CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Autotutela interna ed esterna nel contratto tra privato e p.a., anche con riferimento al riparto di giurisdizione

Federico Maria Giuliani*

SOMMARIO: 1. Autotutele, privilegi, esternalità, internalità. - 2. L'esternalità del provvedimento di secondo grado: a) il problema della incidenza sul contratto tra legge finanziaria 2005 ed art. 21-nonies, legge 241/90 ex lege 15/2005. Giurisdizione: rinvio. - 3. (Segue): b) revoca ed annullamento dell'aggiudicazione, ante contratto o prima del suo controllo. - 4. (Segue): c) l'autotutela post contratto e controllo. - 5. L'intervento pubblico revisionale "dall'interno" del contratto.

1. Autotutele, privilegi, esternalità, internalità.

Risalente istituto di diritto pubblico (con esso si retrocede, infatti, all'inizio del secolo XX), l'autotutela ha trovato espressione normativa soltanto con la legge n. 241/1990. Di essa, quale prerogativa della pubblica amministrazione (*privilegium fisci*), si conoscono varie forme, non sempre univocamente denominate.

Al di là, comunque, degli attributi nominalistici, si dà nella sostanza un'autotutela amministrativa (detta talora anche decisoria), quando la P.A. esercita il potere di rivedere i propri *deliberata*, poiché in essi ravvisa, col senno del poi, profili d'illegittimità ovvero d'inopportunità (a volte sopravvenuta), nella cura funzionale del pubblico interesse. Si dà invece autotutela esecutiva quando la P.A., in forza di norme apposite, forzatamente persegue ed attua i suoi provvedimenti, imponendosi direttamente nella sfera giuridica dei privati. Anche i ricorsi giustiziali sono ricondotti all'autotutela, poiché in altro essi non si concretizzano se non in una revisione, su impulso dell'ammini-

(*) Cassazionista del libero Foro e saggista giuridico.

strato, di quanto la P.A. ha precedentemente deliberato.

Altrettanto fermo è il fatto che l'autotutela amministrativa o è officiosa, ovvero è su istanza di parte. Trattandosi, però, di attività pubblica pienamente discrezionale anche nell'*an*, l'istanza privata non pone l'amministrato in una posizione di aspettativa di diritto a ricevere una risposta, sì che giammai si forma in questo caso un silenzio rifiuto. Al più, qualora l'istanza di autotutela si riveli *ex post* fondata - poiché il provvedimento *de quo* è giudizialmente annullato -, allora il privato può essere riconosciuto come titolare del diritto al risarcimento dei danni, che sono promanati dal fatto di essersi dovuto egli attivare nel giudizio amministrativo, a fronte dell'inerzia della P.A. sulla istanza di revisione. (Consta giurisprudenza civile, sul punto, nella materia fiscale, laddove l'amministrazione finanziaria è stata condannata - con conferma in Cassazione - a rifondere al contribuente le spese di giudizio sostenute per adire la commissione tributaria, mentre l'istanza di autotutela - *ex* art. 5 d.m. n. 37 dell'11 febbraio 1997 - pendeva senza risposta alcuna).

Si diceva, poco più sopra, di un privilegio dell'amministrazione poiché, assai diversamente, in diritto privato vige il principio giusta il quale non ci si può fare giustizia da sé, né si può retrocedere *de plano* su atti e deliberazioni *tamquam non esset*, cioè senza il consenso di controparte. Isolati e tipici, infatti, sono nel sistema civilistico i casi di autotutela, per lo più denominati diritti potestativi, giacché implicano specularmente una soggezione. Emblematici in tal senso sono il recesso dal contratto di durata, l'*exceptio inadimpleti contractus*, l'esercizio della clausola risolutiva espressa.

Che se poi si pongono in comparazione l'autotutela della P.A. e il contratto - in una sorta di endiadi tra "pubblico" e "privato" -, si suole ancora distinguere, con un linguaggio a volte criticato in dottrina, fra autotutela esterna (al negozio appunto) ed interna. La prima s'impone sul contratto, stipulato dall'amministrazione, e lo intacca a mezzo dell'esercizio del potere autoritativo (la potestà funzionalizzata, direbbe una dottrina classica), che appartiene fisiologicamente alla P.A.. Di contro, l'autotutela interna, ancorché sia parimenti esercitata - incidendo sul contratto - dal soggetto pubblico paciscente, si attua *jure privatorum*, cioè in forza di norme attributive di potestà paritetiche alla controparte privata: dunque potestà *non* autoritative.

2. Esternalità del provvedimento di secondo grado: a) il problema della incidenza sul contratto tra legge finanziaria 2005 ed art. 21-nonies, legge 241/90 ex lege 15/2005. Giurisdizione: rinvio.

Esiste un micro-plesso di norme, contemplative dell'autotutela esterna.

Tra queste, scarsa o nessuna attenzione - per vero incomprensibilmente - riceve in dottrina l'art. 1, comma 136, legge 30 dicembre 2004, n. 311 (Finanziaria 2005).

A mente di esso - del tutto in vigore -, onde perseguire "risparmi o minori

oneri finanziari" la P.A. può sempre disporre annullamento d'ufficio di provvedimenti illegittimi, quand'anche la loro esecuzione sia in atto. Se - aggiunge la prescrizione - detto annullamento intacca rapporti contrattuali (o "convenzionali"), l'amministrazione deve *indennizzare* i privati per il pregiudizio patrimoniale che promana dall'autotutela (e peraltro si dà un termine massimo, in ogni caso, di tre anni dalla data d'efficacia provvedimentale, onde potersi procedere a un siffatto provvedimento di secondo grado).

Al riguardo, si notano all'essenza due aspetti di non poco momento.

Anzitutto il presupposto dell'intervento pubblicistico non è ivi indicato nell'*assenza* di risorse adeguate (ché detta assenza, per giurisprudenza costante, legittima *in re ipsa* l'autotutela), bensì nella ricerca del *risparmio*. Ciò apre un panorama di possibilità enorme, giacché a ben vedere è sufficiente che la P.A. s'imponga un obiettivo di minori oneri finanziari, onde potere provvedere in secondo grado.

Qui, evidentemente, la decisione di opportunità di ridurre costi, o comunque di risparmiare, assurge *ex lege*, in capo alla P.A., a "ragione d'interesse pubblico", *ex* norma generale di cui all'art. 21-*nonies*, legge n. 241/1990 (ciò sebbene la formula attuale di detto articolo promani dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, di poco tempo ma posteriore alla Finanziaria di cui sopra).

Il secondo aspetto da lumeggiare, in ordine all'art. 1(136) legge 311/2004, è la previsione, in esso contemplata, dell'*indennizzo* a beneficio del privato, intaccato in un contratto (o convenzione-accordo) per effetto del *decisum* amministrativo di secondo grado. Qui siamo al nucleo dell'autotutela esterna, cioè proprio all'incidenza dell'intervento revocatorio della P.A. su di un già esistente contratto di diritto privato (od accordo "ibrido" pubblico/privato).

Gli è che però, a ben vedere, nel (sopravvenuto) art. 21-*nonies* nulla si contempla - a differenza che per la revoca *ex* art. 21-*quinquies* - in punto d'indennizzo. Ond'è che insorge un serio quesito di coordinamento fra la norma speciale anteriore e quella generale (se pur di poco) posteriore. Dottrina ha lamentato una infelice mancanza di modifica della disposizione della Finanziaria dopo che, di lì a poche settimane, fu introdotta una prescrizione generale di diversa indole *quoad indemnitatem*. Se non che codeste lagnanze *de jure condendo* a poco conducono in ermeneutica, giacché il problema resta e deve essere risolto, in qualche modo, dall'interprete.

Atteso che - come rilevato - la norma contemplativa dell'indennizzo è per un verso successiva e per altro verso generale, si assiste a una collisione tra due canoni ermeneutici: quello, cioè, per cui *lex posterior derogat priori* (in base al quale l'indennizzo non sarebbe dovuto *ex lege* 241 successiva), e di contro quello per cui *lex specialis derogat generali* (giusta il quale l'indennizzo spetterebbe invece al contraente, *ex* Finanziaria espressiva di norma chiaramente speciale). Tale nodo interpretativo aggrava *a fortiori*, sotto più di un risvolto, il ricorrente silenzio dottrinale - in tema di autotutela esterna -

circa l'art. 1, comma 136, legge 30 dicembre 2004, n. 311 (quasi che questo fosse stato abrogato dalla modifica del 2005 all'art. 21-*nonies* su citato; cosa invece impensabile, poiché la legge successiva generale non cancella affatto quella anteriore speciale).

La soluzione più equilibrata sembra quella di (ri-)qualificare, alla luce della norma posteriore, lo "annullamento" di cui alla Finanziaria come revoca. Sì che la la contraddizione di cui sopra si elide e rimane soltanto l'ampio spazio discrezionale, di cui pure si è detto.

E per il vero le questioni aperte non si arrestano qui.

Ché se è vero - come è vero - che il comma *de quo* dell'art. 1 della Finanziaria 2005 afferisce ad annullamenti officiosi che vanno ad "incidere" su contratti già stipulati fra privati e pubbliche amministrazioni, non possono trarsi corollari *de plano* in ordine alle sorti dei contratti stessi. O meglio, se in specie il contratto è sussumibile (siccome incluso od escluso, ma non estraneo) sotto il codice De Lise, è bensì vero che, per ipotesi, l'atto rilevante interviene quando la fase pubblicistica dell'assegnazione si è già conclusa, e per converso è già iniziata quella privatistico-contrattuale. Pur tuttavia, per un verso è ben nota la giurisdizione esclusiva *ex* art. 133, c. 1, lett. *e)* n. *1)* c.p.a., ma per altro verso - anche se la procedura di aggiudicazione è finita - resta da vedere quale sia la sorte patologica del contratto, atteso che l'art. 121 c.p.a., con la sua prescritta "inefficacia" contrattuale, si riferisce all'annullamento *giudiziale* dell'aggiudicazione, e non già all'annullamento officioso di un atto della procedura di evidenza pubblica *post* stipula del contratto.

Su questo punto metterà conto di ritornare oltre.

3. (Segue): b) revoca ed annullamento dell'aggiudicazione, ante contratto o prima del suo controllo.

L'art. 11 del codice contratti pubblici - in tutto centrale nella disciplina sezionale - contiene al suo interno un comma 9 che, in punto di autotutela amministrativa, è reputato essere, quanto meno da una parte degli interpreti, foriero di corollari di non poco momento.

Ed invero ivi è stabilito che, se la stipulazione del contratto non avviene entro il termine fissato, allora l'aggiudicatario può sciogliersi da ogni vincolo. Ora non vi è chi non veda come, da un siffatto disposto, può inferirsi che l'aggiudicazione siccome tale non costituisce accettazione di una presunta offerta formulata con la domanda di partecipazione alla gara. Ciò è, del resto, evincibile *ex* comma 7 dello stesso art. 9 cod. contr.; e peraltro, sulla scorta di questo argomento, non è un caso che parte della dottrina escluda che il bando costituisca, civilisticamente, un invito a offrire. E se l'aggiudicazione non accetta proposta di sorta, al momento dell'aggiudicazione - *ergo ante negotium* - ci si colloca ancora nel procedimento pubblicistico. Sì che non sembra essere ancora insorto un obbligo di stipulare in capo al soggetto aggiudicatore, tant'è

che se la P.A. rimane inerte dopo l'aggiudicazione, e non stipula il contratto, è peregrino affermare che l'aggiudicatario possa agire *ex* art. 2932 c.c. Si registrano, invero, arresti di Cassazione assertivi della giurisdizione ordinaria su cotali domande, proposte *ex* art. 2932; ma in primo luogo la giurisdizione è una cosa e la fondatezza della domanda nel merito un'altra; in secondo luogo la tesi dell'obbligo "a concludere un contratto" non appare coonestabile in diritto amministrativo. E siccome, appunto, non vi è quest'obbligo - e si è ancora, prima della stipula, nell'alveo del potere autoritativo -, tale potere non è coartabile con gli strumenti civilistici.

Non solo, ma il periodo successivo del comma 9 dell'art. 11 cod. contr. pubbl., detta la regola per cui, se l'aggiudicatario - non invitato a contrarre - si scioglie dai vincoli come detto sopra, non gli spetta indennizzo di sorta, ma soltanto la rifusione della spesa (documentata) per la partecipazione alla gara.

Il che, quanto meno in un angolo ermeneutico, sembra evocare l'interesse negativo della responsabilità pre-contrattuale, per recesso ingiustificato dalle trattative, siccome tale aquiliana. Questa lettura, però, è messa in crisi da un recente *revirement* – già molto discusso - della Cassazione a sezione semplice (autunno 2011), giusta il quale la responsabilità *pre*-contrattuale non è (più) da reputarsi aquiliana (come da diritto vivente pregresso), bensì contrattuale, ed in specie da contatto sociale qualificato. Sicché bisogna, in questa prospettiva, pensare piuttosto alla violazione dell'affidamento inculcato e alla (violazione della) buona fede oggettiva; epperò il diniego finanche dell'indennizzo (di cui al citato art. 11, comma 9, codice De Lise) risulta essere in controtendenza rispetto agli artt. 1218 e 1223 c.c. (arg. *ex* artt. 1175 e 1375 c.c.).

Si potrebbe, al più, eventualmente sostenere che l'inerzia del soggetto aggiudicatore possa fare scattare l'art. 31 c.p.a., dacché sussiste termine per la conclusione del contratto dopo l'aggiudicazione, che è quello di cui al 1° periodo dell'art. 11, comma 9, cod. contr. Se non che codesto, più che un "termine per la conclusione del procedimento amministrativo", *ex* art. 31 c.p.a., pare piuttosto un termine endo-procedimentale, interno all'*iter* di assegnazione/evidenza pubblica. E, del resto, non va dimenticato che, nel 1° periodo del comma 9 dell'art. 11, sono esplicitamente fatti salvi i casi di autotutela (sull'aggiudicazione), capaci a quanto pare di mettere da parte il termine ivi previsto.

Sì che sembra doversi concludere che l'aggiudicatario, il quale subisca un'autotutela inficiante l'aggiudicazione prima della stipula del contratto - od *a fortiori* assista all'inerzia della stazione nel procedere a stipulazione -, nulla possa lamentare. Al più gli spetterà una rifusione delle spese sostenute per partecipare alla gara.

Quanto al giudice competente per la condanna alla rifusione di queste ultime, non sembrano esservi dubbi nel senso di trattarsi - in via esclusiva - del g.a. (*ex* art. 133 c.p.a., punto ult. cit.), atteso che la fase privatistica post-sti-

pulatoria non soltanto non esiste ancora, ma proprio della sua assenza - e del suo solo corollario - si discetta.

Orbene il ragionamento sin qui condotto, prima di conchiudersi, deve ancora confrontarsi con un dato letterale normativo, dal quale non può prescindersi in un tale contesto. Ancora osservando l'art. 11, comma 9, 2° periodo, codice De Lise, ci si avvede del fatto che ivi non è soltanto contemplato lo "scioglimento da ogni vincolo" dell'aggiudicatario - *post* aggiudicazione e *ante* contratto -, bensì anche il "recesso dal contratto". Tale ipotesi si riferisce chiaramente alla seconda branca del periodo ipotetico d'inizio comma, laddove si legge: "se il controllo di cui all'art. 12, comma 3, non avviene nel termine previsto". Il rinvio va all'approvazione eventuale *del contratto* da parte dell'organo gerarchico o comunque preposto.

Sì che, sulla scorta di questo dato, va desunto che, all'aggiudicatario, compete soltanto il suddetto rimborso-spese per la gara, anche nel caso in cui il contratto sia stato stipulato sì, ma non debitamente controllato/approvato. Qui, in termini di giurisdizione, il *clivage* tra procedura di aggiudicazione e fase privatistica *post* stipula è più problematico, dacché stipula vi è bensì stata, e tuttavia manca un apposito atto pubblicistico (il controllo/l'approvazione), che è integrativo della efficacia della fattispecie negoziale. Sì che, in termini di giurisdizione, sul fatto se il controllo è negativo oppure semplicemente non giunge nel tempo, si può dibattere enfatizzando l'uno piuttosto che l'altro aspetto dei due versanti.

Peraltro, almeno secondo parte della dottrina, la norma va letta (ancora) non soltanto come facente riferimento alla inerzia e all'assimilato controllo negativo, ma anche come inerente all'ipotesi di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, ancora argomentando dall'inciso del 1° periodo dello stesso comma 9 dell'art. 11 ("fatto salvo l'eventuale esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti").

4. (Segue): c) l'autotutela post contratto e controllo.

L'autotutela non conosce, di regola, termini di esercizio, stante la piena discrezionalità che la contraddistingue (sull'*an*, il *quando*, il *quomodo*). Sì che essa può andare a invalidare gara ed aggiudicazione anche dopo che il contratto è stato stipulato.

Ciò accade in prassi quando, per esempio, nonostante il disposto di cui al comma 8° dell'art. 11 cod. contratti, il soggetto aggiudicatore stipula il contratto con il primo classificato prima di avere ultimato la verifica del possesso dei requisiti richiesti. Sicché poi, o d'ufficio o su istanza di una parte interessata, la stazione appaltante si avvede dell'assenza di uno o più dei requisiti stessi; *ergo* accerta di avere stipulato il contratto in assenza di talune condizioni, ed interviene in autotutela annullatoria.

In un siffatto contesto una prima questione che si pone attiene ai profili

di responsabilità della P.A. La negligenza di essa vìola il chiaro disposto della legge, epperò si è in presenza di un'*agere* ("a monte" del contratto) illegittimo, rispetto al quale si profila l'applicazione dell'art. 30 cpv. c.p.a. Con qualche complicazione, invero, se il ritardo nella verifica dei requisiti è dipeso da *altre* amministrazioni, come nel caso in cui il fisco abbia tardato nel fornire dati e notizie rilevanti, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. *g)*, cod. contr. Altro caso è quello del D.U.R.C. tardivo.

Altra fattispecie di possibile responsabilità del soggetto aggiudicatore, che interviene in autotutela sulla gara dopo la stipula del contratto, è stata divisata in giurisprudenza sotto l'aspetto della violazione dell'affidamento dell'aggiudicatario. Se, cioè, quest'ultimo ha avuto modo di confidare in buona fede nella prosecuzione dell'appalto già *in executivis*, la successiva autotutela esterna, motivata da sopravvenute ragioni di pubblico interesse (*e.g.* risorse finanziarie insufficienti), è stata considerata dai giudici originativa di un obbligo di risarcimento del danno. È un danno, questo, che interviene durante la fase esecutiva del contratto (non cioè prima della stipula), e che pertanto può ricondursi a responsabilità contrattuale - o da contatto sociale qualificato -, sostanzialmente per violazione dell'art. 1375 c.c. Vi è da registrare, comunque, un difficile coordinamento fra questo genere di arresti giurisprudenziali e l'art. 1, comma 136, citato sopra al par. 2: questo infatti, proprio nel caso di autotutela per problemi finanziari, fa menzione di un *indennizzo* e non di un *risarcimento*. Vi è da sottolineare, peraltro, lo iato rispetto a una norma di diritto comune qual è l'art. 1671 c.c., ove si menziona bensì un "tenere indenne", ma poi si prevede la corresponsione di tutto il *mancato guadagno*.

Altra è la questione che attiene alle sorti giuridiche del contratto a seguito dell'autotutela esterna dopo la stipula. Qui si registra un divario di posizioni dottrinali le quali, partendo dal concetto per cui con l'autotuela viene meno la risalente legittimazione a contrarre, pervengono a corollari diversi, che dalla inefficacia vanno alla nullità o all'annullabilità.

Al riguardo, è bensì vero che il contratto stipulato da persona priva della capacità di agire è annullabile *ex* art. 1425 cpv. c.c.. Però è anche vero che ivi si presuppone che il vizio del contratto stia nel sinallagma genetico, mentre nella ipotesi in esame esso interviene sul sinallagma funzionale, cioè *in executivis.* Lo stesso argomento critico vale per la nullità di cui all'art. 1418 c.c., le cui cause non sopravvengono nella fase esecutiva, ma esistono all'atto della posizione in essere del negozio. Sì che, in questa prospettiva, la figura della inefficacia pare la più consona, atteso che, accanto ai casi di relatività soggettiva della inattitudine a produrre effetti, la inefficacia stessa contraddistingue proprio nel sistema - secondo una tesi ricostruttiva - situazioni di patologia sopravvenuta. A coonestare l'assunto in parola, del resto, si pongono gli artt. 121 s. c.p.a., i quali - al termine di una lunga diatriba dottrinale e giurisprudenziale sul punto - hanno optato espressamente per la inefficacia, nella ipotesi

di annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice.

Non mancano, inoltre, talune incertezze interpretative sul versante del riparto giurisdizionale.

Ché si discute qui di casi di revoca od annullamento dell'aggiudicazione sì, ma *post stipulationem*. Ond'è che l'essere entro la fase privatistica - e non più concorsuale - evoca in sé il giudice ordinario, con il conforto letterale della norma sulla giurisdizione esclusiva in materia appaltizia (art. 133, comma 1°, lett. *e* n. 1, c.p.a., facente riferimento alle "procedure di affidamento di lavori pubblici"). Ed in effetti la Corte di Cassazione si è posta, anche di recente, lungo questa linea direttrice, ritenendo che incomba al g.o. di giudicare sulla legittimità o meno dell'autotutela post-contrattuale, e d'inferirne la sussistenza o meno, nel singolo caso, di patologie contrattuali derivate. Di queste, detto altrimenti, deve occuparsi l'a.g.o., siccome giudice del rapporto privatistico.

Diversamente, però, ha argomentato il Consiglio di Stato in un recente arresto. Quivi è stata affermata la giurisdizione del g.a., poiché - si è detto in buona sostanza - al centro della vicenda vi è l'esercizio di un pubblico potere; ed inoltre - si è aggiunto -, se l'autotutela esterna risulta essere stata legittimamente esercitata (cosa che solo il g.a. è chiamato a stabilire perché *iudex* della potestà autoritativa), sul piano negoziale s'invera una caducazione automatica del contratto. Tale caducazione *ipso jure*, in una siffatta prospettiva ermeneutica, è sostanzialmente la conseguenza materiale dell'esercizio del pubblico potere; sì che il giudice amministrativo può rilevare la conseguenza stessa in fatto, senza sostituirsi al giudice delle patologie dei contratti privatistici, che rimane il g.o.

5. L'intervento pubblico revisionale "dall'interno" del contratto.

In tema di autotutela c.d. interna (definizione questa cui si obietta che, in verità, non si è in presenza di autotutela di sorta), si può iniziare con il rilevare che, certo, essa si riferisce a scelte e atti della P.A., i quali vanno a incidere sullo svolgimento di contratti già in essere. E lo fanno *jure privatorum*, epperò in posizione paritetica della P.A. rispetto al privato.

È d'altronde anche vero che, come parte della dottrina perspicuamente osserva, non può mai esistere autentica pariteticità tra l'amministrazione e l'amministrato. Ché la P.A. deve orientare ogni sua scelta, non soltanto provvedimentale, al perseguimento del pubblico interesse; sì che anche quanto, *jure privatorum*, quella esercita un diritto potestativo nascente da contratto, lo fa anzitutto a seguito di un atto deliberativo interno di natura pubblicistica (da parte dell'organo o dell'ufficio competente), e comunque lo fa poiché nel predetto deliberare ha contemperato l'interesse pubblico primario con quelli secondari e quelli privati coinvolti. Di contro, il soggetto privato decide nel suo foro interno, e tendenzialmente lo fa per il proprio interesse (anche nelle donazioni - si osserva - vi è la ricerca di un qualche "ritorno benefico", almeno

sul piano socio-morale o religioso).

In questo contesto il comma 1-*bis* dell'art. 1 del codice procedimentale, inserito *ex lege* 15/2005, al di là del suo peculiare *iter* nei lavori preparatori finisce con l'attestare non tanto una scontatezza, quanto piuttosto la tendenziale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione. Capacità che, *funditus*, non è affatto scontata. Non lo è se è vero che, ancora nel 2011, l'Adunanza Plenaria del Supremo Consesso ha dovuto precisare che, per esempio, un pubblico ateneo *non* ha la stessa capacità di un qualsivoglia privato; sì che non può decidere di costituire una società commerciale non strumentale, destinata alla ricerca del lucro entro il mercato concorrenziale.

Ecco che dunque, in primo luogo, quando si considera l'autotutela interna si deve presupporre che il relativo atto sia contemplato, per legge o per contratto, nella sfera di capacità di diritto privato della P.A.

Dopodiché l'art. 21-*sexies* legge 241/90 - non a caso introdotto in uno con il comma 1-*bis* dell'art. 1 - è la disposizione di legge la quale, per antonomasia, focalizza l'autotutela interna. Interposto, infatti, fra la revoca di cui all'art. 21-*quinquies* e l'annullamento di cui all'art. 21-*nonies*, l'art. 21-*sexies* disciplina un diritto potestativo emblematico nella materia privatistica dei contratti, cioè il recesso unilaterale.

La disciplina che ne sortisce, per i contratti stipulati dalla P.A. anche al termine di una procedura di evidenza pubblica, è alquanto significativa: l'amministrazione non può, invocando il principio dell'autotutela - quindi il suo privilegio pubblicistico di riesame -, recedere sempre e comunque dai contratti stipulati. Essa deve, piuttosto, stare alle clausole pattizie del singolo contratto - che invero possono, *ex* art. 1322, contemplare ipotesi di recesso o generalizzarne la potestà di esercizio -, e deve altresì osservare la legge, atteso che questa a sua volta contempla talune facoltà di recesso per i paciscenti (artt. 1373, 1537 cpv., 2437 c.c., ecc.).

Accanto al recesso, vi sono poi altri diritti soggettivi, contemplati dalla legge o dal contratto, onde permettere alla parte di rivedere la situazione negoziale e retrocedere - per così dire - rispetto ad essa. Si pensi all'esercizio di una clausola risolutiva espressa, alla risoluzione per inadempimento, o per impossibilità/eccessiva onerosità sopravvenuta, ovvero alla clausola *ex* art. 1382.

Qui non si pongono peculiari problemi giurisdizionali di riparto, giacché il giudice competente sul contratto è quello ordinario, il quale di regola non deve indagare i motivi - di scelta giuspubblicistica - che stanno a monte dell'esercizio della potestà privatistica (o comunque del diritto contrattuale esercitato). Piuttosto, come se avesse di fronte a sé due parti private, il g.o. è chiamato a decidere sulla sussistenza o meno dei presupposti civilistici per l'esercizio stesso.

Ci si può domandare se la controparte, che subisce l'iniziativa della P.A., possa mettere in discussione i predetti motivi pubblici in una qualche sede

giurisdizionale, mettendo in discussione la scelta fatta dall'amministrazione sul piano della cura dell'interesse cui essa è preposta. Per lo più si tratta di scelte di merito/opportunità, come tali non sindacabili (fatta eccezione per i giudizi amministrativi anche di merito). Ma non può esludersi la sussistenza di un provvedimento, assunto a monte dell'intervento "nel contratto", suscettibile di essere impugnato con fondamento avanti al g.a. Con il corollario logico-giuridico per cui, se poi il provvedimento stesso è annullato dal T.A.R. (e/o dal C.d.S.), l'esercizio della potestà o del diritto negoziale subisce una patologia derivata, poiché ne viene meno la base fondativa. Il che rievoca la questione del caducamento automatico, di qui si è detto sopra al par. 4.

Oppure - ed anche questo è un aspetto già evocato in precedenza (v. par. prec.) - può darsi che il privato metta in discussione, alla radice, la capacità della P.A. di assumere quella determinata scelta negoziale. Il che richiama l'arresto dell'Adunanza Plenaria sull'ateneo, che aveva costituito una società commerciale solo per operare concorrenzialmente sul mercato e fare utili. Ivi, sul piano del riparto, il Supremo Consesso ha ravvisato la competenza del giudice ordinario per accertare la eventuale patologia riflessa degli atti societari. Al contempo però - mette conto di sottolinearlo -, sulla incapacità giuridico-decisoria dell'ente pubblico a una siffata intrapresa, il Consiglio di Stato, nell'esame della questione pregiudiziale di giurisdizione, si è reputato del tutto competente. Ed ha infatti annullato la delibera dell'ateneo, donde poi è nata la società in oggetto.