

Per una lettura critica e costituzionalmente orientata della recente disciplina riguardante la revoca degli “atti amministrativi che incidono su rapporti negoziali”^(*)

*di Arianna Scacchi^(**)*

SOMMARIO: 1.- Il potere di autotutela della P.A. 2.- La responsabilità da atto lecito della P.A. ed il conseguente diritto all'indennizzo. 3.- La responsabilità precontrattuale della P.A. 4.- La disciplina normativa prevista dall'art. 21 nonies della legge 241 del 1990 in materia di annullamento d'ufficio. 5.- La risoluzione degli accordi ex art. 11 della legge 241 del 1990. 6.- La riduzione dell'indennizzo conseguente alla “conoscenza o conoscibilità da parte del privato della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico. 7.- La riduzione dell'indennizzo per concorso colposo del privato. 8.- La riduzione dell'indennizzo per concorso di soggetti diversi dal danneggiato. 9.- La “dubbia” costituzionalità del nuovo comma 1 bis dell'art. 21 quinquies della legge 241 del 1990.

1. Il potere di autotutela della P.A.

L'art. 12, comma 4, del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, contenente “*Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*” – successivamente confermato dall'articolo 13, comma 8 *duedecies* della legge di conversione n. 40 del 2007 – ha introdotto talune importanti novità in merito alla revoca dei provvedimenti amministrativi da parte della P.A.

In particolare, mediante l'aggiunta di un nuovo comma 1 *bis* al precedente art. 21 *quinquies* della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 è stato espressamente previsto che “*Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico*”.

Prima di procedere all'esame della nuova previsione normativa, appaiono necessarie alcune brevi premesse.

^(*) Il presente lavoro, che si pubblica per l'interesse e l'originalità del raccordo tra l'esercizio del potere di revoca da parte della P.A. e le regole civilistiche e comunitarie, giunge a conclusioni non del tutto condivise dalla direzione della *Rassegna* (G.F.).

^(**) Ricercatore dell'Università di Roma “Tor Vergata”.

La facoltà di revoca degli atti amministrativi – elaborata dalla prevalente dottrina (1), pur in assenza di espresse previsioni normative al riguardo e codificata dal legislatore italiano soltanto con la legge n. 15 del 2005 (che ha aggiunto alla legge n. 241 del 1990 l'art. 21 *quinquies*) è da sempre stata considerata quale tipica manifestazione del cd. “potere di autotutela” della P.A.

Stando alla definizione tradizionalmente accolta in dottrina (2) l'autotutela amministrativa consiste in “*quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese*”.

Essa si risolve, pertanto, nella possibilità riconosciuta dalla legge all'amministrazione di “farsi ragione da sé”, vale a dire di realizzare coattivamente i propri interessi, mediante i mezzi amministrativi a sua disposizione, salvo ogni sindacato giurisdizionale.

L'autotutela in senso stretto si distingue, tra l'altro, dall'autodichia, consistente nell'esercizio di attività formalmente giurisdizionale da parte dell'amministrazione, in quanto attività non obiettiva e neutrale, ma tesa al perseguimento di un interesse della P.A. parziale e soggettivo.

La tesi attualmente prevalente (3) riconduce sotto l'egida definitoria di “autotutela amministrativa” sia l'attività provvedimentale che si esplica mediante atti tipici (c.d. “autotutela decisoria”), sia l'attività di esecuzione non provvedimentale (c.d. “autotutela esecutiva”).

L'“autotutela decisoria” è a sua volta distinguibile in autotutela “sugli atti” ed autotutela “sui rapporti”; la prima si esplica in ordine alla validità degli atti e comprende sia la cd. “autotutela diretta o non contenziosa” in cui l'amministrazione esercita i suoi poteri spontaneamente oppure in adempimento di un preciso dovere, sia la cd. “autotutela indiretta o contenziosa” dove il potere della P.A. si fonda sull'azione, o ricorso, dell'interessato, assumendo una connotazione fortemente giurisdizionale, anche se la controversia in tal caso si conclude con un atto che tende a soddisfare non soltanto l'interesse del privato ricorrente ma, altresì, seppur indirettamente, l'interesse pubblico dell'amministrazione.

L'“autotutela esecutiva” riguarda, invece, comportamenti tenuti da soggetti in rapporto giuridico con l'amministrazione, che non appaiono conformi

(1) In merito all'istituto della revoca si citano, tra gli altri: RAGGI, *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, 217; RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935; ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1942; PAPARELLA, *Revoca*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 204; CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino 1996, 324; FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino 1996, 335; IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

(2) BENVENUTI, *Voce Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc.dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537.

(3) BENVENUTI, *Voce “Autotutela”*, cit. 538; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, 196; CASSESE, *Diritto amministrativo*, Milano, 2000, 829.

a pretese della P.A. (fondate su norme di legge o su precedenti atti amministrativi) e si esplica in decisioni di condanna o mediante l'applicazione di sanzioni al fine comune di garantire l'oggetto e l'utilità del rapporto medesimo.

Si parla, infine, di una cd. "autotutela legata" con riferimento agli accordi stipulati dalla P.A. con i privati, ai quali – secondo una parte della dottrina (4) – sarebbero applicabili soltanto i procedimenti di revisione, vale a dire quelli che incidono sull'efficacia dell'atto, ma non anche i procedimenti di riesame. Un'ipotesi di "autotutela legata" è attualmente prevista dalla legge 241 del 1990 con specifico riferimento agli accordi stipulati ai sensi dell'art. 11, ove il potere di recesso unilaterale della P.A. è esercitabile soltanto con l'osservanza di due condizioni: 1) la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse; 2) l'obbligo di liquidare un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

Autorevole dottrina (5) limita, in realtà, il concetto di autotutela amministrativa alla sola autotutela esecutiva, preferendo parlare con riferimento alle decisioni di autotutela decisoria sugli atti, di procedimenti di secondo grado (6), ovvero di procedimenti di riesame, di revisione e di regolarizzazione, aventi ad oggetto un provvedimento precedentemente adottato dallo stesso organo di controllo, ovvero da un organo gerarchicamente inferiore ma, comunque nell'esercizio delle medesime funzioni amministrative, e finalizzati rispettivamente ad eliminare vizi di legittimità i primi (annullamento), vizi di opportunità i secondi (revoca) e la mancanza di atti strumentali o della necessaria documentazione gli ultimi.

Conformemente alla prevalente dottrina, anche l'orientamento della giurisprudenza amministrativa è da tempo pacifico nel riconoscere un generale "potere di revoca" degli atti amministrativi da parte della P.A., richiamando a fondamento di tale conclusione, una prerogativa dell'amministrazione funzionale alla tutela degli interessi pubblici di cui la stessa è affidataria.

In particolare, partendo dalla tradizionale definizione di "autotutela" quale potestà attribuita dall'ordinamento alla P.A., in funzione essenzialmente strumentale rispetto alla realizzazione dei suoi fini istituzionali, se ne fa discendere il riconoscimento di un generale "potere di ritiro" dei provvedimenti amministrativi, precedentemente adottati, qualora gli stessi risultano essere inficiati da vizi di legittimità o di merito (7).

(4) GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 549 ss. e CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 586 ss. e 637 ss.

(5) GIANNINI, in *Diritto amministrativo*, cit., 549, che espressamente afferma "l'autotutela è il nome di una potestà a sé stante, che è attribuita all'amministrazione per realizzare l'interesse pubblico così come reso concreto nel provvedimento, e che si esercita per atto volontario, se e in quanto l'amministrazione ritenga di doverla esercitare; l'amministrazione, in altre parole, sapendo che il provvedimento imperativo ha comunque prodotto il suo effetto, può fermarsi qui attendendo gli eventi, ma può decidere di andare oltre, esercitando la potestà di autotutela e ponendo il provvedimento in esecuzione"

(6) GIANNINI, *I procedimenti amministrativi*, Milano, 1969.

(7) In particolare, in merito alla distinzione tra annullamento di atti amministrativi illegittimi, revoca degli atti divenuti inopportuni o non più rispondenti all'interesse pubblico

Mentre l'annullamento d'ufficio, frutto anch'esso dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, si traduce in un ritiro discrezionale, con efficacia retroattiva di un provvedimento *ab origine* illegittimo, sul presupposto dell'esistenza di un concreto interesse pubblico alla sua caducazione, che non può semplicemente coincidere con l'esigenza di ripristino della legalità violata attraverso il provvedimento viziato; la revoca viene, al contrario, identificata con il provvedimento mediante il quale la P.A., per motivi di opportunità, fa cessare, con efficacia *ex nunc*, gli effetti di un precedente atto amministrativo, a seguito di nuove circostanze (cd. sopravvenienze) che rendono *ex post* inopportuno un provvedimento originariamente adeguato e conforme all'interesse pubblico sotteso al potere esercitato.

Con specifico riferimento ai provvedimenti amministrativi "connessi" con atti di natura negoziale stipulati tra il privato e la P.A., dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che il suddetto potere di autotutela possa essere esercitato anche a seguito della sopravvenuta aggiudicazione del contratto, mentre discusso è l'esercizio di un siffatto potere nel caso in cui si sia già addivenuti alla sua stipulazione.

Ciò in quanto, stando ad una tesi di natura essenzialmente privatistica, la stipulazione comporterebbe la nascita di un correlativo diritto soggettivo in capo al privato che impedirebbe di rimuovere in sede di autotutela i provvedimenti presupposti alla stipulazione del contratto (8). Di conseguenza all'amministrazione sarebbe consentito agire soltanto attraverso le vie precostituite dal sistema civilistico, vale a dire chiedendo l'annullamento dell'atto negoziale in forza dell'eventuale vizio del procedimento di formazione di volontà dell'amministrazione.

Il prevalente orientamento giurisprudenziale ritiene che il potere di autotutela della P.A. è un potere di carattere generale, ed in quanto tale non è suscettibile di subire limiti assoluti, né *ratione temporis*, né per la sopravvenienza di un diritto soggettivo derivato dalla stipulazione di un atto di natura essenzialmente privata (9).

Qualora il contratto sia già stato stipulato od anche parzialmente eseguito, l'esercizio del potere di autotutela deve, però, essere esercitato nel rispetto di precisi e rigorosi parametri, in grado di evidenziare la sussistenza di un interesse pubblico tale da motivare la scelta compiuta dall'amministrazione.

primario, rimozione (o abrogazione) per la sopravvenienza di circostanze di fatto o di diritto che rendono illegittima la permanenza di un provvedimento, mero ritiro di atti preparatori o non ancora resi esecutivi dall'autorità di controllo: SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., 718 ss.; CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; CAVALLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, Padova, 1993, 351 ss.; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, 660 ss.

(8) CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, 2005, 2030 ss.

(9) In dottrina sul punto, in particolare: GRECO, *I contratti della P.A. tra pubblico e privato*, Milano, 1986.

La prevalente giurisprudenza amministrativa (10) ritiene che in tali casi l'esercizio del potere di autotutela da parte della P.A. dovrebbe essere esercitato nel rispetto dei seguenti parametri: 1) obbligo di motivazione; 2) sussistenza di specifiche e concrete ragioni di interesse pubblico, non riconducibili alla mera esigenza di ripristino della legalità violata mediante l'adozione del provvedimento successivamente annullato; 3) ragionevole arco di tempo trascorso dall'adozione del provvedimento annullato; 4) adeguata istruttoria; 5) rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale.

La dottrina più recente ha, tuttavia, negato l'esistenza di un siffatto generale potere di revoca degli atti amministrativi da parte della P.A., valorizzando essenzialmente il concetto di *"legittimo affidamento riposto dal cittadino nella validità ed efficacia di un precedente provvedimento amministrativo a lui favorevole"*.

Per legittimo affidamento deve essenzialmente intendersi quella posizione soggettiva consolidatasi in capo ad un soggetto privato ogni qual volta una determinata situazione a lui favorevole viene ad assumere un grado di stabilità nella sua sfera giuridica tale da poter far ragionevolmente presumere la sua effettiva realizzazione.

Il principio del cd. *"legittimo affidamento"* quale tutela dell'interesse privato, nei termini sopra indicati, è stato introdotto e valorizzato nell'ambito della giurisprudenza comunitaria (11), la quale ha più volte ribadito che una determinata situazione di vantaggio – assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa – non può essere da quest'ultima successivamente rimossa, se non previo indennizzo della posizione favorevole precedentemente acquisita.

Facendo riferimento ai fondamentali principi di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici si è affermato che determinati atti dell'autorità amministrativa, seppur illegittimi, non possono essere *"rimossi"*, in quanto il legittimo affidamento generato nei privati, non può essere sacrificato neppure in ragione di motivi di interesse pubblico.

(10) Si vedano al riguardo: Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 661 del 3 febbraio 2002, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2000; Cons. di Stato, sent. n. 1224 del 28 febbraio 2002, n. 1224.

(11) Si veda, in materia di *"Aiuto di Stato"*, la pronuncia della II Sez. della Corte di Giustizia nelle cause riunite C-182/03 e C-217/03.

Sui principi generali di diritto amministrativo comuni agli Stati membri e sulla costruzione di un diritto amministrativo europeo: AIROLDI, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990; FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1991, 351; CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1992, 23; FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Padova 1992, 1-26; PICOZZA, *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994, 321; CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* diretto da M. Chiti e G. Greco, Milano, 1997, 15; PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II ed. Padova, 2005.

Le suddette argomentazioni sembrano essere state confermate a seguito dell'emanazione della legge n. 241 del 1990 e delle recenti modifiche ad essa apportate dalla legge n. 15 del 2005.

Ciò in quanto, non soltanto l'attuale art. 1 della legge in questione espressamente richiama tra i principi dell'azione amministrativa anche quelli di diritto comunitario, ma la stessa legge nazionale ha ulteriormente rafforzato il legittimo affidamento del privato, attraverso la previsione di una sua attiva partecipazione al procedimento amministrativo volto all'adozione del provvedimento di cui lo stesso risulta essere destinatario (12).

In particolare, il provvedimento amministrativo scaturito da una proficua "collaborazione" tra P.A. e destinatario determina in quest'ultimo una ragionevole aspettativa di stabilità della decisione a lui favorevole assunta a seguito del procedimento.

La maggiore stabilità della determinazione amministrativa, dovuta all'espletamento di un'attenta e completa istruttoria, cui è chiamato ad intervenire attivamente lo stesso destinatario del provvedimento (nonché eventuali contro-interessati) renderebbe, pertanto, ingiustificata nella maggior parte dei casi, una futura modificazione del provvedimento precedentemente emesso, con l'unica eccezione rappresentata dal sopravvenuto mutamento della situazione di fatto originariamente presupposta.

Nonostante tali rilievi, posti in luce dalla dottrina più recente, le norme contenute nel nuovo art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 si discostano parzialmente dalle suddette conclusioni cui era giunta anche la giurisprudenza maggioritaria.

La nuova normativa sembra, infatti, riconoscere all'amministrazione un'illimitata potestà di revoca degli atti amministrativi, ivi compresi quelli che "*incidono su connessi rapporti negoziali*". Su questi ultimi, in particolare, saranno incentrate le nostre brevi riflessioni, in virtù della peculiare incidenza della revoca dell'atto amministrativo su un connesso o conseguente "contratto" di natura privatistica, seppur stipulato da una pubblica amministrazione.

(12) Si ricorda che uno dei principali obiettivi della n. 15 del 2005 consiste nell'effettiva attuazione del principio di trasparenza, precedentemente codificato dalla legge 241 del 1990, inteso nella duplice accezione di rendere conoscibile all'esterno l'*iter* seguito dalla P.A. al fine dell'adozione del provvedimento, e di rendere, altresì, permeabile il processo decisionale pubblico al contributo ed alle istanze, e più in generale all'apporto collaborativo, dei privati. Ciò, al fine di pervenire ad un'amministrazione il più possibile concordata, e dunque condivisa, e di ridurre conseguentemente il contenzioso sul provvedimento. In quest'ottica, la legge 241, così come novellata dalla legge 15, disciplina al Capo III (artt. 7-13) la c.d. partecipazione del privato al procedimento amministrativo, prevedendo una serie di istituti diretti a dare effettiva attuazione a tale principio. Trattasi, in particolare: *a*) della comunicazione di avvio del procedimento (artt. 7 e 8); *b*) dei diritti di intervento e di partecipazione (artt. 9 e 10); *c*) della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10 *bis*); *d*) degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento (art. 11); *e*) della disciplina dei procedimenti relativi ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici (art. 12).

Nello specifico, il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 21 *quinquies* prevede – nel caso in cui la revoca dell'atto amministrativo, incide su un rapporto di natura negoziale – il diritto in capo al soggetto danneggiato ad un indennizzo, il cui ammontare è commisurato al solo danno emergente e tiene, altresì, conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo revocato all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione in cui è incorsa la P.A. in merito alla compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

La disposizione completa la disciplina generale della revoca degli atti amministrativi, già introdotta dalla legge 15 del 2005 mediante la previsione dell'art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990, che al comma 1 espressamente stabilisce che “*Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo*”.

Mediante l'introduzione del nuovo comma il legislatore italiano ha, pertanto, esteso anche all'attività privatistica della P.A., la precedente previsione normativa inizialmente concernente la sola revoca degli atti amministrativi, prevedendo a carico delle amministrazioni pubbliche un semplice obbligo di “indennizzo” per il pregiudizio arrecato al soggetto interessato, limitato al solo danno emergente e per lo più ulteriormente riducibile nelle ipotesi specificamente previste dalla stessa norma.

2. La responsabilità da atto lecito dell'amministrazione ed il diritto all'indennizzo.

I primi commenti (13) concernenti la disposizione in esame hanno incentrato l'attenzione prevalentemente sull'aspetto relativo alla quantificazione dell'indennizzo riconosciuto al privato, ritenendo condivisibile la scelta operata dal legislatore di limitarlo al solo danno emergente, venendo, in questo caso, in rilievo una cd. “responsabilità da atto lecito dell'amministrazione (14)”.

(13) GIOVAGNOLI, *I criteri per la quantificazione dell'indennizzo in caso di revoca del provvedimento: le novità del decreto Bersani*, in *Urbanistica ed appalti*, n. 4 del 2007, 401 e ss.

(14) Sulla discussa nozione di “atto lecito dannoso” nell'ambito della dottrina civilistica: RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 205 che espressamente afferma “*la categoria dell'atto lecito dannoso...è rigorosamente indotta dai dati di diritto positivo, di fronte alla impossibilità di rinvenire in taluni casi un obbligo preesisten-*

Si è evidenziato, in particolare, che il presupposto essenziale ai fini dell'applicazione della disciplina prevista dal comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies* e della conseguente limitazione del pregiudizio subito dal privato al solo danno emergente, consiste nel fatto che il provvedimento di revoca dell'atto incidente su un connesso rapporto negoziale è stato legittimamente adottato dall'amministrazione interessata, nel rispetto dei presupposti e delle condizioni previste dalla stessa disposizione di legge.

Conseguentemente, non è precluso al privato di ottenere il ristoro integrale del danno subito in conseguenza della revoca di un precedente atto amministrativo, nel caso in cui quest'ultima sia stata disposta in difformità dei suddetti presupposti di legge e presenti caratteri di illegittimità.

In tal caso il privato dovrà dimostrare – anche in assenza di un previo giudizio di annullamento – l'illegittimità della revoca e domandare non più il solo indennizzo (che presuppone un pregiudizio causato da un atto lecito), ma il risarcimento del danno subito in conseguenza del fatto illecito compiuto dall'amministrazione (15).

te al risarcimento e violato con il contegno dannoso"; FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, 1081 e ss.. Un esame critico della nozione è stato, tuttavia, svolto da: TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano 1964 e da TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 264, secondo il quale "anche negli atti leciti dannosi si può ritenere che sussista un danno ingiusto, volendo con ciò indicare che il danno si sostanzia nella lesione di un interesse del danneggiato tutelato dall'ordinamento giuridico."

(15) Deve, tra l'altro, evidenziarsi il contrasto attualmente esistente tra la giurisprudenza civile e quella amministrativa in merito alla cd. "pregiudiziale amministrativa".

Con sentenza n. 21850 del 17 ottobre 2007 la Cassazione ha ribadito quanto già affermato dalle Sezioni Unite nelle due celebri ordinanze del 13 giugno 2006, n. 13659, e n. 13660, affermando che "al fine di ottenere il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi non è necessario il previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso (c.d. pregiudiziale amministrativa), essendo sufficiente l'accertamento della illegittimità dell'atto stesso; opinare diversamente significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione. L'accertamento della illegittimità dell'atto non può perciò risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento, né il diritto al risarcimento può essere per sé disconosciuto da ciò che invece concorre a determinare il danno, ovvero sia la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la pubblica amministrazione ha mantenuto nonostante la sua illegittimità". Aggiungendo, inoltre, che "Il giudice, ai fini di accordare il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi, seguendo lo schema normativo delineato dall'art. 2043 c.c., deve: a) accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) stabilire se il danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo assoluto o relativo, ovvero nelle forme dell'interesse legittimo o altro interesse (non elevato ad oggetto di immediata tutela ma) giuridicamente rilevante (in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori, e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto); c) accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile a una condotta (positiva o omissiva) della A". Al contrario, la giurisprudenza amministrativa è ferma nel ritenere

Tali conclusioni non sembrano, a nostro modesto avviso, pienamente condivisibili per una serie di diverse argomentazioni.

Innanzitutto, appare particolarmente difficile per il privato riuscire a dimostrare l'illegittimità della revoca disposta dalla P.A., data l'ampia formulazione utilizzata dalla legge, la quale consente il "ritiro" di un provvedimento precedentemente adottato, non soltanto "per sopravvenuti motivi di interesse pubblico" o "di mutamento della situazione di fatto", ovvero in presenza di "circostanze sopravvenute", tali da richiedere necessariamente una nuova valutazione dell'interesse pubblico di cui l'amministrazione interessata è affidataria.

La revoca può essere disposta anche nel caso di "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario", che non essendo dipesa da sopravvenuti motivi di interesse pubblico né da sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto – dovendosi, altrimenti, ritenere priva di autonoma valenza giuridica una siffatta previsione normativa – è presumibilmente dovuta ad un'erronea valutazione operata precedentemente dalla stessa amministrazione.

Al riguardo, è opportuno ricordare come l'attuale orientamento della Corte di Giustizia europea esclude un potere di revoca da parte dell'amministrazione, nel caso in cui la medesima abbia commesso un errore di valutazione, ovvero abbia dato prova nel comportamento tenuto nei confronti dell'interessato di negligenza o di imprecisione.

Pertanto, una tale interpretazione della disposizione in esame, in grado di legittimare il potere di revoca della P.A. anche nelle ipotesi di iniziale erronea valutazione dell'interesse pubblico di cui la stessa è affidataria, sembra porsi in aperto contrasto con l'attuale orientamento comunitario.

necessaria la cd. "pregiudiziale" dell'annullamento del provvedimento lesivo rispetto al risarcimento del danno. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella recentissima pronuncia n. 12 del 22 ottobre 2007 ha, in particolare, ribadito che la necessità di tale pregiudiziale trova fondamento nella "natura principalmente impugnatoria dell'azione innanzi al giudice amministrativo, cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e, non solo di annullare, bensì di "conformare" l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi. Queste essenziali circostanze, mentre si riflettono sui diversi caratteri del giudizio amministrativo rispetto a quello civile..., sembrano spiegare e giustificare e la priorità dell'azione impugnatoria, nel cui ambito soltanto è possibile e doveroso esercitare compiutamente l'anzidetto vaglio di legittimità nonché misurare spessore e valenza così della dedotta situazione soggettiva come della denunciata lesione, e la posta "consequenzialità" rispetto ad essa, dell'azione risarcitoria".

Il Consiglio di Stato ha, inoltre, posto a fondamento della necessità della pregiudiziale l'espressa formulazione dell'art. 7 della legge T.A.R. che qualifica l'azione risarcitoria, come "consequenziale" all'azione costitutiva di legittimità. Ma tale conclusione si presta a taluni rilievi critici in quanto sembra confondere l'effetto con la causa e ritiene che le azioni risarcitorie consequenziali regolate dall'art. 7 cit. siano solo quelle che riguardano la lesione di un interesse legittimo (sul punto VOLPE *Pregiudiziale amministrativa e sacrifici concettuali del giudice amministrativo* in www.lexitalia.it).

A ciò deve aggiungersi che un potere di revoca connesso ad una semplice “nuova valutazione dell’interesse pubblico originario” comporta una discrezionalità per l’amministrazione talmente ampia, da dover essere – secondo quanto rilevato da autorevole dottrina (16) – “attentamente controllata, caso per caso, nel suo corretto esercizio”.

In presenza di un’espressa motivazione del provvedimento di revoca da parte della P.A., la quale sostenga che la nuova valutazione dell’interesse originario si è resa necessaria in virtù di un’erronea valutazione iniziale dovuta essenzialmente a fattori estranei e ad essa non imputabili, diventa estremamente difficile per il privato fornire la prova dell’illegittimità della revoca.

Ciò in quanto egli non possiede di fatto gli elementi necessari per poter sindacare l’opportunità e la correttezza delle scelte operate dall’amministrazione, soprattutto nei casi in cui quest’ultime risultano essere frutto della ponderazione di una serie di interessi pubblici e privati di cui solo la P.A. interessata è depositaria.

La tesi che ritiene giustificabile la quantificazione dell’indennizzo nei termini di cui al nuovo comma dell’art. 21 *quinquies* in tutti i casi in cui la revoca sia stata legittimamente disposta, non sembra, inoltre, tenere in adeguata considerazione l’ulteriore circostanza in base alla quale la norma si riferisce letteralmente ai soli casi in cui “la revoca di un atto amministrativo... incida su rapporti negoziali ” e non anche a quelli previsti nei commi precedenti in cui la revoca incide esclusivamente su rapporti di natura amministrativa .

Al riguardo, è importante premettere che non risulta affatto facile procedere in concreto all’individuazione dei casi in cui la revoca di un provvedimento amministrativo è in grado di incidere su connessi o conseguenti “rapporti negoziali”.

A nostro modesto avviso l’espressione sembra poter ricomprendere due diverse ipotesi.

Per “rapporti negoziali” devono, innanzitutto, intendersi sia quelli derivanti da contratti che accedono ad un precedente provvedimento amministrativo (es. contratto stipulato a seguito di concessione amministrativa), sia quelli derivanti da contratti legati ad un precedente provvedimento da un nesso di necessaria presupposizione (es. contratto di appalto stipulato a seguito del provvedimento di aggiudicazione).

Per “rapporti negoziali” potrebbero, tuttavia, intendersi anche tutti i rapporti derivanti da contratti “dipendenti” dalla situazione giuridica soggettiva assicurata dal provvedimento amministrativo revocato (es. il concessionario di un dato bene o servizio stipula con soggetti terzi successivi contratti che presuppongono l’esercizio del diritto costituito dal provvedimento amministrativo).

(16) CERULLI IRELLI, *Osservazione generali sulla legge di modifica della legge n. 241 del 1990*, in www.giust.amm.it.

In quest'ultimo caso la revoca del provvedimento amministrativo non esaurirebbe la sua efficacia nell'ambito dei rapporti tra la P.A. ed il privato destinatario dell'atto in questione, ma inciderebbe, altresì, su ulteriori, seppur connessi, rapporti contrattuali stipulati tra privati in conseguenza dell'acquisita situazione giuridica successivamente revocata, generando l'ulteriore problema relativo alla sorte di tali rapporti nonché quello delle relative pretese indennitarie o risarcitorie spettanti eventualmente anche a tali successivi contraenti (17).

Conviene, per ora, limitare l'analisi al caso più semplice in cui la revoca del provvedimento amministrativo incide su un solo conseguente contratto stipulato tra la P.A. ed il privato.

Ciò premesso, si può ritenere che la limitazione dell'indennizzo al solo danno emergente, nonostante l'esplicito riferimento della legge ai soli casi in cui “*la revoca di un atto amministrativo... incida su rapporti negoziali*”, valga, in realtà, in tutti i casi di revoca. Tale soluzione sembra potersi dedurre dal combinato disposto della norma in esame con il comma 1 dello stesso art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990, ai sensi del quale “*l'indennizzo è dovuto ogni volta che la revoca comporti pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati*”.

Se così non fosse, dovrebbe ipotizzarsi che, poiché il legislatore ha limitato la misura dell'indennizzo da corrispondere al privato soltanto con riferimento ai casi in cui la revoca dell'atto amministrativo incide su rapporti negoziali, in tutti gli altri casi in cui tale revoca incide solo su precedenti rapporti amministrativi, l'indennizzo può includere anche il lucro cessante.

Ma tale interpretazione indurrebbe all'inaccettabile conclusione in base alla quale il legittimo affidamento riposto dal privato in merito alla validità ed all'efficacia di un provvedimento amministrativo dal quale deriva una sua specifica “*situazione di vantaggio*”, risulterebbe maggiormente tutelato rispetto all'affidamento riposto dal privato-contraente in merito alla validità ed all'efficacia di un contratto stipulato con la P.A., nonostante il suo assoggettamento alle norme e alla conseguente responsabilità previste dal diritto privato.

3. La responsabilità precontrattuale della P.A.

Stando a quanto espressamente previsto dall'art. 1 comma 1 *bis* della legge 241 del 1990 “*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

Essa, qualora agisca *iure privatorum* deve ritenersi equiparata ad un qualsiasi contraente privato, conseguentemente tenuto all'osservanza dei

(17) In tali casi il giudice civile ha sempre rivendicato il potere – nel giudicare le relative controversie tra privati – di disapplicare l'atto amministrativo “presupposto” ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge 2248/ 1865.

principi, delle regole e delle connesse responsabilità previste dalla vigente normativa civilistica (18).

In realtà, il fondamentale problema esegetico e dogmatico posto dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990 consiste proprio nell'accertare quale sia l'effettiva portata e l'ambito di applicazione di tale discussa disposizione normativa (19).

Se con essa il legislatore avesse semplicemente inteso legittimare l'uso del diritto privato da parte della P.A. in tutti i casi in cui non si tratti di eser-

(18) Al riguardo, deve comunque evidenziarsi che la Corte Costituzionale nel dichiarare, con la celebre sentenza n. 204/2004, l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, nella parte in cui prevede che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi" anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 7 agosto 1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (così come era previsto dall'art. 33, comma 2, lettere *c* e *d*), ha effettuato talune importanti premesse, nelle quali sembra ribadire che la cura dell'interesse pubblico si attua prevalentemente attraverso l'adozione di atti di natura autoritativa.

In particolare, la Corte ribadisce che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la P.A. agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo).

Gli stessi rilievi vengono effettuati nel dichiarare, altresì, l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 del D.Lgs. n. 80 del 1998, quale recata dall'art. 7, comma 1, lettera *b*), della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui, comprende nella giurisdizione esclusiva – oltre "gli atti e i provvedimenti" attraverso i quali le pubbliche amministrazioni svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia urbanistica ed edilizia – anche "i comportamenti", nei quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere.

(19) Sul punto tra gli altri: DE MARZO, *Attività consensuale e attività autoritativa della a.*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4/2005, 382, parla di "portata assai residuale del comma 1-bis dell'art. 1 della Legge 241/1990"; CARINGELLA, *Profili generali della riforma*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4/2005, 377, "la norma si limita a esternare un principio ormai assodato da circa un ventennio, ossia quello della generale capacità negoziale della pubblica amministrazione e della soggezione dell'attività paritetica alle normali regole del diritto comune". Secondo SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità* in <http://www.giustamm.it>, "il comma 1-bis si presta a gravi equivoci" poiché la dizione secondo cui la a. "agisce secondo le norme del diritto privato" sarebbe molto più ampia della locuzione "utilizza gli strumenti del diritto privato" e consentirebbe di affermare che l'amministrazione sia svincolata dalla regola dell'interesse pubblico. Per TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corriere Giuridico.*, 4/2005, 449, "non è chiaro quale potrà essere la portata pratica di questa disposizione".

Secondo GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e legge n. 15/2005, cit.*, 395 ss., la norma avrebbe introdotto un'affermazione di principio di alto valore sistematico, vale a dire la sottoposizione dell'attività amministrativa non autoritativa da chiunque esercitata in regi-

citare un potere pubblico, mediante l'adozione di atti autoritativi, il suddetto articolo non avrebbe alcuna effettiva portata innovativa, in quanto si sarebbe limitato a prevedere quanto già ritenuto pacifico sul presupposto della riconosciuta capacità di diritto privato di tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico e quindi anche della P.A.

È ormai pacifico, infatti, che l'amministrazione possa ricorrere al diritto privato per la cura dei propri interessi, mentre si discute semmai in merito ai caratteri e ai limiti ai quali può essere assoggettata l'attività dell'amministrazione retta dal diritto privato, nonché in merito alla conseguente legittimità e fondatezza di talune "regole speciali" tradizionalmente giustificate in virtù del carattere pubblico del soggetto agente.

Tuttavia, non sembra nemmeno corretto affermare che la portata della norma sia tale da consentire una rilettura globale degli istituti del diritto amministrativo in chiave privatistica; in modo che la determinazione amministrativa anziché essere qualificata come atto o provvedimento amministrativo dovrebbe essere ricondotta, di volta in volta, alla nozione di atto giuridico in senso stretto o di negozio giuridico con tutte le conseguenze che ne discendono sia sul piano del regime giuridico sia della conseguente tutela giurisdizionale.

Secondo una diversa interpretazione (20) *"la ratio della norma deve, in realtà, essere ricercata in tutti quei casi di esercizio dell'azione amministrativa non autoritativa in cui l'esperienza giuridica dell'ultimo secolo ha costruito moduli di azione di diritto pubblico. Così ad esempio, il procedimento amministrativo di concessione in luogo di un contratto di affitto o di locazione o di uso, il procedimento amministrativo di aggiudicazione per la scelta del contraente negli appalti pubblici in luogo delle trattative negoziali. Si potrebbero aggiungere i procedimenti amministrativi di gestione del rapporto di lavoro del personale pubblico in luogo dei semplici poteri datoriali se questo settore non fosse stato (ma solo in parte, come è noto) oggetto della recente privatizzazione"*.

Si citano, altresì, i casi delle sovvenzioni (contributi, sussidi, ausili finanziari etc.), nonché *"tutti i casi in cui lo strumento autoritativo può essere sostituito da quello negoziale, in virtù del consenso del soggetto privato nella cui sfera l'effetto è destinato a prodursi; la vendita in luogo dell'espro-*

me di diritto privato al rispetto dei medesimi canoni di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza del procedimento amministrativo. Ciò avrebbe quindi condotto, secondo le linee evolutive indicate dall'ord. della "plenaria" del Consiglio di Stato n. 1 del 2000, anziché secondo quelle tratteggiate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, *"non a una (inimmaginabile) privatizzazione del pubblico, ma ad una pubblicizzazione del privato perché nell'amministrazione di diritto privato l'hardware è (apparentemente) destinato a rimanere lo stesso ma il software è destinato ad essere radicalmente cambiato"*.

(20) CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir amm.*, n. 2/2003, 249 e *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in www.giust.it, n. 6/2002.

priazione, l'affitto in luogo della requisizione, la costituzione negoziale di servitù in luogo della costituzione coattiva, e così via. La presenza della norma produce la conseguenza, non di poco conto invero, che lo strumento negoziale vada privilegiato sempre, ove possibile, in luogo di avviare il procedimento autoritativo. E ciò in esercizio della capacità negoziale, senza ulteriori vincoli di diritto pubblico (a parte ovviamente quelli di bilancio)".

Ciò premesso, deve evidenziarsi che, a differenza di quanto avviene nei rapporti amministrativi puri e semplici, nel caso di rapporti negoziali la revoca dell'atto amministrativo da parte della P.A., pur essendo disposta nel rispetto dei presupposti e delle condizioni previste dalla legge e dovendosi ritenere formalmente legittima, può risultare non conforme ai canoni di "correttezza e buona fede" che anche l'amministrazione, come qualsiasi altro contraente, è tenuta ad osservare nel momento in cui agisce secondo gli strumenti, le regole e le conseguenti responsabilità proprie del diritto privato.

In particolare, risulta ormai da tempo acquisito che: 1) anche la P.A., qualora agisca *iure privatorum*, è tenuta all'osservanza dei doveri di correttezza e di buona fede posti dagli artt. 1337 e 1338 c.c. (21); 2) la responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile anche nell'ambito di un procedimento di evidenza pubblica, ove le regole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. si aggiungono alle disposizioni codicistiche che regolano la gara.

Una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (22), dopo aver confermato la propria giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 6 della legge n. 205 del 2000, ha ritenuto configurabile una responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c. in testa all'Amministrazione che, avendo portato a termine la procedura di evidenza pubblica, pervenendo sino all'aggiudicazione, aveva successivamente revocato l'aggiudicazione per mancanza delle disponibilità finanziarie necessarie all'esecuzione dell'opera appaltata.

Ciò in quanto, pur essendo la revoca dell'aggiudicazione (e di tutti i precedenti atti della procedura ad evidenza pubblica) essenzialmente valsa a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie, resta il fatto che la legittimità di una siffatta revoca, in tal senso sufficientemente motivata, non impedisce di qualificare "*la mancanza di ogni vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che la P.A. veniva assumendo con l'aggiudicazione del contratto*" come un comportamento disattento e contrario alle regole di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c.

(21) Cass. sent. n. 9129 del 10 dicembre 1987, in *Giust. civ. Mass.*, 1987 e da ultimo Cass., n. 2525 del 7 febbraio 2006 e Cass. n. 12629 del 26 maggio 2006, in *Foro It. Rep.*, 2006, voce *Opere pubbliche*, n. 82.

(22) Cons. di Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, che ha affermato la giurisdizione amministrativa esclusiva, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 205 del 2000 ove la condotta scorretta sia collegata ad un procedimento di evidenza pubblica.

Facendo applicazione dei suddetti principi, sembra potersi dedurre che nel caso in cui la revoca dell'atto amministrativo da parte della P.A. risulti, comunque, contraria ai doveri di cui agli artt. 1337 c.c. e 1338 c.c., non può ritenersi esaustivo il riconoscimento nei confronti del danneggiato di un mero indennizzo, in virtù dell'asserita legittimità dell'azione amministrativa.

In tal senso una recente sentenza del T.A.R. Lazio (23) ha espressamente chiarito che, anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, *“una responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. è configurabile anche nel caso in cui il provvedimento di revoca sia stato legittimamente adottato, al fine di porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non ritiene più adeguato e rispondente all'originario parametro valutativo”*.

La legittimità dell'atto di revoca non elimina, infatti, il profilo relativo alla valutazione del comportamento della stessa Amministrazione con riguardo al rispetto del dovere di buona fede e correttezza nell'ambito del procedimento di formazione della volontà negoziale.

Pertanto, in base al principio del legittimo affidamento generato nei confronti del soggetto destinatario di un precedente atto amministrativo, è necessario distinguere tra la legittimità della revoca disposta, in presenza di preminenti esigenze pubbliche che ne giustificano l'adozione, e la conformità del comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione ai canoni della buona fede e correttezza nelle trattative di cui all'art. 1337 c.c.

Sulla base di tali premesse, la stessa giurisprudenza amministrativa conclude sostenendo che *“a fronte di comportamenti della stazione appaltante che integrino la violazione dei doveri di correttezza e di buona fede, il privato avrà diritto, nonostante la legittimità dell'atto di revoca, non al semplice indennizzo, ma al risarcimento del danno da lesione del cd. interesse negativo, commisurato alle spese sostenute per partecipare alla gara e alla perdita, ove dimostrata, della chance di aggiudicarsi altre gare d'appalto”*.

Tale risarcimento spetterà al privato nonostante la legittimità del provvedimento di revoca e nonostante l'espressa previsione, da parte dell'art. 21 *quinquies*, di un diritto all'indennizzo commisurato al solo danno emergente. Ciò, in quanto l'espressa previsione della necessità di indennizzare il privato in ordine ad eventuali pregiudizi subiti in conseguenza dell'emanazione di provvedimenti di revoca di precedenti atti amministrativi, non elimina la possibile responsabilità dell'amministrazione per violazione del principio di buona fede nell'ambito delle trattative che conducono alla conclusione del contratto, con conseguente diritto in capo al privato non al solo indennizzo, ma al risarcimento del danno patito.

(23) In tal senso T.A.R. Lazio sez. I *bis*, 11 luglio 2006, n. 5766 che ha ritenuto legittima la revoca del bando di gara, dovuta al riscontro di errori materiali e concettuali relativi alla determinazione del corrispettivo per il servizio, rilevando, peraltro, l'impossibilità di apportare correttivi in sede di stipula dei contratti di aggiudicazione, pena l'alterazione della *par condicio* delle imprese che avevano partecipato alla gara presentando offerte economiche sulla base del valore dei lotti come indicati negli atti di gara.

La regola più diffusa nella valutazione dei danni subiti a causa della violazione dei doveri di buona fede precontrattuale è tradizionalmente quella del cd. "interesse negativo", inteso come interesse a non intraprendere trattative inutili.

In realtà, l'art. 1337 c.c. non contempla espressamente né il verificarsi del danno né la conseguenza del risarcimento (come fanno, al contrario, gli art. 1218 e 2043 del c.c.) ma si limita a prescrivere un obbligo di comportamento a carico delle parti, le quali nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede. Il successivo art. 1338 c.c. dichiara, invece, la responsabilità della parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte.

L'orientamento civilistico tradizionale ritiene, pertanto, che la tutela risarcitoria collegata alla violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c. operi solo nei casi in cui le "scorrettezze" precontrattuali di una delle parti hanno di fatto impedito la conclusione del contratto (trattative inutili) ovvero hanno condotto alla conclusione di un contratto invalido o inefficace (inutile stipulazione del contratto). Con la stipula di un contratto valido risulterebbe, al contrario, preclusa ogni possibilità di far valere una responsabilità per violazione degli obblighi comportamentali prenegoziali che resterebbero assorbiti dal raggiungimento dell'accordo; la tutela del contraente sarebbe affidata alle sole norme in tema di invalidità ed inefficacia del contratto.

Di conseguenza, il risarcimento del danno, volto essenzialmente a tutelare la libertà negoziale delle parti, viene ad essere identificato con quel particolare interesse che ciascun contraente ha a non intraprendere e/o proseguire trattative inutili ovvero a non stipulare un contratto invalido od inefficace.

Sotto il profilo della stretta quantificazione, sia la dottrina che la giurisprudenza prevalenti sono concordi nel ritenere che tale interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento) comprende i danni rappresentati da: 1) spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente); 2) perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso; 3) attività sprecata nelle trattative e sottratta alle utili applicazioni.

Conseguentemente viene escluso dalle voci risarcibili a titolo di interesse negativo il lucro cessante connesso all'esecuzione del contratto non stipulato, vale a dire ogni lucro o vantaggio che il contraente avrebbe potuto realizzare se il contratto fosse stato validamente concluso e conseguentemente eseguito.

Un più recente indirizzo dottrinale (24) tende, tuttavia, ad ampliare l'ambito di operatività della responsabilità precontrattuale, affermando che l'av-

(24) PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 106; BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, I) *Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, Milano, 1974, 14; CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. del dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1270; PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, 1993, II, 95.

venuta e valida conclusione del contratto non esclude il diritto al risarcimento del danno derivante da *culpa in contraendo*.

In particolare, è opinione attualmente consolidata (25) e condivisa anche dalla giurisprudenza dominante (26), che tra gli obblighi di buona fede genericamente previsti dall'art. 1337 c.c. debbano includersi i doveri di avviso o di informazione che gravano su ciascuna parte e la cui violazione determina comunque l'insorgere di una responsabilità precontrattuale per danni.

L'art. 1337 c.c. consacra, quindi, un principio generale (27), la cd. buona fede *in contraendo*, di cui la previsione contenuta nel successivo art. 1338 c.c., costituisce soltanto una specificazione sotto il profilo della mancata informazione di elementi che incidono sulla validità del contratto.

L'affermata estensione della responsabilità precontrattuale, oltre ai casi di trattative infruttuose e di stipula di contratti invalidi, anche ai casi in cui la trattativa abbia avuto per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto, ha portato ad una "rivisitazione" del danno risarcibile e tradizionalmente identificato col il cd. interesse negativo, che secondo l'opinione attualmente prevalente ed accolta di recente anche dalla giurisprudenza, non va inteso tanto come delimitativo dell'ammontare del risarcimento quanto piuttosto come identificativo della peculiare situazione giuridica tutelata dalla buona fede precontrattuale (28).

Si accoglie, quindi, una diversa nozione di danno che influisce sulla conseguente determinazione dell'ammontare del danno stesso.

In particolare, deve evidenziarsi come di recente la stessa Cassazione (29) abbia rivisitato il criterio di calcolo dell'interesse negativo, non esclu-

(25) Si veda in particolare sul punto la monografia di GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

(26) Tra le più recenti vedasi: Cass. n. 3462 del 15 febbraio 2007; Cass. n. 11004 del 12 maggio 2006 in *La Nuova giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, fasc. 4; I, 436.

(27) In questo senso tra i primi: MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 365. Affermano, altresì, la possibilità di rinvenire nell'art. 1337 c.c. un generale obbligo precontrattuale di informazione: BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2000, 167; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 79; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 240. In senso contrario: REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 955, che considera assolutamente insoddisfacente gli esiti ricostruttivi che si limitano ad affermare la pleonasticità dell'art. 1338 c.c. senza ricercare una possibile funzione e autonomia precettiva. In senso contrario anche D'AMICO, *Rimedi*, V, *Trattato del contratto* diretto da Roppo, Milano, 2006 1035 secondo il quale "con la disposizione dell'art. 1338 il legislatore non può che avere inteso chiarire che l'unico dovere di informazione di carattere generale (cioè operante a prescindere da una specifica previsione normativa) alla cui violazione può darsi rilevanza ai fini della responsabilità precontrattuale è quello avente ad oggetto l'esistenza di eventuali cause di invalidità del contratto".

(28) In tal senso espressamente TURCO, *Interesse negativo*, cit., 307 e ss.

(29) Cass. sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e responsabilità*, 1, 2006, 25 e ss.

dendo la possibilità che il soggetto leso dal comportamento scorretto dia prova di aver subito ulteriori danni.

Partendo dall'ipotesi di cui all'art. 1440 c.c. – in base al quale il contratto affetto da dolo incidente resta valido, obbligando il contraente in mala fede al risarcimento del danno – e considerando tale norma quale specifica applicazione della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. (30), il nuovo orientamento giurisprudenziale afferma anch'esso che la responsabilità precontrattuale si estende non soltanto ai casi di trattative infruttuose o di stipulazione di contratti invalidi o inefficaci, ma anche ai casi in cui la trattativa ha per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (31).

Ne deriva che in tali casi il risarcimento del danno, trattandosi non di trattativa infruttuosa ma dannosa, non può più concernere il solo interesse negativo, ma il cd. "interesse positivo differenziale", legato alla comparazione tra gli effetti del contratto stipulato ed il vantaggio che ne sarebbe derivato dall'esecuzione, ove il suo contenuto non fosse stato in alcun modo influenzato dal comportamento abusivo.

Il risarcimento va, cioè, commisurato alle migliori condizioni economiche che la "vittima" avrebbe ottenuto se la controparte avesse agito lealmente.

Con specifico riferimento al caso di dolo incidente la Cassazione (32) ha espressamente affermato che *"in caso di responsabilità precontrattuale relativa alla conclusione di un contratto valido ed efficace ma sconveniente, il risarcimento del danno pur non potendosi commisurare al pregiudizio derivante dalla mancata conclusione del contratto neppure può coincidere con la tradizionale figura del cd. interesse negativo commisurato alle spese veramente sostenute ed alle occasioni alternative mancate a causa della trattativa poi risultata inutile, bensì deve raggugiarsi al minor vantaggio o al maggior aggravio economico subito dalla vittima per il comportamento sleale della controparte, salva la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto"*.

(30) La stessa Cassazione ha più volte affermato che l'art. 1440 c.c. costituisce applicazione del modello della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. In tal senso si veda anche Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.* 2000, 1, 1, 192.

(31) In senso contrario: D'AMICO, *Rimedi*, V, *cit.*, 1138 secondo il quale l'art. 1440 c.c. – pur contemplando un'ipotesi di risarcimento conseguente ad una fattispecie di responsabilità precontrattuale, nonostante l'avvenuta stipulazione di un contratto valido – rappresenta una fattispecie eccezionale che non permette di affermare un principio di carattere generale secondo il quale la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma comunque pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto, consente comunque di ottenere il risarcimento del danno per violazione degli obblighi di buona fede precontrattuali. La possibilità di ristorare il soggetto che subisce il pregiudizio del contegno scorretto della controparte, stipulando un contratto valido ma "sgradito", deve essere rigorosamente limitata alle fattispecie espressamente previste e disciplinate dalla legge.

(32) Cass., sez. I, sent. 19024 del 2005, *cit.* 25.

In sostanza, si afferma che il risarcimento dei danni subiti, pur non potendo ricomprendere l'intero pregiudizio connesso alla lesione dell'interesse contrattuale positivo, non è indissolubilmente legato all'interesse negativo; ed al fine della quantificazione del relativo risarcimento del danno, la Cassazione propone il criterio del minor vantaggio o del maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti, salva la prova di danni ulteriori che siano conseguenza immediata e diretta di tale contegno sleale.

E ciò varrebbe – secondo quanto affermato da una parte della dottrina (33) – non soltanto nel caso tipico del dolo incidente, ma anche con riferimento ai casi in cui la vittima della altrui condotta illecita o sleale, pur potendo chiedere l'annullamento del contratto, chiede soltanto il risarcimento del danno, nonché nei casi di errore sui motivi – che pur essendo irrilevante per espressa disposizione di legge in materia contrattuale anche se determinante del consenso e noto alla controparte – non impedirebbe di ipotizzare una responsabilità *ex art. 1337 c.c.* a carico del contraente che avendo riconosciuto l'errore dell'altro, secondo le regole della buona fede e correttezza contrattuale, avrebbe dovuto conseguentemente avvisarla.

Secondo tale dottrina, data l'irrelevanza dell'errore sui motivi, il contratto non è annullabile, ma potendosi configurare una responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* in capo al contraente in mala fede, egli è tenuto al risarcimento del danno cagionato alla controparte al di là del limite del cd. interesse negativo, essendo qui in presenza di un contratto validamente stipulato.

In definitiva, in tutti i casi in cui nonostante la condotta illecita o sleale di una delle parti, il contratto è stipulato e viene tenuto fermo, il criterio normalmente utilizzato per calcolare il cd. "interesse negativo" non può ritenersi sufficiente nè adeguato, in quanto esso è finalizzato essenzialmente a porre il danneggiato nella posizione specifica in cui si sarebbe trovato se non avesse intrapreso la trattativa.

Ciò premesso, ad avviso di chi scrive, sembra che le stesse conclusioni proposte dalla giurisprudenza amministrativa in merito alla possibile configurazione di una responsabilità precontrattuale della P.A., pur in presenza di un legittimo atto di revoca disposto ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990, possano essere utilizzate nel caso in cui la revoca dell'atto presupposto o connesso al conseguente contratto sia disposta non nel corso delle trattative ma successivamente alla conclusione di quest'ultimo.

Recependo la suddetta apertura della Corte di Cassazione che ha rideterminato il criterio di calcolo dell'interesse negativo, non escludendo di fatto

(33) ROPPO, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e Responsabilità*, I, 2006, 34 e ss.; *contra* D'AMICO, *Rimedi*, *cit.*, 1024, secondo il quale le stesse ragioni che depongono per l'irrelevanza dell'errore sui motivi ai fini della validità del contratto, militano per una analoga conclusione anche sul terreno della mera responsabilità contrattuale.

la possibilità che il soggetto leso dal comportamento scorretto dia prova di “danni ulteriori”, ed evidenziando, altresì, che in questo caso siamo dinnanzi ad un contratto originariamente valido ed efficace (talvolta in parte anche eseguito) e soltanto successivamente “caducato”, in conseguenza della revoca di un atto amministrativo disposta a causa di un’originaria ed erronea valutazione di compatibilità con l’interesse pubblico ovvero a causa di sopravvenienze non conosciute o conoscibili dal contraente all’atto dell’originaria stipulazione del contratto, sembrerebbe giustificato il riconoscimento di un risarcimento del danno non più limitato al solo interesse negativo.

In tal caso non è configurabile una semplice lesione della libertà negoziale, in quanto le parti sono andate ben oltre la fase delle trattative, e gli “ulteriori danni” subiti dal contraente, che sulla validità e sull’efficacia definitiva del contratto aveva riposto legittimo affidamento, devono essere risarciti, salvo la prova della loro esistenza e del necessario nesso di causalità con la condotta illecita.

Ad ulteriore conferma di quanto sin qui rilevato, appare opportuno ricordare come l’opinione attualmente prevalente in dottrina (34) annovera la buona fede tra le fonti di integrazione del contratto, nonostante la mancata esplicita menzione ad essa da parte dell’art. 1374 del c.c..

Un primo orientamento afferma che nel richiamo alla “legge” previsto dal suddetto articolo sarebbe contenuto anche il richiamo agli artt. 1175 c.c. secondo il quale “*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*” nonché 1375 c.c., secondo il quale “*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”.

Un diverso orientamento (35) ritiene che, pur essendo la tassatività delle fonti integrative previste dall’art. 1374 c.c. idonea ad escludere dal novero di queste altre fonti extralegali, essa non può comunque impedire che sia la legge stessa a preveder ulteriori fonti di integrazione diverse da quelle previste dallo stesso art. 1374 c.c.. E poiché la buona fede nell’esecuzione del contratto trova un espresso ed autonomo fondamento, quale fonte di integrazione dello stesso, nell’art. 1375 c.c., non è necessario presupporre alcun espresso rinvio contenuto nel precedente art. 1374 c.c..

In particolare, stando all’orientamento esposto da una parte della dottrina e fatto proprio dalla giurisprudenza attualmente prevalente, i doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. pongono a carico

(34) In particolare sul punto: UDA, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, Milano, 2004. Considerano la buona fede quale fonte di integrazione del contratto anche: MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, *Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 368 e ss.; CARUSI, voce *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 709; BENFATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 342 ss.; RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell’art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa e tit. di cred.* 1965, I, 150.

(35) UDA, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, op. cit., 122 e ss.

dei contraenti una serie di obblighi ulteriori rispetto a quelli che individuano il contenuto primario del rapporto obbligatorio, aventi essenzialmente la finalità di imporre un atteggiamento di tipo cooperativo tra le parti.

Tali obblighi si sostanziano nei cd. obblighi di informazione, di lealtà, di assistenza e di custodia, che pur riferendosi alla prestazione, contribuiscono a precisarne le modalità di esecuzione e a garantire il puntuale soddisfacimento dell'interesse ad essa sotteso. I suddetti obblighi in funzione integrativa della prestazione principale incidono sulla misura dell'esatto adempimento e la loro inosservanza può essere fonte di responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c. (36).

La clausola generale di buona fede è, altresì, fonte di altri obblighi (cd. obblighi di protezione (37)) che pur non essendo funzionali all'esatto adempimento, mirano a garantire che ciascun soggetto del rapporto obbligatorio, o i beni ad essi appartenenti, non subiscano danni a causa od in occasione del suo svolgimento.

Tali obblighi si caratterizzano essenzialmente per la loro autonomia, e sono suscettibili di fondare azioni, altrettanto autonome, volte ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla loro inosservanza.

A conferma di quanto rilevato, si evidenzia che nella vasta applicazione giurisprudenziale, formatasi al riguardo, il richiamo alla buona fede è stato più volte utilizzato al fine di estendere la necessaria cooperazione dovuta dalla controparte per la salvaguardia del suo interesse contrattuale anche al di là delle specifiche previsioni contrattuali.

L'obbligo di buona fede è stato ad esempio richiamato al fine di impegnare le parti ad effettuare correzioni o chiarimenti necessari a risolvere talune incertezze del rapporto contrattuale, nonché al fine di fondare un cd. "obbligo di cd. rinegoziazione delle condizioni contrattuali" divenute squilibrate a seguito di sopravvenienze in corso di rapporto.

Il riferimento alla buona fede è stato dalla giurisprudenza (38) utilizzato anche al fine di escludere l'esercizio da parte di uno dei contraenti di poteri

(36) Sul punto vedasi da ultimo Cass., Sez. Unite, n. 26724 del 19 dicembre 2007.

(37) Sugli obblighi di protezione, in particolare: BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 99 ss.; BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 342 ss. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, artt. 1173-1176, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988, 316.

(38) Cass. n. 12093 del 2001, secondo la quale: "l'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà, che è accessorio di ogni prestazione dedotta in negozio, consente alla parte interessata di conseguire ogni utilità programmata, anche oltre quelle riferibili alle prestazioni convenute, comportando esso stesso una prestazione, cui ognuna delle parti è tenuta, in quanto imposta direttamente dalla legge (art. 1374 c.c.); " per cui agli effetti del contratto, che discendono dalle clausole pattizie, vanno aggiunti quelli che la norma produce, in forza del rilevato principio, il quale fissa una regola di condotta, cui debbono attenersi i soggetti del rapporto obbligatorio, alla stregua di quanto dispone l'art. 1375 c.c., secondo il quale il contratto deve essere eseguito, appunto, secondo buona fede, generando doveri

o facoltà ad esso spettanti, in quanto pur trattandosi di comportamenti formalmente leciti, in relazione alle singole circostanze concrete, risultavano sostanzialmente sleali o dannosi per la controparte e, pertanto, contrari al principio di buona fede, la quale “*concorre alla formazione della regolamentazione negoziale in senso ampliativo o restrittivo, rispetto alla fisionomia apparente, in modo che l’ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale*”.

Con specifico riguardo al caso in cui la parte del rapporto contrattuale è titolare di poteri discrezionali – come, tra l’altro, può considerarsi l’esercizio del potere di revoca di un precedente atto amministrativo da parte della P.A. nel rispetto delle condizioni di cui all’art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 – è stato affermato che la buona fede obbliga all’esercizio di detti poteri secondo correttezza ed in modo da salvaguardare comunque l’utilità della controparte.

In particolare, è stato più volte ribadito che il diritto di recesso esercitato da una delle parti, pur in presenza di una giusta causa tipizzata nel contratto, non può ritenersi conforme al principio di buona fede nell’esecuzione dello stesso, qualora esso sia esercitato con modalità imprevedute ed arbitrarie o comunque tali da ledere la ragionevole aspettativa della controparte che senza colpa faceva affidamento sulla validità e sull’efficacia di tale rapporto contrattuale.

Pertanto, applicando le suddette argomentazioni al caso specifico oggetto della nostra indagine, se ne dovrebbe desumere che la revoca di un provvedimento amministrativo che incide su un connesso rapporto negoziale (sostanzialmente riconducibile ad una sorta di recesso dal contratto), seppur legittimamente disposta, non esclude in ogni caso un’eventuale responsabilità contrattuale con conseguente obbligo risarcitorio, ove sia configurabile un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza che devono necessariamente presiedere non soltanto lo svolgimento delle trattative, ma anche l’intera fase dell’esecuzione nonché quella dell’integrazione del contratto.

Se si riconosce al privato il diritto al risarcimento del danno nei casi di ingiustificata ed arbitraria interruzione delle trattative o di ingiustificato rifiuto di stipulare il contratto, ovvero ogni qual volta la P.A. mediante comportamento colposo conduca le trattative senza verificare le sue concrete possibilità di impegnarsi, non si comprende per quale motivo una siffatta tutela dovrebbe negarsi nel caso in cui la revoca dell’atto amministrativo

di comportamento, la cui inosservanza costituisce inadempimento, al pari di quella riferita agli obblighi convenzionali. In tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggia, infatti, come un impegno di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, siano idonei a preservare gli interessi dell’altra parte, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico”.

presupposto avvenga successivamente alla stipulazione di un contratto, che certamente rende ancora più “ragionevole” il legittimo affidamento riposto dal privato in un atto negoziale inizialmente valido, perfetto ed efficace.

Se si riconosce al soggetto aggiudicatario di un appalto, il diritto ad ottenere, a seguito della revoca della procedura di gara, “ *il risarcimento del danno derivante dal fatto di avere evitato la partecipazione ad altre gare, e di avere sopportato ingenti oneri in termini di investimenti non ammortizzati e di servizi bancari per il rinnovo delle fidejussioni*” (39), non si comprende perché una siffatta tutela dovrebbe negarsi all’aggiudicatario che ha già stipulato il conseguente contratto d’appalto e che oltre a tali oneri ha presumibilmente affrontato anche quelli relativi alla parziale esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, e sembra, pertanto, aver diritto anche al risarcimento di tali “danni ulteriori” .

La soluzione da noi prospettata sembra, tra l’altro, aver trovato conferma in una recentissima sentenza del T.A.R. Puglia (40) ove – nel ribadire il potere da parte dell’amministrazione di ritirare l’aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto, in presenza di adeguate esigenze di interesse pubblico, con la conseguente ed automatica caducazione (41) degli effetti negoziali del contratto stesso – viene effettuata un’importante distinzione ai fini della tutela risarcitoria tra “annullamento” in via di autotutela per vizi di legittimità e “revoca” degli atti di gara.

In particolare il Collegio, nell’escludere con riferimento al caso prospettato l’applicabilità dell’art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 – trattandosi di un’ipotesi di annullamento per vizi di legittimità degli atti di gara – afferma espressamente che l’obbligo della P.A. di provvedere all’indennizzo dei danni subiti dal soggetto interessato in virtù della successiva revoca del

(39) T.A.R. Lazio sez. I *bis*, 11 luglio 2006, n. 5766, *cit.*

(40) T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 29 marzo 2007, n. 945, in *Urbanistica e appalti* n. 9/2007, 1143, con nota di MASERA.

(41) Sul punto, tra gli altri: SCOCA, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2007, 797 e ss.; STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell’aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2006, 3719 e ss.; FRENI, *L’annullamento dell’aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, in *Dir. Amm.*, 2004, 837 e ss.; CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte a valle: patologia o inefficacia*, in *Corr. Giur.*, 2004, 672 e ss.; SATTA, *L’annullamento dell’aggiudicazione e i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. Amm.*, 2003, 645 e ss.; CERULLI IRELLI, *L’annullamento dell’aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 1195; GREGO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 413.

Secondo parte della dottrina, la regola della caducazione del contratto per effetto dell’annullamento dell’aggiudicazione sembra potersi dedurre *a contrario* dall’art. 246 comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006, secondo il quale in caso di controversie relative a infrastrutture ed insediamenti produttivi la sospensione o l’annullamento dell’affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto è disposto esclusivamente per equivalente.

provvedimento amministrativo legato al contratto da un vincolo di “preordinazione funzionale” si riferisce alla sola ipotesi di “revoca legittima” di provvedimenti amministrativi ad efficacia durevole, salvo restando un’eventuale responsabilità precontrattuale della P.A. ex art. 1337 e 1338 c.c., da valutarsi in virtù dell’attività complessiva dell’amministrazione pubblica.

Al riguardo preme, tuttavia, evidenziare che la sentenza richiamata ritiene che, qualora il provvedimento di “ritiro”, adottato in via di autotutela dalla P.A. successivamente alla stipulazione del contratto, è tale da risultare “ingiusto ed illegittimo”, il soggetto interessato ha diritto a richiedere il risarcimento del “danno ingiusto” da intendersi quale “elemento costitutivo della fattispecie illecita di cui all’art. 2043 c.c”, mentre secondo la tesi da noi prospettata si tratta di una ipotesi di responsabilità contrattuale per inadempimento od inesatto inadempimento riconducibile all’art. 1218 del c.c. .

4. La disciplina normativa prevista dall’art. 21 nonies della legge 241 del 1990 in materia di annullamento d’ufficio.

A conferma di quanto sin qui sostenuto, deve evidenziarsi il fatto che l’art. 21 *nonies* della legge 241 del 1990, introdotto anch’esso dalla legge n. 15 del 2005, espressamente afferma che il provvedimento amministrativo illegittimo, vale a dire adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza, “*può essere annullato d’ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall’organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*”.

La norma in questione ha attribuito alla P.A., così come per il potere di revoca, un generale potere di annullamento d’ufficio di provvedimenti precedentemente adottati ed affetti da un vizio di legittimità (anziché di merito o di inopportunità), subordinandolo non soltanto all’effettiva esistenza di ragioni di interesse pubblico, ma altresì, alla previa comparazione tra l’interesse pubblico all’eliminazione dell’atto e i diversi interessi dei destinatari dell’atto, nonché al rispetto di un “*termine ragionevole*”.

A tal riguardo la dottrina (42), ha più volte sottolineato che la portata innovativa della norma in questione non consiste tanto nel riconoscimento da parte della legge di un potere d’annullamento d’ufficio degli atti illegittimi della P.A., già da tempo ammesso dalla giurisprudenza pressoché unanime, ma proprio nel fatto che l’avvenuto consolidamento delle posizioni giuridiche acquisite dal privato a causa del lungo tempo trascorso a seguito dell’adozione dell’atto, seppur illegittimo, comporta la prevalenza delle esigenze al mantenimento dell’atto amministrativo rispetto all’interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione.

(42) VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in www.lexitalia.it, n. 1/2005; CERULLI IRELLI, *Osservazione generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990*, in www.giust.amm.it.

Ne deriva che nell'attuale sistema l'incidenza del decorso del tempo ed il conseguente consolidarsi del legittimo affidamento riposto dal destinatario nell'efficacia dell'atto da rimuovere escludono l'annullabilità in autotutela del provvedimento, in quanto fonte di posizioni giuridiche qualificate e ormai consolidate.

In particolare, la recente giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che *“lo stato di avanzata esecuzione di opere edilizie assentite in forza di un permesso di costruire di cui venga denunciata l'illegittimità rivela la mancanza del requisito temporale “ragionevole”, al quale l'art. 21 nonies subordina l'esercizio del potere di autoannullamento, con la conseguenza che l'interesse pubblico a realizzare un assetto urbanistico legittimo deve considerarsi recessivo di fronte all'interesse privato alla conservazione del titolo abilitativo edilizio”*.

Le stesse considerazioni risultano estendibili in linea di principio al settore degli appalti pubblici.

La giurisprudenza è, infatti, unanime nel ritenere sussistente la possibilità per l'amministrazione di rivedere un precedente provvedimento di aggiudicazione, qualora circostanze sopravvenute (ovvero un diverso apprezzamento della situazione preesistente), lo rendano opportuno, con l'obbligo di dare esplicita e puntuale contezza del potere esercitato nella motivazione (43).

Ne consegue che nei contratti della P.A. l'intervenuta aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, non preclude all'amministrazione di procedere all'annullamento dell'intera procedura di gara con atto successivo, purché adeguatamente motivato e fermo restando l'esplicito riferimento ad un preciso e concreto interesse pubblico.

Tuttavia, l'accertamento di eventuali vizi della procedura di gara (quali ad es. errate interpretazioni di norme giuridiche o di atti amministrativi, erronea ammissione di un'impresa alla selezione, erronea valutazione dell'offerta dell'aggiudicatario) non potrà condurre all'annullamento d'ufficio dell'atto finale di aggiudicazione allorché il decorso di un ragionevole lasso di tempo dall'intervenuta stipulazione del contratto e l'avanzata fase esecutiva dei lavori abbiano ormai consolidato l'affidamento dell'impresa aggiudicataria.

Unica eccezione a tale disciplina generale, resta quella rappresentata dallo speciale regime dell'annullabilità d'ufficio previsto dall'art. 1 comma 136 della legge n. 311/2004, il quale subordina all'osservanza del limite temporale di tre anni il potere di rimozione in autotutela dei provvedimenti incidenti su “rapporti contrattuali e convenzionali con i privati”, allorquando l'Amministrazione agisca allo scopo di ottenere “risparmi o minori oneri finanziari”.

Il riferimento al tempo trascorso, è da ritenersi elemento essenziale al fine di poter valutare la consistenza dell'affidamento del privato in ordine alla stabilità dell'atto e la conseguente legittimità dell'annullamento.

(43) Vedasi tra le altre: Cons. di Stato, 28 febbraio 2000, n. 661, in *Urbanistica e appalti*, 4/2000 con nota di Daloimo e più di recente Cons. di Stato, 28 febbraio 2002, n. 1224, in www.giust.it.

Sorprende, pertanto, come tale elemento non sia stato dal legislatore ritenuto ugualmente importante nel caso di revoca dell'atto amministrativo, ove, avrebbe dovuto rivestire una rilevanza ancor più grande, in considerazione del fatto che in questo caso l'atto originariamente efficace e successivamente "rimosso" ad opera della P.A. non presenta profili di illegittimità ma di mera inopportunità.

Atteso che l'affidamento del privato in ordine alla stabilità dell'atto è, di regola, confortato dal tempo che passa, sarebbe stato necessario – nell'ambito di una norma che fissa i criteri di quantificazione dell'indennizzo in caso di revoca di provvedimenti incidenti su rapporti negoziali – specificare, almeno, che la misura di tale indennizzo dipende anche dal tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento, il quale in ogni caso non può superare un ragionevole periodo.

Si potrebbe, altresì, ritenere che l'adozione di un provvedimento di revoca, in conformità ai presupposti e alle condizioni di cui all'art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, ma successivamente al decorso di un ragionevole periodo di tempo dalla sua adozione – da valutarsi concretamente in relazione al tipo di provvedimento, al rapporto negoziale sul quale influisce, e alla conseguente situazione giuridica soggettiva sorta e consolidatasi in capo al privato – configura, pur in assenza di un'espressa previsione normativa al riguardo, un caso concreto di responsabilità della P.A. per violazione dei fondamentali canoni di correttezza e buona fede, che comportano una risarcibilità del danno nei confronti del privato non limitato al solo danno emergente.

A conferma di quanto sostenuto è opportuno ricordare che l'orientamento consolidato della Corte di Giustizia (44), pur affermando il principio generale della revocabilità anche con effetti retroattivi degli atti amministrativi illegittimi, assoggetta tale potere di autotutela ad una serie di rigorosi presupposti e condizioni.

In particolare, si ritiene che anche in presenza di un provvedimento illegittimo il principio di legalità dell'azione amministrativa deve essere contemperato con quelli della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento legittimo. E più in generale la Corte di Giustizia difende con rigore il cd. modello dello "Stato di diritto" codificato dall'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea.

Nelle pronunce più risalenti, i criteri di composizione di tali diversi principi sono stati elaborati tenendo conto della distinzione tra provvedimenti costitutivi e atti dichiarativi.

Con specifico riguardo ai primi, la Corte di Giustizia ha fissato la regola per cui la revoca *ex tunc* è legittima solo ove intervenga in un "periodo di

(44) Vedasi al riguardo: G.C.E., sentenza 13 luglio 1965, *Lemmerz-Werke c. Alta Autorità*, causa 111/63, in *Raccolta* 1965, 972; sentenza 3 marzo 1982, *Alpha Steel c. Commissione*, causa 14/81, in *Raccolta* 1982, 749; sentenza 26 febbraio 1987, *Consorzio Cooperative. D'Abruzzo c. Commissione*, causa 15/85, in *Raccolta* 1987, 1005, punti 12-17; sentenza 20 giugno 1991, *Cargill c. Commissione*, causa C-248/89, in *Raccolta*, 1991, I-2987, punto 20; sentenza 17 aprile 1997, *De Compte c. Parlamento*, in causa C-90/95, in *Raccolta* 1997, I-1999, punto 35; Tribunale di primo grado, sentenza *Mellet, cit.*, punti 120-121.

tempo ragionevole” dalla data di adozione dell’atto oggetto di riesame. Conseguentemente nel caso in cui tale periodo è da ritenersi trascorso, la garanzia della certezza del diritto e dell’affidamento legittimo del beneficiario prevalgono sull’interesse alla rimozione della misura illegittima.

Per quanto riguarda, invece, il ritiro *ex nunc* degli atti illegittimi, la stessa giurisprudenza (45) ha escluso la libera revocabilità degli atti costitutivi, sulla base dell’affermazione per cui l’esercizio del potere di riesame è subordinato, anche in tal caso, al rispetto del principio del legittimo affidamento e deve intervenire entro un lasso di tempo ragionevole.

Tali principi, inizialmente elaborati dalla giurisprudenza europea con specifico riferimento ai soli atti amministrativi costitutivi di specifiche situazioni giuridiche soggettive nei confronti del destinatario, sono stati successivamente estesi a qualsiasi tipologia di atto illegittimo, stabilendo la regola consolidata secondo la quale la revoca è subordinata al trascorrere di un periodo di tempo ragionevole ed al rispetto del legittimo affidamento del destinatario del provvedimento.

Il trascorrere di un ragionevole periodo di tempo, è stato configurato quale limite al potere di revoca persino nelle ipotesi in cui gli interessati erano coscienti del venir meno dei presupposti di fatto o di diritto su cui si fondava il provvedimento attributivo della loro specifica posizione di vantaggio, con l’unica eccezione concernente il caso di provvedimento adottato in palese violazione della normativa vigente.

I suddetti principi elaborati dalla Corte di Giustizia con riferimento al “ritiro” degli atti amministrativi illegittimi dovrebbero valere – a nostro modesto avviso – non soltanto nel caso di annullamento, ma a maggior ragione nel caso di revoca di atti, il cui unico vizio consiste nel fatto di non rappresentare più, per sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto, “*il migliore modo di provvedere alla cura dell’interesse pubblico di cui l’amministrazione è affidataria*”.

In conclusione, se l’affidamento generato nel destinatario dell’atto è considerato di regola prevalente rispetto alla cura dell’interesse pubblico, qualora sia decorso un ragionevole lasso di tempo, nonostante sia stata violata la legalità dell’ordinamento giuridico, a maggior ragione tale interesse dovrebbe considerarsi prevalente, alle stesse condizioni, qualora non vi sia alcuna violazione della legalità statutaria.

5. La risoluzione degli accordi ex art. 11 della legge 241 del 1990.

Un’ulteriore conferma dell’inadeguatezza della disciplina normativa di cui all’art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 – avuto riguardo alle ipotesi di revoca del provvedimento amministrativo disposta dalla P.A. a segui-

(45) Cfr. le citate sentenze *Simon e Hoogovens*, e, in termini ancora più perentori, la sentenza 23 giugno 1976, *Elz c. Commissione*, causa 56/75, in *Raccolta* 1977, pp. 1097 ss., punti 18-20.

to della conclusione del contratto – risulta effettuando un raffronto con la diversa disciplina prevista dall'art. 11 della stessa legge in merito ai cd. "accordi tra P.A. e privati".

In particolare, il suddetto art. 11 consente all'amministrazione di "*concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*".

Si tratta di accordi procedimentali con cui la P.A. ed il privato concordano il contenuto del provvedimento amministrativo ovvero di accordi sostitutivi dello stesso provvedimento finale.

Tali accordi devono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti ed ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

Secondo l'orientamento maggioritario (46), nonostante il richiamo ai principi del codice civile, tali accordi sono dotati di una caratterizzazione pubblicistica e costituiscono essenzialmente una modalità consensuale di esercizio del potere amministrativo.

Stando ad una diversa tesi di stampo privatistico, si tratterebbe, invece, di accordi di natura negoziale, caratterizzati da una posizione di tendenziale parità tra le parti, ai quali si applica in parte la disciplina dei contratti ed in parte quella propria del provvedimento che essi sostituiscono.

Ciò che maggiormente interessa ai fini del presente lavoro, è il fatto che la legge espressamente riconosce alla P.A. il potere di recedere unilateralmente dall'accordo concluso con il privato "*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse*" e "*salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato*".

Nonostante il riferimento letterale al diritto potestativo di recesso, trattandosi di accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi, il recesso dagli stessi da parte della P.A. costituisce, in realtà, l'esercizio del potere di autotutela su una precedente determinazione pubblicistica anche se adottata con modalità consensuale.

Il recesso dall'accordo appare assimilabile alla revoca di cui all'art. 21 *quinquies*, dalla quale si differenzia in relazione a due elementi essenziali: 1) il recesso a differenza della revoca può essere legittimamente esercitato solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse e non anche in ragione di una "mera rivalutazione" dell'originario interesse pubblico; 2) l'indennizzo riconosciuto al privato per il pregiudizio eventualmente subito non è limitato, come accade con riferimento alla revoca dell'atto amministrativo, al solo danno emergente ma è genericamente commisurato al pregiudizio in concreto verificatosi in danno del privato.

(46) Cons. di Stato, sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2313 e ss.

Pertanto, la P.A. può, successivamente alla stipulazione di un accordo sostitutivo, esercitare il potere di recesso unilaterale solo a condizione che siano sopravvenuti nuovi elementi di fatto e/o di diritto rispetto a quelli esistenti al momento della stipulazione, tali da rendere necessaria una nuova sistemazione degli interessi in gioco. Ed anche in tal caso, la legge si preoccupa di garantire la posizione del privato ed, in particolare, il “legittimo affidamento” da esso riposto nella validità e nella stabilità dell’accordo, assicurandogli la liquidazione economica del pregiudizio sofferto a seguito del recesso.

Dato il silenzio della legge sul punto, la determinazione dell’esatto ammontare di tale indennizzo e la sua eventuale assimilazione al risarcimento del danno è rimessa alla valutazione del giudice senza alcuna limitazione inderogabilmente imposta dalla legge.

A giustificazione della rilevata differente disciplina normativa prevista dalla stessa legge generale sul procedimento amministrativo con riferimento a due ipotesi del tutto assimilabili circa gli effetti prodotti nei confronti del privato interessato – quali in effetti sono il recesso di cui all’art. 11 e la revoca di cui all’art. 21 *quinquies* – si è affermato in dottrina (47) che “*tale diversità si spiega alla luce della maggiore solidità dell’affidamento riposto nei vincoli pattizi, rispetto a quelli unilaterali.*”

A nostro modesto avviso, tale giustificazione non può ritenersi condivisibile con riferimento ai casi in cui la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole od istantanea incide su un conseguente o connesso rapporto negoziale.

In questi casi la revoca dell’atto amministrativo comporta, altresì, la conseguente “caducazione” del contratto che accede ad esso (es. contratto stipulato a seguito di concessione amministrativa) o ad esso è legato da un nesso di necessaria presupposizione (contratto di appalto stipulato a seguito di un provvedimento di aggiudicazione). E l’affidamento riposto dai privati, in merito alla validità ed alla stabilità del vincolo pattizio stipulato con la P.A. a seguito dell’adozione dell’atto amministrativo poi revocato, non può certo ritenersi connotato da una minore solidità rispetto a quello riposto nella validità dell’accordo sostitutivo del provvedimento, avente ugualmente natura contrattuale.

Sembra, pertanto, sussistere un’ingiustificata disparità di trattamento tra due fattispecie sostanzialmente equiparabili sotto il profilo della lesione e della conseguente tutela del legittimo affidamento riposto dal privato.

Occorre, peraltro, tener presente che secondo il diritto comunitario i principi dettati in materia di appalti e concessioni pubbliche comportano oltre alla armonizzazione procedurale dei procedimenti di attribuzione dell’appalto, anche l’armonizzazione sostanziale dell’appalto attribuito, definito sempre come contratto e cioè come negozio autonomo e non “accessivo”.

(47) CARINGELLA, *Il contratto*, Giuffrè, 2007, 660.

6. *La riduzione dell'indennizzo conseguente alla "conoscenza o conoscibilità da parte del privato della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico".*

Ulteriori perplessità suscita la previsione secondo la quale l'indennizzo va liquidato tenendo conto della "conoscenza o della conoscibilità da parte del privato della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico".

Un primo aspetto critico concerne il fatto che una siffatta conoscenza da parte del privato può aversi soltanto nel caso in cui la revoca del provvedimento ad efficacia durevole od istantanea consegua ad una "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario" ed abbia ad oggetto un atto originariamente contrario all'interesse pubblico.

La norma non sembra applicabile alle restanti ipotesi di revoca rispettivamente disposte o "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse" ovvero "per mutamento della situazione di fatto", in quanto la conoscenza o conoscibilità da parte del privato deve concernere un "vizio" già esistente e deve necessariamente valutarsi al momento dell'effettiva adozione dell'atto, o al massimo, nel caso di atto presupposto per la stipulazione di un successivo contratto, al momento della conclusione di quest'ultimo.

Soltanto in tal caso, poiché la corresponsione dell'indennizzo nei confronti del privato è essenzialmente finalizzata al ristoro del pregiudizio da lui subito per aver fatto affidamento senza alcuna colpa sulla validità e sull'efficacia dell'atto revocato, la conoscenza o la conoscibilità della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico giustificerebbe la decurtazione dell'indennizzo prevista dalla norma.

A nostro giudizio, sembra plausibile che tale conoscenza o conoscibilità debba accertarsi secondo la normale diligenza che era da attendersi in relazione alle circostanze, al contenuto dell'atto, alla natura del rapporto ed in particolare alle qualità del soggetto privato. Di regola la diligenza richiesta, è, infatti, quella del buon padre di famiglia, vale a dire dell'uomo medio, o meglio del cittadino avveduto che vive in un determinato ambiente sociale, economico e culturale.

Maggiore potrà eventualmente essere il grado di diligenza richiesta nel caso in cui il privato sia un professionista che agisce nell'ambito della propria attività professionale ed in un settore di cui conosce le regole, gli interessi coinvolti, e le connesse responsabilità pubbliche e private; in tal caso la valutazione concernente la conoscibilità della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico potrà effettuarsi secondo il criterio della diligenza professionale.

In sostanza, l'indagine sulla ricorrenza della riconoscibilità si risolve un'indagine sulla buona fede del contraente privato, che essendo relativa ad uno stato soggettivo, viene ricavata in genere attraverso la valutazione di circostanze estrinseche e attraverso l'utilizzazione di elementi induttivi e presuntivi.

Particolarmente ostico risulta, in ogni caso, riuscire a dare la prova sul piano applicativo che il privato conosceva (o poteva conoscere) la contrarietà dell'atto all'interesse pubblico, in quanto nell'ipotesi di revoca di un atto amministrativo, a differenza di quanto accade nel diverso caso di annullamento, non viene in rilievo un vizio di legittimità dell'atto, quale l'incompe-

tenza, la violazione di legge o l'eccesso di potere, ma un vizio di merito o di inopportunità dello stesso.

La scelta relativa al modo più opportuno di provvedere alla cura dell'interesse pubblico di cui l'amministrazione è affidataria, tenendo in adeguata considerazione gli ulteriori interessi pubblici e privati coinvolti nel procedimento, costituisce, infatti, la tipica espressione del cd. "merito amministrativo".

E poiché tale scelta di merito rappresenta una prerogativa primaria ed esclusiva della P.A. sottratta di regola a qualsiasi sindacato da parte di soggetti terzi, ivi compreso lo stesso giudice amministrativo, ipotizzare, come fa la norma in esame, che il privato possa conoscere il vizio di merito che affligge l'atto revocato, significa ammettere che anche questi abbia le capacità e le competenze per valutare la conformità all'interesse pubblico della scelta amministrativa, il che sembra scontrarsi con l'esclusività e l'insindacabilità del cd. "merito amministrativo".

Dal punto di vista del diritto costituzionale tale prospettiva potrebbe, tra l'altro, giustificarsi solo in un modello di Stato ispirato al principio di sussidiarietà orizzontale e non della c.d. integrazione politica (es. partenariato pubblico-privato).

7. La riduzione dell'indennizzo per concorso colposo del privato.

La norma prevede un'ulteriore diminuzione dell'indennizzo commisurato al solo danno emergente nel caso in cui il privato abbia concorso con il suo comportamento a determinare l'erronea valutazione della P.A. circa la compatibilità dell'atto adottato con l'interesse pubblico.

Stando ai primi commenti espressi in merito a tale nuova previsione legislativa, essa non avrebbe fatto altro che richiamare espressamente la disciplina civilistica di cui al comma 1 dell'art. 1227 c.c. secondo cui "*se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate*".

L'orientamento giurisprudenziale attualmente prevalente ritiene che il comma 1 dell'art. 1227 c.c., concernente il cd. "concorso di colpa del danneggiato" richiede una cooperazione attiva da parte di quest'ultimo.

Pertanto, il risarcimento del danno deve essere proporzionalmente ridotto in ragione dell'entità percentuale dell'efficienza causale del comportamento del danneggiato, atteso che il danno che taluno arreca a sé medesimo non può essere posto a carico dell'autore della causa concorrente, sia per il principio che il risarcimento va proporzionato all'entità della colpa di ciascun concorrente, sia per l'esigenza di evitare un indebito arricchimento.

Secondo la prevalente dottrina civilistica (48) il fondamento del principio risiede nell'esigenza che al danneggiante non faccia carico il danno per quella parte di esso che non è a lui causalmente imputabile.

(48) BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 137 e ss.

Una diversa opinione (49) riporta il principio sul piano della responsabilità o più precisamente dell'autoresponsabilità del soggetto.

In ogni caso, la colpa del danneggiato non deve intendersi come criterio d'imputabilità del fatto illecito, in quanto il soggetto che danneggia o concorre a danneggiare se stesso non compie alcun illecito. La colpa costituisce piuttosto un requisito legale della rilevanza causale del fatto.

Da ciò consegue che in presenza di un comportamento non colposo prevale l'esigenza che il danneggiato sia integralmente risarcito del danno subito.

Nel determinare la diminuzione del risarcimento, inoltre, occorre tener conto della gravità della colpa e dell'entità delle conseguenze derivatene.

La prova del concorso spetta, infine, al danneggiante, trattandosi di circostanza che esclude o limita la pretesa del danneggiato.

Ciò premesso in ordine alla vigente disciplina civilistica – che, tra l'altro, inserisce il concorso di responsabilità nell'ambito del risarcimento del danno conseguente all'inadempimento contrattuale – deve necessariamente rilevarsi che il nuovo art. 21 *quinquies* applica, in realtà, il principio in esame ad un ambito giuridico sostanzialmente diverso da quello previsto dal codice civile.

Con riferimento al suddetto articolo, il concorso di responsabilità del danneggiato vale a ridurre ulteriormente l'indennizzo a lui spettante, nel caso di revoca di un precedente atto amministrativo, qualora egli con il suo comportamento abbia concorso a determinare l'erronea valutazione della P.A. circa la compatibilità dell'atto adottato con l'interesse pubblico.

Ma questo è possibile solo quando la P.A. opera esclusivamente "*iure privatorum*" applicandosi il concetto civilistico di causa cioè di funzione economico-sociale del contratto stesso. In tal caso, infatti, il negozio deve essere preceduto da apposita determinazione comune.

La norma, inoltre, a differenza di quanto si legge nell'art. 1227 c.c., non parla espressamente di un comportamento imputabile al danneggiato "*almeno a titolo di colpa*", ma deve ragionevolmente presumersi che anche in questo caso la colpa rappresenti un indispensabile requisito legale di rilevanza causale. Ciò anche alla luce del consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria, che ha più volte affermato il principio dell'"incondizionata revocabilità degli atti amministrativi", sebbene legittimi e creatori di posizioni soggettive favorevoli, nei casi in cui gli stessi sono stati adottati sulla base di false o incomplete informazioni fornite fraudolentemente dalle parti interessate. In particolare, la revocabilità incondizionata dell'atto amministrativo trova qui una sua ragionevole giustificazione nel fatto che il comportamento doloso dell'interessato, vale ad escludere *ab origine* la formazione in capo ad esso di un qualsiasi legittimo affidamento.

Al contrario, nel caso in cui le informazioni (e/o i documenti) false o incomplete siano state fornite senza un intento fraudolento da parte dell'interessato (come avviene ad es. nel caso di comportamento negligente) la

(49) PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 458.

stessa giurisprudenza ritiene che la revoca dell'atto amministrativo debba essere subordinata alla previa valutazione della buona fede e del conseguente legittimo affidamento riposto nell'atto.

In ordine al campo di applicazione della norma in questione si pone un ulteriore problema. Dal tenore letterale utilizzato dal legislatore, sembra che essa possa trovare applicazione solo con riferimento ad una delle tre diverse ipotesi di revoca, previste dal comma 1 dell'art. 21 *quinquies*, vale a dire la revoca determinata da una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

La norma, nel fare riferimento ad un eventuale concorso del destinatario nell'erronea valutazione in cui è incorsa la P.A. in merito alla compatibilità del provvedimento adottato con l'interesse pubblico, presuppone che la revoca sia essenzialmente dovuta ad "inopportunità originaria dell'atto" e non anche a "sopravvenuti motivi di interesse pubblico" o "di mutamento della situazione di fatto". Ciò in quanto, con riferimento a tali ipotesi, non è neppure ipotizzabile un concorso di responsabilità da parte del danneggiato, trattandosi di sopravvenienze da lui non conosciute o conoscibili al momento dell'adozione dell'atto a lui favorevole.

Quest'ulteriore limitazione del campo di applicazione della norma soltanto ad una delle particolari tipologie di revoca contemplate dal primo comma dell'art. 21 *quinquies* dà luogo a talune perplessità interpretative in merito alla determinazione dell'indennizzo da corrispondere nelle restanti ipotesi in cui non è configurabile alcuna "attenuazione" del legittimo affidamento riposto dal privato nella validità e nell'efficacia della situazione giuridica a lui favorevole scaturita dall'adozione dell'atto successivamente rimosso.

Due sembrano a nostro avviso le possibili interpretazioni al riguardo.

Può ritenersi che l'indennizzo, anche nei casi di "sopravvenuti motivi di interesse pubblico" o "di mutamento della situazione di fatto", sia comunque limitato al solo danno emergente; utilizzando la stessa soluzione che, in realtà, avevamo ipotizzato anche per le ipotesi – ugualmente non espressamente disciplinate – in cui la revoca riguarda un provvedimento che incide su un semplice rapporto amministrativo e non anche su un conseguente rapporto negoziale.

In tal caso, avevamo ritenuto la soluzione come l'unica possibile, in quanto diversamente considerando l'indennizzo come comprensivo anche dell'eventuale lucro cessante si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, per lo più a favore della situazione giuridica che crea nel privato un affidamento certamente meno forte rispetto a quello che nasce da un provvedimento ma si consolida definitivamente in un conseguente atto negoziale, in cui la P.A. agisce su un piano di parità e secondo i principi e le responsabilità proprie del diritto privato.

In base alle suddette argomentazioni, è possibile ritenere che nel caso di revoca disposta per "sopravvenienze" – sia che essa riguardi provvedimenti che incidono su semplici rapporti amministrativi sia che riguardi provvedimenti che incidono su rapporti negoziali – l'indennizzo spettante al destinatario dell'atto revocato è comunque limitato al solo danno emergente,

senza che sia, però, possibile alcuna ulteriore “riduzione” dello stesso, di fatto riferibile alle sole ipotesi di revoca disposta per originaria inopportunità dell’atto.

Stando ad una diversa interpretazione la nuova disposizione introdotta dall’art. 12, comma 4, del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7 – che limita l’ammontare dell’indennizzo al solo danno emergente – sarebbe, invece, applicabile alla sola revoca per originaria inopportunità dell’atto, limitatamente alla quale una siffatta riduzione, troverebbe una giustificazione nel fatto che una corretta valutazione dell’interesse pubblico operata inizialmente dalla P.A. avrebbe impedito l’iniziale adozione del provvedimento da cui è scaturita sia la situazione di vantaggio sia il conseguente affidamento del privato. E poiché di regola, un’erronea valutazione degli interessi pubblici e privati connessi ad un determinato procedimento amministrativo dipende dalle informazioni, dai dati, dai documenti ed in generale dagli elementi di giudizio acquisiti non soltanto d’ufficio, ma forniti, altresì, su iniziativa dei soggetti destinatari e degli eventuali controinteressati all’adozione dell’atto, si comprenderebbe l’ulteriore riduzione dell’indennizzo prevista nei casi di conoscenza o conoscibilità della contrarietà all’interesse pubblico e di concorso colposo all’erronea valutazione.

Contro una siffatta interpretazione – riferibile ai soli casi di revoca per originaria inopportunità dell’atto – osta, però, il tenore letterale dell’ultimo periodo dell’art. 21 *quinquies* che espressamente richiama la revoca di cui al comma 1 dello stesso articolo, e conseguentemente tutte le diverse ipotesi in esso contemplate.

Deve, tuttavia, rilevarsi che la soluzione da ultima prospettata, seppur non conforme al dettato normativo, sarebbe quella più coerente anche con riferimento al diverso regime previsto dall’art. 11 della stessa legge 241 del 1990, in relazione ai cosiddetti accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi, per i quali – come precedentemente illustrato – la legge si preoccupa di garantire il legittimo affidamento riposto dal privato, mediante la corresponsione di un indennizzo, il cui ammontare non viene ad essere, affatto, predeterminato e limitato al solo danno emergente ma viene rimesso al prudente apprezzamento dei giudici, ai quali spetta determinarlo in via equitativa.

8. La riduzione dell’indennizzo per concorso di soggetti diversi dal danneggiato.

Un ulteriore aspetto critico della norma in esame è quello concernente il riferimento all’eventuale concorso di “altri soggetti” – vale a dire di soggetti diversi dal contraente e/o destinatario del provvedimento revocato – che con il loro comportamento hanno contribuito a determinare l’erronea valutazione in cui è incorsa la P.A. circa l’originaria compatibilità dell’atto revocato con l’interesse pubblico.

Stando al tenore letterale della disposizione sembrerebbe che l’eventuale induzione in errore da parte del terzo, debba essere valutata dall’amministrazione al fine di determinare un’ulteriore riduzione dell’indennizzo spettante al privato.

Tuttavia, partendo dal presupposto in base al quale la funzione propria del suddetto indennizzo consiste essenzialmente nel “remunerare” in qualche modo l’incolpevole affidamento generato nel privato a seguito dell’adozione dell’atto successivamente revocato, l’ulteriore riduzione di tale indennizzo può trovare una plausibile giustificazione soltanto nel caso in cui il soggetto terzo sia un ausiliario del contraente ai sensi dell’art. 1228 c.c., ovvero un soggetto ad esso legato da un vincolo di subordinazione, seppur occasionale o temporaneo, ed assoggettato al suo potere di direzione e sorveglianza ai sensi dell’art. 2049 c.c. e la cui condotta sia comunque imputabile almeno a titolo di colpa.

Nel diverso caso in cui il soggetto terzo non sia legato al contraente e/o destinatario dell’atto revocato da alcun rapporto riconducibile ad una delle suddette ipotesi normative, un’ulteriore diminuzione dell’indennizzo non sembra trovare alcuna ragionevole e plausibile giustificazione in base ai principi e alle norme della responsabilità civile.

Il contraente e/o destinatario del provvedimento amministrativo è completamente estraneo all’azione del terzo che induce in errore l’amministrazione, e ciò in quanto la condotta colposa o dolosa di quest’ultimo si svolge completamente al di fuori della sua sfera di conoscenza e di controllo.

A tal riguardo appare opportuno evidenziare che la condotta del terzo che con il suo comportamento induce in errore la P.A. in ordine alla valutazione della compatibilità del provvedimento con l’interesse pubblico di cui la stessa è affidataria, qualora si accompagni ad artifici o raggiri, potrebbe integrare gli estremi del dolo di cui all’art. 1435 c.c., il quale è, però, giuridicamente rilevante (potendo determinare l’annullamento del contratto) nel caso di dolo del terzo, solo se conosciuto dal contraente che ne ha tratto vantaggio.

Ebbene, considerato che il comportamento del terzo che induce la P.A. in errore in ordine alla valutazione dell’interesse pubblico, qualora sia doloso, integra una condotta che si avvicina molto alla fattispecie del dolo negoziale, potrebbe eventualmente ipotizzarsi che il concorso del terzo possa incidere sul *quantum* dell’indennizzo solo se il contraente e/o destinatario del provvedimento favorevole ne era a conoscenza.

Una diversa interpretazione della norma in esame – ugualmente utile al fine di impedire che il destinatario dell’atto revocato, sia costretto a subire un’ulteriore quanto ingiusta riduzione dell’indennizzo a lui spettante, pur in assenza di un comportamento a lui imputabile almeno a titolo di colpa, e pertanto, a titolo di mera responsabilità oggettiva – consiste nel consentire a quest’ultimo l’esercizio dell’azione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. nei confronti del terzo che con il proprio comportamento ha determinato l’ingiusta riduzione dell’indennità a lui spettante, a seguito della revoca disposta dall’amministrazione.

Il problema troverebbe, in realtà, facile soluzione qualora si accedesse a quel particolare orientamento giurisprudenziale che – nel tentativo di pervenire in sede aquiliana ad una piena tutela del patrimonio – ha ravvisato nell’art. 41 della Costituzione il fondamento del cd. “diritto all’integrità del patrimonio”, attribuendo di fatto rilevanza giuridica alla perdita patrimoniale.

le in sé e per sé considerata, e quindi a prescindere dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, previamente attribuita al danneggiato.

La Cassazione in diverse sue pronunce ha identificato il suddetto diritto all'integrità del patrimonio con il "*diritto a determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio (costituzionalmente garantito entro i limiti dell'art. 41 Cost.) facendo ragionevole affidamento sulla veridicità delle dichiarazioni da chiunque rese e comunque concernenti quell'attività e senza essere pregiudicato da dichiarazioni rese per dolo o per colpa (in violazione dei doveri inderogabili di solidarietà sociale predicati dall'art. 2 della Cost.)*".

In realtà, conformemente a quanto rilevato da autorevole dottrina (50), si nutrono forti perplessità in merito alla possibilità di un'applicazione diretta dell'art. 41 della Cost., facendone derivare una situazione giuridica soggettiva consistente in un "preteso interesse all'integrità del patrimonio".

Ciò in quanto: 1) la norma costituzionale in questione concerne essenzialmente i rapporti tra i cittadini e lo Stato; 2) nei rapporti tra i privati essa opera essenzialmente come garanzia costituzionale della libertà di concorrenza.

Ragionando diversamente, ci sembra possibile affermare che nel caso in cui il fatto colposo o doloso di un soggetto "terzo" abbia concorso a determinare l'erronea valutazione della P.A. che è causa del successivo annullamento dell'atto originariamente adottato, esso rileva in maniera efficiente ai fini della determinazione dell'evento lesivo del legittimo affidamento del destinatario dell'atto, da cui scaturisce il conseguente diritto ad un equo indennizzo nei confronti dello stesso.

L'ingiustizia del danno cagionato dal terzo consiste nella lesione di quella particolare situazione soggettiva, rappresentata dal cd. legittimo affidamento del destinatario dell'atto in merito alla validità ed all'efficacia dello stesso, che trova il suo fondamento normativo e la conseguente rilevanza giuridica proprio nel nuovo comma 1 *bis* dell'art. 21 della legge 241 del 1990.

Una volta ravvisata nella lesione del suddetto legittimo affidamento l'ingiustizia del danno richiesta ai fini della responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., non sembrano esservi ostacoli al fine di poter configurare l'esistenza di un conseguente danno risarcibile ove si sia verificata – ai danni del contraente e/o destinatario del provvedimento annullato dalla P.A. – una perdita economica riconducibile (in tutto o in parte) al comportamento colposo o doloso di soggetto "terzo".

A tal fine, sarà però necessario che la P.A. dia conto – nella motivazione dell'atto con cui riconosce all'interessato un indennizzo in misura ridotta rispetto all'ammontare complessivo del danno emergente – dell'errore di valutazione in cui è incorsa dato il concorrere di un comportamento imputabile a soggetti terzi.

(50) C. SCOGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia del danno*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1990.

In conclusione appare importante evidenziare che, anche aderendo alla soluzione da noi proposta, la norma rappresenta comunque un'evidente eccezione alla responsabilità solidale di cui all'art. 2055 c.c., in base alla quale se il danno è imputabile a più soggetti, ciascuna è responsabile per l'intero nei confronti del danneggiato.

Poiché siffatta norma è ritenuta applicabile anche nel caso in cui taluno degli autori del danno risponde a titolo contrattuale ed altri a titolo extracontrattuale, una corretta formulazione dell'art. 21 *quinquies*, conforme al principio civilistico di cui all'art. 2055 c.c., avrebbe dovuto prevedere che, nel caso di concorso del fatto del terzo, la P.A. è in ogni caso tenuta a corrispondere l'intero indennizzo nei confronti del destinatario dell'atto revocato, potendo essa agire in regresso nei confronti del terzo (co)responsabile nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa.

Considerando che il fondamento della regola della responsabilità solidale – già enunciata nel precedente codice del 1865, e ribadita con maggior vigore in quello attualmente vigente – risiede in un'essenziale funzione di garanzia del creditore, al quale è in tal modo consentito di ottenere comunque l'integrale risarcimento del danno, essa costituisce un'evidente rafforzamento legale del rimedio del risarcimento del danno, la cui esclusione nel caso di specie può ritenersi legittima soltanto ove sia possibile rinvenire una qualche plausibile e ragionevole motivazione.

In realtà, una qualche giustificazione del diverso regime normativo previsto nel caso oggetto della nostra indagine, seppur non del tutto convincente, può ravvisarsi nel fatto che ove la revoca dell'atto amministrativo sia stata legittimamente adottata nel rispetto dei limiti e delle condizioni previste dall'art. 21 *quinquies*, nonché nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza contrattuale, qualora l'atto revocato incida su rapporti negoziali, non viene in rilievo il risarcimento di un danno conseguente ad un fatto illecito, ma un indennizzo derivante da fatto lecito della P.A..

9. Profili di dubbia costituzionalità del comma 1 bis dell'art. 21 quinquies della legge 241 del 1990.

In conclusione, appare necessario evidenziare che la soluzione da noi avallata nel presente lavoro – secondo la quale nel caso di sussistenti rapporti negoziali tra la P.A. ed il soggetto privato la revoca dell'atto amministrativo, seppur disposta nel rispetto delle condizioni previste dalla legge e formalmente legittima può, tuttavia, risultare non conforme ai canoni di “correttezza e buona fede” che anche l'amministrazione, come qualsiasi altro contraente, è tenuta ad osservare nel momento in cui agisce secondo gli strumenti, le regole e le conseguenti responsabilità proprie del diritto privato – consente, in sostanza, di limitare la corresponsione del mero “indennizzo commisurato al danno emergente” ai soli casi di cd. “responsabilità per fatto lecito da parte della A”, lasciando ampi spazi di applicazione al vero e proprio risarcimento del danno in favore del privato, qualora siano configurabili gli estremi di una responsabilità contrattuale secondo le norme proprie del diritto civile.

Pertanto, ove la revoca dell'atto amministrativo sia in concreto esercitata secondo modalità tali da integrare gli estremi di una responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 c.c., ovvero di una responsabilità per inadempimento per violazione degli obblighi di buona fede integrativa di cui all'art. 1375 c.c., il privato ha diritto non al semplice indennizzo, ma al risarcimento del danno subito.

In sostanza, trattasi di una lettura costituzionalmente orientata della norma in esame, a nostro modesto avviso, unica lettura possibile al fine di evitarne un giudizio di illegittimità costituzionale per ingiustificata disparità di trattamento tra contraente pubblico e contraente privato e conseguente violazione dell'art. 3 della Costituzione.

E ciò soprattutto alla luce della recente introduzione nel corpo della legge n. 241 del 1990 di un nuovo art. 1 comma 1 *bis* (avvenuta ad opera della legge 15 del 2005), il quale, in particolare, dispone che “*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

La disposizione, che si inserisce nell'ambito delle recenti tendenze di privatizzazione volte a sottrarre parte delle connotazioni pubblicistiche tipiche dell'amministrare, consente alla P.A. di operare, anche per la realizzazione dei suoi compiti istituzionali e la conseguente realizzazione degli interessi pubblici di cui è affidataria, secondo le norme e i principi propri del diritto privato.

Parte della dottrina (51) ha ravvisato nel nuovo comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge 241 del 1990 una fondamentale scelta culturale ed istituzionale operata dall'ordinamento italiano, in quanto essa tende a sostituire al tradizionale rapporto gerarchico, espressione di una concezione autoritaria e statalistica dei pubblici poteri, un diverso rapporto paritario e collaborativo tra i cittadini e le amministrazioni.

In particolare, è stato da più parti rilevato che la disposizione in esame – lì ove privilegia come strumento giuridico di formazione del rapporto tra P.A. e cittadino, lo strumento privatistico – ha l'importante funzione di garantire ai soggetti privati una maggiore tutela dei propri interessi, in quanto fondata su un “accordo” regolato dalle norme e dai principi propri del codice civile.

Resta fermo il fatto che l'attività della P.A. anche se formalmente connotata da aspetti civilistici, deve pur sempre rispettare il generale criterio di adeguata tutela dell'interesse pubblico, senza per questo trasformarsi in un'attività di carattere autoritativo.

In realtà, anche prima della sua formale consacrazione nel comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo, poteva ritenersi principio ormai consolidato nell'ordinamento giuridico italiano quello in forza del quale è consentito alla P.A. eseguire i suoi compiti istituzionali

(51) CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in www.lexitalia.it.

di cura degli interessi pubblici di cui la stessa è affidataria, tanto mediante l'uso di strumenti autoritativi, quanto attraverso l'applicazione di istituti di diritto privato (52).

Deve, tuttavia, evidenziarsi che stando al tenore letterale della seconda parte dello stesso art. 1, comma 1 *bis* – che fa espressamente salva la possibilità da parte del legislatore di introdurre particolari deroghe in favore della P.A. rispetto alle comuni norme del diritto privato – tale disposizione sembrerebbe insuscettibile di incidere significativamente sulle cd. “aree di privilegio” tradizionalmente riconosciute all'amministrazione nell'applicazione del diritto privato. Ciò in quanto, attraverso la formula di chiusura “*salvo che la legge disponga diversamente*” la norma riconosce ed avalla l'esistenza di possibili deroghe e condizionamenti pubblicistici all'attività di diritto privato, da ritenersi ragionevolmente fondati in virtù della particolare natura dell'attività della P.A., essenzialmente finalizzata alla cura di interessi pubblici di carattere generale.

La prevalente dottrina e la stessa giurisprudenza amministrativa riconoscono la legittimità delle cd. “*aree di privilegio della P.A. nell'applicazione del diritto privato*”, in quanto tradizionalmente fondate sull'imprescindibilità del rispetto del vincolo del fine e, in ultima analisi, sull'esigenza che l'attività della P.A., anche se svolta nelle forme del diritto privato, sia, comunque, preordinata al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Ponendo in adeguata considerazione una siffatta “*ratio*”, risultano piuttosto limitate le possibili deroghe alle norme e ai principi di diritto privato che il legislatore è attualmente legittimato ad introdurre nell'ordinamento giuridico in favore della P.A.

Alla luce del mutato rapporto tra P.A. e soggetti privati – di tipo non più gerarchico ed autoritario, ma paritario e collaborativo – la formula “*salvo che la legge disponga diversamente*”, può, a nostro avviso, leggersi nel senso che essa, lungi dal costituire una conferma impropria e indiscriminata della possibilità di introdurre deroghe ai principi ed alle norme del diritto privato, affida per il futuro al solo legislatore la possibilità di prevedere eccezionali e specifiche deroghe alla disciplina privatistica, da ritenersi legittime – e conseguentemente non lesive del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Cost. per ingiustificata disparità di trattamento tra contraente pubblico e contraente privato – soltanto ove finalizzate alla necessaria salvaguardia di un concreto ed effettivo interesse pubblico generale di cui la P.A. risulta essere affidataria.

In realtà, vistosi esempi di deroga legale al regime civilistico si rinven-
gono attualmente nella disciplina relativa ai contratti di appalto di opere pubbliche ed, in particolare, nel potere assegnato alla amministrazione di: risolvere unilateralmente il contratto, recedere da esso, rescinderlo per frode o

(52) Sul punto, in particolare: SANDULLI, *Commento alla legge di riforma della legge n. 241/1990* (a cura di Vittorio Italia), Milano, 2005.

grave negligenza, sospendere l'esecuzione dei lavori e addirittura sostituirsi all'appaltatore inadempiente .

In epoca antecedente all'emanazione del nuovo art. 1 comma 1 *bis* della legge 241 del 1990, il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale riteneva che in tali casi la deroga al diritto privato ed in favore della P.A. potesse ritenersi legittima – nell'ottica di un sindacato di costituzionalità in merito alla sussistenza di adeguate ragioni giustificatrici – alla luce dei principi generali dell'azione amministrativa, tradizionalmente considerata quale attività "autoritativa" finalizzata alla cura di interessi pubblici.

Nella prospettiva dell'avvenuta evoluzione della suddetta azione, che tende ormai a sostituire al tradizionale rapporto gerarchico un diverso rapporto paritario e collaborativo tra i cittadini e le amministrazioni, e che vede il diritto privato rappresentare il diritto comune dell'amministrazione, le suddette "ragioni giustificatrici" dei cd. "fattori di specialità" riconosciuti alla P.A. in materia contrattuale, sembrerebbero, in realtà, non essere più tali.

Una prima conseguenza della disposizione di cui all'art. 1 comma 1 *bis* della legge 241 del 1990 è certamente quella di escludere, in materia contrattuale, la validità di deroghe al diritto comune in favore dell'amministrazione che non derivino da un'espressa disposizione di legge, ma semplicemente da una prassi amministrativa o dalla giurisprudenza applicativa.

Ma i suddetti rilievi critici sembrano valere, altresì, con riferimento alle disposizioni attualmente vigenti nonché nei confronti di quelle future che il legislatore, nella sua discrezionalità, avesse a proporre in deroga alla disciplina contrattuale ordinaria.

Sarebbe stato forse opportuno che lo stesso art. 1 comma 1 *bis* della legge 241 del 1990, lì ove espressamente prevede la possibilità di specifiche deroghe di legge all'osservanza da parte della P.A. delle regole del diritto privato, avesse indicato anche i fondamentali principi, in grado di giustificare siffatte eccezioni.

Ma dato il silenzio della norma sul punto, sembrano potersi ritenere giustificate le sole deroghe conformi ai principi generali di ragionevolezza, proporzionalità ed uguaglianza, oltre ai principi comunitari della tutela della concorrenza e del libero mercato.

In sostanza, il principio enunciato nel nuovo comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge 241 del 1990, ci sembra in grado di realizzare un adeguamento in via interpretativa del dato normativo, con conseguente ridimensionamento delle cd. "aree di privilegio" riconosciute alla P.A. in deroga alle norme di diritto privato, la cui legittimità può ritenersi tale nei soli casi in cui a fondamento della deroga sussistano effettive e concrete ragioni di interesse pubblico generale.

A conferma di quanto rilevato è possibile addurre il recente evolversi in senso positivo dell'orientamento giurisprudenziale inizialmente contrario all'applicabilità alla P.A., di talune disposizioni di diritto comune in materia di contratti, quali, ad esempio, l'art. 1337 del c.c., sulla responsabilità precontrattuale (già esaminato in precedenza) e l'1341 c.c. sulle clausole vessatorie, in virtù di un presunto carattere di specialità del potere esercitato dall'amministrazione nel corso delle trattative.

Le recenti pronunce giurisprudenziali ribadiscono la perfetta equiparazione in materia contrattuale della P.A. a qualsiasi altro contraente privato, tenuta in quanto tale all'osservanza degli stessi obblighi ed incorrente nelle medesime responsabilità.

Alla luce di tali considerazioni deve, pertanto, esaminarsi la legittimità della deroga alle norme di diritto privato introdotta dal nuovo art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 in favore della P.A. in merito alla corresponsione nei confronti del soggetto privato di un mero indennizzo, limitato al solo danno emergente, nei casi di revoca di un provvedimento amministrativo, che in quanto incidente su un connesso rapporto negoziale, ne comporta la conseguente "caducazione".

Contrariamente a quanto da taluni sostenuto, la particolare "area di privilegio" riconosciuta da tale norma alla P.A. – consistente nella "predeterminata limitazione" dei danni risarcibili al privato che sulla validità e sull'efficacia del contratto stipulato e successivamente "caducato", aveva senza sua colpa riposto legittimo affidamento – non sembra trovare una valida giustificazione nel fatto che la revoca del provvedimento amministrativo (presupposto o connesso all'atto negoziale) è stata legittimamente disposta nel rispetto dei presupposti e delle condizioni previste dalla legge.

Ciò potrebbe, forse, ritenersi sufficiente qualora il potere di revoca riconosciuto dalla legge alla P.A. fosse, in realtà, esercitabile soltanto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico o per sopravvenuti mutamenti di fatto, in virtù dei quali il provvedimento precedentemente adottato non risulta più rispondente agli interessi generali. Ma non sembra potersi ritenere tale in presenza di una disposizione di legge che attualmente autorizza la revoca di un provvedimento amministrativo incidente su un connesso rapporto negoziale senza alcun limite di tempo e anche nel caso di una semplice "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario" che, come in precedenza sottolineato, può anche dipendere da un'erronea valutazione inizialmente operata dalla stessa amministrazione.

Se è vero che la deroga ai principi di diritto privato, nei casi in cui la P.A. agisce secondo gli strumenti propri di quest'ultimo, può ritenersi legittima – evitando, pertanto, un eventuale giudizio di illegittimità costituzionale per ingiustificata disparità di trattamento tra contraente pubblico e contraente privato e conseguente violazione dell'art. 3 della Costituzione – soltanto quando è essenzialmente finalizzata alla necessaria salvaguardia di un concreto ed effettivo interesse pubblico, ci si domanda quale sia l'interesse sotteso ad una limitazione della responsabilità contrattuale della P.A., disposta dalla legge in termini di quantificazione del danno risarcibile nei confronti del contraente privato, oltre ad un evidente "risparmio di spesa" per la stessa P.A.

Una siffatta deroga ai principi del diritto privato – qualora considerata tale da giustificare in ogni caso di revoca di un precedente atto amministrativo incidente su un rapporto negoziale un risarcimento in misura ridotta del danno cagionato al contraente privato, ivi compresa l'ipotesi di un'erronea valutazione iniziale da parte della stessa P.A. – potrebbe, al contrario, risultare non conforme ai principi di buon andamento ed efficienza della stessa

amministrazione, espressamente “autorizzata” dalla legge anche a “sbagliare” nell’iniziale valutazione degli interessi pubblici, senza incorrere per questo nel rischio dell’effettivo risarcimento del danno ad altri prodotto, in virtù di un comportamento ad essa imputabile almeno a titolo di colpa.

Si ribadisce, pertanto, che soltanto una lettura costituzionalmente orientata della norma di cui all’art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 – che ritiene possibile il risarcimento del danno cagionato al contraente privato ogni volta in cui, nonostante l’apparente legittimità della revoca dell’atto amministrativo, la P.A. abbia comunque tenuto un comportamento contrario ai fondamentali doveri di “correttezza e buona fede” che anche l’amministrazione, come qualsiasi altro contraente, è tenuta ad osservare nel momento in cui agisce secondo gli strumenti, le regole e le conseguenti responsabilità proprie del diritto privato – vale ad impedirne un giudizio di illegittimità costituzionale per ingiustificata disparità di trattamento tra contraente pubblico e contraente privato e conseguente violazione dell’art. 3 della Costituzione.

Al riguardo, deve, infine, evidenziarsi che stando ad un determinato orientamento della Corte Costituzionale il giudizio di rinvio alla stessa Corte è ritenuto ammissibile soltanto nel caso in cui – nonostante lo sforzo del giudice *a quo* di dare un’interpretazione costituzionalmente orientata della norma primaria sospettata di illegittimità costituzionale – la medesima resta univocamente incompatibile con i principi ed i valori tutelati dalla Costituzione.