

FABIO CINTIOLI

***In difesa del processo di parti***

*(Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul “nuovo” processo amministrativo sui contratti pubblici)*

SOMMARIO: 1. Premessa. Ordinamento comunitario ed identità dell'ordinamento nazionale; 2. Il disegno del legislatore: tre casi di giurisdizione oggettiva (?); 3. Le violazioni gravi, l'inefficacia e l'eccezionale conservazione del contratto; 4. Segue. Una proposta: far prevalere il principio della domanda; 5. Segue. Le eccezioni all'inefficacia del contratto; 6. Le violazioni non gravi e la sorte del contratto; 7. Segue. Per un giudizio “secondo diritto”; 8. Le sanzioni ed il giudice-amministrazione.

1. Lascia il segno la lettura del parere reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato sul decreto legislativo di recepimento della direttiva 66/2007 (recante una riforma del processo amministrativo in tema di appalti pubblici). E convince, una volta di più, che tra le sfide culturali “maggiori” vi sia oggi, per il giurista, il confrontarsi con due spinte contrapposte.

Da un lato, vi è la progressiva e reciproca interazione tra ordinamenti nazionali, che ha sovente il volto di atti comunitari, come la direttiva in oggetto, voluminosi, se non addirittura tracimanti di disposizioni, commi e “considerando”; atti che ci appaiono inevitabilmente sganciati dalle problematiche tipiche di ciascun singolo ordinamento e da una motivazione intrinsecamente “politica”. Nel senso, beninteso, che al “politico” appartiene, o dovrebbe appartenere, una sintesi degli interessi in gioco rimessa a chi di tali interessi si faccia portatore con sistemi di rappresentanza.

Dall'altro, vi è, tanto trascurata nei dibattiti (e persino talora distrattamente tacciata di “antistoricità”), quanto ineliminabile e vero cordone ombelicale tra il vivo dei rapporti tra consociati e le norme, l'identità dell'ordinamento nazionale. Identità, nel senso che fa di una tradizione di principi e concetti giuridici altrettanti strumenti essenziali per la convivenza ed il progresso sociale: insomma, il vecchio ed attualissimo *ubi societas ibi jus*.

In mezzo, vi è l'attività di adeguamento dell'ordinamento nazionale alle spinte esterne, di cui il recepimento delle direttive è esempio emblematico.

Che il parere del Consiglio di Stato sia costretto a muoversi lungo questo crinale si desume agevolmente per chiunque abbia consuetudine con la

materia. Per chi, invece, ne fosse lontano, è inevitabile affidarsi ai commenti come questo (e come gli altri, ben più ampi e ponderati, che seguiranno). E questo anche perché il testo della direttiva è, di per sé, molto complicato, così come è in verità alquanto complesso il testo della legge delega. Né risulterà di semplicissima metabolizzazione per gli operatori il decreto legislativo finale.

In compenso, è piuttosto chiaro il fine essenziale della direttiva, perché esso è imperniato su due esigenze basilari, ritenute entrambe meritevoli di tutela. La prima è tra le righe del testo, ma mi sembra comunque inconfutabilmente cruciale: essa consiste nella salvaguardia degli effetti del contratto che sia stato stipulato da una stazione appaltante pubblica e si fonda sull'ovvia premessa che la stabilità delle relazioni contrattuali sia un bene per la certezza dei rapporti giuridici e per il buon funzionamento delle relazioni economiche; un bene sacrificabile solo nei casi di maggiore gravità. La seconda riguarda invece la tutela della posizione di coloro i quali ambiscono a poter essere scelti quali contraenti della P.A. e che partecipino o intendano partecipare al relativo procedimento di selezione; e vuole assicurare la *chance* di una protezione effettiva in un processo che possa loro assegnare il "bene della vita", ossia la vera e propria posizione contrattuale piuttosto che risarcimenti per equivalente, incerti e sull'*an* e sul *quantum*.

Le due finalità sono congiunte dal legislatore nazionale in un disegno unitario che, in estrema sintesi, stabilisce due linee di percorso: tende a differire la stipula del contratto al tempo in cui saranno risolte le dispute giudiziarie; mira ad accelerare lo svolgimento del processo, al fine di impedire insostenibili paralisi dell'agire delle amministrazioni. Rinviando il contratto a quando il processo sarà concluso, si ottiene di evitare la stipula di contratti instabili ed a rischio di inefficacia per sopravvenuti annullamenti riferiti alla fase procedimentale.

2. Fin qui tutto sembra addirittura semplice: non consentire la stipula se non quando si sia ragionevolmente certi che il contratto non potrà più esser risolto o dichiarato inefficace per vizi del procedimento; non lasciare che questa fase di stasi (il c.d. *standstill*) possa durare all'infinito.

Lì dove le cose si complicano, portandoci esattamente nell'occhio di quel ciclone formato dalle due spinte contrapposte cui si accennava in principio, è quando a tale disegno si aggiungono altri tasselli.

In primo luogo, è previsto che vi siano alcuni vizi procedurali considerati di speciale gravità. Essi ricorrono quando il contratto sia stato comunque stipulato in completa assenza di un bando che abbia sollecitato l'avvio di un vero e proprio confronto competitivo ovvero quando

l'amministrazione non abbia atteso il termine di *standstill* e ne sia derivata una preclusione alla tutela giurisdizionale tempestiva (ossia quando la combinazione dei due elementi principali del quadro comunitario non si sia verificata a causa di un comportamento particolarmente censurabile dell'amministrazione). Sicché in tali casi la direttiva impone sia dichiarata *tout court* la "privazione di effetti del contratto" e soggiunge che il contratto potrebbe salvare i suoi effetti solo quando lo esiga un interesse imperativo di carattere generale accertato da un "organo di ricorso"; il che, riferito all'ordinamento italiano, ha fatto pensare proprio al giudice amministrativo. Quando il contratto rimane efficace, come si vedrà, sono però comminate a carico dell'amministrazione alcune sanzioni.

In secondo luogo, nella legge delega (e quindi nell'emanando decreto legislativo) è stabilito che, per tutti gli altri vizi (non gravi) sia rimessa proprio a tale giudice la scelta finale del se, oltre all'annullamento dell'aggiudicazione, debba anche sancirsi la "privazione" anzidetta. E qui va subito ricordato che, in verità, la direttiva, al di fuori dei due casi di maggior gravità, non imponeva affatto che ad ogni vizio procedimentale dovesse seguire l'inefficacia del contratto già stipulato. Il prevedere l'inefficacia (pur se eventuale) e dichiarata dal giudice è dunque scelta del legislatore nazionale.

In terzo luogo, la stessa direttiva ha previsto che il contratto affetto dai predetti più gravi vizi potesse essere eccezionalmente salvato per esigenze imperative d'interesse generale, e che, quando si fosse accertata questa speciale ragione per la sua conservazione, sempre all' "organo di ricorso" spettasse di comminare una sanzione consistente in una pena pecuniaria e/o in un'autoritativa riduzione della durata del contratto (con buona pace del principio di stabilità degli effetti contrattuali di cui all'art. 1372 c.c. e del medesimo principio di autonomia privata *ex art. 1322 cod. civ.*). Quindi, se il contratto affetto dai vizi più rilevanti può conservare i suoi effetti, nondimeno scatta qui l'imposizione delle sanzioni.

E' a questi tre punti che dedico alcune rapide osservazioni.

Non prima, però, di aver reso alla Commissione speciale anche il merito di aver utilizzato il termine "inefficacia" anziché quello di "privazione degli effetti del contratto", così restando sul terreno di un lessico consono al giurista (Al giurista italiano, ma non solo: basti guardare al passo in cui il parere richiama le singole e "nazionalissime" disposizioni di recepimento emanate in Spagna, Francia e Regno Unito). Torna in mente una vicenda di qualche anno fa, che molti ricorderanno, e che ha provocato tanti dubbi e grattacapi interpretativi a causa di una traduzione poco acuta (e di un recepimento troppo acritico) di una direttiva per la tutela del consumatore nei rapporti contrattuali, la quale ci

mise davanti alla stranissima espressione “*malgrado la buona fede*” nell’allora art. 1469 *bis* cod. civ.

3. Il primo tema concerne allora il potere riconosciuto al giudice nell’emanando art. 245 *bis*, comma 2 (così come rivisto dalla Commissione speciale), di mantenere efficace il contratto “*qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti vengano mantenuti*”. A questo inciso seguono ulteriori precisazioni, in forza delle quali: i) si assorbono esplicitamente tra le esigenze imperative quelle imprescindibili *di carattere tecnico o di altro tipo* che rendono il contraente “in sella” insostituibile per la prosecuzione delle ulteriori prestazioni; ii) si scrive che gli *interessi economici* possono esser assunti alla stregua di esigenze imperative solo in circostanze eccezionali e sempre che l’inefficacia conduca a conseguenze sproporzionate avuto anche riguardo alla eventuale mancanza della domanda di subentro nel contratto; iii) sono estromessi dal novero delle esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, tra cui i maggiori costi sostenuti per il ritardo nell’esecuzione, per la necessità di indire una nuova procedura, per il cambiamento del contraente in termini più generali.

Di fronte a questa disciplina, sorgono spontanee alcune domande. Quando, concretamente, esistono le esigenze imperative di interesse generale che possano conservare gli effetti del contratto? Ed ancora: vengono in rilievo bisogni propri dell’amministrazione come stazione appaltante e soggetto giuridico ovvero esigenze legate all’interesse generale la cui cura è ad essa affidata? Ed infine: in qual misura nel ponderare queste esigenze il giudice deve tener conto della domanda del ricorrente e/o delle eccezioni sollevate dal resistente, il che involge la stessa portata e sopravvivenza del principio dispositivo come cardine del processo?

La norma ci dice già molte cose. Ma indubbiamente non dice tutto ed anzi lascia aperte alcune opzioni interpretative.

Il parere del Consiglio di Stato, a sua volta, ci fornisce un’indicazione molto importante e saggia, quando nega che questa giurisdizione sull’“inefficacia” del contratto abbia anche i tratti della giurisdizione di merito. La portata *sostitutiva* che tale giurisdizione reca in sé, secondo il Consiglio di Stato, anzitutto non serve a raggiungere l’obiettivo, che consiste essenzialmente nel porre il giudice amministrativo in condizione di provvedere anche “al di sopra” del contratto e dunque valicando quel confine che, fino adesso, lo avrebbe escluso dalla fase negoziale aperta col perfezionarsi del contratto medesimo (questo, perlomeno, secondo l’opinione delle Sezioni unite della

Cassazione sino all'ultimissimo *revirement* del 10 febbraio 2010, ord. n. 2906). Dire che può occuparsi anche dei diritti, quindi, gli consente di giudicare, oltre che delle carenze della fase procedimentale, anche dell'efficacia del contratto che fosse stato nelle more stipulato. Si osserva in proposito nel parere che la giurisdizione di merito “*mal si attaglia a controversie aventi ad oggetto aspetti di natura civilistica*”. Poi (ed è questo un passaggio ancor più significativo), si aggiunge che il potere di scelta tra più rimedi che il legislatore nazionale ha voluto attribuire al giudice “*non costituisce l'esercizio di un potere di merito, ma l'esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore*”. Il giudice amministrativo, quindi, dovrebbe esser libero dal dovere (e dal pericolo) di assumere un atipico ruolo di interprete diretto del “merito amministrativo” e soprattutto dovrebbe sempre potersi pronunciare secondo legge, ricercando nella legge medesima il parametro delle sue decisioni.

4. Ebbene queste indicazioni, insieme ai principi dell'ordinamento (nazionale) possono aiutarci a prospettare almeno qualche ipotesi di risposta ai quesiti testé enunciati.

Dal momento che la giurisdizione amministrativa è giurisdizione di diritto soggettivo, che è finalizzata sempre a giudicare ed a tutelare situazioni soggettive dei singoli ed è imperniata sul principio dispositivo, la norma va interpretata nel senso che il giudice potrà anzitutto dichiarare l'inefficacia purché (e solo se) vi sia una domanda corrispondente proposta dal ricorrente (consapevolmente, non ci si sofferma qui sui problemi paralleli, e anch'essi spinosi, posti dall'emanando art. 245 *quinquies* circa il rapporto tra tutela in forma specifica e per equivalente).

Non può ad oggi escludersi (sebbene debba superarsi qualche seria obiezione a mio parere) che si faccia strada un'interpretazione che ammetta una rilevabilità *ex officio* di tale inefficacia; ciò qualora si ritenga, per tale aspetto, di parificarla alla nullità ed alla regola di principio posta all'art. 1421 cod. civ. Tuttavia, quel che si vuol rimarcare è che in ogni caso l'accertamento dell'inefficacia si avrà solo se la domanda del ricorrente sarà rivolta ad un bene della vita (il subentro o la rinnovazione della gara ad esempio) che, a sua volta, presupponga l'eliminazione degli effetti del contratto già stipulato. Quando vi fosse viceversa un'aperta opzione per la tutela risarcitoria per equivalente la questione dell'inefficacia, quand'anche se ne ammettesse la rilevabilità d'ufficio, sarebbe al di fuori dei confini della lite. Si potrà discutere se, in tale ultimo caso, non possa esservi spazio per l'originalissimo impianto sanzionatorio voluto dalla direttiva. Ma questa è questione a margine (e per le

questioni relative al potere sanzionatorio si rinvia all'ultimo paragrafo di questo scritto).

Si potrebbe obiettare che il testo del decreto legislativo, nel suo complesso, non dà alcuna sicurezza che la declaratoria di inefficacia sia stata collegata alla proposizione di una domanda di parte e che lo stesso art. 245 *bis*, sempre al comma 2, sembra alludere ad una domanda di "subentro" nel rapporto contrattuale che potrebbe anche mancare senza che per questo fosse impedito l'accertamento di inefficacia. Se l'inefficacia potesse aver luogo senza bisogno della domanda di subentro, ecco che avremmo *ex lege* una possibile conferma dello sganciamento dell'accertamento di inefficacia dal principio dispositivo.

Tuttavia, un congruo spazio al principio dispositivo, oltre che la nostra secolare tradizione processualistica, lo riserva anche il comma primo dell'art. 245 *bis*, che allude alla rilevanza delle deduzioni delle parti a proposito della retroattività degli effetti dell'annullamento.

Inoltre, se fosse vero che il legislatore nazionale (e non anche quello comunitario, a ben vedere) ha assegnato al giudice amministrativo una funzione di giurisdizione di diritto oggettivo, in nome della cura dell'interesse generale, al di fuori della domanda del ricorrente, avremmo più di una preoccupazione sul fronte della coerenza con la Costituzione. Il principio dispositivo come cardine del processo è riconducibile al disposto degli artt. 24 e 113 Costituzione e l'art. 103 assegna al giudice amministrativo puntualmente la tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi e, diversamente da quel che riguarda la Corte dei conti, non demanda alla legge specificazioni aggiuntive per riempire d'altro la competenza del giudice speciale.

Persino nel caso del tutto peculiare ed isolato della giurisdizione amministrativa di annullamento dei regolamenti, i profili di giurisdizione di diritto oggettivo restano dipendenti dall'iniziativa di parte e ne costituiscono una conseguenza sul piano degli effetti finali del giudicato.

Questa giurisdizione oggettiva che si vorrebbe dare al giudice amministrativo sarebbe invece un inedito assoluto. Quando pure si è pensato qualche anno fa, suscitando un coro di critiche, di istituire un ufficio del pubblico ministero presso il giudice amministrativo, incaricato di agire d'ufficio per la tutela dell'interesse generale alla legittimità dell'attività amministrativa, si trattava pur sempre di una giurisdizione oggettiva imperniata sull'impugnazione di atti amministrativi e comunque consistente nell'applicazione della legge. Qui si tratterebbe invece di una giurisdizione tutta officiosa e volta a sancire l'inefficacia sulla base di valutazioni oscillanti che involgono anche l'amplessissimo parametro delle esigenze imperative di interesse

generale. Dovremmo insomma ipotizzare una galoppata *ex officio* del giudice nelle praterie del merito amministrativo, anzi persino nel campo dell'*equità*, come diremo meglio appresso.

Anche il caso delle funzioni materialmente amministrative che il giudice ordinario può svolgere (come nei casi di volontaria giurisdizione, in materia di tutela dell'incapace di agire ad esempio) per la cura di particolari interessi pubblici concerne poteri che sono di norma attivati su istanza di parte. E comunque, si noti, tali ultime funzioni la Costituzione non prevede di certo possano essere assegnate ai giudici speciali e costoro hanno una legittimazione inevitabilmente più ristretta e condizionata dalla previsione costituzionale; più di quanto non valga per la giurisdizione ordinaria, che espleta per tradizione le predette peculiari attività di giurisdizione volontaria da moltissimo tempo.

Del resto, a ben vedere, teorizzare un potere-dovere di dichiarare inefficace un contratto senza che il ricorrente lo chieda e lo voglia, equivarrebbe a fare di esso un vero e proprio potere amministrativo sanzionatorio officioso. Forse neppure la giurisdizione di diritto oggettivo, nel modo in cui è stata finora intesa, basterebbe infatti a classificarlo. Ebbene, a parte tutte le difficoltà di ritenere un siffatto potere sanzionatorio compatibile con l'inquadramento che la Costituzione riserva al Consiglio di Stato, resta il fatto che il suo esercizio sarebbe, a sua volta, insindacabile. Ma questo avverrebbe in violazione della fondamentale garanzia posta dagli artt. 24 e 113 Cost., anche a beneficio delle amministrazioni che si vedano, destinatarie, esse stesse, di un provvedimento. Valga, poi, l'interpretazione del principio di legalità, che dobbiamo in particolare a Crisafulli, secondo cui la funzione amministrativa deve attuarsi nel corso di un procedimento, in modo da consentire a chi la esercita di uniformarsi alla legge e di favorire il sindacato giurisdizionale che, a sua volta, consisterà nel "raffronto" tra il provvedimento amministrativo ed il parametro legislativo. Per non dire, ovviamente, della curiosa attrazione del (giusto) procedimento all'interno del processo e del fatto che un potere amministrativo officioso che abbia a riferimento le *esigenze imperative di interesse generale* finisca, almeno per qualche aspetto, per trasmodare ben oltre i confini della giurisdizione esclusiva.

Insomma, ve n'è abbastanza per restare solidamente agganciati al principio dispositivo quanto alla domanda.

5. Una volta ammesso che l'inefficacia debba esser dichiarata su impulso del ricorrente e che quindi si possa continuare ad utilizzare l'esperienza giurisprudenziale di questi ultimi anni, avremo che il giudice amministrativo, seguendo la medesima logica, potrà disattendere tale domanda

solo se la stazione appaltante od il controinteressato abbiano eccepito e dimostrato l'esistenza delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale.

Valgano, ancora, le considerazioni a sostegno del principio dispositivo.

L'interesse generale che regge le esigenze imperative, poi, è da intendersi come interesse, cruciale e concreto, riferibile alla collettività ed all'interesse pubblico nella versione desoggettivizzata e pertanto solo rimesso alle cure dell'amministrazione (e non impersonato *tout court* da questa). Non può intendersi come mero interesse "economico-patrimoniale" della stazione appaltante, così come lascia intendere anche il tenore della disposizione rivista dal Consiglio di Stato a proposito dell'irrilevanza degli "*interessi economici*".

L'imperatività delle ragioni di deroga deve, perciò, essere davvero rilevante ed assimilabile alla portata di quegli interessi superiori che, ai sensi dell'art. 2933, comma 2, cod. civ., si collegano alle esigenze della "*economia nazionale*". Non potrebbe, quindi, un interesse di portata più modesta, per dislocazione territoriale e pregnanza degli interessi in gioco, annoverarsi tra le predette esigenze imperative.

Il caso in cui, invece, benché gli interessi in discussione siano solo *economici*, si conserva il contratto perché le conseguenze dell'inefficacia sarebbero altrimenti eccessive e sproporzionate, sembra alimentarsi (*mutatis mutandis*) al principio desumibile dall'art. 2058, cod. civ., il quale paralizza al creditore la strada per il risarcimento in forma specifica se essa risulti "*eccessivamente onerosa*". Nell'ipotesi degli interessi solo *economici* infatti non siamo più sul piano degli interessi pubblici che si impongono in via *assoluta* come nel caso testé menzionato, ma pur sempre nella logica del confronto tra posizioni e pretese paritarie.

L'art. 2058 presuppone un rapporto giuridico di parti ed una tecnica di bilanciamento dei loro interessi che evoca il principio generale del "minimo mezzo" (desumibile, ad esempio, dall'art. 1065 cod. civ. in tema di servitù oppure dall'art. 833 cod. civ. sul divieto degli atti emulativi), senza che si abbia l'ingresso di interessi pubblici superiori. Non si tratta di interrompere le dinamiche del rapporto processuale e del rapporto di diritto sostanziale sottostante per via di un imperioso interesse pubblico che entra in campo, ma solo di regolare tali dinamiche secondo i principi dell'ordinamento. Dal che segue che questa eccezione (quella legata agli interessi *economici*) all'inefficacia del contratto non può mai sostanzarsi in una *deminutio* di tutela della situazione soggettiva del ricorrente, in nome di una proporzionalità che magari faccia surrettiziamente riaffiorare o l'interesse pubblico personale della stazione appaltante ovvero un interesse generale di portata inferiore alla soglia di

legittimazione che abbiamo tentato di ancorare all'art. 2933. Dovrà trattarsi di interessi economici che nella loro oggettività diano luogo ad una eccezionale sproporzione tra le rispettive posizioni patrimoniali. In definitiva, anche di tale deroga al regime di inefficacia andrà fatta un'applicazione molto cauta e limitata a quelle circostanze, appunto "eccezionali", di cui parla la norma, le quali ricorreranno solo quando la sproporzione a danno della stazione appaltante sia tale da alterare il ragionevole equilibrio contrattuale sostitutivo e "nuovo" e sostanzialmente da svalutare anche lo stesso interesse a ricorrere dell'attore.

Il caso dell'insostituibilità del primo contraente per ragioni "imprescindibili di carattere tecnico od altro", infine, più che rispondere ad una vera e propria esigenza imperativa, pare classificabile come un'applicazione del principio che esige l'interesse a ricorrere quale condizione dell'azione: se il contraente è ormai tecnicamente insostituibile, non vi sarà alcun interesse del ricorrente al subentro e quindi nessun interesse alla dichiarazione di inefficacia del contratto. E ciò per altro verso concorre a dimostrare che le regole del processo dispositivo ben possono valere a spiegare questo regime. Sono lì, a disposizione dell'interprete, e chiedono solo quella saggezza che serva a custodire un impianto processuale altrimenti posto a rischio. In quest'ultima previsione, poi, sembra anche trovar spazio la medesima logica che presiede all'art. 2058 cod. civ., dato che lo spingersi di un rapporto contrattuale sino ad un punto che rende il contraente insostituibile equivale ad integrare una ragione che impone il risarcimento per equivalente in luogo di quello in forma specifica.

6. Passiamo al secondo profilo, che riguarda la sorte del contratto nell'ipotesi di annullamento dipendente da una illegittimità diversa da quelle considerate più gravi.

L'art. 245 *ter* di cui allo schema di decreto legislativo affida al giudice il compito di dichiarare inefficace il contratto, "*fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta*".

La disposizione è piuttosto generica e di spettro molto ampio, lì dove identifica i parametri che il giudice utilizza per decidere sulla sorte del contratto, perché essi spaziano dal tipo di vizio che ha colpito la fase procedimentale allo stato di esecuzione del rapporto nella fase negoziale, alla possibilità di subentro e citando persino, in principio, gli "interessi delle parti" in quanto tali.

Il primo passo nel ragionamento che qui si svolge sta nel ricordare che la direttiva non ha imposto un indirizzo agli Stati membri, lasciandoli liberi di prevedere, al di fuori delle più gravi violazioni, altri casi di inefficacia del contratto ovvero di salvaguardare la stabilità di esso riversando la portata della tutela interamente sul piano del risarcimento per equivalente.

L'ordinamento nazionale, a sua volta, aveva espresso al suo interno in questi anni, mediante le interpretazioni della giurisprudenza, un principio diverso da quello formatosi parallelamente negli altri Stati membri. Mentre in questi ultimi era dominante la regola per cui l'annullamento del provvedimento amministrativo che chiude la fase procedimentale non provoca la nullità e/o inefficacia del contratto e quindi l'adesione ad un precetto di tendenziale conservazione del contratto medesimo, nell'ordinamento italiano è comparso un principio opposto. A partire dal 2002, il giudice amministrativo ha aperto una breccia nel muro che, sino a quel tempo, aveva separato la fase procedimentale e quella negoziale della c.d. evidenza pubblica, sovvertendo la tesi tradizionale della mera annullabilità del contratto; sicché si è ammesso che l'annullamento del provvedimento amministrativo di chiusura della prima fase potesse determinare la "caducazione" del contratto che, una volta sottoscritto, aveva avviato la seconda fase.

Nel complesso, le soluzioni sinora proposte nel dibattito possono riassumersi in tre orientamenti: i) il primo, che postula la nullità del contratto, in virtù del fatto che la violazione di norme imperative, quali sarebbe stato l'insieme delle regole e principi sul procedimento di scelta del contraente, oltre a provocare l'illegittimità del provvedimento incide anche sul successivo negozio di diritto privato; ii) il secondo, che invece preferisce alludere ad una sorta di inefficacia del contratto, altrimenti descritta come fenomeno di "caducazione", e che nella sostanza vede nell'aggiudicazione la base giuridica per la stipula del contratto, con una certa somiglianza con la classica teoria della "base negoziale" che animò nella pandettistica il dibattito sulla c.d. presupposizione; iii) il terzo, che connette l'inefficacia del contratto al tema più generale della sua *opponibilità* ai terzi aventi causa che abbiano acquistato i loro diritti in posizione di buona fede soggettiva e che, perciò, conserva gli effetti del contratto quando una siffatta posizione possa effettivamente riconoscersi in capo al contraente, in linea col principio desumibile, tra gli altri, dagli artt. 23, comma 2, 25, comma 2, 2377, comma 7, e 2388, comma 5 cod. civ.

In tutti e tre questi modi di ricostruire la vicenda, si noti, la giurisprudenza non si è sottratta al criterio di fondo per cui la patologia negoziale non è mai il frutto di una considerazione di opportunità del giudice, o di un bilanciamento secondo equità degli interessi in conflitto, essendo

invece l'esito dell'applicazione di norme giuridiche al caso di specie. Il giudice, quindi, ha sempre applicato principi e regole di diritto positivo, decidendo *secondo diritto*, allo scopo di dirimere il groviglio e ordinare le posizioni contrastanti che solitamente contraddistinguono queste situazioni: l'interesse del ricorrente, l'interesse della stazione appaltante, l'interesse dell'aggiudicatario-contraente.

Dal momento che la direttiva era del tutto neutra su questo tema, non esiste una norma e/o principio di diritto comunitario che spinga verso una configurazione "eterodossa" dell'inefficacia del contratto. In altre parole, l'istituto della (eventuale) inefficacia (e/o privazione di effetti, per chi lo preferisca) al di fuori delle violazioni più gravi non è un istituto di diritto comunitario. Sicché il legislatore nazionale, quando volesse introdurre (come sta puntualmente avvenendo) una causa di inefficacia del contratto quale conseguenza dei vizi di legittimità della fase procedimentale differenti dalle violazioni più gravi, si muove sempre nell'orbita dell'ordinamento nazionale, dei suoi principi, delle sue norme. Questo passaggio mi sembra molto importante, anche per sgombrare il campo da un possibile equivoco: nel corso dei lavori preparatori, tra la legge delega prima e l'emanando decreto legislativo poi, sembra affiorare talora l'idea che l'inefficacia del contratto per violazioni non gravi possa essere, più che una razionale manifestazione della patologia negoziale, una sorta di speciale sanzione di origine pubblicistica. Ebbene, a parte il rifiuto di chi scrive di una simile qualificazione, basti per ora dire che essa non è in alcun modo "voluta" o coperta dall'ordinamento comunitario.

Veniamo, dunque, alla soluzione proposta dal legislatore nazionale (maturata nella legge delega e prevista oggi, con qualche variante, nella bozza di decreto legislativo).

Non si compie una scelta netta tra due poli opposti: quello della inefficacia o quello della conservazione. Il legislatore avrebbe potuto stabilire che l'illegittimità (non grave) che colpisce la fase procedimentale provoca sempre l'inefficacia del contratto. Oppure avrebbe potuto stabilire che non la provoca mai. Nessuna di tali due scelte univoche compare nel testo. Si segue infatti una linea mediana: il contratto talvolta è inefficace e talvolta no. Chi deve stabilire quando ricorre l'una e quando ricorre l'altra circostanza è il giudice. Nella bozza di decreto legislativo dopo il parere del Consiglio di Stato compaiono, in particolare, i criteri che si sono testé enunciati e che il giudice stesso potrà e dovrà seguire.

A questo punto sorge spontanea la domanda circa l'esatta funzione demandata al giudice (e circa il significato concreto di tali criteri). Una domanda che impegna l'interprete in modo molto serio.

Le risposte possibili, sul piano logico prima che giuridico, sono due e rispondono a due modi molto lontani di ricostruire questa fattispecie. La prima risposta rimane in linea con l'ordinamento, col modo in cui la tradizione secolare ha concepito la patologia negoziale e con la premessa che il giudice si pronuncia *secondo diritto*: è in gioco una causa di invalidità e/o inefficacia del negozio prevista dal diritto positivo ed al giudice spetta nella giurisdizione esclusiva di accertarla e di dichiararla. La seconda risposta, invece, attribuisce al giudice una valutazione ed un bilanciamento complessivo degli interessi in gioco *secondo equità*. Ed il ricorso all'*equità* (che mi sembra di intravedere in questa seconda linea ricostruttiva, che ha influenzato visibilmente soprattutto la legge delega) è davvero l'ultimo salvagente che ci possa evitare altrimenti lo scenario del "diritto libero" e della "Giustizia di Cadi".

L'esame della legge delega, se condotto principalmente con il canone interpretativo letterale, potrebbe dare adito a tale seconda impostazione. Ma, accanto ad esso, l'interprete ha il dovere di utilizzare il canone teleologico (che guarda alla *ratio legis* complessiva ed oggettivata), quello sistematico (che legge la disciplina *de qua* in armonia col sistema, con le altre norme, con i suoi principi), quello storico (che guarda anche alla tradizione di un ordinamento e, ad esempio, anche alla *ragion per cui* di un principio processuale fondamentale come quello dispositivo, che affonda le radici nella struttura dello Stato liberale di diritto) ed ha altresì il dovere di proporre, come diremo, una interpretazione costituzionalmente orientata.

Alla luce di questi criteri, dovremo allora concludere che il legislatore, pur volendo evidentemente rafforzare il ruolo del giudice, con ogni probabilità non abbia voluto seguire la seconda strada (quella del giudizio *secondo equità*).

In primo luogo, essa non avrebbe una diretta copertura comunitaria, né nella direttiva, né altrove (sarebbe piuttosto il caso di ricordare che l'ordinamento comunitario ha sempre valorizzato i principi generali e costituzionali e le tradizioni giuridiche degli Stati membri).

In secondo luogo, essa appare talmente atipica rispetto al sistema da suscitare dubbi molto forti sulla sua compatibilità con la Costituzione repubblicana. L'idea che il giudice amministrativo eserciti, oltretutto in un campo sì cruciale, una sorta di giurisdizione (si badi, non di merito) ma di *equità* e che essa possa anche travolgere l'autonomia contrattuale potrebbe scontrarsi con una serie di norme costituzionali che qui si possono solo rapidamente ipotizzare in sequenza: artt. 3, 24, 41, 100, 103, 113, Cost. Del resto, è proprio il Consiglio di Stato che nel suo parere raccomanda, come già ricordato, che al giudice non sia assegnata una giurisdizione di merito e che gli sia sempre garantito un compito agganciato al principio di legalità. E' pur vero

che talora il giudice amministrativo ci ha abituato al compimento di una sorta di ponderazione degli interessi in gioco, mettendo a confronto interessi privati ed interessi pubblici, ma si è trattato sempre di casi nei quali era in gioco la domanda cautelare e che, quindi, attraggono questa esperienza nelle considerazioni attinenti il *periculum in mora* o la provvisorietà della misura urgente. Al di fuori di questi casi, il giudice non compie “puri” bilanciamenti di interessi. Esercita invece un sindacato di legittimità, se del caso anche sotto l’egida dell’eccesso di potere, irragionevolezza e proporzionalità. E restando fermo e separato il caso, tutto peculiare, del giudizio di ottemperanza e della corrispondente giurisdizione di merito.

7. Mi pare che ci si debba allora decisamente orientare nel primo senso e ribadire anzitutto quel che si è già detto in precedenza circa il (permanente) carattere di giurisdizione soggettiva del processo amministrativo.

Sicché l’accertamento giudiziale dell’inefficacia, anche qualora si volesse ammettere il suo accertamento *ex officio* in analogia con la disciplina della nullità, presuppone sempre che vi sia una domanda del ricorrente. Si intende dire una domanda che, per il suo pieno accoglimento, implichi comunque l’accertamento sulla inefficacia del contratto, così come accadrebbe sia nel caso in cui si faccia valere una pretesa a subentrare nel contratto sia quando si faccia valere una pretesa strumentale alla rinnovazione della gara.

Vi è però ancora un punto da esaminare. Se il giudizio resta *secondo diritto* e se il presupposto della declaratoria di inefficacia è una concreta patologia negoziale, da accertarsi puntualmente in funzione delle sue relative cause, come è possibile approdare ad una soluzione che invece, stando al disposto (in divenire) dell’art. 245 *ter*, rimane oscillante e dipendente da tutt’altri e svariati parametri? In altre parole, questi criteri previsti nel testo dell’art. 245 *ter* sono suscettibili di una interpretazione che ci mantenga saldamente sul terreno del giudizio *secondo diritto*?

Credo che si debba dare risposta positiva a quest’ultima domanda.

La questione è molto delicata soprattutto se poniamo l’accento sulla posizione del terzo contraente. Qui non si discute più di quelle violazioni particolarmente gravi che vedono (o si suppone che vedano) la consapevolezza dell’aggiudicatario, quand’anche egli divenga contraente prima di aver ricevuto la notifica del ricorso. L’illegittimità (non grave) potrebbe dipendere anche da una violazione del canone di ragionevolezza o proporzionalità non facilmente identificabili, anche dall’occhio più esperto. E’ pur vero che il sistema dell’avviso preventivo e dello *standstill* dovrebbero perlopiù escludere che sia in concreto configurabile una posizione di buona

fede del terzo contraente. Ma, perlomeno a prima lettura, la complessità della disciplina, da un lato, e la irresistibile fantasia degli accadimenti, dall'altro, non credo ci consentano da adesso di escludere che il problema possa venire in rilievo.

Ciò detto, una soluzione che mi sembra ancora utile, perché in sé razionale e perché adeguata a ricondurre a sistema queste innovazioni processuali, consiste nel recuperare quegli orientamenti di dottrina e giurisprudenza che hanno valorizzato la buona fede del terzo contraente, al fine di salvaguardarne la posizione contrattuale. Atteso che l'ordinamento non sceglie (per i vizi non gravi) la strada che porta sempre e comunque all'inefficacia del contratto, restando sulla predetta linea mediana, sarà allora necessario tener conto di quel principio che tutela coloro i quali acquistano in buona fede.

Questo garantirebbe un primo correttivo interpretativo, secondo cui, per l'appunto, il giudice non dichiara mai l'inefficacia (e non provvede mai nel presupposto dell'inefficacia) ogniqualvolta questo dovesse comportare il travolgimento della posizione del contraente in buona fede.

Al di fuori di questi casi, il giudice amministrativo potrebbe (e tendenzialmente dovrebbe) invece sempre accertare l'inefficacia. Il che, oltretutto, ci porrebbe in linea di continuità con la giurisprudenza amministrativa che si è consolidata nell'ultimo decennio.

Il fatto che vi siano ancora dei parametri normativi nel 245 *bis*, infine, non sarebbe inutile. Essi valgono, sempre nella logica del processo di parti e del principio dispositivo, ad affermare che l'inefficacia, quand'anche vi sia mala fede del terzo contraente, non deve dichiararsi né presupporla ogniqualvolta non sia necessaria per soddisfare l'interesse del ricorrente. Si torna alla impostazione proposta poc'anzi, a proposito delle esigenze imperative di interesse generale. Così, l'effettiva possibilità di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nonché l'allusione agli interessi delle parti andrebbero lette esattamente in questa chiave.

Riepilogando, avremmo che la disciplina stabilisce che il contratto diviene inefficace per "caducazione", ma con una duplice eccezione: che l'inefficacia non sarebbe mai opponibile al terzo contraente di cui fosse dimostrata la buona fede; che l'inefficacia non dovrebbe mai esser dichiarata quando non fosse funzionale (e non servisse) al *petitum* del ricorrente. Quest'ultimo assunto passerebbe sempre per il vaglio critico del giudice, custode del principio dispositivo. Sicché, ad esempio, quando il vizio abbia una portata meramente formale, tale da corrispondere solo ad una irregolarità o

comunque da giustificare l'applicazione del criterio dell'art. 21 *octies*, il profilo dell'interesse a ricorrere sarebbe ovviamente anche una barriera alla possibile dichiarazione di inefficacia (il che contribuirebbe a spiegare il riferimento agli interessi delle parti od alla gravità dei vizi).

8. Il terzo punto che si prende infine in considerazione concerne le sanzioni alternative, previste nella direttiva e predisposte nell'art. 245 *quater* di cui è menzione nel parere del Consiglio di Stato.

Le sanzioni, stando al combinato disposto tra l'art. 245 *quater* e l'art. 245 *bis*, comma 4, sono comminate sia quando il giudice dispone di conservare gli effetti del contratto nonostante l'accertamento delle violazioni gravi sia quando, in costanza di esse, il giudice ponga dei limiti alla eliminazione *ex tunc* degli effetti.

Le sanzioni sono di due categorie e sono applicabili alternativamente o cumulativamente. L'una è quella delle sanzioni pecuniarie, di cui è destinataria l'amministrazione. L'altra è quella della riduzione della durata del contratto e parrebbe voler colpire invece il terzo contraente. Probabilmente, nel disegno del legislatore comunitario le sanzioni sono state considerate come un tassello necessario a completare il quadro complessivo. Dato che il sistema si basa sull'effettivo rispetto dello *standstill* da parte delle amministrazioni e che le violazioni gravi pongono a rischio proprio l'equilibrio che intorno a questa regola si viene a saldare, si vuol salvaguardare l'effetto di deterrenza che si accompagna alla previsione dell'inefficacia del contratto. Quando il contratto è eccezionalmente conservato nei suoi effetti, una tale deterrenza svanirebbe del tutto, sicché si dispone in alternativa l'applicazione di alcune sanzioni. L'effetto deterrente viene mantenuto aperto così a due categorie di soggetti: alla stazione appaltante come all'appaltatore.

La prima si vede esposta al rischio di pagare sino a tre volte a causa della illegittimità commessa: sostiene sia il costo del contratto, sia quello del risarcimento del danno, sia quello della sanzione pecuniaria.

Il secondo invece è esposto a subire una riduzione della durata del contratto. Una sanzione davvero strana, in verità. Per un verso, potrebbe non essere afflittiva per nulla, lì dove l'esecuzione del contratto si rivelasse proficua perlopiù in una fase iniziale della sua durata complessiva o dove l'interruzione della prestazione dovesse comunque rivelarsi, a sorpresa, vantaggiosa per il privato. Come quando, ad esempio, la situazione di mercato si fosse modificata in modo tale da rendere meno vantaggiose le condizioni pregresse già convenute e più vantaggiose quelle che si potrebbero trarre da un nuovo stipulando contratto. Per altro verso, potrebbe determinare una iper-afflittività,

qualora la riduzione della durata finisca per eliminare ogni prospettiva di profitto a causa del costo degli ammortamenti iniziali. E non si comprende perché (o quantomeno può risultare non proporzionato che) il contraente debba subire una perdita che vada anche oltre l'eliminazione di ogni profitto sperato: non si tratterebbe più di non godere del bene della vita, ma anche di subire una ulteriore secca *deminutio* patrimoniale.

Fin qui parrebbe trattarsi di originalità proprie del nostro legislatore comunitario, forse questa volta troppo poco sensibile al valore dell'autonomia privata, che pure certamente è parte integrante di quelle tradizioni degli Stati membri che contribuiscono a formare i principi comuni dell'Unione Europea.

Quel che invece è il frutto della scelta legislativa nazionale (almeno ad oggi) è l'attribuzione al giudice amministrativo di una funzione materialmente amministrativa di tipo sanzionatorio.

Non può dirsi, a mio parere, che la direttiva richiedesse necessariamente questo tipo di esito. La dizione "organo di ricorso" è sufficientemente ampia da assorbire infatti anche autorità amministrative, non giurisdizionali, che potessero essere il titolare di tale separata funzione. Non mi persuade un'interpretazione differente della direttiva, perché, se così fosse, essa poggerrebbe un sì stringente risultato solo sul dato letterale. Proprio un atto come una direttiva di tal fatta richiede invece un'interpretazione di respiro ampio. Del resto, non va mai dimenticato il tratto originario delle direttive: atti comunitari che, diversamente dai regolamenti, non impegnano direttamente i privati e vincolano gli Stati anzitutto a recepirne il risultato. Verrebbe da richiamare proprio il principio dell'*effetto utile*. I redattori comunitari del testo, d'altra parte, avevano verosimilmente davanti a sé l'intero spettro delle autorità operanti negli ordinamenti degli Stati membri. Basti menzionare, tra gli organi che intervengono nel settore dei contratti pubblici con funzioni amministrative, di indirizzo e mediazione preventiva, il caso francese del *Comité consultatif de règlement amiable*, previsto dall'art. 127 del *Code des marchés publics*. Insomma, a parere di chi scrive, il riferimento all'*organo di ricorso* come soggetto chiamato a provvedere sia al giudizio impugnatorio sia all'irrogazione delle sanzioni forse non impediva (e non impedisce) al legislatore nazionale di adattare e ripartire queste funzioni tra organi anche diversi, in armonia con le competenze tipiche degli ordinamenti nazionali. Uno *splitting* che risolverebbe molti problemi.

La principale difficoltà infatti sta nella circostanza che questa funzione amministrativa e sanzionatoria "pura" stona, e non di poco, con l'inquadramento costituzionale della giustizia amministrativa e col sistema di garanzie che connota il rapporto tra cittadino ed amministrazione. Vi è il

problema del giusto procedimento, rispetto al quale il parere del Consiglio di Stato tenta di sopperire suggerendo esplicitamente un riferimento al principio del contraddittorio ed al criterio di proporzionalità. Resta però il problema delle garanzie che attengono, paradossalmente, proprio alla tutela giurisdizionale. Il cittadino ha sempre il diritto di difendersi nei confronti di un provvedimento amministrativo, ancor più se sanzionatorio, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost. Si torna al modello crisafulliano del giusto procedimento ed al principio di legalità.

La circostanza che il Consiglio di Stato ed i T.A.R. non siano essi stessi “pubblica amministrazione”, così come recita l’art. 113, non può sovvertire la portata sostanziale di questa garanzia, per farci accedere ad una lettura formalistica in cui il privato (e la stessa stazione appaltante) dovessero accontentarsi di esser sanzionati da un giudice piuttosto che da una amministrazione *tout court*. Si noti, peraltro, che una simile sanzione potrebbe giungere direttamente nel giudizio di secondo grado, qualora in primo grado la domanda fosse rigettata. Il che ci prospetta un processo (*recte*: un procedimento amministrativo parallelo al processo) in unico grado.

La locuzione “pubblica amministrazione” inserita nell’art. 113 deve interpretarsi nel senso che assicura la tutela contro qualsiasi atto adottato da pubblici poteri che abbia un contenuto sostanzialmente amministrativo; persino quelli assunti da soggetti formalmente privati, come ci ha insegnato l’esperienza di quest’ultimo ventennio a proposito dell’organismo di diritto pubblico e dell’impresa pubblica. Non a caso, la eccezionale deroga alla tutela giurisdizionale a proposito dell’atto politico è stata giustificata in funzione del fatto che in tal caso l’atto non era materialmente un atto amministrativo: si è trattato di una eccezione maturata sul piano della sostanza dell’atto e non della natura soggettiva del suo autore. Nel nostro caso, invece, sembra indubitabile che l’atto abbia proprio sostanza di provvedimento amministrativo. Gli altri casi di atto sostanzialmente amministrativo adottati da organi estranei alla pubblica amministrazione comparsi nel dibattito e che si possono menzionare sono i provvedimenti adottati dagli organi parlamentari e relativi ai dipendenti, per i quali esiste il regime di autodichia, e le leggi provvedimento. Né gli uni né le altre sono sottoposti al giudice amministrativo *tout court*. Ma nel primo caso l’eccezione è stata giustificata in nome della riserva concessa ai regolamenti parlamentari dall’art. 64 Cost., nel secondo caso in nome della sovranità parlamentare come tratto precipuo del legislatore; ma soprattutto è da dirsi che né l’uno né l’altro caso escludono una *chance* di tutela giurisdizionale, prevista nel primo davanti ad appositi organi delle due Camere e nel secondo davanti alla Corte costituzionale, che oltretutto rivendica proprio in tale ipotesi uno

scrutinio *stretto* di ragionevolezza, e dunque specialmente severo. Qui, invece, avremmo l'esercizio di un potere amministrativo rispetto al quale non vi sarebbe nessuna forma di tutela ulteriore. Né si dica che, in fondo, i presupposti per l'esercizio di tale potere sono valutati e ponderati nel processo che conduce all'accertamento delle prelie illegittimità. La scelta del tipo di sanzione da irrogare, l'opzione tra la cumulatività od alternatività delle due sanzioni ivi menzionate e soprattutto la fissazione della loro concreta misura (basti pensare che per la sanzione pecuniaria è prevista un'ampia oscillazione che va dallo 0,5 al 5 per cento del valore del contratto!) sono tutte manifestazioni di un potere amministrativo autonomo e riguardo al quale sembra davvero indispensabile riconoscere una possibilità di tutela davanti ad un organo che possa assicurare l'alterità da chi irroga la sanzione. Infine, se si obiettasse che la giurisprudenza amministrativa, investita del problema, ha escluso che i provvedimenti del giudice ordinario in materia di giurisdizione volontaria possano essere impugnati nel giudizio amministrativo, sarebbe agevole controreplicare con i seguenti argomenti: il caso è molto distante dal nostro e quindi non comparabile; e poi l'argomento utilizzato dal giudice amministrativo per declinare la sua giurisdizione è consistito anche nel negare che qui vi fosse l'esercizio di una autentica funzione amministrativa. Il che non varrebbe per il nostro caso, nel quale la portata sanzionatoria afflittiva (e con una componente latamente ripristinatoria circa la riduzione della durata del contratto) sembra davvero fuori discussione.

Il rovescio della medaglia, poi, sta negli artt. 100 e 103 Cost., che nell'indicare le funzioni del Consiglio di Stato non danno una cornice che possa ospitare queste stranissime funzioni sanzionatorie. Esse sembrano decisamente esorbitare sia il ruolo di consulenza che quello di tutela della giustizia nell'amministrazione spettanti al giudice amministrativo. Per non dire dell'evoluzione recente che, per riconoscimento esplicito della Corte costituzionale, ha avuto quest'ultima tutela nel segno dell'effettività e della parità di posizione tra privato ed amministrazione davanti al giudice terzo. Qui, invece, il giudice amministrativo sarebbe, in un contesto procedimentale strutturalmente unitario (ma forse da dividere in un processo ed un procedimento contestuali?) insieme giudice ed amministrazione.

Di queste difficoltà, prevedibilmente anche "culturali", di adattamento del giudice amministrativo allo svolgimento di una simile funzione di amministrazione attiva sembra consapevole lo stesso Consiglio di Stato, che nel suo parere esplicitamente allude ad un'altra soluzione in astratto ipotizzabile (ed in verità più razionale), consistente nell'affidare all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici il potere sanzionatorio, in una con l'obbligo del

giudice amministrativo di trasmissione ad essa di tutte le sentenze che configurino le relative fattispecie di illecito.

Che una tale soluzione sia ancor oggi possibile, alla luce della direttiva e seguendo le linee di una interpretazione costituzionalmente orientata della legge di delega, sembra ragionevole affermare ed, in verità, lo stesso Consiglio di Stato non è parso poi pregiudizialmente contrario nel suo parere. Valga dunque l'esigenza di conformarsi a Costituzione, di salvare la coerenza del sistema, di adeguarvi anche la portata della direttiva e della legge delega e, per finire, il giurista potrebbe persino fare appello alla weberiana etica della responsabilità, sì da farla prevalere, una volta tanto, sull'etica della convinzione.