

TRE ANNI DOPO LA PRIMA RIFORMA

Riccardo Villata

A distanza di tre anni dall'entrata in vigore della riforma appare consentito formulare alcune considerazioni.

Non pochi né secondari dubbi suggeriti dalla lettura della l. n. 205 paiono (almeno provvisoriamente, come si vedrà subito) risolti da pronunce chiarificatrici rese dai Giudici.

E così, le incertezze circa lo speciale processo concernente il silenzio della pubblica amministrazione, disciplinato dall'art. 2 di detta legge, sono state superate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹ nel senso di limitare il contenuto della sentenza favorevole per il ricorrente all'ordine rivolto all'Amministrazione di provvedere sull'istanza del cittadino entro il termine assegnato, senza alcuna indicazione su come l'Amministrazione medesima dovrà pronunciarsi.

La soluzione accolta² ha deluso le attese della maggior parte della dottrina³,

¹ Dec. 9 gennaio 2002, n. 1, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1.

² Seguita dalla giurisprudenza successiva: a titolo di esempio si veggano le sentenze del Cons. St., sez. V, 7 aprile 2003, n. 1836, in *Giur. it.*, 2003, 1940 (e ivi in nota ulteriori indicazioni), sez. V, 29 aprile 2003, n. 2196 e del TAR Lazio, sez. I, 6 maggio 2003 n. 3921, in *Urb. App.*, 2003, 1196 ss., con nota critica di L. TARANTINO, *Il silenzio e la giustizia procedurale pura*. Cfr. tuttavia in senso apparentemente diverso Cons. St., sez. V, 28 aprile 2003, n. 2119, in *Cons. Stato*, 2003, I, 983, che fa salva «l'ipotesi in cui il giudice stesso si limiti a riscontrare l'infondatezza della domanda, poiché in tal caso è proprio l'inaccogliabilità della pretesa sostanziale che impedisce di dare un esito positivo al ricorso». Nota M. ANDREIS, *Oggetto del giudizio sul silenzio e limiti alla tutela giurisdizionale*, in *Urb. App.*, 2003, 1346, che in tal modo si introdurrebbe, rompendo l'equilibrio della ricostruzione preferita dall'Adunanza plenaria, «la possibilità di accertare, sia pure in negativo, la (non) fondatezza della pretesa all'adozione di un certo atto». Occorre tuttavia tenere ben distinte due fattispecie: da un lato l'insussistenza dei presupposti per la formazione del silenzio rifiuto, tra cui, oltre quelli di rito, l'inesistenza di un dovere di pronunciarsi da parte della P.A., dall'altro l'insussistenza dei presupposti per un provvedimento di contenuto positivo; la prima fattispecie comporta una sentenza di rigetto nell'ottica della ricostruzione fatta propria dall'Adunanza plenaria.

³ Si veda per tutti lo scritto, che già dal titolo denuncia l'approccio polemico, di L. TARANTINO, *L'epilogo del silenzio, O sancta simplicitas!*, in *Urb. App.*, 2002, 420 ss.; cfr. pure S. MIRATE, *La natura del giudizio ex art. 21-bis della l. n. 1034/1971: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato limita il sindacato del giudice amministrativo all'illegittimità del silenzio*, in *Giur. it.*, 2002, 1285 ss., R. LEONARDI, *Il difficile rapporto tra esegesi letterale e buon senso: l'Adunanza plenaria limita i poteri del giudice amministrativo in tema di ricorsi avverso il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 2002, 815 ss.; ed ancora, sempre in chiave critica, M. VERONELLI, *L'inerzia della pubblica amministrazione davanti all'Adunanza plenaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 764 ss., M. D'ORSOGNA, *La tutela avverso il silenzio della P.A.*, in A. ZITO-D. DE CAROLIS (a cura di), *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, Milano, 2003, 170 ss.; R. GIOVAGNOLI, *La tutela del privato contro l'inerzia non qualificata*

soprattutto quella «più vivace», che considera risultato (anche) costituzionalmente necessario un processo amministrativo che accerti la fondatezza della pretesa ad un provvedimento favorevole e condanni l'Amministrazione ad emanarlo⁴; ma in ordine a detta soluzione richiamerei l'attenzione di tutti sulle meditate riflessioni svolte da Aldo Travi⁵ e da Filippo Satta⁶, nonché da ultimo sulle considerazioni prospettate in un recente saggio a sostegno delle tesi accolte dalla Plenaria⁷. Piuttosto occorre rilevare che resta aperta la discussione, anche all'interno del Consiglio di Stato, se nell'ipotesi di sopravvenienza di un provvedimento esplicito di diniego sia consentito utilizzare lo strumento dei motivi aggiunti al fine di integrare il ricorso avverso il silenzio⁸.

Ancora, la Corte costituzionale⁹ ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità del nuovo art. 21 l. Tar nella parte in cui esclude la tutela cautelare *ante causam* nel giudizio amministrativo, osservando da un lato che il legislatore nella sua discrezionalità (salvo il limite della manifesta irragionevolezza) può adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizione, e dall'altro che il sistema cautelare oggi positivamente disciplinato dalla legge garantisce l'effettività della tutela (anche alla luce dei nuovi mezzi di notifica in tempo reale e della sufficienza, nella fase iniziale della procedura, di un contraddittorio non completo).

Al riguardo tuttavia deve in primo luogo osservarsi che, superata l'eccezione di illegittimità costituzionale, resta il dubbio se non sia preferibile, tra le opzioni ri-

della p.a., in *Dir. e form.*, 2002, 397 ss. Da ultimo ampiamente L. TARANTINO, *Il giudizio sul silenzio amministrativo*, in F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, spec. 112 ss., ID., *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, 2003, 134 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il ricorso in materia di silenzio*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 272 ss.

⁴ Per evitare fraintendimenti, preciso subito che ben altro spessore hanno le considerazioni svolte da G. GRECO, *L'articolo 2 della l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, ss. e da F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, *ivi*, 239 ss.

⁵ Cfr. *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, 227 ss.

⁶ Del quale si veda *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 49. Condivisibile risulta pertanto l'impostazione metodologica di C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutela cautelare*, Padova, 2002, 5-6.

⁷ Ci si riferisce naturalmente a F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, 63 ss. il quale (p. 105) afferma in termini netti che «la decisione dell'Adunanza plenaria è pienamente condivisibile», dopo aver rilevato tra l'altro che «l'azione avverso il silenzio concerne le ipotesi di mancato compimento del circuito norma-effetto» (*op. cit.*, 77). Cfr. pure G. APREA, *Inottemperanza inerzia e commissario ad acta nella giustizia amministrativa*, Milano, 2003, 112 ss.; M. ANDREIS, *Oggetto del giudizio*, *cit.*

Ritiene che la soluzione accolta dall'Adunanza plenaria, pur rappresentando ad avviso dell'a. un passo indietro sul piano dell'effettività della tutela, fosse quasi obbligata alla luce dell'art. 2 della l. n. 205, S. DEL GATTO, *Giudizio contro il silenzio della pubblica amministrazione: verifica della pretesa o controllo del calendario?*, in *Giust. civ.*, 2002, 804 ss.

⁸ Sulla questione, anche per indicazioni della giurisprudenza oscillante tra la tesi positiva e la tesi negativa (veggasi ad es. nel primo senso Cons. St., sez. V, 10 aprile 2002, n. 1794, nel secondo Cons. St., sez. IV, 11 giugno 2002, n. 3256), da ultimo S. SPINELLI, *Ancora sull'oggetto del giudizio nel nuovo rito avverso il silenzio della p.a.*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 1586 ss.; M. ANDREIS, *Oggetto del giudizio*, *cit.*, 1340 ss.

⁹ Ord. 10 maggio 2002, n. 179, in *Urb. App.*, 2002, 791 ss., con nota di D. DE CAROLIS, *Tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: la Corte costituzionale pone fine al dibattito?*

messe alle scelte discrezionali del legislatore, prevedere anche per il processo amministrativo la tutela cautelare *ante causam*; la qual cosa però, si badi bene, significa propriamente ammettere la proponibilità della relativa domanda prima che venga iniziato il giudizio di merito, non già consentire per ciò solo la pronuncia del giudice su siffatta domanda *inaudita altera parte*, che rappresenta l'esito di una non necessaria variante procedimentale (in altri termini: tutela cautelare *ante causam* e tutela cautelare «a sorpresa», vale a dire accordata prima che la relativa domanda sia stata portata a conoscenza dell'altra parte per il rispetto del principio del contraddittorio, sono cose differenti, come del resto emerge con tutta chiarezza pure dalla semplice lettura degli artt. 669-*bis*, 669-*ter* e 669-*sexies* c.p.c.)¹⁰.

Ma soprattutto la questione si viene a riproporre in termini più stringenti per effetto della sentenza della Corte di Giustizia 15 maggio 2003 in causa C-214/2000 Commissione contro Regno di Spagna¹¹.

Già le conclusioni formulate dall'Avvocato generale Léger chiedevano alla Corte di dichiarare che il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza del diritto comunitario, e in particolare degli artt. 1 e 2 della c.d. Direttiva ricorsi, a mente dei quali deve essere eliminata qualsiasi difficoltà all'emanazione di ogni tipo di provvedimento cautelare utile, e segnatamente la necessità di proporre un previo ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice.

A sostegno delle sue richieste, l'Avvocato generale citava il noto precedente rappresentato dalla sentenza «Repubblica Ellenica», e aggiungeva l'apodittica quanto discutibile osservazione secondo cui altrimenti l'obiettivo di evitare o correggere le illegittimità commesse non potrebbe manifestamente essere raggiunto, non conciliandosi siffatto obiettivo – si affermava, ma non si spiegava per quali ragioni (forse perché impossibile) – con l'obbligo di un previo ricorso di merito (tuttavia non è questa la sede per approfondite considerazioni critiche, che dovrebbero estendersi nello specifico all'altra conclusione dell'Avvocato generale, volta a far dichiarare l'obbligo degli Stati membri di consentire l'immediata impugnativa di tutti gli atti endoprocedimentali, ivi compresi quelli che si limitano a richiedere ai concorrenti integrazioni documentali).

La Corte condivide su questo punto¹² la tesi della Commissione e dell'Avvocato generale e dichiara che il Regno di Spagna sarebbe venuto meno agli obblighi ad esso

¹⁰ Invece non sempre tale differenza viene tenuta presente dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativistiche: cfr. per tutti D. DE CAROLIS, *op. cit.*, e le pronunce ivi riportate.

¹¹ Annotata da R. CARANTA, *La tutela cautelare ante causam contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici*, in *Urb. App.*, 2003, 885 ss., da M.P. CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 899 ss., da P. LAZZARA, *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1155 ss. e da L. QUERZOLA, *La Corte di giustizia ancora come il Benvenuto Cellini dei diritti processuali nazionali: tutela cautelare e processo amministrativo spagnolo (o europeo?)*, *ivi*, 2004, 266 ss. Una sintesi degli orientamenti della Corte di giustizia in tema di tutela cautelare può leggersi ora in S. TARULLO, *La tutela cautelare: problemi derivanti dal diritto comunitario*, in E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, 216 ss.

¹² Non invece sulla necessità di consentire l'immediata impugnabilità di tutti gli atti endoproce-

incombenti in forza della Direttiva 89/665/CEE «*subordinando, in generale, la possibilità di adottare misure cautelari in relazione alle decisioni prese dalle Amministrazioni aggiudicatrici alla necessità di proporre previamente un ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice*».

Non pare consentito sottacere l'assoluta povertà della motivazione (punti 96-98), che si articola su tre premesse – a) il quinto considerando della Direttiva sottolinea che la brevità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici richiede un trattamento urgente delle violazioni di leggi inficanti tali procedure; b) a tal fine l'art. 2.1, lett. a) della medesima Direttiva obbliga gli Stati membri a prevedere provvedimenti provvisori, assunti con procedure d'urgenza, intesi a riparare la violazione denunciata, compresa la sospensione dell'aggiudicazione; c) la sentenza «Repubblica Ellenica» ha precisato che il provvedimento provvisorio deve essere consentito «indipendentemente da ogni azione previa» – per concludere che la normativa spagnola scrutinata risulterebbe non rispettare la Direttiva in questione «in quanto essa impone, come regola generale, la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per adottare un provvedimento provvisorio contro una decisione della amministrazione aggiudicatrice».

Sennonché:

– sul piano sistematico, la Corte tace in ordine all'obiezione che né le disposizioni del Trattato sui rimedi giurisdizionali¹³, né quelle contenute nel regolamento di procedura, e neppure la giurisprudenza della medesima Corte prevedono la tutela cautelare *ante causam*¹⁴;

– sul piano dell'«effettività» della tutela, ribadito che tale tutela deve di norma prevedere la previa notifica della istanza alle controparti¹⁵, non pare convincente invocare l'esigenza di una celere soluzione della lite¹⁶, giacché per un verso non sembra che i tempi necessari per redigere e notificare una richiesta adeguatamente motivata sotto il profilo del *fumus* e del danno sia significativamente diverso se l'atto contenga solo la domanda di tutela interinale e non già pure il ricorso «di

dimentali: cfr. sul punto R. CARANTA, *La tutela cautelare*, cit. V. però le considerazioni di M.P. CHITI, *La tutela*, cit., 901.

¹³ Si veda l'art. 242. In argomento per tutti P. BIAVATI-F. CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2000, 286 ss. L. QUERZOLA, *op. cit.*, 273-274, obietta ai critici della sentenza che la direttiva 89/665 appartiene al livello comunitario in senso ampio, e dunque destinato ad operare nel diritto interno degli Stati membri, mentre il processo comunitario è rito che regola solo le azioni esperibili nell'ordinamento comunitario, donde l'irrelevanza dell'accostamento. Sennonché si dovrebbe allora concludere che la tutela giurisdizionale offerta dalle norme processuali comunitarie, non prevedendo la tutela cautelare *ante causam*, incorre proprio in quella violazione del principio di effettività che l'ordinamento comunitario garantisce imponendo, secondo la Corte di giustizia, agli Stati una tutela di quel tipo. Conclusione, si direbbe, paradossale ed alla quale si fa preferire l'altra, secondo cui l'effettività della tutela giurisdizionale è assicurata anche in assenza di misure interinali che precedono l'instaurazione del giudizio di merito.

¹⁴ Ammette la circostanza R. CARANTA, *La tutela cautelare*, cit., 890.

¹⁵ Né questo è un profilo preso in considerazione dalla Corte di giustizia nella citata sentenza.

¹⁶ Così invece R. CARANTA, *La tutela cautelare*, cit., 890, che richiama altresì C. giust. CE, 12 dicembre 2002, in causa C-470/99, *Universale-Bau*, in *Racc.*, 2002, 1; diversamente M.P. CHITI, *La tutela*, cit., 902.

merito», per altro verso tale tutela per sua natura non è idonea a definire la lite, occorrendo a tale scopo se mai una celere sentenza¹⁷.

Né l'arresto della Corte di giustizia risulterebbe in qualche misura condivisibile ove si accettasse la proposta recentemente avanzata¹⁸ secondo cui in realtà detta Corte avrebbe inteso stabilire che il recepimento della direttiva ricorsi richiederebbe, onde garantire l'«effetto utile» della disciplina comunitaria, l'introduzione di un rito speciale autonomo a cognizione sommaria, come sarebbe tra l'altro dimostrato vuoi dalle conclusioni dell'Avvocato generale (laddove queste insistono sulla necessità dell'autonomia dell'istanza), vuoi dalla circostanza che la sentenza solo raramente fa riferimento alla tutela cautelare, esprimendosi piuttosto in termini di «trattamento urgente»¹⁹.

In senso contrario pare invero consentito osservare:

– non si vede quale fondamento giuridico potrebbe avere la pretesa della Comunità di addirittura imporre ai singoli Stati un rito sommario anziché a cognizione piena – ferme le esigenze di celerità ed effettività della tutela – in materia di appalti;

– un giudizio a cognizione sommaria non è più celere di una procedura che preveda efficaci misure cautelari; inoltre se, come necessario per elementari canoni costituzionali, deve essere prevista una, sia pur eventuale, fase a cognizione piena, la pronuncia sommaria non risulta neppure definitiva, sicché ne appare incerta la stabilità e non temporaneità;

– la sentenza della Corte definisce cautelare la misura in discussione proprio nella parte avente efficacia esterna diretta, vale a dire nel dispositivo.

Ciò non esclude²⁰, come si diceva poc'anzi, che il legislatore nella sua discrezionalità ben possa trasferire anche nel processo amministrativo la soluzione già adottata dal codice di procedura civile, o magari quella di ulteriore valorizzazione ed autonomizzazione delle misure cautelari introdotta con la recente riforma dei giudizi in materia societaria²¹.

Quali debbano essere, in linea di stretto diritto, le conseguenze nell'ordinamento italiano di una pronuncia resa non in un giudizio pregiudiziale *ex art. 234* bensì di inadempimento agli obblighi nascenti dal Trattato, proposto dalla Commissione *ex art. 226*, è peraltro questione che si rimette agli studiosi della materia²².

¹⁷ Ed infatti P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, ritiene che la Corte di giustizia abbia in mente piuttosto provvedimenti sommari che cautelari in senso proprio. Ma se così fosse, ancor meno fondato, direi, risulterebbe il richiamo alla non necessità di un «ricorso previo». V. comunque le osservazioni subito prospettate nel testo.

¹⁸ P. LAZZARA, *Tutela cautelare*, cit., spec. 186.

¹⁹ P. LAZZARA, *op. cit.*, 1185.

²⁰ Non favorevole a tale soluzione E.M. BARBIERI, *Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela «ante causam»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 1286 ss.

²¹ Ove tra l'altro i provvedimenti cautelari non perdono efficacia anche in caso di mancato inizio della causa di merito (cfr. art. 23, d.lgs. n. 6/2003).

²² Si segnala tuttavia il recente motivato decreto presidenziale del TAR Brescia, 10 marzo 2003, n.

Merita poi di essere segnalato che l'introduzione della consulenza tecnica ha ovviamente contribuito a consolidare la tendenza del giudice amministrativo a procedere ad una diretta cognizione del fatto e ad esplorare l'abbandono (sulla strada indicata da Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601²³, almeno per determinate controversie, della tesi secondo cui la c.d. discrezionalità tecnica, facendo parte delle valutazioni di merito riservate alla P.A., risulterebbe sindacabile solo nei limiti dell'assoluta illogicità.

Non senza tuttavia omettere di rammentare come il controllo intrinseco sul completamento delle norme caratterizzate dalla presenza di concetti giuridici indeterminati o che richiedono l'applicazione di regole del sapere specialistico venga distinto in «forte e «debole», concludendosi che il giudice si deve limitare al secondo (e dunque ai profili dell'attendibilità e della ragionevolezza) allorquando, acclarata la non inattendibilità delle opzioni tecniche dell'Amministrazione, si tratterebbe di scendere nel campo delle valutazioni opinabili (ma, appunto, non inattendibili: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287; sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156²⁴; ove si sottolinea, a giustificazione di ciò, come non sempre valutazioni di opportunità e scelte tecniche opinabili risultino in fatto agevolmente separabili).

Siffatta sceveratrice prospettiva non è da tutti condivisa²⁵, ma pare incontrare sempre più il consenso della giurisprudenza, anche dei Tribunali amministrativi regionali²⁶.

266, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 805 ss., con nota perplessa di B. COSSU, *Ancora in tema di tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, che ha ritenuto già sulle sole basi della sentenza «Repubblica Ellenica» che il rispetto del diritto comunitario imponga la possibilità pure oggi di disapplicare l'art. 21 l. Tar e di emanare provvedimenti cautelari *ante causam*.

Si noti che lo stesso Giudice con separata ord. 26 aprile 2003, n. 76 (pubblicata anche in *Urb. App.*, 2003, 1219 ss., con nota di D. DE CAROLIS, *Ancora sulla tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo* e in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 1286 ss., con nota di E. BARBIERI, *Diritto comunitario*, cit.) ha investito della questione la Corte di giustizia in via pregiudiziale ex art. 234 del Trattato: il probabile contenuto della futura pronuncia dovrebbe quindi chiudere in ogni caso la questione. Cfr. pure M.P. CHITI, *La tutela*, cit., 903.

²³ In *Dir. proc. amm.*, 2000, 182 ss., con note di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, e di P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*. Cfr. su tale pronuncia, richiamata in molti scritti (da ultimo G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, 2003, 11), specificamente pure L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 424 ss.

²⁴ Rispettivamente in *Cons. Stato*, 2001, I, 2274, e *Cons. Stato*, 2002, I, 867 e 2098.

²⁵ In senso critico su simile impostazione veggasi G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, 179 ss.; G. PESCE, *Poteri istruttori*, cit., 181 ss.; D. MASTRANGELO, *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità pareri e merito*, Bari, 2003, 185 ss.; F. LIGUORI, *Il sindacato «debole» sulle valutazioni riservate delle Amministrazioni indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 601 ss.; più articolata pare la posizione di D. DE CAROLIS, *L'accesso al fatto da parte del giudice amministrativo mediante il sindacato sulla discrezionalità tecnica*, in A. ZITO-D. DE CAROLIS (a cura di), *Giudice amministrativo*, cit., 67 ss. Ampie riflessioni critiche sul punto svolge N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, 206 ss. Esclude invece la sindacabilità delle valutazioni tecniche opinabili B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 437.

²⁶ Cfr. ad es. TAR Veneto, sez. I, 15 gennaio 2003, n. 401, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 1185 con no-

Pure i dubbi interpretativi nascenti dalla disposizione, contenuta nell'art. 23-*bis* della l. n. 1034, che dimezza i termini processuali, salvo quello relativo alla notifica dei ricorsi, nelle c.d. materie sensibili, hanno trovato una risposta precisa da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁷.

Una questione oggetto di approfonditi dibattiti, ma oggi forse da ritenersi risolta, concerne i rapporti tra l'azione di annullamento e la domanda di risarcimento danni, ed in particolare se la mancata impugnativa in termini del provvedimento asseritamente illegittimo precluda iniziative risarcitorie che quell'illegittimità presuppongano.

La dottrina è divisa²⁸, mentre la giurisprudenza largamente maggioritaria²⁹ appariva orientata verso la tesi più rigorosa anche prima che del problema fosse investita l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁰.

L'aspettativa di un *grand arrêt* del più autorevole giudice amministrativo, come noto, rimase peraltro in un primo tempo (almeno parzialmente) delusa, giacché la sent. 20 dicembre 2002 della Plenaria³¹ non si pronunciò sulla questione, dichiarata irrilevante nella specifica vicenda scrutinata, in quanto il ricorrente non aveva subito alcun pregiudizio patrimoniale.

ta di C. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999, n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, la quale (pp. 1193-1194) sottolinea come il sindacato intrinseco debole costituisca la regola per il giudice amministrativo, che in larga misura rifiuta il sindacato forte (vale a dire sostitutivo) delle valutazioni tecniche opinabili effettuate dall'amministrazione.

Sempre nella prospettiva di una tendenziale cautela del giudice amministrativo circa la sostituibilità delle scelte tecniche dell'Amministrazione Cons. St., sez. VI, 20 giugno 2003, n. 3684, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1383.

²⁷ Dec. 31 maggio 1992, n. 5, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 1164 ss. L'arresto della Plenaria è commentato da A. TRAVI, *L'art. 23-bis della l. n. 1034/1971 fra disciplina particolare e rito speciale*, in corso di pubblicazione sul n. 1/2004 di *Dir. proc. amm.*

²⁸ Per una compiuta esposizione delle argomentazioni a favore dell'autonomia dell'azione risarcitoria cfr. A. ROMANO TASSONE, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, spec. 989 ss.; cfr. pure D. D'ORSONA, *La tutela risarcitoria davanti al giudice amministrativo*, in E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo*, cit., 611 ss.

²⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 952; sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338; sez. V, 18 novembre 2002, n. 6393 rispettivamente in *Cons. Stato*, 2002, I, 367, 1328 e 2519. Questa giurisprudenza era pienamente condivisa da F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, 429, per il quale «la domanda di risarcimento è strettamente consequenziale a quella di annullamento: in quanto l'annullamento dell'atto e la successiva azione amministrativa che si conforma al giudicato non riescano a reintegrare l'interesse leso, è necessario che ciò avvenga per equivalente, vale a dire per il risarcimento del danno. Una domanda di risarcimento che non abbia a suo presupposto la rimozione dell'atto lesivo e l'insufficienza dei provvedimenti adottati in esecuzione del giudicato per porre rimedio al pregiudizio recato, non ha dunque senso» (l'autore conferma così l'opinione espressa, prima delle ultime riforme, in *Responsabilità della p.a.*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1374-1375. Cfr. pure C. ORREI, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2002, 195 ss.; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, Napoli, 2003, 84 ss.

Di diverso avviso, riprendendo l'impostazione della sentenza n. 500/1999 della Cassazione, TAR Brescia, 25 febbraio 2003, n. 283, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 1517, con nota di D. SCICOLONE, *La pregiudizialità amministrativa tra necessità ed autonomia dei giudizi*.

³⁰ Ord. sez. V, 6 maggio 2002, n. 2406, in *Giust. it.*, riv. on line.

³¹ In *Cons. Stato*, 2002, I.

In un secondo tempo tuttavia il medesimo Consesso ha affrontato espressamente il tema sottopostogli, concludendo nel senso che l'azione risarcitoria per danni provocati dalla lesione di un interesse legittimo risulta ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento invalido e coltivate con successo il relativo giudizio di annullamento³².

³² Ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 877 ss. con nota di G.P. CIRILLO, *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta dell'illecito derivante dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*. Altri commenti della sentenza si devono a C.E. GALLO, *L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla pregiudizialità amministrativa*, in *Urb. App.*, 2003, 802 ss. e a L. TORCHIA, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 573 ss.

I primi due autori si dichiarano motivatamente favorevoli al *dictum* giudiziale. Il primo, richiamando quanto già osservato in un precedente pregevole saggio monografico (G.P. CIRILLO, *Danno da illegittimità dell'azione amministrativa e giudizio risarcitorio*, Padova, 2001), sulla base della considerazione che solo l'eliminazione dell'atto illegittimo (e non già il mero accertamento della sua illegittimità) determina l'ingiustizia del danno e quindi si pone come fatto costitutivo dell'azione risarcitoria (si veggano le non dissonanti riflessioni di F. ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, Padova, 2002, 299 ss. nonché, facendo leva particolarmente sul dato testuale, che qualifica questione consequenziale quella risarcitoria, G. RUOPPOLO, *La tutela aquiliana dell'interesse*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 716 ss., spec. 761 ss.; tale dato rappresenta forse un ostacolo a condividere pienamente l'opinione di L. TORCHIA, *Giustizia amministrativa e risarcimento*, cit., 577-578; a favore della pregiudizialità pure G. VACIRCA, *Appunti sul risarcimento del danno nella giustizia amministrativa*, in *Giust. civ.*, 2001, II, 353 ss.). C.E. Gallo per parte sua riconduce l'esame dell'atto all'oggetto del giudizio risarcitorio, con la conseguenza che l'omessa impugnativa in termini dell'atto medesimo comporta acquiescenza, che si estende agli effetti dipendenti dalla stessa dichiarazione di volontà. Critica invece L. TORCHIA, *op. cit.*, 580-581, la quale adduce più di un esempio per dimostrare l'esistenza di fattispecie nelle quali non si vedrebbe come possa darsi un problema di pregiudizialità; ma bisogna intendersi: nessuno ha mai preteso sostenere che la regola della pregiudizialità ricorra in ogni ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione: e così non è certo pertinente richiamare i casi del danno da ritardo, o comunque da mero comportamento, o dell'annullamento d'ufficio già disposto dalla stessa autorità, poiché risulta palese che in detti casi non vi è (o non vi è più) un provvedimento illegittimo causativo del danno; quanto all'esaurimento degli effetti dell'atto, ciò non ha mai impedito alla giurisprudenza di procedere all'annullamento, a tutela o della sfera morale dell'interessato o proprio in vista di un'azione risarcitoria; che poi la soluzione dall'autrice avversata rappresenti la rinuncia alla conformazione del processo amministrativo come processo fondato sulla centralità del principio della domanda (così L. TORCHIA, *op. cit.*, 582) è affermazione condivisibile soltanto se tale principio significasse che alla parte fosse consentito richiedere qualunque cosa al giudice adito; del tutto condivisibile appare invece, come si vedrà più avanti, la critica della commistione da più di una pronuncia effettuata tra annullamento quale tutela ripristinatoria e reintegrazione in forma specifica (così L. TORCHIA, *op. e loc. ult. cit.*). Manifesta poi riserve sul piano del diritto comunitario A. D'ATTI, *Il «diritto europeo» e la questione della c.d. «pregiudizialità amministrativa»*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 884 ss., ma con argomentazioni non sempre convincenti. Decisamente critico il commento di G. GRUNER, *Considerazioni intorno alla così detta «pregiudizialità amministrativa»*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2003, 402 ss. (del quale tuttavia non possono ritenersi convincenti le considerazioni finali circa una supposta opzione per la natura oggettiva del processo amministrativo intrinsecamente collegata alla tesi della pregiudizialità necessaria: basti pensare alle analoghe limitazioni che incontra il giudice civile in materia di delibere societarie; v. ora anche F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti XLVIII Convegno di scienza dell'amministrazione, Milano, 2003, 239 ss., spec. 302 ss.). Sulla problematica in esame F. FRANCIOSI, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, in *Dir. amm.*, 2002, 23 ss. (che propone di costruire l'azione risarcitoria sganciata dall'azione di annullamento, ma esercitabile nel termine breve di decadenza del ricorso al giudice amministrativo), nonché ampiamente ora R. GAROFOLI-G.M. RACCA-M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al Giudice amministrativo*, Milano, 2003, 329 ss. e S. D'ANTONIO, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 25 ss. Contro

Quantunque la citata decisione riguardi la materia dell'urbanistica e non abbia definito una controversia insorta nel più dibattuto settore degli appalti, a favore di una sua probabile non mutabilità³³ a breve da parte di successivi arresti giudiziari³⁴ militano, tra l'altro (in disparte la citata consonanza ai progressi orientamenti della giurisprudenza):

– la circostanza che pure la Cassazione, disattendendo la propria originaria impostazione, sembra orientarsi nei medesimi sensi³⁵;

la tesi della pregiudizialità da ultimo G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, 98 ss.; M. TIBERII, *La nullità e l'illecito*, Napoli, 2003, 171 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004, 296 ss.; a favore invece, ribadendo l'opinione già manifestata in studi precedenti, L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 2137 ss.; C. VOLPE, *Attività amministrativa, illegittimo esercizio del potere e responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi*, in *Lex Italia.it*, n. 10/03. In conclusione non pare che in argomento la posizione assunta dalla giurisprudenza non trovi consensi in dottrina, sì da creare un conflitto (v. però S. D'ANTONIO, *Teoria e prassi*, cit., 130-131).

³³ Mutamento auspicato invece ad es. da S. TARULLO, *Il giusto processo*, cit., sulla base tuttavia di un'argomentazione che, scartati tutti gli elementi letterali e sistematici dopo aver criticato la tesi della cognizione solo *incidenter tantum* della questione di legittimità del provvedimento (*op. cit.*, 316-317), pone a fondamento dell'opzione preferita unicamente, sia pur con apprezzabile ampiezza di riferimenti, il principio di effettività della tutela, al quale principio, come altre volte ho apertamente confessato, non ritengo possa attribuirsi il ruolo di solutore di qualsiasi problema.

Neppure mi convince, pur apprezzando lo sforzo anche di questo autore, la tesi di M. TIBERII, *La nullità*, cit., 171 ss., spec. 183 ss., secondo cui la riconosciuta risarcibilità dell'interesse legittimo avrebbe fatto venir meno il fondamento della necessaria pregiudizialità dell'annullamento, vale a dire la degradazione del diritto soggettivo in forza dell'imperatività del provvedimento, a meno di affermare che tale imperatività comporti l'estinzione dell'interesse legittimo.

Senonché, mi parrebbe consentito obiettare, la precedente sistematica richiedeva il previo annullamento dell'atto avente efficacia degradatoria perché solo così risultava consentito ravvisare (non l'estinzione sibbene) la violazione di un diritto soggettivo, problematica questa che scompare dalla scena quando la lesione (non l'estinzione) dell'interesse legittimo viene riconosciuta risarcibile, lesione dell'interesse legittimo che all'atto imperativo è stata sempre ricondotta (ma senza ammetterne la risarcibilità) e costituente la fattispecie alla base del processo amministrativo. Né al riparo da dubbi lascia l'ulteriore rilievo dell'autore (*op. cit.*, 190) secondo cui la inoppugnabilità non risulterebbe, in buona sostanza, predicabile all'atto illegittimo in quanto produttivo di un illecito (laddove cagioni un danno risarcibile): in tal guisa infatti, ammessa la risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo, l'inoppugnabilità verrebbe sempre (o quasi) meno.

³⁴ Veggasi ad esempio, e proprio in tema di appalti, Cons. St., sez. V, 23 maggio 2003, n. 2792, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1173; Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2003, n. 3020, *ivi*, I, 1252.

³⁵ Cfr. Cass., sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538, in *Foro it.*, 2003, I, 2071, secondo cui in caso di omessa impugnazione dell'atto asseritamente illegittimo, poiché la situazione giuridica prodotta da tale atto può essere ritenuta non conforme al diritto oggettivo solo attuando la rimozione dell'atto stesso, la domanda risarcitoria deve essere rigettata «perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito». La sentenza della Cassazione, o meglio gli argomenti addotti dalla medesima a sostegno, non convincono L. TORCHIA, *Giustizia amministrativa e risarcimento*, cit., 585 (della quale però sembrerebbe eccessiva l'affermazione secondo cui se questo orientamento della Cassazione prevalessse «gli interessi legittimi diverrebbero rapidamente situazioni soggettive a ridotta, o solo nominale, risarcibilità») e A. TRAVI, *Pregiudizialità dell'annullamento e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, *ivi*, III, 2073, ss., che richiama pure le argomentazioni sviluppate da F.P. LUISO, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 46 ss. (il quale tuttavia in realtà costruisce la giurisdizione amministrativa sulla domanda risarcitoria come ipotesi di deroga alla giurisdizione per ragioni di connessione con la domanda di annullamento, al punto che la «giurisdizione prorogata»

– il conforme avviso manifestato già prima, sia pure incidentalmente, dalla stessa Plenaria, proprio in tema di appalti di opere pubbliche³⁶.

Altri problemi insorti sulla base della l. n. 205 sono ancora aperti.

Sul piano dei principi generali in punto di giurisdizione, è rimasto senza risposta il dubbio, che solo al Giudice delle leggi spetta definitivamente sciogliere, circa la compatibilità con il sistema costituzionale vigente di disposizioni legislative ordinarie che di fatto – si dice – estendono oltre il consentito la giurisdizione esclusiva, sostituendo quale criterio generale di riparto la materia alla natura della situazione soggettiva fatta valere³⁷.

Invero sulla questione di legittimità dell'art. 34 del d.lgs. n. 80/1998 sollevata

del giudice amministrativo sussisterebbe solo nel caso in cui quella domanda risultasse fondata) e da L. MONTESANO, *Il giudizio sulla responsabilità per danni e sulla illegittimità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 589. Ma veggasi in senso diverso su uno dei passaggi fondamentali delle riserve espresse da A. Travi (la natura solo pregiudiziale dell'accertamento dell'illegittimità) le osservazioni critiche, almeno per i c.d. interessi pretensivi, di G. VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo di risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 978, il quale precisa: «in un giudizio risarcitorio che abbia come fondamento la violazione di un'aspettativa rilevante (o di un interesse legittimo in senso stretto), l'accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa viene in rilievo non come presupposto della condotta (fatto), ma come elemento che qualifica (atto) la posizione soggettiva, sulla base di un giudizio riservato alla giurisdizione (necessaria) del giudice amministrativo. Di conseguenza, tale accertamento non può costituire oggetto di una questione pregiudiziale da decidere con efficacia endoprocessuale, ma riguarda un elemento da accertare con efficacia di giudicato ...»; cfr. pure F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*, nonché, in vario senso, E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, in *Foro it.*, 1999, I, 3226 ss. (che parla di pregiudizialità in senso logico) e S. MENCHINI, *Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 103 (che invece si esprime in termini di vera e propria pregiudizialità in senso tecnico a proposito della questione di legittimità del provvedimento nella successiva controversia risarcitoria). Le due pronunce citate sono brevemente commentate pure da P. GALLO, *Pregiudizialità e disapplicazione al vaglio di Plenaria e Cassazione*, in *Urb. App.*, 2003, 688 ss.

³⁶ Cfr. Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 792 ss., con nota di L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, e in *Urb. App.*, 2003, 559 ss. con nota di F. MARTINELLI, *L'Adunanza plenaria interviene in tema di impugnazione immediata dei bandi di gara*, dove, pur dichiarandosi impregiudicata la questione generale, si opina per la necessaria pregiudizialità dell'annullamento «tutte le volte che si sia di fronte alla necessità di stabilire le conseguenze dell'annullamento degli atti di gara sul contratto eventualmente stipulato». La decisione della Plenaria supera, come noto, le discussioni circa il momento in cui sorge l'onere di impugnazione dei bandi di gara, ribadendo la validità della tesi classica, seguita ad es. da Cons. St., sez. V, 1° marzo 2003, n. 1161, in *Urb. App.*, 2003, 1084 ss., con nota di D. CHINELLO, *Il termine per la presentazione delle offerte negli appalti pubblici: profili di illegittimità e termini di impugnazione*.

³⁷ Cfr. per tutti le riflessioni sul tema svolte da A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002, 105 ss., 178 ss. e da F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, cit., 417 ss., spec. 421, ove la conclusione che il limite delle «materie determinate» deve ragionevolmente avere un significato preciso, sicché l'estensione della giurisdizione esclusiva può avvenire laddove le questioni risultino connesse, anche indirettamente, con un provvedimento della pubblica amministrazione; da ultimo D. PALLOTINO, *Osservazioni sulla legittimità costituzionale del nuovo sistema di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 1461 ss.; R. GAROFOLI-G.M. RACCA-M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, cit., 79 ss.; C. ORREI, *La tutela risarcitoria*, cit., 153 ss.; S. BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 365 ss. Equilibrate riflessioni da ultimo in F. SATTA, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente?) «specialità» della giurisdizione esclusiva alla ricerca di un'identità smarrita*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 29 ss. e in G. MONTEDORO, *La costituzionalità del nuovo assetto del riparto di giurisdizione dopo l'Adunanza plenaria n. 4 del 2003*, *ivi*, 2004, 94 ss.

dal Tribunale di Roma³⁸ richiamando, in particolare, gli artt. 100, 102 e 103 Cost. (oltre agli artt. 3, 24, 25, 111, 113), la Corte costituzionale, dopo lunga attesa, si è pronunciata con ord. 16 aprile 2002³⁹ di manifesta inammissibilità, in quanto il giudice remittente avrebbe omesso di indicare con sufficiente precisione l'oggetto del giudizio di costituzionalità, il che si risolverebbe in difetto di motivazione sulla rilevanza: in particolare, il Tribunale avrebbe denunciato genericamente l'art. 34 del d.lgs. n. 80 «senza specificare se intende impugnare, quale norma applicabile al giudizio de quo il testo originario della disposizione o il nuovo testo introdotto dall'art. 7 della l. 21 luglio 2000, n. 205». Medesima sorte, sia pur con una diversa motivazione⁴⁰, hanno incontrato le ordinanze del Trib. Firenze, 10 maggio e 18 giugno 2001, nonché quella 21 giugno 2001 della Corte di Cassazione⁴¹.

Incerto è divenuto l'inquadramento giuridico dei rapporti tra aggiudicazione dell'appalto e successivo contratto⁴² stipulato con l'impresa scelta all'esito della procedura ad evidenza pubblica⁴³.

La tesi classica seguita dalla Corte di Cassazione⁴⁴ – annullabilità del contratto

³⁸ Ord. 16 novembre 2000, in *Corriere giuridico*, 2001, 72 ss. (e *ivi*, commenti di V. CARBONE e di A. DI MAJO, *È costituzionale il nuovo riparto di giurisdizione?*); l'ordinanza prospetta una serie di argomenti perfettamente riferibili pure al precedente art. 33 in materia di pubblici servizi.

³⁹ In *Giust. it.*, riv. on line.

⁴⁰ In quanto la Corte costituzionale prospetta un'opzione interpretativa secondo cui l'art. 7 della citata legge avrebbe disciplinato direttamente la giurisdizione per i giudizi pendenti derogando all'art. 5 c.p.c.

⁴¹ Ord. Corte cost., 12 luglio 2002, n. 340, in *Giust. civ.*, 2003, I, 611 ss., con nota di G. GIOIA, *Agli squilli di tromba della Consulta fanno eco i rintocchi delle campane della Cassazione (retroattività e irretroattività della l. n. 205/2000)*; il contrasto cui fa riferimento l'autore riguarda la possibilità, suggerita dalla Corte costituzionale ma esclusa pochi giorni più tardi da Cass., Sez. Un., 13 agosto 2002, n. 12198, *ivi*, 614 della diversa interpretazione menzionata nella nota precedente.

⁴² Si noti che sembra doversi tenere distinto il problema dei rapporti tra concessione e convenzione accessiva: in argomento da ultimo, con ampia ricognizione dei precedenti e conclusione a favore della tesi secondo cui l'annullamento della prima (per mancanza della necessaria gara pubblica tra aspiranti) comporta l'inefficacia della seconda cfr. Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992, in *Cons. Stato*, 2003, 1232.

⁴³ In argomento cfr. da ultimo, anche per ulteriori indicazioni, R. GAROFOLI-G.M. RACCA-M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, cit., 558 ss.; G. CORAGGIO, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 776 ss.; P. CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; S. D'ANTONIO, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, cit., 236 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 544 ss.; M. LIPARI, *Il processo speciale accelerato*, Milano, 2003, 269 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2003, 78 ss.; M. TIBERII, *La nullità e l'illecito*, Napoli, 2003, 171 ss.; P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 27 ss.; M. MONACILIUNI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto stipulato nelle more*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 2803 s.; M. SANINO, *Procedimento amministrativo e attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 2003; S. VALAGUZZA, *Illegittimità della procedura pubblicistica e sua interferenza sulla validità del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 284 ss.; F. GOISIS, *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo di procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne*, *ivi*, 2004, 202 ss.; F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, 645 ss.

⁴⁴ Ribadita nella sostanza recentemente da Cass., sez. I, 21 maggio 2002, n. 7429; per ulteriori indicazioni della giurisprudenza della Cassazione si rinvia a S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 286 ss. e a F.

da parte del giudice ordinario su iniziativa consentita solo all'ente appaltante⁴⁵ – non soddisfa più, soprattutto per i palesi difetti sul piano della insoddisfacente tutela che ne discende in capo al soggetto il cui ricorso avverso l'aggiudicazione sia stato accolto⁴⁶, il giudice amministrativo specie d'appello, che ora propone la più «morbidamente» tesi della nullità *ex art. 1418 c.c.*⁴⁷, talvolta per inesistenza del consenso *ex art. 1418, comma 2*, talaltra per violazione di norme imperative *ex art. 1418, comma 1*⁴⁸; ovvero prospetta, sovente argomentando *a contrario* dall'art. 14 del d.lgs. n. 190/2002⁴⁹, un più radicale effetto caducante da riconoscersi all'annullamento

GOISIS, *op. cit.*, 207 ss., il quale sottolinea che in realtà la posizione della Suprema Corte risulta assai più articolata di quanto comunemente si afferma.

⁴⁵ In dottrina criticata da tempo ad es. da G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione fra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, 132 ss. Da ultimo A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 213 ss., sul pensiero del quale rilievi dissonanti in F. GOISIS, *op. cit.*, 223 ss., e S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 304 ss.

⁴⁶ Si potrebbe notare una certa paradossalità di una vicenda che fece cadere la tesi tradizionale dell'annullabilità del contratto su istanza dell'Amministrazione proprio nel momento in cui, riconosciuta la risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi, l'interessato si è visto attribuire la tutela risarcitoria, in tal guisa eliminandosi, almeno in parte, proprio la lamentata inutilità di aver ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione.

Si ricorda poi la tesi, prospettata da ultimo da S. VALAGUZZA, *Illegittimità della procedura*, cit., 309 ss., secondo cui all'annullamento dell'aggiudicazione seguirebbe sì l'annullabilità del contratto, ma per errore di diritto ai sensi dell'art. 1429 c.c., con ampliamento della legittimazione processuale al soggetto che ha ottenuto quell'annullamento, giustificato con il richiamo a disposizioni (quale l'art. 184 c.c.) che simile ampliamento contemplano. Contrario peraltro alla possibilità di ricorrere all'art. 1429, in ragione soprattutto dei limiti alla legittimazione posti da detta norma, è F. SATTA, *L'annullamento*, cit., 671.

⁴⁷ Cfr. in tal senso ad es. TAR Campania-Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, in *Foro amm.*, 2002, 2591 ss. con nota di M. MONTEDURO, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale svolta della giurisprudenza tra luci ed ombre*; TAR Puglia-Bari, sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394, in *Giust. it.*, riv.on line; Cons. St., sez. V, 5 marzo 2003, n. 1238, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 959 ss., con nota adesiva di L. IEVA, *Annullamento degli atti dell'evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto*, con complete indicazioni di dottrina e giurisprudenza, alle quali può aggiungersi S. TUCILLO, *La giurisdizione esclusiva sull'evidenza pubblica e il regime del contratto stipulato all'esito dell'aggiudicazione illegittima: un problema ancora aperto*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 1345 ss. La tesi della nullità appare ora condivisa, con qualche cautela e temperamento, da M. SANINO, *Procedimento amministrativo*, cit., 78 ss., e più decisamente da M. MONACILIUNI, *Annullamento dell'aggiudicazione*, cit., 2876 ss., con la precisazione, alla luce delle sentenze al riguardo di TAR Campania, che tale nullità si verifica solo se l'annullamento dell'aggiudicazione contenga pure l'accertamento di chi fosse il soggetto al quale spettava l'aggiudicazione medesima, non bastando a tal fine l'esistenza di meri vizi procedurali. A favore della nullità, segnatamente per violazioni di norme imperative *ex art. 1418, comma 1*, si pronunciano anche F. SATTA, *L'annullamento*, cit., 669 e F. GOISIS, *In tema di conseguenze sul contratto*, cit., 232, con molteplici spunti argomentativi. Per tale problematica cfr. in generale soprattutto G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 431 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, ed ora A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative*, cit.

⁴⁸ Ma in realtà la tesi, come pure quella dell'annullabilità, si articola in più numerose varianti: per un catalogo completo si rinvia a P. CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, cit., e ai due studi di M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto, tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e form.*, 2002, 245 ss., *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, *ivi*, 2002, 1519 ss., nonché *Il processo speciale*, cit., 269 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso*, cit., 78 ss.; P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione*, cit., 20 ss.; M. MONACILIUNI, *op. cit.*, 2810 ss.

⁴⁹ Frequente è in giurisprudenza l'utilizzo di simile argomento, non scartato neppure da M. LIPA-