

La legalità dell'economia.

I nuovi parametri dell'agire amministrativo e del suo controllo giurisdizionale.

(Relazione tenuta al XX Convegno *Il diritto amministrativo che cambia. per fare il punto su: I principi comunitari nel diritto amministrativo. Italia Croazia Slovenia: esperienze a confronto*, Trieste, 21 marzo 2014.)

"Die Demokratie ist in Wirklichkeit nicht mehr als die Aristokratie der Redner, die durch die zeitweilige Monarchie eines Redners unterbrochen wird.",
*** * * * **

Ringrazio il pres. Zuballi per l'introduzione resa con la sobrietà che gli è propria.

Qualche settimana fa, nella penombra delle scale barocche che facevano cornice alla cerimonia, un magistrato ha apostrofato un legale, dicendogli in tono che mi è parso salace: "Avvocato, non la vediamo più al TAR", ricevendone peraltro la risposta fulminea: "Consigliere, la giustizia amministrativa non passa più per i TAR".

Ho riflettuto parecchio su quella risposta e, al di là della iattanza in reazione alla mala educazione, credo di aver individuato almeno tre motivi per cui i principi comunitari finiscono per propiziare o, addirittura, direttamente conducono la giustizia amministrativa fuori dai TAR, invitando a riflettere chi ha ancora a cuore la legalità dell'agire pubblico ed il suo giudizio. Dei tre motivi, due sono squisitamente di ordine processuale, il terzo è più articolato, involgendo vari profili.

Muovo dal primo che potrei intitolare: *Del pareggio di bilancio, ovvero della legalità vs risparmio*.

Per la proficuità del dibattito con gli ospiti di altri Paesi, debbo richiamare per sommi capi alcuni nuovi aspetti del nostro ordinamento, magari sfuggiti anche ad alcuni di noi.

L'art. 97 della Costituzione della Repubblica italiana ha un nuovo primo comma entrato in vigore con l'esercizio finanziario 2014, cioè dal primo gennaio u.s.:

Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

L'inserimento della disposizione nella Carta e la sua stessa posizione in testa all'articolo che si occupa dell'azione amministrativa può avere un solo significato: la regolarità contabile quale metro per la legittimità degli atti. Non più quindi il rispetto della legge come criterio guida per l'operare dei pubblici poteri, quanto piuttosto il pareggio di bilancio

come primo indicatore; il rispetto, l'obbedienza alla legge (e, per essa, alla volontà popolare), l'imparzialità (quale corollario del principio di eguaglianza), il buon andamento e l'efficacia restano tutti come principi, ma in seconda battuta, postergati e ancillari al faro del pareggio di bilancio e alla regolarità contabile.

Sembra quasi che lo Stato, non potendo più controllare le fonti di produzione normativa, le abbia affievolite, quasi vanificate nel loro operare: legiferino pure le regioni come vogliono (e come la Consulta le avvalla a fare), regolino pure province e comuni, con ordinanze, delibere e discipline; fra le caotiche e disordinate norme emerge un nuovo criterio guida: la regolarità contabile. Si tratta in fondo della nuova versione aggiornata di ingresso surrettizio dello Stato nella potestà legislativa delle regioni o nella competenza degli enti locali. Qualche anno addietro il grimaldello era costituito dal principio di concorrenza, a tutela e garanzia del quale venivano promulgati testi legislativi statali spongiformi, tracimanti nelle più diverse materie, tutti asseritamente riuniti sotto la bandiera della concorrenza e della responsabilità degli obblighi comunitari facenti carico allo Stato. Come sia andata è cosa nota: la Corte costituzionale ha censurato la prassi, con gli stessi argomenti usati in più occasioni contro i decreti legge *omnibus*. Ora, è il nuovo *incipit* dell'art. 97 a costituire usbergo comunitario di diritto costituzionale interno al nuovo centralismo statale.

Un confronto spassionato fra autonomie –interne ed internazionali– passa allora attraverso l'esame del momento economico, dell'autonomia finanziaria ed impositiva dell'ente che si predica autonomo. In altri termini occorre appurare quanto riceve dal centro, quanto può prelevare direttamente dai suoi cittadini, quanto può spendere. Ecco il punto: l'autonomia si misura (anche) nella capacità di spesa, come azione per realizzare i propri obiettivi, decisi –appunto– autonomamente. Ed è un profilo su cui ci siamo già concentrati recentemente, perché un istituto noto da tre lustri ha fatto ingresso preponderante nel 2013 sulla scena regionale, mettendo a repentaglio la capacità di spesa, quindi l'autonomia, degli enti locali e non. Non si tratta di un'azione di prelievo, non si tratta di prelevare soldi dalle esangui casse di province e di comuni, non si tratta nemmeno di non trasferire più soldi a questi enti; si tratta invece di impedir loro di spendere i soldi, di obbligarli a tenerli in cassa, quindi a non poterne disporre, ma con in più la responsabilità della loro custodia. Questo istituto è il patto di stabilità.

Il Patto di stabilità e crescita trova fondamento a livello comunitario nel regolamento U.E. 1466/1997,¹ rivolgendosi al complesso delle

¹ Anche in sede comunitaria, l'istituto è stato continuamente rivisto e ritoccato. Tra i più significativi interventi, debbono segnalarsi sicuramente un grappolo, di cui fanno parte: il regolamento (UE) n. 1173/2011 sull'effettiva applicazione della sorveglianza di bilancio nell'area dell'euro il regolamento (UE) n. 1174/2011 sulle misure per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nell'area dell'euro; il regolamento (UE) n. 1175/2011 che modifica il regolamento (CE) n.1466/97 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio ed ai fini di sorveglianza e del

amministrazioni pubbliche. È stato recepito –parzialmente– dall’ordinamento nazionale con la legge 23 dicembre 1998, n. 448, la legge finanziaria per il 1999, funzionale all’entrata a regime dell’euro: con effetti pervasivi oltre gli Stati nazionali, coinvolge tutto il sistema delle autonomie territoriali, cioè regioni, province e comuni, estendendosi anche alle società da essi partecipate che svolgano un servizio pubblico o di pubblica utilità, in modo da evitare elusioni, mediante le esternalizzazioni.

Trattandosi di questione che attiene al rispetto dei trattati internazionali, la materia poteva ritenersi attratta alla potestà legislativa dello Stato, ma –come si vedrà– la posizione non è pacifica, tanto da comportare l’intervento “a gamba tesa” della Corte costituzionale, con dei vuoti normativi che si ripercuotono sulla certezza dei doveri degli uffici.

Per aver chiaro il funzionamento del Patto di stabilità occorre pensare al bilancio consolidato di gruppo di una grande multinazionale, qual è l’Unione Europea, cioè un’aggregazione che piaccia le peculiarità qualitative sul minimo comune denominatore quantitativo monetario. La multinazionale ha filiali nazionali, ciascuna con propri stabilimenti: ogni stabilimento ha limiti di *budget* ed obblighi di bilancio, in modo che la filiale nazionale possa presentare bilanci congruenti (in tendenziale pareggio) alla capogruppo. La capogruppo non produce, ma amministra solo: è una società meramente finanziaria. Gli Stati nazionali debbono quindi produrre ricchezza o favorire che si produca al loro interno, mantenere un rapporto fra spesa e prodotto interno lordo, attuare risparmi nelle percentuali previste dalla capogruppo – U.E., trasferirvi risorse perché le ridistribuisca secondo i propri parametri alle diverse filiali nazionali.

Come abbiamo detto, la regolarità dell’azione amministrativa non si misura più sul solo principio di legalità. L’inserimento in Costituzione del principio comunitario del pareggio di bilancio –si badi bene, non aggiungendo un comma all’art. 97, ma antepoendolo all’originario primo comma– impone al giudice amministrativo degli occhiali contabili, peraltro non nuovi e già di moda nel settore degli appalti. L’azione amministrativa non è quindi (più solo) orientata all’attuazione della legge, ma ad assicurare *in primis* il pareggio di bilancio, quindi tendenzialmente il risparmio erariale. Si dirà che è cosa nota, magari larvata nella prassi e strisciante nella legislazione speciale. Sennonché, si affaccia un altro giudice speciale che tende a sfilare di mano la cognizione sull’operato dell’amministrazione, un giudice la cui presenza negli ordinamenti nazionali è elemento di valutazione per l’ingresso

coordinamento delle politiche economiche; il regolamento (UE) n. 1176/2011 sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici; il pressoché coevo regolamento (UE) n. 1177/2011 che modifica il regolamento (CE) n.1467/97 per l’accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi. Riferimenti significativi si trovano anche nella direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

nell'Unione europea, anzi, un giudice originariamente non presente nello stesso organigramma comunitario e poi conficcatovi a viva forza. Andiamo con ordine.

Con L. 7 dicembre 2012, n. 213 è stata introdotta una nuova forma di controlli sugli enti pubblici. Il nuovo art. 148 del Testo Unico Enti Locali, dispone che:

1. Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti esaminano i bilanci preventivi e i rendiconti consuntivi degli enti locali ai sensi dell'articolo 1, commi 166 e seguenti, della [legge 23 dicembre 2005, n. 266](#), per la verifica del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno, dell'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'articolo 119, sesto comma, della Costituzione, della sostenibilità dell'indebitamento, dell'assenza di irregolarità, suscettibili di pregiudicare, anche in prospettiva, gli equilibri economico-finanziari degli enti.

2. Ai fini della verifica prevista dal comma 1, le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti accertano altresì che i rendiconti degli enti locali tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività locale e di servizi strumentali all'ente.

3. Nell'ambito della verifica di cui ai commi 1 e 2, l'accertamento, da parte delle competenti sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, di squilibri economico-finanziari, della mancata copertura di spese, della violazione di norme finalizzate a garantire la regolarità della gestione finanziaria, o del mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto di stabilità interno comporta per gli enti interessati l'obbligo di adottare, entro sessanta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia di accertamento, i provvedimenti idonei a rimuovere le irregolarità e a ripristinare gli equilibri di bilancio. Tali provvedimenti sono trasmessi alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti che li verificano nel termine di trenta giorni dal ricevimento. Qualora l'ente non provveda alla trasmissione dei suddetti provvedimenti o la verifica delle sezioni regionali di controllo dia esito negativo, è preclusa l'attuazione dei programmi di spesa per i quali è stata accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria.

Così come farò in prosieguo, per migliore chiarezza espositiva, indico qui di seguito in sequenza i passaggi logici del ragionamento che propongo alla riflessione degli studiosi italiani e stranieri, avvisando che va ad onore di Andrea Crismani l'aver percepito –credo per primo- i profili giurisdizionali della riforma sui controlli, seguendo il filone della contabilità pubblica da cui proviene.²

- 1) La novella legislativa del 2012 ha introdotto una nuova forma di controllo esterno sugli enti locali, al fine di contenere la spesa e assicurare il patto di stabilità ormai costituzionalmente fissato (lo era in previsione al momento dell'introduzione della disposizione in oggetto).
- 2) Il sistema si regge sulla trasmissione degli atti amministrativi alla sezione di controllo della Corte dei conti

² Cfr. A. CRISMANI *I controlli esterni sulle pubbliche amministrazioni. contributo alla sistemazione metodologica del procedimento di controllo sulla gestione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005.

che rende una “pronuncia” ove indica all’ente gli aggiustamenti eventualmente necessari; quindi l’amministrazione esegue e ritrasmette alla sezione di controllo per verificare il corretto adempimento delle istruzioni ricevute.

- 3) Quale sorte ha il provvedimento –formalmente amministrativo, ma sostanzialmente di recepimento delle indicazioni della magistratura contabile- con cui l’ente modifica il proprio bilancio e non solo? È soggetto al regime delle impugnazioni proprie degli atti amministrativi? Può essere scrutinato dal TAR su ricorso del cittadino che si assuma lesa per la riduzione di un contributo o la privazione di un beneficio?
- 4) La tesi della devoluzione alla giurisdizione amministrativa presuppone discrezionalità dell’ente, cioè esercizio di potere amministrativo e comunque comporta un sindacato del TAR –almeno indiretto- sulle prescrizioni delle Corti dei conti, tanto che l’eventuale annullamento dell’atto amministrativo comporterebbe un giudizio di illegittimità sull’operato del giudice contabile e, ove condannasse l’ente locale ad un risarcimento del danno, comporta anche l’esenzione di responsabilità dell’agente per avere eseguito le istruzioni vincolanti della Corte dei conti che quel provvedimento ha validato o in prima o in seconda lettura.
- 5) La posizione in Costituzione dell’obbligo del pareggio di bilancio sta suggerendo una costruzione diversa: il provvedimento amministrativo di adempimento alle prescrizioni della sezione controllo del giudice contabile è soggetto alla giurisdizione del giudice contabile stesso, cui dovrebbe rivolgersi chi si ritenesse lesa dal provvedimento così adottato.
- 6) Si tratterebbe cioè di una sorta di giurisdizione esclusiva, modulata sulla base del giudizio di ottemperanza, ove è lo stesso giudice che ha dato la statuizione a rendere il giudizio sulla correttezza dell’adempimento.
- 7) Gli è però in questo caso l’assenza di un giudizio contenzioso preventivo su domanda di parte, sicché il privato ricorrente che dovesse rivolgersi al giudice contabile per contestare la legittimità del provvedimento asseritamente lesivo ed adottato sulla scorta delle indicazioni dello stesso giudice erariale non era parte di alcun giudizio precedente, né si può pensare che proponga opposizione di terzo.
- 8) Anzi, è proprio il giudice contabile a non essere terzo in siffatta circostanza, proprio perché non neutrale rispetto alle contestazioni mosse da un ricorrente nei confronti di

un provvedimento che è il (più o meno corretto) recepimento delle sue istruzioni.

- 9) A tali obiezioni si potrebbe rispondere che si tratta di cognizione obbligatoria per legge, sicché si sarebbe di fronte solamente ad un diverso modo di esplicazione della giurisdizione, non necessariamente contenziosa.
- 10) Questo è il punto: se la “pronuncia” delle sezioni di controllo debba considerarsi attività giurisdizionale ovvero se sia mera funzione di controllo amministrativo. Nel primo caso, non potrà esserci sindacato di altro giudice, comunque non certo del giudice amministrativo, cui spetta conoscere del potere esecutivo non di quello di altro giudice; nel secondo, ci potrà essere invece sindacato e non potrà che essere quello del giudice amministrativo, cui compete scrutinare “l’esercizio o il mancato esercizio” del potere esecutivo, discrezionale o doveroso che sia.³

Tutto dunque si gioca sul valore semantico del termine “pronuncia” con cui il legislatore del 2012 ha mantenuto l’ambiguità sulla natura dell’attività della Corte dei conti in sede di controllo ex art. 148 TUEL.

Ora, anche gli studenti sanno, meglio: anche i miei studenti sicuramente sanno, come tali ambiguità legislative provochino l’intervento delle Sezioni unite della Cassazione, giudice della giurisdizione, che già in altra occasione ha sciolto il nodo qualificando “sentenze” ciò che la legge chiamava “decisioni”: è successo all’indomani della istituzione della IV sezione, attribuendole quella natura giurisdizionale che la legge del 1889 non le aveva dato; è quindi verosimile che la storia si ripeta: l’effetto sarà quello di attrarre al controllo sul riparto di giurisdizione, al suo sindacato su limiti interni ed esterni, in una parola, di sottoporre alle Sezioni unite le decisioni della Corte dei conti sulla regolarità dei conti e sulla conformità al pareggio di bilancio e, per esso, al patto di stabilità; ma per converso l’effetto sarà anche quello di espungere dal raggio di azione dei TAR ogni forma di giurisdizione. Ovvero, detto in altro modo, per mantenere il sindacato e, quindi, il controllo su questa forma di amministrazione della giustizia, le Sezioni unite della Corte di Cassazione affermeranno la natura giurisdizionale dell’attività svolta dalla Corte dei conti nel validare il patto di stabilità ed il pareggio di bilancio; con l’effetto di espungere il TAR da ogni forma di sindacato su questi atti, ma anche forse sui provvedimenti derivati o comunque, imponendo il patto di stabilità, ovvero una validazione della Corte dei conti, quale parametro di verifica della conformità dell’azione amministrativa che ha per

³ Giungo a queste conclusioni dopo un franco ed assiduo scambio di vedute con il cons. Andrea Baldanza della Corte dei conti Abruzzo e con il cons. Tiziano Tessaro della Corte dei conti Veneto, di cui segnalo la cospicua ultima fatica editoriale, pregnante in materia: T. TESSARO, *Il “decreto Enti locali”*, Rimini, Maggioli, 2013.

archetipo, quindi non più (solo) la legge, quanto piuttosto il patto di stabilità.

Che non si tratti di speculazioni lo dimostra un duplice arresto giurisprudenziale, non della suprema Corte, quanto ancora tutto interno al giudice contabile. Mi riferisco alle Sezioni Riunite della Corte dei conti nella decisione n. 2/2013/EL, poi sostanzialmente accettata dal TAR per la Sicilia, Sez. di Catania con la decisione n. 1980/2013, che ha declinato la propria giurisdizione in materia a favore di quella del giudice contabile, che l'ha poi confermata con pronuncia delle Sezioni Riunite della Corte dei conti in composizione speciale n. 5 del 23 settembre 2013 EL. Si attende a brevissimo l'intervento degli Ermellini sul riparto di giurisdizione e quello della Consulta sui profili della terzietà del giudice e del doppio grado di giudizio.

In sintesi, quindi, vedo il primo e prossimo effetto dell'Unione europea sul diritto amministrativo interno nella sequenza: tutela della concorrenza – patto di stabilità – controllo sulle spese – esclusione di ogni autonomia – sindacato pregnante del giudice contabile – ridimensionamento del TAR – regolarità dell'azione amministrativa misurata più sul risparmio di spesa che sulla legittimità, cioè sul rispetto di una legislazione ritenuta troppo articolata per essere controllabile. Come si vede, non è solo questione di giurisdizione, quanto di autonomia, di potestà legislativa, di applicazione della politica comunitaria, più che del diritto comunitario, attraverso il giudice, un nuovo giudice: il giudice contabile.

E con una singolare simmetria speculare riflessa dall'ultima suggestione, vengo al secondo tema processuale, che potremmo intitolare: *“Alla ricerca dell'arbitrato nelle commesse pubbliche, ovvero inefficacia del contratto ed effettività della tutela”*.

Con (il consueto) intento di aprire una discussione piuttosto che con la presunzione di chiuderla, espongo qui con la massima chiarezza i singoli passaggi logici del ragionamento:

- 1) Il controllo di conformità comunitaria di un ordinamento giuridico passa attraverso l'opera dei tribunali, chiamati a disapplicare direttamente le norme interne contrarie ai precetti dell'U.E.
- 2) Non ostante nell'ordinamento comunitario si trovino diverse disposizioni a favore delle ADR (*Alternative Disputation Resolution*), in talune materie il controllo giurisdizionale è previsto e voluto come penetrante, soprattutto in quelle a maggior impatto economico, impostato sul principio (o forse, feticcio) della concorrenza, cioè le commesse pubbliche.
- 3) Particolarmente pregnante il controllo in Italia, con la previsione di un rito accelerato, caratterizzato dalla dimidiazione dei termini e anticipazione degli effetti della sentenza per soddisfare i bisogni della fase cautelare, ma soprattutto con il potere del giudice di intervenire sul contratto dichiarandone l'inefficacia.

- 4) Quattro le ipotesi di inefficacia obbligatoria a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: a) stipula del contratto senza previa pubblicità del bando cui è equiparata la totale difformità dal bando; b) stipula del contratto con procedura negoziata senza la previa pubblicazione del bando o fuori dai casi in cui si ammetta la procedura negoziata; c) violazione dello *stand still* procedimentale, cioè l'intervallo fra aggiudicazione definitiva e stipula; d) violazione dello *stand still* processuale, cioè violazione del termine dilatorio tra aggiudicazione e stipula in presenza di un ricorso con domanda cautelare (art. 121 c.p.a.). Fuori da questi casi, che costituiscono vizi propri dell'aggiudicazione, il giudice è libero di decidere quando l'annullamento dell'aggiudicazione debba comportare anche l'inefficacia in tutto o in parte del contratto, eventualmente anche in via retroattiva (art. 122 c.p.a.), ovvero può pronunciare delle sanzioni alternative di carattere economico sia verso l'amministrazione, sia verso l'aggiudicatario (art. 123 c.p.a.).
- 5) L'inefficacia del contratto è lo strumento dell'effettività della tutela, che si accompagna con la devoluzione al solo giudice amministrativo della giurisdizione in questa materia, secondo i principi di concentrazione a mente dell'art. 1 e dell'art. 7 del c.p.a. in attuazione alla direttiva ricorsi (2007/66/CE) e forse di prossimo ritocco per l'effetto delle direttive appalti e concessioni approvate dal Parlamento comunitario il 15 gennaio 2014.
- 6) Come già sostenuto altrove,⁴ 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 civile, donde tutte le altre sanzioni sono definite appunto dalla legge come "*sanzioni alternative*" (art. 123 c.p.a.).
- 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 dell'aggiudicatario – contraente – inefficace.

⁴ Cfr., *si vis*, il nostro *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere dell'impugnazione alla pronuncia di inefficacia* (luglio 2010) in www.giustizia-amministrativa.it sezione studi e contributi.

- 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, c.p.a.). Quindi il prezzo della concentrazione avanti ad un solo giudice comporta un termine decadenziale di soli trenta giorni per ricorrere e, comunque un termine semestrale, parimenti decadenziale, dalla stipula del contratto non preceduto dalla prescritta pubblicità.
- 11) Tuttavia, 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) In termini più espliciti, e a beneficio degli studiosi stranieri, è ancora in vigore l'art. 5 dell'allegato "E" della L. n. 2248/1865, per cui in Italia è consentito al giudice ordinario di un processo civile disapplicare *inter partes* (non annullare *erga omnes*) il provvedimento amministrativo illegittimo che osti al riequilibrio delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio (si tratta di modesta eccezione alla separazione dei poteri, consentendo al giudiziario di intervenire sul prodotto dell'esecutivo).
- 13) Si potrebbe allora dedurre che decorsi sei mesi dalla stipula del contratto il cittadino non sia privo di tutela, ma semplicemente che, esauritasi la giurisdizione esclusiva –pur sempre speciale– del giudice amministrativo, si riespanda quella generale del giudice ordinario, cui ci si potrà rivolgere per ottenere, nell'ordine: *a)* la cognizione incidentale sulla fase amministrativa di formazione del consenso della parte pubblica, culminante nell'aggiudicazione; *b)* la sua disapplicazione ove riconosciuta non conforme alle regole procedurali; *c)* la conseguente dichiarazione di annullamento o nullità (assoluta o relativa) del contratto per vizio o mancanza del consenso, uno degli elementi essenziali del contratto ex art. 1325 cc; *d)* il risarcimento del danno per equivalente; *e)* più difficilmente il risarcimento del danno in forma specifica, imponendo alla stazione appaltante di rieditare la gara per stipulare un nuovo contratto in luogo di quello annullato o dichiarato nullo dal giudice ordinario, seppure i tempi della giustizia civile mal si conciliano con quelli –pur lunghi– dell'amministrazione. Eventualmente la sentenza passata in giudicato del giudice ordinario che pronuncia sul contratto potrebbe essere fatta

eseguire alla P.A. con il rito dell'ottemperanza da quello stesso giudice amministrativo a cui è stata sottratta la cognizione.

- 14) Di più: se la giurisdizione esclusiva amministrativa cessa decorsi i sei mesi⁵ dalla stipula del contratto senza pubblicità, ma anche dopo i trenta giorni dall'aggiudicazione definitiva e se si riespande quella generale del giudice ordinario, non è da escludere che si possa ipotizzare la devoluzione in arbitri delle controversie aventi ad oggetto –si badi bene- non la procedura amministrativa -soggetta a decadenza- ma i rapporti di diritto soggettivo dedotti in contratto, ancorati a termine prescrizione.
- 15) In altre parole, le situazioni giuridiche soggettive di contratti pubblici sarebbero sempre nella disponibilità delle parti, meglio: potrebbero formare oggetto di compromesso fra le parti contrattuali o fra talune di queste e terzi, ove si dovesse ritenere che la stazione appaltante non possa compromettere in arbitri le proprie posizioni relative al contratto ed alla sua fase genetica.⁶

⁵ In vigore della l. n. 205/2000, quando la procedura amministrativa della gara d'appalto era già riservata alla giurisdizione esclusiva del G.A., con decisione n. 27169/2007, le Sezioni Unite avevano difeso la giurisdizione ordinaria sul contratto d'appalto, sia per la domanda di nullità, che di annullabilità o inefficacia, affermando l'annullamento dell'aggiudicazione non comportarne l'automatica caducazione, pena il superamento dei limiti esterni della giurisdizione del G.A. Ne conseguiva la necessità di uno scrutinio in sede civile per gli effetti dei vizi procedurali sul sinallagma contrattuale. Elevando così un sistema dualista, nemmeno nelle sentenze più rigorose (cfr. Cass. S.U., 10443/2008, quando già era intervenuta Corte cost. 204/2004), non si parlò mai apertamente di disapplicazione degli atti illegittimi da parte dell'A.G.O. se devoluti alla cognizione del G.A.. Qualche mese dopo il Consiglio di Stato accettò sostanzialmente la "divisione dei compiti", rivendicando a sé però almeno la condanna al risarcimento del danno per equivalente: cfr. C.d.S. A.P. n. 9/2008. Tuttavia, all'indomani della direttiva comunitaria, la Suprema Corte si ritrasse, prendendo atto che le disposizioni europee prevedevano la concentrazione della questione nelle mani di un solo giudice e che quindi spettasse al G.A. sia la cognizione sulla ritualità della procedura di aggiudicazione, che sulla domanda di reintegrazione (subentro) del concorrente nel contratto irrualmente concluso, previa sua dichiarazione di inefficacia: in questo senso Cass. S.U. 2906/2010, con note di C. LAMBERTI, *Il punto di vista amministrativistico* e di R. CALVO, *Il punto di vista civilistico*, in *Urb e app.* 2010, 421, cui si rinvia. Né la Suprema Corte (perché non c'era ancora), né i successivi commentatori hanno però rilevato che il recepimento italiano con il d.lgs. n. 53/2010 e poi col c.p.a. è andato oltre ed ha introdotto la "sanatoria ultrasestremista" tanto criticata. È questo vuoto di tutela, questo limite alla giurisdizione, pur esclusiva del G.A. a favorire –secondo noi- uno spazio all'A.G.O. In altre parole, il limite decadenziale e la giurisdizione esclusiva del G.A. sono costituzionalmente adeguati se –oltre il semestre- vi è una giurisdizione sui rapporti, sulle obbligazioni scaturenti, sugli elementi costitutivi, sulla corretta genesi di quel contratto. Come appunto si dice nel testo.

⁶ In effetti, è stato fatto notare fin da subito come la giurisdizione di merito non sarebbe stata compatibile con i diritti soggettivi dedotti in contratto. Cfr. M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi, il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d.lgs. 53 del 2010*, in *Foro amm. – TAR*, Osservatorio n. 1/10, nonché Idem, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *Foro amm. – TAR*, 2010, 61. Peraltro, nella stessa ricognizione testuale della giurisdizione esclusiva, l'art. 133, comma primo, lett. e),

- 16) A mio parere, deve ritenersi affetta da nullità ex art. 1418 per contrarietà a norma imperativa la previsione di bando (già vista occhieggiare in più occasioni) che richieda ai concorrenti di deferire in arbitri ogni controversia relativa alla procedura.⁷ Non così però la previsione fra i concorrenti di rimettere ad un collegio arbitrale l'esercizio del proprio *ius actionis* avverso il contratto da stipularsi o già stipulato. Oggetto dell'arbitrato cioè non è il contratto, di cui è parte l'amministrazione aggiudicatrice, bensì il diritto di esperire azione avverso quel contratto. E ciò è possibile perché si tratta di diritti disponibili tra le parti e perché quel diritto di agire non decade nei trenta giorni dalla piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva o comunque nei sei mesi dalla stipula del contratto, ma si tratta di un diritto che riguarda l'azione civile soggetta a usuale prescrizione, una volta che si sia riespansa la giurisdizione generale ordinaria.
- 17) Secondo questa costruzione, i possibili attori del giudizio amministrativo rimettono al collegio arbitrale il proprio diritto ad agire avanti la A.G.O. per chiedere l'annullamento del contratto e l'incidentale disapplicazione dell'atto amministrativo di illegittima aggiudicazione. Sarà il collegio a vedere non solo se e chi avesse diritto all'aggiudicazione, ma chi debba stipulare.
- 18) Si potrà obiettare che la stazione appaltante non riconoscerà il lodo arbitrale intervenuto (*inter alios*) e che non affrancherà l'aggiudicatario dal dovere di stipula senza conseguenza. Ma tale evenienza sarà prevista dal lodo arbitrale, indicando quale risarcimento per equivalente imporre all'illegittimo aggiudicatario, ovvero come ripartire fra le parti le conseguenze negative della mancata stipula e dello scorrimento della graduatoria.
- 19) Certo, la questione potrebbe essere agevolata da una previsione di bando sul tipo dello *stand still* processuale, per cui

punto 1), parla esplicitamente di estensione alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e delle sanzioni alternative, con questo facendo salvo, appunto, il contratto in sé, la cui cognizione non può essere priva di tutela come si va dicendo nel testo. Per i rischi e gli effetti di una "supplenza" del giudice amministrativo alla carenza di effettività della tutela del giudice civile, perspicuo M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. della Cananea – M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505.

⁷ Oltre ai bandi, in alcune occasioni sono emerse prassi bancarie che si vanno orientando ad imporre la rinuncia di qualsivoglia azione giurisdizionale e la compromissione in arbitri di ogni situazione giuridica soggettiva relativa ad una determinata commessa pubblica da conseguire o conseguita, per la quale sia prevista una linea di credito dell'istituto stesso. In questo modo, il contratto che garantisce il prestito bancario è riportato ad una sorta di "giurisdizione domestica bancaria", affatto irrituale ma che costituisce l'evidente tentativo di creare una sorta di camera di mediazione al di là ed al di sopra di ogni sindacato giurisdizionale sui provvedimenti che hanno condotto al contratto e sulcontratto stesso.

la stipula è subordinata non solo all'esperimento del cautelare amministrativo, ma anche di un arbitrato che definisca l'esperibilità o meno dell'azione civile entro un termine temporale ristretto. E una tale previsione di bando, volta all'economia processuale, mi parrebbe legittima.⁸

Si dirà che questa costruzione è artificiosa. Ebbene, si tratta di riportare nei binari del diritto ciò che già avviene secondo regole di forza economica: una ditta si aggiudica una commessa, l'altra spicca ricorso, la prima reagisce con ricorso incidentale, quindi lo scontro si sposta sull'appello avverso il dispositivo, con ricorso in appello e ricorso incidentale in appello. Solo di contributo unificato siamo a trentamila euro (sei per due in primo grado, più nove per due in appello). E prima della sentenza, magari per non pregiudicare la commessa, i rispettivi patroni si sentono dire che le ditte hanno trovato un componimento. Si tratta, verosimilmente, di un sub appalto non autorizzato con cui si dividono fra loro quanto messo a bando. Chi ha ragione –aggiudicatario o meno che fosse- rinuncia a rivendicarla a fronte di una porzione di quello che gli spettava. Chi non ha ragione si accaparra una porzione di lavoro, sfruttando le pieghe dell'ordinamento e in risarcimento di tutte le volte che, pur avendone il diritto, gli è stato negato per superficialità o sciatteria.

Non è solo questione di prezzo, di costo preoccupante per l'accesso alla giustizia. E così introduciamo il terzo profilo, quello più delicato. Gli arbitrati, dunque: al di là del costo –ormai concorrenziale- il lodo ha la caratteristica di non umiliare la parte soccombente, illustrando doviziosamente le ragioni per cui non può essere accolta la sua tesi, piuttosto che risolversi in una transazione che sul dubbio fisiologicamente si regge, ovvero su una motivazione processuale di "caccia all'errore" già stigmatizzata da autorevolissimi presidenti di Palazzo Spada.

La ragione della fuga dal giudice amministrativo temo non sia solo quella del costo del contributo unificato che, seppur consistente non è nemmeno la più grave. Al contributo unificato infatti si può porre rimedio con un intervento correttivo di finanza pubblica, certo difficile ma non impossibile. Colgo invece come l'allontanamento si effetto di sfiducia, della sentita scarsa qualità delle sentenze, non dico reale, ma così percepita. E ciò viene indistintamente imputato a curia e foro, per cui si moltiplicano le richieste degli imprenditori (quelli sopravvissuti) per affidare la soluzione a due o tre persone verso cui nutrono –ecco la parola- fiducia, che decidano definitivamente ed in tempi brevi.

Non tanto le ventilate riforme dovrebbero preoccupare, quanto la percezione del servizio reso, della capacità di rendere giustizia in una

⁸ Peraltro, la questione della legittimità della clausola appare oziosa in presenza di sentenze che negano termini di durata del procedimento di aggiudicazione, consentendo dilazioni *ad libitum* fra provvisoria e definitiva.

pubblica amministrazione elefantiaca, malata per superficialità e pressapochismo, spesso virato in arroganza, arruolando le cortigiane e lasciandosi sfuggire le principesse, quelle vere, quelle sovrane.

Di questa decadenza l'università è la prima colpevole, illudendo ogni anno migliaia di studenti, perché il consenso immediato non costa fatica.⁹

Relazione dura, volutamente dura, meditatamente dura: ne ho piena consapevolezza.

Poco meno di un anno fa, in questa stessa sala, introducevo il convegno "Le azioni ed il giudicato. Effettività della tutela in Italia e in Slovenia", XVII della serie "Il diritto amministrativo che cambia", serie fortunata che iniziammo proprio in questi giorni quattro anni fa con un convegno sul silenzio dell'amministrazione e che con caparbio divertimento proseguiamo.

Anche lo scorso anno ebbi a toccare il problema della qualità delle sentenze, come ragione della fuga dalla giustizia amministrativa più dell'elevato costo di accesso della giustizia italiana, avvisando che la rinuncia all'appello è spesso rassegnazione o sfiducia del cliente, più che accettazione di un *vere dictum*. Ebbi l'accortezza di smussare la critica ricordando il principio per cui "a buon ricorso, buona sentenza," così come le difficoltà nel redigere gli uni e le altre in ragione di un affastellarsi normativo tracimante e tellurico, che puntualmente si ripete quando il legislatore viene scosso dal torpore pastorale che usualmente lo pervade.

Il pres. Giancarlo Coraggio che era chiamato a chiudere i lavori nella sua qualità di neo giudice costituzionale e di ex presidente del Consiglio di Stato riprese il punto ricordando la necessità della qualità delle sentenze, anche quale controllo diffuso di costituzionalità e risoluzione per via interpretativa e sistematica dei possibili incidenti di costituzionalità. Rivolgendosi quindi con particolare riguardo ai magistrati suoi colleghi, ricordava loro come alla libertà del foro sia bilanciamento la funzione istituzionale del giudice, che non può rimproverare agli uffici di adottare provvedimenti scarsamente motivati quando egli per primo non è più che stringente nella motivazione delle sentenze. Ci invitava quindi tutti ad uno sforzo di qualità, che paga sempre nei momenti difficili.

Ed è proprio nei momenti difficili che sovengono i maestri, che sono Maestri perché soccorrono nei momenti difficili. Sottovoce e con deferenza, quindi, mi avvio a chiudere con le parole di Feliciano Benvenuti, in occasione della festa per il suo ottantesimo compleanno nel 1996.

Rivolto ai ministri, ai giudici costituzionali, ai consiglieri di Stato ed agli altri magistrati presenti all'Ateneo Veneto, così come agli accademici ed

⁹ C. FRAENKEL - HAEBERLE, *Die Universität in Mehrebenensystem. Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, specialmente p. 119 e 125.

agli avvocati, ricordò a tutti che –cito- “Il nostro è un lavoro di umiltà: umiltà nell’ascoltare e studiare le esigenze dell’assistito, umiltà nell’ascoltare e studiare le tesi –anche ardite- dell’avvocato, umiltà del professore nell’ascoltare i problemi e nello studiare le soluzioni.”

Ascoltare e studiare, in questo Egli vedeva l’essenza del giurista, ma con atteggiamento di umiltà, quasi a bilanciamento della connaturale posizione di potere o di rilievo sociale –piccolo o grande- che la funzione giuridica comporta: nel caso di Feliciano Benvenuti, come noto, fu grande, anzi grandissimo.

E credo di ben interpretare il suo pensiero se affermo che l’umile ascolto ed il diuturno studio siano gli ingredienti che propiziano –per chi non l’abbia ricevuto dalla nascita- il tratto della signorilità, in ogni cosa che fa, in ogni cosa che è.

Non la *potestas* manca, ma l’*auctoritas*. E questa l’Europa non ce la può dare se non la troviamo in noi: *in nobis habitat Veritas*.