

Il ritiro di contributi pubblici tra autotutela pubblicista e autotutela privatistica della p.a.

Autore: Tiziana Barile

In: Diritto amministrativo

Con il termine autotutela si indica l'attività con cui un soggetto senza ricorrere all'autorità giudiziaria tutela le proprie ragioni.

Inammissibile nel diritto penale se non in presenza e nel rispetto delle ristrette condizioni previste dalla scriminante della legittima difesa prevista dall'art. 52 c.p., esperibile solo nei casi previsti dalla legge (quindi tipica) o dal contratto, a mezzo dell'esercizio del diritto di recesso quale forma di autotutela privatistica (1373 c.c.), i caratteri dell'autotutela esercitabile dalla p.a. riflettono l'anima ambivalente che, ex art. 1 della L. 241/1990, connota l'attività amministrativa.

Ai sensi dell'art. 1 della L. 241/1990 comma 1 e 1-bis, l'attività amministrativa si manifesta sia nell'adozione di atti autoritativi, secondo i criteri di efficienza economicità, efficacia ed imparzialità, sia nell'adozione di atti non autoritativi, espressione della capacità di diritto privato (c.d. negoziale) della p.a., quindi sottoposti alle norme di diritto privato pur essendo sempre e comunque finalisticamente orientati al soddisfacimento di un pubblico interesse.

Partendo dalla "tradizionale" autotutela pubblicistica, essa è esercitabile dalla p.a. attraverso due forme: la revoca del provvedimento, disciplinata dall'art. 21- quinquies della L. 241/1990 e l'annullamento d'ufficio, ex art. 21-nonies, della medesima legge.

Le due forme di autotutela pubblicistica menzionate sono esercitabili sulla base di presupposti totalmente differenti poiché diverse sono le esigenze cui esse sostanzialmente tendono.

Strettamente legata alla rivalutazione del pubblico interesse da parte della p.a., la revoca del provvedimenti ad efficacia durevole, ex art. 21- quinquies, può essere legittimamente esercitata sulla base di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, o mutamenti di fatto imprevedibili al momento dell'adozione del provvedimento, fatta eccezione per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

Il provvedimento così revocato sarà inidoneo ex nunc a produrre effetti, fatto salvo l'obbligo di indennizzo (parametrato al solo danno emergente e finalizzato a tutelare il legittimo affidamento del destinatario del provvedimento) per gli eventuali pregiudizi subiti dai soggetti direttamente interessati.

Motivi di illegittimità sottendono invece all'esercizio dell'annullamento in autotutela da parte della p.a..

Ai sensi dell'art. 21- nonies il provvedimento amministrativo illegittimo per violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza, potrà essere annullato d'ufficio purchè sussistano ragioni di pubblico interesse e sia trascorso un termine ragionevole dall'adozione del provvedimento, tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei contro interessati.

Alla sostanziale atipicità che connota l'esercizio dell'autotutela pubblicistica, la cui esperibilità è dunque subordinata alla sussistenza dei presupposti di legittimità (per quanto concerne l'annullamento d'ufficio) e di merito (relativamente alla revoca), si contrappone la tipicità della autotutela privatistica esercitabile dalla p.a..

Mutuando il tenore letterale dagli artt. 1372 e 1373 c.c., il legislatore nell'art. 21-sexies della L. 241/1990 disciplina il recesso unilaterale dai contratti della p.a. circoscrivendone la legittimità ai soli casi previsti dalla legge o dal contratto.

Tra i casi previsti dalla legge si menziona l'art. 134 del D.lgs. 163/2006 il quale, in materia di contratti relativi a lavori pubblici, riconosce in favore della stazione appaltante il diritto di recedere in qualsiasi momento dal contratto previo pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili presenti in cantiere ed oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite.

Il primo comma dell'articolo citato rispecchia, in linee generali, lo schema dell'art. 21-quinquies della L. 241/1990 con il quale ha in comune l'assenza di un limite temporale all'esercizio del diritto, compensato però dall'obbligo di tenere indenne il soggetto leso in conseguenza del recesso dal contratto o della revoca del provvedimento nel caso del 21-quinquies.

Da quanto detto emerge che la p.a. è titolare di un duplice potere di autotutela: uno pubblicistico, nella forma dell'annullamento e della revoca, l'altro privatistico, consistente nel recesso (a cui si aggiunge in alternativa, come meglio specificato in seguito, l'annullamento).

Tuttavia giunti a questo punto si rende doverosa una precisazione in merito allo spartiacque sussistente tra le diverse forme di autotutela in quanto, atteso che esse rispecchiano, come detto in apertura, la doppia anima dell'attività amministrativa non più solo esercitata attraverso l'adozione di provvedimenti autoritativi, ma anche attraverso atti non autoritativi ed in particolar modo, la stipulazione di contratti, si deve determinare il momento in cui la p.a. può esercitare il potere di autotutela in via pubblicistica o in via privatistica.

La questione oggetto di recente giurisprudenza, riveste una rilevanza pratica atteso che da ciò discendono conseguenze processuale inerenti il riparto di giurisdizione.

In tema di procedimento ad evidenza pubblica finalizzato all'affidamento di un contratto pubblico, in giurisprudenza è stato affermato che, a partire dalla determina a contrarre e sino all'aggiudicazione definitiva (divenuta efficace), perdura la fase c.d. pubblicistica in cui cioè la p.a. veste ancora i panni del

soggetto di diritto pubblico in quanto tale, titolare dei poteri, dei diritti e degli obblighi e, in un certo senso, della posizione di vantaggio della p.a..

L'aggiudicazione definitiva che, si precisa, segue a quella provvisoria alla quale è riconosciuta una efficacia meramente endoprocedimentale, diviene efficace a seguito della verifica del possesso dei requisiti inizialmente rimessi alla presentazione di una autocertificazione dai partecipanti, conclude la fase c.d. pubblica del procedimento retta dalle norme sul procedimento di cui alla L. 241/1990.

A partire dalla aggiudicazione definitiva, cita l'art. 11, comma 10, del Codice dei contratti, dovrà poi trascorrere un termine di 35 giorni (c.d. clausola di stand still) dall'invio dell'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, prima di poter stipulare il contratto, così dando inizio alla fase privatistica.

L'inizio e il termine della fase pubblicistica è necessaria al fine di delimitare l'ambito entro il quale la p.a. possa esercitare i poteri di autotutela pubblicistica di cui sopra.

Stando alla suddivisione sommariamente fatta tra fase pubblicistica e fase privatistica la p.a., sino alla aggiudicazione definitiva, sarebbe sottoposta alla disciplina dell'evidenza pubblica, con essa intendendosi la sottoposizione alle regole di cui alla L. 241/1990, dovendo invece considerarsi, a partire dalla stipula del contratto, un soggetto di diritto privato (seppur con taluni accorgimenti).

Sino all'aggiudicazione definitiva la p.a. che a seguito di sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, voglia revocare il provvedimento di aggiudicazione, potrà farlo con l'esercizio del potere di revoca, alle condizioni e nei termini su indicati.

Il potere di revoca, afferma la giurisprudenza, si “trasforma” in diritto di recesso unilaterale con la stipula del contratto, in corrispondenza del cambio di veste giuridica della p.a., la quale esercitando il suo potere negoziale da soggetto di diritto pubblico diviene soggetto di diritto privato, sancendo così l’operatività dell’art. 134 del Codice dei Contratti.

Nessuno problema si pone, invece, nell’ipotesi in cui alla base dell’esercizio del potere di autotutela vi siano vizi di illegittimità, dovendo in tal caso la p.a. sia che ciò avvenga prima dell’aggiudicazione definitiva, sia dopo la stipula del contratto, ricorrere all’annullamento d’ufficio disciplinato dall’art. 21-nonies, non sussistendone un rimedio equivalente nella fase c.d. privatistica.

Conseguenza immediata di tale bipartizione, è la riconducibilità alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie riguardanti la fase pubblicistica e, dunque, anche dell’esercizio del potere di autotutela esteso tuttavia anche alla fase successiva all’aggiudicazione definitiva, comprensiva dell’intervallo di tempo necessario tra questa e la stipula del contratto (stand still), atteso l’intreccio diritti soggettivi e interessi pubblici che ne attrae la competenza in capo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La fase successiva alla stipula del contratto e quella inerente la sua esecuzione, verrà attratta nella competenza del giudice ordinario e sottoposta alle norme contenute nel codice civile.

Tuttavia, elemento indispensabile affinché la p.a. eserciti il potere di autotutela, è la sussistenza di un provvedimento amministrativo e non di un mero atto amministrativo (c.d. atto non provvedimento).

La distinzione, basata sul differente schema sotteso alle categorie concettuali menzionate, prevede che, mentre con riferimento al provvedimento amministrativo la p.a. esercita un potere valutativo, in aderenza allo schema norma-potere-effetto, così esplicando una funzione amministrativa, nell’atto non provvedimento la p.a. si limita ad accertare un fatto produttivo di un effetto giuridico, seguendo lo

schema norma-fatto-effetto.

Da ciò consegue che, presupposto necessario per potersi parlare di autotutela pubblica, è la sussistenza di un provvedimento amministrativo, espressione dell'esercizio del potere pubblico, per natura (in genere) discrezionale.

La distinzione chiara e nitida nella descrizione, presenta margini di incertezza laddove ci si trovi dinanzi a provvedimenti connotati da una certa discrezionalità tecnica, i quali lascerebbero pensare che la p.a. non sia titolare di un vero e proprio potere, bensì si limita ad accertare la sussistenza di determinati fatti, così seguendo lo schema concettuale sotteso al mero atto, sottratto all'esercizio dell'autotutela pubblicistica.

Sul punto la giurisprudenza si è espressa in materia di concessione e revoca di contributi pubblici focalizzando l'attenzione sull'interesse sotteso all'erogazione del contributo pubblico e concludendo che, laddove il contributo pubblico sia stato erogato per il soddisfacimento dell'interesse privato (come nel caso affrontato dal Consiglio di Stato), il riparto di giurisdizione avverrà in favore del giudice ordinario, dovendosi contrariamente affermare la competenza del giudice amministrativo nel caso in cui la concessione del contributo sia retta da un interesse pubblico.

Pur mantenendo viva la contrapposizione tra atto non provvedimento e provvedimento amministrativo, la giurisprudenza ha evidenziato che, anche qualora il provvedimento sia connotato da un potere "vincolato", lo stesso se proiettato verso il soddisfacimento di un interesse pubblico, rifletterà comunque lo schema norma-potere (vincolato)- effetto, così permettendo di qualificare l'atto di concessione o revoca, come un provvedimento amministrativo, con la conseguenziale legittimazione all'esercizio del potere di autotutela pubblicistica.

Laddove la norma che prevede la concessione del contributo pubblico sottende un interesse privato, questo vincola l'amministrazione al solo accertamento dei requisiti necessari per l'erogazione, privandola

dell'esercizio di qualsivoglia potere discrezionale.

In tale ultima circostanza la p.a. non potrà revocare in autotutela l'atto di erogazione del contributo, non rappresentando quest'ultimo un provvedimento amministrativo (come detto presupposto necessario per l'esercizio del potere di autotutela pubblicistica), ma potrà, in conseguenza dell'inadempimento del privato destinatario del contributo esercitare il potere di recesso, con la conseguenziale riconducibilità della eventuale controversia, nella competenza del giudice ordinario secondo la normale ripartizione giudice ordinario, diritti soggettivi, giudice amministrativo, interesse legittimo.

<https://www.diritto.it/il-ritiro-di-contributi-pubblici-tra-autotutela-pubblicista-e-autotutela-privatistica-della-p-a/>