

Marcello M. Fracanzani*

Tipi di domande, tipi di sentenze: Oltre il principio della domanda di parte nel nuovo codice di procedura amministrativa.*

.I. PROFILI DI NOVITÀ – LE NUOVE RAGIONI DEI “BLOCCHI DI MATERIE” – L’ESCLUSIVA SUL RISARCIMENTO DEL DANNO DERIVANTE DA ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA – L’ESERCIZIO ED IL MANCATO ESERCIZIO DEL POTERE ... – *SEGUE*: IL MANCATO ESERCIZIO COME GIUDIZIO SULL’ASSENZA DI POTERE – IL RITARDO E L’INCERTEZZA: LA NUOVA AZIONE AVVERSO IL SILENZIO.

.II. OLTRE IL PRINCIPIO DELLA DOMANDA: LA CONVERSIONE DELLE AZIONI E L’INEFFICACIA DEL CONTRATTO – LA SKEPSI FRA LEGITTIMITÀ GENETICA E VALIDITÀ FUNZIONALE DEL CONTRATTO – INCIDERE SUI RAPPORTI SENZA CONOSCERE DEI DIRITTI.

.III. TRADIZIONALI COSTRUZIONI SULLE CONSEGUENZE DELL’ANNULLAMENTO DELL’AGGIUDICAZIONE: LA TEORIA DELL’ANNULLABILITÀ ... – *SEGUE*: LA TEORIA DELLA NULLITÀ E DELLA NULLITÀ RELATIVA ... – *SEGUE*: LA TEORIA DELL’INESISTENZA DELL’ORGANO TEMPORANEO E STRAORDINARIO CHE SOTTOSCRIVE E L’INESISTENZA DEL CONTRATTO.

.IV. IL MECCANISMO DELL’INEFFICACIA – NULLITÀ ED EFFICACIA – LA GENERALE TEORIA DELL’INEFFICACIA DEGLI EFFETTI VOLUTI COME SANZIONE PER IL MANCATO RISPETTO DELLE FORME PRESCRITTE – L’INEFFICACIA COME SANZIONE –

.V. CONCLUSIONI.

Quando entra in vigore un nuovo testo legislativo si pongono subito due domande: 1) cosa cambia rispetto a prima? 2) è destinato a durare? E la miglior risposta congiunta ad entrambe può essere proprio l’indicazione dei punti nuovi che appaiano i più saldi, quelli cui agganciare gli atti processuali; in una parola, quelli su cui “fare il punto”, cioè di fornire al navigante del diritto amministrativo gli strumenti per orientarsi in un mare tanto cangiante per i venti impetuosi del legislatore, per i marosi della giurisprudenza e per le sirene della dottrina, le più insidiose – queste sirene- perché raccontando ciascuna una verità diversa (le apparenze senza realtà che Platone chiamava *phàntasma* – *phantàsmata*) trascinano dolosamente i naviganti/giuristi sugli scogli, per farli così perire di morte crudele.

.I. Trattare di un codice di rito –e di rito amministrativo- è anche e, vorrei dire, soprattutto, l’occasione per indicare come si debbono fare gli atti amministrativi, affinché non cadano sotto il pesante maglio del giudice amministrativo. È quindi l’occasione di esaminare la “patologia”

* Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università del Friuli Venezia Giulia - Udine

* Il testo riprende, anche nell’andamento discorsivo, la relazione al convegno: “Il nuovo codice di rito alla prova dei fatti: impostazioni generali ed istruzioni operative per il processo amministrativo” – Pescara, Palazzo di Giustizia, 5 novembre 2010.

degli atti, saggiarne la procedura e, dalla “patologia”, ricostruirne la “fisiologia”, di quegli atti amministrativi; vuoi nel senso nobile, ovvero quello di emanare atti amministrativi conformi alla legge nella procedura e nella sostanza, vuoi nel senso meno nobile -direi cortigiano- di confezionare atti amministrativi di forma, dimensioni e *siluette* tali da infilarsi tra le maglie del processo, senza farsi prendere, degli atti amministrativi cioè illegittimi, ma non processabili o, se processabili, non annullabili. E che la categoria esista ce lo aveva già detto l'art. 21 *octies* secondo comma della novellata L. n. 241/90. Di questa esistenza ne prende atto il nuovo codice, con buona pace di Guicciardi di cui nel maggio di quest'anno, qualche convegno fa, abbiamo celebrato i cent'anni dalla nascita ed i quaranta dalla morte.

Anticipando le conclusioni, come mio costume, credo di poter affermare che:

1) La giurisdizione generale amministrativa è aumentata, per ampiezza e per tipologia di pronunce, potendosi contare:

a. Sentenze di accertamento di illegittimo esercizio o illegittimo mancato esercizio del potere e conseguente annullamento dell'atto o ordine di provvedere – termine ordinario dei 60 gg;

b. Sentenza di accertamento dell'illegittimo silenzio, *rectius*, mancato esercizio del potere, con legittimazione a chiunque abbia interesse (e da chi ha promosso il procedimento) fintanto che dura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine di provvedere (art. 31), con possibilità di provvedere in luogo della PA, ove si tratti di attività vincolata e senza necessità di istruttoria da parte della P.A.

c. Sentenze di condanna al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi (e di diritti soggettivi nei casi di giurisdizione esclusiva) in ragione dal mancato uso o del cattivo uso del potere nel termine di 120 giorni dalla piena conoscenza del provvedimento, oppure entro il processo di cui al punto precedente, ovvero entro 120 gg. dal passaggio in giudicato della relativa sentenza (art. 30);

d. Sentenze di condanna al risarcimento dell'inadempimento, con termine che non corre finché dura l'inadempimento (illecito permanente), che comunque comincia a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere [non c'è specularità, invero, fra le sentenze *b)* e *d)*: la prima dichiara l'obbligo di provvedere o prevede direttamente in vece della P.A., la seconda risarcisce il mancato rispetto del termine di un procedimento comunque avviato];

e. Sentenze di accertamento della nullità per elusione del giudicato o per incompetenza assoluta – termine di 180 giorni per agire, perpetuo per eccepire, quindi nullità non imprescrittibile, ma soggetta a termini decadenziali per essere fatta valere in via principale;

2) Sono aumentate significativamente le ipotesi di giurisdizione esclusiva su diritti ed interessi, portandole a 27 fattispecie analiticamente numerate, alcune ampie come l'uso del territorio o l'inquinamento ambientale, altre ristrette, quali le controversie sul

comitato olimpico nazionale; si aggiunge la categoria generale del risarcimento del danno per lesioni di interessi legittimi, contenuta nel comma VI dell'art. 30. Qui è da vedere cosa dirà la Corte costituzionale, posto che è sembrata ripresa la distinzione per blocchi di materie. Forse l'assicurazione contro la robusta pialla della Consulta è nel comma VII dell'art. 7 (a riprova che anche in numeri hanno un'anima).

3) Restano pressoché invariate le ipotesi di giurisdizione piena a cinque casi (art. 134), che vedono l'ottemperanza nella posizione predominante, seguita dall'elettorale, e –significativamente- le sanzioni delle Autorità indipendenti, sciogliendo una grande diatriba sul sindacato interno/esterno – forte/debole: ed è un merito della dottrina aver fatto uscire il Consiglio di Stato dall'ambiguità in cui si era cacciato per paura di giudicare pienamente dell'operato delle Autorità. Di qualche peso, ma scarso utilizzo le questioni sui confini fra enti locali; di nessun peso e nessuna rilevanza il nulla osta cinematografico.

Ma procediamo con ordine vedendo i tipi di domande che si possono rivolgere al giudice ed i tipi di sentenza che ci si possono aspettare, precisando che dalla buona formulazione della domanda si può ottenere la soddisfacente risposta, ma essendo sempre più convinti, di quanto rilevato fin dai primi lavori per il nuovo codice, ovvero che il principio della domanda è ormai superato e che il potere del giudice si va configurando come nuova forma di alta amministrazione, sottratta dalla giurisdizione, in ragione proprio del suo autore.

Conviene prendere l'abbrivio dall'art. 7 che definisce l'ampiezza della giurisdizione amministrativa, attribuendole la cognizione su interessi legittimi –e, in particolari materie, diritti soggettivi- in ragione dell'esercizio o mancato esercizio di potere pubblico, posto in essere anche in via mediata dalla P.A., ovvero attraverso soggetti privati, ma che esercitano compiti pubblici: è la “funzionalizzazione”, già nota, che attrae alla giurisdizione del G.A. società di capitali concessionarie di servizi pubblici o i gestori di un'opera pubblica, sempre ove si controverta di interessi legittimi o anche di diritti soggettivi se rientranti nelle particolari materie di cui all'art. 133.

La tripartizione classica resta, fra giurisdizione di legittimità, esclusiva ed estesa al merito.

La giurisdizione generale di legittimità si arricchisce però dell'esclusività sul risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi (art. 30, comma VI). Badino bene: non si tratta –solo- di una nuova voce di giurisdizione esclusiva, si dice che l'unico giudice per il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi è il giudice amministrativo, tranciando *ex lege* l'apertura della sentenza SU 500/99; non nel senso di negare la risarcibilità degli interessi legittimi, ma sottraendone la cognizione alla A.G.O. che con quella sentenza aveva ritenuto di dividerla assieme al G.A., al quale era stata conferita, sempre *ex lege*, con l'art. 35 D.lgs. n. 80/98. Quindi, d'ora in avanti solo al giudice

amministrativo -e solo nei ristretti termini che il codice di rito prevederà possibile chiedere soddisfazione per lesione da interesse legittimo. Ma non è una soluzione alla tedesca, ove il risarcimento è chiesto sempre al G.A. quando v'è di mezzo l'agire amministrativo.

Infatti, poiché la legge generale sul contenzioso amministrativo non è stata toccata -almeno per quanto riguarda l'art. 4 dell'allegato "E" della L. n. 2248/1865- alla A.G.O. spetta la disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, ma non il risarcimento del danno, ove non sia toccato per conseguenza un diritto soggettivo. Mi sembra un profilo da tenere in considerazione, poiché le azioni risarcitorie avanti all'A.G.O. non sembrano più proponibili, se non indicando la richiesta di ristoro su uno specifico diritto soggettivo pieno, compromesso dall'atto amministrativo di cui si chiede la disapplicazione. E tale diritto leso dev'essere provato da chi lo afferma, trattandosi inequivocabilmente di responsabilità extracontrattuale, ma in questo caso, non vi è l'automatica applicazione dell'art. 1227 c.c., previsto dal codice di rito per il risarcimento da interesse legittimo avanti il G.A..

Credo di poter affermare che, in ogni caso, rimanga alla giurisdizione piena dell'A.G.O. la cognizione sui comportamenti meri della P.A., cioè quegli atti che non hanno alcuna copertura nella titolarità di un potere nemmeno embrionale della P.A., com'è stato fin ora, per esempio, per le acquisizioni usurpative o usurpazioni acquisitive, e ciò sia perché l'art. 7 del testo in commento fa esplicito riferimento all'esercizio o mancato esercizio del pubblico potere per ancorare la giurisdizione del G.A., sia perché quest'ultimo è pur sempre giudice speciale, quindi con cognizione eccezionale, mentre la cognizione generale spetta all'A.G.O. in via residuale, dovendo essere espressamente elencati gli ambiti in cui il legislatore ritiene non vi debba essere sindacato giurisdizionale, ove cioè il cittadino non ha azione nei confronti di altri soggetti privati o dei pubblici poteri.

Per contro, l'azione risarcitoria avanti il G.A. può essere proposta congiuntamente ad altra azione, da intendersi senz'altro quella generale di annullamento (di cui tratta il comma V dell'art. 30), ma anche quella di accertamento della nullità. Nel primo espressamente, ma credo anche nel secondo caso, l'azione può essere esperita nel corso del giudizio o entro centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, che può essere quindi anche quella di secondo grado, esponendo per lungo tempo la P.A. alla pressione di una minaccia risarcitoria, tutt'altro che tranquillante: per quanto vi sia una sensibile accelerazione dei tempi processuali, tra primo e secondo grado (escludendo dal campione d'esame i casi dei rimendi eccezionali o dell'impugnazione per motivi di giurisdizione) i ritmi del diritto hanno cadenza sincopata rispetto all'andante con moto dell'economia anche più depressa.

La domanda risarcitoria può essere anche esperita in via autonoma entro il termine di 120 giorni dall'inverarsi del fatto o dalla piena conoscenza dell'atto causativo del danno. È quindi possibile chiedere il

risarcimento senza preoccuparsi di domandare l'annullamento dell'atto causativo, che –almeno per mio fermo convincimento- è come lamentarsi e pretendere che sia asciugato per terra senza curarsi di tappare prima la falla. In questo senso, tuttavia, il legislatore ha importato quella che era stata l'ultima puntata del duello Consiglio di Stato e Cassazione sulla pregiudiziale, cioè l'applicazione del concorso di colpa (art. 1227 c.c.): per non aver fatto quanto in suo potere per limitare il danno di cui ora chiede il ristoro, il petente si vedrà proporzionalmente ridotto il risarcimento.

In via generale, ma anche questa non è una novità, può essere chiesto il risarcimento in forma specifica, che assume carattere significativo nel settore degli appalti, ove non chiedere o non essere disposti ad avere l'appalto di cui si è stati ingiustamente privati, insistendo invece nel risarcimento per equivalente ed aggravando così i costi per la P.A., costituisce motivo di svalutazione dell'istanza risarcitoria, che perde di peso avanti il TAR. Ma sto anticipando troppo.

Peraltro, credo che anche in futuro la giurisdizione esclusiva continuerà ad essere un problema. Né ho contate 27 analitiche figure di varia natura, la maggior parte contenute nell'art. 133, oltre, come si diceva all'esclusiva generale sul risarcimento da interesse legittimo. Nello scorrere le ipotesi orchestrate dal legislatore delegato risuonano subito le arie dei blocchi di materie, fulminati dalla Consulta con la forse (troppo) nota sentenza n. 204/04. Com'è possibile che il codice sia incorso nello stesso peccato di superbia commesso dall'art. 35 del D.lgs. n. 80/98? È tracotanza del giudice amministrativo spingere il legislatore delegato contro il tridente della Consulta? A ben sentire, si scopre un ritornello europeo che potrebbe costituire valido usbergo per la giurisdizione esclusiva nell'ampiezza voluta dal G.A. e già concessagli dodici anni fa da un legislatore poco corazzato. Questa volta il riparo sembra offerto dall'art. 7, comma VII, del testo in commento, ove giustifica con il principio di effettività la concentrazione avanti un unico giudice, quello speciale, di ogni forma di tutela degli interessi legittimi ed in particolari materie (ecco il blocco di materie!) anche dei diritti soggettivi. Effettività, efficacia, concorrenza: superprincipi di rango comunitario, cui anche la Consulta sembra destinata a piegarsi. Staremo a vedere.

Coerentemente con l'art. 2 *bis* della L. n. 241/90 novellata con la recente L. n. 69/09, l'inosservanza dolosa o coposa del termine per la definizione del procedimento è causa di danno, da provarsi da parte del ricorrente. L'azione può esperita entro il termine di 120 giorni che non decorre finché perdura l'inadempimento, ma comincia comunque a decorrere trascorso un anno dalla scadenza del termine per provvedere, come si è detto. Si può affermare, quindi, che il ritardo risarcibile è graduato se infrannuale, mentre è sempre massimo se annuale, poiché ulteriore non può essere, dacché l'azione non è più esperibile dopo 120 giorni da un anno dalla scadenza del termine (art. 30, comma IV). In parole più semplici, nel graduare il risarcimento, il giudice dovrà tener

conto del lasso di tempo che è trascorso dall'inizio del procedimento / pretesa di provvedimento, per stabilire l'ingiusto danno patito dal ricorrente, articolando in sedicesimi, quanti sono le parti del ritardo massimo, cioè quello di un anno dalla scadenza del termine a provvedere, più 120 giorni, ovvero il termine massimo per proporre l'azione risarcitoria ancorata al dispregio del termine a chiudere il procedimento. Individuati i sedicesimi spettanti al ricorrente, occorrerà applicare comunque il terzo comma dello stesso articolo, cioè verificare perché l'azione non sia stata proposta prima e, soprattutto, se si sia trattato di artificio per aggravare la posizione debitoria della P.A. Altri sostengono invece che la quantificazione vada richiesta, provata ed accolta in diversa misura caso per caso, considerando come ritardo massimo da risarcire quello oltre il quale, per esempio, il ricorrente non aveva più utilità al provvedimento, circostanza che potrebbe verificarsi magari ben prima del decorso dell'anno: in quel momento sarebbe da considerarsi il massimo del danno risarcibile, irrilevante quindi la parte successiva. A parer mio, in questo, come nel caso in cui la P.A. sostenga che il provvedimento sarebbe stato comunque negativo, occorre tener presente un profilo ben preciso su cui sono particolarmente convinto: il ritardo nel provvedere, produce intertezza; e l'incertezza nella determinazione delle situazioni giuridiche soggettive è già lesione di situazioni giuridiche soggettive. Lede il mio patrimonio la P.A. che tardi a rilasciarmi il provvedimento richiesto, anche se la risposta negativa, perché io ho interesse a conoscere con esattezza e senza incertezze (anche solo temporali), quale sia il mio margine di azione, di quanti "diritti" io possa disporre, di quale sia il mio patrimonio giuridico soggettivo, il fascio di rapporti attivi e passivi cui sono legato.

Da questa azione, prevista dall'art. 30, comma IV, e di carattere ripristinatorio dev'essere distinta un'altra con carattere dichiarativo, per un verso, ma anche costitutivo per un altro. Si tratta dell'azione che troviamo al successivo art. 31, tesa ad accertare l'obbligo della P.A. a provvedere, cioè ad esercitare concretamente il potere. Sotto questo aspetto è mia ferma convizione che sia esercizio del potere anche la motivata decisione di non far nulla, oppure la motivata decisione di non essere titolare di alcun potere nella specifica fattispecie: in altri termini, l'azione non porta frutto ove la P.A. abbia argomentato che sì, aveva il potere, ma non doveva usarlo in quel determinato caso, oppure che in quel determinato caso non aveva alcun potere / dovere a provvedere. Di queste argomentazioni -ove vi siano- prenderà cognizione il G.A. a ciò sollecitato dal privato ricorrente su questo preciso profilo, eventualmente sostituendosi alla P.A. inadempiente, ove non residuino margini di discrezionalità e non vi sia necessità di istruttoria. La disposizione riprende in questo il testo precedente sul silenzio, ma - come si era anticipato- ne amplia la portata, poiché a noi pare che l'azione possa essere utilmente esperita non solo da chi ha avviato un procedimento su istanza di parte (ipotesi previgente), ma anche da chi ha un interesse differenziato a che la P.A. avvii sollecitamente una

procedura d'ufficio. L'esempio potrebbe essere quello di un soggetto che si ritenga nelle condizioni di potere fruire di un alloggio agevolato, in un comune che abbia superato i parametri oltre i quali è imposta la procedura di redazione di un PEEP o assimilato: egli avrà dunque interesse a che la P.A. avvi la procedura e pubblichi il bando, ritenendo di poter essere concorrente, anzi di potersi collocare utilmente in graduatoria; questi sarà sicuramente leso dal ritardo della P.A. o – peggio- dall'inerzia ed avrà interesse a far dichiarare che sono stati superati i parametri di legge oltre i quali è dovuta l'adozione di un nuovo piano abitativo, dubito invece che il G.A. possa sostituirsi fissando i criteri di assegnazione e pubblicare il bando.

.II. Un profilo che non può essere sottovalutato per il prosieguo del nostro discorso è il principio di cui all'art. 32, secondo comma, che si ripercuote sugli articoli 121, 122 e 123: strano caso –questo- di un principio del codice che si manifesta in un grappolo di articoli che nulla aveva a che fare con il disegno originario e che sono stati inseriti nel *corpus* del codice provenendo dal D.lgs. n. 53/10. Ora, il secondo comma assegna al collegio un potere di modifica delle azioni intentate dalle parti. A noi pare che la qualificazione delle azioni d'ufficio sia un grave sintomo del tentativo di superare la regola della domanda di parte, cui il giudice è vincolato, nell'accoglierla o nel respingerla.

In questi casi soccorre sempre l'esempio di un caso pratico, che avrei così concepito. Un'azienda di costruzioni si aggiudica una forte commessa pubblica e per far fronte agli acquisti di macchinari richiesti dal bando, accede al credito, proponendo come garanzia all'istituto bancario il contratto stipulato con la stazione appaltante. È noto che perfezionato il contratto i tempi della giustizia civile non sono in grado – usualmente- di incidere sulla sua sorte prima del collaudo; e quand'anche la sentenza fosse sfavorevole, la prestazione effettuata va comunque pagata. Si tratta quindi di garanzia solida anche per la più mite delle banche locali. Con stupore, invece, l'imprenditore si vede rifiutare la linea di credito, con invito a presentare ben più solida garanzia reale o personale per avere il danaro che ha chiesto e che gli è indispensabile a dotarsi dei mezzi per iniziare i lavori.

L'ombra dell'inefficacia si stende sul negozio; è la nebbia della riduzione del contratto fino al 50% e delle altre sanzioni alternative che ammantano di una densa caligine l'antico splendore della commessa pubblica, rendendo opaco il titolo di credito offerto a garanzia dal nostro imprenditore.

Scostiamo delicatamente la cortina che la avvolge e sagliamo dunque la natura, la portata e la tossicità di questa nuova figura che entra prepotentemente nel settore dei contratti stretti con la mano pubblica.

Preciso che mi riferirò principalmente agli articoli 121 e seguenti del nuovo codice del processo amministrativo, ove peraltro riprende i già

vigenti articoli 245 *bis* e seguenti del TUPCA, introdotti dal D.lgs. n. 53/10, in recepimento di più direttive comunitarie.

Quod nullum est, nullum producit effectum. Il brocardo ritorna alla mente per tessere un parallellismo tra nullità ed inefficacia, ricordandoci che ciò che è nullo non produce effetto; ma gli stessi giuristi romani erano soliti ammonire che ogni definizione nel diritto è pericolosa, poiché non ve n'è una *cui sovverti non potest*. Donde le precisazioni dei più attenti civilisti sull'argomento. E tra le molte ne raccolgo tre: 1) ciò che è nullo, può produrre comunque degli effetti, per il solo fatto di esistere, ancorché in modo invalido, donde la diversa e radicale categoria dell'inesistenza per comprendere la piena inefficacia; 2) se tendenzialmente ciò che è nullo non produce effetto, non è vero il contrario, poiché l'inefficacia non è sempre conseguenza di nullità, ma può derivare da altre circostanze;¹ 3) se ciò che è nullo può comunque produrre degli effetti, un tanto dovrebbe essere sempre negato per quella nullità che deriva da contrarietà a norma imperativa: essa dovrebbe provocare sempre l'inefficacia, poiché -diversamente opinando- lo stesso ordinamento verrebbe a riconoscere degli effetti giuridicamente rilevanti a ciò che ha violato la sua precisa volontà.

Posti in primi due principi come assi cartesiani della nostra ricerca e collocato il terzo come secante fra i primi due, possiamo chiederci cosa sia l'inefficacia del contratto che il nostro ordinamento giuridico - nazionale ed europeo- sembra elevare a massima sanzione -ed attiro la loro attenzione sul termine- irrogabile a seguito della caducazione dell'aggiudicazione.

Conviene prendere l'abbrivio dall'art. 122 del nuovo testo normativo citato, ove si pone come norma generale in tema di inefficacia, posposta ad una disposizione speciale e più articolata che disegna il regime dell'inefficacia nei casi più gravi. Leggiamo: "*Fuori dai casi indicati nell'art. 121 e nell'art. 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda si stata proposta.*" Due sono gli aspetti peculiari, da un lato la facoltà del giudice nel dichiarare o meno l'inefficacia del contratto, fissandone la decorrenza; dall'altro i criteri di valutazione su cui fondare quella decisione, imperniati sugli effetti caducatori della

¹ È forse un'inconsapevole ipotesi modernista quella di ritenere esistente solo ciò che è produttivo, ipotesi rischiosa, perché il passo successivo è quello di ritenere produttivo, solo ciò che è in movimento, donde la doppia fallacia di accreditare sempre produttività a ciò che si muove e reputare esistente solo ciò che è (a questo punto, appare) produttivo.

pronuncia che importino o meno la riedizione della gara, valutando altresì la richiesta del ricorrente nel sub ingresso del contratto, profilo quest'ultimo, su cui si misura il concorso di colpa del danneggiato che chieda il risarcimento solo per equivalente. L'inefficacia del contratto non sembra nemmeno dover essere avanzata dal ricorrente, dacché la domanda di subentro nel contratto è solo uno degli elementi che il giudice terrà in considerazione nel decidere sull'*an*, sul *quantum* e *quando* dell'inefficacia.

Si potrebbe pensare trattarsi di una forma di "correzione" del contratto viziato perché stipulato con chi non ne aveva (non avrebbe dovuto mai avere) legittimazione. Più radicalmente però la struttura dell'inefficacia così concepita, lascia intendere una frattura fra regolarità della procedura di gara e validità del contratto, profili che siamo abituati a considerare complementari.

Si impone allora un passo indietro.

.III. Negli ultimi quindici anni la cognizione sulla sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione è stata attratta e sottratta al giudice amministrativo più volte, con disposizioni di legge, pronunce di costituzionalità ed arresti giurisprudenziali di diverso orientamento.

Pur nel variare del giudice chiamato a decidere, è significativa l'unitarietà di impostazione sempre mantenuta: ad aggiudicazione illegittima corrisponde contratto viziato. E ciò per quanto diverse fossero poi le vie argomentative che portavano a quell'assunto, cui dobbiamo guardare per tentare di penetrare l'inefficacia di cui ci parla –oggi- la norma in esame.

Un primo orientamento affermava l'annullabilità del contratto a seguito della pronuncia di illegittimità dell'aggiudicazione. Se la procedura amministrativa è chiamata a formare la volontà negoziale della P.A., l'irritualità procedimentale concreta un vizio della volontà, una volontà esistente –perché l'atto amministrativo illegittimo produce comunque i suoi effetti- ma non perfetta. Donde la teoria dell'annullabilità del contratto per errore ex 1427 cc, nei termini propri del quinquennio, magari previa anche la disapplicazione dell'aggiudicazione, ove non fosse stata annullata dal giudice amministrativo.² A rigori, tuttavia, per l'effetto caducatorio del giudicato amministrativo, l'annullamento dell'aggiudicazione operava *ex tunc*, sicché una volontà negoziale non c'era mai stata, neppure viziata. Se a questo taluno opponeva che occorre distinguere tra effetto dichiarativo delle sentenze anche del giudice amministrativo (la riconosciuta illegittimità) e la conseguente portata degli effetti del suo annullamento, a noi preme sottolineare come fosse tutta la volontà negoziale ad essere revocata in dubbio, difficilmente potendosi operare con precisione chirurgica su di una sinapsi così fragile.

² Alfieri di quest'orientamento, qui troppo sinteticamente riassunto, è stata la Sezione I della Cassazione, di cui piace ricordare la sentenza n. 11247/02.

La strada era stata aperta e non si sarebbe tardato a svilupparne gli argomenti, pressapoco con questa sequenza logica. Il bando costituisce invito ad *offerendum* e la procedura di valutazione delle offerte, secondo i canoni fissati dalla *lex specialis*, è orientata ad una progressione verso l'individuazione di quale accettare. L'incontro di offerta ed accettazione è dunque lo scopo della procedura di gara, ma incontro di offerta ed accettazione costituiscono anche il consenso, elemento essenziale del contratto ex art. 1325 c.c.; sicché l'annullamento della fase amministrativa comporta l'assenza di uno degli elementi essenziali, donde la nullità di cui al 1418 c.c., accertabile senza limite di prescrizione o di decadenza su iniziativa di chiunque ne abbia interesse. Se geometricamente più armonica, la costruzione andava oltre lo scopo, dacché spesso proprio la ditta aggiudicataria che magari aveva dato origine alla nullità, se ne avvaleva ad un certo punto dell'esecuzione del contratto per sottrarsi ai più rigorosi obblighi o responsabilità che dovessero discenderne, fruendo del principio che la nullità dei contratti di durata o degli appalti prevede una sorta di *soluti retentio* per quanto già fatto, senza essere tenuti alla prosecuzione del contratto, magari proprio nel momento in cui cominciava ad essere più molesto o, semplicemente, meno conveniente per la parte privata.

La stessa giurisprudenza che era stata alfiere di questa soluzione³ si è premurata di arginarne gli effetti più pericolosi, richiamando in servizio un vecchio arnese, quello della nullità relativa, cioè la legittimazione ad invocarla solo da parte di colui che non aveva concorso a provocarla. Si trattava cioè di una nullità di cui poteva profittare unicamente la P.A., decidendo se valersene o meno. Restava ferma –né poteva essere differentemente– la possibilità di ogni altro concorrente di chiedere al giudice l'annullamento dell'aggiudicazione ed esperire poi autonoma azione per la dichiarazione di nullità del contratto con riedizione della gara. Nei periodi quindi di riparto di giurisdizione, per esempio dalla sentenza della Consulta n. 204/2004 fino a poco tempo fa, occorreva ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, l'accertamento di nullità del contratto ed eccitare gli organi amministrativi a provvedere per il rinnovo della procedura, con tempi ovviamente estranei a qualsivoglia esigenza economica, tanto da frustrare il ricorrente vittorioso, orientandolo verso il risarcimento per equivalente che, se ottenuto, provocava la lievitazione dei costi delle opere pubbliche: occorre infatti pagare chi l'ha costruita, ma si deve corrispondere –almeno– l'utile di impresa a chi avrebbe avuto il diritto di costruirla. Di qui l'invocata riunione avanti un solo giudice speciale della cognizione di entrambe le facce della questione, quella relativa agli interessi legittimi sull'aggiudicazione e quella relativa ai diritti soggettivi all'esecuzione. Riunione però che non poteva avvenire come nel 1998 e 2000 attraverso legge ordinaria per blocchi di materie, già fulminata dalla Consulta. Occorreva quindi lavorare su un istituto che non toccasse il contratto

³ Il riferimento è alla Sezione III della Cassazione, specialmente alla pronuncia n. 193/02, cui tutte le successive –espressamente o tacitamente– rinviano.

attraverso i diritti soggettivi in esso regolati, ma potesse incidervi, per così dire, dall'esterno, magari con un nuovo provvedimento amministrativo, capace di intervenire autoritativamente, come per l'espropriazione, o, ancora meglio, mediante una sentenza che rispetto al provvedimento amministrativo ha il vantaggio di non essere soggetta ai generali strumenti di rimedio giurisdizionale, essendo essa stessa emanazione del potere giurisdizionale e non del potere amministrativo. Già si vengono così a delineare le ragioni e la forza di questa ambigua inefficacia che "tocca i diritti senza conoscere dei diritti", che incide sul contratto, senza attrarlo alla propria giurisdizione.

Ma prima di congedarci dalle teorie su aggiudicazione e contratto, occorre dar conto, per quello che ci potrà servire, della rappresentazione più raffinata, forse perché senza toccare i profili del diritto privato si muove all'interno del pubblico.

Si è sostenuto infatti che l'annullamento dell'aggiudicazione comporti non solo la nullità, ma più radicalmente l'inesistenza del contratto. E non tanto per problemi di volontà o di consenso. La procedura di aggiudicazione culmina con conferimento del potere ad un organo, usualmente temporaneo e straordinario, di stipulare il contratto. La caducazione reattiva dell'aggiudicazione ad opera del giudice amministrativo comporta l'inesistenza dell'organo incaricato della stipula, donde la radicale mancanza di una delle due parti. Non è il consenso o la volontà di una delle due parti a far difetto, ma la stessa parte, donde non si può più parlare di un consenso assente, o di una volontà viziata, perché è revocata in dubbio la stessa alterità, dualità, su cui si fonda la definizione medesima di contratto ex art. 1321 c.c. ("*l'accordo di due o più parti*"). La proposizione, invero suggestiva, non spiega, a mio parere, come concilia la radicale inesistenza del negozio con l'affidamento ingenerato dall'apparenza di un documento e di una procedura che c'è stata, almeno fino alla pronuncia di annullamento. Ed a questa critica si aggancia quella del funzionario di fatto, dacché quand'anche privo dei poteri, privo (*rectius*, privato) dell'atto di nomina, qualcuno è intervenuto in nome e per conto della stazione appaltante, della mano pubblica, impegnandone così la volontà.

E forti di questo lascito possiamo rivolgerci ad indagare la disciplina speciale dell'inefficacia, contenuta nell'art. 121 del codice (corrisponde all'art. 9 del D.lgs. n. 53/10, e all'art. 245 *bis* del TUCPA).

.IV. Come da regola generale sopra esaminata, anche l'art. 121 del codice in esame vede l'inefficacia quale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma a differenza della regola generale, qui, trattando delle violazioni più gravi, l'*an* è sottratto alla disponibilità del giudice, cui residua il potere solo di stabilirne l'estensione temporale, se per la parte di esecuzione che ne residua alla data di pubblicazione del dispositivo ovvero anche in via retroattiva per le parti di lavoro già fatte (e comunque da pagarsi?) e ciò valutando la gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto che si è venuta a creare.

Quattro sono le ipotesi che il legislatore ha ritenuto più gravi, in cui l'inefficacia del contratto consegue comunque alla caducazione dell'aggiudicazione. Hanno in comune la reazione a violazione della concorrenza, principio (o feticcio) dell'ordinamento comunitario. Possono essere ordinate in due gruppi da due casi ciascuno: il primo riguarda due ipotesi di violazione della concorrenza in astratto, *a)* quando cioè la gara non abbia avuto la dovuta pubblicità, *b)* quando la gara abbia seguito una procedura meno competitiva, senza i dovuti avvisi e fuori dalla ipotesi previste. Il quinto comma dello stesso articolo sembra prevedere una procedura per anestetizzare questi casi: ne tratteremo al § IV. Il secondo gruppo raccoglie due ipotesi di violazione della concorrenza in concreto: *c)* quando si sia stipulato in contratto senza lasciar tempo ai *competitors* di contestare la procedura e *d)* quando in presenza di un ricorso, cioè di una concreta doglianza dei *competitors*, li si sia voluti mettere di fronte al fatto compiuto, stipulando comunque il contratto.

Come si è detto, sempre la concorrenza, la sua tutela, governa la reazione alle più gravi violazioni. Ma anche la concorrenza risulta cedevole rispetto a superiori interessi pubblici che il legislatore definisce in positivo, con un richiamo esemplificativo e non esaustivo alle esigenze tecniche di continuità e completamento dell'*opus* da parte di chi (irritualmente) se l'è aggiudicato. Ancora la concorrenza risulta cedevole di fronte ad evenienze economiche sproporzionate, ove, cioè si rischi di pagare eccessivamente l'opera in ragione dell'indirizzarsi del ricorrente verso il risarcimento per equivalente, anziché chiedere il subentro nel contratto, quando l'annullamento dell'aggiudicazione non comporta la riedizione della gara. E qui torna il tema già espresso sopra e che, anticipato dal d.lgs n. 53/10, innerva tutto l'impianto del nuovo processo amministrativo, almeno per la parte risarcitoria e per quel che resta della "pregiudiziale" amministrativa: il concorso di colpa del danneggiato, l'art. 1227 c.c., che troviamo espressamente richiamato all'art. 124: chi non si dichiara pronto a subentrare, vedrà ridimensionato il risarcimento che pure gli venisse accordato.

Alla definizione in positivo delle superiori esigenze pubbliche che giustificano l'eclisse della concorrenza, il legislatore si perita di accompagnare una definizione in negativo, per esclusione, ammonendo che non sono considerati sufficienti per superare la prova di resistenza dell'inefficacia gli oneri economici connessi alla riedizione della gara, al cambio di operatore economico o dal ritardo connesso a queste due evenienze.

Secondo quanto anticipato, un'annotazione a parte impone il quinto comma dell'articolo 121 del codice (9 dlgs. 53/10, 245 *bis* TUPCA) in commento, che sembra porre una deroga all'automatismo dell'inefficacia per caducazione dell'aggiudicazione. Merita di essere per ciò stesso caducata l'aggiudicazione avvenuta senza previa pubblicazione del bando, ovvero a seguito di procedura negoziata senza bando oppure con

affidamento diretto fuori dai casi consentiti. Dovrebbe seguirne l'inefficacia automatica del contratto, giusto il disposto dello stesso articolo, primo comma, lettere *a)* e *b)* (art. 245 *bis* TUPCA), ma così non sarà se la PA potrà dimostrare di avere, nell'ordine: a) adottato prima dell'avvio della procedura un atto motivato con cui dimostri di non essere tenuta alla procedura di evidenza pubblica; b) reso noto questo suo orientamento con le stesse procedure che avrebbe avuto il bando, cioè con un avviso volontario ai sensi dell'art. 79 *bis* del TUPCA; c) prima di stipulare abbia atteso dieci giorni (*sic!*) dal giorno successivo alla pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera precedente.

Se ben leggiamo, si tratterebbe di adempimenti succedanei soddisfattivi rispetto ai doveri di pubblicità istituzionale previsti a tutela della concorrenza. In altri termini la norma sembra dire: "non sono state seguite le forme di pubblicazioni del bando necessarie e per ciò stesso l'aggiudicazione merita di cadere, ma hai comunque tutelato la concorrenza con una procedura di altrettale trasparenza e, quindi, il contratto non è inefficace". Si tratterebbe in sostanza di un vizio formale dequotato, cioè irrilevante ove comunque sia stato raggiunto lo scopo della pubblicità, cui viene ancorata (per presunzione *iuris et de iure*) la tutela della concorrenza, su cui si incardina il meccanismo comunitario. Il rischio è forte, perché se questa fosse la lettura da dare, gli operatori del settore dovrebbero stare attenti ai bandi, ma anche agli avvisi volontari che preannunciano la stipula di un contratto senza bando. I tempi, poi, hanno un ruolo fondamentale, poiché rispetto ai trentasette o quarantadue giorni per presentare l'offerta, ci si trova con solo dieci per impedire una stipula.

Sembrerebbe fin troppo fluido il consiglio che si potrebbe dare alle stazioni appaltanti interessate ad aggiudicazioni "agevolate" su binario lubrificato verso ditte amiche: basta pubblicare il preavviso volontario e poi stipulare. Vero è, invece, che questa stessa procedura può essere oggetto di impugnazione, in uno con la stipula del contratto ed una volta che ne sia stata riconosciuta l'infondatezza, per mancanza dei requisiti che giustificavano la deroga, l'inefficacia del contratto sarà inevitabile nell'*an*, discrezionale nel *quantum*, ricadendosi nella fattispecie disciplinata dal comma 1.

Non è da escludere, anzi, che valutando il comportamento della PA, il giudice amministrativo condanni la stazione appaltante alla sanzione pecuniaria tra lo 0,5% ed il 5% del valore del contratto, prevista dall'art. 123, comma primo, lettera *a)*; né va sottaciuto che questa sanzione, assieme alle altre eventualmente irrogate, in uno con il risarcimento del danno ed i maggiori costi di procedura -sotto il potente lievito del danno d'immagine- concorra a determinare l'imponibile che il Procuratore della Corte dei conti addosserà al RUP in concorso con più soggetti possibile.

Giunge però il momento di combinare gli elementi per agglutinare qualche proposta ricostruttiva. L'ingrediente adatto lo troviamo non tanto al comma terzo, che non presenta particolare interesse, ove

prevede adempimenti amministrativi per mantenimento di impegni comunitari. Semmai significativo per il nostro discorso è invece il comma quarto, nella sua brevità, ove dispone che quando pur in presenza di violazioni il contratto debba esser mantenuto efficace, ovvero l'inefficacia debba esser ritenuta temporalmente limitata “*si applicano le sanzioni alternative*” di cui all'art. 123.

Ecco la rivelazione: l'inefficacia è una sanzione, la principale sanzione lasciata alla discrezionalità del giudice nel “se” nel “quanto” e nel “quando”, secondo il suo prudente apprezzamento degli interessi in gioco e della gravità delle violazioni, della condotta e della situazione vanutasi a creare, con un assonanza alla previsione dell'ar. 133 c.p. che richiama l'intensità del dolo o il grado della colpa nella determinazione della pena.

Ed allora possiamo raccogliere tutti gli elementi che concorrono a dipingere l'inefficacia come sanzione. L'inefficacia è sanzione perché ove non sia possibile pronunciarla sono previste *sanzioni alternative* (art. 121, comma IV, art. 123); per parte sua il risarcimento del danno – effetto diretto dell'inefficacia – non è considerato sanzione, ma si cumula con le sanzioni alternative (art. 123 II comma); ancora, alternativamente o cumulativamente all'inefficacia può essere irrogata sanzione pecuniaria in percentuale sul valore del contratto; ma il contratto stesso può essere ridotto nella sua durata tra un minimo ed un massimo tra il 10 ed il 50%, rendendolo quindi “inefficace” in percentuale. Soprattutto i criteri per la determinazione della sanzione in concreto richiamano quelli previsti per l'irrogazione della pena e, infine, non vi è automatismo tra caducazione dell'aggiudicazione e inefficacia del contratto, poiché ne è liberamente valutabile l'irrogazione, tranne nelle quattro ipotesi più gravi di cui all'art. 121 primo comma.

.V. In chiusura e per onestà intellettuale espongo nella maniera più chiara possibile le conclusioni cui sono pervenuto, grato ai lettori per le osservazioni e critiche:

- 1) a differenza del passato, la fase amministrativa non incide più sul momento genetico del negozio in cui sfocia: l'irritualità della fase amministrativa non si ripercuote su nullità assoluta o relativa, annullabilità ed ogni altra menomazione contrattuale;
- 2) l'inefficacia è una sanzione per la violazione delle norme sulla concorrenza, norma sicuramente imperativa, principio (o feticcio) dell'ordinamento europeo;
- 3) è sanzione accessoria perché può essere comminata dal giudice a seguito della caducazione dell'aggiudicazione, fissandone l'*an* ed il *quantum* valutato certo alla luce degli interessi della parte ricorrente, ma soprattutto alla luce delle esigenze del perseguimento dell'interesse pubblico, eventualmente scegliendo di “sanzionare” (art. 123) diversamente la stazione appaltante che abbia calpestato il principio di concorrenza, non dando pubblicità adeguata alla licitazione oppure comprimendo –con una stipula

- repentina- le doglianze di un concorrente che aveva levato protesta;
- 4) la discrezionalità su *an* e *quantum* è incompatibile con il carattere automatico che vuole legati fase amministrativa e fase contrattuale l'una come presupposto genetico dell'altra;
 - 5) del carattere sanzionatorio l'inefficacia ha il tratto proprio della graduazione per la gravità della colpa e degli effetti in assonanza all'art. 133 c.p. che mostrano gli articoli da 121 a 124 in esame;
 - 6) l'irrogazione dell'inefficacia in certi casi prescinde dalla stessa domanda di parte, in altri casi la disponibilità del ricorrente a subentrare nel contratto è criterio per valutare l'efficacia della sanzione, in altri ancora è presupposto per la sua irrogazione, procurando cioè un nuovo operatore economico;
 - 7) in questo l'affermazione è coerente con la costruzione tradizionale per cui il mancato raggiungimento degli effetti resta comunque la principale sanzione del diritto civile⁴, donde tutte le altre sanzioni sono definite appunto dalla legge come "*sanzioni alternative*" (art. 123);
 - 8) sanzionata è la PA: per il solo fatto di non aver seguito la strada indicata dal diritto le si inibiscono gli effetti, assieme a chi ne ha approfittato (in buona o mala fede), tale presupponendosi l'altro contraente;
 - 9) l'inefficacia è quindi limitata alle parti processuali, eventuale nel "se", nel "quando" e nel "quanto"; non sembrano potersene profittare altri, specie per sottrarsi alle obbligazioni assunte nei confronti del aggiudicatario – contraente – inefficace;
 - 10) la sanzione non può più essere invocata decorso il termine di sei mesi dalla stipula del negozio, a prescindere dalla (non) pubblicità che ne abbia avuto, poiché dopo quella data non può più essere invocato l'intervento del giudice amministrativo (art. 120, comma II del codice);
 - 11) la giurisdizione esclusiva cui è devoluta la materia non tocca il riparto generale; sicché non sembra potersi ritenere inibita una conoscenza incidentale dell'aggiudicazione da parte del giudice ordinario, cui segua la disapplicazione del provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo, con una diversa pronuncia quindi sull'efficacia del contratto quale presupposto di obbligazioni assunte da soggetti diversi dalle parti del processo amministrativo, se mai v'è stato; e ciò anche oltre il termine semestrale, che è termine processuale amministrativo, non termine di prescrizione o decadenza sostanziale;
 - 12) l'efficacia / inefficacia del contratto non condiziona la valutazione di un giudizio erariale e contabile, usualmente destinato a svolgersi ben dopo la naturale estinzione del

⁴ Il riferimento è ad Adolfo Ravà, cui si deve in larga parte l'impianto del vigente codice civile del 1942.

contratto, ma non certo inibito dal suo svolgimento, specie se ritenuto particolarmente esoso;

- 13) l'inefficacia è intervento sul contratto da parte del giudice amministrativo, senza conoscere dei diritti soggettivi lì dedotti, quindi senza superare le attribuzioni costituzionalmente fissate, con un effetto di amministrazione attiva del giudicato, sindacabile solo in appello;
- 14) trattandosi di un effetto di durata della sentenza, è verosimile che sull'inefficacia, sulla sua portata, sulla sua proroga o riforma vi sarà largo uso del rito dell'ottemperanza, riservato – ovviamente- alle parti originarie del giudizio d'annullamento.

L'inefficacia “tocca i diritti senza conoscere dei diritti”, è una categoria destinata ad ampliarsi, inaugurando un nuovo filone, quello di affidare al giudice amministrativo non più blocchi di materie su cui conoscere in via esclusiva, bensì quello di affidargli compiti di amministrazione attiva, di super amministrazione, attraverso lo strumento della sentenza, ben più solido di un provvedimento amministrativo.

Certo, è far fare al giudice ciò che non è il suo lavoro, con valutazioni – secondo il disegno normativo- proprie della discrezionalità amministrativa, forse più ampie della stessa giurisdizione di merito, almeno come tradizionalmente era stata fino ad ora concepita.

Ma questo è un altro discorso.