

Convegno Annuale AIPDA  
“Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche  
amministrazioni”  
Monteporzio Catone-Villa Mondragone 18-19 settembre 2009

Relazione introduttiva

I contratti e le obbligazioni pubbliche tra nuova razionalità  
amministrativa, diritto comune, mercato e tutela giurisdizionale:  
considerazioni introduttive  
di  
Alberto Zito  
(stesura provvisoria)

1. Premessa

Il Convegno invita a riflettere su due tematiche per così dire classiche del diritto amministrativo, i contratti delle pubbliche amministrazioni da un lato e le obbligazioni pubbliche dall'altro, tematiche che però ben si prestano ad essere trattate con accenti di novità rispetto al passato.

Nell'avviare queste brevi considerazioni è opportuno partire da una prima notazione: ciò che l'esperienza giuridica ci pone dinnanzi è un variegato mondo popolato di contratti e di obbligazioni, di cui è parte la pubblica amministrazione, che non ha ad oggi ancora ricevuto una condivisa sistemazione teorica. A giustificare tale affermazione basti ricordare innanzitutto come la stessa nozione di contratto, seppure sufficientemente definita in ambito civilistico, sembra attenuare questa sua caratteristica quando tale strumento venga utilizzato dalla pubblica amministrazione. Per quanto riguarda poi la categoria delle obbligazioni pubbliche, non si può non sottolineare come la rilevanza dogmatica della medesima, anche depurata dalle obbligazioni discendenti dall'attività per l'appunto contrattuale, sia sovente revocata in dubbio, sostenendosi da più parti, anche in studi e voci enciclopediche recenti, che essa avrebbe un mero valore informativo sulle diverse tipologie di rapporti obbligatori in cui si trova ad essere parte la pubblica amministrazione.

Stante il descritto quadro, molto opportunamente gli organizzatori del Convegno hanno individuato l'elemento specifico ed il punto di collegamento tra le due tematiche nel profilo del giudice e del

conseguente sindacato, perché in definitiva ciò che rileva, in un tempo in cui il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale ha assunto un rilievo per l'innanzi sconosciuto, è proprio la garanzia riconosciuta in capo ai cittadini e alle imprese della pienezza della tutela medesima. E ciò vale sia quando gli uni e le altre entrano in rapporti contrattuali (e più in generale consensuali) con i soggetti pubblici sia quando avanzano pretese nei confronti di quelle che, indipendentemente dal titolo fondativo, si configurano come vere e proprie obbligazioni e non come pretese nascenti da situazioni giuridiche dimidiate.

Il convegno insomma suggerisce un mutamento di prospettiva nell'indagare i fenomeni in questione: suggerisce cioè di guardare al giudice, alle tutele e alle azioni esperibili. Tale mutamento, se appare maturo ed adeguato alla situazione odierna, non per questo si palesa facile per un serie di ragioni storiche e di vischiosità anche concettuali.

A tacere d'altro è sufficiente sottolineare come, sebbene contratti ed obbligazioni siano istituti il cui naturale terreno d'elezione è, nell'esperienza giuridica, il diritto privato, nondimeno ogni qualvolta la soggettività pubblica li ha utilizzati, sono stati nel passato caricati del "peso" della natura del soggetto e dell'interesse pubblico di cui il medesimo è portatore, sino ad uscirne, se non trasfigurati, certamente configurati in modo assai diverso da quello che è il loro normale atteggiarsi nei rapporti tra privati anche e probabilmente ben al di là di quanto strettamente necessario.

Non c'è bisogno in questa sede di ripercorrere vicende a tutti noi note: ci si può limitare a ricordare come la matrice ideale, entro cui la riflessione sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione e sulla materia delle obbligazioni pubbliche ha in passato preso corpo, è stata fornita per un verso dal concetto di sovranità dello Stato e per altro verso dalla rilevanza attribuita al profilo finanziario-contabile e dunque alla procedura amministrativa che precede, accompagna e segue lo svolgersi del rapporto contrattuale e di quello obbligatorio. Come è evidente si tratta di una matrice ideale che non poteva non condurre, nella migliore delle ipotesi, verso un diritto privato speciale delle pubbliche amministrazioni, costellato di regole proprie dell'agire autoritativo delle medesime e piegato alla logica sottostante.

Oggi invero si può dire che quella matrice ideale è in tutto o in parte superata grazie in particolare all'apporto della dottrina amministrativistica ed all'evoluzione della giurisprudenza tanto ordinaria quanto amministrativa. E con altrettanta certezza si può dire che disponiamo di un'altra matrice ideale. Come emerge infatti dai tanti contributi scientifici di recente offerti in argomento, è sempre più diffusa

la convinzione che, a seguito delle innovazioni normative indotte dall'ordinamento comunitario e per effetto degli stessi processi di globalizzazione, il diritto privato si pone oggi, anche rispetto all'amministrazione pubblica che ne utilizzi gli strumenti, come il diritto comune degli operatori economici. Quest'ultimo peraltro va a sua volta pensato, come suggeriscono le riflessioni più recenti, alla luce del mercato, di quella istituzione che costituisce il naturale terreno d'elezione in cui i rapporti contrattuali e quelli obbligatori sono, indipendentemente dalla natura delle parti, destinati a svolgersi.

Insomma l'orizzonte concettuale di fondo, che è poi quello che fornisce le coordinate per le ricostruzioni di tipo dogmatico, è certamente favorevole per portare a compimento quell'opera di revisione della sistematica tradizionale che è già in parte stata avviata perlomeno a partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso.

Contratti ed obbligazioni pubbliche vanno dunque oggi necessariamente studiati ed analizzati anche alla luce del mercato nella consapevolezza che, se fatti reagire con questa istituzione economica fondamentale nell'esperienza moderna e contemporanea, ben difficilmente possono essere riconosciuti in capo alla parte pubblica deroghe e privilegi che non siano solidamente ricavabili dal diritto positivo ed altrettanto solidamente giustificabili sul piano interpretativo. Deroghe e privilegi infatti non sono senza effetti sul mercato e sulle sue modalità di funzionamento concorrenziali in quanto potenzialmente in grado di alterare quella gara ad armi pari che, come più volte ricordato dalla dottrina, costituisce la ragione ontologica del mercato.

Quanto detto sul piano della disciplina sostanziale trova peraltro simmetrica corrispondenza sul versante processuale, dal momento che la qualità e la quantità di tutela giurisdizionale ottenibile, a seconda che nel rapporto contrattuale ed in quello obbligatorio sia o meno presente una pubblica amministrazione, non sono fattori indifferenti per il mercato e per la posizione degli attori in esso operanti. Anzi, se la vicenda che oggi ci accingiamo ad esaminare viene colta da questa particolare angolazione, ne possono venire stimoli importanti per approfondire il tema della regolazione del mercato nella direzione di verificare se anche l'attività giurisdizionale e le decisioni che ne scaturiscono non concorrano alla regolazione del medesimo riprendendo in proposito interessanti spunti che emergono sia dalla riflessione costituzionalistica sia dalla riflessione amministrativistica in argomento.

Pur se il contesto generale è propizio, tuttavia i nodi da sciogliere certamente non mancano. A tacere d'altro, dentro la nuova cornice teorica appena ricordata, ha già preso corpo un terreno di confronto e di

scontro costituito dall'individuazione del giudice competente a pronunciarsi su quei casi in cui vengono in gioco rapporti consensuali ovvero obbligatori. Ciò peraltro non deve meravigliare. E' evidente infatti come in un sistema di tutela come il nostro, basato sulla competenza di due giudici diversi, sia inevitabile, anche per l'intreccio che sempre si registra tra procedimenti amministrativi e atti negoziali variamente collegati in rapporti di più o meno intensa presupposizione, che al crescere dell'utilizzo di strumenti consensuali e al moltiplicarsi delle ipotesi in cui, a prescindere dalla fonte costitutiva, sembrano scaturire rapporti obbligatori, parimenti crescano le fattispecie che si possono definire *border line* e conseguentemente i conflitti di giurisdizione tra il giudice ordinario, giudice dei diritti soggettivi, ed il giudice amministrativo al quale pure è concesso di pronunciarsi sui medesimi nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Sebbene l'attuale competizione tra i due ordini di giudici non sia un episodio ignoto alla nostra esperienza giuridica, tuttavia il rischio vero è che si possono determinare fenomeni in cui fattispecie, che risultano simili quanto alla sostanza della sottostante operazione economica, finiscano per essere portate dinnanzi a giudici differenti e dunque si prestino a ricevere potenzialmente un diverso trattamento processuale, derivante non tanto o non soltanto dalla differente cultura, che i due ordini di giudici pure esprimono, quanto piuttosto dalla diversa "cassetta degli attrezzi" di cui ciascuno in base alla normativa di riferimento dispone o ritiene di disporre.

Il profilo ricordato è già sufficiente a sottolineare come risulti importante, quale che sia il giudice competente, che le tecniche del sindacato giurisdizionale e la profondità del medesimo presentino profili di omogeneità se non proprio di identità; del pari proprio in vista del raggiungimento di tale obiettivo è opportuno che si sfruttino tutte le occasioni utili per innestare le modifiche normative che favoriscono una tale convergenza. Il pensiero corre subito alla recente delega per la riforma del processo amministrativo rispetto al cui esercizio potranno, me sono certo, venire importanti indicazioni dal Convegno odierno.

Naturalmente i problemi che abbiamo di fronte, seppure possono ben essere colti nel prisma della tutela giurisdizionale, intercettano anche e necessariamente questioni e aspetti di diritto sostanziale. Più nello specifico essi investono frontalmente la ricostruzione sia dell'istituto contrattuale, quando di essa faccia uso la pubblica amministrazione, sia la ricostruzione della materia delle obbligazioni pubbliche.

Proverò a svolgere pertanto qualche sintetica considerazione in proposito iniziando dal tema dei contratti per poi passare a quello delle

obbligazioni pubbliche senza altra pretesa che offrire qualche stimolo alle riflessioni che seguiranno e al dibattito.

2. Le questioni generali in tema di contratti ed obbligazioni pubbliche.

Con riferimento ai contratti pubblici, si può oggi dire che l'evoluzione normativa e le prese di posizioni della Cassazione, sulla scia della giurisprudenza della Corte Costituzionale avviata con la sentenza n. 204 del 2004, sembrano confermare non soltanto che tali contratti debbano essere assoggettati in via generale alla disciplina privatistica, ma anche e soprattutto che le deviazioni rispetto a tale disciplina, in grado di fare prevalere le ragioni dell'interesse pubblico sulla regolamentazione negoziale e la conseguente stabilità, non possano che essere limitate a casi circoscritti.

Molte sono in questo senso le indicazioni che provengono in particolare dal Codice dei contratti pubblici. A ben guardare, come è stato sottolineato di recente da un nostro civilista che si è cimentato in argomento (Vincenzo Ricciuto), dall'analisi dei tratti salienti della normativa dettata in punto di svolgimento del rapporto contrattuale emerge come essa tenda "progressivamente ad avvicinare lo svolgimento fisiologico del rapporto contrattuale agli abituali canoni privatistici". Significativa in tal senso, si è detto, è la disciplina delle varianti nonché quella che regola il subappalto il quale viene ora ammesso in misura ampia e sostanzialmente sconosciuta alla nostra esperienza giuridica. Né appaiono in contrasto con questa tendenza le norme che disciplinano la cessazione del rapporto contrattuale *sub specie* del recesso unilaterale e della risoluzione per inadempimento dell'appaltatore. Se nel passato si è ritenuto che analoghe previsioni contenute nella legislazione previgente consentissero alla parte pubblica di recuperare una posizione di supremazia e dunque di privilegio, ciò è dipeso, a giudizio della richiamata dottrina, probabilmente più dall'atteggiamento mentale dell'interprete che non dall'effettivo scostamento rispetto alla disciplina del codice civile, dal momento che quest'ultima in tema di appalto contiene regole simili.

La tendenza descritta peraltro pare trovare conferma negli orientamenti giurisprudenziali, anche del giudice amministrativo, che si sono sviluppati in tema di contratti pubblici. Il riferimento va in particolare ai contratti associativi di cui pure le pubbliche amministrazioni hanno fatto anche in anni recenti largo uso ricorrendovi per lo svolgimento in particolare dei servizi pubblici locali.

Al riguardo è noto come su tali contratti si sia sviluppato un ampio dibattito dottrinale all'interno del quale è stata anche avanzata la tesi (R. Di Raimo) che, i contratti in questione non andrebbero qualificati in termini associativi, bensì come contratti di scambio, a motivo del fatto che la presenza del socio pubblico determinerebbe l'assenza di quella comunione di scopo tipica del fenomeno associativo. La riferita tesi è significativa perchè riflette quella tradizionale difficoltà di conciliare e pacificare in sede di contratto le ragioni della parte pubblica e dell'interesse di cui è portatrice con le ragioni della parte privata. Seppure orientamenti in tal senso sono rinvenibili, come detto, in dottrina, essi non sembrano però fare breccia nella giurisprudenza che si mostra assai restia ad ammettere un allentamento dei vincoli contrattuali assunti con la stipula del contratto di società così da consentire un meno oneroso sganciamento della parte pubblica dal programma negoziale consensualmente pattuito.

In proposito il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare inequivocabilmente che “una volta intervenuta la costituzione di una compagine societaria, l'amministrazione non può sciogliersi dal vincolo sociale esercitando un potere di recesso unilaterale anche se nelle forme di un atto di ritiro della precedente manifestazione di volontà di gestire il servizio pubblico mediante lo strumento societario”, precisando altresì che “dal momento della costituzione della società, e quindi dalla nascita di tale nuovo soggetto giuridico, quest'ultimo è assoggettato al particolare regime disciplinare che lo governa ed in particolare alle norme di diritto comune, non potendosi più ammettere che l'ente locale intervenga autoritativamente ad incidere sull'esistenza dello stesso mediante un *contrarius actus* frutto dell'esercizio del potere di autotutela”. Il Consiglio di Stato ha poi concluso che “il comune mantiene un'ampia discrezionalità di revocare la propria precedente decisione di provvedere alla gestione di un servizio pubblico mediante costituzione di una società mista solo non avendo ancora dato seguito alla stessa determinazione” (Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6867).

Quella riportata è a mio avviso una pronuncia assai significativa se non altro perché da essa emerge un punto di sicura convergenza tra il giudice ordinario ed il giudice amministrativo sulla necessità di limitare il più possibile l'incidenza sul contratto di prerogative di tipo pubblicistico in grado di attenuare, quando non addirittura di minare, la vincolatività della regola negoziale che, se non è un valore assoluto neanche nella prospettiva civilistica, tuttavia rimane uno dei tratti qualificanti dell'istituto contrattuale. Dunque, se non si riesce allo stato attuale del diritto positivo a raggiungere l'obiettivo della concentrazione delle

controversie in un unico giudice, non è impossibile, come la materia dei contratti associativi dimostra, realizzare una tale convergenza a livello di sindacato in sede giurisdizionale.

Ulteriori conferme che il diritto privato si avvia in maniera sempre più significativa a costituire lo schema generale di riferimento delle vicende contrattuali in cui è parte la pubblica amministrazione si rinvencono anche in quella giurisprudenza che, chiamata a pronunciarsi sull'esecuzione di un contratto di appalto di servizi e più nello specifico sulla legittimità dell'applicazione di penali contrattuali da parte del comune appaltante, ha integralmente ricondotto la fattispecie nell'ambito della disciplina codicistica (cfr. Trib. Sassari, sez. I, Ord. 14 aprile 2009). A rilevare in proposito non è tanto la qualificazione dell'atto di comminazione delle penali contrattualmente pattuite in termini di esercizio di una prerogativa negoziale, quanto piuttosto la circostanza che, sebbene l'attività di accertamento degli inadempimenti fosse stata nel caso concreto svolta dal Corpo di Polizia municipale, anche questo segmento della vicenda venga ricondotta nello schema negoziale a nulla rilevando la particolare natura del soggetto agente. La conseguenza del ragionamento è che all'attività di accertamento, che costituisce la base della comminazione delle penali, non è da riconoscere, ancorché svolta dal Corpo di Polizia municipale, alcuna fede privilegiata, ma unicamente il valore probatorio dell'atto di parte.

Le problematiche che simili ricostruzioni suscitano, sono, come è evidente, molteplici e particolarmente delicate. A tacere d'altro è sufficiente ricordare come nel caso richiamato l'oggetto del contratto riguardasse il servizio di raccolta di rifiuti donde la qualificazione della relativa attività esecutiva in termini di svolgimento di un servizio pubblico. In proposito merita di essere sottolineato come l'accertamento delle inadempienze da parte del Corpo di Polizia municipale potrebbe, in virtù di tale circostanza, addirittura considerarsi, oltre che esercizio doveroso di una funzione amministrativa autoritativa, anche esplicazione di un'attività di polizia giudiziaria, tale da fare sorgere il dubbio se, in casi del genere, non ricorra quell'intreccio di potestà, interessi legittimi e diritti soggettivi che giustifica l'attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa.

Resta fermo però che, al di là di questi profili problematici, trova conferma la tendenza del giudice ordinario a privilegiare l'applicazione dello schema civilistico ai contratti della pubblica amministrazione senza che vi sia spazio per ammettere eccessive deviazioni o deroghe.

Naturalmente questa tendenza in primo luogo costringe tutti noi a rivisitare i tradizionali problemi sui quali la dottrina si è nel passato

confrontata. Ne cito uno per tutti: qual è il rapporto che intercorre tra l'interesse pubblico, in ogni caso perseguito dall'amministrazione, e la causa del contratto? Fino ad oggi si è sovente affermato l'estraneità di tale interesse alla causa del contratto e la sua rilevanza come motivo di uno dei contraenti con la conseguente giustificazione di un intervento della parte pubblica sulla fase di esecuzione del contratto per ridisegnare o sciogliere il vincolo contrattuale. Ebbene la riconduzione del contratto pubblico nell'alveo della disciplina civilistica ed il ridimensionamento delle prerogative pubblicistiche di cui si è detto toglie spessore a molte di queste argomentazioni.

Tale riconduzione peraltro ha già prodotto il sorgere, come accennato, di una delicata questione di giurisdizione che è ben nota e che concerne l'individuazione del giudice competente a pronunciarsi sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Non voglio naturalmente entrare nel merito della problematica sulla quale è in corso un intenso dibattito dottrinale, anche perché essa probabilmente verrà trattata diffusamente nelle relazioni che seguono. Mi pare però di potere dire che, se il contratto concluso dal contraente pubblico è da considerarsi un normale contratto di diritto privato, suscettibile di disciplina derogatoria solo in limitate ipotesi, non vi è molto spazio per sottrarre la questione di giurisdizione all'operare del tradizionale criterio di riparto costituzionalmente sancito con la conseguente attribuzione della medesima al giudice ordinario, così come sostenuto dalla Corte di Cassazione. Ipotizzare una differente soluzione, che innesti sulla vicenda contrattuale la giurisdizione del giudice amministrativo in virtù di meccanismi più o meno automatici di nullità, caducazione o inefficacia sopravvenuta del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, significa infatti costruire il contratto stesso come un'appendice della fase pubblicistica di scelta del contraente.

Ciò peraltro sembra in contrasto non soltanto con la disciplina interna dettata dal codice dei contratti pubblici, che ha introdotto una netta distinzione tra le due fasi, ma anche con le indicazioni provenienti dal diritto comunitario che non vanno certo nella direzione di favorire uno stretto collegamento tra il momento dell'aggiudicazione ed il momento della stipula del contratto. Il diritto comunitario infatti, pur occupandosi e preoccupandosi della problematica, si muove con estrema cautela come emerge dalla stessa Direttiva 2007/66/CE. Detto in altri termini nella prospettiva comunitaria la pur riconosciuta tutela dell'interesse del concorrente illegittimamente pretermesso in sede di gara deve essere temperata con gli interessi che hanno dato vita al regolamento contrattuale parimenti ritenuti meritevoli di tutela. E'

peraltro vero che nell'art. 44, comma 3, lett. h), della legge 7 luglio 2009, n. 88, sembra emergere la volontà di attribuire al giudice che annulla l'aggiudicazione (e dunque al giudice amministrativo) anche la competenza a pronunciarsi sulla sorte del contratto, in determinate ipotesi; tuttavia più di un dubbio sulla legittimità costituzionale di tale scelta può essere avanzato proprio alla luce della giurisprudenza recente della Corte costituzionale.

Indipendentemente da ciò si deve sottolineare come la contrapposizione in corso tra giudice ordinario e giudice amministrativo non sia riducibile ad un mero conflitto animato dalla volontà di conquistare spazi di giurisdizione. Questo è l'epifenomeno. La contrapposizione invero nasce a mio parere dal diverso modo con cui si scioglie (o si tenta di sciogliere) un grumo teorico di particolare complessità e più precisamente dal diverso modo di concepire l'istituto della reintegrazione in forma specifica rispetto alla riparazione dei danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo. In proposito è indubbio come la giurisprudenza amministrativa ritenga che la pronuncia sulla sorte del contratto risulti necessaria per garantire al privato la tutela risarcitoria in forma specifica di cui l'annullamento dell'aggiudicazione costituisce già un primo momento talvolta non sufficiente. Sennonché questo modo di ragionare non tiene in debito conto il fatto che nel sistema del diritto civile, all'interno del quale la giurisprudenza amministrativa "ambienta e contestualizza" la fattispecie risarcitoria del danno derivante dalla lesione dell'interesse legittimo, la regola generale è costituita dal risarcimento per equivalente, mentre il risarcimento in forma specifica può essere concesso dal giudice soltanto dopo un esame della fattispecie concreta e degli interessi in essa coinvolti. La Cassazione invece tiene ben ferma questa impostazione e conseguentemente finisce col negare che la pronuncia sulla sorte del contratto costituisca un momento di tutela risarcitoria che può essere ricondotta nell'ambito della giurisdizione pur riconosciuta al giudice amministrativo in materia di risarcimento.

In definitiva la tendenziale riconduzione del contratto stipulato dal contraente pubblico nella disciplina di diritto comune obbliga anche a riflettere sulla coerenza tra l'inquadramento complessivo che il giudice amministrativo ha dato alla fattispecie risarcitoria dei danni per lesione dell'interesse legittimo e le conseguenze che si pretendono di fare discendere dalla medesima. In realtà ricostruzioni caratterizzate da un elevato sincretismo, in cui si mescolano profili pubblicistici e profili privatistici, non paiono oggi particolarmente persuasive.

La tematica dei contratti pubblici non può peraltro a mio parere essere affrontata in modo completo, soprattutto nella prospettiva indicata dal Convegno ossia quella del giudice competente e della conseguente tutela giurisdizionale, senza spendere qualche parola sulla circostanza che, accanto al contratto, inteso nella accezione propria elaborata a partire dalla definizione che ne dà il codice civile, si collocano tutte una serie di fattispecie in cui si realizzano momenti di consenso tra la pubblica amministrazione ed il privato ed addirittura tra le stesse pubbliche amministrazioni. Il linguaggio legislativo è al riguardo colorito dal momento che si parla di accordi, intese, convenzioni, patti ed altro ancora. Quello che preme sottolineare è che in relazione a questa seconda e composita tipologia di strumenti viene sovente previsto l'applicabilità ai medesimi delle norme e dei principi del codice civile in quanto compatibili. Tale rinvio è dai più interpretato come sicura conferma che gli strumenti in questione non possono collocarsi in via generale, quanto alla disciplina applicabile, nell'area del contratto, mantenendo essi fermo un tratto di specialità che non soltanto giustifica la giurisdizione del giudice amministrativo, ma anche l'assoggettamento alla disciplina pubblicistica, sia pure temperata dall'innesto di principi e norme civilistiche previo giudizio di compatibilità.

Una tale ricostruzione è certamente per più aspetti persuasiva. Tuttavia non si può fare a meno di notare come molto spesso la sostanza che sta alla base dell'utilizzo di tali strumenti consensuali non differisca dalla sostanza che permea un contratto vero e proprio. Detto in altri termini anche in tali ipotesi ad essere disciplinata in via consensuale, sia pure all'interno di sequenze in cui i provvedimenti amministrativi acquistano un ruolo certamente rilevante, sono interessi pubblici e privati destinati a collocarsi e a vivere nella cornice del mercato o comunque del sistema economico e della logica che in essi si spende. Emblematica in tale senso è la materia della programmazione negoziata che è stata oggetto di rivisitazione in molti recenti interventi normativi. Essa peraltro è ancora più emblematica laddove si pensi che, relativamente alle controversie che possono originarsi rispetto alla concessione di benefici alle imprese, sono competenti a pronunciarsi, perlomeno se si accede ad una particolare ricostruzione della vicenda, sia il giudice amministrativo sia il giudice ordinario, il primo in relazione al provvedimento provvisorio di assegnazione, il secondo in relazione al provvedimento definitivo che viene adottato una volta realizzata l'iniziativa imprenditoriale finanziata. Ebbene pare evidente come, al di là del diverso momento cronologico ed al di là del fatto che l'iniziativa imprenditoriale sia passata dalla fase progettuale a quella della completa

realizzazione, la sostanza dell'operazione sulla quale si inserisce la controversia sia la medesima. Da ciò a mio parere discende, fermo restando il maggiore peso che può essere assegnato all'interesse pubblico e alle sue ragioni ed i più ampi spazi di azione concessi alla pubblica amministrazione nel ridisegnare quanto consensualmente pattuito, la necessità che il modello di tutela si avvicini il più possibile a quello proprio di ogni vicenda contrattuale.

Tanto detto sui contratti pubblici, rimane da affrontare il tema delle obbligazioni pubbliche. Quest'ultimo è, come accennato in apertura, foriero di incertezze addirittura maggiori rispetto a quello dei contratti investendo addirittura la stessa utilità scientifica della categoria. Sicuramente anche in questa direzione potranno venire dal convegno indicazioni chiarificatrici.

Indipendentemente dai problemi di ordine sistematico, pressoché tutte le riflessioni in argomento convergono però sulla circostanza che non vi è materia, nella quale pure si spende un concetto civilistico così impegnativo come quello di obbligazione, che sia costellata da privilegi riconosciuti in capo alla pubblica amministrazione. Le ragioni che storicamente hanno determinato una tale situazione sono già state ricordate con riferimento alla materia contrattuale e quelle osservazioni possono valere anche per questa più generale tematica. Ad esse si può aggiungere la circostanza, come ben sottolineato dalla dottrina, che l'archetipo della obbligazione pubblica è stato sovente rinvenuto nell'obbligazione tributaria ossia in quella obbligazione che maggiormente si carica di autoritarità anche e soprattutto dal punto di vista degli strumenti di esecuzione della medesima.

Se si ha presente ciò, non può allora meravigliare come per lungo tempo la stessa obbligazione pecuniaria dello Stato e più in generale degli enti pubblici sia stata parzialmente sottratta all'applicazione della disciplina privatistica e come l'inadempimento ed il ritardo nell'esecuzione siano stati sottoposti ad un trattamento speciale e più favorevole di quello previsto dal codice civile. E' ben vero che oggi la situazione su questo specifico versante è indubbiamente migliorata. La giurisprudenza della Cassazione, a partire dalla nota sentenza n. 3451 del 1985, ha progressivamente eroso una buona parte di questi privilegi attestandosi progressivamente sulla posizione di negare che i procedimenti contabili, che accompagnano la vita dell'obbligazione, possano avere effetti sul versante della liquidità ed esigibilità del credito ovvero essere causa di giustificazione di eventuali ritardi. Le innovazioni normative più recenti hanno pure concorso nella stessa direzione.

Tuttavia, indipendentemente dallo specifico tema delle obbligazioni pecuniarie, resta probabilmente ancora molto da fare.

Il modo migliore di accostarsi alla tematica non è allora quello di ricercare una plausibile nozione unitaria, quanto piuttosto quello di verificare se esistano *deficit* in termini di tutela che non sono giustificabili e che possono eventualmente essere colmati anche in assenza di interventi normativi *ad hoc*. Senza dimenticare in questa indagine che proprio il ritardo nell'adempimento dello Stato e più in generale dei pubblici poteri costituisce una fonte non secondaria di distorsione del mercato di penalizzazione dell'attività economica.

### 3. Conclusioni.

Il convegno odierno offre un'occasione importante per ripensare il tema dei contratti e delle obbligazioni pubbliche all'interno di una griglia teorica i cui elementi fondanti possono a ragione essere individuati da un lato nel mercato e dall'altro nel sistema di tutela e nelle azioni in esso esperibili.

Ritengo però che nel muovere in questa direzione non si possa prescindere anche da una riconsiderazione complessiva del senso e dei caratteri dell'agire amministrativo allorquando quest'agire ricorra all'utilizzo di strumenti basati sul consenso sottomettendosi dunque in tutto o in parte alla relativa disciplina anche dal punto di vista delle obbligazioni che ne scaturiscono. Rispetto ad una tendenza, che negli ultimi anni ha ricevuto una notevole accelerazione, la dottrina appare divisa quanto meno sul giudizio da esprimere. Da un lato vi sono coloro che valutano in modo positivo il nuovo modo di esercizio della funzione amministrativa. Dall'altro vi sono coloro che manifestano giudizi più prudenti e mettono in guardia sulla necessità di salvaguardare il tradizionale modello dell'agire basato sull'autorità. Quella riportata è naturalmente una schematizzazione di un confronto ben più articolato.

Ciò che però è importante sottolineare è che il nuovo modo di amministrare è diverso da quello tradizionale non perché la pubblica amministrazione spenda più consenso e meno autorità. Esso è diverso perché, nella odierna realtà la razionalità amministrativa classica, diretta espressione del principio di legalità e del principio di autorità, non può, come è stato detto, dare sempre risposte utili per la cura dell'interesse pubblico e reggere da sola la decisione amministrativa (Giovanni Marongiu). E ciò per la semplice ragione che in un mondo globalizzato, socialmente ed economicamente interdipendente, nonché altamente tecnicizzato, molti dei problemi non possono essere risolti senza che le

pubbliche amministrazioni si aprano a rapporti di comunicazione e di cooperazione con gli attori presenti nella società e nel sistema economico in un quadro di reciproci impegni, tendenzialmente stabili, tutti egualmente e parimenti necessari per la cura tanto dell'interesse pubblico quanto degli interessi privati, così come è stato ben sottolineato in uno studio sulla programmazione negoziata risalente al 1999 (Gianluca Maria Esposito).

La diffusione degli strumenti contrattuali (e più in generale di quelli consensuali) segnala dunque non soltanto una necessità di ricorrere al mercato per l'acquisizione di utilità non altrimenti ottenibili, quanto piuttosto un più generale bisogno strategico delle pubbliche amministrazioni. L'alternativa tra il modello consensuale e quello autoritativo non è in definitiva un semplice passaggio tecnico che riguarda il diverso modo di esercizio di una funzione amministrativa che rimane sempre uguale a se stessa. La scelta in favore del primo modello invero traduce e consacra a livello giuridico un cambiamento dell'agire amministrativo nel suo modo di essere e nella sua propria razionalità di fondo.

Ritengo dunque in conclusione che l'attenta considerazione di questo cambiamento non sia ininfluenza quando ci si accinga a studiare il tema dei contratti e delle obbligazioni pubbliche, anche e soprattutto nella prospettiva del controllo giurisdizionale dell'agire amministrativo che si esplica attraverso questi strumenti, così da arricchire ed integrare con un elemento particolarmente significativo la griglia teorica che assumiamo come quadro di riferimento.