

Il giudicato come (unico?) limite all'autotutela della P.A. per l'affidamento del privato e la garanzia degli investimenti?

(relazione tenuta alla 1° Rassegna di diritto pubblico dell'economia, Varese, 12 maggio 2017)

Ringrazio gli organizzatori¹ per l'invito rivoltomi ed in ossequio alle indicazioni ricevute, propongo loro tre riflessioni, che muovono da altrettanti casi pratici, scelti fra quelli giuntimi da primari operatori economici tedeschi e statunitensi, peraltro già corredati da un lavoro, per così dire, di raffinamento svolto dai loro giuristi abituali, i temibili colleghi di Speyer.

Tre linee, dunque: sarà un caso, ma non è per caso, una riguarda l'Autorità nazionale anti corruzione, il secondo la Corte dei conti ed il terzo il rito appalti nel processo amministrativo. Tutti e tre riguardano il contratto, anzi, potremmo dire la stessa struttura del negozio giuridico; il secondo ed il terzo involgono il problema della giurisdizione esclusiva. Alla fine non cercherò di dar qui una risposta, ma di proporre a chi ascolta le risposte che ho reso agli interlocutori stranieri, affinandole nel corso di questi mesi e che rendono forse conto della duplice domanda del titolo del mio contributo, che è poi quella della sessione di questo convegno: cosa può fare il diritto amministrativo per favorire (e non scoraggiare) gli investimenti italiani ed esteri?

Ma andiamo con ordine.

Primo caso: linee guida ANAC. Le domande che mi vengono poste sono ricorrenti: dove si collocano nella gerarchia delle fonti? Più radicalmente, è possibile collocarle nella tradizionale gerarchia delle fonti? Vincolano le amministrazioni? È illegittimo l'atto amministrativo che non le rispetti? Anche se argomenta le ragioni della disobbedienza? Di più. È possibile costruirvi sopra un contratto? Appoggiarlo solidamente? Hanno natura di norma imperativa? Il contratto che non le rispetti è soggetto alla sostituzione automatica di clausole secondo il meccanismo dell'art. 1419, secondo comma, del codice civile? E può quindi succedere che le nuove linee guida -di cui si è in attesa- vengano ad incidere su contratti già stipulati? Magari sostituendo alcune clausole? Magari quelle ritenute essenziali per le parti e, così, travolgendo tutto il negozio? E se così è, potrebbe succedere che le linee guida siano anche retroattive? Magari sotto forma di chiarimento o di interpretazione autentica? In fondo, non si rinviene un espresso divieto di irretroattività, come nelle preleggi.

Una prima risposta potrebbe venire guardando al momento patologico per ricostruire la fisiologia delle linee guida. Al di là della forza, del grado di cogenza, hanno forma di atto amministrativo e possono essere demolite da una sentenza del TAR, in specie il TAR Lazio, magari previa sospensione. Quest'osservazione però non tranquillizza gli interlocutori d'Oltralpe, che sono pur pronti a lavorare con un nuovo strumento, a tener conto di un nuovo vincolo giuridico amministrativo, ma nell'alternativa di farselo amico o trattarlo da nemico, senza il rischio di vederlo scomparire e magari ricomparire sotto mentite spoglie. In fondo, a ben guardare, è ancora il sospetto sull'alleato italiano, una sorta di *damnosa hereditas* del 1943, che riemerge -nemmeno tanto velatamente- nei convegni internazionali, addirittura più apertamente in quelli nazionali. Ed infatti, le linee guida non possono costituire un valido appoggio per un contratto, rischiando di porre a fondamento della costruzione giuridica un formato normativo che collassa già in via cautelare, per poi magari riapparire nel minuetto di contrasti giurisprudenziali fra cautelare e merito e fra primo e secondo grado, senza voler dimenticare gli interventi a gamba tesa della Cassazione che è ormai avvezza a sindacare l'operato del Consiglio di Stato sotto la formula del sindacato sul limite interno della giurisdizione.

¹ E per tutti, Stefano Glinianski -vis maior cui resisti non potest-

A complicare la situazione è arrivata la sentenza n. 1310/2017 resa dalla III Sezione del Consiglio di Stato.² La sentenza, in sé, afferma concetti chiari e sostanzialmente condivisibili, specie se presi uno ad uno; cioè permane in capo alla P.A. il potere di autotutela, con la dovuta motivazione, a garanzia della legalità; sicché è possibile venga accertato un vizio nella procedura amministrativa che forma la volontà negoziale di parte pubblica, per cui travolgendo quella anche il sinallagma negoziale sarà annullato o riconosciuto radicalmente nullo, con le magre garanzie che presidiano la nullità dei contratti di durata.

La conseguenza pratica è una sola: non ci si espone a finanziare alcunché fino al momento in cui non si abbia una sentenza del giudice amministrativo, meglio se passata in giudicato, ed in ogni caso suscettibile di esperire l'azione di ottemperanza, cioè fino a che il giudice non abbia cristallizzato l'azione amministrativa, togliendo ogni discrezionalità alla P.A..

È un punto su cui tornerò in conclusione.

Secondo caso: contratto stipulato su provvedimento -con la rituale copertura finanziaria- di ente locale, su cui si è ottenuto il credito bancario necessario all'operazione.

Con L. 7 dicembre 2012, n. 213 è stata introdotta una nuova forma di controlli sugli enti pubblici.³

Per migliore chiarezza espositiva, indico qui di seguito in sequenza i passaggi logici del ragionamento giuridico che propongo alla riflessione.

1) La novella legislativa del 2012 ha introdotto una nuova forma di controllo esterno sugli enti locali, al fine di contenere la spesa e assicurare il patto di stabilità ormai costituzionalmente fissato (lo era in previsione al momento dell'introduzione della disposizione in oggetto).

2) Il sistema si regge sulla trasmissione degli atti amministrativi alla sezione di controllo della Corte dei conti che rende una "pronuncia" ove indica all'ente gli aggiustamenti eventualmente necessari; quindi l'amministrazione esegue e ritrasmette alla sezione di controllo per verificare il corretto adempimento delle istruzioni ricevute.

3) Quale sorte ha il provvedimento -formalmente amministrativo, ma sostanzialmente di recepimento delle indicazioni della magistratura contabile - con cui l'ente modifica il proprio bilancio e non solo? È soggetto al regime delle impugnazioni proprie degli atti amministrativi? Può essere scrutinato dal TAR su ricorso del cittadino che si assuma lesa per la riduzione di un contributo o la privazione di un beneficio?

² Cfr. CdS, III, 22 marzo 2017, n. 1310, pubblicata su Lexitalia con nota adesiva di Giacomo Biasutti.

³ Il nuovo art. 148 bis del Testo Unico Enti Locali, dispone che: *1. Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti esaminano i bilanci preventivi e i rendiconti consuntivi degli enti locali ai sensi dell'articolo 1, commi 166 e seguenti, della [legge 23 dicembre 2005, n. 266](#), per la verifica del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno, dell'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'articolo 119, sesto comma, della Costituzione, della sostenibilità dell'indebitamento, dell'assenza di irregolarità, suscettibili di pregiudicare, anche in prospettiva, gli equilibri economico-finanziari degli enti.*

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

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

- 4) La tesi della devoluzione alla giurisdizione amministrativa presuppone discrezionalità dell'ente, cioè esercizio di potere amministrativo e comunque comporta un sindacato del TAR –almeno indiretto - sulle prescrizioni delle Corti dei conti, tanto che l'eventuale annullamento dell'atto amministrativo comporterebbe un giudizio di illegittimità sull'operato del giudice contabile e, ove condannasse l'ente locale ad un risarcimento del danno, comporterebbe anche l'esenzione di responsabilità dell'agente per avere eseguito le istruzioni vincolanti della Corte dei conti che quel provvedimento ha validato o in prima o in seconda lettura.
- 5) La posizione in Costituzione dell'obbligo del pareggio di bilancio sta suggerendo una costruzione diversa: il provvedimento amministrativo di adempimento alle prescrizioni della sezione controllo del giudice contabile è soggetto alla giurisdizione del giudice contabile stesso, cui dovrebbe rivolgersi chi si ritenesse leso dal provvedimento così adottato.
- 6) Si tratterebbe cioè di una sorta di giurisdizione esclusiva, modulata sulla base del giudizio di ottemperanza, ove è lo stesso giudice che ha dato la statuizione a rendere il giudizio sulla correttezza dell'adempimento.
- 7) Gli è però in questo caso l'assenza di un giudizio contenzioso preventivo su domanda di parte, sicché il privato ricorrente che dovesse rivolgersi al giudice contabile per contestare la legittimità del provvedimento asseritamente lesivo ed adottato sulla scorta delle indicazioni dello stesso giudice erariale non era parte di alcun giudizio precedente, né si può pensare che proponga opposizione di terzo.
- 8) Anzi, è proprio il giudice contabile a non essere terzo in siffatta circostanza, proprio perché non neutrale rispetto alle contestazioni mosse da un ricorrente nei confronti di un provvedimento che è il (più o meno corretto) recepimento delle sue istruzioni.
- 9) A tali obiezioni si potrebbe rispondere che si tratta di cognizione obbligatoria per legge, sicché si sarebbe di fronte solamente ad un diverso modo di esplicazione della giurisdizione, non necessariamente contenziosa.
- 10) Questo è il punto: se la “pronuncia” delle sezioni di controllo debba considerarsi attività giurisdizionale ovvero se sia mera funzione di controllo amministrativo. Nel primo caso, non potrà esserci sindacato di altro giudice, comunque non certo del giudice amministrativo, cui spetta conoscere del potere esecutivo non di quello di altro giudice; nel secondo, ci potrà essere invece sindacato e non potrà che essere quello del giudice amministrativo, cui compete scrutinare “l'esercizio o il mancato esercizio” del potere esecutivo, discrezionale o doveroso che sia.
- 11) Più radicalmente, però, la natura giurisdizionale dell'attività di controllo della Corte dei conti non appare suscettibile di sfociare in “giudicato”, proprio perché non scaturisce da un contenzioso che abbisogni dell'incontrovertibilità del *decisum*. In altri termini, pur anche giurisdizionale, si tratterebbe comunque di attività assimilabile alla volontaria giurisdizione, che non porta al giudicato, quindi inadatta a far rivendicare alla Corte dei conti un proprio giudizio di ottemperanza a giurisdizione esclusiva sugli atti a valle dell'attività (giurisdizionale?) di controllo.⁴

Tutto dunque si gioca sul valore semantico del termine “pronuncia” con cui il legislatore del 2012 ha mantenuto l'ambiguità sulla natura dell'attività della Corte dei conti in sede di controllo ex art. 148 *bis* TUEL. Ora, anche gli studenti sanno come tali ambiguità legislative provochino l'intervento delle Sezioni unite della Cassazione, giudice della giurisdizione, che già in altra occasione ha

⁴ Giungo a queste conclusioni dopo un franco ed assiduo scambio di vedute con il cons. Andrea Baldanza della Corte dei conti Abruzzo, vice presidente del Comitato scientifico dell'Osservatorio sulla criminalità in agricoltura e sul sistema agroalimentare, nonché con il cons. Tiziano Tessaro della Corte dei conti Veneto, di cui segnalo la cospicua ultima fatica editoriale, pregnante in materia: T. TESSARO, *Il “decreto Enti locali”*, Rimini, Maggioli, 2013.

sciolto il nodo qualificando “sentenze” ciò che la legge chiamava “decisioni”: è già successo all’indomani della istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, attribuendole quella natura giurisdizionale che la legge del 1889 non le aveva dato; è quindi verosimile che la storia si ripeta: l’effetto sarà quello di attrarre al controllo sul riparto di giurisdizione, al suo sindacato su limiti interni ed esterni, in una parola, di sottoporre alle Sezioni unite le decisioni della Corte dei conti sulla regolarità dei conti e sulla conformità al pareggio di bilancio e, per esso, al patto di stabilità o equilibrio di bilancio secondo la più recente riforma; ma per converso l’effetto sarà anche quello di espungere dal raggio di azione dei TAR ogni forma di giurisdizione. Ovvero, detto in altro modo, per mantenere il sindacato e, quindi, il controllo su questa forma di amministrazione della giustizia, le Sezioni unite della Corte di Cassazione affermeranno la natura giurisdizionale dell’attività svolta dalla Corte dei conti nel validare il patto di stabilità ed il pareggio di bilancio; con l’effetto di espungere il TAR da ogni forma di sindacato su questi atti, ma anche forse sui provvedimenti derivati o comunque, imponendo il patto di stabilità, ovvero una validazione della Corte dei conti, quale parametro di verifica della conformità dell’azione amministrativa che ha per archetipo, quindi non più (solo) la legge, il prodotto (mediato) della volontà popolare, quanto piuttosto le regole etero determinate dell’economia, della contabilità.⁵

In sintesi, quindi, vedo un nuovo e prossimo (ulteriore) effetto dell’Unione europea sui diritti fondamentali e sul diritto amministrativo interno nella sequenza: tutela della concorrenza – patto di stabilità – controllo sulle spese – esclusione di ogni autonomia – sindacato pregnante del giudice contabile – ridimensionamento del TAR – regolarità dell’azione amministrativa misurata più sul risparmio di spesa che sulla legittimità, cioè sul rispetto di una legislazione ritenuta troppo articolata per essere controllabile. Come si vede, non è solo questione di giurisdizione, quanto di autonomia, di potestà legislativa, di applicazione della politica comunitaria, più che del diritto comunitario, attraverso il giudice, un nuovo giudice: il giudice contabile nazionale. E la pluralità di giurisdizioni perplime, scoraggia l’investitore che ormai chiede un’assicurazione o una fideiussione sulla “solidità” delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in contratto quando esso riposi su attività amministrativa.

Terzo caso: l’impresa concorrente ad un appalto chiede una linea di credito per far fronte alle spese di avvio del cantiere. L’istituto di credito acconsente alla condizione che venga deferita alla camera di conciliazione arbitrale internazionale ogni controversia, ma al solo fine che la camera arbitrale possa stabilire a chi assegnare l’appalto tra i vari concorrenti: non chi ha fatto l’offerta migliore, ma chi ha maggiori esposizioni con il sistema bancario, in modo da assicurare la possibilità di rientro dal debito. Difficile alternativa: rinunciare alla tutela processuale statale, ovvero rinunciare alla linea di credito. Non sembrano esserci soluzioni alternative al processo: rinunciare ad esso, significa rinunciare ad ogni garanzia di un esame giuridico delle proprie ragioni.

Il problema, semplificato al massimo, si riduce ad una domanda: quale tutela processuale resta una volta spirati i termini decadenziali di cui all’art. 120 cpa per adire il G.A. cui è attribuita la giurisdizione esclusiva in materia?

La risposta può porsi in termini di alternativa. La tesi più facile afferma che lo spirare di un termine decadenziale porti con se la fine di ogni tutela giurisdizionale, proprio in tal senso deponendo il carattere decadenziale del termine, cioè il venir meno della situazione sostanziale e processuale sottesa alla posizione di concorrente non aggiudicatario; a puntello si richiama il carattere esclusivo della giurisdizione del giudice amministrativo in questa materia: se è esclusivo e se non si può più

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

accedervi, vuol dire che non c'è più a chi rivolgersi, che sono finite le tutele previste dall'ordinamento. Si chiama "esclusiva" la giurisdizione che è solo di un certo giudice; e quando le regole processuali proprie di quel giudice non consentono più di accedervi, vuol dire che non vi è più alcun rimedio, che non vi è più giurisdizione.

La costruzione lascia però insoddisfatti, dacché sconta l'assenza di tutela anche di fronte al mero trascorrere del tempo da un fatto illegittimo, quale la stipula del contratto in spregio alle garanzie dell'evidenza pubblica: si tratta cioè della consacrazione del fatto compiuto, della trasformazione dell'abuso in diritto.

Una costruzione concettualmente più ardita e giuridicamente raffinata muove dal rifiuto di lasciare sacche di impunità o di carenza di garanzie giurisdizionali, in spregio ai principi di concentrazione ed efficacia della tutela, richiamate anche nelle premesse del codice di processo amministrativo.

Di qui l'ipotesi ricostruttiva: la premessa combina l'insoddisfazione per la conclusione che vede la decadenza capace di travolgere ogni situazione giuridica soggettiva - non solo processuale, ma anche sostanziale - con la necessità di effettività della tutela, raccomandata dall'ordinamento comunitario, a presidio della concorrenza e dell'evidenza pubblica che la propizia, quale fondamento dell'Unione Europea.

Su quest'incrocio si innesta l'invito, non a caso, comunitario ad introdurre le *Alternative Dispute Resolution* (ADR), con il duplice intento di deflazionare i canali della giurisdizione statale (e comunitaria) da una parte, e propiziare sistemi non contenziosi, accessibili, a costi affrontabili, con carattere fiduciario e che contrastino la concentrazione delle controversie rilevanti in poche mani.

L'esperienza di quanto si va praticando nelle camere arbitrali, in realtà di compensazione bancaria, ci conferma nell'urgenza del problema. Si potrebbe pensare allora ad una sequenza di questo tipo:

- 1) La giurisdizione esclusiva di cui all'art. 120 cpa è pur sempre eccezionale (art. 7, 29 e 30 cpa);
- 2) Il termine decadenziale travolge le situazioni processuali esperibili avanti il giudice amministrativo (G.A.), ma fa riespandere la giurisdizione generale del giudice ordinario (A.G.O.);
- 3) Diversamente opinando si dovrebbe ritenere che nessun giudice possa più conoscere del contratto dopo sei mesi dalla stipula o pronunciarne l'inefficacia una volta scaduto il (brevissimo) termine per impugnare l'aggiudicazione definitiva;
- 4) Al contrario, non si può lasciar privo di tutela (effettività art. 1 e 7 cpa) un rapporto in materia di commesse pubbliche, tema rilevante per la concorrenza e la stessa integrazione comunitaria;
- 5) Non risulta essere abrogato, nemmeno dal cpa, l'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo, quindi permane il potere dell'A.G.O. di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi presupposti che incontri nella sua cognizione su quei contratti;
- 6) Detta cognizione incidentale e conseguente potere di disapplicazione non risulta inibito neppure verso gli atti amministrativi che sono (furono) attratti alla giurisdizione esclusiva del G.A.: la decadenza, lo spirare dei termini di impugnazione, può travolgere al più la cognizione in via diretta di tali atti, ma non certo quella in via incidentale: essi restano nel mondo giuridico e vi producono effetti, anche in momenti successivi, eventualmente pregiudizievoli e dannosi per qualcuno o più d'uno, che deve avere un giudice a cui rivolgersi: se non (più) il G.A. che possa annullarli, (almeno) l'A.G.O. che possa disapplicarli;
- 7) Non appare dunque peregrino che il concorrente pretermesso citi in giudizio l'amministrazione per perdita di *chance* o l'amministrazione e l'aggiudicatario insieme, affermando la nullità del contratto per assenza del consenso, stante l'illegittimità della procedura con cui si è formata la volontà di parte pubblica. In entrambi i casi, i precedenti inducono a ritenere che ci siano più sezioni della Cassazione favorevolmente predisposte ad ascoltarlo;

- 8) Se dunque dei diritti soggettivi sopravvivono allo spirare del termine decadenziale di impugnazione avanti al G.A. e se sono tutelabili avanti all'A.G.O. e se ancora si tratta di diritti patrimoniali, verosimilmente sono anche disponibili e, quindi, passibili di compromesso in arbitri.

Qui la questione diventa più delicata e la nostra sequenza merita un momento di approfondimento. Occorre infatti difendere il compromesso prevenendo l'eccezione di nullità per contrarietà a norma imperativa, quale potrebbe essere facilmente concepito l'art. 120 cpa nella parte in cui dispone un riparto di giurisdizione, accordandola in via esclusiva al G.A.

A noi pare che l'obiezione non colga nel segno. E un tanto sia perché il riparto non può significare – di per sé - decadenza delle situazioni giuridiche sottostanti con il solo spirare del termine di impugnazione, lasciando privo di tutela un ampio settore assai sensibile; sia perché le ragioni della giurisdizione esclusiva del G.A. conducono fino all'inefficacia del contratto, ma non giustificano evidentemente una cognizione sulla fisiologia o patologia del negozio, il cui scrutinio è e resta, quindi, al giudice ordinario. Ma deve restarci nella sua pienezza, completo quindi anche dell'esame –incidentale - degli atti amministrativi presupposti che, se ritenuti illegittimi, potrà disapplicare, specie se quegli atti amministrativi riguardano l'essenziale momento negoziale che è la formazione della volontà a contrarre della P.A. addirittura oggetto di rivalutazione da parte della stessa stazione appaltante, come ci ricorda la già citata recente sentenza marzolina della III sezione del Consiglio di Stato, n. 1310/2017. A quanto esposto si aggiunge l'altro argomento per cui l'effettività delle ADR deve soccorrere proprio là ove più forte è il rischio di assenza di tutela, completando così l'offerta di garanzie previste dallo Stato, mediante una forma –appunto - alternativa al processo per la risoluzione delle controversie.

Quindi, riprendendo:

- 9) Le stazioni appaltanti potrebbero inserire già in bando un sistema di ADR che incontri le esigenze comunitarie, strutturato in modo che la domanda di partecipazione alla gara comporti anche sottoscrizione di una clausola compromissoria per tutte le situazioni giuridiche soggettive connesse al rapporto pre contrattuale scaturente dalla procedura (amministrativa) di gara;
- 10) La clausola compromissoria potrebbe avere anche natura transattiva preventiva ex art. 1965 cc, cioè resa al fine di prevenire una controversia che potrebbe insorgere fra di loro, *id est*, fra i concorrenti e la stazione appaltante. In tal modo tutti i partecipanti rinunciarebbero all'azione avanti il G.A. e, una volta maturata la decadenza, quando risorge la giurisdizione del A.G.O., opererebbe in via convenzionale la devoluzione in arbitri, anche nell'interesse pubblico alla celerità e fissità dei rapporti.

È ben vero che si potrebbe intravedere un abuso del diritto al fine di alterare il riparto voluto dal legislatore, tramite un'inattività che avrebbe il solo scopo di far decorrere il termine ordinario e decadenziale ad impugnare, ma credo che si possa rispondere che tale passaggio è funzionale all'esperimento della forma alternativa al processo, la ADR appunto, parimenti voluta e favorita dall'ordinamento comunitario.

La diversa alternativa, che non vogliamo considerare tale, è lasciare alla camera arbitrale internazionale (ma in realtà camera di compensazione bancaria) l'assegnazione delle commesse in ragione dell'esposizione dei singoli concorrenti verso il sistema creditizio: chi è più esposto, vince l'appalto ... per poter pagare la banca.⁶

⁶ Il legislatore comunitario percepisce, cambia gioco, rettifica il tiro e aggiusta la transazione e l'accordo bonario già presenti nelle direttive che hanno portato in Italia al primo testo unico, il d.lgs. n. 163/2006 e ha (re)introdotto l'arbitrato nei contratti pubblici con le direttive del 2014 che sono sfociate nel nuovo testo unico sui contratti con la pubblica amministrazione, il d.lgs. n. 50/2016. Ben prima delle nuove direttive, lungimirante e preciso nell'individuare la rotta comunitaria in tema di mercato e contratti, cfr. F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione: profili sostanziali e processuali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

Conclusione. Ritengo indispensabile una più chiara presa di posizione dell'ANAC sulla natura delle proprie linee guida, magari concordata con il Consiglio di Stato, che ne è poi in definitiva il giudice naturale. Un tanto potrebbe rassicurare gli investitori sul primo punto.

Per converso, il nuovo codice di rito del processo contabile e una robusta attività di circoscrizione della giurisdizione erariale da parte delle Sezioni Riunite della stessa Corte dei conti (prima che della Cassazione) potrebbe rassicurare gli investitori sul secondo fronte.⁷

Per il terzo profilo, quello degli appalti, una domanda ormai usuale continua sempre a stupirmi: la richiesta di rassicurazione che sia esperibile l'azione di ottemperanza. Significativo che investitori, specie stranieri, conoscano questo istituto e lo pongano come elemento privilegiato nella determinazione se proseguire o meno nell'investimento. Sembra quasi che non si fidino di alcuna attività amministrativa, neppure contrattuale (tendenzialmente paritetica), ma richiedano che vi sia stato un intervento del giudice amministrativo. È lui chiamato a portare ad esecuzione le sentenze proprie e quelle degli altri giudici, fissando le modalità operative con cui l'amministrazione ottempera al *decisum*; e questo può fare nominando un commissario *ad acta* che adotti i provvedimenti dell'amministrazione inadempiente oppure sostituendosi egli stesso all'organo inattivo, pronunciando una sentenza (di ottemperanza) che stia in luogo dei provvedimenti o comportamenti non prontamente e ritualmente assunti in esecuzione delle sentenza (di merito) già pronunciata fra le parti⁸. Come si intende, la sentenza attribuendo a ciascuno il suo, diventa legge del caso particolare, trasforma in diritti gli eventuali interessi legittimi o altre situazioni giuridiche soggettive, donde il termine prescrizione decennale per la sua esecuzione forzata, tramite appunto l'istituto dell'ottemperanza. Occorre ripeterlo ancora una volta, più lentamente: la sentenza trasforma gli interessi legittimi (qualsiasi cosa essi siano) in diritto soggettivi, fissa il suo di ciascuno, eventualmente suscettibile di essere portato ad esecuzione forzata anche contro la pubblica amministrazione (ottemperanza) nel termine decennale di prescrizione. Di qui la rilevanza economica e l'attenzione riservatagli dagli investitori: un diritto, eventualmente cedibile, comunque monetizzabile, su cui ottenere una linea di credito, in ragione della sua peculiare stabilità e alla tendenziale solvibilità dell'obbligato, cui dietro c'è comunque la mano pubblica, lo Stato. Almeno per il momento.

PROF. AVV. MARCELLO M. FRACANZANI
ORDINARIO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA - UNIVERSITÀ DI UDINE

PUBBLICATO IL 12 MAGGIO 2017

⁷ Debbo alla cortesia della cons. Patrizia Ferrari, manifestatami nel corso del convegno, l'annotazione che l'art. 172, lett. d) del codice del processo contabile (d.lgs. n. 174/2016) contenga una norma di chiusura, limitando i giudizi ad istanza di parte alle sole ipotesi previste per legge: è un robusto argomento per escludere che vi possa essere un'impugnazione sul paradigma del "giudizio di ottemperanza" per la corretta esecuzione della pronuncia di controllo. La posizione però non tranquillizza se solo si pensa alla *vis* espansiva dell'interpretazione giurisprudenziale in reazione all'intento (maldestramente) limitativo del c.d. Lodo Bernardo, che ha richiesto l'intervento del Giudice delle leggi con sentenza n. 355/2010, ma che si è arrestata solo con l'arresto delle Sezioni Riunite n. 8/2015.

⁸ In molti convegni nei Paesi di lingua tedesca si è soliti ripetere che l'ottemperanza è un superfluo tutto italiano, perché quanto il giudice amministrativo sancisce in quei Paesi, viene eseguito dall'amministrazione, senza nemmeno bisogno di diffida. Non è così: in più occasioni si è dovuto riproporre azione caducatoria avverso il provvedimento di sedicente esecuzione della sentenza non impugnata, tanto da far dire che è un successo quando la sentenza viene impugnata piuttosto che (malamente) eseguita. Ed un tanto vale sia per Austria che Germania, senza eccezione per valore o materia.

Abstract

La relazione considera tre profili di criticità che nell'esperienza dell'autore costituiscono motivo di perplessità degli investitori, sia italiani che stranieri.

Il primo riguarda la natura delle linee guida dell'ANAC, la loro durezza nella gerarchia delle fonti, la retroattività, le conseguenze della loro disobbedienza da parte della P.A. o le sorti dei contratti che vi si pongano in contrasto.

Il secondo attiene al meccanismo di controllo della Corte dei conti ex art. 148 *bis* TUEL e la possibile rivendicazione da parte del giudice erariale di una sorta di giurisdizione esclusiva estesa al merito sul modello dell'ottemperanza (art. 112 e ss cpa) per lo scrutinio degli atti degli enti locali di recepimento delle indicazioni impartite in sede di controllo. L'estensione della giurisdizione del Giudice contabile per evoluzione giurisprudenziale costituisce motivo di ulteriore perplessità degli investitori che vedono moltiplicarsi i centri di potere e, quindi, le variabili di instabilità del rapporto contrattuale/economico sotteso. Maggior sicurezza dovrebbe venire in futuro dell'opera di nomofilachia delle Sezioni Unite, anche alla luce del nuovo codice di rito contabile.

Il terzo riguarda la tutela processuale dopo sei mesi dalla stipula di un contratto con la pubblica amministrazione, ovvero dopo la scadenza del breve termine decadenziale. L'autore sostiene il ri espandersi della giurisdizione ordinaria con lo scrutinio e la disapplicazione degli atti amministrativi presupposti (formazione della volontà negoziale) e conseguentemente la possibilità di compromesso in arbitri, soddisfacendo così le pressioni comunitarie per l'introduzione delle ADR nel regime degli appalti.

La conclusione –nell'esperienza dell'autore– porta ad una preferenza per investimenti ove il titolo giuridico sia assistito dall'esperibilità dell'azione di ottemperanza (art. 112 cpa), vista come garanzia del rapporto sotteso al *decisum* e di coercizione verso la P.A. di qui la garanzia del giudicato (amministrativo) come sostegno privilegiato all'affidamento degli investitori.