

La tassatività delle cause di esclusione *ex art. 10 d. lgs. 36/2023*: una nuova forma di nullità nel diritto amministrativo

di Raffaele Caroccia

Sommario: 1. La nullità: concetto di teoria generale e disciplina sostanziale ai sensi dell'art. 21 *septies* l. 241/90. – 2. L'azione di nullità nell'art. 31 c.p.a. – 3. Clausole immediatamente escludenti dei bandi, tra annullabilità e nullità alla luce della giurisprudenza più recente della Plenaria. – 4. Il regime delle cause di esclusione nell'art. 10 d. lgs. 36/23. – 5. Conclusioni: maggiori vantaggi o svantaggi dal superamento dell'onere di immediata impugnazione?

1. *La nullità: concetto di teoria generale e disciplina sostanziale ai sensi dell'art. 21 septies l. 241/90*

In effetti, la definizione dei confini e dell'evoluzione di questo istituto è necessaria per comprendere il substrato della novella.

Tradizionalmente – con una nozione di teoria generale del diritto di ascendenza pandettistica, puntualmente recepita nel vigente cod. civ. – si individua, in sintesi brutale, la nullità come la più grave forma di invalidità che può colpire gli atti giuridici e da cui consegue l'improduttività originaria di effetti¹.

La graduazione delle patologie possibili all'interno della categoria dell'invalidità, che comprende – oltre all'istituto qui in discorso – anche l'annullabilità, risponde a scelte concrete di politica del diritto.

La forma di invalidità qui in esame può derivare da carenze strutturali dell'atto (nullità strutturale), da violazione di norma imperativa (nullità virtuale, in cui pare possibile incasellare anche l'illiceità della causa) o da puntuali disposizioni di legge (nullità testuale).

¹ Ancora insuperato è l'inquadramento del problema in termini generali operato da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, IX ed., 1985, p. 244-254, cui si possono aggiungere: R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. 28, Milano, 1978; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964. Da un punto di vista giurisprudenziale obbligatorio è il riferimento a Cass. civ., SS. UU., sentt. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243. In diritto amministrativo restano centrali: A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. 22, Milano, 1972; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993.

Le due ultime categorizzazioni si traducono in un analogo giudizio di relazione tra atto ed ordinamento, ma differiscono tra loro per lo sforzo ermeneutico richiesto all'interprete per rintracciarne la fonte ed i relativi effetti, maggiore nel primo caso ed inferiore nel secondo.

Il vizio opera di diritto, è insanabile – ad eccezione dei casi, in cui è possibile la conversione in altra fattispecie – e può avere una portata totale o parziale.

In quest'evenienza risulta attuabile la conservazione dell'assetto giuridico, se vi è un'etero-integrazione del regolamento giuridico ad opera della legge.

Tanto in omaggio alla c.d. *regula sabiniana*, a norma della quale "*utile per inutile non vitiatur*".

Entrambe le ipotesi di limitazione della nullità obbediscono al principio della conservazione degli effetti giuridici.

Dalla particolare gravità del vizio derivano sia la possibilità di farlo valere da chiunque vi abbia interesse che la sua azionabilità in ogni tempo, con salvezza – nell'ordinamento italiano – degli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni restitutorie.

Tale limitazione risponde a ragioni collegate alla garanzia della certezza del diritto.

A questa ampia operatività della legittimazione processuale (che nell'ordinamento civilistico può essere derogata da disposizioni puntuali) corrisponde il potere di rilievo officioso della nullità.

Infine la sentenza, che riscontra il vizio qui in discorso, ha carattere di accertamento, in quanto rimedia ad uno stato di obiettiva incertezza giuridica.

Ribadire che la qualificazione di un atto come nullo è – nei limiti della ragionevolezza – di stretto diritto positivo giustifica l'introduzione nell'ordinamento di altre fattispecie di nullità definite di protezione o relative, le quali si aggiungono al vizio sopra tratteggiato, definito nullità assoluta o tradizionale, benché se ne discostino nei tratti essenziali².

² Gli istituti delle nullità di protezione appartengono, soprattutto, al diritto del consumatore ed esulano dal tema del presente scritto; per un efficace inquadramento dei problemi posti da queste figure si rinvia ad A. PISANI MASSAMORMILE, *Nullità di protezione e nullità virtuali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2017, p. 31 ss., che propende per la presenza attuale nell'ordinamento di una serie di fattispecie di invalidità più o meno gravi disposte su una linea ideale, le cui differenze prescindono da uno specifico *nomen iuris* e sono tarate sulle peculiarità del regolamento di interessi sotteso ai rapporti in cui operano. Questa

Ad esempio, le nullità speciali si caratterizzano per la possibilità di essere fatte valere solo da categorie predeterminate di soggetti deboli, il cui interesse seriale fa aggio su quello generale.

Se questo è lo statuto della nullità (*rectius*, oramai delle nullità) nel diritto comune, nel diritto amministrativo questa causa di invalidità ha la sua (scarna, in quanto limitata ai soli presupposti e non alle loro conseguenze e, pertanto, foriera di dubbi più che di sicurezze) disciplina sostanziale all'art. 21 *septies* l. 241/90³.

proposta sembra essere di particolare rilievo per il tema qui trattato, come si metterà in luce *infra*. In argomento si vedano pure almeno: D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011.

³ “È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”, in recepimento parziale della classificazione contenuta in Cons. st., sez. V, sent. 13 febbraio 1998, n. 166. In relazione a questa disposizione ed all'istituto della nullità in diritto amministrativo si vedano: A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; M. TIBERII, *La nullità e l'illecito. Contributi di diritto amministrativo*, Napoli, 2003; M. D'ORSOGNA, *I problemi della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004; F. G. SCOCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi*, in *Atti della giornata di studio tenutasi a Caserta in data 20 maggio 2005 su “La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento”*, Napoli, 2005; M. R. SPASIANO, *Articolo 21 septies, Nullità del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La Pubblica Amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, p. 551 ss.; A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le l. n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Milano, 2005; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2005; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della l. n. 241 del 1990, introdotto con la l. n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 543 ss.; G. PANZIRONI, *Profili problematici della nullità dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2006; B. GILIBERTI, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2007, p. 1657 ss.; N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, p. 855 ss.; C. FELIZIANI, *Nullità del provvedimento amministrativo ex art. 21 septies l. n. 241 del 1990 e successive modifiche*, in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 2740 ss.; S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2009; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010; M. C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; G. FILANTI, *La nullità, le nullità e ... Itaca. Prolegomeni allo studio della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Persona e mercato*, 2013; F. CARDARELLI, V. ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla “nullità” del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla “nullità” civilistica*, in *www.giustamm.it*, 2014; G. MORBIDELLI, *Della “triplice” forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubb.*, 2015, p. 662 ss.; D. MASTRANGELO, *Note minime sulla nullità dei provvedimenti ammini-*

Esso ha introdotto – a partire dal 2005 – in termini generali un’innovativa graduazione nella patologia degli atti amministrativi, intesa complessivamente come non conformità alla disciplina dei provvedimenti puntuali o dell’attività amministrativa in generale.

All’analisi della disposizione occorre premettere due notazioni preliminari.

1. La nullità rappresenta una forma di controllo e di reazione avverso una manifestazione di potere autoritativo contraria al principio di legalità e non già di autonomia privata, come avviene nel diritto comune.

L’invalidità derivante dalla nullità dovrebbe, di conseguenza, colpire le fattispecie, in cui maggiore è il pregiudizio all’interesse pubblico e proprio per reagire alle quali è stato ritenuto necessario ampliare le possibilità di contestazione da parte degli amministrati.

2. La configurazione di una nuova forma di invalidità degli atti amministrativi non è stata semplice.

strativi, in *Scritti in onore di F. Bassi*, I, Napoli, 2015, p. 123 ss.; A. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 796 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, p. 385 ss.; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 373 ss.; R. CHIEPPA, *Art. 21 septies*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 115 ss.; M. R. SPASIANO, *Perduranti profili di incertezza in ordine alla figura dell’atto amministrativo nullo per mancanza degli elementi essenziali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, p. 631 ss.; C. E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 43 ss.; F. G. SCOCA, *L’enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, 2021, p. 135 ss. Va ricordato che, prima dell’introduzione nel corpo della l. 241/90 di un’ipotesi di nullità a carattere generale, il legislatore aveva introdotto diverse fattispecie di nullità testuale, la più nota delle quali era quella prevista dall’art. 3 T.U. 1957 sul pubblico impiego, che sanzionava l’assunzione senza concorso. Tali iniziative erano giustificate dal fatto che la nullità si rivelava più funzionale come strumento di reazione avverso atti illegittimi, quando il soggetto leso dall’atto non aveva alcun utilità nel chiederne l’annullamento. A ragione di tanto il legislatore aveva scelto di ampliare la categoria degli individui legittimati alla contestazione attraverso appunto la nullità. Ciononostante, la giurisprudenza continuava a trattare queste ipotesi come annullabilità ed a ritenere atecnica la qualificazione operata dal legislatore. Solo Cons. st., Ad. pl., sent. 29 febbraio 1992, n. 1 ha ricondotto questa fattispecie alla nullità. La posizione è stata espressa nello stesso anno sempre dall’A.P. in sentt. 2, 5, 6, 10. Tutte le sentenze del G.A. qui citate sono in libera consultazione al sito www.giustizia-amministrativa.it. Sulle fattispecie di nullità testuale ora presenti nell’ordinamento si veda M. L. MADDALENA, *Le ipotesi tipiche di nullità provvedimentoale*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 823 ss.

Tre erano le resistenze tradizionali ad ammettere nell'ordinamento amministrativo questa patologia, che è stato necessario – seppur solo parzialmente – superare.

A. Il primo scoglio alla configurazione dell'invalidità *de qua* è che, in questa branca del diritto pubblico, la violazione di legge non comporta la nullità, ma l'annullabilità.

Non a caso, quest'ultimo era l'unico stato viziato del provvedimento fino al 2005, in coerenza con il principio di legalità e con il carattere cogente e non dispositivo delle prescrizioni amministrative⁴.

Invero, con una singolare inversione concettuale e logica, l'esistenza di un unico tipo di regime di invalidità era la semplice conseguenza del fatto che il solo potere del G.A. era quello di annullare i provvedimenti illegittimi.

Da tanto deriva tutt'ora che scompare il campo di applicazione della nullità virtuale e restano possibili solo le fattispecie testuali o strutturali del vizio.

B. Un altro elemento giuridico, che aveva fatto escludere la predicabilità della nullità, è stato indicato nella declinazione pragmatica del principio di economicità, secondo cui sarebbe opportuno conservare il risultato dell'azione amministrativa anche a prescindere dai requisiti formali degli atti, mediante i quali l'azione della P.A. si è estrinsecata.

Tale conclusione si imponeva altresì per garantire la diuturnità della cura del pubblico interesse, resa quantomeno problematica da una forma di patologia degli atti che ne esclude la capacità di produrre effetti.

In effetti, le caratteristiche di esecutività e di efficacia immediate dei provvedimenti amministrativi rendono tutt'ora poco coerente con il quadro legislativo uno statuto nullo di questi ultimi⁵.

C. Il regime della nullità era, infine, tradizionalmente escluso nell'ordinamento amministrativo a ragione della necessità di ottenere in tempi ragionevoli certezza sull'assetto dei rapporti giuridici di diritto pubblico.

Tale esigenza era ed è antipodica alla possibilità di far valere la nullità in ogni tempo, caratteristica essenziale alla figura di teoria generale.

⁴ Non ha avuto seguito il tentativo dottrinario di ricondurre alla nullità virtuale – interpretata come carenza di potere – la violazione di norme imperative o di norme di relazione, sforzo su cui richiama l'attenzione M. R. SPASIANO, *Articolo 21 septies cit.*, p. 572-573. Il fallimento dell'ipotesi è conseguenza della natura imperativa di tutte le disposizioni di diritto pubblico.

⁵ M. R. SPASIANO, *Articolo 21 septies cit.*, p. 555.

Da tutte queste ragioni discendono – in modo pressoché pacifico e pure nell’attuale contesto ordinamentale, che ha positivizzato l’istituto – alcune conseguenze: i. la natura eccezionale della nullità rispetto alla regola ora codificata nell’art. 21 *octies*, 1 c.⁶; ii. il fatto che le ipotesi di questa patologia costituiscono un *numerus clausus*.

Sempre in termini introduttivi, è stato osservato che la maggior parte delle ipotesi di nullità è volta – più che a proteggere il cittadino – a preservare l’Amministrazione (in specie per quanto attiene all’equilibrio delle finanze pubbliche) dai comportamenti dei suoi organi.

Essa, pertanto, acquisisce un’impropria valenza sanzionatoria, perché la nullità incide non sul soggetto agente, ma sull’atto posto in essere da quest’ultimo⁷.

Altresì, è il caso di richiamare una recente interpretazione dottrinale, che ha proposto una definizione omnicomprensiva della *ratio* dell’istituto qui in esame.

La nullità andrebbe parametrata sullo statuto costituzionale della P.A.; quest’ultima riceve un conferimento *ex lege* di poteri finalizzati a consentire alle collettività di riferimento il godimento dei diritti fondamentali.

Pertanto, la legge avrebbe uno spazio anche nella qualificazione delle condizioni di rilevanza degli atti dei soggetti pubblici, visti quale modalità di espressione appunto del potere di volta in volta conferito.

La P.A. deve, dunque, essere rispettosa nel suo *agere* di tutti i vincoli dell’ordinamento costituzionale, con particolare riferimento sia alle libertà dei privati che alle autonomie pubbliche.

Proprio l’invasione in queste sfere sarebbe sanzionata dalla nullità, di cui viene suggerita una finalità complessiva di protezione dei soggetti pubblici e privati dell’ordinamento.

Anche secondo questa proposta dottrinale, il vizio, tuttavia, dovrebbe rimanere comunque eccezionale, perché caratterizzato da una grave difformità dal paradigma normativo⁸.

Quest’ultima notazione è forse l’unica pacifica in dottrina.

Risulta ora necessario indagare un secondo aspetto, che incide sull’o-

⁶ “È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza”.

⁷ C. E. GALLO, *Questioni attuali cit.*, p. 49.

⁸ A. ROMANO, *La nullità cit.*, *passim*.

riginaria incapacità degli atti di produrre effetti a causa della loro nullità, il punto più problematico per una configurazione del vizio coerente con lo statuto dei provvedimenti amministrativi.

Prima dell'introduzione nel 2005 della disposizione prima citata – ad ulteriore prova della difficile configurabilità in questo ramo dell'ordinamento della patologia in discorso – le fattispecie provvedimentali invalide non inquadrabili nell'alveo della annullabilità per la radicalità del loro vizio erano fatte ricadere dalla giurisprudenza in quello dell'inesistenza (concetto di pura teoria generale e, pertanto, sprovvisto di aggancio positivo), il cui campo di operatività era, quindi, più ampio che nel diritto comune.

Il riferimento a tale categoria costituiva una valvola di sfogo del sistema, in quanto l'inesistenza sarebbe stata tesa a superare le rigidità causate dall'esistenza di sole nullità testuali (peraltro, trattate dalla giurisprudenza amministrativa – come ricordato in nota 3 – alla stregua di cause di annullabilità).

Tale escogitazione, altresì, era funzionale a radicare la *potestas iudicandi* dell'A.G.O., dacché l'atto inesistente non era ritenuto espressione di potere e, pertanto, incapace di incidere sui diritti soggettivi del destinatario, che restavano tali.

A scanso delle (pur valide) ragioni pratiche sopra sunteggiate, da un punto di vista dogmatico tale impropria equiparazione, tuttavia, scontava e sconta un difetto di fondo.

In un'ottica normativa, nullità ed inesistenza sono due condizioni assai differenti tra loro⁹, giacché la seconda – a differenza della prima – comporta la radicale irrilevanza giuridica del provvedimento in conseguenza dell'assoluta insussumibilità dell'atto in una qualsiasi delle forme previste dall'ordinamento¹⁰.

La nullità, invece, ha a che fare con un'improduttività di effetti per difformità dal paradigma normativo di un atto, che resta comunque rilevante per l'ordinamento.

Di conseguenza, la nozione di nullità avrebbe a che fare con carenze giuridiche di un atto comunque esistente, quella di inesistenza con la

⁹ Come messo in luce dalla riflessione di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. 24, Milano, 1965, p. 483 ss.

¹⁰ C. FELIZIANI, *Nullità cit.*, p. 2745, ritiene che ancor oggi tale patologia sia configurabile nei casi in cui “*un provvedimento presenti un tale grado di incompletezza da non poter essere identificato neppure da un punto di vista materiale*”.

mancanza pure di elementi materiali. Tale difetto dà solo rilevanza sociale o extra-giuridica all'atto¹¹.

Accanto a questo primo profilo problematico della figura dell'inesistenza, non si può tacere pure di un altro risvolto scarsamente persuasivo: il riferimento all'inesistenza si risolveva in un argomento (*rectius*, in un *escamotage*) per attribuire sempre la giurisdizione – in violazione del criterio costituzionale, che lega la *potestas iudicandi* al tipo di situazione giuridica soggettiva lesa – all'A.G.O.

Malgrado le differenze suindicate tra le due nozioni, va ricordata un'assai autorevole e fortunata proposta dottrinarica, che tuttora tende – a scampo della scelta positiva, che pure potrebbe esser criticabile per non aver individuato gli elementi essenziali del provvedimento – a spingere nell'inesistenza i casi di nullità strutturale¹² (prima fattispecie positiva di cui ci occupiamo).

Siffatta teorica pare presentare, invero, un difetto di fondo, ulteriore al contrasto con il dato positivo: nel postulare che l'atto inesistente o nullo sia radicalmente improduttivo di effetti, essa si scontra con il tradizionale modo di equiparazione con cui è portata avanti l'analisi dei provvedimenti amministrativi, in forza del quale si equivalgono – quanto alla produzione di effetti giuridici – atti legittimi ed atti illegittimi in conseguenza della loro presunzione di conformità all'ordinamento.

La prospettiva interpretativa, nella sua versione originaria e nei suoi sviluppi, ha preso in esame tale criticità [che – a ben vedere – costituisce uno (se non il principale) dei già richiamati elementi di resistenza alla configurazione della nullità nel diritto amministrativo].

Si è affermato, dapprima, che l'atto nullo produrrebbe solo effetti materiali, a protezione dei quali la tutela sarebbe erogabile dall'A.G.O., fatti salvi i casi di giurisdizione esclusiva, poi – a ragione di un'analisi del potere amministrativo funzionale all'interesse pubblico e tarata sulle qualità degli atti, che permettono di conseguirlo – che anche all'atto nullo spetterebbe la produzione di effetti giuridici e ciò lo renderebbe equipara-

¹¹ L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina cit.*, p. 548.

¹² Non stupisce che L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina cit.*, p. 547, ritenga l'assenza di un elenco di elementi strutturali del provvedimento un pregio dell'art. 21 *septies*. Per una recente proposta di individuazione degli elementi essenziali del provvedimento si rinvia a A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, 2018.

bile al regime ordinario del provvedimento¹³, con possibile *potestas iudicandi* del G.A.

Tanto, però, renderebbe problematico un rifiuto di adeguarsi al provvedimento nullo ed esporrebbe il trasgressore a conseguenze di natura anche penale¹⁴.

Pertanto, è stato proposto che – per superare questi inconvenienti e malgrado la scelta positiva – avesse un senso mantenere la figura dell'atto inesistente, in quanto radicalmente improduttivo di effetti.

Tale escogitazione sarebbe in grado di proteggere i privati, esclusivamente però da atti aberranti. Questi ultimi potrebbero essere contestati senza limiti di tempo, dacché sarebbero inidonei a produrre conseguenze giuridiche¹⁵.

Quindi, gli ultimi approdi dottrinari in tema di inesistenza confinano tale categoria a casi limite, oltre i quali sarebbe possibile rintracciare la patologia individuata dal legislatore nel 2005 nella sua versione strutturale.

Le fattispecie inesistenti, pertanto, dovrebbero essere caratterizzate da difetti anche maggiori di quelle che comportano la nullità.

Sempre per limitare al massimo i possibili pregiudizi ai danni degli amministratori e nel silenzio della legge sugli elementi essenziali del provvedimento, la dottrina maggioritaria propone che le carenze strutturali di quest'ultimo, che ne comportano la nullità, riguardino: il soggetto, la forma ove richiesta, il contenuto e l'oggetto.

Non assume rilievo l'illiceità di uno dei predetti elementi e si precisa che possono essere colpiti da nullità con effetti di invalidità derivata sul provvedimento tutti gli atti della serie procedimentale¹⁶.

Le carenze, che comportano la nullità strutturale, devono comunque essere tali da non permettere una sanatoria dell'atto.

Da questo punto di vista, è stata osservata una forte tensione nella riforma del 2005 tra nullità ed irregolarità non vizianti di cui all'art. 21

¹³ M. R. SPASIANO, *Art. 21 septies cit.*, p. 576.

¹⁴ Per Cons. st., sez. V, sent. 28 ottobre 2011, n. 5799, i destinatari del provvedimento “*non possono sottrarsi agli effetti dell'atto, ovvero agire come se l'atto non esistesse e/o fosse improduttivo di effetti, ritenendo ovvero opponendo la nullità dello stesso, ma, onde tutelare le proprie posizioni giuridiche, hanno il potere di agire in giudizio al fine di ottenerne la declaratoria di nullità*”.

¹⁵ F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 160.

¹⁶ B. GILIBERTI, *Profili cit.*, p. 1660.

octies, 2 c.¹⁷; al contempo, si è sottolineato come la novella restringa il campo di applicazione dell'annullabilità, stretta tra irregolarità non vizianti ed appunto nullità.

Il profilo patologico appena analizzato mima l'analogo vizio del contratto¹⁸ e non è costruito sull'elemento caratterizzante il diritto amministrativo, cioè il potere, su cui invece sono tarate le altre due fattispecie, le quali – anche prima della novella del 2005 – erano state utilizzate dalla giurisprudenza¹⁹.

Il difetto assoluto di attribuzione (definizione nuova, invero) dovrebbe avere a che fare con i casi di incompetenza assoluta – cioè con quelli in cui viene emesso un atto espressione non del potere amministrativo, ma di quello legislativo o giudiziario, ovvero con quelli in cui l'organo che emana il provvedimento invade la competenza di un ufficio di un'altra P.A., ipotesi definite anche quali carenza di potere in astratto – e non più con la carenza di potere in concreto²⁰, oggi causa di annullabilità.

Tale ultima ipotesi è predicabile, soprattutto, in tema di espropriazione per pubblica utilità²¹ ed è inerente a fattispecie, in cui il potere ablatorio è malamente esercitato dopo la scadenza dei termini previsti per la sua attivazione.

Questo profilo di nullità risponde – in termini di *ratio* – al principio di leale cooperazione tra le persone giuridiche e gli uffici pubblici, le cui rispettive sfere di competenza risultano tutelate da illegittimi

¹⁷ M. R. SPASIANO, *Art. 21 septies cit.*, p. 560.

¹⁸ Nel senso di un'inutilità di un profilo di nullità dei provvedimenti collegato a loro carenze strutturali si esprime F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 141. Tale scetticismo è giustificato, soprattutto, dalla prevalenza del dato funzionale su quello strutturale nel provvedimento amministrativo.

¹⁹ F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 141, le accomuna sotto la definizione di "ipotesi estreme di illegittimità".

²⁰ Per B. GILBERTI, *Profili cit.*, p. 1658 tale ipotesi sarebbe ora inquadrabile nella violazione di legge.

²¹ In questi casi, la nullità sarebbe predicabile quale vizio dell'atto presupposto a comportamenti materiali della P.A., come mette in luce M. L. MADDALENA, *Comportamenti amministrativi e nullità provvedimentoale: prospettive di tutela tra G.O. e G.A.*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 543 ss. Si tratta – come evidenziato nel testo – di ipotesi ricorrenti soprattutto in tema di procedimenti e vicende espropriativi carenti di un elemento necessario della serie procedimentale, caratterizzazione che lascia aperte criticità in tema di giurisdizione. Sentenza pilota di quest'orientamento è Cass. civ., SS. UU., sent. 24 ottobre 1958, n. 3457.

sconfinamenti, anche al fine di garantire la democraticità dell'ordinamento²².

La nullità per violazione o elusione di giudicato – di gran lunga la più presente nei repertori giurisprudenziali – è stata forgiata dalla giurisprudenza amministrativa²³, al fine di dare tutela in sede di ottemperanza avverso i fenomeni di illegittimo riesercizio del potere a seguito di un primo annullamento giurisdizionale. Essa è funzionale alla garanzia dell'effetto conformativo delle sentenze a fronte di un inadempimento totale o parziale della P.A., mascherato in sembianze provvedimenti e non costituente un comportamento meramente inerte.

L'istituto ha come finalità pratica principale permettere la contestazione dei provvedimenti emessi dopo una prima vicenda giurisdizionale in un termine decennale di natura prescrizione e non nell'ordinario termine decadenziale, e nell'ambito del giudizio di ottemperanza, forma – più incisiva, come noto – di giurisdizione di merito.

Le nullità testuali non differiscono in nulla dall'analogo vizio del diritto civile: è nullo un provvedimento, quando vi sia un'espressa previsione di legge in questo senso.

L'esempio più noto è la forma scritta – richiesta appunto, a pena di nullità – degli accordi *ex art.* 11 l. 241/1990²⁴.

Tirando le fila del discorso svolto in questo paragrafo, sembra che si possa concludere che il giudizio di invalidità resta una conseguenza di scelte *ad hoc* del legislatore e, pertanto, costituisce in prima battuta una questione di stretto diritto positivo.

Rispetto all'assetto legislativo, però, è sempre possibile avanzare considerazioni collegate alla teoria generale.

In particolare – oltre a rilevare la generale scarsa compatibilità tra il diritto amministrativo ed una patologia che comporti l'originaria ineffi-

²² C. E. GALLO, *Questioni attuali cit.*, p. 50.

²³ Pionieristica è stata Cons. st., Ad. plen., sent. 19 marzo 1984, n. 6, in cui la nullità è stata ravvisata rispetto ad atti emanati quando dalla sentenza ottemperanda discendeva un preciso obbligo conformativo. Sulle differenze tra elusione e violazione del giudicato si veda S. S. SCOCA, *Violazione ed elusione del giudicato: differenza anodina o utile?*, in *www.giustamm.it*, 2012, cui *adde* G. CREPALDI, *La nullità del provvedimento per violazione od elusione del giudicato: profili sostanziali e processuali*, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 3720 ss. con ampi rinvii bibliografici.

²⁴ Art. 11, c. 2, I periodo l. 241/1990: “*Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti?*”.

cacia del provvedimento – una questione inerente ai rapporti tra nullità di diritto comune e nullità di diritto pubblico assai importante è la possibilità che anche in quest’ultima branca dell’ordinamento la patologia abbia assunto connotati non unitari, cioè si sia assistito all’emersione di nullità speciali.

Allo stesso modo, risulta ancora utile interrogarsi sull’inesistenza degli atti, al fine di verificare la possibilità di una radicale improduttività degli effetti.

Per tentare di affrontare la duplice questione dobbiamo passare ad un’analisi del diritto processuale amministrativo, cui sarà dedicato il successivo paragrafo.

2. *L’azione di nullità nell’art. 31 c.p.a.*

A fronte della disciplina di diritto sostanziale, dalla cui analisi anche sommaria emerge che lo statuto di questa forma di invalidità nel diritto amministrativo risulta assai diversificata rispetto all’ordinamento civile, la nullità nell’ambito amministrativo pone criticità anche sul piano processuale²⁵.

Due premesse sono necessarie²⁶.

²⁵ L’azione è disciplinata all’art. 31, cpv., c.p.a., a norma del quale: “4. *La domanda volta all’accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell’atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d’ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all’articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV*”.

²⁶ Fondamentali in tema restano le osservazioni di V. DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 1 ss., a cui aggiungere: F. LUCIANI, *Inefficacia e rilevanza giuridica dell’atto amministrativo. Considerazioni sull’azione di nullità di fronte al Giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007; A. ROMANO TASSONE, *L’azione di nullità ed il giudice amministrativo*, *ivi*, 2007; P. CHIRULLI, *Azione di nullità e riparto di giurisdizione*, *ivi*, 2007; G. TROPEA, *Considerazioni sul trattamento processuale del provvedimento amministrativo nullo*, *ivi*, 2007; M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevanza d’ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 999 ss.; S. VINTI, D. CAPOTORTO, *L’azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008; A. CARBONE, *La nullità e l’azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 795 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; A. CARBONE, *L’azione di nullità nel Codice del Processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2010; B. SASSANI, *Arbor actionum. L’articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *www.judicium.it*, 2011; ID., *Riflessioni sull’azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 269 ss.; A. CARBONE, *Dubbi e incertezze sull’art. 31 del codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 1096 ss.; E. FOLLIERI, *L’azione di nullità dell’atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2012; F. VETRÒ, *L’azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012; A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero*

a. Prima del c.p.a. la disciplina processuale della patologia era costruita in modo pedissequo a quella civilistica, in assenza di indicazioni positive²⁷.

Il c.p.a. ha fortemente innovato questo punto, tanto che la nullità amministrativa ha assunto – come anticipato – una connotazione originaria anche dal versante processuale.

b. In buona sostanza, anche in questo ambito, vi era una forte ipotesi dogmatica contro la nullità, costituita stavolta dalla persistente primazia dell'azione di annullamento nel diritto processuale amministrativo.

Tale tipo di tutela era (condivisibilmente) vista come la migliore possibile contro il potere pubblico²⁸.

Torniamo così alla dicotomia sottolineata in apertura: la nullità è *naturaliter* una forma di controllo non su espressioni di autonomia privata, ma su vicende autoritative.

Di conseguenza, nell'ambito ordinamentale in esame l'esame giudiziario è visto come un qualcosa che intervenga sempre *a posteriori* ed in funzione *lato sensu* di sindacato su una manifestazione di potere già (presoché) definita.

Di fronte ad un elemento tanto pervasivo – qual è l'autoritatività del provvedimento – ed alla tradizionale equiparazione in termini di produzione di effetti tra atti provvedimentali validi ed invalidi, scarsamente utile era considerata l'azione di accertamento²⁹, qual è quella con cui si fa valere la nullità dei provvedimenti.

accertamento nel nuovo processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 864 ss.; S. CASTROVINCI ZENNA, *Il lungo cammino verso l'effettività della tutela: l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo*, *ivi*, 2017, p. 146 ss.

²⁷ F. G. COCA, *L'enigma cit.*, p. 143-144. Come si esprime M. RAMAJOLI, *Legittimazione cit.*, p. 1002, prima del c.p.a. era “*facile percepire un implicito rinvio alla disciplina codicistica*”. F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 153 ritiene che l'art. 31 c.p.a. abbia introdotto “*una regolazione sostanzialmente nuova*” dell'azione di nullità, contribuendo a slegarla dalla disciplina ordinaria.

²⁸ Esempio di quest'atteggiamento è quanto si legge in Cons. st., Ad. plen., sent. 26 ottobre 1953, n. 17: “*Il Consiglio di Stato è giurisdizione chiamata normalmente ad annullare atti e provvedimenti, espressi o taciti, della P.A. nell'esercizio di una potestà amministrativa, che, in singoli casi concreti, ledano in modo immediato ed attuale l'interesse sostanziale della parte. ... Quando pertanto si definisce il Consiglio di Stato come giurisdizione di annullamento, se ne pone in rilievo la natura peculiare, quale risulta dalla costitutività delle sue decisioni?*”.

²⁹ Tale forma di tutela – secondo la definizione di G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, p. 3 – risponde al bisogno di chi “*tende esclusivamente a procurarsi la certezza giuridica di fronte ad uno stato di incertezza che gli è pregiudizievole, all'uopo chiedendo che si dichiari esistente un suo diritto o inesistente il diritto altrui?*”.

In termini di teoria generale, essa sarebbe finalizzata solo ad impedire la rilevanza giuridica definitiva degli effetti di un provvedimento quantomeno “claudicante”.

A prescindere dall’ambito di giurisdizione esclusiva, in cui rilevano diritti, risulta quasi lapalissiano che una simile risposta difficilmente (soprattutto in caso di interessi a contenuto oppositivo) intercetti un effettivo bisogno di tutela avverso un potere, proprio a ragione della richiamata equiparazione – dal punto di vista di produzione degli effetti – tra atti validi ed invalidi.

Un risultato processuale di questo tipo non è, quindi, idoneo a tutelare l’amministrato.

A questa potenziale scarsa capacità satisfattiva del rimedio, si aggiungeva un’ulteriore criticità: l’azione di nullità era vista come potenziale cavallo di Troia per aggirare la tagliola del regime decadenziale di contestazione dei provvedimenti.

La centralità dell’azione impugnatoria, pur persistente, è andata in crisi quando, da un lato, sono cambiate le forme organizzative della P.A. e, dall’altro, l’attività dei soggetti dell’ordinamento amministrativo è divenuta più pervasiva ed ha iniziato ad interfacciarsi soprattutto con interessi a carattere pretensivo.

A fronte di tale sviluppo si è affermata la necessità di una tutela a carattere e contenuto atipici, in cui la primazia della tutela costitutiva si attenuasse parzialmente.

Tutti questi cambiamenti hanno, inoltre, reso obsoleto il tradizionale processo di legittimità, andato incontro ad un lento tramonto³⁰.

Sostanzialmente, l’evoluzione dei poteri attribuiti alla P.A. e della capacità di quest’ultima di incidere sui privati non è stata più ritenuta compatibile con la tipicità dell’azione di annullamento ed ha portato all’emersione di forme atipiche di tutela, capaci di dare una risposta più adeguata ed articolata alle situazioni giuridiche da proteggere.

A partire quantomeno dagli anni ’80 del secolo scorso, nella problematica relativa alle domande proponibili innanzi al G.A., fortemente condizionata – come noto – dal dibattito sul risarcimento dell’interesse legittimo, si è così aperta una discussione anche su quella di accertamento.

³⁰ L’efficace immagine è tratta da L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell’azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 591 ss.

Nell'ambito di quest'ultima sono state accomunate le domande di giustizia inerenti al silenzio inadempimento, al silenzio assenso e – appunto – alla nullità.

In quest'area, tuttavia, l'attenzione dedicata all'accertamento della nullità è stata inferiore rispetto a quella riservata alla tutela avverso l'inerzia della P.A., che ha costituito una sorta di calco in cui incasellare tutta la tutela a carattere dichiarativo.

Un'analoga cura non è stata riservata dal legislatore e dagli interpreti al tema della nullità, che ha faticato a trovare uno spazio d'analisi autonomo.

Ciò non stupisce, dal momento che la statuizione di mero accertamento è ritenuta poco soddisfattiva: per la tutela degli interessi pretensivi è necessaria una tutela anche condannatoria, per quelli oppositivi una costitutiva.

Da questa scarsa rilevanza resterebbero fuori i casi di accertamento del perfezionamento o del mancato perfezionamento di una fattispecie non provvedimentale produttiva di effetti giuridici (scia, silenzi³¹), in cui la tutela di solo accertamento sarebbe soddisfattiva.

Invero, assai diverso è l'accertamento del rapporto amministrativo (specie in materia di interessi a contenuto pretensivo), che ha più a che fare con comportamenti produttivi di effetti giuridici o con fattispecie caratterizzate da discrezionalità esaurita o poteri vincolati³², con quanto

³¹ L'azione di accertamento in relazione al silenzio non significativo è disciplinata dall'art. 31, c. 1-3, c.p.a.

³² Il tema ha di recente trovato un'interessante ed originale proposta di definizione in A. VAVALLI, *Azione di annullamento e tutela dell'interesse legittimo pretensivo. Un nuovo modello teorico*, Torino, 2023. In argomento si vedano – senza pretesa di esaustività – anche: G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; ID., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 481 ss.; G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti Giannini*, I, Milano, 1988, p. 1 ss.; S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 244 ss.; B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti, ibidem*, 2002, p. 593 ss.; G. A. CALVERI, *La tutela di accertamento dell'interesse legittimo e il codice del processo amministrativo: occasione mancata?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012, il quale ritiene l'azione di nullità caratterizzata dall'autonomia dell'accertamento sulla mancata produzione di effetti giuridici; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 436 ss.; S. CASTROVINCI ZENNA, *Il lungo cammino cit.*

capita con la nullità, che si esaurisce in un'analisi statica dei provvedimenti.

Questo elemento costituisce un punto di contatto con la tradizionale tutela impugnatoria.

La differente attenzione riservata alla tutela contro gli atti nulli rispetto a quella contro il silenzio non significativo persiste, benché la domanda di nullità dei provvedimenti costituisca l'unica azione esclusivamente dichiarativa prevista (come si vedrà *infra*) nel c.p.a.

In effetti, il giudizio sul silenzio è strutturato su due tempi, in cui l'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia della P.A. è solo il presupposto per la condanna della stessa all'emanazione del provvedimento, sempre che il potere sia arrivato ad un grado di maturazione tale da poter consentire al G.A. la condanna al *facere* della P.A.

Tale eventuale appendice ha portato parte della dottrina ad ipotizzare che questa particolare modalità di esercizio dell'azione sia fortemente condizionata dal contenuto ordinatorio e sia, quindi, scivolata dalle azioni dichiarative nel campo della tutela a contenuto condannatorio³³.

L'azione avverso il silenzio non significativo è stata, comunque, il campo che ha attirato le maggiori attenzioni degli interpreti e nel quale (non a caso) è stata incasellata anche la tutela avverso la scia dagli originari tentativi tesi a costruirla sul mero accertamento³⁴.

Ciò è provato anche da un esame topografico del c.p.a., in cui alla nullità è dedicato solo il cpv. dell'art. 31³⁵, per il resto incentrato proprio sull'azione avverso il silenzio, la quale è esercitabile – come noto – mediante un rito speciale disciplinato anche nel libro IV all'art. 117³⁶.

A questa disposizione si aggiunge quella in ordine al giudizio di ottemperanza, nel cui alveo la nullità può esser fatta valere nei termini prescrizionali previsti per l'*actio iudicati*³⁷.

³³ B. SASSANI, *Arbor actionum cit.*, p. 32-35.

³⁴ In tema si veda Cons. st., sez. VI, sent. 9 febbraio 2009, n. 717, pionieristica. L'esplorabilità di un'azione di accertamento – ritenuta atipica – è stata generalizzata da Cons. st., Ad. plen., sentt. 23 marzo 2011 n. 3 e 15 luglio 2011 n. 19.

³⁵ F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 57 evidenzia come lo scarno testo legislativo non individui in modo certo nemmeno i criteri di riparto della giurisdizione.

³⁶ F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 155 giustifica l'accostamento tra queste due azioni – obiettivamente non omogenee – con riferimento alla comune natura dichiarativa e senza che l'atto nullo possa essere equiparato attraverso una *fiction iuris* ad un silenzio non significativo.

³⁷ Art. 114, c. 4, lett. b) c.p.a., secondo cui il Giudice “*dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato*”.

Invero, il codice contempla altre ipotesi di azioni tipiche a carattere dichiarativo³⁸, che sono:

- 1) l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento previa conversione dell'azione di annullamento ai fini risarcitori³⁹;
- 2) l'accertamento della cessata materia del contendere⁴⁰;
- 3) la dichiarazione di inefficacia del contratto⁴¹.

Il silenzio del legislatore è problematico; eppure, esso ha permesso di costruire la disciplina di questa forma di invalidità in termini assai differenti da quelli in uso per gli atti negoziali e di avvicinarla alla tradizionale annullabilità dei provvedimenti, con dubbi sulla natura dichiarativa e non costitutiva della relativa azione⁴².

A dire il vero, centrale nel dibattito è stata la questione sulla natura tipica o meno della sentenza dichiarativa.

Non è risultata inconcepibile la tesi dottrinarial⁴³ e giurisprudenzial⁴⁴, secondo cui il c.p.a. non darebbe spazio – almeno rispetto ad interessi legittimi – ad un'azione di accertamento come figura generale, ma solo nelle ipotesi nominate.

Questo è stato il punto, si cui anche per la presenza di “*sforbiciatori*

³⁸ Secondo la tassonomia proposta anche da A. CARBONE, *Pluralità delle azioni cit., passim*.

³⁹ Ai sensi dell'art. 34, c. 3 c.p.a.

⁴⁰ Disciplinata dall'art. 34, c. 5 c.p.a.

⁴¹ Ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., su cui richiama l'attenzione F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni cit.*, p. 7. Il richiamo alla declaratoria di inefficacia sarà ripreso al § 5.

⁴² F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 144. A. CARBONE, *Dubbi cit.*, p. 1100, *contra* esamina criticamente l'ipotesi, secondo cui la nullità dei provvedimenti sarebbe una sorta di “annullabilità forte”, simile a quella prevista in diritto commerciale dall'art. 2379 cod. civ. per le delibere societarie. Tale suggestione sarebbe da escludere: l'atto resterebbe improduttivo di effetti e l'azione conserverebbe il carattere dichiarativo.

⁴³ B. SASSANI, *Arbor actionum cit.*, p. 24 ss.

⁴⁴ Da ultimo, si veda Cons. st., sez. V, sent. 16 gennaio 2023, n. 231, ove si legge – in una ricostruzione teorica, secondo la quale il sistema di giustizia amministrativa sarebbe improntato ad una sovra tutela delle ragioni del ricorrente e non conoscerebbe, almeno in linea teorica, spazi vuoti – che: “*il processo amministrativo è pur sempre, secondo una lettura costituzionalmente orientata della giurisdizione del G.A., al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva, un processo sugli interessi legittimi, incentrato sull'azione di annullamento ... deve ritenersi che, sulla base della disciplina codicistica e dello stesso (connesso) sistema processuale amministrativo elaborato dalla giurisprudenza, tale azione (scilicet di accertamento, n.d.r.) sia esercitabile soltanto nei casi tipicamente definiti dal legislatore o enucleabili dal contesto della disciplina di particolari istituti?*”.

*ministerial*⁴⁵ si è concentrata la dottrina nei primi tempi successivi all'emanazione del c.p.a.⁴⁶.

A questa interpretazione si contrappone quella di chi – in nome del principio di atipicità dell'azione – ritiene superflua un'indicazione specifica del tipo di tutela erogabile quale condizione della sua prevedibilità nell'ordinamento, in quanto la stessa va disposta purché ne abbisogni la difesa della situazione giuridica del titolare in conformità a quanto previsto nella Costituzione⁴⁷.

Di conseguenza, la scelta del legislatore di indicare nel c.p.a. le azioni ammissibili viene ritenuta corretta non tanto perché in questo modo si creino delle forme tipiche di azione, quanto perché: i. il G.A. si trova così provvisto di un contenuto (invero ampio) di poteri decisori nei confronti del potere esecutivo; ii. lo statuto degli interessi legittimi azionabili, a differenza di quanto capita ai diritti soggettivi, non ha un contenuto sostanziale, ma acquista solidità in giudizio.

Questa prospettiva è sicuramente più aderente allo sviluppo dell'ordinamento secondo il principio di effettività e, proprio per questa ragione, è da preferire⁴⁸.

La presenza di azioni di accertamento atipiche è stata giustificata anche con il richiamo che l'art. 39 c.p.a. fa al c.p.c.: pur in assenza di una disposizione *ad hoc*, costituisce un principio generale dell'ordinamento processuale la possibilità di agire con domanda di mero accertamento in presenza di un interesse diretto concreto ed attuale, argomento che si affianca a quello dell'effettività della tutela⁴⁹.

⁴⁵ Secondo l'icastica definizione di R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *Il Foro it.*, 2010, p. 271. La paternità della definizione di sforbiciatore è invero contesa; si veda anche F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *www.giustamm.it*, 2010.

⁴⁶ F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni cit.*, p. 6, suggerisce *contra* che l'eliminazione dal progetto di c.p.a. delle azioni di accertamento e di adempimento sarebbe dipesa dalla consapevolezza che il sistema di tutela così come delineato nel codice è rispondente alla necessità di garantire una protezione effettiva. In disparte dalla questione posta dall'adesione all'una o all'altra scuola di pensiero, resta certo un dato: l'adozione del c.p.a. è stata effettuata attraverso un "percorso sinuodale", come efficacemente si esprime F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 125

⁴⁷ E. FOLLIERI, *L'azione cit.*, p. 1.

⁴⁸ È il caso di mutare anche in relazione al tema in esame la *ratio* argomentativa proposta da ultimo da G. COCOZZA, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1321 ss.

⁴⁹ F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 127 ss.

Un ulteriore modo di giustificare la presenza delle azioni di accertamento “atipiche” si basa sul seguente ragionamento: dal momento che – anche in caso di giurisdizione esclusiva e nella richiamata assenza di una norma *ad hoc* nel c.p.c. – non si dubita della possibilità di una tutela di mero accertamento per i diritti soggettivi, non si vede per quale motivo essa debba essere esclusa per gli interessi legittimi, qualora essa sia idonea alla loro protezione.

D'altra parte, essa è stata già prevista dalla giurisprudenza in materia di silenzio non significativo⁵⁰.

L'azione incontrerebbe solo il limite della non emulatività e dei poteri amministrativi non esercitati ed avrebbe, quindi, un'atipicità moderata⁵¹.

Altra parte della dottrina ha evidenziato che la declaratoria di nullità avrebbe – in aggiunta al carattere dichiarativo – anche la capacità di condizionare l'attività amministrativa, in virtù dell'effetto conformativo connaturato alle sentenze del G.A.⁵².

Da tanto, è stato proposto di identificare nel vizio una forma di annullabilità qualificata e di ritenere anche gli effetti della sentenza simili, in quanto dall'accoglimento del ricorso deriva la formale espunzione dal mondo giuridico dell'atto e (soprattutto) dei suoi effetti.⁵³

Di conseguenza, la portata della sentenza andrebbe ben oltre il contenuto di un semplice accertamento; per quello che riguarda i suoi effetti – demolitori e conformativi – essa sarebbe del tutto simile ad una pronuncia di annullamento e, quindi, dotata di portata costitutiva⁵⁴.

La difficile identificazione degli effetti della sentenza dichiarativa ha sicuramente influito sulle scelte del legislatore, soprattutto nella parte in cui ha previsto un termine decadenziale – pari a 180 giorni – per la proposizione dell'azione di nullità.

Per gli atti emanati in violazione od elusione del giudicato vale invece

⁵⁰ Il riferimento è a Cons. st., Ad. plen., sent. 10 marzo 1978, n. 10

⁵¹ F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni cit.*, p. 6.

⁵² A. BARTOLINI, *Considerazioni sulla natura dell'azione di nullità nel processo amministrativo*, intervento nelle *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli*, sul tema “L'impugnabilità degli atti amministrativi”, Siena, 13-14 giugno 2008, in www.giustamm.it, 2008

⁵³ B. SASSANI, *Arbor actionum cit.*, § 5 *passim*.

⁵⁴ Soluzione suggerita da F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 178, che la giustifica con riferimento all'atipicità anche dei contenuti della tutela giurisdizionale.

un termine decennale, di natura prescrizioneale, quindi interrompibile⁵⁵. Ai sensi di quanto previsto dall'art. 133, lett. a), n. 5 c.p.a. siamo innanzi ad un caso di giurisdizione esclusiva e non di legittimità.

In quest'ultima ipotesi la giurisdizione di merito dell'ottemperanza non sarebbe comunque incisa dall'esistenza di una giurisdizione esclusiva sulla nullità degli atti emanati in violazione o elusione del giudicato⁵⁶.

L'individuazione di un termine decadenziale è contraddittoria con la natura dell'azione di nullità, concettualmente imprescrittibile, e soprattutto pare aver fatto perderne la caratteristica distintiva dall'annullabilità, consistente nella non temporalità dell'agire.

Anche questa scelta sembra rispondere al *favor aerarii*, che ha portato alla cancellazione di un'azione generalizzata di accertamento dalla stesura definitiva del c.p.a. per evitare pregiudizi anche potenziali alle finanze pubbliche.

Invece, resta ferma la possibilità di eccepire la nullità senza vincoli temporali, al pari della rilevabilità *ex officio*.

In ordine al primo profilo, si può evidenziare che l'eccezione può fondatamente essere sollevata dal controinteressato, risulta difficile immaginarla da parte della P.A. che ha dato causa all'atto⁵⁷.

Ancora più spinosa è la rilevabilità ufficiosa.

Essa va coordinata con il principio della domanda e con quello del contraddittorio⁵⁸.

In effetti – come evidenziato da tempo in dottrina in una serrata analisi sui rapporti di pregiudizialità tra più atti amministrativi – sembra che tale possibilità si traduca in un ulteriore privilegio in favore della P.A., almeno nell'applicazione che ne dà il Giudice amministrativo. Quest'ultimo, infatti, rileva la nullità di un atto quando esso contrasti con la pretesa del privato, mentre – in applicazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato – ritiene l'amministrato onerato di una specifica contestazione in caso di nullità che possa favorirlo⁵⁹.

⁵⁵ Cons. st., Ad. plen., sent. 4 dicembre 2020, n. 24.

⁵⁶ M. R. SPASIANO, *Articolo 21 septies cit.*, p. 575.

⁵⁷ I delicati problemi esistenti in ordine a questo profilo sono esaminati da S. FOÀ, *Pubblica amministrazione ricorrente, domanda riconvenzionale e accertamento della nullità: tra diritto civile e codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2010, p. 1552 ss.; A. MARRA, *Accertamento del rapporto controverso e termine di decadenza (con uno sguardo all'azione di nullità nel nuovo codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1406 ss.

⁵⁸ F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 240-241.

⁵⁹ M. RAMAJOLI, *Legittimazione cit.*, *passim*. Interessanti riflessioni sulle conseguenze

Tale meccanismo finisce, di conseguenza, con il favorire esclusivamente il soggetto, cui è imputabile l'atto invalido.

La individuazione di termini sfalsati per agire in via diretta o per eccepire la nullità è tarata – secondo parte della dottrina⁶⁰ – sulle diverse esigenze di stabilità, che il legislatore ha graduato in questo modo:

- al primo posto stanno Amministrazione (problematicamente pure titolare di poteri di autotutela) e Giudice, che possono eccepire e rilevare la nullità in ogni tempo⁶¹;
- al secondo posto sta il cittadino che abbia ottenuto un giudicato, che gode di un termine prescrizione decennale nel quale far valere la nullità;
- al terzo posto il cittadino titolare di un interesse legittimo, che ha 180 giorni di tempo per una iniziativa di tal fatta⁶².

Per la tutela di un diritto soggettivo, nei casi di giurisdizione esclusiva, varrebbe infine il termine prescrizione decennale.

Risulta problematico conciliare questa regola processuale “composita” con il principio del giusto processo e con la parità delle armi tra le parti, che dovrebbero animare la disciplina processuale.

Pertanto, è stato osservato che l'ordinamento ha ritenuto che la funzionalità debba far premio sulla stretta legalità, con una scelta ritenuta inutilmente complessa⁶³.

Da un altro punto di vista, la legittimazione all'azione andrebbe riconosciuta solo in presenza di un interesse personale, senza che rilevino gli ulteriori caratteri dell'attualità e della concretezza⁶⁴. Questo in

processuali del nesso di connessione tra atti amministrativi si devono a V. PAMPANIN, *Principio della domanda e limitazioni dell'onere di impugnare nel processo amministrativo di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1332 ss.

⁶⁰ E. FOLLIERI, *L'azione cit.*, p. 3.

⁶¹ In effetti, come osservato da F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 144, risulta forse più utile fare riferimento alla posizione sostanziale e non processuale delle parti per giustificare il regime differenziato dei termini in cui far valere o eccepire la nullità.

⁶² B. SASSANI, *Riflessioni cit.*, p. 273, ritiene che per il terzo leso da un provvedimento nullo sia possibile agire in qualunque tempo. La tesi non pare persuasiva, perché introduce un ulteriore elemento di differenziazione. Risulta forse meno eversivo ritenere che il terzo possa agire nel termine di 180 giorni dalla conoscenza degli effetti lesivi dell'atto nullo.

⁶³ F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 503 ss.

⁶⁴ E. FOLLIERI, *L'azione cit.*, p. 7.

ulteriore ampliamento della condizione dell'azione in esame, già più larga in diritto processuale amministrativo di quanto avvenga nei giudizi civili⁶⁵.

Invero, è difficile escludere la presenza di un interesse all'accertamento anche perché – oltre alla rimozione dell'incertezza sull'efficacia di un provvedimento, già sufficiente – si potrebbe anche voler evitare l'ingenerarsi di un legittimo affidamento sulla validità dell'atto in favore di terzi, altro interesse meritevole di tutela.

Un'ultima notazione in tema di giurisdizione, ulteriore profilo su cui il c.p.a. è silente.

A ragione del mancato perfezionamento della fattispecie, il provvedimento nullo è incapace di incidere sia su diritti soggettivi che su interesse legittimi perché manca un'espressione di potere; pertanto, l'art. 31 c.p.a. concede la possibilità di agire sia innanzi all'A.G.O. che al G.A.⁶⁶.

Nel caso in cui si agisca innanzi al Giudice ordinario, varrebbe la normale disciplina della nullità civilistica specie per gli atti in cui rilevi un difetto di attribuzione, ipotesi in cui si fa questione non del cattivo uso del potere, ma dell'assenza di sua titolarità⁶⁷.

Di conseguenza, lo spazio per l'uso di quest'azione innanzi al G.A. pare compreso alle fattispecie speciali di merito ed esclusive; in quella generale di legittimità sarebbe, ad ogni modo, possibile sia per il destinatario che per i terzi chiedere il mero accertamento del vizio dell'atto, con possibilità aggiuntiva di far valere i diritti innanzi all'A.G.O.⁶⁸.

Da tanto lo scetticismo diffuso sull'utilità del rimedio.

Si è replicato che la previsione dell'azione comporta il riconoscimento di un interesse all'accertamento, che porta all'imprescindibilità di una sen-

⁶⁵ F. LUCIANI, *Processo amministrativo cit., passim*. M. RAMAJOLI, *Legittimazione cit.*, p. 1010, evidenzia come la tradizionale ampia legittimazione al ricorso di annullamento nell'ambito processuale amministrativo renda quantomeno problematico interpretare la nullità come strumento di allargamento della platea di soggetti titolati all'azione e che essa non possa risolversi in un'azione popolare. A ciò la chiara Autrice aggiunge una seconda condivisibile notazione, secondo cui l'ipotesi di nullità maggiormente presente nella pratica – ciò quella per violazione o elusione del giudicato – può esser fatta valere solo dalle parti di un precedente giudizio, caratterizzazione da cui fa discendere una disomogeneità originaria della patologia. Aderisce al suggerimento F. VETRÒ, *L'azione cit.*, p. 195.

⁶⁶ C. E. GALLO, *Questioni attuali cit.*, p. 49.

⁶⁷ C. E. GALLO, *Questioni attuali cit.*, p. 51.

⁶⁸ B. SASSANI, *Arbor actionum cit.*, p. 34.

tenza di merito, e che esiste una giurisdizione amministrativa in materia, necessaria per dare un senso concreto alla disposizione⁶⁹.

Essa sarebbe predicabile, ad esempio, nel caso in cui un titolare di un interesse legittimo a contenuto oppositivo chieda la declaratoria di nullità di un atto che lo lede (è il caso di un commerciante, che contesti l'autorizzazione all'apertura di una grande struttura di vendita) e che permetterebbe il mantenimento di una situazione giuridica o, nel caso di interessi pretensivi, quando sia accompagnata da un'azione di adempimento.

3. *Clausole immediatamente escludenti dei bandi, tra annullabilità e nullità alla luce della giurisprudenza più recente della Plenaria*

Dopo aver tratteggiato lo sviluppo della disciplina della nullità in diritto amministrativo, si può passare all'analisi di un elemento alquanto specialistico, a cui ora si è ampliata la patologia in conseguenza del d. lgs. 36/2023, e che – fino a pochissimi anni fa – vi era del tutto estraneo.

Il riferimento è al trattamento delle clausole immediatamente escludenti, le quali impedivano ad un soggetto di partecipare ad un gara.

Pur nella non totale sovrapponibilità tra queste e le cause di esclusione, risulta impossibile esaminare le seconde senza aver ben chiaro quale sia stato il trattamento processuale delle prime.

In materia questo è l'orientamento oramai assestato del G.A.

Le clausole contenute nel bando⁷⁰ di gara o in un altro documento parte della *lex specialis*, che inibiscano ad un operatore o ad una categoria di essi la partecipazione, in quanto prevedono in modo illegittimo requisiti necessari per la partecipazione – al pari di quelle irragionevoli, che impediscano la formulazione di un'offerta non in perdita, o di quelle che non rendano possibile un calcolo di convenienza e facciano divenire la partecipazione estremamente gravosa al di là di qualsiasi considerazione economica⁷¹ – causano una lesione immediata a chi si

⁶⁹ E. FOLLIERI, *L'azione cit.*, p. 3.

⁷⁰ Resta fuori dall'economia del presente contributo la questione sulla natura dei bandi di gara; sul punto ci si limita ad un rinvio a M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 53 ss.

⁷¹ Va ricordato che la giurisprudenza si è caratterizzata per innumerevoli tentativi – tutti non riusciti – di ampliare al massimo il novero delle clausole immediatamente

trovi impedito a partecipare in forza di una restrizione *contra ius* della concorrenza⁷².

impugnabili o ritenere il bando sempre autonomamente e direttamente contestabile. Tutte le fughe in avanti sono state puntualmente rintuzzate dall'Adunanza Plenaria: non ha trovato pertanto cittadinanza un interesse a ricorrere basato sulla tensione alla partecipazione o alla corretta individuazione della platea dei concorrenti.

⁷² La bibliografia in materia di clausole escludenti è sconfinata. Qui ci si limita a segnalare alcuni contributi più significativi, a cui si rinvia anche per un'individuazione delle pronunce giurisdizionali più significative: R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo (l'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse legittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 422 ss.; R. VILLATA, *Novità in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione*, *ivi*, 1999, p. 912 ss.; F. MARTINELLI, M. SANTINI, *La lesività immediata delle clausole contenute nei bandi di gara: nuove ipotesi al vaglio del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 1225 ss.; F. SAITTA, *La legittimazione ad impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001, p. 536 ss.; S. BACCARINI, *Clausole "non escludenti" dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, in *www.giust.it*, 2002; P. PIZZA, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 743 ss.; B. DE ROSA, *L'impugnabilità dei bandi di gara: in quali casi sussiste l'onere di immediata impugnazione*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 394B ss.; G. MARI, *Sulla disapplicabilità delle clausole del bando di gara e sul principio di regolarizzazione*, *ivi*, 2002, p. 1133 ss.; C.E. GALLO, *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara nei contratti della p.a.: una pronuncia di assestamento*, in *Urb. app.*, 2003, p. 428 ss.; P. PIZZA, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 79 ss.; G. MARI, *L'impugnazione dei bandi di gara: due recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria e della Corte di giustizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, p. 1046 ss.; L. R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 809 ss., che per primo aveva ipotizzato la possibilità di un interesse a ricorrere per l'accertamento dell'illegittimità delle clausole escludenti; D. VAIANO, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, *ivi*, 2004, p. 693 ss.; M. BERRA, *Impugnazione del bando di gara tra immediata lesività ed acquiescenza*, in *Urb. e app.*, 2004, p. 381 ss.; P. CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza "conservativa" e fermenti innovativi*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 547 ss.; S. DE PAOLIS, *L'impugnativa del bando di gara e la presentazione della domanda di partecipazione: una soluzione legata alla qualificazione delle clausole della lex specialis*, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 2155 ss.; G. CREPALDI, *L'impugnazione delle clausole del bando che impediscono la partecipazione alla gara: i soggetti e l'oggetto*, in *Foro amm. CDS*, 2007, p. 2883 ss.; S. MONZANI, *L'onere di immediata impugnazione del bando riguarda le clausole impeditive della partecipazione ma anche quelle impeditive della concorrenza*, *ivi*, 2012, p. 3533 ss.; G. VELTRI, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: regole, eccezioni, fermenti giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2013, p. 955 ss.; M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2016; R. CASINI, G. GAGLIARDINI, B. BIANCARDI, *L'onere di immediata impugnazione del bando e la necessità (o meno) di partecipazione alla gara: dall'Adunanza*

In via del tutto eccezionale, esse fanno sorgere, quindi, l'onere di tempestiva loro contestazione entro il termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione dell'atto amministrativo generale, senza che sia necessario attendere l'atto espulsivo, ed ampliano la legittimazione anche in favore degli operatori del settore e non dei soli concorrenti⁷³.

Il mancato possesso del requisito è, infatti, una situazione di fatto immediatamente percepibile dal soggetto leso.

Tale dinamica di produzione degli effetti giuridici rende il bando non più contenente prescrizioni generali ed astratte, ma in questa sua parte speciali e concrete.

Di conseguenza, esse vanno subito contestate.

Ad essere frustrata immediatamente è, quindi, la tensione al bene

plenaria n. 1/2003 ai recenti sviluppi giurisprudenziali, *ivi*, 2018, che si segnala per l'attenta ricostruzione dei tentativi da parte delle Sezioni semplici del Giudice amministrativo di appello di ottenere dalla Plenaria un ampliamento dei casi di immediata contestabilità; L. BERTONAZZI, *Note sull'impugnabilità dei bandi di gara o di concorso in attesa dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 2018; S. TERRACCIANO, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: tra novità legislative e conferme giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1393 ss.; A. BERTI SUMAN, *L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018; S. TRANQUILLI, *Brevi note sulla fine della parabola del revirement giurisprudenziale sull'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando "non escludenti"*, in *Foro amm.*, 2018, p. 331 ss.; A. MEALE, *La legittimazione all'impugnazione della lex specialis*, in *Urb. app.*, 2018, p. 785 ss.; N. BERTONAZZI, *Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 959 ss., che ritiene il bando atto endoprocedimentale e non provvedimento e, quindi, mai direttamente impugnabile perché sarebbe solo l'esclusione a determinare l'arresto procedimentale; D. MARRAMA, *Le pretese al restringimento della concorrenza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, p. 1033 ss.; *Id.* *Clausole escludenti e domanda di partecipazione. Per la serie: a volte (... legittimamente ...) ritornano*, in *www.federalismi.it*, p. 97 ss., 2022. Nello scritto ci si concentrerà sulla procedura di gara; analogo tema è emerso anche rispetto ai bandi di concorso per il reclutamento del personale. Si veda Cons. St., sez. III, sent. 6 ottobre 2023, n. 8718 per una recentissima messa a punto dei problemi processuali posti dalle clausole in esame.

⁷³ Tale posizione è stata assunta – da ultima – da Cons. St., Ad. pl., sent. 26 aprile 2018, n. 4 ed è stata avallata anche da C. cost., sent. 22 novembre 2016, n. 245. Per una recente analisi sulle condizioni dell'azione in materia di contenzioso sugli appalti pubblici il rinvio è a M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 927 ss. Gli unici altri due casi di legittimazione riconosciuta agli operatori del settore consistono – come noto – rispettivamente nell'ipotesi in cui si contesti la mancata indicazione di una procedura o, al contrario, in quella in cui si contesti in radice l'avvio di un procedimento selettivo. Si veda ex plurimis TAR Roma, sez. I bis, sent. 6 febbraio 2023, n. 2005.

della vita costituito dall'aggiudicazione. Essa non è mai conseguibile in simili evenienze, perché è la partecipazione stessa ad essere inibita, circostanza che fa sorgere un interesse al ricorso.

Dunque, per tutelare l'interesse non è necessario – secondo la giurisprudenza ora maggioritaria, mossasi in un'ottica di tutela incrementale – presentare una richiesta di partecipazione per dimostrare la legittimazione.

Una lesione all'interesse legittimo⁷⁴ così costruita limita, in effetti, la platea di legittimati al ricorso ai soli operatori del settore e fa sì che questo tipo di giudizio non sfoci in un'*actio popularis*.

Quindi, non risulta protetto l'interesse procedimentale alla legittimità della procedura o, in alternativa, alla corretta delimitazione della platea dei partecipanti, a difesa dei quali sarebbe stato possibile ampliare al massimo sia le possibilità di contestazione immediata del bando che il numero dei soggetti titolati alla formulazione di una tale domanda di giustizia.

L'anticipazione della contestazione parziale dei bandi è e deve restare, infatti, un'eccezione (obbediente alla logica dell'effettività della tutela) rispetto alla regola generale, secondo cui l'impugnazione di tale atto generale deve avvenire insieme al provvedimento che ne abbia dato applicazione (esclusione o aggiudicazione in favore del concorrente, per rimanere al campo delle gare pubbliche).

Nel caso delle clausole immediatamente escludenti, invece, il provvedimento espulsivo ha contenuto meramente dichiarativo e vincolato di una prescrizione già contenuta nel bando: pertanto, è da quest'ultimo (il quale costituisce un arresto procedimentale “in culla” ai danni del soggetto che avrebbe interesse a partecipare), che – a ben vedere – deriva la lesione rispetto a cui la domanda di partecipazione è del tutto neutra.

Così non è negli altri casi; e per supplire a tale carenza non sono mai stati ritenuti sufficienti richiami alla buona fede dei concorrenti, che avrebbero dovuto anticipare alla P.A. eventuali profili di illegittimità della documentazione di gara dalla stessa predisposta a pena di decadenza⁷⁵.

L'omessa contestazione del bando ne cristallizza il contenuto, cosa che rende inammissibile per carenza di interesse e per tardività un ricorso contro l'esclusione.

⁷⁴ Le poche pagine di questo scritto sono incompatibili con una discussione sulla natura attuale di questa situazione giuridica soggettiva. Pertanto, in questa sede si può effettuare solo un rinvio all'opera magistrale di F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

⁷⁵ Contenuti, ad esempio, in Cons. st., sez. VI, ord. 18 gennaio 2011, n. 351.

Il vizio, da cui erano ritenute affette simili previsioni, era – e viene fuori il motivo per cui ci si è interessati di tale vicenda nel contributo che qui occupa – in modo pressoché totalitario l'annullabilità⁷⁶.

Sul punto è necessaria un'ulteriore precisazione: acuta dottrina⁷⁷ ha, di recente, notato che nell'amplicissima categoria delle clausole escludenti – i cui confini, in omaggio al richiamato principio dell'effettività della tutela, si sono costantemente ampliati – si può individuare una bipartizione.

Ci sarebbe un gruppo, che obiettivamente contemplerebbe previsioni puntuali rispetto a requisiti (ad esempio, l'iscrizione ad un albo), la cui carenza renderebbe del tutto inutile la partecipazione.

In questi casi, sarebbe del tutto superfluo inoltrare una domanda di partecipazione a ragione del divieto assoluto derivante dal bando; la richiesta di un simile adempimento si risolverebbe in un mero formalismo.

Quindi, la soddisfazione dell'interesse all'aggiudicazione (*rectius*, la *chance* o la “*opportunità strumentale*”⁷⁸ di tale esito) passerebbe necessariamente attraverso un nuovo esercizio di potere⁷⁹. Ciò perché il vizio del bando ha a che fare proprio con l'impossibilità di formulare le offerte ed è così necessario che il procedimento si riapra da questa fase iniziale.

Il privato può, di conseguenza, solo aspirare ad un nuovo esercizio di potere a cui partecipare.

Così non è nei casi in cui l'adempimento imposto dalla clausola renda, comunque, possibile la partecipazione (ad esempio, una previsione che contempra la necessità dell'asseverazione di un piano economico finanziario per partecipare ad una gara).

In questa ipotesi, sarebbe necessario per il ricorrente differenziare da subito la propria posizione, con la presentazione di un'istanza di partecipazione.

⁷⁶ Assolutamente isolate erano le pronunzie nel senso di nullità di tali clausole, limitata per altro ai soli casi di contrasto con il diritto UE. Da tale vizio sarebbe derivato un potere di disapplicazione da parte del G.A. Si veda TAR Milano, sez. III, sent. 8 agosto 2000, n. 234.

⁷⁷ D. MARRAMA, *Clausole escludenti cit., passim*.

⁷⁸ Secondo la proposta definitoria di D. MARRAMA, *Clausole escludenti cit.*, p. 120.

⁷⁹ Siamo quindi innanzi ad un interesse strumentale, declinazione la quale “*sottintende che la soddisfazione della utilitas, costituente il lato interno della posizione di interesse legittimo, potrà avvenire solo probabilmente, attraverso il riesercizio del potere conseguente all'annullamento giurisdizionale*”, secondo la proposta definitoria di R. CAPONIGRO, *L'interesse legittimo strumentale nelle gare d'appalto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

Il Giudice amministrativo dovrebbe sterilizzare gli effetti della clausola in favore del solo operatore che è tempestivamente insorto contro la stessa, magari anche prevedendo in suo favore uno slittamento del termine per la presentazione della candidatura, e poi verificare con attenzione nel corso del giudizio l'andamento della procedura di gara, al fine di stabilire la persistenza dell'interesse al ricorso.

Qui si tutelerebbe direttamente l'interesse all'aggiudicazione, che potrebbe essere soddisfatto nella procedura già avviata dalla P.A., sicché l'esercizio di potere non avrebbe necessariamente bisogno di integrazioni o di una ripetizione.

Solo nel caso in cui – a fronte di un comportamento diligente dell'operatore, teso a conservare l'interesse all'aggiudicazione – tale esito non fosse più possibile, la tutela erogabile in favore del privato si colorerebbe di strumentalità ed imporrebbe il rinnovo (in tutto o in parte) della procedura.

In buona sostanza, si può affermare che l'interesse legittimo (che resta sempre lo stesso e riguarda – giova ribadirlo – il bene della vita aggiudicazione), nel primo caso, avrebbe un'espressione esclusivamente strumentale, nel secondo caso finale e, solo in seconda battuta, strumentale.

Questa distinzione si impone per considerazioni dogmatiche, oltre che per evitare che il processo diventi un luogo in cui tentare impropriamente di lucrare un risarcimento per equivalente.

Per evitare sia inquinamenti tra le categorie sostanziali che usi strumentali del giudizio era stato proposto, quindi, di onerare *ex lege* i soggetti intenzionati a chiedere l'annullamento di una clausola non radicalmente inibitrice della partecipazione di presentare una domanda di partecipazione alla gara⁸⁰.

A tale prima cautela sarebbe dovuta corrispondere un'articolazione delle richieste di giustizia coerente e che prevedesse esclusivamente come *extrema ratio* o come conclusione subordinata l'annullamento totale della procedura in luogo dell'intervento del Giudice sulle sole clausole escludenti.

Questa seconda cautela sarebbe valevole per tutti i casi di previsioni impeditive della partecipazione; essa – a seguito della riforma, di cui si riferirà nel § 4 – ha perso di interesse.

⁸⁰ D. MARRAMA, *Clausole escludenti cit.*, p. 122-126.

Così non è rispetto alla prima proposta, sulla quale si tornerà nei paragrafi conclusivi del presente scritto⁸¹.

Il costrutto giurisprudenziale relativo alle clausole escludenti era maturato nei primi anni 2000 ed aveva resistito in modo tetragono sino al 2020, quando era stato per la prima volta messo in discussione dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁸².

Sembra a chi scrive che su tale cambio di paradigma abbiano influito, da un lato, l'emersione (più risalente) di criteri sostanziali e non più solo formali per individuare il contraente nelle gare pubbliche, dall'altro, la volontà (più recente) di evitare un contenzioso preventivo e di concentrare lo stesso al solo momento dell'esclusione o dell'aggiudicazione.

La procedura di gara dovrebbe così divenire un luogo non di caccia all'errore, ma di selezione della migliore offerta.

La sentenza, da cui è partito il *revirement*, ha ritenuto nullo il bando nella parte in cui ha escluso per i soggetti che già non possedessero una simile certificazione la possibilità di ricorrere all'avvalimento per un'attestazione SOA e, in conseguenza di ciò, ha annullato il provvedimento espulsivo.

Va precisato che la clausola non era stata tempestivamente contestata, benché inibisse in radice all'operatore ricorrente la possibilità di partecipare.

Essa era – a ben vedere – sia una prescrizione a pena di esclusione (cioè, un onere posto in capo al soggetto) che una causa di esclusione (cioè, una qualità del soggetto in quanto si risolveva nel possesso di un determinato requisito).

A fronte di tale omissione, il Giudice amministrativo, sia in prime che in seconde cure, ha ritenuto la prescrizione base dell'esclusione nulla per

⁸¹ Non è ozioso sottolineare come la dottrina qui in esame avesse concluso proprio segnalando criticamente in nota 66 la soluzione proposta da Cons. st., Ad. pl., sent. 16 ottobre 2020, n. 22, su cui subito *infra*, come alternativa al meccanismo suggerito. La riforma, quindi, ha costituito per chi scrive l'occasione per riprendere il pensiero del suo Maestro e confrontarlo con le soluzioni scelte dal legislatore.

⁸² Il riferimento è a Cons. st., Ad. pl., sent. 16 ottobre 2020, n. 22. Chi scrive si era soffermato sul pronunciamento e ne aveva messo in luce le criticità, derivanti sia dal carattere fortemente innovativo che dalla contaminazione tra le due forme di patologia del provvedimento, in R. CAROCCIA, *Risarcimento dell'interesse legittimo. Chance, tutela dell'affidamento e regole di validità e di responsabilità*, Torino, 2022, p. 179-183.

contrasto con l'art. 83, c. 8 d. lgs. 50/16⁸³ – che prescriveva la tassatività delle prescrizioni a pena di esclusione⁸⁴ – in quanto essa si risolve in un divieto di avvalimento e, pertanto, l'ha disapplicata.

A questa prima statuizione è seguito l'annullamento dell'esclusione.

È interessante, in questa sede, concentrarsi sulla parte della sentenza, che riguarda il tipo di patologia da cui sarebbe affetta la sanzione espulsiva presente nel bando.

Dopo aver evidenziato che originariamente l'unico vizio degli atti amministrativi era l'annullabilità, la Plenaria ha sottolineato come il quadro sia cambiato in forza dell'introduzione prima dell'art. 21 *septies* nella l. 241/1990 e poi dell'art. 31 c.p.a. ed ha pure sintetizzato le caratteristiche della nullità amministrativa.

A questo punto, il massimo consesso del G.A. ha ritenuto possibile ricostruire un quadro unico del sistema delle nullità, sottolineando i punti di contatto tra la più grave patologia del diritto civile con quella del diritto amministrativo.

Da questo punto di vista, è stato notato un progressivo riavvicinamento sia tra le differenti patologie negoziali che tra le regole di validità e quelle di comportamento; si è aggiunto a tale prima considerazione che, in ambito amministrativo, la nullità può essere fatta valere solo in via giudiziaria ed avrebbe una doppia conformazione.

La prima si verifica quando l'interesse del soggetto leso è soddisfatto da una pronuncia, che dichiara inefficace l'atto nullo.

La seconda avviene quando sia necessario annullare un provvedimento, di cui l'atto nullo costituisce il presupposto.

Questa seconda ipotesi si verifica nel campo della contrattualistica pubblica, in conseguenza della positivizzazione del principio di tassatività delle cause di esclusione⁸⁵.

⁸³ Si riportano gli ultimi due periodi della disposizione: “*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*”. Si badi bene: prescrizioni a pena di esclusione e non cause di esclusione. Il legislatore ha introdotto una possibile confusione tra questi due elementi.

⁸⁴ Sulla tassatività delle prescrizioni a pena di esclusione si tornerà *infra*, § 4.

⁸⁵ È il caso di ricordare che il riferimento al principio di tassatività delle cause di esclusione era stato utilizzato da Cons. st., sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138 per suggerire alla Plenaria un'indiscriminata ed immediata impugnabilità dei bandi, in quanto esso avrebbe fatto emergere l'interesse alla partecipazione. Tale suggestione era stata

Di conseguenza, la nullità della clausola illegittimamente escludente ha una portata parziale, può essere fatta valere in ogni tempo ed impedisce alla P.A. di porre in essere atti che si fondino sulla stessa, a ragione dell'inefficacia di quest'ultima ed a prescindere da una sua tempestiva impugnazione⁸⁶.

Dunque, il bando cessa, seppur solo parzialmente, di costituire una forma di auto vincolo della P.A.; tale effetto manca in conseguenza della nullità parziale, che lo rende improduttivo di effetti.

L'atto applicativo risulta, invece, annullabile e va contestato con le modalità ordinarie⁸⁷.

Tale forma di nullità non è soggetta alla disciplina ordinaria ex art. 21 *septies* l. 241/1990, che riguarda i soli atti integralmente viziati e radicalmente improduttivi di effetti.

Non ci si può esimere dall'evidenziare un salto logico in questa parte della pronuncia e, in termini generali, la criticità circa l'affermazione di uno stretto rapporto tra la validità e l'efficacia di una clausola, di cui si predica la nullità e che è presupposto di un atto espulsivo, e l'annullabilità di tale secondo provvedimento.

In verità, il sopra descritto *revirement* non aveva avuto seguito granitico nella giurisprudenza del Giudice amministrativo d'appello.

Infatti, diverse massime avevano tenuto fermo l'orientamento tradizionale, mentre solo sparute erano le voci d'accordo con il nuovo corso⁸⁸.

scartata perché la nullità avrebbe potuto essere lamentata *sine die*, quindi in modo contrario all'anticipazione della contestazione di tutte le clausole dei bandi.

⁸⁶ “La nullità della clausola ai sensi dell’art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016 configura un’ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all’intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa”.

⁸⁷ “Non vi è dunque alcun onere ... per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l’ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi inefficace ex lege, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell’atto precedente”.

⁸⁸ Per la riaffermazione dell’orientamento tradizionale in seno al Consiglio di Stato si veda: Cons. stato, sez. IV, sent. 15 febbraio 2022, n. 1107: “La clausola del bando di gara che, ex art. 83, comma 8, d. lg. n. 50 del 2016, individua il livello minimo di capacità tecnica dell’impresa offerente ha natura escludente e non è nulla per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto stabilito dalla medesima norma”. Per l’adesione all’orientamento innovativo, si veda: Cons. stato, sez. V, sent. 23 novembre 2020, n. 7257: “Una clausola di un bando, ancorché prescrittiva di un requisito di idoneità professionale a pena di esclusione, non può essere disapplicata quanto risulti inopportuna o incongrua, ma solamente qualora sia nulla e

Anche i Giudici di primo grado si erano mantenuti fedeli alla costruzione originaria.

Il riferimento è in particolare ad una recente statuizione assai articolata e particolarmente persuasiva del Giudice Amministrativo partenopeo⁸⁹, che pur non riguardando (almeno, asseritamente) clausole immediatamente escludenti ha a che fare con il rapporto (ricostruito in termini corretti) tra atto generale *in parte qua* illegittimo e provvedimento lesivo direttamente applicativo dello stesso.

Vediamo da vicino questo *decisum*.

Nella statuizione è stato giudicato inammissibile il ricorso avverso un'esclusione, la cui base era costituita da una prescrizione contenuta nel disciplinare di gara, che impediva – a pena di esclusione – la riduzione della cauzione provvisoria.

Tanto in violazione di quanto previsto dall'art. 93, c. 7 d. lgs. 50/2016⁹⁰.

quindi improduttiva di effetti giuridici, come nel caso in cui introduca a pena di esclusione un requisito di ammissione alla procedura non previsto dalla legge?

⁸⁹ La sentenza di cui *infra* è TAR Campania Napoli, sez. III, sent. 22 maggio 2023, n. 3106, su cui si veda per un commento G. VERICO, *L'impugnazione congiunta della clausola della lex specialis immediatamente lesiva e del provvedimento di esclusione vincolato*, in *IUS Amministrativo*, luglio 2023.

⁹⁰ “L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del 50 per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO9000. Si applica la riduzione del 50 per cento, non cumulabile con quella di cui al primo periodo, anche nei confronti delle microimprese, piccole e medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui al primo periodo, per gli operatori economici in possesso di registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS), ai sensi del regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, o del 20 per cento per gli operatori in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI EN ISO14001. Nei contratti relativi a servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 20 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui ai periodi primo e secondo, per gli operatori economici in possesso, in relazione ai beni o servizi che costituiscono almeno il 50 per cento del valore dei beni e servizi oggetto del contratto stesso, del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) ai sensi del regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 15 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui ai periodi primo, secondo, terzo e quarto per gli operatori economici che sviluppano un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o

La disposizione non era stata impugnata tempestivamente, onere che il Giudice ha ritenuto necessario in capo al soggetto poi inevitabilmente escluso.

Il provvedimento è stato qualificato, infatti, come meramente applicativo della clausola direttamente lesiva, rimasta non contestata benché essa avesse prodotto un pregiudizio immediato in capo al concorrente.

Questi avrebbe avuto da subito un interesse a presentare una cauzione dal valore contenuto, frustrato dal disciplinare, situazione sufficiente per ritenere rituale la domanda volta ad ottenerne l'annullamento parziale.

Ciò pure in caso di nullità dello stesso, vizio che non avrebbe reso inefficace questa sua parte.

Invece, l'operatore ha concorso con una cauzione di importo auto-ridotto.

Tale situazione ha portato alla sua necessaria esclusione.

La soluzione dei Giudici partenopei è convincente; chi scrive si sente di muovere un solo possibile appunto alla decisione.

La clausola è sì immediatamente lesiva, ma comporta pure una causa di esclusione immediata ed automatica del ricorrente, che non avrebbe potuto mai presentare un'offerta valida alla procedura a ragione della sua volontà (poi perpetrata) di modificare l'importo della cauzione in difformità dal disciplinare.

La distinzione tra clausole lesive e clausole escludenti, che si trova nella sentenza, forse è caratterizzata da un'eccessiva sottigliezza.

In effetti, l'imposizione di oneri *contra ius* (qual è sicuramente quello di

un'impronta climatica (carbon footprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067. Per fruire delle riduzioni di cui al presente comma, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti. Nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, non cumulabile con le riduzioni di cui ai periodi precedenti, per gli operatori economici in possesso del rating di legalità e rating di impresa o della attestazione del modello organizzativo, ai sensi del decreto legislativo n. 231 del 2001, o in possesso di certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o di certificazione social accountability 8000, o di certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, o di certificazione OHSAS 18001, o di certificazione UNI CEI EN ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia o UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (Energy Service Company) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici e per gli operatori economici in possesso della certificazione ISO 27001 riguardante il sistema di gestione della sicurezza delle informazioni. In caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente?'

una cauzione calcolata in un valore superiore a quello fissato dalla legge) è da tempo stata incasellata dalla giurisprudenza nelle clausole immediatamente lesive, se pur attinenti ad aspetti non soggettivi, ma oggettivi della modalità di partecipazione alla procedura⁹¹.

L'analisi deve, quindi, tener presente che il carattere lesivo o escludente di una prescrizione non può essere costruito solo sui convincimenti – giusti o sbagliati che siano – di un soggetto dell'ordinamento, ma deve essere riscontrato in virtù della presenza di elementi oggettivi e, comunque, individuati ad esito di un'interpretazione giurisprudenziale tassativizzante.

Quest'ultima ha individuato la clausola rilevante nel caso deciso dal Giudice partenopeo quale esempio di clausola immediatamente escludente.

4. *Il regime delle cause di esclusione nell'art. 10 d. lgs. 36/23*

Veniamo ora alla novella.

L'art. 10 d. lgs. 36/2023⁹² interviene in maniera alquanto netta nell'in-

⁹¹ Per tutti, si veda Cons. st., sez. II, sent. 19 febbraio 2003, n. 2222.

⁹² “1. I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice. 2. Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte. 3. Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese”. Per una prima presentazione del testo del d. lgs. 36/23 si rinvia a M. A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, p. 69 ss. Sulla disposizione si veda TAR Roma, sez. II bis, sent. 3 gennaio 2014, che ha dichiarato nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione una prescrizione del bando che imponeva il sopralluogo, pena appunto l'esclusione. La statuizione ha rilevato che “nel nuovo codice il principio di tassatività ha una valenza ed un ambito applicativo più stringenti rispetto alla disciplina del precedente art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/16” in conseguenza della collocazione del principio tra i principi generali e “della strumentalità della tassatività rispetto al fondamentale principio dell'accesso al mercato, di cui all'art. 3 d. lgs. 36/23”.

dividuazione del profilo di invalidità delle cause di esclusione⁹³ differenti da quelle previste agli art. 94 e 95 della medesima fonte.

Invero, solo quelle previste in questi due articoli sono legittime.

Tutte le altre sono nulle, perché violative di un testuale divieto legislativo.

Se si è ben compreso, la disposizione riguarda in prima battuta requisiti di natura generale di capacità a contrarre speciale con la P.A.

La formulazione dubitativa è resa necessaria dal fatto che l'articolo fa riferimento anche ai requisiti tecnico-operativi e di natura economico-finanziaria.

In ordine a questi ultimi, è stato confermato il potere delle P.A. di introdurre richieste aggiuntive nel rispetto del consueto limite della ragionevolezza e della proporzionalità.

Invero – se si accede al carattere tassativo della nullità, uno tra i pochi punti fermi dello statuto di questa forma di invalidità nel diritto amministrativo – il prevedere requisiti speciali troppo elevati dovrebbe continuare ad essere fonte di annullabilità e non di nullità, in assenza della previsione specifica di tale sanzione inerente appunto ai requisiti speciali.

Di conseguenza, per questi ultimi dovrebbe continuare a valere il ragionamento esposto nella prima parte del § 3⁹⁴.

Ci troveremmo, infatti, non innanzi a cause di esclusione generali, ma a clausole immediatamente escludenti.

Ma su questo punto il legislatore è stato quantomeno poco chiaro.

In effetti, la non completa perspicuità della novella – almeno per chi scrive – è riconducibile all'aver proposto per le cause di esclusione (almeno di tipo generale) il medesimo regime tassativizzante già previsto per le prescrizioni a pena di esclusione.

In via preliminare, risulta di conseguenza necessario tentare di separare questi due elementi.

Le prescrizioni a pena di esclusione riguardano oneri in capo ad un operatore che voglia prendere parte ad una gara.

⁹³ In ordine alle cause di esclusione ci si limita a segnalare: E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2019 (evidentemente con riferimento al d. lgs. 50/2006); S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2022 (anche qui con riferimento al d. lgs. 50/2006) M. CORRADINO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*, Milano, 2023; F. ARMENANTE, *Procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Milano, 2023.

⁹⁴ In coerenza con l'orientamento pretorio già richiamato di Cons. stato, sez. IV, sent. 15 febbraio 2022, n. 1107.

Ad esempio, possono riferirsi a particolari modalità di confezionamento dell'offerta o alla necessità di contenere determinate relazioni in un *tot* di pagine.

Al contrario, le cause di esclusione dovrebbero riguardare aspetti che connotano ontologicamente l'operatore economico.

Più che ad un *facere* hanno dunque a che fare con un *esse*.

Ad esempio, possono riferirsi ad una situazione di inadempimento nei confronti dell'erario.

Il problema è che: i. una prescrizione a pena di esclusione – questo è il ragionamento che pare aver omesso il legislatore – può ampliarsi anche ad un requisito, cioè ad una qualità del soggetto; ii. entrambe sono veicolate in una clausola di un documento della *lex specialis*, la cui portata è più o meno direttamente espulsiva.

Nulla quaestio, se viene indicato in un bando una situazione di totale regolarità fiscale quale requisito di partecipazione, da cui deriverebbe l'impossibilità di formulare un'offerta anche in conseguenza di un solo centesimo di violazione tributaria definitivamente accertata.

È chiaro che la prescrizione introduce una causa di esclusione ed è, quindi, nulla.

Già più delicato è il ragionamento sui requisiti tecnico-operativi.

La disposizione è pericolosamente ancipite.

Quid iuris?

È verosimile che, in questo caso, l'operatore economico preferirà contestare immediatamente la causa di esclusione, confidando in una conversione – ai sensi dell'art. 32, c. 2 c.p.a.⁹⁵ – della sua azione da annullamento in nullità⁹⁶.

Il dubbio permane anche in relazione ad ipotesi, in cui sia chiesto

⁹⁵ “Il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali. Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni?”.

⁹⁶ Ciò anche in quanto confida nell'orientamento granitico del G.A. Si veda, da ultimo, TAR Latina, sez. I, sent. 17 settembre 2022, n. 730: “Non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione la clausola del disciplinare di gara che prescrive a pena di esclusione l'inserimento nella busta dell'offerta tecnica di una scheda tecnica, in lingua italiana, dell'equipaggiamento di un'ambulanza veterinaria rispondente ai criteri previsti dal decreto del Ministero dei trasporti n. 217 del 9 ottobre 2012; ciò in quanto la declaratoria di nullità delle clausole di una procedura di gara per violazione del principio di tassatività si riferisce a quelle clausole che impongono adempimenti formali e non riguarda pertanto prescrizioni che attengono ai requisiti di capacità economico — finanziaria e tecnica ritenuti essenziali dalla *lex specialis*”.

l'adempimento di specifiche formalità per la presentazione dell'offerta, sempre a pena di esclusione.

È il caso – ad esempio – di una particolare modalità di conduzione del sopralluogo.

In questi casi la clausola sarà nulla o annullabile?

Chi scrive ritiene la stessa nulla; però, anche qui è assai verosimile che per un minimo di prudenza gli operatori economici continueranno, quindi, a contestare tali clausole in via immediata.

Una ricognizione storica del tessuto positivo contribuirà a far emergere l'impropria sovrapposizione tra prescrizioni a pena di esclusione, cause di esclusione e clausole escludenti⁹⁷.

Il principio di tassatività delle prescrizioni a pena di esclusione⁹⁸

⁹⁷ La sovrapposizione continua anche nella giurisprudenza più recente. Sul punto si veda Cons. St., sez. V, sent. 27 ottobre 2023, n. 9277, che aderisce all'indirizzo innovativo della Plenaria del 2020. Ivi, però, si legge che “*in linea generale, la nullità, quale conseguenza della violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, colpisce le clausole con le quali l'amministrazione impone ai concorrenti determinati adempimenti o prescrizioni, ai fini della ammissione alla procedura di gara), che non trovano alcuna base giuridica nelle norme che (nel Codice dei contratti pubblici o nelle altre disposizioni di legge vigenti) prevedono cause di esclusione (comprese quelle che, pur non prevedendo espressamente – quale conseguenza – l'esclusione dalla gara, impongano adempimento doverosi o introducano, comunque, norme di divieto*”.

⁹⁸ Sul tema della tassatività dell'esclusione si vedano (senza pretesa di completezza): G. VIRGA, *Il divieto di “caccia all'errore” nelle gare, previsto dall'art. 46, c. 1 bis del codice degli appalti*, in *www.lexitalia.it*, 2011; C. E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 3733 ss., che ritiene che la disposizione tenda ad escludere l'esistenza di un potere della P.A. di introdurre nuovi profili espulsivi. A tale assenza di potere, corrisponderebbero un diritto soggettivo del partecipante, la possibilità della stazione appaltante stessa di disapplicare la clausola ed un'amplissima rilevabilità d'ufficio; R. CODEBÒ, *Tassatività delle cause di esclusione: piccola rivoluzione in favore delle imprese*, in *Urb. app.*, 2012, p. 797 ss.; S. PONZO, *I limiti all'esclusione dalla gare pubbliche e la regolarizzazione documentale*, *ivi*, 2011, p. 2464 ss.; A. LEONI, *Sull'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. R067 ss.; B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46 comma 1 bis d. lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, *ivi*, 2013, p. 1057 ss.; F. RISSO, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche ed il potere di soccorso istruttorio*, in *Foro amm., CDS*, 2013, p. 2528 ss.; L. DE GREGORIS, *“A lo parlare agi misura”: potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto*, in *Foro amm.*, 2014, p. 2268 ss.; M. PIZZI, *Tassatività delle cause di esclusione e soccorso istruttorio*, in C. CONTESSA (a cura di), *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici. Le grandi tematiche del settore degli appalti pubblici nell'analisi giurisprudenziale*, Piacenza, 2019; ID., *Riflessioni sul principio di tassatività delle cause di esclusione: analisi critica della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2020*

è stato introdotto nell'ordinamento italiano dall'art. 46, c. 1 *bis* d. lgs. 163/2006, aggiunto con il d.l. 70/2011, convertito con modificazioni dalla l. 106/2011.

I commi 1 *ter* del medesimo articolo e 2 *bis* dell'art. 38 lo hanno rinforzato nel 2014, a seguito del d.l. 90/14, convertito con modifiche dalla l. 14/2014.

La disposizione, che aveva carattere generale e si connotava per una forte carica sostanzialistica (al pari del soccorso istruttorio, la cui declinazione aveva iniziato in modo pressoché contestuale ad ampliarsi), aveva previsto l'impossibilità per le P.A. di introdurre – a pena di nullità – profili di esclusione (automatici o discrezionali) non previsti a livello normativo.

Tale scelta è stata riservata al solo legislatore, in una riduzione apparente della discrezionalità degli apparati amministrativi.

L'assenza di un *numerus clausus* di fattispecie fonti di potenziale esclusione aveva portato ad identificare più modestamente nella norma una disposizione capace di tipizzare il potere espulsivo, attivabile solo in presenza di una puntuale disposizione di legge (in coerenza con il principio di legalità), ed ad escluderne la portata tassativa, destinata a rimanere solo letterale ed enfatica.

L'esclusione poteva derivare – oltre che da puntuale previsione di rango legislativo o regolamentare – da incertezza sul contenuto o sulle provenienze dell'offerta, da difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, da difformità relative al plico o ad altri elementi dell'offerta, quest'ultimo caso costituente una violazione del principio di segretezza.

La disposizione rientrava nell'ottica di rendere quanto più snello il procedimento di selezione del contraente, anche in coerenza con il principio di proporzionalità: ciò ha portato ad una lettura restrittiva anche delle cause di esclusioni legali, che potevano comportare l'esclusione solo nel caso in cui ciò realizzasse una violazione dei presupposti previsti originariamente dall'art. 46 d. lgs. 163/2006.

Restava (e resta, come visto) ferma la discrezionalità delle S.A. nell'individuare requisiti speciali di partecipazione nel rispetto del limite della ragionevolezza.

alla luce della giurisprudenza europea, in, 2020, p. 938 ss.; G. LA ROSA, *Sulla portata escludente dei patti di integrità e sul termine triennale di rilevanza della condotta penale*, in *Il processo*, 2022, p. 483 ss. Significative per comprendere i limiti dell'istituto sono state Cons. st., Ad. plen, sentt. 25 febbraio 2014, n. 9, 30 luglio 2014, n. 16, sentt. 2 aprile 2020, nn. 7 e 8.

Nel 2023 vi è stata una confusione tra cause (sono sparite *tout court* le prescrizioni) di esclusione e clausole escludenti.

Risulta complicato (è uno sforzo richiesto all'interprete di volta in volta, che non è incasellabile in rigidi apriorismi) capire i confini tra i due istituti, non completamente positivizzati.

Non ci si può esimere dal notare una contraddizione ulteriore nel d. lgs. 36/2023.

È ancora previsto, in modo abbastanza eccentrico, il termine decadenziale per l'impugnazione immediata dei bandi, contemplato ora dall'art. 120, c. 2 c.p.a.⁹⁹.

La previsione – contestuale all'introduzione del d. lgs. 36/2023 e che riproduce il precedente c. 5 della disposizione, già positivizzante la regola di impugnazione immediata degli atti costituenti la *lex specialis* di procedura elaborata dalla giurisprudenza ed esaminata al § 3¹⁰⁰ – risulta di difficile spiegazione e di coordinamento quantomeno problematico con il portato dell'art. 10 qui in esame.

Tale elemento può essere interpretato o come una semplice disattenzione del legislatore o come una conferma ulteriore della slabbratura, a cui la novella sottopone il tessuto ordinamentale.

Certo è che, in presenza dell'art. 120, c. 2 c.p.a., resta sufficiente l'interesse ad ottenere una declaratoria di nullità *in parte qua* (o una caducazione parziale) del bando, che rende obiettivamente impossibile la partecipazione, per giustificarne comunque un'impugnativa immediata.

Tanto sia rispetto alle cause di esclusione che alle clausole immediatamente escludenti.

L'ordinamento continua ad imporre una reazione immediata, che ha pure una base positiva a differenza del meccanismo esaminato nel § precedente, i cui contorni processuali restano quanto meno nebulosi.

Resta da approfondire a chi spetti la legittimazione, cioè se essa vada riconosciuta al partecipante o all'impresa del settore.

In conseguenza della novella, non sembra che sia più necessario

⁹⁹ Di seguito il secondo periodo del c. 2 della disposizione: “*Per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara che siano autonomamente lesivi, il termine decorre dalla pubblicazione di cui agli articoli 84 e 85 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022 (oggi decreto legislativo 30 marzo 2023, n. 36)*”.

¹⁰⁰ Il Maestro dello scrivente, D. MARRAMA, *Clausole escludenti cit.*, p. 115, ipotizza in modo conseguente che il previgente c. 5 dell'art. 120 c.p.a. abbia dotato di dimensione positiva l'istituto di matrice pretoria dell'interesse strumentale.

ammettere una divaricazione tra chi – in presenza di clausole effettivamente escludenti – non deve presentare una domanda di partecipazione e chi – in ordine a previsioni che non rendano impossibile la partecipazione – deve formalizzare un’istanza per dimostrare il proprio interesse.

Alla luce della possibilità di agire per ottenere una sentenza di accertamento quantomeno rispetto alle cause di esclusione, sembra più coerente richiedere (a scampo della legittimazione generale che nell’ordinamento comune distingue la nullità) la formalizzazione di una domanda di partecipazione, altrimenti non si darebbe dimostrazione della titolarità di un interesse all’aggiudicazione.

Una legittimazione riconosciuta genericamente all’impresa del settore contrasta, d’altra parte, con quella di chi, una volta escluso, contesti il provvedimento espulsivo ed *in parte qua* il bando ad esso presupposto, ritenendo quest’ultimo nullo.

Entrambi i soggetti devono differenziare la loro posizione dal *quisque de populo* e l’unico onere che permette tale risultato è l’invio di una richiesta di partecipazione¹⁰¹.

Ipotizzare alternativamete che non occorra presentare domanda di partecipazione per ottenere la declaratoria di nullità della clausola darebbe la stura a suggestioni, secondo cui ad essere tutelato potrebbe essere l’interesse procedimentale¹⁰² e non quello al bene della vita, sia pure anche solo in una dimensione strumentale.

La tutela è, di conseguenza, possibile solo a chi abbia la possibilità di ottenere un’aggiudicazione dopo la declaratoria della nullità della clausola escludente.

Tale soluzione sembra imporsi, se si accetta la problematica equiparazione tra tutte le clausole che comportano un profilo di esclusione (a carattere soggettivo o costituente un comportamento).

¹⁰¹ In analogia con la definizione di interesse pretensivo contenuta in D. MARRAMA, *Clausole escludenti cit.*, p. 112-120, ove si propone che tale situazione giuridica soggettiva andrebbe riconosciuta solo in capo a chi intende effettivamente prendere parte ad un procedimento selettivo.

¹⁰² Una cui definizione potrebbe essere la seguente: “il “diritto” dell’operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un’offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate” ed il cui oggetto sarebbe “quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo”, secondo Cons. st., sez. III, sent. 2 maggio 2017, n. 2014. Tutte queste suggestioni sono state sempre respinte dall’Adunanza Plenaria; non pare che la nuova disciplina possa dare la stura di nuovo a simili tentativi dacché la soluzione ora scelta dal legislatore nulla ha a che fare con le condizioni dell’azione.

Se esse sono tutto nulle, è possibile chiederne l'accertamento di nullità.

Risulta infatti arduo immaginare l'assenza di un interesse diretto alla contestazione della clausola escludente, anche basato sulla volontà di evitare che siano emanati atti derivanti dal bando *in parte qua* nullo.

Per dimostrare di avervi interesse risulterà, quindi, necessario differenziare la propria situazione con una domanda di partecipazione.

In assenza di quest'ultima, è complicato ipotizzare una legittimazione.

Le domande di declaratoria di nullità provenienti da un non partecipante sembrano, di conseguenza, destinate all'inammissibilità.

Ovviamente, la *querelle* sulla necessità o meno della domanda di partecipazione si pone in termini parzialmente diversi, se invece si ritiene (forse più correttamente) necessario operare una distinzione tra cause di esclusione e clausole escludenti.

Ma tale posizione – a ragione dei suoi possibili risvolti pregiudizievole ai danni dei concorrenti – è destinata a rimanere un'ipotesi teorica.

A scapito di questi punti critici, si può affermare che l'art. 10 d. lgs. 36/2023 costituisce una normativa a tutela della concorrenza e che è inquadrabile quale disposizione di ordine pubblico economico.

Tale qualificazione sarebbe coerente con la patologia della nullità di tipo generale, di cui rappresenterebbe un'ipotesi testuale.

Non solo: essa consente di affermare che l'interesse ad un mercato concorrenziale è divenuto un elemento azionabile direttamente dagli operatori economici, in quanto strumentale al loro interesse all'aggiudicazione.

In alternativa ed in recupero di suggestioni dottrinarie risalenti, si può ritenere che la nullità costituisca una conseguenza della lesione ad un principio di rango euro-unitario¹⁰³.

In questa seconda ipotesi saremmo, però, innanzi ad una nullità speciale oltre che parziale; in effetti, essa avrebbe carattere di protezione dell'operatore economico.

Tuttavia ed in entrambi gli inquadramenti, la nullità dovrebbe essere sempre oggetto di deduzione *ope actionis*, giacché non potrebbe essere uti-

¹⁰³ Sulla sorte di un simile schema ricostruttivo – invero mai fatto con convinzione proprio da giurisprudenza e dottrina – si rinvia a M. R. SPASIANO, *Articolo 21 septies cit.*, p. 573-574, che condivisibilmente ritiene tale suggestione non compatibile con lo statuto positivo della nullità.

lizzata la rilevabilità d'ufficio per supplire ad una carenza di impugnazione da parte del ricorrente¹⁰⁴.

L'interesse a ricorrere per ottenere la declaratoria di nullità del bando anche a ragione di questa definizione va riconosciuto necessariamente al solo concorrente e non già all'impresa del settore; l'illegittimità della clausola *ex se* pone in contestazione la soddisfazione del bene della vita aggiudicazione, ma ha interesse ad ottenerla il solo partecipante¹⁰⁵, che vuole evitarne l'applicazione o ottenere l'annullamento dell'atto applicativo.

Chi scrive ritiene che, a scapito dell'ambiguità del testo legislativo, ci troviamo di fronte ad una nullità di protezione, senza, però, che la qualificazione della patologia dipenda da una violazione dell'ordinamento europeo (la forma di invalidità risponde ad una scelta di politica legislativa nazionale) e senza che il Giudice possa procedere ad un accertamento d'ufficio.

Saremmo innanzi ad un nullità a carattere speciale di protezione del privato da fattispecie che ne prevedano l'esclusione oltre i casi individuati dalla legge.

Tale qualificazione è stata – a ben vedere – proposta sin dall'introduzione nell'ordinamento del principio di tassatività delle prescrizioni a pena di esclusione¹⁰⁶.

Secondo questa linea teorica, queste fattispecie sarebbero caratterizzate da un esercizio di potere il cui presupposto è un atto nullo, che vizierebbe a monte il provvedimento di esclusione.

Quale che sia la classificazione della patologia *ex art.* 10 d. lgs. 36/2023 (cioè se nullità generale o speciale), siamo forse innanzi ad una previsione capace di rivitalizzare un istituto, che – tranne i casi di rilievo in sede di ottemperanza – non ha mai goduto di una particolare applicazione pratica¹⁰⁷.

La *ratio* della disposizione è quella di aumentare l'approccio antifor-

¹⁰⁴ Il profilo è assai delicato; esso è magistralmente posto in luce da F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 147-148, che – nell'evidenziare come l'impostazione della giurisprudenza sia poco persuasiva in tema di rilevabilità d'ufficio della nullità – conclude che essa è condizionata dall'ipoteca della perdurante primazia dell'azione di annullamento e pone seri dubbi di legittimità costituzionale, in quanto si traduce in un privilegio per la P.A.

¹⁰⁵ Tale approdo era stato suggerito già da A. BERTI SUMAN, *L'immediata cit.*, p. 26-34.

¹⁰⁶ C. E. GALLO, *Questioni attuali cit.*, p. 47.

¹⁰⁷ M. RAMAJOLI, *Legittimazione cit.*, p. 1000, segnala come l'istituto si caratterizzi per una elevata importanza teorica e per una limitata rilevanza pratica.

malistico alla materia della contrattualistica pubblica, con una semplificazione degli adempimenti richiesti ai concorrenti, impostazione ermeneutica su cui da tempo si appunta l'attenzione della giurisprudenza pratica.

Tale scopo sarebbe contestualmente ricercato dal nuovo codice con l'aggregazione e la qualificazione della committenza pubblica e con l'introduzione di bandi o documenti tipo.

I primi commentatori¹⁰⁸ hanno sottolineato come la novella ha la finalità di recepire a livello positivo il portato della citata sent. A. P. n. 22/20.

In particolare, è stato evidenziato che ora non solo le regole formali, quelle che cioè disciplinano lo svolgimento della procedura, ma anche quelle che introducono requisiti sostanziali di partecipazione ulteriori a quelli previsti *ex lege* sarebbero affette da nullità e vizierebbero in via derivata l'atto applicativo.

In applicazione di una c.d. nullità parziale e della *regula sabiniana*, entrambe le ipotesi (prescrizioni a pena e cause di esclusione, tradutesi in clausole escludenti) dovrebbero essere considerate non apposte, cosa che rende non più necessaria la loro contestazione immediata.

Tale logica di conservazione degli effetti pare a chi scrive aderente al principio del risultato, sulla quale è impostato il nuovo codice dei contratti¹⁰⁹.

¹⁰⁸ M. LIPARI, *La tutela giurisdizione amministrativa e il precontenzioso ANAC nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it, 2023.

¹⁰⁹ Sul nuovo codice e, in particolare, sul ruolo che in esso ha assunto il principio di risultato in luogo di quello di concorrenza, si vedano almeno: F. TROPEA (a cura di), *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Milano, 2023; M. A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it, 2022; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, *ibidem*, 2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 2023; F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRARCHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Il dir. dell'ec.*, 2023, p. 31 ss.; A. M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice per i contratti pubblici*, *ibidem*, 2023, p. 141 ss.; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in www.federalismi.it, 2023; L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; G. TULUMELLO, I. RAIOLA, F. GAMBATO SPISANI, P. NASINI, N. DURANTE, V. NERI, *Nuovo codice dei contratti pubblici: relazione relativa alle ricadute sul processo amministrativo*, *ibidem*, 2023; F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, *ibidem*, 2023, che identifica nel nuovo testo il passaggio da un concetto di concorrenza intesa in modo assoluto ad uno regolato in vista del risultato,

Il meccanismo non riguarda, di conseguenza, esclusivamente le prescrizioni a pena di esclusione, ma in modo assai generico le cause di esclusione, interpretate queste ultime ora anche quali prescrizioni che individuino “*positivamente determinati requisiti di ammissione*”¹¹⁰.

Tutte sarebbero escluse dall’onere di immediata contestazione, in quanto appunto non apposte ed inefficaci.

Ciò in coerenza con l’aver elevato a principio generale quello della tassatività delle cause di esclusione.

È ovvio che tale innovazione, se accolta in questo senso dalla giurisprudenza, avrebbe lo svantaggio di differire la decisione sulla legittima partecipazione del concorrente all’esclusione o all’aggiudicazione.

Comunque, essa altererebbe la costruzione giurisprudenziale di cui al precedente paragrafo, quantomeno non contrastante con il principio dell’effettività della tutela.

Si è visto perché questa prima analisi forse pecchi di un’eccessiva semplificazione tra concetti almeno parzialmente diversi ed ampli un dettato legislativo non del tutto chiaro.

5. *Conclusioni: maggiori vantaggi o svantaggi dal superamento dell’onere di immediata impugnazione? Questo breve commento di una disposizione del d. lgs. 36/2023 inizierà – in modo all’apparenza singolare – da una possibile definizione di nullità*

Avviamoci a qualche conclusione, necessariamente provvisoria.

La novità legislativa ha increspato le acque di uno stagno, che oramai si era assestato.

analogamente a quanto capiterrebbe alla trasparenza; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023. Per considerazione di più ampio respiro si rinvia a: M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001; F. GAMBARDILLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell’evidenza pubblica*, Torino, 2016; D. CAPOTORTO, *Lo Stato “consumatore” e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 161 ss., che ritiene che ora gli enti del settore pubblico intendano conseguire con la disciplina *de qua* una cornice ampia di valori improntati alla protezione sociale, dell’ambiente e delle piccole imprese e volti a realizzazione uno sviluppo sostenibile.

¹¹⁰ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale cit.*, § 37, che ritiene che in precedenza il principio di tassatività si applicasse alle sole clausole da lui definite “*della ceralacca*”, cioè inerenti una particolare forma di estrinsecazione dell’offerta.

Proprio per questo, sembra che essa introduca più problemi di quanti ne risolva, come prova la resistenza della giurisprudenza amministrativa all'atteggiamento innovativo della Plenaria.

Si resta, di conseguenza, alquanto perplessi sull'effettiva necessità di una riforma nel senso analizzato nel presente scritto, tanto più che risulta assai problematico tracciare un confine netto tra prescrizioni a pena di esclusione, cause di esclusione e clausole escludenti.

Ma siamo davanti al problema – con cui oramai lo studioso del diritto amministrativo è purtroppo familiare – causato dalla contaminazione di quest'ordinamento speciale con le logiche generali¹¹¹.

Se la forma di invalidità delle cause di esclusione atipiche è la nullità, deriva l'improduttività parziale di effetti originaria del bando, la quale – secondo la giurisprudenza della Plenaria – può esser fatta valere in ogni tempo dai soli partecipanti.

Si assiste così ad una sfrangiatura delle nozioni di nullità e dell'azione per tutelarsi contro la stessa¹¹²; tale rilevazione permette di rispondere positivamente al primo dei quesiti formulati a chiusura del § 1.

Anche in diritto amministrativo si assiste all'emersione di nullità speciali (a tutela, finalmente, dei privati).

La nullità svela così la sua funzione di meccanismo giuridico di sanzione e di selezione degli interessi di volta in volta emergenti dal corpo sociale e fatti propri dal legislatore.

Essa si risolve altresì in una forte restrizione della scelta discrezionale delle stazioni appaltanti.

La tipicità delle cause di esclusione non è null'altro che un differente modo di definire la vincolatività della scelta sulle stesse, ora quasi integralmente ad appannaggio dell'ordinamento e non delle singole P.A.

Vi è in questo senso un'etero-integrazione spinta dei bandi.

¹¹¹ La perplessità è in linea con quanto evidenziato da F. G. COCA, *L'enigma cit., passim*: la disciplina dell'azione di nullità è vista come una fonte di complicazione del sistema, di cui intende preservare le esigenze di funzionalità e, pertanto, è assai simile all'azione di annullamento. La novella invece accosta – almeno a giudizio di chi scrive – la nullità a quella speciale. Ovviamente, il pregiudizio è a quelle esigenze di sistema a cui il legislatore del 2010 aveva riservato un trattamento premiale. Corsi e ricorsi storici forse evitabili con una maggiore fedeltà alla specialità del diritto amministrativo.

¹¹² La logica scelta dal legislatore è quella così sintetizzata da L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 141, secondo cui esistono tante “azioni di nullità per quanti sono in concreto i fatti di nullità”.

La valutazione negativa nella massima forma di invalidità ora colpisce, però, esclusioni non più solo basate su carenze formali, ma che impediscono la selezione della miglior offerta, sia da un punto di vista della massimizzazione della concorrenza che (seppur in maniera mediata) dell'interesse della stazione appaltante all'esecuzione più efficiente dell'attività esternalizzata.

In questa ipotesi di nullità, sono coinvolti pertanto i valori costituzionali della libertà di iniziativa economica e di effettività della tutela, da un lato, e, dall'altro, quello di buon andamento.

Si potrebbe dire che la disposizione individua un equilibrio tra i due valori fortemente spostato a favore della prima coppia di essi: il regime di invalidità ha una funzionalità premiale della concorrenza, in coerenza sia con l'art. 41 Cost. che con la libertà di stabilimento derivante dal diritto UE.

Pertanto anche per tale ragione, risulta complesso immaginare che la nullità si possa pronunciare *ex officio*, se in un giudizio contro l'esclusione non è stato impugnato *in parte qua* il bando.

Una simile soluzione – oltre a contrastare con il principio dispositivo – si risolverebbe in un eccessivo vantaggio della parte privata a tutto scapito della P.A.

Per tale motivo risulta, quindi, problematico pure ipotizzare che la stazione appaltante possa difendersi eccependo la nullità parziale di un atto a lei imputabile, invocando cioè una sanzione a carico dei propri provvedimenti.

Allo stesso modo, sembra quantomeno problematico immaginare che nel procedimento di selezione del contraente si possa non applicare la clausola, effetto per cui sono sempre necessari o un atto in autotutela o una sentenza.

La nullità, per il tramite dell'accertamento giudiziario, attua la legge e rimuove così l'incertezza, a cui il comportamento attizio della P.A. ha dato causa ai danni del privato.

Ciò si risolve in un vantaggio preminente di quest'ultimo¹¹³, esito che conferma la possibilità di incasellare l'ipotesi in una forma di nullità di protezione.

Per evitare scivolamenti nella giurisdizione oggettiva o nell'azione popolare, risultano però necessarie, da un lato, l'impugnazione del bando e, dall'altro, la presentazione di una domanda di partecipazione.

¹¹³ S. MURGIA, *Crisi cit.*, p. 260.

Dalla novella si ha l'impressione di un accentuato accostamento con la disciplina delle nullità speciali di diritto comune rispetto a quella contenuta nel c.p.a. e di un forte contestuale recupero della *regula sabiniana* (ciò non stupisce visto l'orientamento scientifico dell'estensore della sentenza della Plenaria citata al § 3, che è stato fatto proprio dal legislatore)¹¹⁴.

Inoltre, l'operatore non sarà in alcun modo impedito dal partecipare alla gara a ragione dell'inefficacia parziale del bando e, quindi, sarà carente o – forse meglio – non onerato di un interesse alla contestazione immediata dello stesso.

Al contrario e più convincentemente, secondo l'impostazione tradizionale, l'interesse pretensivo all'aggiudicazione era immediatamente pregiudicato dalla clausola, che doveva essere espunta dall'ordinamento e superare così la lesione.

Il bando resta precettivo per il resto; questa situazione comporta qualche perplessità.

Veniamo così al secondo quesito posto in conclusione del § 1.

Il bando, che contiene una causa di esclusione in violazione del principio di tassatività, è efficace per quanto nullo. Non pare che ne possa essere predicata l'inesistenza.

Forse più che parlare di accertamento di nullità e sempre che si fosse voluto abbandonare la (convincente) soluzione dell'annullabilità, nella riforma sarebbe stato meglio utilizzare un termine tecnico, quale è quello di inefficacia, non a caso previsto dagli art. 121 e 122 c.p.a. in relazione alla privazione di effetti del contratto.

Il G.A. – in applicazione di questo meccanismo – avrebbe potuto dichiarare parzialmente inefficace il bando e, quindi, annullare l'esclusione.

A chi scrive, però, pare che la disposizione abbia perlomeno un pregio.

Un aspetto positivo della riforma è che l'interesse si colora di maggior concretezza dopo i tentativi di renderlo molto labile ed avente ad oggetto più che uno specifico bene della vita (aggiudicazione) la tensione – invero alquanto astratta – verso l'individuazione di una platea corretta o ristretta di concorrenti.

L'interesse tutelato diviene non più strumentale – come era nell'originaria concezione – ma finale al conseguimento del bene della vita, per il

¹¹⁴ Si veda a riguardo G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, II ed., Milano, 2021.

quale non è necessario un nuovo esercizio di potere, ma risulta indispensabile solamente emendare lo stesso esercizio di potere dagli aspetti, che ne hanno comportato la nullità.

Il cambiamento non è di poco conto ed attiene alle modalità di tutela di un interesse pretensivo, che diviene – almeno all'apparenza – molto più effettiva.

Tuttavia, la soluzione sposata dal legislatore non riguarda (come avveniva nell'impostazione tradizionale su cui *supra* § 3) una (o più) condizioni dell'azione, ma direttamente una forma di tutela¹¹⁵.

Questo aspetto è forse quello più problematico.

In effetti, almeno a chi scrive, sembra che nell'analisi debba restare centrale l'attualità dell'interesse, insieme alla corretta individuazione del suo oggetto.

La questione della forma di tutela erogabile resta sullo sfondo, anche a ragione del forte avvicinamento tra sentenza costitutiva e sentenza dichiarativa della nullità proposta dalla dottrina.

Se si ritiene che l'interesse abbia a che fare – più che con la mera possibilità di partecipare – con l'aggiudicazione della commessa posta a gara e, quindi, abbia una natura finale e non strumentale, il bando che contiene una clausola che illegittimamente inibisce la partecipazione di un operatore non causa una mera incertezza all'interesse, ma impedisce l'aggiudicazione perché priva addirittura della possibilità di partecipare utilmente.

L'interesse – in assenza di intervento in autotutela o del Giudice – non potrà mai essere soddisfatto, in quanto è radicalmente inibita la partecipazione.

Insomma, a scapito delle precisazioni del legislatore – che comunque non possono essere ignorate – la situazione sarebbe risolvibile con la caducazione *in parte qua* dell'atto generale, senza attendere per la sua contestazione il provvedimento espulsivo.

Un'altra difficoltà è identificare il corretto termine di esercizio dell'azione.

La costruzione della Plenaria n. 22/2020 aveva già tentato di superare il problema del ristretto termine – a rigore, 90 giorni dalla pubblicazione del bando, per effetto della dimidiazione *ex artt.* 119 e 120 c.p.a., dei 180

¹¹⁵ In modo del tutto corretto R. CASINI, G. GAGLIARDINI, B. BIANCARDI, *L'onere cit.*, hanno evidenziato come la problematica nella sua impostazione tradizionale attenesse alle condizioni dell'azione.

giorni ordinariamente previsti dall'art. 31 c.p.a. – per formulare un motivo di ricorso tendente all'accertamento della nullità quale presupposto della contestazione del provvedimento espulsivo e lo aveva reso imprescrittibile.

Il legislatore ha recepito *ex silentio* anche questa costruzione pretoria.

È rimasto inevaso anche il punto più perplesso (e concatenato al termine di ricorso) della statuizione del vertice della Giustizia amministrativa.

La nullità determina inefficacia *ex lege* del bando, ma è causa di annullabilità dell'atto di esclusione.

Proprio tale costruzione aveva portato la dottrina ad ipotizzare convincentemente uno sdoppiamento di questa patologia nel diritto amministrativo¹¹⁶.

In effetti, nel caso forgiato dalla Plenaria l'accertamento della nullità sarebbe possibile in qualsiasi tempo per chiunque vi abbia interesse.

La nullità non sarebbe più contestabile, solo una volta decorso il termine decadenziale di impugnazione dell'atto applicativo.

Non è spiegato, comunque, il motivo per cui una causa di nullità del bando renda annullabile un provvedimento applicativo.

Chi correrà tale rischio? Non si reputerà più opportuno articolare un ricorso senza istanza cautelare e con possibilità di conversione dell'azione da nullità ad annullamento?

Né si può pensare – per tutte le ragioni segnalate – che il G.A. possa d'ufficio ampliare la propria cognizione al bando, in cui ravvisi un profilo di nullità.

Tale possibilità ripugna a tutta la tradizione del diritto amministrativo¹¹⁷.

In conclusione, la disposizione si traduce in un ulteriore elemento di specialità della disciplina della contrattualistica pubblica.

Risulta prevedibile per chi scrive che il nuovo modo di ragionare resterà confinato alle procedure di gara e non potrà essere applicato, ad esempio, a quelle di selezione del personale.

Da tanto una situazione poco spiegabile e sicuramente assai distante

¹¹⁶ F. G. SCOCA, *L'enigma cit.*, p. 155-158, che distingue tra nullità-annullabilità, prevista all'art. 31 c.p.a., e nullità in senso tecnico, quale sarebbe quella qui in esame.

¹¹⁷ Soluzioni analoghe sono del resto del tutto isolate in giurisprudenza; si veda TAR Roma, sez. II *ter*, sent. n. 7119/07. Sul tema, che esula per motivi di spazio dal presente contributo, si rinvia per tutti a G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 401 ss.

dai canoni della ragionevolezza: più che di specialità del rito e della materia, in effetti, sembra che oramai si realizzi una condizione di diseguaglianza ai danni di chi non opera in questo ristretto ambito.

Un ulteriore effetto della riforma è che le contestazioni forse saranno spostate o sulle esclusioni o sull'aggiudicazione, tentativo seguito dal legislatore forse nell'ottica di deflazionare il contenzioso.

Tale sforzo non è però coerente con l'art. 120, c. 2 c.p.a., come messo in luce *supra*.

A chi scrive sembra che la soluzione – che si traduce in un intervento da parte del Giudice in uno stato più avanzato del procedimento – possa essere stata influenzata pure dalla logica del risultato, che innerva il nuovo codice.

Una notazione finale si impone a ragione di tutte le perplessità evidenziate.

La soluzione presente nel d. lgs. 36/2023 contrasta con quella che dovrebbe essere la riserva di legge in materia processuale; è stata prima introdotta una causa di nullità in via pretoria e, una volta che essa è stata positivizzata dal legislatore, quest'ultimo non ha effettuato un coordinamento tra disciplina sostanziale e processuale.

Soprattutto non ha inteso fornire chiarimenti in tema di condizioni e di modalità di esercizio dell'azione.

A ragione anche di tale carenza, il giudizio – almeno per il momento – su questa parte della riforma pare potersi caratterizzare più da ombre che da luci.

Abstract

Questo scritto è un primo commento alla disciplina recata dall'art. 10 d. lgs. 36/23 in tema di cause di esclusione contenute negli atti di gara. Il legislatore, nella riforma del codice degli appalti del 2023, ha precisato che la previsione di profili di espulsione non tassativi è nulla ed ha dato il rango di principio a tale prescrizione. Ciò costituisce il recepimento di un indirizzo dell'Adunanza Plenaria, invero non consolidato, e, contestualmente, il superamento del livello abbastanza assestato sul quale si erano attestate la dottrina e la giurisprudenza che predicavano in modo con-

corde l'annullabilità delle clausole di esclusione illegittime. Sembra che il legislatore abbia introdotto una nuova causa di nullità ancipite tra testuale e di protezione, sulle cui conseguenze anche processuali ci si interrogherà.

The mandatory nature of the causes of exclusion pursuant to art. 10 d. lgs. 36/2023: a new form of nullity in administrative law and its procedural consequences.

This paper contains a first comment on art. 10 d. lgs. 36/23 regarding the juridical status of exclusion causes resulting from tender procedure documents. The Italian legislator, in 2023 public procurement code reform, specified that the provision of non-mandatory exclusion causes is null and has given this qualification the rank of principle. This change resulted in a transposition of a Plenary Assembly of State Council ruling, orientation which was indeed not consolidated. At the same time, there has been an overcoming of the fairly established assumptions of both doctrine and jurisprudence, which unanimously preached the annullability regime of illegitimate exclusion clauses. It so seems that the legislator has introduced a new cause of nullity somewhere in the middle between textual and protective nullity. The consequences of this change in the judicial field will also be questioned.