponibili, chiarisce la disposizione, «la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica». Per espressa previsione contenuta nel medesimo art. 9, costituiscono applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale le successive disposizioni di cui agli articoli 60 e 120, che prescrivono dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta (art. 60); ovvero la possibilità di una modifica dello schema contrattuale, una senza una nuova procedura di affidamento, al ricorrere di una serie di circostanze individuate dal legislatore (art. 120).

Anche qui, se l'operatore economico danneggiato dalle sopravvenienze economiche ha il *diritto* di chiedere la rinegozia-

zione, ciò vuol dire che l'amministrazione ha (o dovrebbe avere) l'*obbligo* di accordarla. E dunque, anche in tal caso, l'amministrazione finisce con il subire l'esecuzione del contratto, al di là di quella che potrebbe essere la sua volontà, con evidente compressione dell'autonomia contrattuale proprio nella fase esecutiva.

In altri termini, se, in ipotesi analoghe, il codice civile riconosce la possibilità delle parti di sciogliere il vincolo contrattuale per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 comma 1 cc.), al contrario il codice appalti prevede che le parti siano tenute a mantenere in vita il rapporto contrattuale, consentendo semmai la rinegoziazione delle condizioni originariamente pattuite. A supporto di quanto sinora detto, la Relazione accompagnamento al Codice contratti pubblici, a proposito del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, sottolinea come «in ragione delle finalità di pubblico interesse» che i contratti pubblici tendono a perseguire, e che, precisa la Relazione, «restano immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce», si deve escludere «la possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche», per garantire invece «il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi», nel rispetto di una «effettiva tutela» per gli operatori economici e degli «altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di hardship». «Viene, in tal modo, introdotto un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti — e dell'amministrazione in particolare — in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c.»: che tuttavia è anch'esso espressione dell'autonomia contrattuale garantita dal codice civile.

Una volta tratteggiati, a grandi linee, i segni di una sensibile contrazione dell'autonomia privata delle parti anche nella fase esecutiva dei contratti pubblici, è possibile richiamare alcuni orientamenti della giurisprudenza ordinaria e amministrativa dai quali emerge quella difficoltà di tracciare la linea del riparto tra le due giurisdizioni, di cui si diceva in apertura.

Riguardo ai poteri unilaterali dell'amministrazione, nell'impossibilità di soffermarsi sulle singole disposizioni prima ricordate, sembra interessante evidenziare due questioni.

La prima attiene alla difficoltà di qualificarne la natura giuridica, con conseguenti ricadute proprio in punto di giurisdizione.

In linea di massima, secondo alcuni pronunciamenti non sempre univoci della giurisprudenza amministrativa, la giurisdizione spetterebbe al giudice amministrativo, sul presupposto che si tratti di poteri pubblicistici: per cui ad esempio si legge che «rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la risoluzione del contratto per gravi inadempimenti del concessionario comportante decisioni sulla durata o efficacia del rapporto concessorio» ⁽⁸⁾.

Più uniforme sembra l'orientamento della Corte di cassazione che invece, salvo rare pronunce, tende a escludere che la giurisdizione amministrativa possa estendersi «al segmento procedimentale» successivo alla aggiudicazione ⁽⁹⁾. Sino ad affermare che «è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la domanda di condanna della pubblica amministrazione al pagamento delle prestazioni rese in esecuzione di un contratto di appalto stipulato in forza di aggiudicazione poi an-

⁽⁸⁾ T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 1° giugno 2020, n. 621. V. anche Cons. Stato, sez. III, n. 1084/2020, secondo cui la giurisdizione sulla risoluzione anticipata dal contratto spetta al g.o. in caso di inadempimento o di ricorso alla clausola risolutiva espressa *ex art.* 1456 c.c., mentre spetta al g.a., non solo l'ipotesi di annullamento d'ufficio degli atti prodromici, ma anche «allorché venga esercitato un potere autoritativo di risoluzione contrattuale che implichi o valutazioni di carattere discrezionale circa la convenienza per l'Amministrazione di proseguire nel rapporto già in essere, o la rilevazione in autotutela dell'esistenza di una causa di nullità dell'aggiudicazione, anche successivamente alla stipula del contratto». In realtà l'orientamento non è univoco, per cui altrove si afferma che: «rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'impugnazione di una serie di provvedimenti con i quali l'Amministrazione ha deciso di prorogare la durata di una concessione di servizio pubblico quando l'accettazione della proroga da parte del contraente privato sia condizionata ad una rinegoziazione dei termini contrattuali, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 10 agosto 2022, n. 2504. In argomento si veda B.G. DI MAURO, *Il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di pubblici servizi tra giurisprudenza formalmente consolidata e casistica della prassi sostanzialmente divergente*, in *Il Processo*, n. 3, 2024.

⁽⁹⁾ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2018, n. 24411.

nullata d'ufficio, vertendo la lite sul diritto soggettivo all'adempimento del contratto, e non già sulla legittimità dell'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione»⁽¹⁰⁾.

La seconda questione, strettamente connessa alla prima, attiene all'ampiezza e al fondamento di tali poteri: ed è evidente che, a seconda delle conclusioni cui si perviene, anche il tema dell'ampiezza e del fondamento del potere esercitato potrà avere delle ricadute inevitabili in punto di giurisdizione.

In una recente sentenza, avente a oggetto l'impugnazione di una delibera comunale, relativa allo scioglimento di un vincolo contrattuale per l'erogazione di un servizio di trasporto scolastico, da parte della ditta che era stata originariamente individuata, il Consiglio di Stato ha dato ragione all'amministrazione comunale: la quale, piuttosto che agire per accertare l'inadempimento della ditta, in considerazione dell'interesse pubblico prevalente di erogare, senza ulteriore indugio, un servizio pubblico essenziale quale il trasporto scolastico, con proprio provvedimento ha «contestato l'inadempimento e ha ritenuto di essere svincolata dalla procedura di gara e di potere affidare il servizio ad altro operatore», sia pure in danno dell'aggiudicataria del servizio rimasta inadempiente.

Osserva il Consiglio di Stato che «il comune, con la decisione contenuta nel provvedimento impugnato, non si è posto in posizione sinallagmatica, con l'esclusiva volontà di reagire alla condotta di controparte al fine di ripristinare la corrispettività delle prestazioni, perché, in tal caso avrebbe potuto chiedere l'adempimento dell'obbligo assunto», ma, semmai, «si è mosso con la finalità di dare attuazione all'esigenza della collettività scolastica di riferimento». La determina impugnata, prosegue il Collegio, «è funzionale quindi ad amministrare l'interesse pubblico al trasporto scolastico prendendo quelle decisioni autoritative che si situano a monte della concreta gestione del servizio» ed è manifestazione di un potere «diretto a soddisfare l'esigenza, di matri-

⁽¹⁰⁾ Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 30580.

ce pubblicistica, di garantire l'erogazione del servizio». Per tali ragioni, «la già avvenuta stipulazione del contratto non incide sulla possibilità della stessa di utilizzare poteri autoritativi, il cui controllo è attratto nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo» ⁽¹¹⁾.

L'orientamento è in linea di principio condivisibile, ma pone un problema evidente in merito alla tipicità dei poteri unilaterali che l'amministrazione può esercitare nella fase esecutiva: fin dove può spingersi la possibilità, evocata dal Consiglio di Stato, di "utilizzare dei poteri autoritativi", funzionali ad "amministrare l'interesse pubblico"? e qual è la norma attributiva di tali poteri?

In tal caso, poi, è altrettanto evidente la compressione dell'autonomia contrattuale dell'operatore economico, il quale non vanta un diritto all'adempimento dell'obbligazione sorta con la stipulazione del contratto di trasporto a seguito dell'aggiudicazione in suo favore, ma un interesse legittimo che merita di essere valutato dall'amministrazione, alla stregua dell'interesse pubblico che essa deve realizzare: e, infatti, il Consiglio di Stato radica la giurisdizione in capo al giudice amministrativo.

Dunque, siamo fuori dal regime privatistico, cui rimanda l'art. 12 codice appalti pubblici.

3. I profili di responsabilità dell'amministrazione e la relativa giurisdizione.

L'ampia premessa svolta, che tende a dimostrare come la materia dell'esecuzione risulti essere piuttosto complessa, con evidente difficoltà di ricondurne per intero la disciplina al regime del codice civile, si salda con il tema della responsabilità dell'amministrazione nella stessa fase di esecuzione del contratto, che ripropone in termini problematici la questione del riparto di giurisdizione.

Anche con riguardo alla responsabilità dell'amministrazione, le profonde ibridazioni presenti nella fase esecutiva, tra regime

⁽¹¹⁾ Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2024 n. 741, che richiama, in punto di riparto di giurisdizione Cass., Sez. Un., ordinanza 30 novembre 2022, n. 35337.

privatistico e pubblicistico, di cui si è provato a dare un cenno, evidenziano la difficoltà di seguire la linearità del percorso iniziale: secondo cui, se la fase esecutiva è retta dal codice civile e la relativa giurisdizione è del giudice ordinario, la conseguente responsabilità dell'amministrazione deve essere ricondotta all'art. 1218 c.c. In altri termini, se diversi sono gli atti e i comportamenti che l'amministrazione può porre in essere, o può essere obbligata a porre in essere, diverse sono, o potrebbero essere, le forme di responsabilità alle quali l'amministrazione si espone, nella fase esecutiva.

Da qui l'idea di parlare di più profili di responsabilità, o di responsabilità al plurale.

Ancora una volta, un breve cenno ai principali orientamenti espressi dalla giurisprudenza sull'argomento può consentire di mettere a fuoco alcune questioni.

Non c'è dubbio che, la prima forma di responsabilità, che può essere imputata alla stazione appaltante, sia, come s'è detto, la responsabilità da inadempimento. Il principio è piuttosto pacifico ed è ammesso dalla giurisprudenza: l'amministrazione è tenuta a risarcire i danni che scaturiscono dall'inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c. La giurisdizione, stando al criterio richiamato dall'art. 133 lett. e), n. 1, c.p.a., è, o dovrebbe essere, del giudice ordinario.

Sul punto, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha sottolineato che, anche nel caso in cui la controversia abbia a oggetto «la contestazione di un'inadempienza in sede di anticipata esecuzione del contratto», che dunque apparentemente si colloca nella fase di affidamento, giacché il contratto non è ancora concluso, ma in realtà riguarda la fase di esecuzione, «si impone l'affermazione della giurisdizione ordinaria». In particolare, la Corte ha sottolineato come la responsabilità dell'amministrazione scaturisca dalla «violazione di obblighi comportamentali» riconducibili alla correttezza e alla buona fede, ed è per questo che la controversia «esula dal novero di quelle devolute alla giurisdizione esclusiva, e resta affidata alla cognizione del giudice ordinario,

trattandosi pur sempre di questione che investe la fase esecutiva del rapporto»: con la particolarità che, nel caso di specie, non si è giunti alla stipula del contratto di appalto e dunque la responsabilità sorge nella fase di affidamento del contratto ⁽¹²⁾.

Con più specifico riferimento alla responsabilità delle parti nella fase esecutiva del contratto, la Corte di cassazione ha rimarcato come debba gravare sull'amministrazione anche la responsabilità conseguente all'inosservanza delle regole della buona fede c.d. esecutiva, quali canoni integrativi degli obblighi contrattuali ⁽¹³⁾. In tal caso, il criterio utilizzato dalla Corte per fondare la giurisdizione ordinaria in caso di responsabilità dell'amministrazione sembra che sia da collegarsi al fatto che nella fase esecutiva rilevano soprattutto i comportamenti, quali prestazioni che le parti devono eseguire in esecuzione del rapporto. Mentre, sempre secondo l'argomentazione della Cassazione, diversa ipotesi si avrebbe laddove la responsabilità fosse «correlata alla violazione di regole della procedura concorsuale che possono portare all'esclusione del concorrente dalla gara», potendosi affermare in tal caso la giurisdizione amministrativa ⁽¹⁴⁾.

Tuttavia, come si diceva, la presenza, anche nella fase esecutiva, di poteri unilaterali e autoritativi che l'amministrazione può esercitare, pone non pochi dubbi interpretativi in merito al titolo di responsabilità che potenzialmente grava sull'amministrazione e ripropone, ancora una volta, altrettanti dubbi in punto di giurisdizione.

La sentenza del Consiglio di Stato sul trasporto scolastico, prima richiamata, consente di mettere in luce l'altro pezzo del ragionamento, relativo ai profili di responsabilità.

Rispetto alla domanda di risarcimento danni formulata contestualmente all'impugnazione della delibera comunale da parte dell'originaria aggiudicataria del contratto, il giudice amministrativo afferma che la pretesa risarcitoria si fonda «sui danni

⁽¹²⁾ Cass., Sez. Un., 3 giugno 2024, n. 15383.

⁽¹³⁾ Cass. sez. I, 7 ottobre 2024, n. 26110.

⁽¹⁴⁾ Cass., Sez. Un., n. 15383/2024.

asseritamente patiti in conseguenza della mancata stipulazione del contratto dell'appalto con il comune. Pertanto, ciò che rileva a fini risarcitori è l'eventuale illegittimità degli atti con i quali l'Amministrazione si è rifiutata di stipulare il contratto, non degli atti con i quali l'Amministrazione ha effettuato le successive scelte di affidamento del servizio, in quanto solo i primi hanno (in tesi) causato il danno di cui la ditta ha chiesto il ristoro per equivalente» ⁽¹⁵⁾.

Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha salvato la legittimità della determina comunale e pertanto, sia pure con argomentazione più articolata, respinge anche la domanda risarcitoria. Ma il punto è che lo stesso Collegio ammette che ci troviamo in una fase esecutiva che è a valle della stipulazione e, coerentemente con il ragionamento svolto, collega l'eventuale responsabilità dell'amministrazione non all'inadempimento della stessa, bensì all'eventuale illegittimità (esclusa però dal giudice) del provvedimento adottato, espressione di un potere autoritativo dell'amministrazione, che appunto si colloca nella fase esecutiva.

Di contrario avviso, come già sottolineato, è la Corte di cassazione, che afferma la giurisdizione del giudice ordinario rispetto alla controversia avente ad oggetto la domanda di condanna dell'amministrazione al pagamento delle prestazioni svolte in esecuzione di un contratto di appalto, la cui aggiudicazione però è stata annullata d'ufficio dalla stessa amministrazione: in tal caso, osserva la Corte, la questione verterebbe sul diritto soggettivo «all'adempimento del contratto», e non già sulla «legittimità dell'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione» ⁽¹⁶⁾.

In ogni caso, dagli orientamenti riferiti emerge come i profili di responsabilità in cui può incorrere l'amministrazione riguardano sia la responsabilità conseguente al comportamento inadempiente dell'amministrazione in fase di esecuzione del contratto,

⁽¹⁵⁾ Cfr. ancora Cons. Stato, n. 741 del 2024.

⁽¹⁶⁾ Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 30580.

sia quella che scaturisce dal danno cagionato al privato in caso di esercizio di poteri unilaterali da parte della stessa amministrazione e sempre nella fase esecutiva.

C'è da dire che, con tutta probabilità, il problema dell'origine del danno nella fase esecutiva del contratto, se cioè lo stesso derivi da un comportamento dell'amministrazione o sia conseguenza dell'annullamento di un atto espressione di un potere unilaterale, sia pure in fase di esecuzione del contratto medesimo, non poteva essere percepito fino a quando l'azione risarcitoria da provvedimento illegittimo era integralmente affidata al giudice ordinario. Nel senso che, in entrambe le ipotesi richiamate, la giurisdizione sul risarcimento spettava sempre allo stesso giudice ordinario.

Diverso ragionamento occorre fare oggi. Perché, laddove si accertasse la natura autoritativa dei provvedimenti emessi dall'amministrazione nella fase esecutiva, la relativa impugnazione e, soprattutto, la conseguente domanda risarcitoria, andrebbero proposte al giudice amministrativo, ai sensi degli art. 29 e 30 c.p.a. E non rileva la distinzione tra atti e comportamenti, richiamata dalla Cassazione, ai fini del riparto, perché il giudice amministrativo, nell'ambito della propria giurisdizione, può conoscere dei comportamenti, ai sensi dell'art. 7 c.p.a. D'altra parte, come osservava Santi Romano, assai spesso il danno da provvedimento illegittimo è un danno che scaturisce non dal provvedimento in sé, ma dalla sua esecuzione: «di solito, la responsabilità sorge non per la semplice emanazione dell'atto illegittimo, ma per la sua esecuzione, giacché, prima di questa, è difficile che un danno sia effettivamente risentito, il che del resto non può escludersi in ogni caso» ⁽¹⁷⁾.

A ciò si aggiunga che, com'è di tutta evidenza, la giurisdizione del giudice amministrativo sui poteri unilaterali dell'amministrazione in fase esecutiva, che ormai potrebbe comprendere anche la domanda risarcitoria, offre al privato una tutela più am-

⁽¹⁷⁾ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1937, 309.

pia, in quanto piena ed effettiva. Perché consente allo stesso di ottenere, ove ne sussistano i presupposti, l'annullamento dell'atto adottato nell'esercizio dei predetti poteri unilaterali e l'eventuale tutela risarcitoria.

Viceversa, il giudice ordinario, può pronunciarsi solo sull'eventuale domanda di risarcimento, non può rimuovere l'atto, bensì, ove ne ricorrano i presupposti, disapplicarlo.

Così, ad esempio, secondo la Corte di cassazione, nel corso della fase di attuazione di un rapporto concessorio «vengono in considerazione profili che attengono, non già all'esercizio di poteri autoritativi incidenti sul momento funzionale dello stesso rapporto, ma all'accertamento dell'inadempimento, da parte della P.A. concedente, alle obbligazioni sostanzianti il rapporto giuridico convenzionale a carattere paritetico». Con la conseguenza che, «l'eventuale implicazione di atti amministrativi non incide sulla giurisdizione del giudice ordinario, il quale può valutarli e anche disapplicarli se illegittimi, con effetti limitati al rapporto processuale costituito in causa» ⁽¹⁸⁾.

4. Brevi considerazioni finali: contratti pubblici, principio del risultato e questioni di giurisdizione.

Al termine di queste brevi osservazioni, pare opportuno riprendere quanto detto in apertura, circa l'opportunità si riconsiderare quell'ambiguità di fondo, legata alla struttura bifasica dei contratti a evidenza pubblica.

Questa è tradizionalmente giustificata dalla differenza tra la fase dell'affidamento, caratterizzata da profili pubblicistici, che consentono all'amministrazione di esercitare un potere discrezionale nella scelta del contraente e riducono per ciò stesso lo spazio di operatività dell'autonomia privata, e la fase esecutiva, nella quale il rapporto contrattuale tra l'amministrazione e l'operatore economico selezionato si svolgerebbe alla stregua di un comune rapporto obbligatorio, con un esplicito rinvio al codice civile,

⁽¹⁸⁾ Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2024, n.26107.

quanto al relativo regime giuridico. Tuttavia, come si è provato a dimostrare, sembra ragionevole riconoscere che anche la fase esecutiva conosca dei momenti di forte compressione dell'autonomia contrattuale delle parti, caratterizzati dall'esercizio di poteri unilaterali da parte dell'amministrazione e, al contempo, dalla sussistenza di significativi obblighi in capo a entrambe le parti.

D'altra parte, se il fine dell'azione amministrativa in generale, e dei contratti a evidenza pubblica in particolare, è il perseguimento dell'interesse pubblico, non c'è dubbio che proprio la fase esecutiva sia quella nella quale concretamente deve garantirsi la piena realizzazione dell'interesse pubblico che il contratto stipulato deve assicurare. La giurisprudenza amministrativa già da tempo ha colto il profilo, affermando che «l'interesse alla corretta esecuzione del contratto riacquista concretezza ed attualità in tutte le ipotesi in cui la fase dell'esecuzione non rispecchi più quella dell'aggiudicazione» (19).

In altre parole, la finalizzazione dell'attività amministrativa all'interesse pubblico e la riconduzione dell'intera attività ai principi generali del diritto pubblico è una condizione quasi immanente di tutta l'attività amministrativa, e dunque anche dell'attività contrattuale, ed è da sempre riconosciuta in dottrina e in giurisprudenza (20).

(19) Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2020, che precisa che l'aggiudicazione a sua volta deve essere «conseguita all'esito di un trasparente, imparziale, corretto gioco concorrenziale, o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (c.d. risoluzione pubblicistica, facoltativa o doverosa)».

(20) In argomento si veda F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 96. Con riguardo all'attività contrattuale, la stessa denominazione di «contratti a evidenza pubblica», che si deve a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, muove dal presupposto che il contratto, che è strumento neutro rispetto agli interessi che le parti intendono perseguire, debba essere funzionalizzato alla cura dell'interesse pubblico: sul punto, cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 439. In giurisprudenza il principio è ampiamente riconosciuto. cfr. di recente Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2024, n. 7258, secondo cui «nelle procedure di *project financing* occorre tenere distinte la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione atteso che, mentre quest'ultima presenta i caratteri della gara soggetta ai principi europei e nazionali dell'evidenza pubblica,

Tale circostanza oggi si rivela confermata anche sul piano normativo con la formulazione, voluta dal legislatore nel nuovo codice dei contratti, di una tassonomia di principi cui deve conformarsi l'amministrazione. In questo quadro, l'esplicita formulazione del principio del risultato, già noto alla dottrina amministrativistica ⁽²¹⁾, consente di ritenere che tali principi debbano abbracciare anche la fase esecutiva del contratto. Poiché è impossibile dare adeguata contezza, in questa sede, di tutte le implicazioni che il principio di risultato racchiude, preme sottolineare solo alcuni aspetti, utili ai fini del ragionamento condotto.

Il principio è enunciato all'art. 1, comma 1, del nuovo codice dei contratti pubblici, ove si fa riferimento al risultato «dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione» al quale devono tendere le stazioni appaltanti, «con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo». Ciò comporta che il risultato della «massima tempestività» e del «miglior rapporto tra qualità e prezzo» debba essere perseguito in fase di affidamento del contratto, la cui disciplina è retta dai principi della legge n. 241 del 1990, ma persiste anche nella fase di esecuzione, che secondo la ricostruzione fatta, e secondo quanto previsto dall'art. 12 del codice dei contratti, dovrebbe essere regolata dal codice civile: anzi, si potrebbe dire che proprio attraverso l'esecuzione del contratto l'amministrazione debba garantire la piena realizzazione di quell'interesse pubblico che il contratto medesimo intende conseguire.

C'è poi una considerazione più ampia, che è possibile fare a proposito della responsabilità dell'amministrazione nella fase esecutiva e che si riallaccia proprio al principio del risultato. Nel senso che occorre chiedersi se la finalità del miglior risultato co-

la scelta del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore».

⁽²¹⁾ Cfr. per tutti L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 1.

stituisca un elemento su cui misurare la responsabilità dell'amministrazione.

La giurisprudenza sul punto è ancora insufficiente per individuare i possibili orientamenti, però cominciano ad aversi le prime pronunce, nelle quali il giudice amministrativo si spinge ad affermare che «il profilo “causale” del singolo provvedimento deve essere interpretato in coerenza con la complessiva vicenda amministrativa (la c.d. “operazione”) da cui origina e nell'ottica del “risultato” della stessa. In particolare, il risultato non va inteso quale valore antagonista rispetto alla legalità amministrativa, concorrendo a integrare il paradigma normativo e, di riflesso, ad ampliare il sindacato giurisdizionale: il che fa transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte sinora ritenute insindacabili in quanto attinenti al “merito amministrativo”» (22). Ma allora, se il risultato è paradigma di legittimità dell'azione amministrativa, il mancato conseguimento dello stesso, sindacabile dal giudice amministrativo, potrebbe esporre l'amministrazione a una forma di responsabilità. Ad esempio, per riprendere quanto osservato in precedenza, in merito al principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale, anche quest'ultimo può configurarsi come attuazione del principio del risultato. E il diniego immotivato della stazione appaltante di rinegoziare un contratto non più economicamente sostenibile potrebbe esporre l'amministrazione a una forma di responsabilità.

Le considerazioni così svolte rafforzano l'interpretazione volta a considerare in modo unitario le fasi dell'evidenza pubblica, superando la nota struttura bifasica dei contratti pubblici: nel senso che, sia la fase dell'affidamento del contratto, sia quella della sua esecuzione, manifestano una compresenza di poteri pubblici e attività di diritto privato, che rende particolarmente difficile la possibilità di rinvenirne una diversa struttura, con un diverso regime giuridico. Ma soprattutto, entrambe le fasi sono finalizzate al perseguimento del medesimo interesse pubblico e

(22) Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866.

sono attraversate dalla medesima esigenza di assicurare il risultato del «migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo».

Infine, un'ultima considerazione. La compresenza di poteri pubblici e attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica non costituisce una novità, ma si tratta, in ogni caso, di una vicenda che non deve essere sottovalutata.

Per Santi Romano, i rapporti di diritto pubblico e di diritto privato «spesso si uniscono e s'intrecciano fra loro», ma sarebbe un errore «escludere dai rapporti di diritto pubblico ogni principio che trova la sua sede consueta nel diritto privato» ⁽²³⁾; diversa la posizione di Giannini, secondo il quale «non sussiste alcuna ragione per ritenere che l'amministrazione pubblica parte di rapporto interprivato abbia una posizione giuridica diversa da quella che avrebbe un soggetto solo privato» ⁽²⁴⁾.

Si tratta di due punti di vista dai quali osservare il medesimo fenomeno dell'uso di strumenti di diritto privato da parte dell'amministrazione pubblica: per cui, da un lato, si preferisce preservare la natura pubblica dell'attività svolta dall'amministrazione, assicurando l'applicazione dei relativi principi anche all'attività di diritto privato ⁽²⁵⁾; dall'altro lato, si privilegia la capacità di diritto privato dell'amministrazione, perché si ritiene che il diritto privato sia compatibile con il perseguimento dell'interesse pubblico ⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Così S. ROMANO, *La teoria dei diritti*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900, 211-212; il pensiero di Santi Romano è puntualmente ricostruito da M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, cit.

⁽²⁴⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., .785.

⁽²⁵⁾ M. MAZZAMUTO, *op. cit.*

⁽²⁶⁾ Riguardo alla disciplina derogatoria rispetto al codice civile in materia di esecuzione dei contratti pubblici si v. M. TRIMARCHI, *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., che distingue tra «deroghe al codice civile che danno luogo a un diritto privato speciale e deroghe che danno luogo ad incursioni di poteri amministrativi in un settore regolato dal diritto privato generale e speciale», ma perviene alla diversa conclusione, secondo cui «il diritto privato è compatibile con la cura di interessi pubblici, senz'altro presenti nell'esecuzione dei contratti pubblici; e che, al contempo, possono esservi ragioni particolari (riconducibili alla doverosità dell'intervento della stazione appaltante o a esigenze di tutela) che giustificano la previsione di puntuali poteri amministrativi incidenti sull'esecuzione del contratto».

Rispetto a questa diversità di approcci, il rischio al quale ci si deve sottrarre è quello di una progressiva riduzione della *specialità del diritto amministrativo*, in favore di un *diritto privato speciale*, cioè derogatorio rispetto al diritto comune. Come a dire che, l'esercizio di poteri unilaterali dell'amministrazione e i vincoli previsti in capo alle parti, lungi dall'essere espressione di una attività di diritto pubblico dell'amministrazione, funzionale, anche nella fase di esecuzione dei contratti, alla miglior cura dell'interesse pubblico, costituiscano l'occasione per una deroga alla puntuale applicazione degli istituti di diritto privato nell'esercizio dell'attività amministrativa, di cui tuttavia non è del tutto chiara la *ratio*. Mentre, ciò che risulta evidente, nell'applicazione di un regime di *diritto privato speciale* per l'amministrazione pubblica, è la potenziale riduzione della garanzia di tutela per i privati, anche in considerazione della difficoltà di individuare il giudice munito di giurisdizione.

Lo si è visto con riferimento alle ipotesi di responsabilità dell'amministrazione, rispetto alle quali la giurisdizione del giudice ordinario non offre adeguate tutele; mentre il giudice amministrativo oggi potrebbe conoscere sia dei profili di responsabilità che riguardano i danni conseguenti all'esercizio di poteri unilaterali di cui si dovesse accertare l'illegittimità, sia i danni conseguenti all'inadempimento del contratto, potendosi ricondurre questa ipotesi al più ampio *genus* dei comportamenti, su cui oggi lo stesso giudice amministrativo può esercitare la giurisdizione.

Per altro verso, la compresenza di poteri pubblici e attività di diritto privato anche in fase esecutiva dei contratti pubblici potrebbe tradursi, sotto il profilo delle situazioni soggettive di cui è titolare il privato, in quell'"inestricabile intreccio" tra diritto soggettivo e interesse legittimo, idoneo a giustificare la necessità di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche nella fase esecutiva. Soluzione che, in fondo, sia il legislatore sia la giurisprudenza sembrano accogliere con riferimento alle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo: rispetto alla quale, come s'è visto, la sussistenza della giurisdizione esclusiva

è giustificata dalla titolarità di una posizione di potere in favore dell'amministrazione, in merito alla «valutazione discrezionale» delle condizioni per disporre la revisione ⁽²⁷⁾.

Va precisato che l'estensione della giurisdizione esclusiva anche alla fase esecutiva dei contratti pubblici, sia pure *de jure condendo*, ma in coerenza con la *ratio* che ne giustifica la previsione ⁽²⁸⁾, non è incompatibile con il rinvio dell'art. 12 del codice degli appalti al codice civile, poiché anche in altre ipotesi il legislatore, proprio in considerazione della natura mista di taluni istituti, ha previsto la giurisdizione esclusiva con riferimento alle relative controversie: è il caso degli accordi procedurali, di cui all'art. 11 della l. 241 del 1990, ai quali si applicano, «ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti», ma che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 *lett. a)* c.p.a.

Al contempo, la previsione della giurisdizione esclusiva potrebbe dare un ordine proprio a quella oscillazione giurisprudenziale, caratterizzata dalla pluralità di orientamenti espressi dalla giurisprudenza ordinaria e amministrativa, di cui s'è provato a dar conto, e originata dalla manifesta difficoltà di individuare una corretta linea di riparto tra le due giurisdizioni.

L'esigenza rimane quella di assicurare una maggiore certezza nell'accesso alla tutela giurisdizionale, che si traduce inevitabilmente anche in una maggiore ampiezza della tutela apprestata.

ABSTRACT: Il saggio analizza la fase di esecuzione dei contratti pubblici mettendo in evidenza alcuni profili di criticità. In particolare, partendo dal presupposto per cui la fase esecutiva conosca dei momenti di forte compressione dell'autonomia contrattuale, caratterizzati dall'esercizio di poteri unilaterali da parte dell'amministrazione, si sottolinea la difficoltà di ricondurre per intero la disciplina al regime del codice civile, con evidenti ricadute in punto di giurisdizione, generando non pochi dubbi interpretativi in merito alla individuazione del giudice munito di giurisdizione. La

⁽²⁷⁾ V. *retro*, Cons. Stato, sez. V, n. 4336 del 2024, a proposito dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a.

⁽²⁸⁾ Si veda, in generale, A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. Proc. Amm.* 2004, 417.

questione si salda con il tema della responsabilità dell'amministrazione nella stessa fase di esecuzione del contratto, che ripropone in termini problematici la questione del riparto di giurisdizione. Pertanto, sia pure *de iure condendo*, potrebbe essere utile ragionare sulla estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche alla fase esecutiva dei contratti pubblici, al fine di consentire un più facile accesso alla tutela giurisdizionale.

ABSTRACT: *The article undertakes an examination of the performance stage of public contracts, bringing to light a number of structural shortcomings. It proceeds from the premise that this phase is characterised by a substantial curtailment of contractual autonomy, owing to the administration's exercise of unilateral prerogatives. Against this backdrop, the essay emphasises the inherent difficulty of subjecting the entirety of the relevant discipline to the Civil Code framework—an operation that has significant repercussions for the allocation of jurisdiction and that gives rise to substantial interpretative uncertainties concerning the identification of the court competent to adjudicate such disputes. This issue intersects with the question of the public administration's liability during the performance of the contract, which again renders problematic the delineation of jurisdictional boundaries. Accordingly, albeit de iure condendo, it may be appropriate to consider extending the administrative courts' exclusive jurisdiction to cover the performance stage of public contracts as well, thereby ensuring more straightforward access to judicial protection.*