

PIERO GOTTI

*Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico  
e discrezionalità del giudice amministrativo*

*Sommario:* 1. Introduzione al tema e definizione dell'oggetto dell'indagine. – 2. Cenni ai precedenti normativi e giurisprudenziali. – 3. Le opzioni interpretative prospettabili e prospettate in punto di qualificazione sistematica della giurisdizione in parola. – 4. La natura dei poteri del giudice: a) esclusione di una giurisdizione, sia pure innominata e atipica, di merito. - 5. *Segue b)* o di un giudizio di equità di matrice civilistica. - 6. *Segue c)* si tratta di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva di sola legittimità, per così dire 'speciale', in quanto caratterizzata da poteri cognitori giudiziali particolarmente incisivi. - 7. In dettaglio: la competenza giurisdizionale in tema di sanzioni cd. alternative. – 8. Una giurisdizione esclusiva in cui viene esercitata la cd. discrezionalità del giudice. – 8.1. In particolare: gli approdi della scienza giuridica in tema di discrezionalità del giudice civile. – 8.2. La discrezionalità del giudice amministrativo con riguardo alla fattispecie in esame – 9. Osservazioni di sintesi.

*1. Introduzione al tema e definizione dell'oggetto dell'indagine*

Il tema della sorte del contratto d'appalto pubblico a seguito dell'annullamento da parte del giudice amministrativo dell'aggiudicazione definitiva è, ormai, stato sviscerato in tutte le sue componenti, di ordine sia sostanziale che processuale, da numerosi contributi dottrinali – cui si sono affiancate alcune pronunce giurisprudenziali -, che si sono succeduti nel tempo e si sono intensificati soprattutto a partire dall'introduzione nel nostro ordinamento degli artt. 244<sup>1</sup> e 245<sup>2</sup> del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE), come

<sup>1</sup> Che recita testualmente: “*Giurisdizione* – 1. Il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici”.

<sup>2</sup> A sua volta l'art. 245, cit., è rubricato: *Strumenti di tutela*; seguono poi l'art. 245-bis: *Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni*, l'art. 245-ter: *Inefficacia dei contratti negli altri casi*, l'art. 245-quater: *Sanzioni amministrative*, l'art. 245-quinquies: *Tutela in forma specifica e per equivalente*.

poi modificato dall'art. 8 del d.lgs. n. 53/2010, che ha recepito la c.d. seconda direttiva n. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 modificativa delle direttive nn. 89/665/CEE e 92/13/CEE, in attuazione della delega, conferita al Governo, di cui all'art. 44 della legge n. 88/2009<sup>3</sup>, relativa appunto al “miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici” (di lavori, servizi e forniture). V'è, poi, da ricordare che il codice del processo amministrativo, contenuto nel d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, attuativo dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69<sup>4</sup> ed entrato in vigore il 16 settembre 2010, alla cui disciplina oggi rinviano gli artt. 245-*bis* e 245-*ter* del codice dei contratti pubblici (che sono stati, nel frattempo, novellati e trasfusi negli artt. 121 e 122 c.p.a.), regola ora dettagliatamente ai citati artt. 121 ss. il rito abbreviato concernente la “dichiarazione”, con alcuni distinguo, del giudice amministrativo “di inefficacia del contratto” stipulato tra amministrazione aggiudicatrice e privato appaltatore<sup>5</sup> e – si badi – ha espressamente collocato tale dichiarazione nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e.1, c.p.a.), ma non anche nell'ambito della giurisdizione estesa al merito (art. 134 c.p.a.).

<sup>3</sup> Recante “*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee Legge comunitaria 2008*”.

<sup>4</sup> Recante – com'è noto – “*delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo*” (*Codice del processo amministrativo*).

<sup>5</sup> In proposito, v'è da aggiungere qui per inciso - senza voler neppure sfiorare la complessa questione di ordine (apparentemente solo) processuale, ma affondante in realtà le sue radici nel diritto sostanziale - che si è posto, fin da subito, il problema di stabilire se, nel caso, si sia in presenza di azione e sentenza amministrativa meramente ‘di accertamento’, come, stando alla lettera della norma, si potrebbe essere indotti a pensare, oppure invece si tratti di azione e pronuncia ‘costitutiva’. La sentenza sul contratto – si è detto – *ex art. 121 c.p.a.* avrebbe natura dichiarativa, in quanto si limiterebbe ad accertare la realizzazione della fattispecie prevista dalla disposizione: a ciò corrisponderebbe la qualificazione in termini di nullità del contratto stipulato in violazione delle regole sancite nell'art. 121, salvo il caso in cui il giudice escluda la privazione totale degli effetti. Per contro, la dichiarazione di inefficacia *ex art. 122 c.p.a.* avrebbe natura costitutiva: soltanto una pronuncia del giudice potrebbe determinare l'inefficacia del contratto, ai sensi dell'art. 2908 c.c., e, dal punto di vista sostanziale, il vizio sarebbe quello dell'annullabilità.

Al riguardo si vedano, tra le altre, in giurisprudenza: T.a.r. Toscana, sez. I, n. 6579/2010, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., sez. III, n. 6838/2011, *ivi*, che parla di “accertamento costitutivo della ... inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione”; nonché Cons. St., sez. III, 11 marzo 2011, n. 1570, in *Guida dir.*, 2011, n. 16, 74, con nota di A. PONTE. In dottrina sul punto, sempre nel senso della negazione di sentenze meramente dichiarative, v. ampiamente: G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 7/2010, § 2, e in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 735-737; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2010, 1067 ss., spec. 1091-1094; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011, e in *Dir. proc. amm.*, 2011, 664 ss.; F. ASTONE, *Interesse pubblico, contratti delle pubbliche amministrazioni e tutela giurisdizionale: la prospettiva comunitaria (e quella interna, dopo il recepimento della direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo)*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. III, 1765 ss., spec.1831-32.

Al riguardo, l'attenzione degli interpreti sembra per il momento essersi concentrata prevalentemente sui profili di diritto sostanziale, ovvero si è appuntata perlopiù sul significato da attribuire al termine “privazione di effetti del contratto”, impiegato sia dalla direttiva CE del 2007 che dalla relativa legge delega<sup>6</sup>, ma – ed è questo il punto che qui interessa – non sono mancate neppure autorevoli prese di posizione<sup>7</sup> che, inoltre, hanno affrontato il problema, altrettanto importante, di stabilire quale tipo di giurisdizione eserciti veramente il giudice amministrativo nelle fattispecie in esame, riconducendolo anche al più vasto pro-

---

<sup>6</sup> La letteratura al riguardo è davvero imponente. Tra i contributi relativamente più recenti e significativi si vedano, senza alcuna pretesa di completezza, *ex multis*: F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 3, 569; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 5, 797 ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1029 ss.; ID., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 7/2010, § 3 ss., e in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 731 ss.; F. SAIITA, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, in *Dir. amm.*, 2009, 123 ss.; A. CARULLO, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in *Riv. trim. app.*, n. 4/2010, 977 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La “caducazione” del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm.-TAR*, 2006, 719 ss.; ID., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 3/2011, e in *Dir. proc. amm.*, 2011, 240 ss.; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal D.LGS. n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), n. 6/2010; I. FRANCO, *Giurisdizione sulle controversie in materia di contratti pubblici: incidenza della direttiva ricorsi e del decreto di recepimento*, in *Urb. app.*, 2010, 1391 ss.; A. BARTOLINI-S. FANTINI – F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. app.*, 2010, 657; M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 4/2008; ID., *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 11/2010; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), n. 7/2010; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo*, *cit.*, 1067 ss.; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto*, *cit.*, 664 ss.; A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 4/2010, 865 ss.; F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 4 /2008; F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 6/2010; F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul “nuovo” processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 3/2010; ID., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, 3 ss.; L. LAMBERTI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2/2011, e in G. CLEMENTE di S. LUCA, (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, vol. I, *La tutela delle situazioni soggettive nei confronti del potere amministrativo*, 355 ss.; M. SANINO, *Aggiudicazione illegittima e inefficacia del contratto: la questione è davvero risolta?*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. II, 1529 ss., ed *in*, ulteriore bibliografia citata.

Per una disamina del significato che ha acquisito il termine “privazione di effetti”, impiegato dalla direttiva 2007/66/CE, quale risulta dalla traduzione in alcune delle principali lingue europee (versione spagnola, inglese e francese), cfr. N. PAOLANTONIO, Cap. 5, *I riti compatti*, sez. III, *Il rito accelerato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2001, IV ed., 487 ss. e spec. 493, il quale sottolinea, tra l'altro, come la traduzione in altre lingue della stessa direttiva comunitaria non sia esattamente coincidente con il termine “privazione degli effetti”, inclinando i testi della direttiva tradotti in altre lingue (diverse da quella italiana) a fare riferimento piuttosto – com'è avvenuto da noi – all'inefficacia del contratto.

<sup>7</sup> Si vedano, in particolare, tra i primi: F. SAIITA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 6/2011, 1 ss.; P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 704 ss.; G. TROPEA, *L'“ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2011, 965 ss., spec. 1010 ss., 1014 ss.

blema del rapporto che, sempre con riferimento alle dette fattispecie, viene a delinearci – a seconda dell’opzione ermeneutica che si ritenga di accogliere – tra giurisdizione amministrativa *tout court* ed amministrazione pubblica in Italia, oggi. Rapporto da riguardare nel rispetto del fondamentale principio di separazione dei poteri, che definisce tuttora, nell’odierno Stato (sociale e interventista) di diritto, le relazioni intercorrenti tra i poteri pubblici quali fissate, in primo luogo, dalla Carta costituzionale.

In sintesi – lasciando sullo sfondo il profilo dell’evoluzione, da noi, del rapporto tra giurisdizione amministrativa ed amministrazione pubblica, vorremmo innanzitutto analizzare le varie ricostruzioni avanzate in dottrina a proposito della natura dei poteri esercitati dal giudice amministrativo in sede di pronuncia sull’efficacia o meno del contratto. E, in particolare, vorremmo appurare se siamo in presenza: *a)* di un’ipotesi (‘innominata’) di giurisdizione di merito; oppure *b)*, di un giudizio di equità; o, ancora, *c)* di un’ipotesi di giurisdizione esclusiva per così dire ‘speciale’, in quanto caratterizzata da poteri cognitori del giudice particolarmente incisivi<sup>8</sup>; oppure, infine, *d)* di un’ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva di sola legittimità, in verità un po’ *sui generis*, in cui il giudice conosce a fondo il fatto e compie, poi, ‘valutazioni’ circa la consistenza ed il temperamento dei vari interessi, pubblici e privati, in gioco nelle diverse fattispecie. Valutazioni che non comportano tuttavia, secondo noi, l’esercizio di una giurisdizione amministrativa di merito – in cui, cioè, siano esaminati ‘anche’ i vizi di merito, siano compiuti apprezzamenti di opportunità amministrativa e, comunque, il giudice si sostituisca all’amministrazione in esito alla risoluzione della specifica controversia -, ma rimangono sul piano della giurisdizione esclusiva di sola legittimità e sono da qualificare, invece, come espressione di esercizio della cd. ‘discrezionalità del giudice’. Istituto (o tema), quest’ultimo, non nuovo ma anzi studiato da tempo soprattutto dalla dottrina privatistica e processual-civilistica e che, a nostro avviso – come cercheremo di dimostrare – può trovare applicazione ed essere assunto quale ‘chiave di lettura’ di una serie di ipotesi che si rinvengono anche nel diritto amministrativo e nel diritto processuale amministrativo.

---

<sup>8</sup> Così ancora F. SAITTA, *op. cit.*, § 2, 2, §§ 3 e 4, 3-5. Dello stesso A. si veda anche in precedenza: *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) “specialità” della giurisdizione esclusiva alla ricerca di una identità*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2004, 58 ss.

Mentre volutamente, non ci occuperemo delle conseguenze giuridiche di natura sostanziale della dichiarazione o meno di inefficacia del contratto di appalto pubblico di cui agli artt. 121 ss. c.p.a.

## *2. Cenni ai precedenti normativi e giurisprudenziali*

Iniziamo, dunque, compiendo un breve *excursus* circa l'evoluzione sul piano normativo e giurisprudenziale registratasi in punto di sorte del menzionato contratto d'appalto pubblico e di qualificazione del tipo di giurisdizione amministrativa esercitata nel caso concreto.

Il percorso – com'è noto - può essere così riassunto.

La direttiva n. 2007/66/CE aveva soltanto autorizzato (“possono”) gli Stati membri a “prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stato aggiudicato illegittimamente”, e di irrogare “sanzioni alternative” (art. 2-*quinquies*, comma 3). Per il resto, la direttiva ricorsi (art. 2, § 2) si era ben guardata – com'è stato osservato<sup>9</sup> – dal puntualizzare le caratteristiche del predetto “organo di ricorso indipendente”, che quindi avrebbe anche potuto essere un organo di natura non giurisdizionale<sup>10</sup>, limitandosi a consentire agli Stati membri di conferire all'organo stesso “un'ampia discrezionalità al fine di tenere conto di tutti i fatti rilevanti” (art. 2-*sexies*, comma 2).

Nel frattempo, nelle more del recepimento della suddetta direttiva, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con decisione 30 luglio 2008, n. 9<sup>11</sup>, aveva indicato, per la pronuncia del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, la sede dell'ottemperanza, che

---

<sup>9</sup> Cfr. F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 30 aprile 2010,1.

<sup>10</sup> Per esempio, l'Autorità (indipendente) di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui all'art. 6 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*).

<sup>11</sup> In *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1134, nonché in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), nn. 7-8/2008 e in *Urb. app.*, n. 10/2008, 1142 ss., con nota di P. GALLO, *Consiglio di Stato e Corte di Cassazione finalmente d'accordo?*. Secondo tale pronuncia, tra l'altro, l'art. 244, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 va interpretato nel senso che la giurisdizione del giudice ordinario sussiste anche quando si tratti di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento dell'aggiudicazione della gara (v. in questo senso Cass., S.U., 23 aprile 2008, n. 10443, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. /2008), e, inoltre, si determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni, nell'ambito degli ulteriori provvedimenti che rimangono salvi, ai sensi dell'art. 26 della legge n. 1034 del 1971.

notoriamente è, ancor oggi, il caso più significativo della giurisdizione di merito (art. 134, lett. *a*), c.p.a.).

La citata legge delega n. 88/2009, art. 44, comma 3, lett. *b*) aveva, poi, fissato il criterio di recepire le disposizioni della direttiva n. 2007/66/CE “nell’ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito”.

Il Consiglio di Stato, nel parere reso dalla Commissione speciale 1° febbraio 2010, n. 368<sup>12</sup>, aveva invece sconsigliato il ricorso alla giurisdizione di merito, ancorché la legge delega consentisse tale opzione, in considerazione del fatto che la giurisdizione estesa al merito “presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a ‘sostituirsi’ all’amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione”, ma ritenute non opportune e/o non convenienti, mentre, nel caso di specie, il giudice amministrativo viene ad occuparsi essenzialmente di “controversie aventi ad oggetto aspetti” definiti – si badi – “di natura civilistica”, inerenti l’effetto dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto già stipulato; cosicché, “pur potendo essere prevista (...) la scelta da parte del giudice tra più rimedi, tale scelta non costituisce l’esercizio di un potere di merito, ma l’esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore”. E veniva, infine, espresso un dubbio circa la possibilità che l’interferenza sul contratto potesse costituire un’ipotesi di sostituzione del giudice all’amministrazione<sup>13</sup>.

In ossequio alle indicazioni del Consiglio di Stato il decreto attuativo – n. 53 del 2010 – ha conseguentemente soppresso il riferimento alla giurisdizione di merito ed ha parlato solamente di giurisdizione esclusiva, limitandosi, all’art. 7, ad aggiungere all’art. 244, comma 1, del codice dei contratti pubblici il seguente periodo: “*La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione e alle sanzioni alternative*”.

<sup>12</sup> V. Cons. Stato, parere Comm. spec. 1° febbraio 2010, n. 368, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 3/2010, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 2/2010, e di cui un ampio estratto è riportato anche da N. PAOLANTONIO, *Commento agli artt. 121 e 122*, in G. LEONE-L. MARUOTTI-C. SALTELLI, *Codice del processo amministrativo (commentato e annotato con la giurisprudenza)*, Padova, 2010, 916-918.

<sup>13</sup> Cfr. sul punto E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1074, nonché E. D’ARPE, *Appalti pubblici: i punti critici del D.L.vo 20 marzo 2010, n. 53 attuativo della “direttiva ricorso” 2007/66 delle Comunità Europee*, in *Giurisdiz. amm.*, n. 9/2010, IV, 419.

Per quanto concerne, inoltre, la giurisprudenza civile va tenuta presente la posizione assunta dalla Cass., S.U., con l'ordinanza 10 febbraio 2010, n. 2906<sup>14</sup>, a tenore della quale la situazione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive sottese alle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo "in sede di giurisdizione esclusiva" ai sensi della direttiva CE n. 66/2007. "Tale soluzione – prosegue la Corte – è ormai ineludibile ... quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione di esse al giudice amministrativo nelle materie di *giurisdizione esclusiva* ... e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara, fermo restando il potere del giudice amministrativo di preferire, motivatamente e – si badi – *in relazione agli interessi generali e pubblici* oggetto della controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dal ricorrente in via subordinata" (corsivi nostri).

Nella giurisprudenza amministrativa, antecedente all'entrata in vigore del c.p.a., si può ricordare, per tutte, la sentenza del T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-bis, 16 giugno 2010, n.18131<sup>15</sup>, secondo la quale il nuovo art. 245-ter del codice dei contratti pubblici del 2006, introdotto con il d.lgs. n. 53/2010, si rivolge al giudice amministrativo che annulla

---

<sup>14</sup> In [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 2/2010; in *Urb. app.*, 2010, 431, con nota di C. LAMBERTI, *Il punto di vista amministrativo*; in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2/2010, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 9/2009, commentata da F. CARDARELLI, in *Giurisdiz. amm.*, 2010, III, 162, nonché commentata da F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2011, VI ed., 2807 e nt. 14, 2808 e nt. 19. Nello stesso senso v. Cass., S.U., ord. 5 marzo 2010, n. 5291, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 3/2010.

Nella citata ordinanza n. 2906 la Cassazione, a sezioni unite, dopo aver sottoposto a rivisitazione il proprio precedente orientamento dicotomico in materia di appalti pubblici fondato sulla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi (con conseguente necessità della celebrazione di due distinti processi), al § 7 della motivazione (intitolato "*Effetti orizzontali della Direttiva n. 66 del 2007*"), non manca di riportare alcuni tratti salienti della direttiva europea, secondo cui, ad es., l'"organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice ... può disporre che il contratto stipulato sia considerato privo di effetti (art. 2-*quinqüies*, comma 1), prendendo in considerazione eventuali 'esigenze imperative connesse ad un interesse generale', che impongano il mantenimento degli effetti del contratto e riservando ai diritti nazionali la disciplina delle conseguenze di un contratto, di cui sia stata decisa comunque la prevista privazione di effetti".

Ancora, a detta della Corte, "va riconosciuto rilievo alla connessione tra le domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto di appalto concluso a seguito dell'illegittima aggiudicazione, con la conseguente attribuzione di entrambe alla *giurisdizione esclusiva* del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 244 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163" (cors. nostro). Per una prima applicazione della nuova disciplina v. T.a.r. Veneto, sez. I, 7 maggio 2010, n. 1838, e T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 27 maggio 2010, n. 1524, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>15</sup> In [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 6/2010.

l'aggiudicazione definitiva e stabilisce se dichiarare o meno inefficace il contratto, alla luce di una serie articolata di elementi<sup>16</sup>; e, ancora, rafforza il ruolo decisorio dell'organo giudicante, il quale opera nell'esercizio di una giurisdizione in materia d'aggiudicazione di appalti pubblici che viene certamente configurata come un caso di giurisdizione esclusiva, ma anche di merito, in virtù degli "incisivi poteri attribuiti al giudice" – sottolinea la pronuncia – "in ordine alla valutazione, all'opportunità ed alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto stipulato ovvero di porla nel nulla eventualmente con effetto retroattivo".

Infine, come già accennato, il codice del processo amministrativo, recependo a sua volta il contenuto delle norme del d.lgs. n. 53/2010, ha espressamente collocato la dichiarazione del giudice amministrativo di inefficacia del contratto nel *solo* ambito – si noti – della giurisdizione esclusiva, come risulta: *a*) in positivo, dalla norma ricognitiva dell'art. 133, che elenca, al comma 1, le materie di giurisdizione esclusiva e, alla lettera *e*), n. 1, la materia qui in discussione; e *b*), in negativo, (come risulta) dal dettato dell'art. 134, relativo alla giurisdizione di merito, che, tra i casi tassativamente elencati, non menziona le fattispecie di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. ; inoltre, tale ultima disposizione è da considerare di carattere eccezionale, suscettibile solo di un'interpretazione di stretto diritto, non anche di un'interpretazione estensiva né, a maggior ragione, analogica.

### *3. Le opzioni interpretative prospettabili e prospettate in punto di qualificazione sistematica della giurisdizione amministrativa in parola*

Così delineato succintamente il contesto generale, si può passare ad esaminare le varie opzioni ermeneutiche avanzate in dottrina in punto di tipo di giurisdizione amministrativa realmente esercitata nelle ipotesi di cui agli artt. 121-124 c.p.a.

Prima, però, va riepilogato il complesso dei poteri di cui è intestatario il giudice amministrativo nelle fattispecie in questione e va precisato che esso, ai sensi dell'art. 2 direttiva CE n. 66/2007, non solo è chiamato ad esercitare poteri cautelari, poteri istruttori, poteri di annullamento dell'aggiudicazione definitiva illegittima e poteri di risarcimento del danno;

---

<sup>16</sup> Ovvero – come recita l'art. 245-*ter*, appena citato nel testo – “tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta”.

ma – e questo ci serve a circoscrivere ed a dettagliare quella che si può convenire di chiamare la ‘discrezionalità del giudice amministrativo’ nel caso *de quo* – è titolare anche, ad esempio, del potere di scegliere *se* rendere o meno inefficace il contratto (la privazione di effetti non è considerata un esito automatico, ma, come visto, deve essere accertata da un organo di ricorso indipendente: 13mo ‘considerando’ della direttiva n. 66/2007, cit.), *se* privilegiare ragioni di interesse generale derogatorie dell’inefficacia del contratto in caso di ‘violazioni gravi’ (cioè di totale pretermissione dell’assetto concorrenziale), *se* accordare sanzioni alternative anche cumulandole con la parziale inefficacia del contratto, *se* far retroagire gli effetti dell’inefficacia al momento della stipulazione o limitarsi alla soppressione degli obblighi che rimangono da adempiere, *se* ed in quale misura applicare le sanzioni pecuniarie alternative *ovvero* limitarsi alla riduzione della durata delle prestazioni, *se* prevedere il possibile “recupero delle somme eventualmente versate nonché ogni altra forma di possibile restituzione” (21mo ‘considerando’ della direttiva). Inoltre – come esattamente è stato osservato<sup>17</sup> – l’esercizio della funzione giurisdizionale in questo caso è gravato dalla necessaria considerazione di *interessi molteplici*: quelli *privati* delle parti che si contendono l’aggiudicazione o l’accesso al mercato<sup>18</sup>; quello *pubblico* (soggettivamente tale) proprio della stazione appaltante, specialmente in caso di adozione di misure cautelari (v. art. 2, § 5, della direttiva); quello *generale* proprio della collettività, che ne fruisce diffusamente, e non della sola stazione appaltante (diverso dagli ‘interessi economici’ connessi al contratto<sup>19</sup>), il quale presidia alle “esigenze imperative” che impongono che gli effetti del contratto stipulato debbano essere mantenuti (v. art. 2-*quinqies*, § 3, della direttiva), e che è volto – come, del resto, quello della stazione appaltante – all’esecuzione rapida dell’opera pubblica o alla continuità dell’erogazione di un servizio<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Il punto è ben riassunto da F. CARDARELLI, *Commento a Cass., S.U., ord. n. 2906/2010, cit.*, 12.

<sup>18</sup> Interessi di cui sono portatori il titolare dell’impresa risultata aggiudicataria della gara ed il ricorrente secondo classificato, che, in caso di annullamento dell’aggiudicazione illegittima, potrebbe subentrare nell’esecuzione del contratto.

<sup>19</sup> Che sono individuati dalla norma nei maggiori costi derivanti dal ritardo nell’esecuzione del contratto, nella necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, nella modifica dell’operatore economico e negli obblighi di legge derivanti dalla dichiarazione di efficacia del contratto.

<sup>20</sup> In argomento si veda anche M. LIPARI, *L’annullamento dell’aggiudicazione, cit.*, § 12, che parla di “persistente riferimento normativo alla rilevanza dell’*interesse generale*, quale parametro vincolante la decisione del giudice” (interesse che può essere rinvenuto laddove l’oggetto contrattuale si presti ad una fruizione diffusa, anziché riguardare la sola stazione appaltante) ed aggiunge che il vero – se non esclusivo - *dominus* di tale interesse generale è la stessa pubblica amministrazione, che deve evidenziare le eventuali ragioni – obbiettive – contrastanti

Insomma, la molteplicità degli aspetti oggetto di considerazione da parte del giudice, la complessità delle valutazioni che egli è chiamato ad effettuare (più volte nella direttiva si fa riferimento alla necessità di valutare “tutti” gli aspetti pertinenti), la capacità di incidere sul contenuto del contratto<sup>21</sup> fanno dell’organo giudicante una figura centrale nell’applicazione corretta della direttiva. Con plurime, possibili implicazioni di vario genere, sulle quali tuttavia non possiamo soffermarci in questa sede<sup>22</sup>.

4. *La natura dei poteri del giudice: a) esclusione di una giurisdizione, sia pure innominata e atipica, di merito*

Tra i primi commentatori non è mancato chi ha dato per scontato di essere in presenza di un’ipotesi (‘speciale’ ed ‘innominata’) di *giurisdizione di merito*. Ciò – è stato affermato – “in quanto gli apprezzamenti che il giudice è chiamato a compiere implicano valutazioni sostitutive dell’attività amministrativa”, non soltanto alla luce della chiara indicazione in tal senso contenuta nella legge delega (art. 44, lett. *b*) n. 88/2009<sup>23</sup>, ma anche dopo che il Governo, seguendo le indicazioni del Consiglio di Stato, si è limitato a qualificare tale giurisdizione come esclusiva. A sostegno di siffatta interpretazione, si è osservato che al giudice amministrativo è attribuito – specie allorché gli è consentito di disporre che gli effetti del contratto siano mantenuti per il rispetto di “esigenze imperative” connesse ad un interesse

---

la conseguenza dell’inefficacia del contratto. Ancora cfr. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel Codice appalti e nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 11 luglio 2010, 85, nonché B. NOLA, *La sorte del contratto di appalto in caso di annullamento dell’illegittima aggiudicazione dopo la Direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo*, in *Riv. trim. app.*, n. 2/2011, 476 ss., spec. 482-483.

Infine, per uno sguardo panoramico alla dinamica diacronica degli interessi pubblici tutelati dall’Unione europea in materia di contratti pubblici d’appalto, quali disciplinati in primo luogo dalle direttive, succedutesi a più riprese, in materia, cfr. E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1068 -1071, ad avviso del quale per “la liberalizzazione del mercato dei contratti pubblici, aperto alla concorrenza degli imprenditori dei Paesi che costituiscono l’Unione Europea, la normativa comunitaria, recepita anche dalla nostra legislazione, ha posto regole di tutela delle imprese i cui interessi alla corretta e non discriminatoria competizione sono considerati pubblici alla pari di quelli di tutela dell’interesse patrimoniale della pubblica amministrazione e dell’azione della pubblica amministrazione retta dall’imparzialità e dal buon andamento “ (pp. 1069-1070). L’A. ricorda, inoltre, che il Consiglio di Stato, nel parere reso dalla Commissione speciale del 25 gennaio 2010 sullo schema di decreto legislativo poi divenuto il d.lgs. n. 53/2010, rileva che la direttiva 2007/66/CE, alla quale si dà attuazione, è innovativa per molti aspetti tra cui la tutela dell’interesse pubblico alla concorrenza (p. 10, in [www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio](http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio)).

<sup>21</sup> Capacità d’incidere che va ben oltre – sempre ad avviso di F. CARDARELLI, *op. cit.*, 12 – la mera ‘privazione di effetti’, estendendosi il potere del giudice amministrativo alla rimodulazione delle prescrizioni dedotte nell’appalto, alla sua durata ed anche al sinallagma funzionale originariamente cristallizzato.

<sup>22</sup> E per le quali si rinvia ancora, per un’efficace sintesi, a F. CARDARELLI, *op. cit.*, 12-13.

<sup>23</sup> Così R. CAPONIGRO, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm. – Cds*, 2009, 2450.

generale – “anche il potere-dovere di esercitare un’attività di valutazione dell’interesse pubblico sostitutiva di quella che potrebbe essere svolta dall’amministrazione”, e cioè “proprio quella scelta discrezionale attinente ai profili di opportunità e convenienza dell’agire amministrativo che costituisce il ‘cuore’ del merito amministrativo”<sup>24</sup>.

La soluzione accolta nel c.p.a è stata, tuttavia, da più parti criticata<sup>25</sup> in quanto dissonante rispetto all’impostazione seguita dalla sentenza dell’Adunanza plenaria, in precedenza richiamata, ed al criterio dettato dalla legge delega e perché smentita dai contenuti invasivi del potere attribuito al giudice (dalla scelta – come visto – sul *se* dichiarare l’inefficacia del contratto al *se* dichiararla *ex tunc* o *ex nunc*, sempre “*in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti*”, per usare la locuzione di sintesi impiegata dall’art. 44 della legge delega del 2009, fino all’adozione di “sanzioni alternative”, variamente configurate e graduate, incidenti anche sulla durata residua del rapporto contrattuale).

---

<sup>24</sup> Così R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010, il quale – con riferimento alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 53/2010 – ribadisce che il *corpus* normativo complessivo “attribuisce al giudice amministrativo una giurisdizione non solo esclusiva ma anche comprensiva di valutazioni che, afferendo alla comparazione ed alla ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie concreta, si estendono alla sfera del *merito amministrativo*” (cors. nostro); e ancora cfr. G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell’appalto*, *cit.*, *passim*; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell’aggiudicazione e inefficienza funzionale del contratto*, *cit.*, 263-264; M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 4/2010; R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto nella disciplina del Codice del processo amministrativo*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), n. 10/2010. In tal senso, anche se più cautamente, si esprime F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, *cit.*, § 3, 6, e § 7, 13-14, secondo il quale si potrebbe forse parlare di valutazioni di “merito, anche se gli interessi sono pur sempre catalogati dalla legge e, quindi, il giudice si configura come un soggetto che applica il diritto”; nonché G.C. SPATTINI, *Note minime su autorità indipendenti, separazione dei poteri e “giusto processo” nel Codice: ancora una “ingiustizia amministrativa” nei confronti della discrezionalità tecnica?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2/2011.

In giurisprudenza si è fatto, talvolta, riferimento ad un’ipotesi non codificata di giurisdizione estesa al merito: cfr. in tal senso T.a.r. Lazio, sez. I, 6 giugno 2008, n. 5578, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 1678, secondo cui “la giurisdizione del giudice amministrativo sul profilo sanzionatorio si estende al merito ai sensi dell’art. 23 L. 689/1981 applicabile in virtù del richiamo contenuto nell’art. 31 L. 287/1990, sicché il Tribunale, oltre ad annullare in tutto o in parte l’atto, può anche modificare lo stesso limitatamente all’entità della sanzione dovuta”.

Viceversa, Cass., S.U., 29 aprile 2005, n. 8882, in *Foro amm.-Cds*, 2005, 3210, hanno espressamente escluso che il potere di quantificare la sanzione fondi in qualche modo una giurisdizione del giudice amministrativo estesa al merito.

In argomento si veda, poi, ancora F. SAIITA, *op. cit.*, § 2, 2.

<sup>25</sup> Cfr. R. POLITI, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, al sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); oltre a R. CAPONIGRO, *op. cit.* alle precedenti note 23 e 24; ed a M. SANINO, *Aggiudicazione illegittima e inefficienza del contratto*, *cit.*, 1580, secondo il quale la penetrante valutazione compiuta dal giudice amministrativo sulle vicende contrattuali, ovvero l’apprezzamento della congruità di una sanzione pecuniaria in alternativa ad una pronuncia di inefficienza del contratto, inducono a pensare che, nei casi in parola, “la consistenza della giurisdizione sia davvero estesa al merito dell’assetto degli interessi tra le parti contendenti”.

Sennonché, come convincentemente è stato osservato e argomentato in seguito<sup>26</sup>, l'esclusione di questo contenzioso dall'ambito della giurisdizione di merito si riconnette alla restrizione dell'area stessa della giurisdizione di merito introdotta dal c.p.a. come riflesso, a sua volta, del potenziamento e della più generale riconfigurazione dei poteri cognitori e decisorio del giudice amministrativo sia nella giurisdizione di legittimità che in quella esclusiva. Non è, dunque, che i poteri esercitati dal giudice in tema di inefficacia del contratto non presentino i tratti che, tradizionalmente, sono stati riconosciuti ed attribuiti alla giurisdizione di merito; ma è che, più radicalmente, si andrebbe ridimensionando la nozione stessa della giurisdizione di merito, e conseguentemente il suo ambito di estensione, definito dagli artt. 7, comma 6, e 34, comma 1, lett. d), c.p.a.

Ancora, è stato rilevato che la giurisdizione di merito risulta “difficilmente compatibile con la cognizione di diritti soggettivi”<sup>27</sup> e che nella fattispecie essa non ricorre in quanto ha ad oggetto non già un atto amministrativo, bensì un contratto<sup>28</sup>. Ma si è, poi, subito aggiunto che, se pure è vero che nel caso in esame il giudice non tocca l'atto amministrativo impugnato, interferendo invece su un contratto, è altrettanto vero, tuttavia, che qui esso si sostituisce all'amministrazione nel compiere quelle “valutazioni di opportunità e convenienza che sono il tratto tipico del merito amministrativo, normalmente non sindacabile nella sede della legittimità”<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1075 e *passim*; in senso conforme G. TROPEA, *op. cit.*, 1032-1033.

<sup>27</sup> Cfr. M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi, il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, in *Foro amm.-TAR, Osservatorio* n. 1/2010, LXXXII- LXXXIII, che comunque evidenzia l'assegnazione al giudice amministrativo di forti poteri di ufficio comprendenti una valutazione di “vera e propria opportunità sulla conservazione del contratto”. *Contra*, invece, F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto, cit.*, § 4, 4, il quale obietta che, viceversa, la recente scelta del legislatore di devolvere alla giurisdizione, al contempo esclusiva (per espressa previsione dell'art. 21-*septies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990) e di merito (in quanto la sede in cui si affrontano simili questioni è il giudizio di ottemperanza), l'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato dimostra la piena compatibilità tra sindacato esteso al merito e diritti soggettivi.

<sup>28</sup> Cfr. G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, cit.*, 738.

<sup>29</sup> Così P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 23-24, e nota 61, ove l'A. – dopo essersi rifatto a G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 130 ss., ed a A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in *Dir. amm.*, 2008, 539 ss. – asserisce, conclusivamente, che se è vero che è precluso al giudice di legittimità di effettuare “una comparazione tra il grado di ragionevolezza di due scelte alternative, che rientra nel merito, riservato all'autorità amministrativa”, come rilevato anche da Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 1999, n. 53 (in *Foro amm.*, 1999, 63), allora dovrebbe ritenersi che nel caso dei poteri del giudice sulla sorte del contratto, si abbia a che fare proprio con un caso del genere, di “valutazione comparativa di alternative lecite in base a criteri di convenienza e opportunità”, anche rispetto all'interesse pubblico della stessa stazione committente, “ciò che sembrerebbe essere, per l'appunto, merito”. Di recente, in termini, circa la tradizionale distinzione fra la categoria della legittimità e quella del merito, al fine anche di comprendere quanto di ciò che

Questa tesi è stata, poi, confermata sia da una certa prima giurisprudenza<sup>30</sup> sia, successivamente, dalla dottrina<sup>31</sup>, anche alla luce di un'interpretazione sistematica della disciplina dettata dal c.p.a.<sup>32</sup>.

Infine, è da menzionare un autorevole studioso, che, facendo riferimento sia alle previsioni sul punto del c.p.a. sia a quelle della legislazione più recente in altri settori<sup>33</sup>, ha prospettato una ricostruzione più attuale ed aggiornata della giurisdizione (anche) di merito, la quale si caratterizzerebbe oggi non più per la circostanza che il giudice amministrativo compirebbe in essa valutazioni di opportunità, o conoscerebbe pienamente e direttamente del fatto (il che avverrebbe, ormai, anche nella giurisdizione generale di legittimità), ma per la circostanza che essa ricorrerebbe essenzialmente “in quei casi in cui eccezionalmente si rende necessaria una contestualità tra la tutela delle situazioni di interesse legittimo dei pri-

---

viene attualmente considerato come merito coincida veramente con i margini che la legge ‘riserva’ all'amministrazione, cfr. A. TRAVI, *Presentazione* di E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa* (Madrid, 2007), traduzione italiana, Milano, 2010, XV-XVI.

<sup>30</sup> Cfr. T.a.r. Lazio-Roma, sez. III *bis*, 16 giugno 2010, n. 18131, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 6/2010, che sottolinea gli incisivi poteri attribuiti al giudice “in ordine alla valutazione, all'opportunità ed alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto stipulato ovvero di porla nel nulla eventualmente con effetto retroattivo”; nonché Cons. St., sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo la quale – dal momento che è attribuito al giudice dell'ottemperanza anche la cognizione della pretesa a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in termini di risarcimento in forma specifica, non può dubitarsi che la cognizione dello stesso si estenda in tal caso anche all'accertamento costitutivo della relativa condizione, data dall'inefficacia del contratto a séguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, disposto nella precedente fase di cognizione; tanto perché la richiesta di tutela risarcitoria in forma specifica si esplica e realizza appunto con la domanda di caducazione del contratto d'appalto concluso in attuazione della gara svoltasi con procedura illegittima - sono da ricondurre alla giurisdizione di merito (di cui all'art. 134, comma 1, lett. a, c.p.a.) “gli incisivi poteri attribuiti al Giudice dall'art. 122 c.p.a. in ordine alla valutazione, all'opportunità ed alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto ovvero di porla nel nulla, eventualmente anche con effetto retroattivo”.

<sup>31</sup> Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione*, *cit.*, 263-264, secondo il quale a questo punto potrebbe aprirsi un ampio di battito circa la “possibile amministrativizzazione del giudice”, che, nella concreta ponderazione degli interessi antagonisti, sembra potersi avvalere di “una discrezionalità più propriamente pertinente all'esercizio del potere amministrativo”. Ed in proposito conclude: “che si tratti di un potere sostanzialmente di merito limitato dal solo parametro della ragionevolezza non sembra possibile dubitare; e però non sembra trattarsi di un potere ‘nuovo’ essendovi vari esempi di attribuzione al giudice di valutazione discrezionale di carattere concreto e specifico”. E sarebbe ipotizzabile, forse, anche un parallelo con la volontaria giurisdizione, che è un caso “classico” di amministrazione affidata ad organi giudiziari.

<sup>32</sup> Cfr. G. GIOVANNINI-R. CAPONIGRO, *Art. 7*, in A. QUARANTA-V. LOPILATO, (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D. Lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 106-108, i quali affermano che il *corpus* normativo attribuisce al giudice “anche il potere-dovere di esercitare un'attività di valutazione dell'interesse pubblico sostitutiva di quella che potrebbe essere svolta dall'amministrazione”.

<sup>33</sup> In particolare, viene fatto riferimento all'art. 1 ed all'art. 4, comma 2, lett. l, n. 2, della legge 4 marzo 2009, n. 15, con cui il Parlamento italiano ha disposto una delega al Governo finalizzata, tra l'altro, “all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e all'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni” e dei concessionari di servizi pubblici: con la peculiarità, tuttavia, che in quest'ultimo caso è il citato art. 4 a devolvere espressamente il relativo giudizio, che può promuovere ogni interessato, “alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo” (cd. *class action*).

vati e la tutela delle ragioni dell'*interesse pubblico*' (cors. nostro): come, appunto, accadrebbe nelle ipotesi di cui agli artt. 121 ss. c.p.a., in materia di stipulazione di contratti di appalto pubblico, in cui è necessaria la previsione nell'ordinamento di una giurisdizione amministrativa idonea a "conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell'*interesse pubblico*" obiettivo (cors. nostro)<sup>34</sup>.

La tesi in discussione (della ricorrenza di una giurisdizione 'innominata' di merito nelle fattispecie in parola) però, com'è stato giustamente notato, si pone in contrasto sia con il criterio interpretativo letterale – nella misura in cui, come detto, l'art. 133, comma 1, lett. e.1), c.p.a. parla di "giurisdizione esclusiva" e non anche di merito – sia con il criterio logico-sistemico – essendo quantomeno improbabile che il Governo, ove avesse avuto intenzione di prevedere un'ipotesi di giurisdizione estesa al merito, in contrasto con le indicazioni del Consiglio di Stato, non l'avrebbe prevista espressamente, mentre, recependo l'indicazione dello stesso Consiglio, ha esplicitamente qualificato la giurisdizione stessa come esclusiva *tout court* -. Inoltre, tale tesi - e questa osservazione sembra ineccepibile – non tiene conto del principio della tassatività dei casi di giurisdizione estesa al merito<sup>35</sup> (ora sancito nell'art. 7, comma 6, c.p.a. cit.): tra le materie devolute a tale giurisdizione (elencate nell'art. 134 dello stesso codice), infatti, non è in alcun modo contemplato il caso che qui viene in rilievo<sup>36</sup> ed è impensabile che si sia trattato di una svista della Commissione, che ha puntualmente operato l'inserimento nel codice della disposizione appena richiamata<sup>37</sup>.

Cosicché, risulta difficile sostenere, come era forse ipotizzabile prima del 16 settembre 2010, che nel nuovo disegno del processo sui contratti di appalto pubblico, come deli-

---

<sup>34</sup> Così A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. II, 1437 ss., spec. 1450-1452; ID., *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, IV ed., Torino, 2011, 105. Da ultimo, si tenga presente il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato 25 gennaio 2010, *cit.*, 66, ove si legge – come visto - che le controversie in questione hanno ad oggetto "aspetti di natura civilistica" inerenti l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto che mal si conciliano con l'esercizio dei poteri della giurisdizione di merito.

<sup>35</sup> Cfr., per tutte, al riguardo Cons. St., sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5310, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>36</sup> Osservazione, quest'ultima, condivisa da M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione*, *cit.*, § 7, secondo cui nel codice "l'elenco delle tassative ipotesi di giurisdizione di merito non fa alcun cenno alle controversie in materia di inefficacia del contratto".

<sup>37</sup> Cfr. F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, *cit.*, § 2, 2; del medesimo A. cfr. in precedenza, all'indomani dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 53/2010, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 4/2010, § 6.

neato dal c.p.a., si sia in presenza di una giurisdizione di merito ‘innominata’<sup>38</sup>; mentre si potrebbe, tutt’al più, criticare “la scelta del Governo” – e, prima ancora del Consiglio di Stato che l’ha in tal modo indirizzata – “di non aver seguito, a tal proposito, la legge delega”<sup>39/40</sup>.

E ciò, si badi, è da ritenere un punto fermo ed acquisito ancorché si accolga la ricostruzione avanzata da taluno secondo cui la giurisdizione amministrativa in certi casi, che vedremo più avanti al § 7 – e, più precisamente, quando il giudice dispone ‘sanzioni alternative’ (una sanzione pecuniaria a carico della stazione appaltante e/o la riduzione della durata residua del contratto, che colpisce anche l’appaltatore) in luogo della dichiarazione di inefficacia del medesimo, nelle ipotesi di cui all’art. 123, comma 3, c.p.a. –, sarebbe da ritenere una giurisdizione che da soggettiva e di parti diventa ‘oggettiva’, nel senso che curebbe solo il pubblico interesse leso dalla violazione di norme volte ad assicurare una serie di principi<sup>41</sup>, nonché ad assicurare le condizioni (astratte) per una tutela effettiva e piena degli operatori economici a vari fini<sup>42</sup>.

#### 5. Segue b) o di un giudizio di equità di matrice civilistica

In secondo luogo, si deve valutare se nel caso che ci occupa il giudice amministrativo non si muova piuttosto – secondo una impostazione che è stata definita “pan-civilistica” e

---

<sup>38</sup> Cfr. M. LIPARI, *ibidem*. Infine, contro la ricostruzione della giurisdizione in questione in termini di giurisdizione di merito, in cui il giudice amministrativo, sostituendosi all’amministrazione, potrebbe, in via del tutto eccezionale, valutare discrezionalmente “circa l’opportunità di tenere in vita un certo contratto”, si è espresso F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, cit., 22-23, il quale tuttavia obietta, in maniera che non appare in verità del tutto pertinente, che “la p.a. non ha il potere di decidere sulle sorti dei negozi giuridici privati

<sup>39</sup> Così, ancora, F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, cit., § 2, 2. In senso conforme cfr. P. CERBO, *Le “sanzioni alternative” nell’attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urb. app.*, 2010, 881 ss., spec. 886.

<sup>40</sup> Così E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1074. Escludono che in proposito siano demandate al giudice amministrativo valutazioni eccedenti i canoni della giurisdizione di legittimità, e da inquadrare piuttosto nella giurisdizione di merito, anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 355, e F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, cit., § 3.

<sup>41</sup> In particolare, i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e pubblicità delle procedure di affidamento.

<sup>42</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2011, 1141.

“giudice-centrica” – all’interno dell’ordine di idee e della cornice dogmatica costituiti dal diritto privato dei contratti<sup>43</sup>.

Così è stato affermato, ad esempio, che, da un punto di vista contenutistico, il potere esercitato dal giudice amministrativo sul contratto è assai vicino a quello esercitato dal giudice civile attraverso la risoluzione giudiziale<sup>44</sup>.

Quest’ultima tesi, però, offre il fianco ad un’obiezione, consistente nel fatto che nella dichiarazione di inefficacia siamo in presenza di un vizio genetico e non di una alterazione sopravvenuta del sinallagma contrattuale<sup>45</sup>.

Altri autori hanno impostato diversamente la questione e, partendo dalla funzione propriamente sanzionatoria attribuita alla risoluzione giudiziale da alcuni civilisti<sup>46</sup>, hanno sostenuto che, nel caso in esame, il giudice amministrativo esercita una potestà di cura di “interessi non circoscritti alle parti in giudizio”, potestà che “è a metà tra la sanzione e il ripristino dell’ordine violato”<sup>47</sup>.

Altri autori, ancora, hanno sottolineato la “natura più gestionale che decisoria” degli apprezzamenti (e delle conseguenti pronunce) demandati al giudice amministrativo nelle fattispecie in esame<sup>48</sup> e, prendendo spunto dall’uso abbondante, ricorrente nelle prescrizioni in parola, di concetti giuridici indeterminati di rinvio a *standards* valutativi, ne hanno indotto

---

<sup>43</sup> In argomento si veda tra gli altri, con dovizia di argomenti trattati, G. TROPEA, *op. cit.*, 998 ss.

<sup>44</sup> In questo senso, facendo riferimento alla direttiva n. 2007/66/CE, si era espresso M. LIPARI, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 9/2008, § 9; ID., *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto*, *ivi*, n. 7/2010, par. 27.

<sup>45</sup> La notazione è di G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE*, *cit.*, 1046, secondo il quale nel caso in questione “non pare appropriato richiamare l’istituto della risoluzione, anziché quello dell’annullamento. Al più si dovrà distinguere tra annullamento totale o parziale del contratto, con effetti *ex tunc* o meno, a seconda delle varie soluzioni consentite dalla Direttiva stessa”. Il richiamo alla risoluzione è, invece, di M. Lipari, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti del contratto*, *cit.*, 16.

<sup>46</sup> Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 147-148, e più di recente G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell’inadempiente*, Milano, 2001, 123 ss.

<sup>47</sup> Cfr. G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 888-889, pur ammettendo la difficoltà di ogni tentativo di classificazione, anche per la fluidità delle categorie civilistiche richiamate.

<sup>48</sup> Mette in luce questa “competenza tipicamente gestionale” A. BOTTO, *L’annullamento dell’aggiudicazione e gli effetti sul contratto*, in *I settori speciali nel codice dei contratti pubblici*, a cura di C. FRANCHINI e F. TITOMANLIO, Torino, 2010, 10.

che si rende, da questo punto di vista, “non privo di suggestione” il richiamo ipotizzato al giudizio di equità<sup>49</sup>.

In questa prospettiva – si è detto - la valutazione del giudice, finalizzata a decidere in ordine alla pronuncia di inefficacia del contratto, sarebbe, in ultima analisi ‘equitativa’ e questo esito è ottenuto mediante l'utilizzazione di regole riferite proprio al contratto in generale ed estranee alla logica tipica dell'evidenza pubblica.

Il richiamo all'equità cd. correttiva<sup>50</sup> apparirebbe, insomma, sicuramente pertinente ed utile poiché, in effetti, è questo tipo di potere discrezionale creativo di diritto ed integrativo *ex fide bona* del precetto giuridico indeterminato, che è attribuito al giudice, anche in diritto civile, allorché si tratti di ricomporre il rapporto giuridico in vario modo pregiudicato da atti o fatti illeciti mediante restituzioni, ripetizioni, risarcimenti ecc. (v. artt. 1226, 1227, 1450 e 1467, terzo comma, sulla *reductio ad equitatem*, 2058 c.c.)<sup>51</sup>.

In ogni caso – è stato ancora notato – resterebbe da approfondire il significato “operativo” della locuzione ‘giudizio secondo equità’, che suscita complessi problemi di teoria generale. Su questo punto si fronteggiano, tradizionalmente, almeno due scuole di pensiero:

---

<sup>49</sup> Cfr. M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice, cit.*, il quale riferisce di un importante filone interpretativo, che segue una prospettiva schematicamente definibile come “civilistica”, secondo cui la valutazione del giudice amministrativo finalizzata a decidere in ordine alla pronuncia di inefficacia del contratto – ex artt. 121 ss. c.p.a. – sarebbe, in ultima analisi, “equitativa”. In particolare, nel caso di specie, ci si troverebbe in presenza di una sorta di equità parzialmente “pilotata”, perché inserita nel quadro di appositi parametri normativi (per quanto incompleti, generici e sicuramente delineati come meramente esemplificativi).

Secondo F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto, cit.*, § 7, nelle controversie in questione il giudice dispone di poteri di apprezzamento molto ampi, in quanto è “chiamato quasi ad assumere una decisione di equità, senza che specifici parametri possano guidarne l'apprezzamento”. Cioché la protezione del singolo imprenditore si confronta – anche al di fuori dei casi che più direttamente concernono la concorrenza - con “un potere sanzionatorio ampiamente discrezionale esercitato non già dall'amministrazione, ma da un giudice”.

Da parte sua P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto, cit.*, § 4.2., proponendo un richiamo di stampo romanistico, aggiunge che potrebbe dirsi che qui si ha a che fare non con un *judicium strictum* (o *stricti juris*), bensì con un *judicium bonae fidei*, in forza del quale – come è stato precisato (cfr. sul punto A. GUARINO, *Diritto privato romano*, V ed., Napoli, 1976, 214-215) – al giudice era attribuito “un largo margine di valutazione discrezionale”, e cioè il potere di stabilire “*quidquid dare facere oportet ex fide bona*”:

<sup>50</sup> Secondo G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma, 1996, 166, l'equità correttiva “comporta il bilanciamento tra le prestazioni” e si rinviene, ad esempio, nel caso di riduzione della penale (art. 1384 c.c.), che può essere diminuita equamente dal giudice, avuto riguardo però all'interesse del creditore; in materia di corrispettivo non determinato dalle parti in materia di appalto (art. 1664), commissione (artt. 1733, 1736), agenzia (artt. 1749, 1751), mediazione (art. 1755), lavoro (artt. 2109, 2110, 2111, 2118, 2120): disposizioni, tutte queste, che presuppongono – si badi - “la domanda di parte”.

<sup>51</sup> Cfr. ancora P. CARPENTIERI, *op. cit.*, par. 4.2., 26.

l'una favorevole alla contrapposizione del giudizio di equità a quello secondo diritto; l'altra, invece, che vede nell'equità una sorta di sintesi dei principi dell'ordinamento giuridico.

Altra opinione, anch'essa di chiara matrice civilistica, pone in evidenza la natura di "clausole general?" dei larghi criteri fissati dalle disposizioni di cui agli artt. 121 e 122 ss. c.p.a.<sup>52</sup>.

Le menzionate norme prevederebbero, insomma, poteri del giudice ben presenti nel sistema del processo civile ordinario; con la precisazione che i criteri previsti risulterebbero più complessi sotto il profilo quantitativo, ma sostanzialmente analoghi sotto l'aspetto *qualitativo* e che il richiamo all'equità cd. correttiva potrebbe giovare a conciliare il principio di legalità con la giusta flessibilità applicativa delle regole legislative<sup>53</sup>.

Ebbene, com'è noto, a detta di un'opinione largamente diffusa l'equità consiste nel potere di attenuare il rigore del *summum jus*, con riferimento a particolari circostanze e situazioni non influenti secondo il diritto<sup>54</sup>, e si risolve nella giustizia erogata nel caso concreto, tenuto conto delle sue peculiarità<sup>55</sup>.

Inoltre, va distinta la cd. "equità sostitutiva" (del principio di legalità), che si ha quando è attribuito al giudice il potere di sostituire totalmente l'applicazione di una norma con un'autonoma decisione equitativa<sup>56</sup>, e la cd. "equità integrativa", che ricorre ogniqualvolta

<sup>52</sup> In sostanza ci si troverebbe in presenza – come riferisce la riportata dottrina (cfr. M. LIPARI, *op. ult. cit. loc. cit.*) – di una situazione analoga alle previsioni del codice civile, in materia di risoluzione del contratto e, in termini più latì, di obbligazioni: per esempio, la non scarsa importanza dell'inadempimento, l'eccessiva onerosità e l'alea normale del contratto, la rilevanza della partecipazione di una parte nel contratto plurilaterale; la buona fede contrattuale ed il dovere di correttezza.

<sup>53</sup> Cfr. ancora, rispettivamente, M. LIPARI, *op. ult. cit. loc. cit.*, e P. CARPENTIERI, *op. cit. loc. cit.*

<sup>54</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 25 maggio 1981, n. 3414, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2600.

<sup>55</sup> Ne segue – come bene è stato messo in evidenza – che "l'equità si pone come la giustizia del caso singolo, nella misura in cui mira a recuperare la peculiarità della fattispecie concreta pretermessa dalla norma generale ed astratta": così A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, V ed., II ristampa, 208 ss. In argomento cfr. anche G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2010, IV ed., 232 ss; ID., *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 387; V. DENTI, *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, Pavia, 1944.

<sup>56</sup> Potere giudiziale che, peraltro, non può risolversi in un giudizio extragiuridico perché c'è in gioco il principio della certezza delle relazioni giuridiche. Si veda al riguardo Corte cost. 6 luglio 2004 n. 206, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), la quale – nell'affrontare lo spinoso problema della compatibilità di un giudizio di equità con il principio di legalità, su cui si fonda la tutela giurisdizionale dei diritti e la soggezione del giudice alle leggi – ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 113, comma 2, c.p.c., nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare "i principi informativi della materia". In seguito cfr. Cass., sez. III, 11 gennaio 2005, n. 382, in *Nuova giurispr. civ. comm.*, 2006, 56 ss., e Cass. civ., sez. I, 11 luglio 2005, n. 14517, in *Guida al diritto*, 2005, n. 39, 61, secondo cui "la sola funzione che alla giurisdizione di equità può riconoscersi, in un sistema caratterizzato dal principio di legalità, a sua volta ancorato al principio di costituzionalità, nel quale la legge è lo strumento principale di attuazione dei principi costituzionali, è quella di individuare l'eventuale re-

non l'intera determinazione della fattispecie, ma solo una sua parte è rimessa al giudizio equitativo del giudice<sup>57</sup> e la comparazione degli interessi sostanziali è consentita al fine di colmare lacune nella disciplina del rapporto o di determinare il *quantum debeatur*, senza risoluzione di una controversia.

Ora, com'è stato osservato, per caratterizzare i poteri del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, potrebbe farsi ricorso alla nozione di equità giudiziale integrativa o correttiva<sup>58</sup>, non certo a quella di tipo suppletivo<sup>59</sup>, ed è appunto alla prima specie di equità che allude la dottrina da ultimo menzionata.

---

gola di giudizio non scritta che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua, tuttavia, della medesima disciplina cui si ispira la disciplina positiva”.

<sup>57</sup> Così A. PROTO PISANI, *op. cit.*, 208-210, che menziona tra i casi di equità sostitutiva, innanzi tutto, l'art. 113, comma 1, c.p.c., che enuncia il principio generale secondo cui “nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme di diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità”, nonché l'art. 113, comma 2, e l'art. 114, e tra i casi di equità integrativa cita gli artt. 432, 1226, 1374, 1333 e 2056 c.p.c. E ancora, *ex multis*, cfr.: G. ALPA, *op. cit.*, 164 ss., con ampi riferimenti di diritto comparato, nonché 106-107 (ove l'A., a proposito della clausola generale della ‘buona fede’ si rifà a F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretische Prae-zisierung der par. 242 BGB*, Tübingen 1957, ed a G. BOEHMER, *Grundlagen der burgerlichen Rechtsordnung*, 1952); G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso di base di diritto processuale civile*, IV ed., Padova, 2010, 76; M. GRADI, *Il sentimento di giustizia nei giudizi di equità necessaria e il controllo della decisione in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 279 ss.; A.D. DE SANTIS, nota redaz.le (a Cass., sez. trib., 21 febbraio 2007, n. 4055) in tema di giudizio secondo equità da parte del giudice di pace, in *Foro it.*, 2007, 2073; P. PERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1149 ss.; B. GUARALDI, Nota a Cass., sez. un. civ., 15 ottobre 1999, n. 716, in *Studium iuris*, 2000, 206 ss.; e giurisprudenza e dottrina *ivi* citate.

Più in generale, andando indietro nel tempo, si vedano: R. CALVO, *L'equità nel diritto civile (studio sull'attualità della sentenza celsina “ius est ars boni et equi”*, nella Rubrica “Rileggendo”, *infra*, ID., *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010; S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. notariato*, 2010, 304, 306; G. FINOCCHIARO, *Equità (giudizio di)*, in *Il diritto* (Enc. giur. diretta da S. Patti), vol. 6, Milano, 2007, 60 ss.; R. MARTINO, *Equità: II) Giudizio di equità*, in *Enc. giur. Treccani, XII (Aggiornamento)*, Roma, 2005, 2; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001; R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, 183 ss.; E. GRASSO, *Equità (giudizio)*, in *Dig. (disc. priv., sez. civ.)*, VII, Torino, 1991, 477 ss.; P. SILLI, *Equità (storia del diritto)*, *id.*, *id.*, 477 ss.; L. MOCCIA, *Equity*, *id.*, *id.*, 498 ss.; V. VARANO, *Equità: I) Teoria generale, e II) Giudizio di equità*, in *Enc. giur. Treccani, XII*, Roma, 1989, par. 3.5 ss.; S. RODOTA', *Quale equità?*, in *L'equità* (Atti del Convegno di Lecce, 9-11 settembre 1973), Milano, 1975, 50; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, spec. 176; E. GRASSO, *Equità: I) Premessa storica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 65 ss.; V. FROSINI, *Id.: II) Nozione di equità*, *id.*, *id.*, 69 ss.; S. ROMANO, *Id.: III) Principio di equità (dir. priv.)*, *id.*, *id.*, 83 ss.; A. NASI, *Id.: IV) Giudizio di equità (dir. proc. civ.)*, *id.*, *id.*, 107 ss.; M. RHEINSTEIN, *Common law-equity*, *id.*, *id.*, VII, 1960, 914; R. VECCHIONE, *Equità (Giudizio di)*, in *Nss. Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960, 625 ss.; J. DEREK DAVIES, “Equity”, *id.*, *id.*, 638 ss. C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile (premesse teoriche)*, Padova, 1957, 183; A. RASELLI, *Sentenze determinative e classificazione delle sentenze*, in *Studi in onore di F. Carnelutti*, vol. II, Padova, 1950, 567; R. RESTA, *Equità e discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, vol. II, Milano, 1957, 725. In precedenza, si veda per tutti V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Diritto privato, Prima Parte, Roma, 1932, 1 ss.

Sull'arbitrato di equità cfr., per tutti, F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Milano, 2002, 177.

<sup>58</sup> Su cui si veda anche Cass. civ., sez. III, 30 aprile 2010, n. 10607, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 4, 646.

<sup>59</sup> Cfr. sul punto P. CARPENTIERI, *op. cit.*, § 4.2., 26 e nota 66.

I poteri del giudice previsti dagli artt. 121 ss. del c.p.a. spaziano dalla graduazione cronologica della declaratoria dell'inefficacia<sup>60</sup>, alla valutazione della sussistenza (comma 2) di “esigenze imperative connesse ad un interesse generale”, che impongano la conservazione degli effetti del contratto anche in presenza delle violazioni gravi; e, nei casi in cui quest'ultime non ricorrano, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto di tutta una serie di elementi<sup>61</sup>, secondo quanto stabilito dal § 5 art. 2 della direttiva n. 2007/66/CE<sup>62</sup>.

Al riguardo è stato obiettato, però, che il dato normativo (espresso dall'art. 121 c.p.a.) annette un'importanza, spesso decisiva, all'apprezzamento dell'“interesse generale”<sup>63</sup>, che risulta invece estraneo ai parametri solitamente utilizzati dal codice civile, e si è ritenuto che nelle prime applicazioni giurisprudenziali sia stato frequentemente utilizzato proprio questo criterio (anche in ipotesi di violazioni non gravi), sia pure in combinazione con altre valutazioni, per giustificare la decisione di non pronunciare l'inefficacia del contratto<sup>64</sup>.

Per cui, con queste precisazioni ed uscendo da tutte le ricostruzioni pan-civilistiche, sembra preferibile ritenere che i poteri di decisione del giudice amministrativo trovino un loro “fondamento autonomo”, estraneo, almeno in parte, all'ottica privatistica e riconducibile, piuttosto alla “rilevanza pubblicistica” degli interessi perseguiti attraverso il contratto di appalto<sup>65</sup>: parametro, quest'ultimo, che invece è del tutto ignorato dal codice civile e dalla giurisprudenza ordinaria.

---

<sup>60</sup> In “funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante”, come recita il comma 1 del cit. art. 121 (“*Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni*”).

<sup>61</sup> Ed in particolare degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel medesimo, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

<sup>62</sup> A tenore del quale “Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile delle procedure di ricorso possa tenere conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l'interesse pubblico, e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive”.

<sup>63</sup> Su cui ci siamo soffermati *retro*, al § 3, e che è menzionato – si badi – solo nell'art. 121 (ossia a proposito dell'inefficacia del contratto nei casi di *violazioni gravi*) e non nell'art. 122 (inefficacia del contratto negli *altri casi*): pertanto, in mancanza di esplicita menzione, dovrebbe dedursi che il criterio dell'interesse generale prevalente non può trovare applicazione.

<sup>64</sup> Cfr. al riguardo M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione*, cit., § 9, 11-12.

<sup>65</sup> *Ibidem*. Sul persistente rilievo pubblicistico del contratto di appalto cfr., altresì, A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, cit., passim.

Concludendo, le ipotesi testé viste di giudizi di equità di competenza del giudice civile sembrano, sì, essere vicine a quelle contemplate dagli artt. 121 e 122 c.p.a., nelle quali la decisione del giudice è indirizzata da parametri normativi incompleti e generici, ma prima ancora – com'è stato a ragione notato – v'è da chiedersi se, per giustificare il bilanciamento di interessi richiesto dalle citate disposizioni, sia proprio necessario il ricorso al giudizio di equità<sup>66</sup>, a cui – si badi bene - le citate norme codicistiche non fanno un espresso rinvio, apparendo invece più convincente concludere che il legislatore, pur intendendo rafforzare il ruolo del giudice, “con ogni probabilità non abbia voluto seguire la (...) strada (...) del giudizio *secondo equità*” ed abbia privilegiato, invece, la tesi secondo cui le disposizioni legislative in questione, ed i criteri in esse previsti, sono suscettibili di un'interpretazione (costituzionalmente orientata) che “ci mantenga saldamente sul terreno del giudizio *secondo diritto*”<sup>67</sup>.

Fermo restando quanto appena detto, a proposito della compatibilità o meno del giudizio amministrativo di legittimità (e quindi anche della giurisdizione esclusiva) con una funzione *lato sensu* equitativa esercitabile dal giudice amministrativo, va rilevato qui brevemente – per inciso - che una recente dottrina<sup>68</sup>, riassumendo i tratti salienti dell'elaborazione teorica precedente e partendo dal dato di diritto positivo costituito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rubricato: *Diritto ad una buona amministrazione*)<sup>69</sup>, ha dimostrato che da tempo la nostra giurisprudenza amministrativa – sindacando la legittimità dei provvedimenti della p.a. sotto il profilo dell'eccesso di potere per ingiustizia manifesta, irragionevolezza ecc. - utilizza il principio di equità in funzione sia interpretativa<sup>70</sup> che integrativa<sup>71</sup> che anche sostitutiva (o correttiva)<sup>72</sup>, ed al riguardo, al fine

---

<sup>66</sup> Cfr. F. SAITTA, *La dichiarazione di efficacia del contratto*, cit., § 3, 3.

<sup>67</sup> Cfr. in tal senso F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, cit., §§ 3, 6 e 7, a commento del parere del Consiglio di Stato prima che venisse definitivamente approvato il decreto legislativo di recepimento della direttiva, secondo il quale (§ 6) l'idea che il giudice amministrativo eserciti “una sorta di giurisdizione (...) di equità” potrebbe “scontrarsi con una serie di norme costituzionali che qui si possono solo rapidamente ipotizzare in sequenza: artt. 3, 24, 41, 100, 103, 113, Cost.” (concetto poi ribadito dall'A. in *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, cit., 23).

<sup>68</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. I, *Principi generali, Parte generale*, 653 ss. spec. 708, 714.

<sup>69</sup> In base al quale (comma 1): “Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione?”, ed affermato anche dalla Corte di Giustizia: cfr. da ultimo Corte di Giustizia, sez. I, 20 maggio 2010, causa C-583/08 P.

<sup>70</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2001, n. 2495, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); *id.*, *id.*, 13 luglio 2000, n. 3910, *idem*, *id.*, sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638, *idem*, *id.*, *id.*, 6 marzo 2006, n. 1068, *idem*. Per un riferimento

di sistematizzarne il concetto con riferimento al diritto amministrativo, ha precisato, sul versante definitorio, che l'equità è da intendere innanzitutto, a diritto vigente, come regola generale di azione dei pubblici poteri e, al contempo, come regola giuridica di relazione tra l'ordine legale dell'autorità e l'ordine (giuridico) sociale obiettivo, colti nella loro dimensione oggettiva; sì che ogni concezione dell'equità come rinvio ad altro che a norme non può trovare accoglimento, perché contrasta irrimediabilmente con il principio di legalità.

6. Segue c) *si tratta di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva di sola legittimità, per così dire 'speciale', in quanto caratterizzata da poteri cognitivi giudiziali particolarmente incisivi*

Orbene, appurato che nella fattispecie in questione non siamo in presenza né di un giudizio di equità di matrice civilistica, né di un caso di giurisdizione innominata di merito (che, peraltro, è cosa ben diversa dal giudizio di equità<sup>73</sup>), è da sottolineare che l'attribuzione al giudice amministrativo della sola giurisdizione esclusiva di legittimità – che è quella in cui il c.p.a. colloca la dichiarazione giudiziale dell'inefficacia del contratto d'appalto pubblico - comporta che, in sede cognitoria, l'organo giudicante debba accertare

---

all'equità declinato in relazione alla proporzionalità cfr. C. MARZUOLI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. II, Napoli, 2005, 1529, nonché, sull'uso giurisprudenziale dell'equità come canone di sindacato di legittimità, cfr. di recente C. OSTI, *Un giudice a Berlino: equità ed efficienza nel riesame giudiziale dei provvedimenti dell'autorità della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 873.

<sup>71</sup> In ordine alle questioni in materia di risarcimento del danno, recentemente sempre più diffuse e rilevanti, ed alle molte altre ipotesi nelle quali l'equità viene utilizzata per comporre la fattispecie legale, cfr. di recente T.a.r. Puglia, Bari, sez. II, 10 gennaio 2011, n. 19, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 5 gennaio 2011, n. 41, *idem*; Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253, *idem*; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 settembre 2010, n. 1226, *idem*; Cons. St., sez. V, 10 agosto 2010, n. 5543, *idem*, ove si ritiene "che, nell'incertezza, debba essere privilegiato il criterio dell'indice dei prezzi al consumo pubblicati dall'ISTAT, secondo un principio di equità e di buona amministrazione".

<sup>72</sup> Emblematico è il caso dell'inerzia dell'amministrazione a fronte di istanza del privato, in assenza di un termine entro il quale dover assumere la decisione, ipotesi nella quale la giurisprudenza ha ampiamente introdotto obblighi giuridici di provvedere pur "a prescindere dall'esistenza di una specifica disposizione normativa" che lo imponga, sorgendo in questi casi il dovere (di provvedere) dall'equità, che è costruita come fonte del precetto. Cfr. sul punto Cons. St., sez. V, 15 marzo 1991, n. 250, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); *id.*, sez. VI, 14 ottobre 1992, n. 762, *idem*; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 28 giugno 2001, n. 1034, *idem*; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, 21 dicembre 2007, n. 4370, *idem*; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, 26 ottobre 2010, n. 2296, *idem*; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, 15 ottobre 2010, n. 2078, *idem*; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 17 novembre 2010, n. 2704, *idem*. E ancora cfr. Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2006, 112, *idem*, che qualifica l'equità come un principio generale dell'ordinamento; *id.*, sez. IV, 20 maggio 2003, n. 2715, *idem*, che lo desume dall'art. 3 Cost.; *id.*, sez. V, 2 febbraio 2012, n. 528, *idem*, relativa all'applicazione dell'art. 26, comma 2, c.p.a.

Nella giurisprudenza costituzionale è, poi, frequente il riferimento all'equità come specificazione del principio di ragionevolezza: cfr. per tutte sent. n. 162/1997 e ord. n. 428/2006.

<sup>73</sup> Cfr. E. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004, *passim*, e spec. 102-104, 124-132, 277-293, che prende le mosse dalla ricostruzione del concetto di equità nella filosofia greca ed in Aristotele in particolare.

e valutare una cospicua serie di elementi, in funzione delle deduzioni delle parti<sup>74</sup>. Si tratta di un sindacato particolarmente incisivo su tutti gli aspetti della controversia, di fatto, tecnici e di opportunità, nonché sulle conseguenti misure da adottare, ed il giudice è intestatario di poteri decisori che giungono sino alla sostituzione dell'appaltatore nel contratto, surrogandosi così alla decisione selettiva operata dalla pubblica amministrazione. Per cui sembra di poter parlare di una giurisdizione di legittimità, sì, ma in realtà 'piena', non solo con riferimento al potere di accertamento completo esercitato dal giudice, ma anche con riguardo all'indagine volta ad assicurare al ricorrente l'utilità cui aspira con il ricorso ed il conseguimento del bene della vita<sup>75</sup>.

Come osservato da un attento studioso, la particolare materia oggetto di questa giurisdizione esclusiva pone, insomma, i poteri cognitori del giudice su un piano di "specialità" e di "diversità" rispetto alle altre materie, pure rientranti nella giurisdizione esclusiva<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Tra i quali – come ben sintetizzato da E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1075 ss. - sono da annoverare, tra gli altri: la gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto (art. 245-bis d.lgs. n. 163/2006, introdotto dall'art. 9 d.lgs. n. 53/2010, e art. 121 c.p.a.); il mantenimento degli effetti del contratto qualora lo richiedano "esigenze imperative connesse ad un interesse generale" (art. 245-bis, secondo comma, d.lgs. n. 163/2006, cit., e art. 121 c.p.a.); fuori dei casi di dichiarazione necessaria di inefficacia del contratto (o di applicazione delle sanzioni alternative qualora si ritenga, in via eccezionale, di non dichiarare la inefficacia necessaria), gli interessi delle parti, l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, lo stato di esecuzione del contratto e la possibilità di subentrare nel contratto, *ai fini della dichiarazione (eventuale) di inefficacia del contratto*.

<sup>75</sup> In argomento cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, cit., 121 ss. e, *amplius*, dello stesso A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000 e II, Padova, 2001, il quale prospetta una visione unificante delle giurisdizioni amministrative, che mirano ad assicurare una tutela piena della situazione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente, mentre il tipo di giurisdizione tende a divenire irrilevante.

Cfr. altresì A. FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002, secondo il quale – dopo un'attenta verifica - nelle varie materie di giurisdizione esclusiva i poteri del giudice amministrativo sono disciplinati diversamente e non è possibile fare riferimento ad un quadro di poteri giudiziali esattamente definito in via generale.

<sup>76</sup> Cfr. ancora E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1076, 1091, ad avviso del quale nella materia di cui ci stiamo occupando "si realizza quella conoscenza del rapporto di cui si discute da tempo".

Sotto altro profilo, nel senso che le potenzialità di tutela conseguibili nella giurisdizione di merito sono ormai sostanzialmente raggiungibili nella giurisdizione di legittimità, in virtù di un penetrante sindacato sull'eccesso di potere, cfr. M. MAZZAMUTO, *Art. 134*, in A. QUARANTA – V. LOPILATO (a cura di), *op. cit.*, 1094-1095.

Secondo P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 28, 36, ancorché la conclusione sul punto in questione resti, allo stato, ancora perplessa (abbisognando di più significativi *test* giurisprudenziali, non ancora disponibili), sembra trattarsi di giurisdizione esclusiva speciale "potenziata" e "rafforzata" da attribuzioni di equità giudiziale correttiva e integrativa, con i tratti propri di un *judicium bonae fidei*, di romanistica reminiscenza, e con una pronuncia dispositiva o determinativa del diritto del caso singolo, ciò che tipico del giudizio di equità.

In termini assai vicini all'opinione, sopra riferita, di E. Follieri, si esprime F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, cit., § 4, 5, secondo cui il fatto che si sia in presenza di un'ipotesi di giurisdizione (soltanto) esclusiva non impedisce l'esistenza, nella specie di "profili di specialità", ben potendosi configurare una giurisdizione differente, sotto certi aspetti, da quella, pure esclusiva, esercitata in altre materie. La giurisdizione sul-

In altre parole, la giurisdizione in esame si caratterizza in termini di legittimità sostanziale e non di merito. E' stato evidenziato, infatti, come il giudice amministrativo sia essenzialmente chiamato a riempire di contenuti quei "concetti giuridici indeterminati" enunciati dalle nuove disposizioni, secondo una tecnica giurisdizionale che rimane nell'area della conoscenza del fatto, a cui anche gli interessi di vario tipo, che si sono visti, vanno ascritti<sup>77</sup>. Cosicché non è ipotizzabile alcuna sostituzione dell'amministrazione nella cura dell'interesse pubblico: una sostituzione insussistente nella fattispecie, in quanto le valutazioni sull'interesse generale sono state riservate dal legislatore direttamente al giudice, e che sarebbe anche - come esattamente si è prospettato - di dubbia legittimità costituzionale<sup>78</sup>.

Il giudice amministrativo, insomma, è sì chiamato ad una ponderazione di interessi e ad una valutazione delle situazioni di fatto, ma non per sostituirsi all'amministrazione nell'individuazione della decisione amministrativa, bensì per scegliere il tipo di tutela (in forma specifica ovvero per equivalente; inefficacia del contratto *ex tunc* ovvero *ex nunc*, ecc.) migliore possibile da accordare in considerazione dei rapporti giuridici coinvolti nella controversia<sup>79</sup>.

---

la sorte del contratto è, infatti, connotata dalla "pienezza dei poteri cognitori", indispensabile per l'adeguata considerazione di tutti gli interessi in contesa al fine di pervenire alla decisione sull'efficacia del contratto. Quest'ultimo A., *op. ult. cit.*, § 4, 4 e nota 47, con riferimento all'istituto della reintegrazione in forma specifica nella fattispecie *de qua* - di cui all'art. 124 c.p.a. rubricato "Tutela in forma specifica e per equivalente" che disciplina la "domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto" da parte dell'aggiudicatario escluso e vittorioso in giudizio - osserva ancora che anche la reintegrazione in forma specifica può ben essere disposta dal giudice amministrativo anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, operando anche in quella sede le valutazioni in ordine all'eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività che, *ex art.* 2058 c.c., ostano, ad esempio, al subentro del concorrente pregiudicato dall'illegittima aggiudicazione nel rapporto contrattuale in corso.

<sup>77</sup> Così F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice*, *cit.*, § 4.2., secondo cui "occorre considerare come non sia affatto detto che una valutazione comparativa degli interessi debba necessariamente implicare una valutazione riconducibile al merito", poiché "anche il codice civile (artt. 2058, 2933) detta disposizioni che subordinano la pronuncia del giudice a presupposti quali la possibilità, l'eccessiva onerosità, il non contrasto con l'interesse nazionale". In senso conforme A. CARULLO, *op. cit.*, 1016-1017, e F. SAIITA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, *cit.*, § 4, 4.

<sup>78</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2011, § 2.3; G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit.*, 738.

In giurisprudenza cfr. C.G.A. Sicilia, sez. giur., 26 luglio 2006, n. 440, in *Giust. civ.*, 2006, 2671, secondo cui "l'attribuzione al giudice amministrativo di una giurisdizione che si estenda al merito del provvedimento emanando (dallo stesso giudice) - al di fuori della peculiare ipotesi del giudizio di ottemperanza e, in questo caso, persino senza un'espressa attribuzione di legge - sembra violare, insieme ai principi costituzionali di divisione dei poteri e di buona amministrazione, anche il principio della terzietà del giudice".

<sup>79</sup> Così L. LAMBERTI, *op. cit.*, § 6, e 386, la quale pure conviene che non appare condivisibile qualificare la giurisdizione in parola come giurisdizione di merito, trattandosi invece di una giurisdizione esclusiva di (sola) legittimità ma "differente da quella pure esclusiva esercitata in altre materie".

In definitiva, con l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di dichiarare l'inefficacia del contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, è stato affidato a tale giudice – come ancora si è rilevato – il compito di valutare se ed entro quali limiti il “prioritario interesse al ripristino di una situazione di concorrenza effettiva” attraverso la misura specifica – coincidente con l'interesse all'attuazione della pretesa – debba cedere il passo all’“interesse – del pari di rilevanza comunitaria – alla stabilità dei rapporti contrattuali”<sup>80</sup>, ossia si tratta di graduare la condanna dell'amministrazione, senza compiere alcuna valutazione di opportunità<sup>81</sup>.

Il principio che deve guidare il giudice amministrativo non può, dunque, che essere un principio di logica e di buon senso, ovvero il principio generale di imparzialità, di ragionevolezza e di solidarietà, e la stessa valutazione degli “interessi delle parti”, apparentemente sfuggente ad una predeterminazione di criteri obiettivi, ben può essere guidata dal limite dell'eccessiva onerosità, ricavabile anche dall'applicazione analogica dell'art. 2058, comma 2, c.c., e comunque desumibile dal principio, esso pure generale, di proporzionalità<sup>82</sup>.

---

In dottrina cfr. ancora R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, 2012, V ed., 249 ss., 625 ss.; M. DE PAOLIS, *Il processo amministrativo*, Padova, 2012, 588 ss.; nonché A. LIBERATI, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2010, 785 ss.

<sup>80</sup> Cfr. A. ANGIULI, *op. cit.*, 900-901, la quale rileva, altresì, che l'attribuzione di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo in ordine alla “privazione degli effetti” del contratto, sta ad indicare che “la pretesa sostanziale dell'operatore economico in materia va fatta valere immediatamente; che la relativa controversia deve esser definita con altrettanta celerità; che le regole processuali devono essere strutturate in modo da evitare la progressione del procedimento con la stipula del contratto in un ambito di sospetta illegittimità”. L'A. osserva inoltre (*op. cit.*, 910) che la figura contrattuale risultante da una disciplina così tipicamente caratterizzata – qual'è quella che scaturisce dagli artt. 121 ss. c.p.a. – presenta molteplici analogie con il “*contrat administratif*” dell'ordinamento francese (e *ivi* dottrina francese citata al riguardo).

<sup>81</sup> Cfr. N. PAOLANTONIO, *Art. 121*, in G. LEONE-L. MARUOTTI-G. SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010, 918.

<sup>82</sup> Cfr. G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit.*, § 5, il quale ammette quindi, da un lato, la sostenibilità di un'interpretazione delle disposizioni in parola compatibile con il giudizio di legittimità, e, dall'altro, la sussistenza di vari profili di assimilazione tra il caso *de quo* e l'art. 2058, comma 2, c.c. Nello stesso scritto, § 4, nota 28, l'A. sostiene pure – ma la tesi non è condivisa da F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, *cit.*, § 4, 5 – che, a differenza delle ipotesi di cui all'art. 2058, comma 2, (*Risarcimento in forma specifica*), ed all'art. 2933, comma 2, c.c. (*Esecuzione forzata degli obblighi di non fare*), ecc., nel caso che ci occupa non v'è neppure la regola cui il giudice deve attenersi allorché i parametri normativi siano in tutto o in parte sussistenti.

Sul principio di proporzionalità è d'obbligo il richiamo a F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 359 ss.

Ancora, è da menzionare al riguardo l'opinione di A. ANGIULI, *op. cit.*, 896, 901, secondo la quale il legislatore comunitario ha indicato una serie di parametri atti ad evitare che la misura della “privazione degli effetti”, funzionale alla tutela specifica, sia sistematicamente disapplicata; ma, nello stesso tempo, a guidare le valutazioni del giudice, attraverso l'esame di “tutti gli aspetti pertinenti” (art. 2-*sexies*, comma 1, ult. parte, dir. cit.), verso “risultati ragionevoli e proporzionati” (cors. nostro).

Il problema insomma è di come il giudice amministrativo si cimenta con le “clausole generali”<sup>83</sup> o con i “concetti giuridici indeterminati”, come quando deve valutare, ad esempio, se un annullamento d’ufficio sia stato disposto “entro un termine ragionevole” (art. 21-*nonies* della stessa legge); o quando deve deliberare un’istanza cautelare (art. 55 c.p.a.), effettuando una comparazione di interessi, con riguardo anche all’interesse generale<sup>84</sup>.

In realtà, com’è stato da tempo posto in evidenza, a proposito del problema del regime giuridico di quelle che sono state definite ‘valutazioni di merito non discrezionali’, effettuate dal giudice amministrativo, giudizi tecnici, giudizi di fatto, giudizi di valore (basta pensare alle ipotesi in cui si applicano principi generali come quelli menzionati di ragionevolezza, di proporzionalità, di buona fede, di affidamento, ecc.), per quanto complessi, “possono essere assoggettati ad un controllo giurisdizionale pieno”. E ciò perché in questi casi l’esistenza di un merito amministrativo non è necessitata: la presenza di “uno spazio caratterizzato da indeterminatezza” non è sufficiente infatti – è stato precisato – per giungere alla conclusione che “siano di merito le valutazioni attraverso cui esso viene ‘riempito’ (specificato)”<sup>85</sup>. E questo vale anche con riferimento sia al sindacato sull’annullabilità del provvedimento amministrativo, sia con riguardo alla disciplina relativa all’azione giudiziale nei confronti del silenzio della p.a., di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., che – com’è stato notato – non costituiscono, probabilmente, casi di giurisdizione estesa al merito, ma “si mantengono nell’ambito della legittimità sostanziale”<sup>86</sup>.

Ritornando alle ipotesi di cui all’art. 121 ss. c.p.a., si può quindi ritenere che si tratta, nella sostanza, di effettuare valutazioni discrezionali attribuite al giudice in luogo

Sull’art. 2933, comma 2, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 132, 135; dello stesso A. cfr. pure, in argomento, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 994.

<sup>83</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 354-355, anche con riferimento all’ipotesi del risarcimento del danno e dell’esecuzione forzata in forma specifica (ex artt. 2058, comma 2, e 2933, comma 2, c.c.); F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale*, cit., 6; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell’appalto*, cit., 738.

<sup>84</sup> Così esemplifica al riguardo F. SAITTA, *op. ult. cit.*, § 4, 5.

<sup>85</sup> Cfr. C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO, (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 ss., e in *Dir. pubbl.*, 1998, 135, con ampi riferimenti alla precedente dottrina amministrativistica al riguardo.

<sup>86</sup> Cfr. anche F. SAITTA, *op. ult. cit. loc. cit.*, E, a proposito delle due ipotesi normative indicate nel testo, cfr. M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm.*, 2010, 101-102; E. STICCHI DAMIANI, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1 ss.; G. D’ANGELO, *Il giudizio sul silenzio fra novità giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 989; nonché, in giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2114, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

dell'amministrazione committente, ma che non fuoriescono dall'ambito della giurisdizione esclusiva di sola legittimità e che comportano un sindacato giudiziale diretto sul contratto stipulato e l'esercizio del potere di pronunciare una sentenza dichiarativa della sua inefficacia<sup>87</sup>.

E la prima giurisprudenza amministrativa al riguardo sembra dimostrare che il giudice amministrativo ha saputo fare “un uso accorto ed il più possibile obiettivo dei suoi nuovi poteri”<sup>88</sup> allorché è pervenuto o meno a pronunciare l'inefficacia del contratto di appalto pubblico.

---

<sup>87</sup> In senso conforme R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva, cit.*, osserva che la declaratoria di inefficacia del contratto presenta “connotati spiccatamente discrezionali” quando il giudice è chiamato a fare una precisa scelta tra la permanente efficacia o la declaratoria di inefficacia “negli altri casi” di cui all'art. 122 c.p.a.

In termini analoghi si pronuncia C. SGUBIN, *Commento agli artt. 120-125*, in E. PICOZZA, (a cura di), *Codice del processo amministrativo (D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, commento articolo per articolo)*, Torino, 2010, 242 ss., 244, 283, secondo cui negli altri casi (ex art. 122 c.p.a.) si ha “una sorta d'inversione della sanzione, tale per cui l'inefficacia non è più tassativamente prevista ma diventa una valutazione discrezionale del Giudice, tenendo conto degli interessi dell'aggiudicatario. La norma impone al Giudice di bilanciare gli interessi coinvolti, e cioè l'interesse pubblico alla prosecuzione senza interruzioni dell'esecuzione del contratto rispetto all'interesse dell'operatore economico ricorrente ad eseguire senza ritardo la propria prestazione”.

<sup>88</sup> Cfr. ancora F. SAITTA, *op. ult. cit. loc. cit.*

Per la giurisprudenza relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, cfr. ad es. T.a.r. Veneto, sez. I, 7 maggio 2010, n. 1838, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 17 maggio 2010, n. 1524, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 5/2010; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III bis, 16 giugno 2010, n. 18131, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che pure sottolinea gli incisivi poteri attribuiti al giudice amministrativo dalla normativa *de qua*; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. II, 19 giugno 2010, n. 1107, *ivi*, n. 6/2010; T.a.r. Toscana, sez. I, 11 novembre 2010, n. 6579, in [www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA](http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA), a tenore della quale l'azione volta alla declaratoria di inefficacia del contratto non ha carattere accertativo ma costitutivo, poiché in base agli artt. 121 e 122 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, al giudice spetta il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto, il che vuol dire che l'inefficacia non è una conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma per raggiungere tale risultato occorre l'intervento di una pronuncia costitutiva dell'organo di ricorso, ovvero del giudice amministrativo, a cui “spetta di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti”. Il legislatore ha quindi valutato che l'interesse pubblico, che nella fase precontrattuale attiene alla creazione di un mercato unico europeo, sussista anche nella fase di esecuzione del contratto relativamente però ad un altro bene collettivo, vale a dire la spedita esecuzione dell'opera pubblica, servizio o fornitura. Pertanto, la valutazione degli interessi connessi alla continuazione nell'esecuzione di un contratto, in caso di violazione della normativa di evidenza pubblica, “compete unicamente al giudice e non può invece derivare da un'iniziativa autonoma della stazione appaltante”, cosicché quest'ultima, per incidere sull'efficacia del contratto stipulato, dovrà “adire il giudice competente a conoscere dell'esecuzione del contratto il quale, ai fini della decisione, potrà apprezzare l'avvenuto annullamento dei provvedimenti di evidenza pubblica”; T.a.r. Toscana, sez. I, 27 gennaio 2011, n. 154, in [www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA](http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA); T.a.r. Lazio, Roma, sez. III bis, 8 marzo 2011, n. 2122, in *Foro amm.- TAR*, 2011, 879; Cons. St., sez. V, 18 agosto 2010, n. 5823, in *Foro amm.- CdS*, 2010, 2695, con nota di M. NUNZIATA, *I nuovi poteri del giudice amministrativo in tema di annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*; Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759, in *Riv. trim. app.*, n. 2/2011, 467 ss. con nota di B. NOLA, *La sorte del contratto di appalto in caso di annullamento dell'illegittima aggiudicazione dopo la Direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo*; Cons. St., sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577, in *Foro amm.- CdS*, 2010, 2866; Cons. St., Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13, in *Foro it.*, 2012, III, 13, con nota redazionale di G. D'ANGELO, secondo la quale l'art. 122 c.p.a. va interpretato nel senso che la locuzione “nei casi in cui il vizio

7. *In dettaglio: la competenza giurisdizionale in tema di sanzioni cd. alternative*

A questo punto va accennato brevemente alla questione se in materia di irrogazione delle “sanzioni alternative”, di cui all’art. 123 c.p.a. (che riproduce, con alcune modifiche, l’art. 245-*quater* d.lgs. n. 163/2006), rispetto alla dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto - sanzione pecuniaria a carico della stazione appaltante e/o riduzione della durata (residua) del contratto, che colpisce anche o principalmente il contraente appaltatore<sup>89</sup> - sussista o meno un problema di compatibilità con il quadro costituzionale di riferimento.

Secondo una parte della dottrina, infatti, la scelta del giudice amministrativo come soggetto “irrogatore” di sanzioni amministrative sarebbe incostituzionale, in quanto si tratterebbe dell’ “attribuzione al giudice amministrativo di una funzione materialmente amministrativa di tipo sanzionatorio”<sup>90</sup>, riservata come tale all’amministrazione in quanto oggetto di un potere amministrativo autonomo<sup>91</sup>, e le norme violate risulterebbero in particolare gli artt. 103, 113 e 111 Cost.<sup>92</sup>

---

dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara” non sia connessa alla “possibilità di subentrare nel contratto”, ma costituisca il presupposto per la stessa applicabilità della disposizione; Cons. St., sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638, in [www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA](http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA), secondo la quale in caso di annullamento giudiziale dell’aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l’efficacia del contratto nel frattempo stipulato; il che significa che l’inefficacia non è conseguenza automatica dell’annullamento dell’aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti; Trib. Torino, sez. I civ., 19 gennaio 2011, n. 307, in *Respons. civ. prev.*, 2001, nn. 7-8, 1616 ss., con nota di P. PATRITO, *Annullamento dell’aggiudicazione e inefficacia del contratto d’appalto: strumenti di tutela dell’originario aggiudicatario-contraente, prima e dopo il recepimento della direttiva ricorsi*.

<sup>89</sup> Ove, a fronte di vizi gravi, il contratto sia conservato, oppure nelle ipotesi in cui il giudice amministrativo dichiari inefficace il contratto solo *ex nunc* (ex art. 123, comma 1). E’ da osservare qui incidentalmente che, dei due tipi di sanzione, solo quella pecuniaria ha con certezza carattere afflittivo, mentre la riduzione della durata del contratto sembra invece svolgere una funzione diversa, vale a dire quella di ristabilire la legalità materiale alterata dalla stipulazione *contra jus* del contratto: cfr. al riguardo P. CERBO, *op. cit.*, 883 ss., nonché V. LOPILATO, *Categorie contrattuali*, cit., 27 ss., secondo il quale la sanzione della riduzione della durata del contratto svolgerebbe la medesima funzione che, nell’ambito civilistico, viene svolta tramite la sostituzione automatica di clausola nulla – ex art. 1419, comma 2, c.c. – per violazione di norma imperativa o comunque dell’ordine pubblico economico.

In ogni caso (ex art. 123, comma 2, ultima parte) l’eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con tali sanzioni.

In argomento cfr. F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, cit., § 5, 10-11; L. LAMBERTI, *L’annullamento dell’aggiudicazione*, cit., 388-391; A. BARTOLINI-S. FANTINI-F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento*, cit., 657; N. PAOLANTONIO, *I riti compatti*, cit., 495-496.

<sup>90</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, cit., § 8, 16.

<sup>91</sup> Sotto altro angolo visuale, E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative*, cit., 1129 ss., sostiene che l’attribuzione al giudice amministrativo del potere di applicare “sanzioni amministrative” (ex art. 123 c.p.a.) pone questioni sul piano costituzionale, della struttura e della funzione del processo amministrativo in relazione: al potere

Ora – com'è stato osservato - l'unica vera peculiarità delle sanzioni alternative di cui al d.lgs. n. 53/2010 sta nella circostanza che ad irrogarle non è il giudice civile o quello penale, ma il giudice amministrativo. Tuttavia, che il giudice amministrativo faccia ciò che fanno anche gli altri, ed in particolare quello civile, è la conseguenza fisiologica di quella “unità pluralistica” della giurisdizione che è emersa con chiarezza nella pronuncia della Corte costituzionale sulla *translatio iudicij*<sup>93</sup>, nonché nella più recente giurisprudenza delle Sezioni unite sulla tutelabilità dei diritti fondamentali innanzi al giudice amministrativo<sup>94</sup>.

Non sembrano, infatti, ravvisarsi specifiche ragioni che precludano al giudice amministrativo di effettuare le valutazioni necessarie all'irrogazione delle sanzioni alternative, come ad esempio quelle relative alla quantificazione delle sanzioni, alla scelta se irrogarle congiuntamente o singolarmente e alla sussistenza stessa di una violazione sanzionabile. Anzi, a ben vedere, il giudice amministrativo – com'è stato ancora notato – compie già da tempo valutazioni di questo tipo<sup>95</sup>.

Inoltre, il potere di irrogare le sanzioni alternative è proprio del giudice amministrativo, prescinde da domande di parte ed in nessun modo l'amministrazione ha titolo ad esercitarlo, cosicché si deve ritenere che egli possa compiere un'autonoma valutazione circa la sussistenza della violazione.

Semmai, maggiori difficoltà di inquadramento sistematico si pongono per la valutazione del giudice circa la sussistenza delle “esigenze imperative connesse ad un interesse

---

d'ufficio del giudice non legato al “*petitum*”, al contraddittorio, al possibile coinvolgimento nella sanzione del controinteressato “incolpevole”, alla qualificazione sostanziale amministrativa o meno, alla disciplina processuale applicabile, alla mancanza di una sottoposizione all'esame del giudice in caso di erogazione della sanzione in appello, ai criteri per la determinazione e quantificazione delle sanzioni, e così via. Cfr., poi, ancora L. LAMBERTI, *op. cit.*, 390, per l'indicazione di ulteriori problemi - posti dalla previsione delle sanzioni alternative in questione – di compatibilità costituzionale in ordine a diversi profili.

<sup>92</sup> Perché qui, per un verso, non si tutelerebbero né diritti né interessi legittimi e, per l'altro, il giudice non si troverebbe in una posizione di terzietà. Circa le conseguenze negative della ridotta regolamentazione del rito in parola cfr. anche Corte cost. ord. 4 febbraio 2006, n. 68, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>93</sup> Cfr. Corte costituzionale 12 marzo 2007, n. 77, in *Urb. app.*, 2007, 814 ss., con nota di G. SIGISMONDI, *La distanza fra le giurisdizioni si riduce: è ammessa la translatio iudicij*.

<sup>94</sup> Cfr. Cass., S.U., 29 aprile 2009, n. 9956, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 1434 (s.m.).

<sup>95</sup> Cfr. ancora P. CERBO, *op. cit.*, 886; concorda con questa ricostruzione E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo*, cit., 42. Fortemente critici sono invece, soprattutto con riferimento al profilo della legittimità costituzionale dell'istituto ed a quanto avviene nelle normative di settore, che regolano le funzioni sanzionatorie delle autorità amministrative indipendenti, F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, cit., 37 ss., e G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, cit., rispettivamente § 6 e 748 ss.

generale<sup>96</sup> - di cui all'art. 2-*quinquies*, § 3, direttiva cit. ed all'art. 121, comma 2, c.p.a. -, che giustificano la perdurante efficacia del contratto e, dunque, l'applicazione delle sanzioni alternative. Ancorché il riferimento all'interesse generale possa far pensare ad una scelta discrezionale solitamente riservata all'amministrazione, in realtà la disposizione va correttamente contestualizzata nel complesso sistema di tutela introdotto dal d.lgs. n. 53/2010: con questa previsione, prima che il presupposto per l'applicazione delle sanzioni alternative, si è inteso introdurre un limite "civilistico" alla tutela della parte danneggiata per esigenze di ordine generale, alla stessa stregua di quanto accade ad esempio nell'art. 2933, comma 2, c.c.<sup>97</sup>.

Dato che anche la tutela successiva all'annullamento dell'aggiudicazione viene affidata al giudice amministrativo, che di conseguenza svolge in questo ambito il ruolo normalmente riservato al giudice civile, ben può il primo aver modo di compiere le medesime valutazioni ordinariamente compiute dal secondo, anche con riferimento alla compatibilità fra la tutela del singolo ed esigenze della collettività.

Resta, tuttavia, il dubbio – com'è stato osservato – di una scelta legislativa "comunque inopportuna", a fronte di una direttiva ricorsi che, non a caso, rimetteva la competenza ad irrogare le sanzioni in questione ad un più generico "organo di ricorso" indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, secondo una dizione sufficientemente ampia da assorbire autorità amministrative non giurisdizionali<sup>98</sup>, quali ad esempio l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Infine, è da ricordare come sia stato prospettato in dottrina che nel caso di cui al terzo comma dell'art. 123 c.p.a.<sup>99</sup> – quando cioè le sanzioni sono effettivamente alternative –

<sup>96</sup> Sul significato da attribuire a tale interesse, bilanciato con quello della parte che chiedeva il subentro nel contratto, cfr. di recente Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui "il subentro nel contratto per residui sette mesi alla data della camera di consiglio ... non appare conforme all'interesse della stazione appaltante, né all'interesse generale a garantire la continuità del servizio in corso".

<sup>97</sup> Cfr. ancora P. CERBO, *op. cit.*, 887 ss., secondo il quale (888) le disposizioni sulle sanzioni alternative rappresentano una linea di sviluppo coerente con il riconoscimento al giudice amministrativo, primariamente sul piano costituzionale, della medesima dignità del giudice civile: infatti, a tale equiparazione "formale" ha fatto seguito una equiparazione "funzionale", anche rispetto all'irrogazione delle sanzioni amministrative.

<sup>98</sup> Cfr. in questo senso G. TROPEA, L'"ibrido fiore della conciliazione", *cit.*, 1031.

<sup>99</sup> A tenore del quale "il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto", – clausola cd. di *stand still period* – "ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ri-

la fase eventuale e finale del giudizio sarebbe di giurisdizione cd. oggettiva. Il giudice, infatti, adotterebbe una sanzione pecuniaria che nessun vantaggio attribuisce al ricorrente, mentre, se riduce la durata residua del contratto, a parte le conseguenze negative sul contraente<sup>100</sup>, solo in via indiretta, eventuale e di mero fatto, potrebbe giovare al ricorrente, qualora la stazione appaltante decidesse di indire una nuova gara per la parte del contratto non eseguita ed il ricorrente, alla pari di ogni altro operatore in possesso dei requisiti, può partecipare. La pronuncia del giudice in questi casi interverrebbe essenzialmente per sanzionare la violazione obiettiva delle disposizioni che ha compromesso la realizzazione di alcuni interessi pubblici oggetto di tutela normativa e cioè – *ex art. 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163* (codice degli appalti) – quelli del libero mercato, concorrenza, *par condicio*, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, nonché quelli rivolti ad ottenere reali possibilità di avere tutela<sup>101</sup>.

Questa prospettazione merita attenzione ed appare, in definitiva, la più convincente, perché piuttosto debole sembra, invece, l'opposta argomentazione secondo cui la giurisdizione amministrativa rimarrebbe, pur sempre, anche in questo caso una giurisdizione sog-

---

corrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”.

<sup>100</sup> Su cui vedi F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti, cit.*, 15-16, che evidenzia come l'interruzione della prestazione potrebbe, a sorpresa, divenire vantaggiosa per il contraente quando “la situazione di mercato si fosse modificata in modo da rendere meno vantaggiose le condizioni pregresse già convenute e più vantaggiose quelle che si potrebbero trarre da un nuovo stipulando contratto. Per altro verso, potrebbe determinare una iper-afflittività qualora la riduzione della durata finisca per eliminare ogni prospettiva di profitto a causa del costo degli ammortamenti iniziali”.

<sup>101</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *op. ult. cit.*, 1131-1132, il quale precisa che il giudice adotta una sanzione pecuniaria che non arreca alcuna soddisfazione al bene della vita per il quale è stato promosso il giudizio ed il ricorrente non ha alcun interesse a questa pronuncia, anche se è stato necessario il suo ricorso per introdurre il giudizio e delimitare il *thema decidendum*.

Per un accenno all'attenuazione della soggettività del giudizio che si verificherebbe in questa ipotesi cfr. F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto, cit.*, § 5, secondo il quale nella fattispecie “il giudice interviene non soltanto d'ufficio, ma anche (con valenza sanzionatoria) al fine di soddisfare l'interesse oggettivo dell'ordinamento, *ergo* in funzione di tutela e ripristino della concorrenza, che notoriamente rappresenta l'interesse primario tutelato dalla normativa di settore”.

Fa riferimento alla problematica interpretativa dei rapporti fra giurisdizione soggettiva e di parti e giurisdizione oggettiva, in cui sovente il tema della riserva di amministrazione si intreccia con quello dei risvolti obiettivi del processo, “come testimoniano le questioni relative alle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a.” nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici, anche G. TROPEA, *op. cit.*, 972-973, secondo il quale (1030) con riferimento a tali ipotesi “appare davvero arduo non riscontrare un mutamento in senso oggettivo della struttura del processo amministrativo, in cui diviene centrale la cura dell'interesse pubblico” leso dalla violazione delle norme di diritto pubblico sopra indicate. Per l'evidenziazione di tendenze oggettiviste riguardo ai caratteri della giurisdizione amministrativa si veda, inoltre, in precedenza dello stesso A., *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, nota a Cons. St., sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 664 ss.

gettiva e di parti. Infatti, come avviene per quella civile (e prima ancora per quella penale) - allorché il giudice (ri)valuta la fondatezza dell'irrogazione della sanzione pecuniaria inflitta al privato, decisa dalla pubblica amministrazione, e ne (ri)quantifica l'ammontare, facendo diretta applicazione dei criteri previsti dall'art. 11 della legge n. 689/1981, affinché sia tutelato il relativo diritto soggettivo del trasgressore alla "giusta" irrogazione della sanzione - allo stesso modo si potrebbe pensare che pure nel processo amministrativo in cui vengono decise dal giudice le sanzioni alternative, di cui al suddetto art. 123 comma 3 c.p.a., sia anche tutelato il diritto del soggetto passivo che, direttamente o indirettamente, subisce la sanzione, alla "giusta" comminazione della medesima da parte del giudice amministrativo. Ma, a ben guardare, non si può non riconoscere che nella fattispecie in esame prevalgono, e di gran lunga, le ragioni di tutela dell'interesse pubblico oggettivo (al rispetto del principio comunitario di libera ed effettiva concorrenza *per* il mercato) su quelle di tutela dell'interesse individuale delle parti litiganti. E inoltre e prima ancora, come bene è stato dimostrato e si vedrà più avanti<sup>102</sup>, non pare corretto assimilare le sanzioni inflitte dal giudice nell'ipotesi in questione a quelle irrogate dall'amministrazione pubblica ai sensi della richiamata legge del 1981.

#### 8. *Una giurisdizione esclusiva in cui viene esercitata la cd. discrezionalità del giudice*

Dunque, la dottrina amministrativistica maggioritaria è dell'opinione che nei casi in questione al giudice amministrativo sono demandate valutazioni che non riguardano tanto la legittimità di atti amministrativi quanto ineriscono, piuttosto, soltanto all'"applicazione di regole giuridiche al caso concreto". L'apprezzamento del caso concreto rimesso a tale giudice dalle disposizioni in esame presenta analogie con quello riconosciuto al giudice civile in presenza di "clausole generali", o ai fini del risarcimento in forma specifica: si veda in particolare l'art. 2933, comma 2, c.c. che fa riferimento al concetto di "pregiudizio all'economia nazionale" ed esprime una valutazione di prevalenza dell'interesse nazionale; o l'art. 2058, comma 2, c.c. che rimette al giudice di verificare se la reintegrazione in forma specifica "*risulta eccessivamente onerosa per il debitore*" e, nel caso in cui essa risulti eccessivamente onerosa, consente che sia disposto solo un risarcimento per equivalente. L'attività del giudice ammi-

---

<sup>102</sup> V. *infra*, § 8.2.

nistrativo, insomma, non comporta, neppure nell'ambito in esame, una selezione degli interessi in gioco, secondo i canoni della discrezionalità amministrativa, e pertanto non impinge nel merito<sup>103</sup>.

#### 8.1. In particolare: gli approdi della scienza giuridica in tema di discrezionalità del giudice civile

L'argomento, come si vede chiaramente, è da correlare con gli ormai numerosi studi che sono stati condotti in Italia ed all'estero, soprattutto in ambito civilistico e processual-civilistico, sulle clausole generali, di cui già s'è fatto cenno – indicate anche, in prima approssimazione, come norme elastiche o senza fattispecie, concetti giuridici indeterminati, concetti valvola, *standards* valutativi e rapportate ai c.d. “principi generali” dell'ordinamento –, da interpretare ed applicare, nonché concernenti la cd. discrezionalità del giudice<sup>104</sup>.

L'attenzione degli studiosi si è concentrata soprattutto sui profili di teoria generale<sup>105</sup> e si è cercato di individuare i caratteri che diversificano la discrezionalità del giudice da quella del legislatore e soprattutto da quella attribuita alla pubblica amministrazione (nelle sue due varianti: di discrezionalità amministrativa<sup>106</sup>, espressione *lato sensu* di autonomia po-

---

<sup>103</sup> Cfr. G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, cit., 738; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 355; F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale*, cit., § 4.2., che, a proposito delle menzionate disposizioni del codice civile, sostiene – come visto – che non è affatto detto che “una valutazione comparativa degli interessi debba necessariamente implicare una valutazione riconducibile al merito”; F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, cit., § 4; F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, cit., § 5; ID., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, cit., 24, che richiama anche le applicazioni giurisprudenziali relative all'istituto processuale dell'interesse ad agire (o a ricorrere) dell'attore quale condizione dell'azione.

<sup>104</sup> Si tratta, insomma, di tutte tecniche normative destinate ad assicurare la coerenza tra disposizioni dell'ordinamento e realtà sociale (e suo ordine giuridico).

Vedi di recente in argomento S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, cit., 303 ss., ed *ivi* ampi riferimenti dottrinali ed accenni alla “dimensione europea” di questa problematica. Sul punto cfr. anche: S. RODOTA', *Le clausole generali*, in *I contratti in generale*, I, *I fenomeni negoziali*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, 389 ss.; A. GUARNIERI, voce *Clausole generali*, in *Dig. dir. civ.*, vol. II, Torino, 1988, 403. Più in generale, per una sintesi delle varie tesi elaborate dalla dottrina in ordine alla “funzione” dei concetti in esame, cfr. E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, con prefazione di M. Taruffo, Torino, 2003, nonché C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, 1990, 337 ss. E ancora cfr.: C. BIONDI, *In tema di potere discrezionale del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, 234; M. AIELLO, *La discrezionalità del giudice civile nella applicazione della legge*, in M. BESSONE (a cura di), *L'attività del giudice (mediazione degli interessi e controllo delle attività)*, Torino, 1997, 85 ss. con citazioni anche di giurisprudenza della Cassazione civile; G. ALPA, *L'arte del giudicare*, cit., 41 ss., 85 ss., 105 ss.; ID., voce *Principi generali*, in *Dig., disc. priv.*, XIV, Torino, 1996, 335 ss., e relativa dottrina *ivi* citata.

<sup>105</sup> Sui vari possibili significati del concetto di discrezionalità nel campo del diritto cfr., in epoca ormai risalente, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, spec. 55-56, e più di recente C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, spec. 11-12.

<sup>106</sup> Senza pretese di completezza, tra i molti studi sulla discrezionalità amministrativa, fondamentali rimangono ancora nella dottrina italiana, oltre alle trattazioni nei manuali, quelli di E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 5 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, rist. 1960, 193 ss.; M.S.

litica, e di discrezionalità tecnica<sup>107</sup>, su entrambe le quali la letteratura e la produzione giurisprudenziale sono assai abbondanti).

A questo proposito, nella dottrina italiana più risalente di un certo interesse restano, in particolare, gli studi condotti sulla discrezionalità del giudice civile da Raselli già negli anni '20<sup>108</sup>.

Orbene il menzionato autore, dopo aver studiato molti temi di teoria generale e di diritto costituzionale e dopo aver dedicato la prima parte dell'indagine al problema del potere discrezionale della pubblica amministrazione, ritiene che la discrezionalità intesa come "la potestà (...) di determinare volta per volta il momento o il contenuto del proprio atto o

GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 42; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 1108; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 65 ss., 87 ss.; V. OTTAVIANO, voce *Merito (diritto amministrativo)*, in *Nss. Dig. it.*, vol. X, Torino, 1964, 575 ss.; G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 130 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 488; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 28 ss., 61 ss. (che intende la discrezionalità amministrativa come problema essenzialmente di interpretazione); G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 19 ss.; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 1989, 1 ss.; A. PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig., disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 401 ss.; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, vol. III, 2006, 1999 ss. Di recente si veda, tra gli altri, E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008.

<sup>107</sup> Sulla discussa nozione di discrezionalità tecnica basterà ricordare: E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 10 ss.; F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento di fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 278; E. GUICCIARDI, *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1959, III, 193 ss.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 37 ss.; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 206 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. De PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; M. DELLA SCALA, *L'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni "tecnico-discrezionali"*, in *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI e L. DE LUCIA, Torino, 2009, 263 ss.

<sup>108</sup> Cfr. A. RASELLI, *Potere discrezionale del giudice civile*, I ed., Padova, 1926, ripubblicato l'anno successivo col titolo *Il potere discrezionale del giudice*, cui è seguito poi un altro volume con lo stesso titolo pubblicato nel 1935. Il primo volume è stato, infine, ripubblicato sempre a Padova nel 1975, a cura della "Fondazione Piero Calamandrei", con il titolo *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, e con *Presentazione* di G.A. Micheli, a cui si farà cenno per le citazioni nel presente lavoro.

In seguito, è da menzionare lo studio di R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, (che fa il punto sull'elaborazione dottrinale nel frattempo sviluppatasi e tende ad approfondire, anch'esso, i profili di teoria generale), a cui sono da aggiungere, tra le altre, le monografie di F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; di G. CRISCUOLI, *La discrezionalità regolamentare del giudice civile*, Padova, 2000; e di E. FABIANI, *Clausole generali, cit.*. Inoltre si vedano: R. MARENGO, *Note in tema di discrezionalità del giudice civile*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, vol. II, Milano, 1993, 165 ss., e P. VINCENTI, *Poteri istruttori e discrezionalità del giudice nell'ambito garantistico del "giusto processo"*, in *Nuova giurispr. civile comm.*, 2006, II, 144 ss. Sul principio costituzionale di discrezionalità ed imparzialità del giudice civile nell'ottica garantistica del "giusto processo", cfr. L.P. COMOGGIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, spec. 327 ss.

ambidue questi punti”<sup>109</sup> nel modo più opportuno per l’interesse pubblico<sup>110</sup>, si presenta non solo nell’ambito dell’amministrazione, ma anche in quello della giurisdizione, là dove manchino norme imperative particolari.

Il giudice, infatti, può essere destinatario di un particolare precetto che gli consente di integrare la norma giuridica attraverso una ponderazione obiettiva degli interessi collettivi, che costituisce il fondamento della discrezionalità. Per quanto la nozione di attività discrezionale sia unitaria<sup>111</sup>, la citata dottrina ha posto in evidenza la differente ampiezza dell’attività discrezionale del giudice civile, ben più ristretta di quella del giudice penale<sup>112</sup> e di quello amministrativo, per non parlare di quella dell’amministrazione. Ma non mancano i casi in cui “al giudice civile sono concesse delle facoltà o gli obblighi impostigli dalla legge non sono perfettamente determinati in tutti i loro elementi”<sup>113</sup>.

In particolare, le attività che il giudice compie nell’interpretazione della norma giuridica e nell’applicazione della legge presuppongono complesse valutazioni di interessi, che sono di opportunità in rapporto allo scopo della legge stessa, sono destinate ad assicurare la migliore attuazione della norma e conferiscono all’organo giudiziario la facoltà “di determinare la propria linea di condotta nell’attività esterna (...) secondo valutazioni di opportunità rivolte a determinare, in rapporto allo scopo della funzione, che cosa importi, nel singolo

---

<sup>109</sup> Cfr. A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice*, Padova, 1975, 21.

<sup>110</sup> Secondo la definizione data per la prima volta da E. BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886, 36. Per una discussione sul valore assegnato a questa massima dalla dottrina, cfr. M.S. GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria generale dell’interpretazione*, Milano, 1939, 223 e note; ID., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 57 ss.

<sup>111</sup> Valida, cioè, tanto per l’amministrazione quanto per la giurisdizione, quali funzioni dello Stato svolgentisi *sub lege*.

<sup>112</sup> Per quanto concerne la ricostruzione della discrezionalità del giudice penale, quale ad es. riscontrabile nel riconoscimento o meno delle circostanze attenuanti generiche, svincolato dal ricorso ai criteri di cui all’art. 133 c.p. – come riferisce R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile, cit.*, 31 ss., 34, 341 – una prima corrente dottrinale tende a configurare la suddetta discrezionalità in termini ampi, riconducendola ad un rinvio da parte della legge al caso concreto, ossia alla indeterminatezza della legge. Una seconda corrente, invece, restringe il campo della discrezionalità alle sole ipotesi di “indeterminatezza intenzionale”, mentre negli altri casi di indeterminatezza l’attività del giudice avrebbe “natura” meramente interpretativa. La dottrina prevalente, comunque, qualifica la discrezionalità penale come vincolata, poiché, anzi, proprio la sottoposizione a vincoli giuridici consentirebbe di distinguerla da quella amministrativa: in proposito cfr. E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1985, 751 ss.; R. SATURNINO, voce *Discrezionalità. II) Diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, 1 ss.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 648 ss.; ID., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 182; R. RAMPIONI, “In nome della legge” (ovvero *Considerazioni a proposito di interpretazione creativa*), in *Cass. pen.*, 2004, 310 ss.

<sup>113</sup> Cfr. ancora A. RASELLI, *op. ult. cit.*, 267.

caso concreto, il precetto giuridico generale, posto per gli organi dello Stato: “*adempi nel modo più opportuno la funzione pubblica che ti è demandata*”<sup>114</sup>. Infine il citato autore, occupandosi dei casi in cui la legge gli consente di pronunciarsi secondo equità, ritiene che, mentre il giudice – nella sua attività di interpretazione del diritto positivo – deve ricostruire la *ratio* della norma imperativa particolare, tenendo conto delle esigenze sociali che l’hanno determinata nella fase legislativa, il giudice, cui la legge conferisce un potere discrezionale in sede di interpretazione, deve lui scegliere la soluzione più giusta ed equa rispetto alle particolarità del caso concreto, pur sempre riportandosi alla coscienza collettiva quale si manifesta storicamente in rapporto alla giustizia ed alla socialità<sup>115</sup>.

Per cui, in definitiva, si può dire che nella concezione di Raselli la discrezionalità amministrativa viene assimilata alquanto a quella del giudice civile sulla base di una pretesa identità del tipo di giudizio svolto, consistendo in entrambi i casi lo scopo dell’attività posta in essere nell’“attuazione del diritto oggettivo”<sup>116</sup>.

L’autore che si è occupato della nozione in esame nella dottrina italiana più recente parte, invece, dal concetto di “dovere discrezionale”<sup>117</sup> e giunge a ritenere che si ha discrezionalità del giudice civile “quando le norme rimettono al giudice la comparazione, in concreto, dell’interesse fissato dalla norma come ‘causa’ dell’atto” con gli altri interessi sui quali l’atto stesso è destinato ad incidere, “talvolta al fine di decidere se porlo in essere, in altri casi semplicemente al fine di determinare, in tutto o in parte, la modificazione materiale in

<sup>114</sup> Cfr. ancora A. RASELLI, *op. ult. cit.*, 263, nonché G.A. MICHELI, *Presentazione, cit.*, IX-X.

<sup>115</sup> Cfr. G.A. MICHELI, *op. cit.*, XIII.

Cfr., inoltre, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa, cit.*, 76 ss., il quale dà conto ampiamente dell’intenso dibattito svoltosi nella dottrina processual-civilistica italiana – e, in particolare, tra F. CARNELUTTI, da una parte, *Lezioni*, Padova, 1921, vol. II, 18 ss., e P. CALAMANDREI, dall’altra, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Riv. crit. scienze sociali*, 1914, soprattutto § 17 ss.; ID., *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, rispetto ai quali A. Raselli assume una posizione definita ‘mediana’ (75) - a proposito di quel tipo di processi in cui era lasciata al giudice una certa libertà, ovvero un margine di potere discrezionale, quanto alla determinazione degli effetti (in casi, ad esempio, come quello previsto dall’art. 145 c.c. del 1942 in tema di alimenti), e segnatamente su argomenti quali le sentenze dispositive o le decisioni delle giurisdizioni di equità.

<sup>116</sup> Cfr. ancora L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa, cit.*, 80-81.

<sup>117</sup> Cfr. R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile, cit.*, 59 ss., ove si pone, in particolare, in rilievo come “anche quando l’attività del giudice contenga margini di discrezionalità, si verte in di lui *doveri*, tutti gli atti del giudice (e anche di chi collabora con lui) essendo disciplinati dalle norme relative come “doverosi”, il che non è altro se non l’applicazione della regola più generale, per cui l’organo pubblico (qualsiasi organo pubblico) *deve* sempre assolvere al compito cui è stato preposto”.

cui il contenuto consiste”<sup>118</sup>. Di ciò vengono fornite molteplici conferme<sup>119</sup> e si ritiene che non vi sia discrezionalità nel “giudizio di diritto”, in quanto è da escludere che l’interpretazione delle norme importi comparazione di valori alla stregua del caso concreto.

Entrambe le impostazioni dottrinali riferite giungono però, sia pure per vie diverse, ad escludere, quanto meno in via di principio, la sussistenza di discrezionalità del giudice nell’esercizio dei poteri di interpretazione ed applicazione della norma<sup>120</sup>.

E’ emersa, inoltre, la distinzione tra norme generali, che sanciscono la finalizzazione dell’attività del giudice alla tutela di posizioni giuridiche soggettive<sup>121</sup>, e norme specifiche, che disciplinano i singoli istituti o particolari aspetti di ciascuno di essi. Anche queste ultime possono avere una portata più o meno ampia, a seconda che fissino una regola generale rispetto al singolo istituto, oppure siano meramente derogatorie (vedi artt. 38 e 183 c.p.c.).

La determinazione del contenuto dell’atto rileva poi, in generale, sotto due profili, a seconda che l’atto debba essere posto in essere o meno, nonché nel primo caso a proposito di che cosa quella modificazione materiale debba riguardare.

In altri casi, invece, la norma descrive i presupposti ricorrendo a criteri imprecisi o formulazioni generiche che spetta al giudice rendere coerenti. Il più delle volte, nel relativo giudizio di fatto o interpretativo si esaurisce il suo compito: è questo il caso, ad esempio, del ricorso ai concetti di “urgenza” (art. 78 c.p.c.), “necessità” (artt. 61 e 213 c.p.c.), “indispensabilità” (artt. 118 e 437 c.p.c.), che involgono certo l’interesse del soggetto, ma solo in

---

<sup>118</sup> Cfr. R. MARENGO, *op. ult. cit.*, 323 ss., 59 ss.

<sup>119</sup> In particolare, in primo luogo, viene ribadita l’insufficienza dell’“approccio letterale”, ragione del fatto che spesso è la stessa lettera della legge a trarre in inganno l’interprete, affermando, in casi in cui non può esservi scelta in base a ponderazione di valori, che il giudice “può” adottare il provvedimento (per es. vedi art. 78, comma 1, c.p.c.), oppure facendo uso di termini come “opportunità”, “apprezzamento” (vedi art. 116), “facoltà” (vedi art. 117). In secondo luogo, viene affermato che l’esercizio della discrezionalità non può confondersi col “giudizio di fatto”, in quanto quest’ultimo, non vertendo su valori, si esaurisce in attività conoscitiva, cui il giudice provvede mediante logica dimostrativa.

<sup>120</sup> Cfr. A. RASELLI, *op. ult. cit.*, 132 ss., spec.146-148, e R. MARENGO, *op. ult. cit.*, 176 ss. Ma con specifico riferimento ai “rapporti” fra interpretazione e discrezionalità si vedano anche, nella dottrina italiana più risalente, le considerazioni svolte da E. BETTI, *op. cit.*, 55 ss.

<sup>121</sup> E perciò – come prosegue R. MARENGO, *op. ult. cit.*, 325-326 – (la finalizzano) al ripristino di una situazione conforme al diritto e, più in generale, ad ordinare i comportamenti dei privati secondo il diritto (vedi, ad es., artt. 24 Cost. e 2907 c.c., quanto alla giurisdizione civile; nonché artt. 2910, 2930 e 2931 c.c.).

quanto esso presupponga determinate circostanze, che il giudice deve limitarsi ad accertare<sup>122</sup>.

In altre ipotesi, invece, le norme fanno riferimento a concetti quali quelli di “buona fede”, “ordine pubblico”, “comune senso del pudore”, “diligenza del buon padre di famiglia”, “giusta causa di licenziamento” che il giudice man mano adatta al mutato modo di sentire della comunità, sul piano generale, e quindi in via meramente interpretativa<sup>123</sup>.

Peraltro, in talune ipotesi il giudice deve anche – al fine della determinazione del contenuto dell’atto, sotto il profilo della decisione se porlo in essere o meno – provvedere alla comparazione degli interessi sui quali l’atto è destinato ad incidere. Il che avviene, ad esempio, quando sia la singola norma a demandare espressamente al giudice la valutazione delle circostanze del caso concreto<sup>124</sup>.

Per quanto concerne, infine, i limiti che il giudice è tenuto ad osservare nell’esercizio della discrezionalità, in primo luogo il giudice può esercitare certe “prerogative” – ovvero effettuare una comparazione di interessi alla luce delle esigenze del caso concreto al fine di determinare il contenuto dell’atto – soltanto in virtù di espressa “previsione normativa”, giacché la legge costituisce l’unica fonte delle posizioni giuridiche soggettive. In secondo luogo, sussiste un limite quanto all’oggetto, nel senso che il giudice “può comparare esclusivamente gli interessi” individuati come tali e ritenuti meritevoli di tutela dalla legge. In terzo luogo, il giudice “non può omettere di includere nella comparazione l’interesse posto dall’atto”, o dalla determinazione, che precede nella sequenza. Infine, quanto alla struttura del ragionamento, quest’ultimo è vincolato – anche a garanzia dell’imparzialità – all’“osservanza delle regole della logica ed all’uso di criteri oggettivi” di ragionevolezza: in

<sup>122</sup> Cfr. R. MARENGO, *op. ult. cit.*, 328-329 e nota 9, secondo cui talvolta, poi, la norma si riferisce espressamente al concetto di “opportunità”, senza che ciò importi l’attribuzione al giudice di un dovere discrezionale.

<sup>123</sup> Cfr. al riguardo E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VII ed., Padova, 1994, 389 s., che parla di concetti-valvola, quali valori che spetta al giudice rendere coerenti *pro tempore*.

<sup>124</sup> Si pensi, ad es., all’art. 151 c.p.c., che rimette al giudice la valutazione delle “circostanze particolari e delle esigenze di maggiore celerità” ai fini della prescrizione di particolari forme di notificazione; all’art. 2721, comma 2, c.c.; all’art. 700 c.p.c., secondo il quale il giudice adotta i provvedimenti di urgenza idonei “secondo le circostanze”; all’art. 535, comma 2, c.p.c.; all’art. 118, 283, 373, 420, 431, 624, 642, 649, 665, 669/13 c.p.c. tutti facenti riferimento a concetti che involgono apprezzamenti di valore, qual’è, nel caso più frequente, quello di “gravità”. Oppure all’ipotesi in cui la norma – ad es. l’art. 211 c.p.c. – impone espressamente al giudice la comparazione di interessi, come nel caso dell’ordine di esibizione al terzo, che il giudice dispone conciliando “nel miglior modo possibile l’interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo; analogamente dispone l’art. 30, ult. comma, della legge n. 392/1978.

particolare, il rispetto di tale limite deve risultare dalla motivazione del provvedimento discrezionale<sup>125</sup>.

Conclusivamente è da ritenere, in conformità alle più recenti teorie in materia di interpretazione<sup>126</sup>, che il giudice possieda sempre una certa discrezionalità in sede interpretativa ovvero di applicazione della norma al fatto<sup>127</sup>. Per cui il problema che si pone, con specifico riferimento alla maggiore o minore indeterminatezza del testo della norma, è per l'appunto quello di stabilire se ci si trovi di fronte ad una mera differenza quantitativa (maggiore discrezionalità) o qualitativa (passaggio dalla mera attività di interpretazione della norma, sia pur caratterizzata da “discrezionalità”, a quella di “creazione” della stessa).

Ciò posto, l'attenzione va concentrata su quelle ipotesi di “indeterminatezza” del testo normativo in cui il legislatore, nel delineare la fattispecie legale astratta, ricorre a concetti ricondotti dalla dottrina a quelle categorie giuridiche denominate, a seconda dei casi:

---

<sup>125</sup> Cfr. ancora R. MARENGO, *op. ult. cit.*, 335-336, 340 ss., secondo il quale - posto che l'atto discrezionale è sindacabile, in via generale, sotto il profilo della legittimità - è possibile, quanto alla discrezionalità del giudice civile e degli altri organi pubblici, ricavare un nucleo comune, sufficiente a farne un “concetto di teoria generale”.

In primo luogo, l'origine comune a tutte le nozioni di discrezionalità è testimoniata dall'esigenza di conciliare “autorità e doverosità”, posto che la posizione di supremazia, in cui l'organo pubblico si trova, è finalizzata al perseguimento di scopi che interessano la generalità, dalla quale il soggetto agente trae - direttamente o indirettamente - la propria legittimazione (sono, quindi, da qualificare come “doverose” le attività di ogni organo pubblico).

L'organo munito d'imperio, inoltre, trae dal diritto la propria autorità: cfr. sul punto C. LAVAGNA, voce *Autorità (dir. pubbl.)*, *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 477 ss.

Anche la comparazione dei valori in gioco costituisce, al tempo stesso, caratteristica comune ed elemento di differenziazione tra le diverse figure di discrezionalità.

Un ulteriore elemento comune è costituito dall'esercizio in base a criteri obiettivi, rinvenuti nella generalità e tenuto conto della necessità di tendere alla coerenza dell'ordinamento.

Infine, è da ricordare la definizione di discrezionalità del giudice proposta da Barak (cfr. A. BARAK, *Judicial Discretion*, trad. it. a cura di V. Gueli, Firenze, 1961, 16; e successivamente Milano, 1995, 16, 34), secondo il quale essa è “il potere, conferito ad una persona dotata di autorità, di scegliere tra due o più alternative, ciascuna legittima”, con la precisazione che, pertanto, “il potere discrezionale del giudice rinvia... alla facoltà, accordatagli dal diritto, di decidere tra parecchie alternative legittime”, per cui non esiste “quando al giudice si presenta un'unica opzione”. Mentre, seppur “in misura limitata”, tale discrezionalità esisterebbe in particolare nei cd. casi difficili.

<sup>126</sup> Sulle quali cfr. tra gli altri C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, 87 ss.; R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura L. Cabella Pisu e L. Nanni, Padova, 1998, 85 ss.; M. TARUFFO, *Il giudice e la “Rule of Law”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 931 ss, spec. 943; VIOLA F.-ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione, Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999, 175 ss e 186 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti; F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 1 ss.

<sup>127</sup> Cfr. sul punto M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 349 ss., spec. 362 ss.

“concetti giuridici indeterminati”, “concetti elastici”, “clausole generali”, “*standards* valutativi”.

Ora, il termine “*concetto indeterminato*” viene suggerito per designare tutti quei concetti che si caratterizzano, su un piano “meramente quantitativo”, per una indeterminatezza maggiore (o meglio estremamente elevata) rispetto agli altri concetti utilizzati dal testo della norma nel delineare la fattispecie astratta<sup>128</sup>.

Il termine “*concetto elastico*” (o “norma elastica”) viene proposto per designare tutti quei concetti che si caratterizzano, invece, su un piano “qualitativo”, per il fatto di richiedere, ai fini della loro applicazione, l’effettuazione di un giudizio di valore, operando il concetto un rinvio a valori “extragiuridici”<sup>129</sup>.

Viceversa, le “*clausole generali*” sembrano da ricostruire come “norme incomplete, frammenti di norme”, che non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell’ambito dei “programmi normativi di altre disposizioni”<sup>130</sup> ed in tal modo consentendo a concetti quali quelli di ‘correttezza’ e ‘buona fede’ di poter trovare collocazione in una “categoria giuridica” idonea ad esprimere una peculiarità che gli stessi possiedono<sup>131</sup>. Altrimenti detto, con la locuzione – creata dalla dottrina tedesca – clausole ge-

<sup>128</sup> Così E. FABIANI, *op. cit.*, 57. In argomento cfr. M. BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993, spec. 17 ss., e nella dottrina tedesca si veda per tutti W. GRUNSKY, in STEIN F.- JONAS H., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21, Auflage, Band 5, Teilband 1, Tübingen, 1994, 346

<sup>129</sup> Cfr. S. RODOTA’, *Le clausole generali*, *cit.*, 389 ss., spec. 392

<sup>130</sup> Cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 10-11; ma si veda anche l’impostazione di M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti d’integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, 83, e di F. ROSELLI, *op. cit.*, 11, che fa propria l’affermazione secondo cui – si badi – “il giudizio di merito applicativo di norme elastiche” è “soggetto al controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su qualsiasi norma di legge”.

<sup>131</sup> Il legislatore ha fatto molte volte ricorso alle clausole generali nel diritto privato. Basti pensare alle ipotesi in cui ricorrono le espressioni “giusti motivi” (ad esempio, nel licenziamento); “interesse del creditore” (artt. 1173, 1414 c.c.); “termine congruo” (art. 1379 c.c.); “grave motivo” (art. 84, comma 2 c.c.).

Sul piano definitorio della natura e delle funzioni delle “clausole generali” è, poi, da tener presente che – secondo L. MENGONI, *op. cit.*, 10 – esse “impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta”.

Ad avviso di C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 24, tra concetti indeterminati e clausole generali vi sarebbe una differenza di natura (o di specie): i primi sono tali in quanto indeterminati sul piano linguistico, le seconde sono indeterminate sul piano dei valori.

Con riferimento alla distinzione tra termini del linguaggio giuridico che contengono un riferimento a norme e termini che indicano situazioni di mero fatto, si sono poi distinte clausole generali che fanno riferimento a norme (ad es. correttezza, ex art. 1175 c.c.) e clausole generali che fanno riferimento a fatti qualificati da norme (ad es. danno ingiusto, giusta causa, giustificato motivo). E si è ritenuto che, mentre nel primo caso si è in presenza di clausole che connotano un valore (lealtà, correttezza, buona fede), nel secondo caso invece

nerali si indicano quelle espressioni di tenore appunto generale, non specifico, i cui contenuti possono essere precisati di volta in volta dal giudice, nell'*interpretazione* della legge, secondo l'evolvere delle abitudini e del sentire dei cittadini: in una parola, della coscienza sociale<sup>132</sup>.

Infine, con la dizione “*standard valutativo*” va inteso non un qualcosa che si mette sul medesimo piano dei concetti sopra indicati, ma piuttosto un qualcosa che funge da “parametro di riferimento” e “da guida” – al pari dei principi generali, sia pure su un piano diverso – per il giudice nell'esercizio di quella attività integrativa (giuridica e non fattuale) di cui necessita il testo della norma per effetto della sua “indeterminatezza”, a mo' di strumento che circoscrive quest'ultima<sup>133/134</sup>.

## 8.2. La discrezionalità del giudice amministrativo con riguardo alla fattispecie in esame

---

l'estrema genericità dell'oggettivazione (giusto, ingiusto) impedisce alla clausola generale di esprimere la *ratio* che le regole poste dal giudice devono soddisfare. In argomento cfr. G. ALPA, *L'arte del giudicare*, cit., 86-87; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 544; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 643.

In particolare, sulle clausole di *correttezza* (che indica la lealtà e la probità del comportamento) ed è omologa a quella di *buona fede* in senso oggettivo cfr., tra gli altri G. ALPA, *op. cit.*, 88-89, 105 ss., nonché S. PATTI, *Clausole generali*, cit., 308 ss., e dottrina diffusamente *ivi cit.*

<sup>132</sup> Cfr. ancora G. ALPA, *op. cit.*, 85.

<sup>133</sup> Cfr. E. FABIANI, *op. cit.*, 53 e 58, secondo il quale lo *standard* svolge un'importante funzione in sede di “concretizzazione”, ad opera del giudice, della indeterminatezza propria delle clausole generali e dei concetti giuridici indeterminati o elastici; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 102-103; G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 475, il quale, dopo aver ravvisato nelle clausole generali la “e-nucleazione dai principi di criteri di condotta”, qualifica gli “*standards* valutativi, come misura sociale dell'applicazione di quei criteri”.

<sup>134</sup> Alla luce di quanto precede, si comprendono anche i termini del problema dell'ammissibilità o meno di un efficace controllo della Corte di cassazione sull'esercizio della discrezionalità compiuto dal giudice civile di merito, che applica le clausole generali o utilizza norme elastiche: il punto essenziale di tale problema consiste, infatti, nel ricondurre o meno la sussunzione del fatto concreto entro la clausola generale (o la norma elastica) non al giudizio di fatto, ma al giudizio di ‘diritto’. Si tratta, cioè, di un momento del ragionamento con cui il giudice interpreta ed applica la norma elastica, o contenente la clausola generale, al caso concreto.

Ora, sembra condivisibile l'opinione secondo cui, da un lato, qualsiasi decisione interpretativa e applicativa di una norma implica l'esercizio di poteri *lato sensu* creativi, e quindi discrezionali, da parte del giudice-interprete. Dall'altro lato, la discrezionalità interpretativa del giudice di merito è senza alcun dubbio sindacabile in sede di controllo di legittimità effettuato dalla Cassazione e l'attività che la Corte svolge su questo piano, ancorché entri nel merito della decisione impugnata, rimane senz'altro – si badi – nell'ambito della decisione ‘in diritto’ e non entra in quello della decisione in fatto.

Di conseguenza, sotto questo profilo, è certamente ammissibile (e, va aggiunto, necessario) il controllo di legittimità esercitato dalla Cassazione sull'applicazione della clausola generale o della norma elastica, perché è proprio nel controllo sulla corretta ed uniforme interpretazione e applicazione di norme da parte dei giudici di merito (e ciò vale, negli stessi termini, anche per le norme elastiche o contenenti clausole generali) che si manifesta la funzione di nomofilachia, che definisce il ruolo istituzionale della Corte suprema. Cfr. al riguardo M. TARUFFO, *Prefazione* a E. FABIANI, *op. cit.*, XIX-XX; in senso conforme S. PATTI, *op. cit.*, 310.

Com'è noto, la discrezionalità del giudice amministrativo si è esplicitata in passato e si esprime tuttora essenzialmente nel sindacato di legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati, condotto sotto il profilo del riscontro della sussistenza o meno del vizio di eccesso di potere, tipico dell'attività amministrativa discrezionale, attraverso il controllo del rispetto di principi dell'ordinamento come ad esempio quello di imparzialità, di logicità, di ragionevolezza, di completezza dell'istruttoria, di esatta rappresentazione dei fatti, di proporzionalità dell'azione amministrativa, quando l'amministrazione operi come soggetto di diritto pubblico; e si esercita, altresì, nella verifica del rispetto da parte di essa anche di principi giuridici generali, quali ad esempio la certezza del diritto, il legittimo affidamento, la buona fede e la correttezza (questi ultimi due soprattutto quando si versi in materia di obbligazioni, contratti, accordi ecc.), sia che agisca applicando norme di diritto pubblico sia, e a maggior ragione, quando agisca utilizzando la normazione interpretata<sup>135</sup>.

Si tratta di un controllo particolarmente penetrante effettuato dal giudice amministrativo, il quale, valorizzando al massimo grado l'interpretazione sistematica, non si limita a verificare il rispetto delle disposizioni normative, generali e speciali, ma impone il rispetto di ulteriori regole logiche o di comune esperienza, oggettive e verificabili, enunciate dalla giurisprudenza stessa, la violazione delle quali è sintomatica del cattivo svolgimento della funzione amministrativa<sup>136</sup>.

D'altro canto, v'è da considerare che il giudizio amministrativo ha subito nel tempo una consistente trasformazione ed è divenuto oggi a tutti gli effetti un giudizio di parti, an-

---

<sup>135</sup> Non essendo possibile dare conto, qui, dell'imponente (se non sterminata) elaborazione concettuale sviluppata al riguardo sia in dottrina che in giurisprudenza, in Italia ed all'estero, si veda, per tutti, nella manualistica D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2010, V ed., 64-73, 343-353, e dottrina *ivi* ampiamente e analiticamente citata. Inoltre, tra gli altri, cfr. M. RENNA-F. SAIITA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, e su singoli profili abbastanza di recente P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 131 ss.

Sui principi generali non fondati su un espresso enunciato normativo ed il loro ruolo nel sindacato di eccesso di potere, cfr. F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 359 ss., secondo il quale la pubblica amministrazione può utilizzare soltanto l'equità integrativa, prevista dalla legge, e il giudice amministrativo è stato ed è anche un giudice di equità; nonché G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, *passim*.

<sup>136</sup> Per lo spazio riservato ai "principi non scritti", e per la loro elaborazione ed importanza, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano, v. da ultimo un accenno in A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 517.

che nella fase dell'ottemperanza<sup>137</sup>, e che la giurisdizione di legittimità ha, in generale, registrato una notevole evoluzione non soltanto in rapporto alla sua capacità e possibilità di “accedere al fatto”, ormai assicurata dal consolidato ampliamento dei mezzi di prova nel processo amministrativo, ma soprattutto dall'ampliamento dei poteri (cognitori, cautelari, decisor) del giudice e delle garanzie di tutela che attualmente, “eccedendo la tutela demolitoria d'annullamento”, si estendono alla “riparazione piena o semipiena delle situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese dall'attività amministrativa”<sup>138</sup>, venendo in rilievo, su tutte, la garanzia della tutela risarcitoria del privato ricorrente, in forma specifica o in via residuale per equivalente.

Inoltre, come esattamente è stato osservato, quello delle controversie di cui ci stiamo occupando – eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto pubblico a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e comminazione delle sanzioni alternative - è uno dei pochi casi (unitamente, ad esempio, all'ipotesi di cui all'art. 11, l. n. 241/1990<sup>139</sup>) in cui è chiaramente possibile l'individuazione di liti “attinenti a rapporti obbligatori” – quelli che investono il contratto – distinte da quelle “legate all'esercizio del potere”<sup>140</sup> nella procedura (di evidenza pubblica) della aggiudicazione, e che opportunamente risultano ora concentrate entrambe nella giurisdizione amministrativa esclusiva.

Un elemento caratterizza, tuttavia, le controversie di cui ci stiamo occupando ed è costituito dalla circostanza che si coglie “una frizione” tra i profili peculiari del nuovo processo in tema di appalti che è servente rispetto ad “un valore oggettivo”, rappresentato dalla concorrenza *per* il mercato<sup>141</sup>, la cui tutela (appunto, oggettiva) è affidata ad un custode giurisdizionale dotato di ampi poteri di apprezzamento, e la tradizione domestica di un giudizio amministrativo, imperniato sul principio della domanda, che è venuto strutturandosi

---

<sup>137</sup> Secondo quanto sostenuto, tra gli altri, da L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione (La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa)*, Milano, 2003, *passim*.

<sup>138</sup> Cfr. A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, *cit.*, 1447.

<sup>139</sup> Su cui cfr. M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 27 ss.

<sup>140</sup> Così F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, *cit.*, § 3, 6.

<sup>141</sup> Anche se – come giustamente ha osservato F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, *cit.*, 18 – specialmente in un momento storico come quello che stiamo attraversando tale valore non può essere assolutizzato ed isolato né, soprattutto, disgiunto da quello rappresentato dalla accurata e migliore “utilizzo del denaro pubblico”: su cui cfr. di recente D. BOITEUX, *Le bon usage de deniers publics*, in *Revue de droit public*, 2011, 1099 ss.

invece, come appena detto, a protezione della “situazione giuridica soggettiva” del singolo privato ricorrente<sup>142</sup>.

Precisato questo, e passando a considerare i criteri che orientano il giudice e le valutazioni che egli compie in ordine ai cd. concetti indeterminati ed alle clausole generali impiegati nelle fattispecie di cui agli artt. 121 ss. c.p.a., è da rilevare che le suddette valutazioni appaiono senza dubbio “fortemente soggettive”, da operare di volta in volta, e, come tali, eccedono dai limiti tradizionali, seppur profondamente riveduti, del giudizio di legittimità, per cui viene da domandarsi se esse rimangano sempre valutazioni discrezionali ma di carattere giuridico, e così restino all’interno dell’applicazione ortodossa dei parametri normativi, pur descritti in modo generico, vago ed impreciso, oppure travalichino in apprezzamenti di opportunità, seppur prudenti, fra interessi eterogenei e contrapposti e perciò contrassegnati da un alto tasso di opinabilità, senza alcuna indicazione preferenziale fornita dalla legge<sup>143</sup>.

Si pensi, ad esempio, alla possibilità per il giudice di svolgere valutazioni nello stabilire *se*, a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione, si debba dichiarare la privazione degli effetti del contratto o, in via subordinata, accordare il risarcimento per equivalente del danno subito e provato; *se* disporre la privazione degli effetti limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire ovvero con decorrenza retroattiva<sup>144</sup>; *se* disporre che il contratto è privato di effetti oppure applicare le sanzioni alternative.

E, specificando ulteriormente, si considerino i poteri discrezionali che esercita il giudice amministrativo in ordine, in primo luogo, alla graduazione cronologica della declaratoria di inefficacia “in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto” (art. 121, comma 1), quando si siano verificate ‘violazioni più gravi’ del diritto comunitario o nazionale e, cioè, sia

<sup>142</sup> Così ancora F. FRACCHIA, *op. cit.*, § 7, 14.

<sup>143</sup> Come già accennato, in quest’ultimo senso sembra propendere G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell’appalto*, *cit.*, 730 e *passim*. *Contra* tra gli altri F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, *cit.*, § 2.3., 9, il quale ritiene che il parametro che il giudice deve applicare nelle valutazioni (anche di interessi) non sia un parametro libero (o discrezionale), ma un parametro fissato dalla legge, anche se vago e impreciso; peraltro – aggiunge significativamente l’A., come anticipato –, se ci fossero casi in cui il giudice si sostituisce all’amministrazione nella cura dell’interesse pubblico essi dovrebbero essere portati innanzi alla Corte costituzionale. In senso sostanzialmente conforme v. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, *cit.*, 48.

<sup>144</sup> Cfr. sul punto M. SANINO, *Aggiudicazione illegittima e inefficacia del contratto*, *cit.*, 1550, che ritiene questa previsione una “vera innovazione stravolgente” in ordine alla quale la relativa valutazione e scelta del giudice è espressione dell’esercizio di “un forte potere dispositivo”.

stata omessa ogni forma di pubblicità del bando o avviso con cui si indice la gara o, ricorrendo certe ulteriori condizioni, non sia stato rispettato il cd. *standstill period* sostanziale o processuale<sup>145</sup>.

Ora la valutazione sulla decorrenza della privazione degli effetti comporta sicuramente l'attribuzione al giudice amministrativo di una discrezionalità assai ampia, ma pare altresì indubbio che la valutazione della 'gravità' della condotta dell'amministrazione, in relazione alle deduzioni delle parti, anche private, attiene al potere – schiettamente giurisdizionale – di 'graduare la condanna', senza che sia compiuto alcun apprezzamento di opportunità, venendo essenzialmente in rilievo l'applicazione del concetto appunto di 'gravità', riferito a comportamenti dell'amministrazione, che è oggetto pacificamente di apprezzamento anche nel giudizio cautelare effettuato nell'ambito della giurisdizione di legittimità<sup>146</sup>.

Oppure, per altro verso, si consideri la valutazione della sussistenza di "esigenze imperative connesse ad un interesse generale", che impongano, in via derogatoria (e, come tale, da interpretare restrittivamente), la conservazione degli effetti del contratto anche in presenza di 'violazioni gravi' (art. 121, comma 2).

La norma, peraltro, non dettaglia, se non genericamente, i contenuti di tali "esigenze imperative", di carattere tecnico o di altro tipo: e questo aumenta in misura considerevole la discrezionalità del giudice, il quale – secondo taluno – anche in questa ipotesi è "svincolato da parametri predeterminati"<sup>147</sup> e, pertanto, è onerato di "motivare rigorosamente la decisione"<sup>148</sup> circa la sussistenza di circostanze tali da "rendere evidente" che le obbligazioni

---

<sup>145</sup> A proposito delle quali due ultime ipotesi F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, cit., § 5, 10, rileva come il giudice, in tali casi, "sia chiamato a effettuare una sorta di giudizio prognostico" onde verificare se "il rispetto delle norme (la legge sembra indicare prioritariamente quella sullo *standstill*, ma, evidentemente, occorre riferirsi alle illegittimità dell'aggiudicazione nel loro complesso: in questo senso si dice che la violazione si 'aggiunge' ad altri vizi) avrebbe determinato l'aggiudicazione a favore del ricorrente".

<sup>146</sup> Sottolinea questa particolarità costituita dalla figura giuridica – per noi nuova – della "grave violazione" del diritto comunitario da parte della stazione appaltante, che deve essere valutata da giudici amministrativi che hanno giudicato fino ad ora della sola legittimità (comprensiva del vizio di eccesso di potere) degli atti amministrativi e non – si badi – della violazione di norme o di principi in quanto "grave", F. SATTA, *Annullamento dell'aggiudicazione*, cit., 128.

<sup>147</sup> Così G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, cit., 737-738 e nota 25, ove l'A. precisa che l'interesse generale è un interesse pubblico che, ove accompagnato da una sua particolare accentuazione ("esigenze imperative"), costituisce "un limite al perseguimento dell'interesse pubblico primario, rappresentato ... dalla tutela della concorrenza". Secondo R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit., 51, non si tratta tuttavia qui di "valutazioni di opportunità politica, ma pur sempre (di) valutazioni giuridiche".

<sup>148</sup> Cfr. N. PAOLANTONIO, *Commento agli artt. 121-122 c.p.a.*, cit., 918. Al riguardo M. SANINO, *Aggiudicazione illegittima e inefficacia del contratto*, cit., 1553, osserva che opportunamente il legislatore, accentrando e dilatando

contrattuali possano essere rispettate solo dall'“esecutore attuale”, ossia dall'impresa originariamente (ed illegittimamente) dichiarata aggiudicataria.

Comunque, è da ritenere che l'“interesse generale” in questione sia solo quello dell'intera collettività al mantenimento del contratto in funzione della celere realizzazione dell'opera pubblica, e non anche il mero interesse pubblico della singola stazione appaltante o l'interesse di una singola amministrazione (per esempio, alla ristrutturazione di un proprio edificio adibito a uffici pubblici).

In ogni caso, non sono da ritenere esigenze imperative gli “interessi economici” legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti da una serie di circostanze, di cui all'ultima parte dell'art. 121, comma 2, e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia. Di essi il giudice può tenere conto solo allorché ravvisi che la declaratoria di inefficacia possa condurre a “conseguenze sproporzionate”, anche in considerazione dell'“eventuale mancata proposizione della domanda” del ricorrente “di subentro” nell'esecuzione del contratto.

Cosicché, in definitiva, nel caso delle violazioni gravi le “esigenze imperative”, che possono impedire la dichiarazione di inefficacia del contratto, sono essenzialmente riferite, sì, all'interesse pubblico, ma pure in questo caso la valutazione da compiere, da parte del giudice, non è tale da debordare dalla conoscenza del fatto e dall'applicazione del diritto, essendo comunque legata all'applicazione del principio di proporzionalità<sup>149</sup>.

In secondo luogo, quando invece si sia in presenza di ‘violazioni meno o non gravi’, di cui all'art. 122, ovvero quando ricorrono solo violazioni del procedimento di aggiudicazione definitiva per vizi (definibili come) formali, il giudice, al fine di decidere se mantenere efficace il contratto o privarlo di effetti, deve valutare caso per caso gli interessi delle parti in gioco, onde stabilire – anche stavolta sulla base di elementi giuridici e non di mera opportunità amministrativa - se vi sia l'eventualità che il ricorrente possa agevolmente ed effettivamente subentrare nel contratto, nonché considerando che ove il contratto rimanga

---

ancor più il “potere discrezionale del giudice”, si cura di dare contenuto al concetto in esame, tentando di definirlo anche in negativo, e precisando, inoltre, che sempre il giudice dovrà verificare la sussistenza di ‘esigenze imperative’ “con grande cautela e prudenza”.

<sup>149</sup> Così F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale, cit.*, 4.2.: posto, appunto, che l'inefficacia del contratto, per non essere pronunciata, deve condurre a “conseguenze sproporzionate”.

efficace, a differenza di quanto accade per le violazioni gravi, non troveranno applicazione le sanzioni alternative.

In queste ipotesi al giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva è attribuito il potere discrezionale – ed ora in misura anche maggiore<sup>150</sup> - di dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, “degli interessi delle parti”<sup>151</sup>, nonché dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione del contratto alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del medesimo e della possibilità (espressione, quest'ultima, anodina) di “subentrare nel contratto”, quando il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentro “sia stata proposta” (art. 122, ultima parte). Per cui occorre condurre tale valutazione nel pieno rispetto dei “principi del giusto processo”, del contraddittorio e della “piena parità delle parti”<sup>152</sup>.

Sempre con riferimento ai vizi non gravi dovrebbe poi trovare applicazione, secondo taluno, l'istituto che tutela il terzo contraente quando possa dimostrare di “aver acquistato il diritto in buona fede”, prima di aver ricevuto la notifica del ricorso, così come, nei casi di sopravvenuta esecuzione parziale del contratto da parte dell'aggiudicatario illegittimo, si dovrebbe applicare l'art. 1181 c.c. in tema di “adempimento parziale”<sup>153</sup>.

In terzo luogo, ai sensi dell'art. 123, comma 2, il giudice amministrativo – quale “signore dell'apprezzamento della concorrenza”, come è stato definito, e “guardiano delle relative regole”<sup>154</sup> - applica le sanzioni alternative, assicurando il rispetto del principio del contraddittorio (è da ritenere anche con l'aggiudicatario, ove si riduca la durata del contratto) e ne determina la misura in modo che siano “effettive, dissuasive, proporzionate” al va-

---

<sup>150</sup> Perché tra l'altro – secondo G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, cit., 741 e nota 28 – in questo caso non solo i parametri sono eterogenei, posti in ordine sparso ed “elastici”, ma non vi è neppure “la regola cui attenersi nel caso che siano tutti o in parte sussistenti”. Viceversa, secondo F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale*, cit., 4.2., sarebbe individuabile una qualche somiglianza tra questa ipotesi e le già citate fattispecie di cui agli artt. 2058, comma 2, e 2933, comma 2, c.c.

<sup>151</sup> Il che potrebbe condurre a pronunce che escludano l'inefficacia del contratto ove la considerazione dell'interesse dell'amministrazione assuma il sopravvento, nella valutazione del giudice medesimo, sull'interesse del privato. Anche secondo M. SANINO, *op. cit.*, 1555, si tratta in questo caso di una valutazione che dovrà effettuarsi di volta in volta e “che, di per sé, sfugge a qualsivoglia apprezzamento secondo criteri predeterminati”.

<sup>152</sup> Cfr., ancora, N. PAOLANTONIO, *op. ult. cit. loc. cit.*

<sup>153</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, cit., § 7; ID., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, cit., 24. Circa la tutela da assicurare anche all'“altro contraente” in buona fede cfr. pure G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, cit., 729 nota 1, 745-746.

<sup>154</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, cit., § 6, 12.

lore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla medesima per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. In tal modo le indicazioni fornite dal legislatore rappresentano 'una sorta di schema' che il giudice dovrà seguire al momento della stesura della motivazione della propria decisione e, posto che sono fissati adeguati parametri sia in ordine ai presupposti che alla graduazione della sanzione, non pare che vi sia "spazio per sconfinamenti" da parte del giudice nel merito amministrativo<sup>155</sup>.

Infine, con riferimento alla tematica del risarcimento e della quantificazione del danno subito dal ricorrente vittorioso, e più specificamente con riguardo all'applicazione dell'art. 124, comma 2, c.p.a.<sup>156</sup>, è stato precisato convincentemente che i "giustificati motivi" ostativi alla presentazione della domanda di aggiudicazione o di subentro devono essere ricercati in circostanze – si badi – di carattere obiettivo, non attinenti a valutazioni di convenienza dell'attore, in quanto essi fanno parte di quelle "circostanze del caso", di cui parla l'art. 2056, comma 2, c.c., che il giudice deve apprezzare prudentemente per determinare il lucro cessante<sup>157</sup>.

### 9. Osservazioni di sintesi

In conclusione, come si vede, in tutte queste previsioni normative ricorrono spesso poteri che comportano un margine di incidenza giudiziale (*id est*: di discrezionalità del giudi-

<sup>155</sup> Così R. DE NICCOLIS, *Commento agli articoli 121-125 c.p.a.*, in A. QUARANTA-V. LOPILATO, (a cura di), *Il processo amministrativo (commentario al D. Lgs. n. 104/2010)*, Milano, 2011, § 12.

Di contrario parere al riguardo si manifesta, viceversa, M. SANINO, *op. cit.*, 1558-1560, secondo il quale "l'intervento del giudice in situazioni simili sarà particolarmente penetrante e suscettibile di pesanti verifiche" ed implicherà "valutazioni di merito che sembrerebbero sino ad oggi mai configurabili nel sistema della giustizia amministrativa". L'A. ancora insiste nel sottolineare (p. 1560) che la norma in questione conferisce al giudice "un potere del tutto inusuale" nel nostro ordinamento processuale, consentendogli di determinare con sue autonome valutazioni di non procedere alla declaratoria di inefficacia del contratto, ma di irrogare una sanzione (di contenuto diversificato) in corrispondenza non di un illecito (amministrativo), ma di "un non corretto esercizio del potere" da parte della p.a.: sanzione, peraltro, non raffrontabile con le sanzioni amministrative, nate con e contemplate dalla legge n. 689 del 24 novembre 1981, distinguendosi da quest'ultime "sia nei presupposti che nella funzione". Infine, sempre a parere del citato A., nell'applicazione di tali sanzioni, che possono essere alternative o cumulative tra loro, il giudice deve tener conto del "criterio di proporzionalità", che è un principio sotteso a tutti i provvedimenti amministrativi ed è imposto, ma – si badi e come detto - anche nelle valutazioni della legittimità dell'azione amministrativa discrezionale, pure dalla legislazione comunitaria.

<sup>156</sup> Secondo il quale la condotta processuale della parte, la quale, pur avendo conseguito l'annullamento dell'aggiudicazione, non abbia proposto, senza "giustificati motivi", domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero si sia dichiarata non disponibile a subentrare, è valutata ai sensi dell'art. 1227 c.c.

<sup>157</sup> Cfr., ancora, M. SANINO, *op. cit.*, 1578.

ce) ragguardevole, ma – s'è già detto – la dottrina prevalente rimane dell'avviso che essi, ancorché “specialissimi”, possono essere contenuti adeguatamente entro il modello della giurisdizione esclusiva di (sola) legittimità.

E', sì, vero che il giudice amministrativo viene chiamato in tutte le ipotesi contemplate in cui il contratto deve o può essere dichiarato inefficace, a svolgere un delicato “ruolo di valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco”. Tuttavia egli resta, di regola, un giudice e non diventa un ‘amministratore’, perché opera effettuando valutazioni non di opportunità politica e di buona amministrazione ma pur sempre “valutazioni giuridiche”<sup>158</sup> basate, perlopiù, su presupposti di fatto sufficientemente definiti.

Inoltre, un ruolo importante che pare assegnato al giudice amministrativo, anche nell'ambito di una sicuramente molto incisiva giurisdizione esclusiva di legittimità, risulta, in molte delle ipotesi esaminate, quello di ‘garante della legalità comunitaria’, riguardata innanzitutto sul piano obiettivo della tutela e del ripristino dell'effetto utile della concorrenza *per* il mercato. E questo ruolo di controllore della legalità obiettiva, deputato ad assicurare in prima battuta, anche se non solo, il rispetto dell'ordinamento comunitario e nazionale, che gli ha attribuito il legislatore, non sembra in verità del tutto in linea, da noi, col dato costituzionale e col carattere soggettivo e di parti, imperniato sul principio della domanda, ormai assunto dal nostro processo amministrativo. Sì che rimane – come già è stato notato - alquanto forte l'“impatto” sul nostro ordinamento e sulla nostra tradizione giuridica di un istituto processuale (il giudizio in materia di appalti pubblici, appunto) delineato in un contesto culturale, quello europeo, molto diverso da quello “domestico”<sup>159</sup>; e occorre, inoltre, trovare un'interpretazione delle norme in grado di mitigare le più vistose alterazioni dell'ibrido rapporto giudice-amministrazione che si è venuto a creare.

Fermo restando, dunque, che anche la giurisdizione di legittimità è da ritenere oggi una giurisdizione che realizza la ‘pienezza’ dell'indagine e della cognizione del fatto e si fonda sui principi di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo<sup>160</sup>, per indi-

---

<sup>158</sup> Cfr., ancora, R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, § 5.

<sup>159</sup> Così F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, *cit.*, § 7.

<sup>160</sup> I quali – come noto – sono principi-cardine anche del diritto comunitario: sul punto cfr. di recente, tra gli altri, S. OGGIANI, *Profili della tutela giurisdizionale in materia di appalti*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 981 ss., spec. 1018 ss.; nonché F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, *cit.*, 19, secondo il quale è l'effettività della tutela giurisdizionale, e non la garanzia della

care questa forma di protezione *ope legis*, oltre che di un interesse individuale, anche di un interesse generale e “primario” al corretto affidamento del contratto (proprio di un ordinamento sovranazionale incentrato sul valore oggettivo della concorrenza *per il mercato*<sup>161</sup>), potrebbe pure utilizzarsi residualmente – com’è stato suggerito – la dizione ‘giurisdizione di merito’<sup>162</sup>, intesa quale ulteriore accezione semantica della locuzione ‘giurisdizione amministrativa’. Ma è evidente come, a questo punto, la disputa e la divergenza siano non già di natura teorica e sostanziale, bensì unicamente di carattere formale, nominalistico e classificatorio.

Mentre il dato predominante resta quello per cui nella maggior parte delle ipotesi testé descritte, fatta eccezione per quella delle ‘sanzioni alternative’, il suddetto interesse pubblico “primario” alla concorrenza, preso a cuore dall’ordinamento comunitario anche con la direttiva n. 66/2007, passa – com’è stato detto efficacemente – “per il filtro dell’interesse del ricorrente” al conseguimento del bene della vita, ossia per l’applicazione del principio dispositivo, e penetra “all’interno del contratto” provocandone di frequente l’inefficacia quando si sia verificata una violazione delle regole di affidamento dell’appalto<sup>163</sup>.

Detto questo, non si può negare che lascia un po’ perplessi come la Commissione speciale del Consiglio di Stato, menzionata *retro* al § 2, vista l’incidenza che assume in tutta la suddetta normativa l’interesse pubblico “primario” alla concorrenza, abbia potuto ritenere, viceversa, che le controversie in questione abbiano ad oggetto precipuamente “aspetti di

---

concorrenza, il principio comunitario che viene in gioco nelle ipotesi di prevista dichiarazione di inefficacia del contratto, e che porta l’ordinamento europeo con la direttiva n. 66/2007 ad accettare (per le violazioni meno gravi) e ad imporre (per quelle gravi) che si possa eliminare il contratto già stipulato pur di assicurare al ricorrente, “in nome dell’effettività appunto, non solo la tutela per equivalente bensì anche quella volta al conseguimento del bene della vita”, tramite la reintegrazione in forma specifica.

Sull’influenza del diritto comunitario sul processo amministrativo italiano cfr. M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, 47 ss.; M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli “altri”*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006, 487 ss.

<sup>161</sup> Il quale ultimo peraltro, specialmente nel momento storico che stiamo vivendo, non può essere assolutizzato ed isolato e disgiunto dall’altrettanto rilevante interesse pubblico alla “parsimoniosa utilizzazione delle risorse pubbliche” ed alla più accurata e migliore spesa del pubblico denaro: così convincentemente F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, *cit.*, 18-19 e nota n. 11.

<sup>162</sup> Cfr. al riguardo A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito*, *cit.*, 1447 ss., 1451-1452.

<sup>163</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 31, 17 e 45, il quale conclude appunto nel senso che, con riferimento alle fattispecie considerate, l’unico istituto che potrebbe ricondursi, pur con alcune riserve, al fenomeno della giurisdizione oggettiva “è quello delle sanzioni alternative”.

Per la considerazione che l’effettività di tutto il “sistema di ricorso”, nella materia in esame, dipende in definitiva “esclusivamente dall’iniziativa processuale di un’impresa privata”, e non anche da quella dell’Autorità di vigilanza o delle amministrazioni interessate o dello Stato, si vedano i rilievi critici di G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell’appalto*, *cit.*, § 7, 755-757.

natura civilistica”, inerenti le conseguenze dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto già stipulato. Ma, tuttavia, va subito aggiunto che a nostro avviso, anche accettando quest’ultima prospettazione, l’apprezzamento spesso discrezionale e la valutazione comparativa degli interessi compiuti dal giudice amministrativo, nelle fattispecie in questione, non fuoriescono dall’ambito della legittimità e non implicano l’esercizio della giurisdizione di merito.

*Abstract*

L'Autore compie dapprima un breve excursus circa l'evoluzione, sul piano normativo e giurisprudenziale, registratasi con riguardo al tema della sorte del contratto d'appalto pubblico - a seguito dell'annullamento da parte del giudice amministrativo dell'aggiudicazione definitiva illegittima - e della qualificazione del tipo di giurisdizione amministrativa esercitata nel caso concreto. Quindi cerca di appurare se, nella fattispecie in esame, si è in presenza: a) di un'ipotesi ('innominata') di giurisdizione di merito; oppure b) di un giudizio di equità di matrice civilistica; o, ancora, c) di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva di sola legittimità caratterizzata, però, da poteri cognitori giudiziali particolarmente incisivi ed in cui - si badi - viene esercitata la c.d. discrezionalità del giudice. Quest'ultimo, secondo l'A., è il tipo di giurisdizione amministrativa che sembra ricorrere nella fattispecie analizzata, anche alla luce degli approdi cui è pervenuta, ad oggi, la scienza giuridica in tema di discrezionalità del giudice civile.

The author makes first a brief overview of the progress on the regulatory and jurisprudential, with regard to the question of the destiny of the public contract - following the annulment by the administrative judge of the final - and the qualifications of the type of administrative jurisdiction exercised in this case. So try to ascertain whether, in the present case, it is in the presence of: a) hypothesis ('unnamed') of unlimited jurisdiction, or b) a Fairness matrix civil, or even c) the hypothesis of a single exclusive jurisdiction of legitimacy characterized, however, by powers court particularly incisive and in which - mind you - is exercised the discretion of the judge. The latter, according to the A., is the type of administrative jurisdiction that seem to draw in this case analyzed in the light of the landing of receipt, to date, legal science in the field of civil judicial discretion.