

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

7

2016



JOVENE EDITORE

INCONTRI DI STUDIO

Interventi al Seminario della Facoltà di Giurisprudenza su

Pubblico e privato nell'esperienza giuridica

28 ottobre 2016

SOMMARIO: 1. L'attività negoziale della p.a. e i "confini" tra pubblico e privato. – 2. Tendenze e controtendenze nella scienza giuridica del Novecento. – 3. Il diritto vivente: i nodi problematici. – 4. Il diritto privato per l'interesse pubblico: quali prospettive?

1. *L'attività negoziale della p.a. e i "confini" tra pubblico e privato*

L'attività consensuale della pubblica amministrazione ha da sempre costituito una prospettiva privilegiata non solo per l'osservazione dei concetti e delle categorie del sistema amministrativo, ma anche e soprattutto per misurare il processo di continuo assestamento dei "confini" tra pubblico e privato¹.

È noto, d'altra parte, che il problema stesso della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato ha subito significative e decisive trasformazioni – anche sul piano concettuale – soprattutto in seguito all'emersione di due contrapposte tendenze che si sono affermate nella seconda metà del Novecento nel nostro ordinamento².

Da un lato, il diritto pubblico è iniziato a penetrare sempre con maggiore forza nella struttura e nel sistema dei rapporti privatistici, al fine di orientare gli stessi verso obiettivi – anche costituzionali – di natura "superindividuale"³. Dall'altro, i pubblici poteri sono tornati

¹ Sulla perdurante attualità di tale questione all'interno del dibattito sulla distinzione tra pubblico e privato nel diritto amministrativo, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1019 ss.

² Come messo in luce da N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, (1980-1982), ora in *Id.*, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3 ss., il quale evidenzia l'affermarsi di due processi paralleli che si compenetrano l'uno nell'altro all'interno dello Stato, quello della «privatizzazione del diritto pubblico» e quello della «pubblicizzazione del diritto privato».

³ Su cui rimane fondamentale M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 399 ss., il quale sottolinea la rilevanza del fenomeno di «pubblicizzazione» o «socializzazione» del diritto privato in virtù dell'estensione dell'intervento pubblico nell'economia; sul tema si vedano anche le pagine di R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 904 ss. Sulle trasformazioni del diritto privato, anche in virtù delle modifiche alla struttura economica nel secondo dopoguerra, P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 379 ss.

– per esigenze e con modalità diverse – a fare ricorso in maniera massiccia a strumenti civilistici per lo stesso perseguimento di obiettivi di interesse pubblico e, quindi, non solo per l’assolvimento di funzioni meramente “strumentali”⁴.

Entrambe queste tendenze – venendo a toccare il problema stesso dell’autonomia (e della specificità) del “pubblico” rispetto al “privato” – hanno quindi rivestito un ruolo decisivo non solo per analizzare le evoluzioni e le trasformazioni *interne* alle rispettive discipline, ma anche e soprattutto per verificare, da prospettive diverse, la perdurante vitalità della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

È quindi all’interno di tale dinamica che va letto anche il problema dell’ingresso (o meglio della grande diffusione) di strumenti privatistici nell’*arsenale* a disposizione dei pubblici poteri per l’esercizio dei relativi compiti⁵: tale fenomeno, infatti, in ragione della grande rilevanza che assume sul piano pratico, può ben costituire una valida “cartina di tornasole” per misurare la solidità del “*public/private divide*”, anche alla luce delle trasformazioni imposte dall’ordinamento europeo⁶.

Come è noto, al di là degli strumenti in senso stretto negoziale, nel settore pubblico si assiste ormai ad una ampia penetrazione di tecniche e dinamiche proprie dei mercati e dell’ordinamento dei privati: si pensi alla grande proliferazione di soggetti societari e di natura privatistica per l’assolvimento di compiti e funzioni pubbliche, anche di tipo regolatorio⁷; alla grande diffusione nel settore ambientale di strumenti economici e di mercato⁸; all’ampio utilizzo – per finalità pub-

⁴ Su tali tendenze, per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 864.

⁵ Per riprendere l’immagine di M.S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica*, in *Enc. delle scienze sociali*, 1991, 526, il quale, alle soglie del nuovo millennio, immaginava la presenza di amministrazioni pubbliche «munite di un piccolo arsenale di poteri autoritativi che permetteranno loro di intervenire nei momenti critici o per la cura di quei pochi interessi pubblici che non potranno esser gestiti con gli strumenti di diritto privato».

⁶ Su cui si veda, in chiave comparata, M. RUFFERT, ed., *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation*, London, 2009.

⁷ Sul tema, per tutti, M. D’ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 607 ss.

⁸ Su cui si veda M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di diritto dell’ambiente*, Torino, 2007; M. CLARICH, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 219 ss.; A. LOLLI, *Modelli di amministrazione sussidiaria: strumenti economico-volontari per la tutela dell’interesse pubblico*, Bologna, 2008.

bliche – di sistemi di certificazione riconosciuti e legittimati dal mercato, e non già dai pubblici poteri⁹; e, infine, al forte sviluppo di tecniche privatistiche di composizione e risoluzione delle controversie¹⁰.

A fronte di tale rilevante tendenza, non appare ormai realmente contestata – né a livello dottrinario, né sul piano giurisprudenziale – la possibilità (e l'utilità) per le amministrazioni pubbliche di avvalersi di tecniche e di mezzi di azione nati e sviluppatisi nel (e per) l'ordinamento dei privati¹¹. Maggiormente discussa continua invece ad essere la questione degli effettivi limiti – anche costituzionali – rispetto all'ingresso e all'utilizzo di simili strumenti nell'ordinamento amministrativo; e, soprattutto, la questione del grado e del livello di necessario adattamento (o di snaturamento) delle tecniche privatistiche allorché le stesse siano messe al servizio dei pubblici poteri.

Tali profili – lungi dall'assumere un rilievo solamente teorico – rivestono peraltro grande importanza nella realtà dei rapporti giuridici che coinvolgono quotidianamente amministrazioni e cittadini in molteplici settori dell'ordinamento (lavori pubblici, servizi pubblici, programmazione economica, beni pubblici, governo del territorio): e ciò anche in ragione dell'evidente ripercussione che hanno sul problema del riparto di giurisdizione. Da questo punto di vista, quindi, le concrete soluzioni teoriche prospettate dall'ordinamento assumono un peso significativo per la stessa “tenuta” del rapporto di fiducia tra settore pubblico e settore privato, il quale – come è evidente – ricopre un rilievo ancora più decisivo in un contesto di forte contrazione della spesa pubblica.

Alla luce di tutto ciò, nelle pagine che seguono si cercherà di verificare innanzitutto quali sono state le principali “tendenze” e “controtendenze” che hanno contraddistinto il dibattito della scienza amministrativistica. In secondo luogo, si metteranno in luce alcuni dei tratti principali che emergono dall'analisi del “diritto vivente”, pren-

⁹ Sul tema, A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010.

¹⁰ Su cui si vedano i contributi contenuti in G. FALCON, B. MARCHETTI, a cura di, *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Padova, 2015. Con particolare riferimento alla diffusione di Corti non statali nel contesto globale, S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 609 ss.

¹¹ Su cui, per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

dendo a riferimento soprattutto le principali indicazioni di matrice legislativa e giurisprudenziale. Infine, muovendo dall'esame dei principali rischi e limiti sottesi ad alcuni orientamenti assai diffusi, si tenterà di prospettare l'auspicabile punto di equilibrio che dovrebbe essere assicurato tra disciplina privatistica e deroghe pubblicistiche con riguardo alle principali manifestazioni negoziali della p.a.

2. *Tendenze e controtendenze nella scienza giuridica del Novecento*

Il problema della ricostruzione della disciplina applicabile all'attività negoziale dei pubblici poteri appare una questione storicamente e temporalmente determinata. È noto infatti che tale vicenda ha assunto un rilievo significativo – da un punto di vista teorico – soltanto nel momento in cui si è pervenuti, soprattutto ad opera della scienza giuridica, alla “edificazione” di un compiuto sistema amministrativo che ha consentito di ordinare la regolazione dei fatti amministrativi entro categorie e principi autonomi¹². Come è noto, tale sistema si è da subito fondato su alcuni capisaldi teorici che hanno fortemente condizionato lo stesso approccio al problema del diritto privato dell'amministrazione pubblica.

In primo luogo, l'affermazione di una sorta di coincidenza – anche di matrice ideologica – tra interesse pubblico e regime di diritto pubblico: quest'ultimo avrebbe permeato e condizionato tutti i rapporti amministrativi, ancorché non caratterizzati da una dimensione realmente imperativa¹³.

In secondo luogo, la negazione – seppur con isolate eccezioni – di qualsiasi spazio per una teoria del contratto di diritto pubblico, a

¹² Su tali vicende M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 491; più di recente, A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009.

¹³ Come evidenziato da O. RANELLETTI, *Il concetto di “pubblico” nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, XXXIX, 383 ss. il concetto di pubblico abbraccia tutta l'attività sociale dello Stato, «anche quando essa si esplicita senza alcuna coazione sulle persone cui si dirige». Proprio tale convincimento condusse ad una pubblicizzazione di molti rapporti negoziali (si pensi alle concessioni), ma anche alla riconduzione dello stesso fenomeno dell'impresa pubblica all'interno della nozione di ente pubblico e sotto la personalità dello Stato: su tale profilo, SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V. E. Orlando, Milano, 1987, vol. I, 146.

differenza di quanto si stava affermando nell'ordinamento tedesco¹⁴: d'altra parte, non vi era un vero bisogno di una simile categoria stante il processo di forte attrazione di molti rapporti negoziali nell'alveo (o sotto il dominio) del provvedimento amministrativo.

In terzo luogo, la tendenziale negazione della titolarità in capo ai soggetti pubblici di una effettiva capacità negoziale, soprattutto allorquando è stata abbandonata la teorica della “doppia-personalità” dello Stato¹⁵; e anche nelle ricostruzioni più mature, come quelle che hanno caratterizzato le teoriche causaliste anni Trenta, tale capacità è apparsa comunque strettamente vincolata all'interesse pubblico e finalisticamente condizionata con riguardo a ogni manifestazione dell'attività negoziale¹⁶.

Tutti questi elementi, determinando la marginalizzazione degli strumenti privatistici dalla “edificazione” del sistema amministrativo, hanno favorito un processo di chiusura dell'ordinamento della p.a. rispetto all'ordinamento generale¹⁷. È significativo, da questo punto di vista, il fatto che anche nelle teoriche più avanzate e maggiormente aperte allo studio del diritto privato – come quella di Amorth – venga sottolineato il fatto che, attraverso la costruzione di una categoria unitaria di attività amministrativa, «il diritto pubblico viene a condurre sotto il suo dominio anche l'attività delle pubbliche amministrazioni svolte in regime di diritto privato»¹⁸.

¹⁴ Si veda, in chiave assai critica, la posizione di F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratto di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, IV, 1900, 7 ss. Limitate aperture si registrarono solo in U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV, 1900, 409 ss., il quale ravvisava uno spazio per un rapporto bilaterale e paritetico tra Stato e cittadino.

¹⁵ Come sottolineato da SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 567, il quale chiarisce che l'ente pubblico è titolare «di una sola personalità e di una sola capacità, che si esplica in campi distinti, ma il cui regolamento, anche quello di diritto privato, mette capo sempre al diritto pubblico, che ne determina, se non altro, i motivi».

¹⁶ Si vedano, in particolare, i contributi di M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936 e di C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1937.

¹⁷ Come evidenziato da B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto*, cit., 386, «l'amministrazione si sta costruendo come ordinamento chiuso, a sé stante, perfettamente autonomo e auto-concluso: un ordinamento con propri istituti, ma anche con una propria teoria generale, fondata su principi giuridici diversi, ‘speciali’, rispetto a quelli contenuti nel codice civile»

¹⁸ A. AMORTH, *Ossezzazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 540.

Come è noto, il processo di tendenziale isolamento del sistema amministrativo dall'ordinamento generale entra in crisi a partire dalla seconda metà del Novecento quando molteplici fattori politici, economici e sociali conducono la scienza giuridica ad interrogarsi con maggiore attenzione sull'effettivo spazio di penetrazione degli strumenti privatistici nel settore pubblico, soprattutto a seguito dei fenomeni di intensificazione dell'intervento dello Stato nell'economia. Proprio tali fattori saranno alla base di significative trasformazioni che caratterizzeranno la scienza amministrativistica, non solo sul piano metodologico, ma anche sotto il profilo degli argomenti oggetto di studio che raggiungeranno territori fin ad allora poco esplorati, come quelli del diritto dell'economia¹⁹.

In tale contesto maturano le condizioni per una rivisitazione dei rapporti tra pubblico e privato con riguardo all'attività amministrativa: e ciò grazie soprattutto al contributo di Massimo Severo Giannini che, a partire dagli anni Sessanta, metterà in discussione molti di quei capisaldi su cui si era formato il sistema amministrativo e che avevano favorito la relativa marginalizzazione del diritto privato²⁰.

In particolare, viene innanzitutto negata qualsiasi coincidenza tra interesse pubblico e diritto pubblico, posto che il diritto pubblico riguarderebbe prevalentemente l'attività autoritativa: ma all'infuori di tale peculiare manifestazione dell'attività dei pubblici poteri – per cui solo opera il principio di legalità in funzione di garanzia – si afferma la normale utilizzabilità delle categorie privatistiche, soprattutto per i rapporti consensuali e per l'attività di impresa²¹.

In secondo luogo, viene affermata sul piano teorico la tendenziale pienezza della capacità negoziale dei soggetti pubblici che verrebbe ad essere limitata solo dal legislatore²².

Infine, continua a rigettarsi qualsiasi spazio per il contratto di diritto pubblico, ancorché per motivi opposti a quelli di inizio No-

¹⁹ S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 59 ss.

²⁰ Sul punto, M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1293 ss.

²¹ Tale prospettiva, risulta ampiamente sviluppata da Giannini nel lavoro su *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, ove è esemplificativo il fatto che le prime cento pagine riguardino l'attività negoziale, mentre le successive sessanta l'attività procedimentale.

²² Sul punto, M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., 20; successivamente, il rifiuto della «capacità speciale» delle persone giuridiche pubbliche viene precisato in *Id.*, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 351 ss.

vecento: e infatti, l'affermazione della normale utilizzabilità degli strumenti privatistici e della tendenziale pienezza della capacità negoziale dei soggetti pubblici consentono di ricondurre molte fattispecie negoziali all'interno della categorie civilistiche, senza il bisogno di soluzioni "ibride"²³.

La teorica gianniniana apre un importante filone di studi volto a "riabilitare" lo spazio del diritto privato nello studio dell'attività amministrativa: e ciò non solo nei tradizionali contratti di appalto, ma anche con riguardo ai c.d. "contratti ad oggetto pubblico" concernenti in particolare i servizi pubblici, i beni pubblici, le sovvenzioni e l'urbanistica²⁴.

D'altra parte, proprio tale percorso dottrinario costituirà il substrato culturale entro cui matureranno molti processi di riforma degli anni Novanta che, sia sul piano dell'attività, sia sul piano dell'organizzazione e del personale, tenderanno di legittimare un maggiore spazio per le forme e gli strumenti privatistici nell'ordinamento amministrativo²⁵.

Tuttavia, proprio la "radicalità" della frattura aperta dalla teorica gianniniana nel sistema amministrativo favorirà parallelamente una serie di reazioni nella dottrina amministrativistica, soprattutto a partire dagli anni Ottanta.

In particolare, da più parti viene rigettata l'equivalenza gianniniana tra l'attività pubblicistica e l'attività autoritativa, posto che il regime pubblicistico – in funzione di indirizzo ma anche di garanzia dei terzi – dovrebbe estendersi alle stesse manifestazioni negoziali²⁶. Anche alla luce di un'interpretazione sostanzialista del principio di legalità, si valorizza la dimensione funzionale come tratto tipico di

²³ Si veda ancora M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., 25 ss. Nella stessa prospettiva, F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965, 111 ss.

²⁴ Si vedano, tra gli altri: A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974, 62 ss.; D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1971; V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979; M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit.

²⁵ Su tali vicende, S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996, 579 ss.; sui diversi modi di intendere la privatizzazione, C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss.

²⁶ G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 140 ss.

tutto l'agire amministrativo, ancorché espresso in forme privatistiche²⁷. La prospettiva necessariamente “funzionale” dell'azione amministrativa viene peraltro a saldarsi, da un lato, con l'immagine del giudice amministrativo quale giudice naturale della funzione e dell'interesse pubblico e, dall'altro, con la connessa sopravvalutazione della figura del terzo quale “custode diffuso” della legalità amministrativa e, quindi, dell'interesse pubblico²⁸.

Tale prospettiva – che sarà ampiamente condivisa da larga parte della dottrina anche nei decenni successivi – verrà di fatto a condizionare gli stessi processi di privatizzazione avviati dal legislatore a partire dagli anni Novanta²⁹. Da più parti, infatti, si assisterà al tentativo di dequotare o ridimensionare – con una pluralità di tecniche – le opzioni privatistiche adottate a livello legislativo: e ciò in virtù di un approccio “sostanzialista” che cerca, da un lato, di applicare frammenti di discipline pubblicistiche alle stesse fattispecie negoziali delle amministrazioni pubbliche e, dall'altro, di estenderle in via interpretativa anche all'attività di soggetti privati collegati – in maniera più o meno intensa – con il settore pubblico³⁰.

In definitiva, le significative aperture al diritto privato avviate nella seconda metà del Novecento sembrano essere state di fatto ridimensionate sul piano concreto negli ultimi decenni, ancorché per motivi di tipo tecnico e non già per ragioni ideologiche (come invece avvenuto nella prima metà del Novecento)³¹: gli strumenti privatistici utilizzati dall'amministrazione sarebbero infatti caratterizzati da una

²⁷ Sulla rilevanza del principio di legalità-indirizzo inteso come vincolo di scopo che si estende anche all'attività di diritto privato, si veda C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 146 ss.

²⁸ Sulla sistematizzazione della prospettiva funzionale quale tratto tipico dell'ordinamento amministrativo, si veda A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI (e altri), a cura di, *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2001, vol. I, 56 s.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 75 ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, p. 21 ss.

²⁹ Come evidenziato da G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 155 ss.

³⁰ Si veda, tra gli altri, F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1997, 39 ss., il quale guarda con favore alla «vanificazione della c.d. “fuga nel diritto privato” a seguito della identificazione della “vera natura pubblica della cosa”».

³¹ Come messo in luce da B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 178 ss.

imprescindibile dimensione funzionale che li renderebbe comunque diversi da quelli propri e tipici dell'ordinamento dei privati.

Tutto ciò contribuirebbe a fare emergere l'idea di un diritto amministrativo quale disciplina giuridica dei fatti amministrativi caratterizzata da una inevitabile “embricazione” di discipline pubblicistiche e discipline privatistiche tra loro non facilmente distinguibili e separabili³².

3. *Il diritto vivente: i nodi problematici*

Se dall'esame del percorso dottrinario che ha caratterizzato il dibattito sul rapporto tra pubblico e privato con riguardo all'attività negoziale dei pubblici poteri si passa ad esaminare il diritto vivente, emerge innanzitutto il fatto che, sul piano concreto, sembra ormai assumere uno scarso rilievo il problema – assai discusso in sede teorica – della capacità negoziale della p.a., la quale viene ritenuta tendenzialmente piena³³. Tale conclusione non appare peraltro contraddetta dal fatto che nell'ultimo decennio – soprattutto per esigenze di contenimento e di controllo della spesa – si sono fortemente intensificati i vincoli legislativi alla capacità negoziale, sia sotto il profilo dell'oggetto che degli eventuali rischi negoziali: proprio tali interventi, infatti, confermano la necessità di limitare con specifici interventi del legislatore una capacità che continua ad essere generale. D'altra parte, il giudice (anche amministrativo) non ha mai realmente esercitato un controllo sulla compatibilità concreta di un determinato strumento o regolamento negoziale con l'interesse pubblico, a differenza di altri ordinamenti ove vige il principio del *nec ultra vires*: il giudice, infatti, si limita generalmente a verificare il rispetto dei limiti legislativi da parte della p.a., irrogando sanzioni previste espressamente dal legislatore, ovvero valorizzando le tecniche privatistiche di controllo sull'esercizio dell'autonomia privata³⁴.

³² In questa prospettiva, si vedano M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso problema?*, in ID., a cura di, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003, 15 ss.; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in ID., a cura di, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 3 ss.

³³ Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073.

³⁴ Si veda, ad esempio, Cass. civ., S.U., 12 maggio 2008, n. 11656 ove si esclude chiaramente del nostro ordinamento l'operatività del principio del “*nec ultra vires*”.

Maggiormente problematica e incerta appare invece la questione del rapporto tra regole privatistiche e principi pubblicistici con riguardo alla disciplina concretamente applicata ai rapporti negoziali della p.a. Soprattutto la fase di esecuzione del rapporto negoziale, infatti, appare caratterizzata da un inestricabile intreccio tra principi e regole privatistiche, da un lato, e strumenti e poteri pubblicistici, dall'altro. Tale fenomeno – che risulta assai evidente con riguardo agli strumenti negoziali che presentano profili di specialità o di pubblicità nell'oggetto – viene a caratterizzare, seppur in misura diversa, tutti i principali rapporti negoziali, soprattutto in virtù dell'attribuzione di una valenza “forte” alla procedura amministrativa che precede la stipula del contratto, con conseguente subordinazione del regime negoziale a quello pubblicistico ad esso presupposto³⁵.

Ad esempio, in materia di contratti derivati e di finanziamento del debito le amministrazioni hanno sovente cercato di attivare una serie di poteri di autotutela pubblicistica incidenti sulla fase propedeutica alla stipula del negozio, facendo valere anche la mancata convenienza economica del contratto: le profonde incertezze giurisprudenziali che sono conseguite – soprattutto in virtù dell'intreccio con i poteri privatistici di scioglimento già previsti dal regolamento negoziale – sono state solo in parte risolte dalla giurisprudenza la quale è venuta a limitare gli spazi per l'attivazione di poteri pubblicistici valorizzando il fatto che, in molti casi, non fosse realmente presente una fase procedimentale propedeutica al contratto sui cui poter agire attraverso l'autotutela esterna³⁶.

Anche in materia di contratti di appalto, dopo molte incertezze, la giurisprudenza è venuta recentemente a limitare l'esercizio di poteri di autotutela incidenti sull'aggiudicazione dopo la stipula del negozio: ma ciò è avvenuto soprattutto per gli appalti di lavori, dove la

³⁵ D'altra parte, la disciplina strutturale dell'evidenza pubblica è stata richiamata anche al fine di sindacare la legittimità della scelta dell'ente pubblico di istituire una società: si veda Cons. St., A.P., 3 giugno 2011, n. 10.

³⁶ E, quindi, lasciando aperto uno spazio problematico per l'esercizio di tali poteri là dove si fosse in presenza di una fase pubblicistica: si veda in questo senso Cons. St., A.P., 5 maggio 2014, n. 13, secondo cui «perché possa darsi corso ad autotutela, con conseguente produzione dell'effetto caducante del contratto a valle, occorre che l'atto presupposto assuma il carattere dell'atto realmente prodromico rispetto alla successiva contrattazione, ossia si configuri come determinazione autoritativa procedimentalizzata e riferita ai contenuti essenziali dell'operazione da porre in essere».

giurisprudenza ha potuto valorizzare la presenza di un potere legislativo di risoluzione equiparabile al recesso privatistico, mentre rimangono profonde incertezze con riguardo agli altri strumenti contrattuali³⁷. D'altra parte, per tutti i contratti pubblici continuano comunque ad essere ricostruiti in chiave pubblicistica quei poteri di scioglimento attivati per il venir meno di una serie di presupposti soggettivi, soprattutto in termini di affidabilità del contraente³⁸.

Come si è detto, tuttavia, l'intreccio tra strumenti pubblicistici e strumenti privatistici nella fase esecutiva appare ancora più forte e problematico per i rapporti negoziali tradizionalmente definiti "ad oggetto pubblico", ove si assiste ad una compresenza di principi pubblicistici e regole privatistiche. E così, ad esempio, con riguardo alle concessioni pubblico servizio gli atti con cui l'amministrazione impone il pagamento di penali per inadempimenti contrattuali previsti dalle convenzioni di pubblico servizio divengono atti amministrativi sindacabili sotto il profilo dell'eccesso di potere³⁹. E ancora, gli atti di disdetta o di risoluzione di rapporti concessori di beni – talvolta anche del patrimonio disponibile – vengono ad essere considerati come atti di revoca⁴⁰. Infine, poteri di controllo sui rapporti di sovvenzionamento o finanziamento sono qualificati in chiave pubblicistica o privatistica a seconda dei diversi motivi per cui sono attivati⁴¹.

³⁷ Si veda Cons. St., A.P., 20 giugno 2014, n. 14 ove si esclude il potere di revoca una volta stipulato il contratto di affidamento di lavori pubblici, pur continuando a ritenersi legittimo tale potere per gli altri contratti della p.a.

³⁸ Come nel caso del recesso fondato sulla acquisizione della informativa prefettizia sul sospetto di infiltrazioni di tipo mafioso che è ricondotto dalla giurisprudenza all'autotutela interna in chiave pubblicistica (Cons. St., sez. V, 9 settembre 2013, n. 4467; Cons. St., sez. III, 26 settembre 2014, n. 4852). Si veda anche TAR Sardegna, sez. I, 24 gennaio 2012, n. 52 che ha ricostruito in chiave pubblicistica la risoluzione per decadenza della SOA.

³⁹ Per la ricostruzione in chiave autoritativa e discrezionale dell'atto di irrogazione della penale, si veda Cons. St., sez. V, 20 maggio 2011, n. 3023; TAR Lazio, Roma, sez. II, 14 aprile, 2008, n. 3173.

⁴⁰ Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 27 aprile 2011, n. 2466. D'altra parte, secondo V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 80, soprattutto in materia di beni pubblici la giurisprudenza, sacrificando fortemente l'elemento consensuale e paritetico del rapporto, sembra ancora «operare sotto l'influsso dei vecchi idola pan pubblicistici».

⁴¹ Si veda Cons. St., A.P., 2 dicembre 2010, n. 3, secondo cui, anche ai fini del riparto del giurisdizione, assume rilievo decisivo l'elemento «causale» dell'iniziativa revocatoria», dovendosi distinguere «il momento "statico" della concessione del contributo, rispetto a quello "dinamico", individuabile nell'impiego del contributo medesimo»

Molte di tali incertezze sono peraltro avvalorate dallo stesso legislatore che, ad esempio, proprio con riguardo ai rapporti concessori, in sede di recepimento della direttiva europea, da un lato, conferma che la concessione è un contratto, e dall'altro traduce i puntuali poteri di “*termination*” dei contratti di concessione, prevedendo – nello stesso art. 176 del Codice dei contratti pubblici – un potere di risoluzione per inadempimento, un potere di revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, nonché un potere di annullamento d'ufficio⁴².

D'altra parte, con riguardo a molti di questi rapporti, le principali incertezze riguardano gli stessi criteri con cui si dovrebbe distinguere un contratto di diritto privato da un contratto caratterizzato da un oggetto speciale o indisponibile, stante l'assenza di una definita e univoca sistematizzazione delle diverse tipologie negoziali. Tutto ciò continua ad avere implicazioni assai decisive soprattutto in materia di servizi pubblici, i cui strumenti negoziali sono problematicamente sospesi tra ricostruzioni contrattuali – allorché siano richiamati i criteri europei di qualificazione delle concessioni – e ricostruzioni pubblicistiche, allorché si valorizzi la tradizionale dimensione interna dell'oggetto pubblico. D'altra parte, non mancano casi in cui la giurisprudenza ha ricondotto un rapporto negoziale in materia di servizi pubblici al contratto di appalto, valorizzando il fatto che esso fosse privo dei requisiti che caratterizzano le concessioni di servizi nell'ordinamento europeo⁴³.

Infine, tutte queste incertezze sul piano della disciplina continuano a ripercuotersi gravemente sul riparto di giurisdizione che appare caratterizzato da una forte instabilità: e ciò soprattutto nell'attuale assetto successivo alla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, la quale, come è noto, è tornata a valorizzare la necessità di indagare l'effettiva natura dei rapporti giuridici al fine di farne discendere conseguenze sul piano giurisdizionale, limitando così il

⁴² Si veda l'art. 44 della direttiva 2014/23/UE che, nella versione inglese, descrive le condizioni e i requisiti che consentono agli Stati membri di regolare l'ipotesi di «*termination of concessions*» e che, nella versione italiana della direttiva sono indicati come i casi di «risoluzione delle concessioni». L'art. 176 del Codice dei contratti pubblici, invece, nel regolare tali ipotesi fa riferimento alla «cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro».

⁴³ Come nel caso della gestione del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani (Cass., S.U., ord. 22 agosto 2007, n. 17829).

tentativo di estensione della giurisdizione esclusiva per “blocchi di materie”.

In particolare, proprio in ragione di tale esigenza, si assiste spesso ad una sorta di inversione del processo di ricostruzione del rapporto che è largamente influenzato dal tipo di conseguenze che se ne vogliono trarre in punto di riparto, secondo una sorta di logica “ascendente”⁴⁴. E così al fine di assicurare – per esigenze diverse – una maggiore estensione della giurisdizione amministrativa, da un lato, si ricostruiscono molti poteri di intervento sul negozio come poteri di autotutela pubblicistica comportanti la “spendita” di potere autoritativo, ancorché attivati sulla base della logica “adempimento/inadempimento”. Dall'altro si riconducono molti rapporti negoziali ad oggetto pubblico entro la fattispecie degli accordi amministrativi per cui, come è noto, è prevista la giurisdizione esclusiva su tutte le vicende esecutive⁴⁵: e così l'art. 11 della l. n. 241/1990 viene ad assumere soprattutto una valenza processuale, anche al fine di superare – in via interpretativa – le molteplici incoerenze normative che ancora caratterizzano il sistema di riparto, come dimostrano le norme in materia di rapporti concessori di beni e servizi pubblici le quali continuano a legittimare la compresenza, nella stessa fase esecutiva, del giudice amministrativo e del giudice ordinario a seconda che si contestino profili funzionali o profili meramente indennitari del rapporto⁴⁶.

⁴⁴ Così, A. TRAVI, *Dal principio di non contraddizione alla logica dei colori*, in G. FALCON, B. MARCHETTI, a cura di, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013, 380, il quale sottolinea il fenomeno con cui si estende il contenzioso amministrativo non tanto perché ritenuto un atto amministrativo, «quanto perché è condivisa la necessità che la tutela abbia una certa ampiezza e che le regole sostanziali da applicare rispecchino il modello dell'atto amministrativo».

⁴⁵ D'altra parte, l'utilità della giurisdizione esclusiva in materia di accordi per molti rapporti negoziali è sottolineata dal giudice amministrativo, il quale valorizza proprio «l'intimo intreccio di situazioni giuridiche soggettive a diverso livello di protezione tipico degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990, situazioni costituenti nel loro complesso esattamente il tipo di problemi alla cui risoluzione è volta la previsione della giurisdizione esclusiva *in subiecta materia*» (così Cons. St., sez. IV, 23 dicembre 2010, n. 9347).

⁴⁶ Con riguardo ai servizi pubblici si tratta dell'art. 133, co. 1, lett. c), c.p.a.: sulle incertezze giurisprudenziali sollevate da tale norma, sia consentito il rinvio a A. MOLITERNI, *Il giudice dei servizi pubblici e l'«araba fenice» del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 148 ss.

In definitiva, anche l'analisi del diritto vivente, se da un lato conferma lo stemperamento della portata ideologica del problema del rapporto tra pubblico e privato, dall'altro evidenzia la persistente problematicità dell'intreccio tra regime pubblicistico e regime privatistico nella concreta disciplina di molti rapporti negoziali della p.a.: intreccio che, come si è visto, ha il proprio fondamento teorico nell'esigenza di assicurare la necessaria alterazione della disciplina privatistica per esigenze funzionali.

In tale contesto, i profili di incertezza appaiono aggravati dal fatto che tale intreccio si è sviluppato in assenza di un sistema pubblicistico organico e coerente in materia di rapporti negoziali della p.a., come invece avvenuto Francia, Spagna o Germania. Né d'altra parte l'art. 11 – per il suo limitato ambito di applicazione e per il concreto utilizzo interpretativo che ne è stato fatto – può ambire a divenire il baricentro di tale sistema, stante la profonda incertezza che ancora caratterizza il regime concretamente applicato agli accordi amministrativi.

4. *Il diritto privato per l'interesse pubblico: quali prospettive?*

In un contesto caratterizzato da simili incertezze interpretative diviene fondamentale innanzitutto “prendere sul serio” alcuni punti fermi che appaiono sufficientemente condivisi in dottrina e in giurisprudenza, al fine di farne discendere delle conseguenze coerenti sul piano del concreto regime applicabile ai rapporti negoziali della p.a.

Innanzitutto, la piena e reale fungibilità del diritto privato per il perseguimento di interessi pubblici ha ormai molteplici ancoraggi legislativi e di sistema⁴⁷. D'altra parte, lo statuto costituzionale dell'amministrazione, nel lasciare sullo sfondo il problema del regime sostanziale dell'azione amministrativa, sembra suggerire o comunque sembra confermare una certa *neutralità* delle tecniche e degli strumenti utilizzati dalla p.a.⁴⁸: purché, naturalmente, il loro concreto

⁴⁷ A partire dall'art. 1, comma 1-bis, della l. n. 241/1990. Sull'importanza di tale norma, *ex multis*, N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis: Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, a cura di, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 77 ss.

⁴⁸ Su cui, per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 18 ss.

utilizzo sia pienamente coerente con i principi e i valori dell'ordinamento democratico, dal punto di vista del buon andamento (efficacia, economicità ma anche equilibrio di bilancio), oltretutto dell'imparzialità e della responsabilità.

In secondo luogo, la capacità negoziale della p.a. è piena e solo legislativamente limitata, come confermano i molteplici interventi legislativi susseguitisi nell'ultimo decennio. Tale capacità, quindi, è solo quantitativamente – e non già qualitativamente – dissimile rispetto a quella di altre persone giuridiche dell'ordinamento la cui attività è pure fortemente limitata dal legislatore o dall'autorità amministrativa per assicurare determinate esigenze di rilievo pubblico (tutela dei consumatori, della concorrenza, dei lavoratori, dell'ambiente e della salute)⁴⁹.

Se sono vere queste affermazioni – che appaiono ormai largamente condivise almeno nella loro dimensione astratta – diviene necessario riconsiderare lo stesso problema del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nel sistema dell'amministrazione consensuale⁵⁰.

In questa prospettiva, si rivela innanzitutto imprescindibile ridefinire il peso e soprattutto il ruolo da attribuire alla fase dell'evidenza pubblica nell'*economia* della fattispecie negoziale della p.a. posto che proprio tale fase – specialmente attraverso l'autotutela pubblicistica “esterna” – rischia di costituire un fattore di perenne subordinazione della disciplina privatistica al diritto pubblico. D'altra parte, anche le recenti modifiche al Codice degli appalti sembrano andare nel senso di valorizzare la dimensione schiettamente “negoziale” di tale fase che ha innanzitutto la funzione di ottenere la migliore prestazione reperibile sul mercato e che è sottoposta solo dalla legge – e per determinate esigenze pratiche – allo statuto amministrativo⁵¹: ma la procedi-

⁴⁹ In questa prospettiva potrebbe rivelarsi utile valorizzare – proprio con riguardo all'attività contrattuale dei soggetti pubblici – la differenza che intercorre, sul piano civile, tra l'autonomia delle persone fisiche e quella delle persone giuridiche: in questo senso, V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, 108 ss. e 167 ss.

⁵⁰ Su cui sia consentito il rinvio a A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, spec. 371 ss.

⁵¹ Sulla necessità di abbandonare la logica formalistica dell'evidenza pubblica al fine di valorizzare i profili di efficienza, si veda già M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, 122 ss.

mentalizzazione non è sintomo del necessario esercizio di un potere pubblico discrezionale, come conferma d'altra parte il fatto che nell'ordinamento tedesco anche la fase dell'evidenza pubblica ha una ricostruzione prevalentemente civilistica.

Venendo alla concreta disciplina applicabile alle diverse fattispecie negoziali della p.a. occorrerà verificare caso per caso – sulla base di un metodo “gradualista” o di prevalenza⁵² – se le esigenze *funzionali* che devono essere comunque assicurate in ragione della peculiare posizione costituzionale ricoperta dall'amministrazione nell'ordinamento possono essere garantite anche attraverso le categorie e le tecniche privatistiche e, quindi, senza ricorrere ad “aprioristiche” alterazioni pubblicistiche o *funzionalizzanti* del rapporto⁵³.

Applicando tale metodo, con riguardo all'attività negoziale della p.a. si potrebbero distinguere innanzitutto quei rapporti caratterizzati da una prevalente *struttura negoziale* e da una reale *funzione sinallagmatica* per cui il diritto privato e in particolare la disciplina generale del contratto appaiono le tecniche più indicate per assicurare l'ottimale perseguimento degli interessi pubblici e, al tempo stesso, per rafforzare la fiducia e la collaborazione tra settore pubblico e settore privato. Tale area può ricoprire tutte le attività negoziali di gestione e di attuazione di scelte politico-amministrative, venendo quindi a interessare i contratti aventi ad oggetto la fornitura di lavori, servizi (anche pubblici), ma anche i contratti di finanziamento e i rapporti convenzionali (variamente denominati) aventi ad oggetto l'utilizzo e la gestione di beni. Naturalmente, con riguardo a tali fattispecie troveranno piena applicazione gli strumenti e le tecniche di flessibilità proprie del diritto civile ai fini dell'ottimale gestione ed

⁵² Su tale metodo si veda G. Rossi, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, 2011, 84, il quale, in virtù dell'assenza nel nostro ordinamento di una nozione di «contratto di diritto pubblico» o di «rapporto amministrativo», distingue le fattispecie negoziali in due categorie, sulla base della «disciplina prevalente»: le fattispecie «a base pubblicistica, con elementi di bilateralità» e quelle «a base civilistica, con elementi di diritto pubblico».

⁵³ Con ciò distinguendosi quindi l'esigenza di funzionalità dalla specifica tecnica di funzionalizzazione che non deve necessariamente caratterizzare qualsiasi rapporto amministrativo: sul punto, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e oggettività della tutela*, Milano, 2008, 189, proprio con riguardo alla possibilità che poteri speciali di matrice privatistica possano assicurare un miglior esercizio della funzione, senza «funzionalizzarne» il relativo regime giuridico.

esecuzione del rapporto da parte della p.a.: e questo sia in termini di rinegoziazione, sia in termini di controllo sull'adempimento, sia in termini di cessazione anticipata per sopravvenienze. In ogni caso, ai controlli tipicamente privatistici si potranno affiancare meccanismi di responsabilità e presidi di controllo (anche non giurisdizionali) propri dell'ordinamento amministrativo, purché gli stessi non vengano ad incidere sul regime di validità del rapporto che dovrà essere regolato dal diritto civile e governato dal solo giudice ordinario.

Da tale ampia categoria di rapporti potranno invece distinguersi solo quelle limitate fattispecie negoziali in cui la cui dimensione *multilaterale* appare prevalente e dove la prestazione del consenso si inserisce effettivamente all'interno di una funzione pubblica non facilmente cristallizzabile in un vero rapporto contrattuale. Solo per questi rapporti – grosso modo coincidenti con gli strumenti negoziali in materia di governo del territorio o di programmazione negoziata – può ritenersi giustificata una compresenza di tecniche obbligatorie e principi pubblicistici. E proprio per tali rapporti, in cui si assiste effettivamente ad una negoziazione del potere in un contesto procedimentalizzato, potrà ritenersi giustificato il richiamo all'art. 11 che, tra le altre cose, consente di attribuire al giudice amministrativo il ruolo di *dominus* circa il grado di apertura della fattispecie consensuale alla disciplina privatistica⁵⁴.

Tale prospettiva metodologica – volta a distinguere il grado di rilevanza della disciplina privatistica con riguardo alle diverse fattispecie negoziali –, potrebbe conferire un maggiore rilievo, quantomeno interpretativo, all'art. 1, comma 1-*bis* della l. 241/1990: tale norma, infatti, essendo inserita tra i principi generali di tutta l'azione amministrativa, deve perlomeno imporre il necessario riferimento ermeneutico alla disciplina e ai principi privatistici là dove l'amministrazione decida *consapevolmente* e responsabilmente di ricorrere alla tecnica negoziale e, soprattutto, là dove la *specifica struttura del rapporto* non richieda una disciplina realmente speciale ma solo adattamenti puntuali disciplinati dalla legge.

⁵⁴ In virtù della clausola di compatibilità di cui all'art. 11, comma 2, l. n. 241/1990, su cui M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 343 ss., il quale sottolinea la centralità che dovrebbe acquisire la giurisprudenza nella costruzione del regime degli accordi amministrativi, sulla falsariga dell'esperienza francese.

Tutto ciò dovrebbe favorire un più solido inserimento dell'attività negoziale della p.a. all'interno di una cornice di valori e di principi *comuni* a tutti i soggetti dell'ordinamento, con conseguente riconduzione del problema stesso del rapporto tra contratto civilistico e contratto della p.a. entro una normale relazione di specialità normativa, non dissimile rispetto a quella che caratterizza altre discipline di settore⁵⁵. Naturalmente, a questi fini diviene anche necessario sollecitare un più intenso e proficuo dialogo tra pubblicisti e privatisti con riguardo all'attività negoziale della p.a.⁵⁶: e ciò, soprattutto al fine di individuare soluzioni concrete che, specialmente con riguardo alla fase di esecuzione del rapporto, siano in grado di valorizzare la peculiarità della funzione ricoperta dall'amministrazione nell'ordinamento, senza tuttavia pregiudicare quei valori di certezza, equità e giustizia cui deve necessariamente tendere ogni tipo di relazione negoziale nell'ordinamento.

⁵⁵ D'altra parte, come evidenziato da P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, X ed., Napoli, 1992, 9, il diritto privato è il diritto «cui occorre risalire quando sia incompleta la disciplina degli strumenti e delle attività della pubblica amministrazione». La centralità del diritto civile per i rapporti che coinvolgono la p.a., con riguardo al contratto, alla proprietà e all'impresa, è sottolineata da R. NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., 905. Di recente, sulla centralità del contratto e degli istituti privatistici, i quali assumerebbero una «spiccata vocazione sistematica» anche per gli altri rami del diritto, si vedano V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto*, cit., 113.

⁵⁶ Come, infatti, evidenziato da G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 124, allo stato attuale il contratto continua ad essere studiato essenzialmente come «tecnica di regolamentazione dei rapporti tra privati», mentre lo studio dei rapporti contrattuali della p.a. è affidato «quasi per intero ai cultori del diritto pubblico».