



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2019 FASC. III

(ESTRATTO)

GIOVANNI TULUMELLO

**L'EVOLUZIONE DELLA CAUSA DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO
DI SCELTA DEL CONTRAENTE, E LE SUE PRINCIPALI CONSEGUENZE
ORDINAMENTALI: L'INFLUSSO DEL DIRITTO UE SULLA DISCIPLINA,
SOSTANZIALE E PROCESSUALE, DEI CONTRATTI DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE (ANCHE A MARGINE DI CORTE COST., N. 271/2019)**

18 DICEMBRE 2019

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Giovanni Tulumello**L'evoluzione della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente, e le sue principali conseguenze ordinarie: l'influsso del diritto UE sulla disciplina, sostanziale e processuale, dei contratti della pubblica amministrazione (anche a margine di [Corte cost., n. 271/2019](#))***

ABSTRACT: *The evolution of the cause of the administrative decision in the choice of the contractor and its main regulatory consequences: the EU law influence on the substantial and procedural regulation of the public administration contracts (also in the margins of the [Constitutional Court decision n. 271/2019](#))*

The paper aims to examine the main effects, in the field of public administration contracts, of adaptation to the law of the European Union: in particular, the change in the interest behind this kind of legislation (from the accounting approach, typical of the liberal State, to the competitive one). In terms of substantive law, this influence seems to manifest itself both in relation to the legislative competence, and with regard to the administrative choice of the contractor, with the inevitable and consequent repercussions on the downstream negotiation affair. In the procedural field the phenomenon points out significant oscillations between the centrality of the validity rules with respect to those of responsibility and, above all, a difficult dialogue between the national and the European jurisprudence concerning the interest in bringing proceedings and on the consequent model of procedural protection. The analysis contained in [the decision n. 271/2019 of the Constitutional Court](#) about this aspect, seems to open a new dialectical front towards the jurisprudence of the Court of Justice.

SOMMARIO: 1. Breve premessa metodologica. – 2. La contrattualistica pubblica: un'affermazione, un'implicazione e un corollario. – 3. Le implicazioni normative e dogmatiche: evoluzione dell'interesse pubblico e della causa del potere, nella materia dei contratti della pubblica amministrazione, alla luce del diritto comunitario e delle trasformazioni della forma di Stato. – 4. I fattori distorsivi, le esigenze di trasparenza e il nuovo attributo funzionale del procedimento di evidenza pubblica. – 5. Dal contratto come neutro strumento di acquisizione di beni e servizi, al contratto come strumento – plurifunzionale – di politiche sociali. – 6. Le ricadute nell'ordinamento interno: 1) l'inquadramento costituzionale della materia: sue conseguenze non solo sul titolo di competenza legislativa, ma anche sul profilo causale dei provvedimenti amministrativi di scelta del contraente. – 7. *Segue*. I rimedi. – 7.1. Il diritto sostanziale. – 7.1.1. Il problema dell'autotutela (*rinvio*). – 7.1.2. La patologia negoziale: il collegamento fra causa e rimedi. – 7.2. Il diritto processuale: il percorso di "europeizzazione della giustizia amministrativa" e la recente [sentenza n. 271/2019 della Corte costituzionale](#). – 8. Le ricadute nell'ordinamento interno: 3) nuove incriminazioni, e bene-interesse tutelato. – 9. Conclusioni.

1. Breve premessa metodologica.

Il tema che mi è stato assegnato, peraltro ad apertura della prima giornata di un incontro di studi interdisciplinare sulla "*Tutela della spesa pubblica nel diritto nazionale e sovranazionale*", è molto ampio: "*Finanziamenti pubblici - Contratti e contatti con la p.a.: requisiti di accesso e criteri di scelta del contraente. Il sistema di gestione per la prevenzione della corruzione*".

Si pongono due alternative.

La prima è quella di riempire la traccia, nelle sue varie componenti, di contenuti normativi e giurisprudenziali in modo da rendere una *informazione* adeguata e quanto più possibile quantitativamente completa su tutti i singoli temi e sottotemi trattati.

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art.3, comma 13, del regolamento della Rivista. Lo scritto riproduce, con alcune integrazioni bibliografiche e giurisprudenziali, il testo della relazione sul tema "Finanziamenti pubblici - Contratti e contatti con la p.a.: requisiti di accesso e criteri di scelta del contraente. Il sistema di gestione per la prevenzione della corruzione", svolta il 20 settembre 2019 nell'ambito dell'incontro formativo per magistrati ordinari "Tutela della spesa pubblica nel diritto nazionale e sovranazionale (in memoria di Rosario Livatino)" tenutosi ad Agrigento per iniziativa della Scuola Superiore della magistratura – Struttura didattica territoriale dei distretti delle Corti di Appello di Palermo e di Caltanissetta.

La seconda, che nel tempo a mia disposizione cercherò di seguire, considerato anche e soprattutto il contesto di *formazione* in cui l'odierna riflessione si svolge, è quella di provare a ragionare sull'insieme, sulle categorie implicate dalla traccia, secondo l'insegnamento di quella attenta e rigorosa dottrina che ha di recente osservato che *“Non è più possibile dialogare (non solo fra pratici e teorici, ma spesso anche all'interno del territorio che si è soliti assegnare alla dottrina) se prima non si fa chiarezza sull'uso di talune categorie concettuali, dalle quali pure non è facile prescindere se non altro in forza del radicamento storico che ciascuna di esse sottende”*¹.

Si tratterà poi di verificare se e come tale evoluzione categoriale produca conseguenze disciplinari nelle materie oggetto della odierna riflessione formativa (il diritto civile ed il diritto penale: ma anche, e prima ancora, l'inquadramento costituzionale).

Credo infatti che al di là del carattere apparentemente rassicurante (perché quantitativamente rilevante) della ricezione passiva di una acritica elencazione di norme e sentenze, il principale bisogno formativo di tutti noi sia quello di cogliere la chiave di lettura del sistema, che consenta un'applicazione critica e consapevole dell'apparato normativo, nella prospettiva – evocata dal tema dell'incontro – della tutela della spesa pubblica (nella sua attuale dimensione normativa e funzionale).

2. La contrattualistica pubblica: un'affermazione, un'implicazione e un corollario.

Scolpisce efficacemente la ragione stessa dei contratti della pubblica amministrazione quella dottrina che osserva come vi siano *“talune attività che non possono esser realizzate se non con lo strumento privatistico, come gli approvvigionamenti pubblici all'estero, la costruzione di grandi opere pubbliche, e simili”*².

L'implicazione di tale affermazione è data dalla teoria delle esternalizzazioni, che un secolo fa poneva (soltanto) un problema di efficienza ed efficacia della spesa, e che nell'attuale momento storico, come meglio si osserverà in seguito, pone anche un problema di *concorrenza per il mercato*.

Il corollario, dato il riferito profilo causale della nozione di contratto della pubblica amministrazione, è che tutti i contratti della pubblica amministrazione sono sempre funzionali alla cura dell'interesse pubblico (di quale interesse pubblico, è questione anch'essa oggetto di evoluzione normativa), con evidenti conseguenze sul piano della teoria generale, e connesse ricadute disciplinari: *“comunque l'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici (ossia tutta l'attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che alla fine vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimenti) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)”*³.

3. Le implicazioni normative e dogmatiche: evoluzione dell'interesse pubblico e della causa del potere, nella materia dei contratti della pubblica amministrazione, alla luce del diritto comunitario e delle trasformazioni della forma di Stato.

Si ritiene oggi pressoché unanimemente che la *ratio* che ispira la vigente disciplina delle procedure di scelta del contraente sia profondamente mutata rispetto al passato⁴.

A ben vedere, le regole del procedimento di evidenza pubblica elaborate in pieno Stato liberale⁵, non risultano, almeno sul piano strutturale, sensibilmente diverse da quelle prodotte in una fase ormai

¹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 5.

² M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 996.

³ F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, (Agg.) VI, 2002, 95.

⁴ Per una attenta analisi ricostruttiva, H. SIMONETTI, *Il nuovo quadro normativo dei contratti pubblici. La dialettica tra diritto euro-unitario e nazionale, linee generali e singole tipologie*, in [Giustizia Amministrativa](#).

⁵ Si pensi alla legislazione di contabilità dello Stato: r.d. 2440/1923, e relativo regolamento (r.d. 827/1924).

matura dello Stato sociale pluriclasse, nella fase della codificazione di settore⁶, sotto l'influsso del diritto comunitario: le prime rappresentano anzi, con riferimento al profilo strutturale, l'archetipo delle seconde.

Sul piano funzionale il recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici ha tuttavia introdotto anche nel nostro ordinamento la tutela della concorrenza quale valore di riferimento della predetta disciplina.

In argomento la dottrina italiana ha visto fronteggiarsi più di una ipotesi ricostruttiva.

Secondo una prospettiva separazionista, le due normative, quella nazionale e quella comunitaria, mirerebbero al soddisfacimento di distinti interessi⁷, tanto che si è affermato che sarebbe mutata la causa del provvedimento (di scelta del contraente), con conseguente necessità di stabilire quale interesse prevalga (quello portato dalla normativa comunitaria o quello portato dalla normativa nazionale)⁸.

Su un diverso versante, peraltro strettamente connesso, si afferma che gli effetti della descritta evoluzione si estendono alla natura delle situazioni giuridiche soggettive degli interessati, ed al rapporto fra pubblica amministrazione e mercato⁹.

Una soluzione che riconduce ad unità il sistema è invece quella prospettata da chi afferma l'esistenza di una duplice accezione della libertà di concorrenza: come "*fattore ordinatore dell'economia*" e come "*diritto insopprimibile dei singoli*", con la conseguenza che l'interesse strumentale del privato nelle procedure di evidenza pubblica si fonda sul diritto di iniziativa economica¹⁰.

Si noti, poi, che il legame fra concorrenza e contratto è biunivoco, perché se è vero che la disciplina del contratto serve (anche) a tutelare la concorrenza, è anche vero che, almeno nella sua genesi storica, la "*regolamentazione della concorrenza nasce con lo scopo di tutelare la libertà di contratto (posto che, al punto di vista economico classico, la concorrenza si poneva come una sorta di derivazione logica della libertà contrattuale)*"¹¹.

Quale che sia la ricostruzione preferibile, quel che conta è che l'interesse pubblico rilevante non è più soltanto quello della singola amministrazione stipulante, ma piuttosto quella della collettività a veder garantita, nel settore delle commesse pubbliche, una effettiva concorrenza fra le imprese, sia

⁶ N. IRTI, "*Codici di settore*": compimento della "*decodificazione*", in *Giustamm*. Il riferimento è al codice dei contratti pubblici: d. lgs. 163/2006.

⁷ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Milano, 2006, p. 96: "La previsione di modalità di scelta dei contraenti prefissate in via generale e astratta, conseguenza per così dire «naturale» cui conduce questo tipo di preoccupazione, è a ben vedere ampiamente conosciuta anche nel nostro ordinamento: tuttavia, la normativa comunitaria si caratterizza in ragione del fatto che la finalità preminente pare volta a garantire l'interesse concorrenziale dei potenziali contraenti, laddove nell'ordinamento nazionale sembra dominare l'interesse che sia operata la scelta del miglior soggetto in vista della finalità pubblica da soddisfare."

⁸ G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, Milano, 1997, 587). Nella seconda edizione dell'opera (Milano, 2007, parte gen., tomo II, p. 974) il concetto è ulteriormente esplicitato: "Il riferimento agli appalti pubblici è pure significativo a proposito dell'interesse pubblico primario, che deve essere perseguito nelle relative procedure di affidamento. Perché è noto che, nella nostra tradizione, i procedimenti di c.d. evidenza pubblica hanno sempre assolto al precipuo compito di tentare di garantire all'ente pubblico la scelta del migliore offerente, sotto il profilo dell'affidabilità e della economicità: dunque, a garantire l'interesse proprio dell'amministrazione contrattante, nel quale consisteva e si esauriva l'interesse pubblico regolatore della materia o, quanto meno, l'interesse pubblico primario. Viceversa, è altrettanto noto che la disciplina comunitaria muove da altre esigenze e che la copiosa normativa che ne è derivata si ispira ai canoni della libera prestazione dei servizi e della *par condicio* delle imprese comunitarie. Dunque, ad un diverso interesse pubblico primario, che talvolta risulta in posizione conflittuale con quello proprio dell'Amministrazione committente e di altri soggetti e pone non agevoli problemi di gerarchia e bilanciamento".

⁹ A. ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro It.*, 1999, I, 3222 e segg.

¹⁰ C. VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di V. Cerulli Irelli, Giappichelli, 2000, 33 e segg.

In giurisprudenza recepisce tale impostazione Consiglio di Stato, sez. V, decisione 13 novembre 2002, n. 6281, anche in relazione al coordinamento con la disposizione di cui all'art. 41 della Costituzione.

¹¹ F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 674.

come estrinsecazione del diritto di iniziativa economica, che come strumento di efficienza del mercato, “*volto ad assicurare il benessere sociale*”¹².

Quelle stesse regole di evidenza pubblica, o regole comunque fortemente affini sul piano strutturale, non rispondono più ad esigenze meramente contabilistiche, ma risultano funzionali ad un diverso interesse della collettività.

In fondo, il fenomeno non costituisce una tendenza evolutiva limitata ad uno specifico settore del diritto amministrativo, ma va inquadrato in una più vasta e complessa tematica che, nell'attuale momento storico, interessa il diritto pubblico generale: mentre nello Stato liberale la disciplina dei contratti dell'amministrazione rispondeva ad elementari e schematiche esigenze di cura nell'impiego delle risorse pubbliche, nell'attuale forma di Stato, caratterizzata dall'assunzione – da parte dei pubblici poteri - di compiti ulteriori di benessere sociale rispetto al precedente assetto, l'azione dell'amministrazione mediante strumenti di diritto comune soggiace ad una funzionalizzazione ai nuovi valori assunti come rilevanti e, conseguentemente, risponde al perseguimento di obiettivi in parte diversi ed ulteriori.

Nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale¹³, e nella versione di quest'ultimo risultante dal recepimento della normativa di attuazione dei Trattati comunitari, la complessità funzionale che connota l'attività della pubblica amministrazione diretta all'acquisizione di beni e servizi fa sì che la relativa disciplina di evidenza pubblica non tuteli più solo gli interessi di un unico centro di imputazione: e che le regole del procedimento di evidenza pubblica non mirino soltanto ad un'efficiente allocazione della spesa.

Tale radicale mutamento di prospettiva non può non avere significative conseguenze disciplinari ai fini che qui interessano.

4. I fattori distorsivi, le esigenze di trasparenza e il nuovo attributo funzionale del procedimento di evidenza pubblica.

Il riferito percorso evolutivo ha posto serie questioni – specie in relazione ai profili della accelerazione delle procedure e dell'accentramento delle competenze in materia di disciplina dei lavori pubblici - legate all'impatto anche sociale della disciplina dei contratti della pubblica amministrazione¹⁴.

¹² L. DI VIA, *L'invalidità del contratto – l'invalidità nei contratti tra imprenditori*, in AA.VV., *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. II, I ed., Padova, 1997, p. 746; sull'evoluzione della natura degli interessi pubblici indotta dal diritto comunitario, in specie nella direzione dell'interesse collettivo, S. GIACCHETTI, *Processo amministrativo e interesse generale*, in *Consiglio di Stato*, 10/2002, II, 1625, e G. CORSO, *Il diritto comunitario e le trasformazioni del diritto amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 10/2001, pp. 495 e segg., in specie p. 516.

¹³ Nella misura in cui si presta adesione alla tesi per cui la tutela della concorrenza, prima ancora di essere affermata dal diritto comunitario, e di essere veicolata nella Costituzione dal nuovo testo dell'art. 117, fosse già ricavabile dall'art. 41 Cost., si può affermare che la modificazione della forma di Stato, nel senso indicato nel testo, rimonta allo statuto costituzionale dell'impresa (nella sua versione originaria), prima ancora che al regime comunitario dei rapporti fra imprese e fra imprese e Stati.

¹⁴ Risultano tuttora di estrema attualità le considerazioni svolte da G. TORREGROSSA, *I principi fondamentali dell'appalto comunitario*, in *Rass. giur. en. el.*, 1992, alla vigilia dell'elaborazione della legge-quadro in materia di lavori pubblici, circa l'opportunità di un recupero della centralità statale nella realizzazione delle grandi infrastrutture, e nel contempo circa l'inopportunità di una esasperata accelerazione delle procedure: “*L'attuale clima di allarme sociale che l'intero Paese è costretto a vivere, per la ventata di sospetto che ha travolto le istituzioni democratiche, specie nel settore degli appalti pubblici, impone un approccio che non costituisca sfida alla fortuna, che può rappresentare anche sfida alle virtù (Machiavelli), troppo spesso delusa; un approccio finalizzato ad individuare, prima, e ad eliminare o correggere poi, gli effetti distorsivi di un sistema normativo la cui riforma è, per convinzione comune, improcrastinabile. Il raggiungimento dell'indicato obiettivo è indissolubilmente legato ad una premessa socio-economica ben precisa: quella di escludere che il sistema dei lavori pubblici possa costituire – sulla base di un male interpretato broccardo importato dai cugini d'oltralpe – un modello di sviluppo in grado di risolvere i problemi di occupazione del Paese. Occorre, invece, che prevalga la convinzione che il settore ha un valore strumentale, servente, rispetto a finalità che rappresentano gli obiettivi ultimi di politica economica e sociale. Da qui l'incongruenza di quegli argomenti che, puntando su vere o presunte necessità*

Si osserva in proposito in dottrina che *“Il tasso di politicità, l’elevata possibilità di condizionamenti esterni e l’assenza di un rischio economico paragonabile a quello degli operatori privati, rendono improbabile il naturale rispetto, da parte del soggetto pubblico, della logica imprenditoriale e delle prescrizioni del mercato, che in primo luogo impongono la scelta del contraente più conveniente. (.....) L’amministrazione costituisce quindi un soggetto economico potenzialmente assai pericoloso nei confronti di una corretta concorrenza sui mercati e del rispetto della parità degli operatori interessati. Le condizioni di concorrenza sono allora create artificialmente in virtù dell’imposizione di una serie di regole quali la non discriminazione, l’indizione delle gare, la trasparenza delle operazioni concorsuali e così via”*¹⁵.

La tensione della giurisprudenza comunitaria verso la tutela della concorrenza, peraltro, non è dettata da una concezione mercantile dell’ordinamento comunitario, legata alla tutela del diritto individuale d’impresa, ma da una visione che, all’opposto, intende l’effettiva concorrenza come strumento di efficienza del mercato: obiettivo, quest’ultimo, perseguito nell’ottica anche di interessi solidaristici e superindividuali, come quelli consumeristici.

In relazione al significato che la tutela della concorrenza assume nel contesto dell’attuale forma di Stato, si osserva, ad esempio, che *“Solidarietà e concorrenza hanno sempre più assunto anche per l’influenza delle norme del Trattato, il significato di valori-guida del nuovo Stato sociale. La concorrenza, la mano invisibile del mercato, una volta sottoposta a regole in grado di eliminare le forme gravi di approfittamento, è considerata il migliore viatico per lo sviluppo produttivo, da cui solo può discendere il benessere collettivo e la possibilità di realizzare il pieno sviluppo della persona, il suo affrancarsi dal bisogno, in un contesto retto dal principio della solidarietà sociale”*¹⁶.

Per altro verso, non trova riscontro – almeno sul piano sostanziale - l’accusa rivolta alla giurisprudenza comunitaria, di porre il valore della concorrenza al centro del sistema: in realtà potrebbe, diversamente, sostenersi che la Corte, nell’ambito della gerarchia dei valori ricavabile dalle fonti comunitarie, abbia anteposto la tutela della concorrenza rispetto a quella del diritto di proprietà (quanto ad alcune delle forme di raccordo con i pubblici poteri): non quale espressione di un diritto –

occupazionali, hanno determinato una alluvione di leggi di accelerazione delle procedure in materia di esecuzione delle opere pubbliche. Queste leggi, a cominciare dalla l. 291 del 1971, hanno avuto l’effetto di allentare, se non addirittura di scardinare, il sistema dei controlli che presidiavano la correttezza e la trasparenza delle Oo.pp. E’ infatti solo sui tempi del controllo che si è potuto incidere per abbreviare il procedimento di realizzazione di un’opera pubblica, essendo tutti gli altri tempi scanditi dalla necessità della fase materiale di esecuzione. Paradossalmente, d’altro lato, questa normativa (che sorta per motivi di emergenza, si è trasformata in ordinaria), ha provocato la interminabilità delle opere pubbliche: a misura, cioè, che si sono accelerate le procedure, la fase della realizzazione delle Oo.pp. si è allungata, oppure si sono ottenuti risultati non aderenti alle previsioni. (....) La riforma, inoltre, sempre nella direzione di attuare una più incisiva presenza dello Stato in periferia (che non si manifesti solo nella militarizzazione di alcune regioni), deve riguardare l’eliminazione delle disposizioni della l. 291/71 che hanno attuato un decentramento delle competenze in materie tecniche in favore dei Comitati presso i Provveditorati delle Oo.pp. ed a danno del Consiglio Superiore dei ll.pp., che per tradizione, ma soprattutto per la sua composizione, rappresenta l’unico organo che può offrire, da un lato, garanzie di controllo sui progetti e, dall’altro lato, può fare emergere la responsabilità politica del Ministro (art. 95 Cost.), attualmente disseminata e polverizzata in organismi privi di autorità e, qualche volta, di natura estemporanea, come si verifica nella allarmante vicenda degli ‘accordi di programma’”.

¹⁵ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXI ed., a cura di F. Fracchia Milano, 2019, p. 111. L’affermazione è tanto più condivisibile, quanto più si consideri che già fra privati l’utilizzo degli strumenti dell’autonomia privata, e in particolare del contratto, è in grado di produrre un notevole impatto sull’assetto – concorrenziale o meno - del mercato, e dunque lo è, a fortiori, per le ragioni indicate dalla dottrina richiamata, il ricorso da parte della pubblica amministrazione a strumenti negoziali: in argomento F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., 674, ove il rilievo che “nei confronti del mercato, almeno alla luce della comune accezione del termine, l’autonomia privata si presenta, al contempo, come irrinunciabile forza motrice e come latente (ma neanche tanto) pericolo della sua paralisi”.

¹⁶ C. VARRONE, *Stato sociale e giurisdizione sui ‘diritti’ del giudice amministrativo*, Napoli, 2001, 51; in argomento, per una ricostruzione delle tendenze giurisprudenziali relative alla specifica relazione fra concorrenza e interessi dei consumatori, A. ZITO, *Il difficile rapporto tra l’interesse del consumatore e la disciplina antitrust: storia di un paradosso in via di risoluzione*, in [Giustamm.](#)

quello dell'imprenditore - individuale (al pari di quello dominicale), ma proprio in quanto correlata ad un interesse collettivo e dunque superindividuale¹⁷.

A tale costruzione di un ordine gerarchico di valori sembra infatti da ricondurre quella giurisprudenza della Corte di Giustizia che afferma, ad esempio, il carattere recessivo della tutela della concorrenza allorché si ponga un problema di compatibilità fra questa e la tutela dell'ambiente¹⁸.

5. Dal contratto come neutro strumento di acquisizione di beni e servizi, al contratto come strumento – plurifunzionale – di politiche sociali.

Come si è accennato, pur in un ordinamento giuridico di origine e impostazione mercantile come quello comunitario¹⁹, anche la stessa tutela della concorrenza, sulla quale sembra essere imperniato il sistema delle relazioni sociali regolate dal Trattato, risulta in realtà essere un valore non assoluto, ma che entra in comparazione con le complesse istanze di un sistema fondamentalmente pluralista, e in particolare con il principio di solidarietà, come si ricava dall'analisi del confronto fra il valore della concorrenza e la sussistenza, da un lato, della contrattazione collettiva e della pratica della concertazione²⁰; e, dall'altro, di monopoli previdenziali nazionali²¹.

La conseguenza di tale percorso è data dalle direttive comunitarie di seconda e terza generazione in materia di appalti pubblici, da ultimo recepite nel nostro ordinamento con il d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Come mera enunciazione, data la vastità del tema e l'impossibilità (come accennato in premessa) di una trattazione esaustiva, si consideri che numerosi sono gli istituti dai quali traspare la rilevanza di interessi metaeconomici nella definizione sia dei requisiti di partecipazione alla gara, che delle regole di aggiudicazione.

Si pensi alla tematica dei cc.dd. appalti verdi²², alla normativa di tutela del lavoro (costo degli oneri per la sicurezza, regolarità contributiva e previdenziale delle imprese), nonché alla lotta alla criminalità organizzata e alla connessa esigenza di escludere dal circuito della contrattualistica pubblica le imprese in qualche modo suscettibili di condizionamenti da parte di questa²³.

¹⁷ In argomento sia consentito il rinvio a E. CAVASINO – G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, *Giur. It.*, 2005, in specie § 9.

¹⁸ Corte di Giustizia, sentenza 17 settembre 2002, in causa C-513/99, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 168, con nota di M. BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*. In argomento, G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. "ecologiche"*, in *Foro amm.vo-C.d.S.*, 2003, 3515.

¹⁹ Sulle conseguenze anche lessicali della progressiva evoluzione degli obiettivi della Comunità europea - da quelli di tipo puramente economico a quelli di natura ambientale e sociale - conseguente alle modifiche apportate nel tempo al Trattato istitutivo, v. L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, pp. 2/3, ove il rilievo che "L'accresciuto peso di obiettivi non meramente economici è stato giudicato tale da giustificare il mutamento stesso dell'originaria denominazione della Comunità. Con il TUE, quest'ultima è infatti diventata semplicemente 'Comunità europea', e non più 'Comunità economica europea'".

²⁰ L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali. Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Napoli, 2004.

²¹ S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2004, 75.

²² Sui *green public procurements* si rinvia al portale dedicato della Commissione europea: http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm.

²³ Sul coordinamento normativo fra disciplina del contrasto alla criminalità organizzata e disciplina dei contratti pubblici, da ultimo R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "sblocca cantieri"*, in *Urb. e App.*, n. 4/2019, pp. 443 e ss., in specie pp. 463 e ss.

6. *Le ricadute nell'ordinamento interno: 1) l'inquadramento costituzionale della materia: sue conseguenze non solo sul titolo di competenza legislativa, ma anche sul profilo causale dei provvedimenti amministrativi di scelta del contraente.*

Una prima conseguenza ha riguardato l'inquadramento costituzionale della materia, anche a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione, che ha comportato l'inserimento nel testo costituzionale della "tutela della concorrenza" fra le materie di competenza statale esclusiva.

La Corte costituzionale nella [sentenza n. 14 del 2004](#), occupandosi del significato della nuova previsione costituzionale, ha affermato che *"Dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza"*²⁴; nella successiva [sentenza n. 272 del 2004](#) ha quindi precisato – a proposito della disciplina del servizio pubblico locale - che rientrano nel medesimo ambito disciplinare le normative "che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti - come quelli relativi al *regime delle gare* o delle *modalità di gestione e conferimento dei servizi* - i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali"²⁵.

L'art. 2, primo comma, del Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50) recepisce le richiamate indicazioni della giurisprudenza costituzionale, precisando che "le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto".

Si tratta, come era stato osservato in relazione alla disciplina portata dall'abrogato d. lgs. 163/2006, di profili disciplinari in parte riconducibili alla c.d. concorrenza in senso statico (o "concorrenza nel

²⁴ Specifica quindi la [sentenza n. 14/2004](#) che "Quando l'art. 117, secondo comma, lettera e), affida alla potestà legislativa esclusiva statale la tutela della concorrenza, non intende certo limitarne la portata ad una sola delle sue declinazioni di significato. Al contrario, proprio l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e, appunto, la tutela della concorrenza, rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali."

²⁵ Circa il livello di analiticità della disciplina delle gare rientrante nel richiamato titolo competenziale, la sentenza 272/2004 chiarisce che la tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alla gara, appare sufficientemente garantita "dalla puntuale indicazione (...) di una serie di standard - coerenti con quelli contenuti nella direttiva 2004/18/CE - nel cui rispetto la gara appunto deve essere indetta ed aggiudicata".

Sotto altro profilo la sentenza 272/2004 ha affermato che "A questo proposito la Commissione europea, nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale" (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura "non economica". Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di "rilevanza economica", ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale. Alla luce di queste considerazioni, l'intervento del censurato art. 14, comma 2, sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica", di cui all'art. 113-bis del citato testo unico, non può essere certo riferito ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza e quindi, sotto questo profilo, si configura come illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale."

Sulla disciplina dei servizi pubblici locali, si vedano altresì le [sentenze della Corte costituzionale n. 29/2006](#) e [n. 80/2006](#).

mercato”), relativi a misure protettive libertà di concorrenza, e in parte afferenti la nozione di concorrenza in senso dinamico (o “concorrenza per il mercato”), relativi a misure procompetitive²⁶.

Tanto la giurisprudenza costituzionale, che il legislatore, tendono dunque ad attribuire rilevanza non alla materia “appalti” in quanto tale (non menzionata dal novellato testo costituzionale non perché implicitamente attribuita alla competenza residuale delle regioni, ma perché non costituente una materia vera e propria nel rinnovato disegno del riparto di competenze), ma piuttosto alla connotazione funzionale dell’attività amministrativa e negoziale che ruota intorno alla disciplina degli appalti pubblici: con ciò recuperando in qualche modo, in relazione all’intero settore delle commesse pubbliche, la distinzione teorica, formulata dalla dottrina a proposito degli appalti di lavori pubblici, fra l’ *attività* (di lavoro pubblico), e l’ *oggetto* di quell’attività (l’opera pubblica)²⁷.

Si recupera, inoltre, mediante il carattere trasversale del titolo di competenza legislativa rappresentato dalla “tutela della concorrenza” nella materia degli appalti pubblici, la distinzione che corre tra *campo di materia e modo di disciplina* (come emerge chiaramente dalla [sentenza n. 272 del 2004](#), la materia dei servizi pubblici locali è, in quanto tale, di competenza legislativa regionale, ma il modo di disciplina della stessa relativo alle gare, involge competenze esclusive statali afferenti la concorrenza).

Ancora, la Corte costituzionale ha affermato che la disciplina della revisione prezzi nel settore degli appalti pubblici risponde “*ad in interesse unitario, afferendo a scelte legislative di carattere generale che implicano valutazioni politiche e riflessi finanziari, che non tollerano discipline differenziate nel territorio*” ([sentenza n. 308 del 1993](#))²⁸.

I superiori principi sono stati quindi sostanzialmente ribaditi dalla [sentenza n. 401 del 2007](#), con la quale la Corte costituzionale si è occupata della legittimità costituzionale del (riparto di competenze introdotto dal) Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006)²⁹.

L’indagine operata dalla giurisprudenza costituzionale ha riguardo all’individuazione degli esatti titoli di competenza del legislatore statale in determinate materie: in proposito, la tutela della concorrenza è stata ritenuta “trasversale”, in quanto non coincidente con uno specifico ambito materiale, ma piuttosto orientata al perseguimento di un obiettivo, implicante l’intervento del legislatore in più di un ambito materiale.

²⁶ In argomento, A. CELOTTO, *Gli appalti pubblici tra competenze statali e competenze regionali. Primi spunti*, in [Giustamm.](#)

²⁷ M.A. CARNEVALE VENCHI, *Opere pubbliche (ordinamento)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 332 e segg.; sulla distinzione fra la nozione di *opera pubblica* e quella di *infrastruttura*, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, II ed., Bologna, 1985, 54.

²⁸ [Corte costituzionale, sentenza n. 447 del 2006](#).

²⁹ In argomento, A. CELOTTO, *La “legge di Kirschmann” non si applica al codice degli appalti (in margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale)*, in [Giustamm.](#); e G. CORSO – G. FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, in *Foro It.*, 2008, I, 1799.

Nella [sentenza 401/2007](#), la Corte costituzionale ha in particolare sottolineato come: “le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006, per la molteplicità degli interessi perseguiti e degli oggetti implicati, non siano riferibili ad un unico ambito materiale. Questa Corte ha già avuto modo di affermare che i lavori pubblici «non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono» e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali ([sentenza numero 303 del 2003](#)). Non è, dunque, configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale. Tali affermazioni non valgono soltanto per i contratti di appalto di lavori, ma sono estensibili all’intera attività contrattuale della pubblica amministrazione che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un’attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica. Ne consegue che i problemi di costituzionalità sollevati dalle ricorrenti devono essere esaminati in rapporto al contenuto precettivo delle singole disposizioni impugnate, al fine di stabilire quali siano gli ambiti materiali in cui esse trovano collocazione. Ancora in via preliminare, appare opportuno precisare – alla luce delle osservazioni sin qui svolte – che non è possibile tracciare una netta linea di demarcazione che faccia unicamente perno sul profilo soggettivo, distinguendo le procedure di gara indette da amministrazioni statali da quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali, per inferirne che solo le prime sarebbero di spettanza statale, mentre le seconde rientrerebbero nell’ambito della potestà legislativa regionale. La perimetrazione delle sfere materiali di competenza non può, infatti, essere determinata avendo riguardo esclusivamente alla natura del soggetto che indice la gara o al quale è riferibile quel determinato bene o servizio, in quanto, come già sottolineato, occorre fare riferimento, invece, al contenuto delle norme censurate al fine di inquadrarlo negli ambiti materiali indicati dall’art. 117 Cost.”

Tuttavia, dalla giurisprudenza costituzionale è dato trarre significative indicazioni in merito al contenuto della tutela della concorrenza nel nostro ordinamento, valide anche al fine di identificare le corrispondenti funzioni amministrative, e soprattutto la morfologia e la natura dell'interesse pubblico sottostante.

In questo senso, la causa del provvedimento di scelta del contraente, intesa come la funzione stessa degli atti del procedimento di evidenza pubblica, ne risulta fortemente condizionata.

In diritto amministrativo, anche per effetto di una prospettiva d'indagine che solitamente muove dal confronto (i termini di compatibilità/incompatibilità) con la corrispondente nozione civilistica, l'elemento causale è riferito tradizionalmente alle forme di traduzione in atto del potere, più che al potere in quanto tale³⁰.

Il dibattito sembra però, come accennato, condizionato negativamente dal confronto con la nozione di causa negoziale, e soprattutto dalla conseguente considerazione dell'elemento volitivo.

La stessa dottrina civilistica negli studi più recenti ha tuttavia chiarito i termini della dialettica fra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva della causa del contratto, fra il suo guardare al "prima" (come "funzione valutabile a priori") e al "dopo" (come "sintesi degli effetti"), e sottolineando l'unitarietà della nozione di causa, svincolata da una logica atomistica riferita alla singola obbligazione³¹.

Se l'attenzione è dunque al risultato dell'operazione contrattuale complessivamente intesa, nella materia in esame la causa del singolo provvedimento della fase di evidenza pubblica, e in specie di quello terminale che condiziona la capacità dell'amministrazione di stipulare (l'aggiudicazione), è in realtà l'attributo funzionale del potere di cui quel provvedimento è espressione: preordinato all'attuazione di un assetto concreto la cui funzione è complessa (compendiando il risultato economico del singolo spostamento di ricchezza, con la conformità di esso alla dinamica concorrenziale).

Ciò che appare certo è che l'interprete, nella ricostruzione del sistema, e dei singoli istituti, è vincolato dalle indicazioni e dai condizionamenti rivenienti dalla qualificazione costituzionale e comunitaria della materia dei contratti della pubblica amministrazione.

In questo senso da ultimo, la Corte costituzionale nella [sentenza n. 166/2019](#) ha ulteriormente ribadito che *"le disposizioni del codice dei contratti pubblici regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza; esse inoltre vanno ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea (sentenze n. 263 del 2016, n. 187 e n. 36 del 2013, n. 74 del 2012, n. 328, n. 184 e n. 114 del 2011, n. 221 e n. 45 del 2010). Le disposizioni dello stesso codice che regolano gli aspetti privatistici della conclusione ed esecuzione del contratto sono riconducibili all'ordinamento civile (sentenze n. 176 del 2018 e n. 269 del 2014); esse, poi, recano principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica (sentenze n. 269 del 2014 e n. 187 del 2013) e norme fondamentali di riforma economico-sociale (sentenze n. 74 del 2012, n. 114 del 2011 e n. 221 del 2010). Le considerazioni che precedono, espresse nella vigenza del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), devono*

³⁰ Così G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I – Principi generali, VIII ed., Milano, 1958, 247 e segg., il quale affermava la necessaria inclusione della causa fra gli elementi essenziali di ogni provvedimento amministrativo, individuando – anche al di là della categoria degli atti costituenti "dichiarazioni di volontà" – il "fine specifico" di ogni categoria di atti come la "causa giuridica" della stessa. Nella dottrina più recente si afferma che "è la discrezionalità amministrativa, e non la causa, la nozione che serve ad illuminare il rapporto tra interesse pubblico e provvedimento, nozione specifica del diritto amministrativo e pertanto in grado di tenere conto in maniera adeguata delle peculiarità proprie di tale diritto e in specie della natura funzionale dell'attività amministrativa globalmente intesa" (R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 227). Per una efficace ed argomentata critica alle tesi contrarie alla ipotizzabilità di una nozione di causa del provvedimento amministrativo, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 37 e segg.

³¹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 166 e segg.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3 - Il Contratto*, II ed., Milano, 2000, 447 e segg.; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 52 e segg.

essere confermate anche in relazione al d. lgs. n. 50 del 2016 (d'ora in avanti: nuovo codice dei contratti pubblici), che ne ha preso il posto, in attuazione della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 (Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture).”

7. Segue. I rimedi

Le ricadute nell'ordinamento interno della richiamata evoluzione investono, sul versante del diritto interno, anzitutto il profilo dei rimedi: sia nel campo del diritto sostanziale, che in materia processuale.

7.1. Il diritto sostanziale

Sul piano del diritto sostanziale l'inquadramento che si è finora tentato di definire si riverbera per un verso – con riferimento alla funzionalizzazione del contratto agli interessi della collettività, portati dall'amministrazione - sulla possibilità per l'amministrazione di esercitare i propri poteri di autotutela – anche in un'ottica di tutela della spesa pubblica: si pensi alla giurisprudenza sulla revoca dell'aggiudicazione - sull'atto terminale dalla fase dell'evidenza pubblica, nonostante il rapporto sia ormai retto dal successivo negozio (con il problema, conseguente, degli effetti che l'esercizio di tali poteri produce su tale negozio).

L'evoluzione della causa del provvedimento di scelta del contraente ha poi determinato un ripensamento critico proprio di quest'ultima questione, vale a dire delle conseguenze sul contratto dell'annullamento (giurisdizionale, o in autotutela) dell'aggiudicazione.

7.1.1. Il problema dell'autotutela (rinvio).

Il problema dell'autotutela sui rapporti negoziali, apparentemente inconciliabile con il principio di impegnatività del contratto, si pone proprio perché il nesso di strumentalità, rispetto all'interesse pubblico, dell'assetto d'interessi fissato dal contratto, non si esaurisce al momento della stipula: si tratta di una questione annosa ed ampia, che non può essere esposta compiutamente in questa sede, e in merito alla quale si rinvia ad una precedente ricostruzione, recentemente aggiornata³².

7.1.2. La patologia negoziale: il collegamento fra causa e rimedi.

La qualificazione dello stato patologico che affligge il contratto stipulato in forza di provvedimento illegittimo, va ricercata individuando anzitutto l'interesse leso dall'illegittimità del provvedimento con il quale la pubblica amministrazione si sia determinata a regolare un dato assetto d'interessi mediante uno strumento negoziale, e collegando conseguentemente ad esso la sanzione che l'ordinamento pone a presidio della sua tutela³³.

³² G. TULUMELLO, voce *Il recesso dai contratti della P.A.*, in *Codice dell'azione amministrativa* diretto da M.A. Sandulli, II ed., Milano, Giuffrè, 2017.

³³ Per un inquadramento della questione, anche nell'ottica della ricognizione dei principali contributi dottrinali e giurisprudenziali in argomento, sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *Vizi del procedimento di evidenza pubblica e regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro Amm.vo-Consiglio di Stato*, 2003, 3320; ID., *Il dialogo fra i Melii e gli Ateniesi: il modello di tutela processuale degli interessi legittimi, e la disciplina dei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione, nel confronto fra le giurisdizioni (riflessioni sulle recenti tendenze del diritto amministrativo)*, in *Foro Amm.vo-TAR*, 2008, 2310 e ss.; in giurisprudenza T.A.R. Sicilia - Palermo, II sez., sentenza 23 giugno 2003, n. 1050, in *Rass. Amm.va Siciliana*, n. 3/2003, p. 813.

Il mutamento – nel senso, profondo, che si è segnalato – della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente, in relazione alle ricadute sull’assetto del mercato dell’attività contrattuale dell’amministrazione, non può non riverberarsi in qualche modo anche sulla disciplina del contratto, posto che non può disconoscersi l’esistenza di un “rapporto di naturale contiguità fra regole del mercato e disciplina del contratto”³⁴.

In quest’ottica, il primo quesito da porsi è, allora, quello teso ad individuare le ragioni della ritenuta inadeguatezza della tesi dell’annullabilità, che a lungo ha dominato in giurisprudenza.

La giurisprudenza più recente pone l’accento sulla insufficiente tutela in tal modo accordata al concorrente illegittimamente escluso o pretermesso: notazione senz’altro condivisibile, ma che logicamente si colloca a valle rispetto all’analisi della compatibilità del descritto meccanismo di tutela con l’assetto di interessi disegnato dal legislatore.

In altre parole, è bensì vero che la sanzione dell’annullamento, ad istanza della (sola) parte nel cui interesse è prevista la causa d’invalidità, vanifica le iniziative di tutela giurisdizionale del controinteressato, ma è altrettanto vero che questo connotato risponde ad un assetto d’interessi caratterizzato dalla funzionalizzazione delle regole dell’evidenza pubblica alla massimizzazione dell’interesse di una delle parti (affinché l’amministrazione stipuli alle migliori condizioni): il contratto come strumento al servizio dell’interesse proprio dell’amministrazione stipulante (e non dell’interesse della collettività), tanto che il rilevato difetto di tutela del terzo non ha impedito all’orientamento in esame di dominare la scena della giurisprudenza per un lungo arco di tempo.

La riferita evoluzione della causa del potere di scelta del contraente, sotto l’influsso del diritto comunitario e della trasformazione della forma di Stato, non può non avere conseguenze sul piano degli strumenti e delle tecniche di tutela: l’annullabilità, sanzione appropriata in un contesto di tendenziale monofunzionalità della disciplina dell’evidenza pubblica, e di conseguente unidirezionalità della relativa tutela (essendo tutelato l’interesse legittimo del partecipante alla gara solo quale posizione indiretta e strumentale), non è più in grado di adeguatamente ed efficacemente presidiare gli ulteriori – e preminenti – interessi propri non più soltanto dell’amministrazione stipulante, ma degli imprenditori concorrenti e dell’intera collettività.

L’irruzione del valore della tutela della concorrenza, inteso nella sua duplice componente (privatistica e pubblicistica) sopra richiamata, ha prodotto – consequenzialmente - significativi effetti sul piano degli strumenti di tutela, anche alla luce del rapporto – sottolineato dalla più attenta dottrina civilistica – fra scelta di tipo macroeconomico (in favore del regime di libera concorrenza del mercato unico) delineata dal legislatore comunitario, e le forme d’invalidità negoziale (nullità di pieno diritto delle intese e delle operazioni di concentrazione) poste dal Trattato a presidio di tale modello ed a sanzione degli atti di autonomia privata da esso difforni³⁵.

La nullità negoziale diviene così, per il diritto comunitario, “*strumento di controllo normativo per non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con il valore fondamentale della concorrenza*”³⁶: tanto che “*l’art. 82.1 del Trattato Ce (già art. 85.1), oltre a prevedere la nullità di pieno diritto che colpisce quegli accordi nei quali si sostanzia l’infrazione, è stabilita anche la nullità di contratti o clausole negoziali che, senza essere direttamente contrari al suindicato articolo, rappresentano la messa in opera di una violazione delle norme antitrust.*”³⁷.

³⁴ F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., 673.

³⁵ L. DI VIA, *L’invalidità del contratto – l’invalidità nei contratti tra imprenditori*, in AA.VV., *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. II, I ed., Padova, 1997, 740 e segg. e in specie 742: “Le fattispecie negoziali che deviano dal modello concorrenziale risultano sanzionate in maniera assoluta attraverso la nullità di pieno diritto. Viene, in tal modo, creata una stretta interdipendenza tra le scelte politico-economiche di fondo compiute dal legislatore e i singoli comportamenti degli imprenditori che agiscono sul mercato comunitario.”; in argomento, sul regime di nullità degli accordi anticoncorrenziali, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, II ed., Padova, 2001, p. 564.

³⁶ L. DI VIA, *L’invalidità del contratto*, cit., p. 753.

³⁷ F. SEBASTIO, *I negozi vincolati in diritto civile e in diritto antitrust*, in *Giust. civ.* 2004, 11, 2756 e ss.: “Il principio va collegato con le regole di diritto interno relative alla nullità dei contratti, con riferimento particolare a quelle concernenti i vizi del consenso o della illiceità dell’oggetto o della causa. Nel diritto italiano è affermato il principio secondo cui la

A proposito del rapporto fra le possibili forme di tutela, va poi osservato che la stessa possibilità – riconosciuta ai singoli Stati dalla direttiva 89/665/CEE – di escludere il risarcimento in forma specifica in caso di violazione della disciplina sugli appalti³⁸. è stata oggetto di considerazione critica da parte della giurisprudenza comunitaria, nel senso di escludere che l'indicata previsione possa incidere sull'obbligo, per l'amministrazione nazionale, di rimuovere il contratto stipulato in violazione della normativa comunitaria³⁹.

L'accertamento dell'illegittimità comunitaria della procedura di aggiudicazione pone dunque a carico dell'amministrazione nazionale committente, in quel sistema normativo, un obbligo di

nullità del negozio principale si ripercuote con pari effetto sul negozio accessorio, purché entrambi siano tra di loro «in inscindibile rapporto di collegamento funzionale» (34).

La Corte di giustizia ha stabilito il principio secondo il quale spetterebbe ai giudici nazionali la valutazione se sia il caso o meno ed in che misura, talune pratiche abusive di una società di gestione dei diritti d'autore si possano ripercuotere sugli interessi degli autori o dei terzi interessati, affinché si possano trarre le conseguenze sulla validità e sugli effetti dei contratti conclusi con questi ultimi (35). Sulla base dei principi espressi dai giudici comunitari, i giudici nazionali, quindi, applicano le regole del proprio ordinamento giuridico e non il diritto comunitario (36).

La considerazione unitaria delle fattispecie previste dall'art. 2 l. n. 287, cit. rappresenta un dato oramai acquisito nell'esperienza comunitaria; infatti, è stato affermato che «le distinzioni tra accordi, decisioni e pratiche concordate non sono chiaramente delineabili; i vari tipi di azione formano un continuum con similari conseguenze anticoncorrenziali che vanno trattate alla stessa stregua. Ciò corrisponde alla realtà economica in quanto molti tipi di collusione implicano elementi di accordi, decisioni e pratiche concordate»; la Commissione Ce ritiene tendenzialmente sufficiente nei casi complessi la prova di una combinazione di accordi e pratiche concordate che hanno portato ad una collusione istituzionalizzata e sistematica, e non cerca di distinguere tra loro”.

³⁸ L'art. 2, n. 6, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, 33), prevede all'art. 2, n. 6 che «Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale. Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione».

³⁹ Corte di Giustizia, sez. II, Sentenza 18 luglio 2007, procedimento C-503/04, Commissione c. Germania:

“31. *La Repubblica federale di Germania, sostenuta dalla Repubblica francese, dal Regno dei Paesi Bassi e dalla Repubblica di Finlandia, fa valere tuttavia che l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, che permette agli Stati membri di prevedere nella loro legislazione che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione di un appalto pubblico, la proposizione di un ricorso può dar luogo soltanto alla concessione di un risarcimento danni, escludendo così ogni possibilità di risoluzione di detto contratto, si oppone a che la constatazione di un inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE con riferimento a un tale contratto comporti l'obbligo di risoluzione dello stesso. Secondo questi Stati membri, vi ostano ugualmente i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, il principio pacta sunt servanda, il diritto fondamentale di proprietà, l'art. 295 CE nonché la giurisprudenza della Corte sulla limitazione degli effetti di una sentenza nel tempo.*

32. *Tali argomenti non possono tuttavia trovare accoglimento.*

33. *Relativamente, innanzi tutto, all'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, la Corte ha già dichiarato che, benché detta disposizione autorizzi gli Stati membri a mantenere gli effetti di contratti conclusi in violazione delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici e tuteli così il legittimo affidamento dei contraenti, essa, tuttavia, non può, salvo ridurre la portata delle disposizioni del Trattato CE che istituiscono il mercato interno, avere come conseguenza che il comportamento delle amministrazioni aggiudicatrici nei confronti dei terzi debba essere considerato conforme al diritto comunitario successivamente alla conclusione di tali contratti (sentenza 10 aprile 2003, Commissione/Germania, cit., punto 39).*

34. *Orbene, se l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, non incide sull'applicazione dell'art. 226 CE, esso non può nemmeno incidere sull'applicazione dell'art. 228 CE, pena, in una situazione come quella del presente caso, la riduzione della portata delle disposizioni del Trattato CE che istituiscono il mercato interno.*

35. *Peraltro, l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, la quale ha per oggetto di garantire l'esistenza, in tutti gli Stati membri, di mezzi di ricorso efficaci in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto, al fine di garantire l'applicazione effettiva delle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (sentenza 12 dicembre 2002, causa C 470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I 11617, punto 71), riguarda, come risulta dal suo tenore letterale, il risarcimento che una persona lesa da una violazione commessa da un'amministrazione aggiudicatrice può ottenere da quest'ultima. Orbene, in ragione della sua specificità, questa disposizione non può essere considerata tale da regolare anche il rapporto tra uno Stato membro e la Commissione, rapporto che rientra nell'ambito degli artt. 226 CE e 228 CE.”*

rimozione del contratto, parrebbe nelle forme della risoluzione: sembrerebbe così potersi ricavare la conclusione che, ove il contratto non sia radicalmente nullo in base al diritto interno, lo stesso debba essere comunque rimosso.

L'eventuale limitazione della tutela giurisdizionale del terzo, illegittimamente escluso o pretermesso, nel senso della esclusione della tutela in forma specifica, troverebbe così una compensazione nell'obbligo, per l'amministrazione, di rimuovere in autotutela il negozio.

La riferita ricostruzione del quadro normativo, consapevole delle implicazioni che il diritto comunitario comporta sul terreno delle forme di invalidità negoziale conseguenti a violazioni della disciplina della concorrenza, sposta notevolmente il baricentro dell'assetto normativo degli interessi coinvolti nella fattispecie di contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima⁴⁰.

Del resto, è noto che per il diritto comunitario l'efficacia diretta dei "divieti contenuti negli artt. 81 e 82 del Trattato"⁴¹ si manifesta anche nel senso che il contratto, quando risulti essere lo strumento di una restrizione del gioco della concorrenza, genera una fattispecie di responsabilità che può essere fatta valere anche da quella delle parti del contratto medesimo che si sia determinata a stipulare in conseguenza della condizione di inferiorità determinata dallo squilibrio economico del rapporto⁴².

Stabilire se tutto ciò sia un bene o un male, in termini di equilibrio delle tutele, o se rappresenti una manifestazione di quello che – in relazione a certi arresti della giurisprudenza comunitaria – è stato definito "un fondamentalismo sommamente inquietante", che "nega in radice di prendere in considerazione qualsiasi altro interesse pubblico degno di protezione che non sia quello vincolato alla concorrenza d'impresa"⁴³, costituisce l'oggetto di un giudizio di valore che segue, e non precede, l'individuazione e la qualificazione del regime negoziale conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione del contratto stipulato in violazione della normativa comunitaria (primaria o derivata), ovvero della normativa interna di recepimento.

I percorsi della dottrina e della giurisprudenza sembrano dominati dall'esigenza di qualificare e sistematizzare il collegamento che lega il contratto, quale forma di esercizio dell'autonomia privata delle parti stipulanti, ed il provvedimento amministrativo, *lato sensu* legittimante la stipula, come atto dei pubblici poteri solitamente inteso – in quest'ottica – quale elemento della fattispecie necessario a rimuovere un ostacolo all'esercizio della capacità di diritto privato degli enti pubblici.

Così impostato il problema, tutte le ricostruzioni fin qui esaminate – annullabilità, nullità, inefficacia – possono apparire parimenti plausibili sul piano teorico.

Il riferito sforzo ricostruttivo sembra però prescindere dal dato che, in realtà, nelle fattispecie considerate - appalti pubblici di lavori, servizi o forniture - non di un qualsiasi contratto si tratta, ma di un contratto stipulato dalla pubblica amministrazione per assicurarsi (e per assicurare alla collettività) beni o servizi, e dunque di un contratto volto a soddisfare un interesse pubblico⁴⁴.

⁴⁰ Se, infatti, la nullità è "indice del giudizio di meritevolezza degli interessi programmati dalle parti rispetto ai valori perseguiti dalla comunità, con la conseguenza che l'ordinamento lo utilizza per negare la propria garanzia a programmazioni di interessi difformi dai suoi valori fondamentali" (R. TOMMASINI, *Nullità*, voce dell'*Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 866), la tesi dell'inefficacia proposta in giurisprudenza non sembra trovare corrispondenza in una disciplina decisamente più sbilanciata, anche nella scelta della sanzione negoziale, a favore della tutela del valore della concorrenza, rispetto alla tutela degli interessi antagonisti (quale quello alla certezza ed alla stabilità dei rapporti giuridici).

⁴¹ L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, 183.

⁴² Corte di Giustizia CE, 20 settembre 2001, nel procedimento C-453/99, caso *Courage*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 785, con nota di A. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*.

⁴³ T. RAMON FERNANDEZ, *La sentenza della Corte giust. 12 luglio 2001 ed il suo impatto nell'ordinamento urbanistico spagnolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 1194.

⁴⁴ Fra i civilisti questa notazione è già alla base del contributo di L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988 (ma ed. provvisoria, 1979), il quale osserva (79-80) come l'indagine del civilista "non può appagarsi (...) della semplice constatazione che la cerniera tra provvedimento e negozio è realizzata attraverso il condizionamento dell'efficacia del secondo in regione delle vicende giuridiche del primo (...), giacché attraverso il contratto volto al perseguimento di un fine pubblico (ad esempio, un appalto di opere pubbliche) l'amministrazione "non si limita a realizzare generici interessi di natura patrimoniale in funzione strumentale rispetto al perseguimento dei suoi fini istituzionali (ipotesi, quest'ultima, nella quale lo schema dell'evidenza pubblica assume, allora sì, rango soltanto formale, e quindi rilevanza limitata alla sola efficacia della fattispecie costitutiva del rapporto), ma realizza invece i propri specifici fini istituzionali (...): ora, proprio in tale tipo di ipotesi la rilevanza della funzione pubblica, pur non escludendo quella del

La valorizzazione di tale profilo è alla base del ripensamento dello statuto giuridico dell'attività privatistica dell'amministrazione, fondato su argomenti da tempo sostenuti da parte della dottrina⁴⁵, anche nell'ottica della costruzione di uno statuto unitario dell'attività – funzionale e negoziale – della pubblica amministrazione, incentrato sull'elemento comune della finalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico⁴⁶: elemento che, come si è visto, costituisce comunque un limite alla generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione, in relazione alla definizione dell' *“area delle capacità dell'ente pubblico che può compiere gli atti – e solo quelli – che gli sono esplicitamente o implicitamente permessi”*⁴⁷.

Il richiamo alla (limitata) capacità privatistica dell'amministrazione, non ha, in questi termini, il valore – formale – che ad esso è stato attribuito dalla costruzione giurisprudenziale che ha qualificato in termini di annullabilità lo stato patologico del contratto stipulato in forza di provvedimento illegittimo, ma si riverbera – sul piano sostanziale – nella considerazione che la *“realizzazione dello scopo istituzionale specificamente inerente al soggetto pubblico agente”* rileva *“come componente intrinseca della stessa funzione del negozio, e non anche come semplice momento funzionale degli atti provvedimentali presupposti, consequenziali o comunque connessi al negozio: se si vuole, quindi, come componente della causa di certe particolari figure di contratti della p.a. che, senza assurgere al rango di contratti ad oggetto pubblico, e restando invece qualificati da prestazioni caratterizzanti di tipo giusprivatistico, come quelle dell'appalto, si contraddistinguono non solo per l'inquadramento nello schema formale dell'evidenza pubblica, esattamente ritenuto suscettibile di applicazione anche ad altre ipotesi, ma anche per il peculiare modo di atteggiarsi dell'aspetto funzionale”*⁴⁸.

Nel momento in cui si riconosce che la causa del provvedimento di scelta del contraente ha riguardo non già alla stipula di un qualsiasi contratto avente un determinato contenuto, ma di un contratto conforme alle regole poste a presidio di valori ora non più meramente contabilistici, tale connotazione non può non riflettersi sulla sottostante causa negoziale, che si identifica con una più complessa – e connessa - funzione economico-sociale.

carattere privatistico della prestazione caratterizzante, non si esaurisce nell'impiego degli strumenti formali (deliberazione, gara, approvazioni, controlli, impegni di spesa, etc.), più o meno direttamente inerenti alla fattispecie costitutiva del rapporto, bensì proietta i suoi riflessi, anche indipendentemente dalle conseguenze dei condizionamenti della validità ed efficacia del fatto costitutivo, sulla disciplina sostanziale del rapporto”.

⁴⁵ G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, 1966, 147; F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e “contrattazione”*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1485; G. TORREGROSSA, *La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 55; ID., *L'opera pubblica fra leasing e concessione di costruzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 329 (in specie pp. 333/335); L. V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

⁴⁶ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, aggiornam., vol. VI, Milano, 2002, pp. 75 e segg., in specie pp. 93/98; ID., *Autorità e consenso*, relazione al XLVII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, pp. 21/48, in specie p. 43, ove l'affermazione secondo la quale *“in tutti gli atti consensuali, siano essi necessari o eventuali, il potere che l'amministrazione esercita è sempre potere amministrativo, mai (almeno in linea di principio, e fatte salve eventuali situazioni speciali, o, meglio, eccezionali) un potere libero, qualificabile (a pieno titolo) come autonomia privata”*.

⁴⁷ G. TORREGROSSA, *La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici*, cit., 53.

⁴⁸ L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit., 81.

Questo collegamento fra il profilo della capacità e quello della causa negoziale chiarisce in che modo l'evidenza pubblica giochi sul contratto un ruolo sostanziale, tale evidentemente da implicare un condizionamento in termini di validità dello strumento negoziale.

La tesi della nullità si radica dunque, oltre che per il ricorrere dello schema del negozio illegale, anche quale conseguenza del vizio della causa in relazione alla teorica del vincolo di scopo quale limite alla capacità negoziale della pubblica amministrazione: il requisito della causa, forse meglio dell'istituto della presupposizione, si presta a coniugare l'autonomia negoziale con la necessaria funzionalizzazione dell'azione amministrativa, sicché il mancato perseguimento delle finalità pubblicistiche cui è preordinata per legge una certa azione amministrativa ben può determinare una deficienza funzionale e con essa la nullità del contratto.

Il mutamento della causa del potere amministrativo di scelta del contraente (intesa – come accennato – come “*componente intrinseca della stessa funzione del negozio*”), ed il connesso mutamento del *modus operandi* dell’amministrazione contraente, si riverberano così sulla causa negoziale, contribuendo a qualificarla in termini di ragione di tutela di valori (anche) superindividuali, cui il contratto concluso dalla pubblica amministrazione è finalizzato: in quest’ottica, dunque, il contratto non è più soltanto un mezzo che consente all’amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma uno “*strumento a plurimo impiego*, assolvendo esso, a fianco a quella tradizionale di manifestazione dell’autonomia privata e di autoregolamentazione, alla funzione di mezzo per il perseguimento di interessi superindividuali”⁴⁹.

Se tale ultima affermazione è predicabile per i contratti fra privati, lo è ancor più per i contratti della pubblica amministrazione, nella consapevolezza del rinnovato connotato funzionale impresso alla categoria (che la affranca dall’asfittico di ruolo, appunto, di mero strumento di acquisizione di beni e servizi).

Alla stregua dei superiori rilievi sembra difficilmente condivisibile l’affermazione secondo la quale “*nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità; i primi condizionano, però, l’efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene ab origine inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa*”⁵⁰.

Il collegamento fra le due serie di atti è intrinsecamente ed inevitabilmente fondato su regole di validità.

Il rispetto delle regole dell’evidenza pubblica, in sede di scelta del contraente, costituisce dunque la necessaria garanzia della tutela dei valori, presidiati da norme imperative, cui è preordinata l’attività di diritto privato dell’amministrazione: l’accertamento della deviazione da tali regole, in sede di annullamento del provvedimento di aggiudicazione (od equipollente), non pare pertanto poter eludere un giudizio di validità del contratto: anche sotto il profilo della possibile inesistenza della

⁴⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XII ed. Napoli, 2006, 780. Sull’attenuazione del “*carattere individualistico*” del contratto, e sulla “*preminenza degli interessi generali sugli interessi particolari*” in materia contrattuale, già F. MESSINEO, voce “*Contratto- (Diritto privato- Teoria generale)*”; in *Enc. Dir.*, Vol. IX, Milano, 1961, p. 795, ove l’affermazione seguente: “*Che il contratto sia unicamente il mezzo per il conseguimento di finalità individuali, sembra impostazione dogmatica da abbandonare, in presenza di numerosi fatti nuovi, ai quali oggi assistiamo*”.

⁵⁰ Consiglio di Stato, sentenza n. 6666/2003. In realtà, come chiarito nel testo, tutta una serie di argomenti, di diritto positivo e di teoria generale, milita proprio nel senso di costruire la fattispecie negoziale pubblica in chiave sostanzialmente unitaria, sotto il profilo degli interessi tutelati e del giudizio di validità del risultato finale, pur nel permanere della diversità formale delle due fasi (quella procedimentale e quella negoziale in senso proprio), cui corrispondono due piani d’interesse diversi, uno dei quali risulta propedeutico rispetto all’altro: appare riduttivo relegare sul terreno della mera (in)efficacia una fattispecie complessa caratterizzata da una simile connessione funzionale.

In particolare, una adeguata considerazione dell’inquadramento sistematico dell’inefficacia negoziale definitiva, cui si è fatto cenno in precedenza, impedisce di trarre argomenti in tal senso dalla disciplina del collegamento negoziale (così, invece, Consiglio di Stato, VI sezione, decisione 2332/2003, cit.), figura che si caratterizza per la rilevanza di un interesse negoziale relativo ad una complessa operazione economica, ma alla quale è del tutto estranea la cura di un interesse pubblico legittimante l’operazione medesima.

Tale, figura, in ogni caso, non offre - sul piano della teoria generale - gli spunti invocati per escludere un condizionamento rilevante in termini di validità.

Secondo la decisione 2332/2003, infatti, “*anche nel diritto civile, in virtù del nesso inscindibile di connessione che avvince contratti (e, più in generale, negozi) collegati in via necessaria, la perdita di efficacia di uno dei contratti, per effetto di una patologia ovvero di una causa originaria o sopravvenuta che ne recida gli effetti, non ingenera una ipotesi di invalidità degli altri contratti (o dell’altro contratto) ma innesca un fenomeno di perdita di efficacia di una fattispecie pattizia che non può sopravvivere orfana delle altre tessere del mosaico negoziale*”.

Contro tale affermazione sta però il rilievo che “*il collegamento funzionale comporta l’unitarietà dell’interesse globalmente perseguito (...). La distinzione fra contratto unico e più contratti collegati ha di massima un’importanza ridotta proprio per l’unitarietà funzionale dell’operazione che contraddistingue il collegamento negoziale. Ai contratti collegati si applicano pertanto le regole della nullità parziale, per cui l’invalidità di un contratto può comportare l’invalidità degli altri che ad essi sono collegati (...)*” (C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il Contratto*, cit., p. 484).

Per questo, e solo per questo, i due contratti, per dirla con la decisione 2332, *simul stabunt, simul cadent*.

causa negoziale, correttamente intesa⁵¹.

La considerazione che l'attuale sistema normativo pone l'interesse – superindividuale – della concorrenza al centro della disciplina dei contratti della pubblica amministrazione, dovrebbe indurre a considerare, in ipotesi di accertata violazione di tale disciplina, che la sanzione civilistica posta a presidio di siffatto interesse è la nullità negoziale (per violazione di norme imperative, poste a presidio di interessi superindividuali)⁵².

Gli artt. 121, 122 e 124 del codice del processo amministrativo descrivono come “inefficacia” la conseguenza sul contratto dell'illegittimità dell'atto terminale della fase dell'evidenza pubblica (per violazione delle relative disposizioni).

Si tratta però di una nozione che non qualifica una specifica forma di invalidità, ma che ha una valenza puramente descrittiva degli effetti della (irrisolta) patologia negoziale⁵³.

Il legislatore non ha dunque inteso prendere posizione sulla questione della qualificazione sostanziale della forma di invalidità, limitandosi a stabilire – in ossequio al disposto della direttiva – la disciplina degli effetti della violazione, ed individuando nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la sede competente a conoscere della “dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione” [art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, cod. proc. amm.]: va infatti ricordato che la precedente dialettica giurisprudenziale aveva indagato il tema dell'invalidità negoziale nella prospettiva della soluzione di un problema di riparto, sicché risolta normativamente tale questione è parso sufficiente al legislatore – in un'ottica di politica del diritto – limitarsi a dar conto del regime degli effetti della patologia negoziale, senza sciogliere il nodo dell'opzione qualificatoria.

7.2. Il diritto processuale: il percorso di “europeizzazione della giustizia amministrativa” e la recente [sentenza n. 271/2019 della Corte costituzionale](#)

⁵¹ Tutto ciò prescinde da questioni che, in quest'ambito, seppure presentino un indubbio interesse sul piano ermeneutico, rischiano di apparire come meramente terminologiche o puramente nominalistiche – se eccessivamente enfatizzate – quanto alle conseguenze ultime del ragionamento: si può non convenire con la tesi della limitata capacità di diritto privato della pubblica amministrazione, ma anche l'opposta tesi della capacità generale difficilmente priva del riferito valore sostanziale-funzionale il collegamento fra provvedimento e contratto; essendo comunque le forme dell'agire (negoziale) dell'amministrazione tipiche e vincolate alla preventiva verifica del rispetto degli interessi collettivi che l'ordinamento assume come legittimanti il ricorso da parte della pubblica amministrazione allo strumento privatistico.

La giurisprudenza ha mostrato, in passato, di fare riferimento alla tesi della capacità limitata: la già citata decisione n. 6281 del 13 novembre 2002 della V sez. del Consiglio di Stato, ha infatti affermato che le modifiche apportate dall'amministrazione, in sede di approvazione, al contratto, configurano una “violazione delle norme imperative e non derogabili sulla capacità contrattuale dell'Ente (...)”, e che “nella ipotesi considerate, non sussistendo una capacità di diritto privato, liberamente esplicabile da parte della p.a., trattasi pur sempre di esercizio illegittimo della funzione amministrativa, che trasmoda in nullità del regolamento di interessi posto in essere al di fuori e senza la prescritta osservanza delle regole dell'evidenza pubblica (...).

⁵² Quanto sostenuto nel testo sconta ovviamente l'eccesso di semplificazione categoriale volutamente impresso all'analisi in funzione della delimitazione materiale della stessa: non va infatti dimenticato che, ad un livello di approfondimento appena poco più che superficiale, emerge che l'attuale disciplina dell'invalidità negoziale presenta, quale effetto “della frantumazione della figura del contratto”, (...) “lo stemperarsi della distinzione fra nullità e annullabilità” (N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 182 e segg., ove il rilievo che “la disciplina dei rimedi non solo si è venuta disarticolaro in una varietà di ipotesi, ma soprattutto non risulta più dettata in funzione della struttura dell'atto, valutata in rapporto al modo di porsi dei c.d. requisiti del contratto, ma viene invece volta a volta prevista in funzione sia della natura dell'operazione economica sia della qualità dei soggetti che stipulano il contratto”). Nondimeno, proprio la considerazione di tale relativismo dovrebbe ulteriormente rafforzare, per le considerazioni esposte nel testo, il convincimento che in materia di contratti della pubblica amministrazione la deviazione dalle regole di scelta del contraente non possa efficacemente rimediata che dalla figura della nullità, e dal relativo regime.

⁵³ In argomento sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *La parabola del provvedimento e quella del contratto*, Testo della relazione pronunciata l'11 aprile 2008 presso l'Università degli Studi di Palermo – Scuola Dottorale Internazionale di diritto ed economia “Tullio Ascarelli”, nell'ambito del ciclo di seminari del Dottorato di ricerca in diritto privato generale e diritto dell'impresa, in [Giustamm](#).

Il recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti ha inciso anche sulla disciplina della tutela processuale delle situazioni giuridiche soggettive implicate dal procedimento di evidenza pubblica.

Ad onta della tralozia affermazione dell'autonomia processuale degli Stati membri, la materia dei contratti della pubblica amministrazione è stata – forse più di altre - interessata da un fenomeno di *europizzazione della giustizia amministrativa*⁵⁴.

Qualcosa di analogo, in relazione ad istituti almeno in parte affini a quelli oggetto della dialettica che ha interessato e sta interessando la materia di contratti pubblici (la decorrenza del termine per impugnare rispetto alla conoscenza del provvedimento, e l'effettività della tutela in termini di effetto non solo caducatorio della pronuncia giurisdizionale), è infatti accaduto in sede di applicazione delle direttive comunitarie in materia di tutela ambientale⁵⁵.

In linea generale, e dunque non settoriale, il condizionamento sovranazionale del diritto processuale interno risulta poi ulteriormente caratterizzato dall'adeguamento al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁵⁶.

Nell'ambito di tale, generale fenomeno il modello di tutela processuale dell'interesse legittimo proconcorrenziale si segnala per il fatto di essere stato strutturato nel diritto interno in funzione delle concrete finalità del sistema rimediabile individuate in sede comunitaria: con oscillazioni, anche radicali, fra la preminenza delle regole di responsabilità ed il ritorno alla centralità delle regole di validità⁵⁷.

La disciplina attualmente contenuta nel codice del processo amministrativo (artt. 119/125) ha ora lo scopo di anticipare il problema indagato nel paragrafo precedente, evitando che vengano stipulati contratti sui quali possano aversi ricadute di possibili vizi dell'ammissione alla gara o dell'aggiudicazione.

Si tratta di un assetto impresso dalle direttive comunitarie di ultima generazione.

Nel bilanciamento fra istanze di tutela giurisdizionale ed esigenze di celerità delle procedure di gara, il legislatore italiano non ha mancato, tuttavia, di intervenire anche oltre tale schema, proponendo, in assenza di una specifica esigenza di adeguamento al diritto UE (ed anzi in possibile contrasto con esso), un *“nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda”*⁵⁸.

Si tratta di un istituto, figlio – nell'ambito del bilanciamento che si è indicato - di un'impostazione di politica del diritto mirata a *“definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte”*⁵⁹, che pur avendo avuto vita relativamente breve (esattamente un triennio) non ha mancato di suscitare forti perplessità e riserve circa la sua compatibilità con i caratteri del sistema italiano di giustizia amministrativa, soprattutto in relazione alla categoria

⁵⁴ Per riprendere la felice espressione che dà il titolo al volume di M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice?*, Europa Law Publishing, 2009.

⁵⁵ In relazione ai due temi indicati nel testo si vedano, rispettivamente, Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, sentenza 7 novembre 2019 in causa C-280/18; e Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, sentenza 3 ottobre 2019 in causa C-197/18.

⁵⁶ In argomento, da ultimo: C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2019, pp. 758 e ss.; e L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2019, pp. 731 e ss.

⁵⁷ In argomento G. TULUMELLO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione: dalle regole di validità alle regole di responsabilità, e ritorno*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, Giuffrè, 2011, 509 e segg., al quale si rinvia per i necessari approfondimenti.

⁵⁸ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 14 marzo 2017, n. 1059. Si tratta del c.d. rito super accelerato in materia di ammissioni ed esclusioni delle imprese alle (e dalle) gare, disciplinato dai commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 cod. proc. amm.: inseriti dall'art. 204, comma 1, lett. b) e d), d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ed abrogati dall'art. 1, comma 22, lett. a), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55.

⁵⁹ Consiglio di Stato, Adunanza della commissione speciale, parere n. 855 del 1° aprile 2016.

dell'interesse a ricorrere, e dubbi di compatibilità sia con la Costituzione che con il diritto comunitario⁶⁰.

Questi ultimi sono stati fugati dalla Corte di Giustizia con l'apposizione di una serie di condizioni, funzionali soprattutto a garantire la previsione, come contrappeso rispetto all'onere di immediata impugnazione, di una adeguata e tempestiva conoscenza degli atti divenuti per valutazione normativa immediatamente lesivi⁶¹.

La Corte costituzionale è pervenuta a conclusioni analoghe, ma all'esito di un ragionamento più ampio, aperto anche (in ragione dei profili caratterizzanti la questione dedotta) alla considerazione degli aspetti sistematici: il che ne accresce l'importanza e l'interesse ben al di là dell'oggetto specifico della questione medesima e della stessa materia dei contratti pubblici (anche in considerazione del fatto che la Corte si è pronunciata su norme ormai abrogate, ma con affermazioni di enorme rilevanza per questioni ancora sul tappeto)⁶².

L'argomentazione della Corte muove dalla chiara – ed utile – riaffermazione di un principio: *“Non vi è dubbio che, alla luce degli invocati parametri costituzionali, la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, sia primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini”*.

Escludendo che un siffatto modello di tutela processuale abbia introdotto *“una giurisdizione di tipo oggettivo volta a tutelare in via esclusiva o prioritaria l'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di affidamento”*, la sentenza 271 afferma con chiarezza che *“se è vero che gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari, ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, sempre che sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo”*⁶³.

Quest'ultimo monito della Corte assume un rilievo assai significativo.

La condizione implicita perché la legittimazione processuale dell'interesse strumentale risulti conforme al modello di tutela degli interessi legittimi disegnato dalla Costituzione, è l'assenza del rischio di un abuso della categoria: accertamento che, evidentemente, potrebbe essere precluso in concreto al giudice comune, chiamato a (dover) fare applicazione della disposizione che ammette tale legittimazione.

Il riferimento sembra chiaro ed evidente.

Le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici oltre al descritto modello rimediale, basato sulla preminenza della tutela fornita dal rispetto delle regole di validità, imporrebbero infatti, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, un approccio all'ordine di esame dei ricorsi diverso rispetto a quello suggerito dalle caratteristiche del sistema italiano di giustizia amministrativa: con una

⁶⁰ In argomento, M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [Federalismi.it](#); L. BERTONAZZI, *Abrogazione del rito c.d. super speciale di cui all'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a.*, in *Dir. Proc. Amm.*vo, 3/2019, pp. 1041 e ss.

⁶¹ Corte di giustizia, quarta sezione, ordinanza del 14 febbraio 2019, in causa C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus.

⁶² [Corte costituzionale, sentenza 13 dicembre 2019, n. 271](#).

⁶³ In materia di interesse all'impugnazione dei bandi, A. FONZI, *L'interesse ad agire nell'impugnazione dei bandi di gara alla luce dei recenti interventi normativi e giurisprudenziali. Una prospettiva costituzionalmente orientata*, in [Giustamm](#), n. 11/2019; L. BERTONAZZI, *Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi, Nota a: Consiglio di Stato ad. plen.*, 26 aprile 2018, n.4, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.3, 2019, 959.

valorizzazione dell'interesse strumentale rispetto all'interesse finale al bene della vita che invece è il preminente oggetto di tutela nel diritto processuale interno⁶⁴.

Non è un caso che la Corte, nel citare esempi di interesse strumentale - ulteriori rispetto a quello oggetto della questione dedotta – ritenuti compatibili con la disciplina costituzionale della tutela giurisdizionale amministrativa⁶⁵, lasci fuori dall'elencazione proprio quello al momento più critico.

La ragione la chiarisce un passaggio della motivazione della [sentenza n. 271/2019](#) che contiene uno spunto di riflessione ulteriore ed ancor più esplicito, laddove la Corte, per escludere l'irragionevolezza della scelta del legislatore, osserva che il rito super accelerato intendeva anche “porre rimedio alla proliferazione incontrollata dei giudizi “retrospettivi”, incentrati, attraverso il fuoco incrociato dei ricorsi principali e incidentali escludenti, sui requisiti di ammissione alla gara, così neutralizzando, per quanto possibile, «l'effetto “perverso” del ricorso incidentale», anche alla luce del difficile dialogo con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto (dialogo reso ancora più problematico dalla recente sentenza, 5 settembre 2019, sezione decima, in causa C-333/18, Lombardi srl, resa su rinvio pregiudiziale dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato)”⁶⁶.

Tale affermazione apre un fronte problematico – anche nel dialogo fra le Corti - di non poco momento, proprio alla luce dell'avvenuta abrogazione delle disposizioni censurate.

Non pare infatti azzardato rinvenire in tale passaggio argomentativo una esplicita critica alla giurisprudenza comunitaria sull'esame del ricorso incidentale, una volta venuto meno il possibile argine normativo interno all'abuso dell'interesse strumentale (reso possibile proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia), e al connesso “effetto perverso” sul processo amministrativo.

Se un siffatto monito possa preludere alla futura individuazione di un controlimite fondato sulle ragioni del modello di tutela costituzionale degli interessi legittimi, in relazione al rimarcato “solido collegamento con l'interesse finale”, è questione allo stato solo ipotetica: ma sicuramente di grande interesse, alla luce del rilevato (dalla stessa Corte costituzionale) “difficile dialogo” fra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e quella interna.

8. Le ricadute nell'ordinamento interno: 3) nuove incriminazioni, e bene-interesse tutelato:

La necessità di presidiare il procedimento di evidenza pubblica alla luce degli interessi superindividuali e non più meramente contabilistici che lo stesso tutela, ha indotto il legislatore ad introdurre – con l'art. 10 della legge 13 agosto 2010, n. 136 – una nuova fattispecie di reato: l'art. 353-bis del codice penale, rubricato “Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente”, stabilisce che “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, **turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di**

⁶⁴ Ci si riferisce alla nota vicenda dell'esame del ricorso incidentale, su cui da ultimo Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione X, sentenza 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi s.r.l.

In argomento: R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 2/2018, p. 325; F.G. SCOCA, *Sul c.d. interesse strumentale nelle procedure selettive (il contrasto tra giudice amministrativo e giudice europeo)*, in *Giustamm*, n. 11/2019.

⁶⁵ “(...) non mancano nell'ordinamento altre ipotesi positivizzate, in via normativa o giurisprudenziale, di tutela di interessi non “finali” (Consiglio di Stato, sezione sesta, 25 febbraio 2019, n. 1321). È il caso, per restare nell'ambito delle procedure di affidamento, dell'interesse strumentale alla edizione della gara che sia illegittimamente mancata, laddove il ricorrente non agisce, nell'immediato, per l'aggiudicazione ma per il suo interesse a partecipare alla procedura; ovvero, dell'interesse strumentale alla sua caducazione, pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze 25 febbraio 2014, n. 9, e 7 aprile 2011, n. 4)”.

⁶⁶ Esprime “perplexità sulla reale necessità di questa repentina e totale eliminazione, attuata attraverso la concitata procedura della decretazione d'urgenza”, M. LIPARI, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in *Giustizia Amministrativa*, 2019.

scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032 ».

Si tratta di un'incriminazione che sposta l'oggetto della tutela dall'effetto alla causa (dalla "libertà" di contrarre, al procedimento di evidenza pubblica), dall'alterazione della gara alla (illecita) predeterminazione del suo esito conformemente ad una *lex specialis* che altera e distorce la *par condicio* fra i concorrenti.

Come chiaramente precisato dalla giurisprudenza, l'azione consiste nel "*turbare mediante atti predeterminati il procedimento amministrativo di formazione del bando, allo scopo di condizionare la scelta del contraente. Poichè il condizionamento del contenuto del bando è il fine dell'azione, è evidente che il reato si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine medesimo. Per integrare il delitto, dunque, non è necessario che il contenuto del bando venga effettivamente modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente, nè, a maggior ragione, che la scelta del contraente venga effettivamente condizionata. È sufficiente, invece, che si verifichi un turbamento del processo amministrativo, ossia che la correttezza della procedura di predisposizione del bando sia messa concretamente in pericolo*" (Corte di Cassazione, sez. VI penale, sentenza 26 giugno 2018 n. 29267).

Si intende in tal modo anticipare sul piano diacronico la tutela penale – rispetto alla sede della "gara - con riferimento a qualsiasi fattore distorsivo tale da incidere sul regolare svolgimento del procedimento di evidenza pubblica: per un verso facendo risaltare la delicata funzione di quest'ultimo come sede della cura degli interessi superindividuali implicati dalla scelta da parte dell'amministrazione del contraente privato; e per altro verso, adeguando la repressione penale alle prassi devianti aventi ad oggetto non solo la selezione dell'offerta ma anche la predisposizione dei criteri per la stessa, ovvero l'affidamento diretto (senza gara) del contratto (in questo senso Corte di Cassazione, sez. VI penale, sentenza 16 febbraio 2017, n. 13431).

9. Conclusioni.

Il controllo di legalità operato dal giudice amministrativo sugli atti di esercizio dei poteri amministrativi di scelta del contraente è indubbiamente una garanzia giurisdizionale importante.

La giurisdizione interviene però in una fase già patologica: e comunque sconta i limiti strutturali di una giurisdizione di diritto soggettivo.

L'amministrazione, in particolare, dovrà tenere presente che per i cittadini la prima forma di insicurezza sociale è data da un'amministrazione comunque potenzialmente afflitta dalla tendenziale e naturale (nel senso precisato dalla dottrina richiamata in precedenza) deviazione non solo da regole di risultato, ma spesso anche da regole di legittimità formale o, come dicono i francesi, d'illegalità esterna.

Un interessante studio interdisciplinare si è occupato delle varie e complesse implicazioni (non necessariamente legate a fenomeni corruttivi, ma rilevanti prima ancora sul piano della consapevolezza e dell'efficacia dell'azione amministrativa) del fenomeno della deviazione dal principio d'imparzialità in funzione di una *logica del favore*⁶⁷.

Il problema, culturalmente, è dunque molto studiato in Europa, ma sul piano della prassi è purtroppo particolarmente riscontrato in vaste aree del nostro Paese.

Come ancor prima - e meglio - del diritto ci ha insegnato la letteratura, in un sistema di risorse limitate ogni favore implica un corrispondente sacrificio in danno di qualcuno⁶⁸.

Si può aggiungere che provoca inefficienza, diminuisce la fiducia nelle istituzioni e il grado di osservanza spontanea delle norme, cancella ogni possibile forma di merito, mina i fondamenti di una

⁶⁷ G.J. GUGLIELMI (a cura di), *La faveur et le droit*, Parigi, Presse universitarie de France, 2009.

⁶⁸ "Non ci sono al mondo persone più volgari dei nostri complici. L'occhiata obliqua dell'oste che mi riserva il vino migliore, e per conseguenza ne priva qualcun altro, bastava già, nei giorni della mia giovinezza, a ispirarmi un profondo disgusto per gli svaghi di Roma" (M. YOURCENAR, *Mémoires d'Hadrien*, trad. it., Torino, Einaudi, 1981, p. 17).

società basata su valori di civile convivenza, devasta l'obiettivo – consacrato già dal Trattato istitutivo della Comunità europea – di una reale coesione sociale.

L'auspicio è che la forza persuasiva di meccanismi giuridici evoluti possa modificare la tendenza all'alterazione del libero gioco del mercato, ed impiantare un regime di buona amministrazione nel quale i cittadini possano trovare un fattore di sicurezza sociale.

Perché il potere – e la ragione delle scelte compiute – deve esercitarsi nella sede formale che ad esso la legge attribuisce, e che costituirà l'oggetto del successivo sindacato in sede giurisdizionale degli atti con i quali è stato esercitato, e non in circuiti esterni (come invece dimostra la stessa eziologia del citato art. 353-*bis* cod. pen., la cui introduzione nell'ordinamento è finalizzata a punire la predeterminazione illecita del contenuto degli atti del procedimento di evidenza pubblica: segno evidente sia dell'evoluzione delle prassi illecite nel senso dell'anticipazione della soglia della condotta distorsiva, che dell'attenzione del legislatore alla tutela del libero gioco della concorrenza in quanto tale).

Diversamente, ove non si agisse con questa leva, ogni diversa misura sarebbe destinata ad essere fatalmente contraddetta dalle modalità concrete della sua applicazione: e sarebbe proprio il potere amministrativo, a causa delle ridette modalità del suo esercizio, l'oggetto di un fenomeno di eterogenesi dei fini che ne farebbe il primo fattore di insicurezza sociale.

Si dovrebbe allora inevitabilmente convenire con quelle posizioni che sottopongono a revisione critica – con prospettive scientifico-disciplinari eterogenee, ma convergenti nell'analisi – la stessa idoneità dello Stato democratico a garantire le idee di diritto e di giustizia come finora comunemente avvertite⁶⁹: con l'aggravante degli effetti che una simile prospettiva di scollamento fra la dimensione formale e la realtà sostanziale del potere legittimo produrrebbe in vaste aree del continente, nelle quali il vuoto è destinato ad essere riempito da una peculiare forma di manifestazione della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici⁷⁰.

Infine, sia consentita – vista anche la sede dell'incontro - una riflessione quasi banale.

È molto forte il rischio, specie in una giornata di studio meritoriamente dedicata alla memoria di Rosario Livatino, dell'ennesimo e quasi inevitabile richiamo - retorico ed enfatico: e per ciò solo inutile – alla dimensione etica, quale possibile soluzione salvifica dei gravi problemi connessi al tema di cui ci stiamo occupando.

Al di là della legittimazione od investitura di ciascuno a predicare (la pratica attenendo al foro interno) richiami alla moralità dei comportamenti, essi appaiono comunque inidonei ad incidere sul piano della efficacia degli strumenti di composizione del conflitto; inoltre, sul piano del metodo, una simile prospettiva “*costituisce una sorta di fuga dalle responsabilità del giurista e potrebbe apparire un alibi per giustificare l'inefficienza dei meccanismi giuridici proposti*”⁷¹.

⁶⁹ L. CANFORA, *Critica della retorica democratica*, Roma-Bari, 2002; E.J HOBBSAWN, *La fine dello Stato*, Milano, Rizzoli, 2007; L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, II ed., Parigi, 2007.

Su quest'ultima analisi si vedano le riflessioni critiche – formulate circa venti anni or sono, con riferimento alla prima edizione (del 1985), da G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987, p. 8: “Non sono quindi soltanto motivazioni di ordine giuridico-formale quelle che impediscono di recepire nel nostro ordinamento dorme di ‘Droit sans l'état’: il distacco fra individuo e Stato non può essere colmato configurando una organizzazione in cui vi sia ‘più società e meno Stato’, ma impegnandosi perché vi sia ‘più società dentro lo Stato’”.

⁷⁰ In argomento sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *Il giudice e lo storico: la responsabilità dell'associato per i reati-scopo fra dimensione penale-sostanziale e regole del ragionamento probatorio*, in *Cassazione penale*, 2002, 2508, ove una analisi del “*tema della giuridicità delle associazioni criminose, e dell'associazione mafiosa in particolare, sotto il profilo della possibilità o meno di qualificare tali organizzazioni come ordinamenti giuridici, attribuendo dunque il carattere della giuridicità alle regole interne al sodalizio*”.

⁷¹ G. TORREGROSSA, *Appaltare in Europa*, Calice, 1992. p. 75, ove la precisazione che “*L'area della ‘moralità’ e quella della giuridicità hanno confini diversi e non è il ricordo della necessaria eticità della norma giuridica che li può eliminare. Anche in un mondo popolato solo da S. Francesco e S. Chiara, il diritto deve essere presente ad indicare con la sua sanzione la via retta da seguire: così chiudeva un giurista cattolico come D. Barbero la sua polemica con F. Carnelutti sulla natura della norma giuridica*”.