

## **LA GIURISDIZIONE SULLE SANZIONI EX ART. 123 C.P.A.: PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ E SOLUZIONI ALTERNATIVE.**

Questo studio intende esaminare l'istituto delle sanzioni alternative come inserito nel Codice del processo amministrativo in esito al recepimento della direttiva ricorsi 07/66/CE.

L'esame della fattispecie di diritto positivo è spunto per una serie di riflessioni giuridiche concernenti alcuni profili d'incostituzionalità che la disposizione pare mostrare all'interprete per com'è stato disciplinato il nuovo potere in questione oltreché per alcune considerazioni sull'influenza che le predette sanzioni *ex art.123 c.p.a.* ingenerano sulla struttura del processo amministrativo. Quest'ultimo, infatti, tende oggi, come esito di un lento percorso evolutivo, a raggiungere i canoni di una compiuta "*giurisdizione soggettiva*" in contrasto, dunque, e discorde rispetto all' "*obiettivizzazione*" che, viceversa, tali sanzioni appaiono imprimere ad esso. Sarà occasione, in conclusione del lavoro, per indagare quali alternative, in chiave "*de iure condendo*", offra l'ampiezza lessicale del testo della direttiva al fine di far conseguire una maggiore stabilità costituzionale e comunitaria al nuovo strumento sanzionatorio.

This work examine regulatory scheme of new alternative sanctions in the Italian Code of Administrative Procedure as a result of the coming into force of the Directive 07/66/CE.

The examination of the positive law is a starting point for a series of legal considerations relating to certain profiles of unconstitutionality that the provision

seems to show as to the discipline of this new power and for some considerations on the influence that the above sanctions may have on the administrative process. As the result of a slow evolutionary path, the administrative process tends to reach the status of a complete “*subjective jurisdiction*” in contrast and discordant with the “*objective*” character that these sanctions appear to give to it. In the final part of the work, alternatives to the adopted measures will be examined in order to fully evaluate the solutions that the directive offers. The aim is to achieve greater constitutional and communitarian stability.

### **1.1. Introduzione.**

### **1.2. L’irrogazione delle sanzioni come “funzione sostanzialmente amministrativa”.**

### **1.3. L’affidamento del potere sanzionatorio al G.A. : dubbi di costituzionalità, influenza sul modello/struttura del processo amministrativo, e tipo di giurisdizione esercitata.**

### **1.4. Le alternative alla soluzione positiva. Una possibile conclusione.**

#### *1.1. Introduzione.*

Un nuovo ed inedito potere, che in attuazione della direttiva ricorsi 07/66/CE<sup>1</sup> il nuovo Codice del processo amministrativo<sup>2</sup> ha consegnato al

---

<sup>1</sup> Cfr. Art. 2-*sexies*. Violazioni della presente direttiva e sanzioni alternative.

1. In caso di violazione dell’articolo 1, paragrafo 5, dell’articolo 2, paragrafo 3, o dell’articolo 2 bis, paragrafo 2, che non è contemplata dall’articolo 2 quinquies, paragrafo 1, lettera b), gli Stati membri prevedono la privazione di effetti a norma dell’articolo 2 quinquies, paragrafi 1, 2 e 3, ovvero sanzioni alternative. Gli Stati membri possono prevedere che l’organo di ricorso indipendente dall’amministrazione aggiudicatrice decida, dopo aver valutato tutti gli aspetti pertinenti, se il contratto debba essere considerato privo di effetti o se debbano essere irrogate sanzioni alternative.

2. Le sanzioni alternative devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Dette sanzioni alternative sono: l’irrogazione di sanzioni pecuniarie all’amministrazione aggiudicatrice, oppure la riduzione della durata del

giudice amministrativo nella materia dei contratti pubblici, è quello di poter applicare, in una serie di ipotesi tassativamente previste, delle “*sanzioni alternative*” (all’inefficacia contrattuale ma non solo). La previsione di queste sanzioni, novità assoluta per il nostro sistema di giustizia amministrativa, visto il loro carattere “*misterioso*”<sup>3</sup> ed “*oscuro*”, genera problemi di collocazione sistematica e di costituzionalità che affannano gli interpreti alle prese con la lettura delle novità di diritto positivo.

Si tratta di problemi che trovano in parte la loro radice nella sempre maggior intrusività dell’azione comunitaria nel settore del diritto processuale, campo nel quale l’Unione europea non vanta alcuna attribuzione di competenza espressa ma di cui sta cominciando ad occuparsi, attraverso una lenta opera di erosione del principio di “*autonomia procedurale e processuale degli Stati membri*”<sup>4</sup>, al fine di garantire effettività e piena attuazione della normativa sostanziale<sup>5</sup> ma con

---

*contratto. Gli Stati membri possono conferire all’organo di ricorso un’ampia discrezionalità al fine di tenere conto di tutti i fattori rilevanti, compresi la gravità della violazione, il comportamento dell’amministrazione aggiudicatrice e, nei casi di cui all’articolo 2 quinquies, paragrafo 2, la misura in cui il contratto resta in vigore. La concessione del risarcimento danni non rappresenta una sanzione adeguata ai fini del presente paragrafo.*

<sup>2</sup> Per ripercorrere brevemente il percorso normativo che ha portato all’attuale art. 123 c.p.a. occorre ricordare che, inizialmente si è dato attuazione all’art. 2-*sexies* della direttiva 07/66/CE attraverso l’art. 11, comma 1 del d.lgs. 53/2010 di recepimento (fondato, a sua volta sull’art. 44, comma 1, lett. h) della legge delega n. 88/2009) che ha novellato il Codice dei contratti pubblici introducendo le previsioni dell’art. 245-*quater*, la cui intera disciplina, a far data dal 16 settembre 2010, è transitata, senza subire alcuna modifica, nel nuovo Codice del processo amministrativo (approvato con il d.lgs. 104/2010) all’art. 123 c.p.a. oggi vigente.

<sup>3</sup> Questo termine riferito alle sanzioni alternative ex art. 123 c.p.a. è il titolo di un saggio di M. P. CHITI, *Le misteriose “sanzioni alternative” nella direttiva ricorsi appalti ed i limiti dell’ingerenza dell’Unione europea nel diritto processuale*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa* (a cura di G. GRECO), Giuffrè, 2010, pag. 157 ss.

<sup>4</sup> Per una definizione del principio, E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell’Unione Europea*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2008 fasc. III, pag. 447: “...secondo tale principio, in assenza di disposizioni di armonizzazione, la realizzazione di posizioni soggettive comunitarie va assicurata nel quadro degli strumenti processuali di garanzia di ciascun ordinamento nazionale”.

<sup>5</sup> È importante sottolineare come, inizialmente, l’intervento comunitario con i primi atti di diritto derivato ha riguardato solamente gli aspetti di diritto sostanziale della materia degli appalti pubblici. Questo perché, in un primo tempo, era molto forte l’influenza del principio dell’autonomia processuale degli Stati membri, il quale si traduceva nell’indifferenza comunitaria per i vari sistemi interni di tutela giurisdizionale. Ben presto, il bisogno di dare effettività alle norme pro-concorrenziali previste dalle direttive sostanziali, portò al superamento del suesposto principio, inaugurando una stagione di c.d. “*direttive ricorsi*” con le quali si iniziarono a definire

il rischio di introdurre istituti processuali estranei ai sistemi giurisdizionali domestici con tutto ciò che ne può discendere in termini di incompatibilità o, persino, d'incostituzionalità<sup>6</sup>.

Tuttavia, ad uno sguardo più attento alle parole della direttiva, quale matrice del potere *de qua*, ci si accorge di come i numerosi problemi e attriti di costituzionalità che l'attuale art. 123 c.p.a. offre al giurista che si affaccia alla lettura della disposizione (cfr. *infra* par. 1.3.) non vadano imputati tanto ad una sorta di eteronomia comunitaria che impone forzosamente dall'alto un istituto da trapiantare *sic et simpliciter* nell'impianto giurisdizionale nazionale, bensì a come il legislatore italiano, dopo aver effettuato la scelta (in sede di trasposizione del contenuto della direttiva ricorsi) a favore della competenza giurisdizionale a comminare le sanzioni (a fronte di un ben più ampio ventaglio di possibilità offerte dall'ampiezza e genericità lessicale del testo comunitario), ha ideato la scrittura della norma in maniera che sembra mal adattabile con i principi costituzionali sul giudice e con una giurisdizione amministrativa di tipo soggettivo attenta all'effettività della tutela delle posizioni soggettive più che alla tutela di interessi obiettivi. Si cercherà, pertanto, dopo aver sottoposto a critica l'attuale versione di diritto positivo dello strumento delle sanzioni alternative, avendone tracciato i vari problemi ermeneutici, di indagare quali possibili spiragli, in una morbida visione "*de iure condendo*", a fronte del sicuro caos interpretativo ingenerato dalla soluzione "*de iure condito*", offra il testo della direttiva ricorsi,

---

meccanismi e standard processuali comuni in ambito comunitario. Il timore di vedere neutralizzati, in assenza di meccanismi di ricorso idonei a garantire un'applicazione puntuale del diritto comunitario, gli obiettivi di apertura dei mercati e di liberalizzazione, perseguiti con la disciplina sulla procedura amministrativa delle gare d'appalto prevista dalle direttive sostanziali, ha costituito fattore di stimolo per un intervento sempre più invasivo nei sistemi di tutela giurisdizionale domestici. L'intento era quello di reagire prontamente alle violazioni della regolazione comunitaria agendo sul piano rimediabile in un'ottica di effettività delle norme e dei rimedi a tutela delle posizioni soggettive.

<sup>6</sup> Osservazione condivisa da M. P. CHITI, *op. cit.* (nota n. 3), pag. 159: "*Gli effetti di questa situazione sono particolarmente negativi quando, come nella direttiva 66, si prevedono istituti processuali sostanzialmente estranei al nostro diritto processuale, come le "sanzioni alternative". La loro necessaria attuazione nel diritto nazionale comporta infatti o il rischio di una cattiva attuazione della direttiva (che, sappiamo, rappresenta una violazione degli impegni europei dello Stato), oppure un'alterazione del modello processuale nazionale in parti di non poco conto, con seri rischi di incostituzionalità delle nuove norme*".

valorizzando le potenzialità messe a disposizione dalla polivalente formula “*organo di ricorso indipendente*” presente in più parti del testo comunitario al fine di mostrare come la soluzione giurisdizionale prescelta dal legislatore nazionale non sia via obbligata, bensì sia aperta, *pro futuro*, la possibilità di un’ alternativa di tipo amministrativo, ben più in linea con la tradizione domestica e, certamente, di più sicura compatibilità costituzionale.

## 1.2. *L’irrogazione delle sanzioni come “funzione sostanzialmente amministrativa”.*

I problemi sorgono innanzitutto per il fatto che il potere di irrogare le sanzioni *ex art. 123 c.p.a.*<sup>7</sup>, per come sono disciplinati i rapporti fra presupposti sulla base dei quali le sanzioni possono essere irrogate, i tipi di sanzioni irrogabili

---

<sup>7</sup> Art. 123 c.p.a. Sanzioni alternative.

1. *Nei casi di cui all’articolo 121, comma 4, il giudice amministrativo individua le seguenti sanzioni alternative da applicare alternativamente o cumulativamente:*

a) *la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all’entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 “Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria” - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo. La sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell’economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione;*

b) *la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.*

2. *Il giudice amministrativo applica le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all’opera svolta dalla stazione appaltante per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. A tal fine si applica l’articolo 73, comma 3. In ogni caso l’eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative.*

3. *Il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l’aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento.*

e gli ambiti di scelta lasciati al giudice, quali appaiono anche dalla prima giurisprudenza in materia, si configura come una funzione sostanzialmente amministrativa.

Infatti, non vi è una chiara sovrapposizione tra presupposti applicativi e tipologia di sanzioni, come se dall'accertamento dell'uno ne debba conseguire l'applicazione di una determinata sanzione già predeterminata normativamente, bensì è rimessa alla discrezionalità del giudice amministrativo ogni scelta sulla tipologia di sanzione, tra quelle previste dalla fattispecie codicistica, che sia più idonea da applicare nel caso concreto e sull'opzione circa l'alternatività o cumulatività degli strumenti sanzionatori contenuti nell'art. 123 c.p.a.

Pertanto, vista la diversità dei presupposti in presenza dei quali debbono essere irrogate le sanzioni alternative e la non chiara sovrapposizione, per l'appunto, tra tali presupposti, da un lato, e tipi di sanzione, dall'altro, occorre in via preliminare analizzare separatamente gli uni dalle altre al fine di poter svolgere, nel prosieguo della trattazione, considerazioni più profonde sulle implicazioni, costituzionali e sistematiche, generate da questa particolare attribuzione al g.a. di una funzione sostanzialmente amministrativa.

Partendo, come prima linea d'indagine, dall'esegesi dei casi in cui debbono trovare applicazione le “*sanzioni alternative*”, si può individuare un primo gruppo d'ipotesi grazie al rinvio, contenuto nell'art. 123 c.p.a., all'art. 121, comma 4 dello stesso codice, articolo riguardante la sorte del contratto nel caso di “*gravi violazioni*”, che dispone testualmente: “*Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123*”.

Detto insieme di presupposti applicativi attiene a tutte quelle situazioni in cui, stante la presenza di una delle gravi violazioni tassativamente enumerate alle lettere a), b), c), d), dell'art. 121 c.p.a.<sup>8</sup>, sinteticamente riconducibili a omissioni

---

<sup>8</sup> In particolare, vi sono quattro tipologie di gravi violazioni che fungono da presupposto per l'esercizio del nuovo potere giudiziale d'inefficacia contrattuale e che, per

degli obblighi pubblicitari, affidamenti diretti non consentiti e violazioni dei termini di *standstill* qualora si aggiungano ad ulteriori vizi dell'aggiudicazione, il giudice amministrativo, nell'ambito dei suoi amplissimi poteri di modulazione della decisione, disponga di non privare di effetti il contratto d'appalto stipulato (pur presenti le gravi violazioni<sup>9</sup>) in quanto ravvisi l'esistenza di quelle “*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*”<sup>10</sup> che conducono alla “*cedevolezza*” della regola dell'inefficacia in favore della conservazione del contratto; oppure, qualora opti per la declaratoria d'inefficacia, nell'esercizio della facoltà di determinazione del *quando* della decorrenza di essa, decida per una soluzione *ex nunc* ovvero di inefficacia temporalmente “*limitata alle prestazioni ancora da eseguire*”<sup>11</sup>.

Un secondo ordine di casi che fa scattare il potere/dovere sanzionatorio del g.a., desumibile dal comma 3 dell'art. 123 c.p.a., concerne tutte quelle

---

comodità espositiva, si possono suddividere in due macro-gruppi: violazioni di regole di trasparenza e pubblicità e violazione degli istituti di protezione preventiva. Per scendere nel dettaglio, il primo dei due gruppi, formato dalle lettere a) e b) (dell'art. 121 c.p.a.) include alcune violazioni a regole di trasparenza e pubblicità che annullano *in nunc* la correttezza della gara ovvero: l'assenza di pubblicazione del bando o dell'avviso attraverso il quale si indice la gara (nella prima ipotesi) e il caso di procedura negoziata o in economia non consentita, qualora comporti anche violazioni degli obblighi di pubblicità (nella seconda ipotesi). Il secondo gruppo di gravi violazioni, previste alle lettere c) e d) dell'art. 121 c.p.a., riguarda invece casi di inosservanza degli istituti di protezione preventiva ovvero dei due termini di sospensiva: lo *standstill* sostanziale di trentacinque giorni *ex art. 11, comma 10 del d.lgs. 163/2006* e la sospensione processuale automatica nel caso di proposizione del ricorso con annessa istanza cautelare *ex art. 11, comma 10-ter del d.lgs. 163/2006*. In questo secondo insieme d'ipotesi, al fine di poter dichiarare l'inefficacia contrattuale, non è sufficiente la sola e mera violazione di detti termini dilatori, bensì, quest'ultima circostanza deve concorrere con altre due condizioni: la frustrazione per il ricorrente della possibilità di ottenere una difesa effettiva e la presenza di vizi propri dell'aggiudicazione (in modo che se ne possa chiedere l'annullamento al g.a.).

<sup>9</sup> Diversa, la conclusione nel caso della “*violazioni non gravi*” *ex art. 122 c.p.a.* Infatti, visto il carattere non grave delle situazioni sussumibili in questa diversa ipotesi normativa, qualora il g.a. non pronunci l'inefficacia del contratto nessuna sanzione alternativa sarà applicabile. Puntualizza M. A. SANDULLI, *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa* (a cura di G. GRECO), Giuffrè, 2010, pag. 106 che: “*In ogni altro caso (versandosi in presenza di violazioni che la direttiva considera “non gravi”), invece, anche secondo il diritto interno, qualora il giudice decida di non dichiarare inefficace il contratto, troverà eventualmente applicazione la sola misura del risarcimento del danno per equivalente (ove subito e provato) di cui all'art. 124 c.p.a., che si ricorda, non rientra nel novero delle sanzioni alternative*”.

<sup>10</sup> Cfr. art. 121, comma 2, c.p.a.

<sup>11</sup> Cfr. art. 121, comma 1, c.p.a.

violazioni dei termini di *standstill* (“...qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l’aggiudicazione definitiva...”) che siano meramente formali nel senso che non si accompagnino ad ulteriori vizi dell’aggiudicazione, che di per sé risulta legittima, e non abbiano privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula contrattuale o della possibilità di ottenere l’affidamento della commessa<sup>12</sup>.

La prima differenza che emerge “*ictu oculi*” tra i due gruppi di casi è che nel primo, per il tipo di violazioni che il giudice riscontra, si è sempre alla presenza di un annullamento del provvedimento amministrativo di aggiudicazione per le illegittimità che lo viciano, viceversa, nel secondo, il provvedimento di aggiudicazione è sempre legittimo in quanto le violazioni dei termini di *standstill*, sanzionate e punite a norma dell’art. 123, comma 3, sono invece meramente formali e ininfluenti per la decisione di annullamento del g.a. dalla diversa prospettiva dell’art. 121 c.p.a.

Quanto ai tipi di sanzioni, la norma ne individua due, quella pecuniaria e quella di riduzione della durata del contratto<sup>13</sup>, facoltizzando il giudice ad applicarle “*alternativamente o cumulativamente*”<sup>14</sup>.

La prima è una sanzione pecuniaria irrogata nei confronti della stazione appaltante d’importo variabile tra lo 0,5 e il 5 % del valore del contratto, riferendosi con questa espressione al prezzo di aggiudicazione, da versare entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che la commina (con

---

<sup>12</sup> Osserva M. A. SANDULLI, *op. cit.* (nota n. 9), pag. 106: “...per un evidente principio di proporzionalità, si esclude che essa (aggiungiamo: la violazione meramente formale dei termini sospensivi) possa avere effetti sul contratto, ma non si tollera che l’inosservanza del periodo di *standstill* resti impunita”.

<sup>13</sup> Si ricordi che, per espressa previsione dell’art. 123, comma 2 c.p.a., la condanna al risarcimento del danno per equivalente non appartiene al *genus* “*sanzioni alternative*” ma si cumula con esse.

<sup>14</sup> Cfr. art. 123, comma 1 c.p.a.



l'ulteriore previsione di una maggiorazione di un decimo di essa per ogni semestre di ritardo qualora venga versata dopo la scadenza del termine per il pagamento) all'entrata del bilancio dello Stato con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria". L'esecuzione è curata dal Ministero dell'economia e delle finanze al quale è trasmessa, ad opera dell'ufficio di segreteria del giudice, la sentenza che contiene la statuizione sulla sanzione alternativa entro un termine di giorni cinque<sup>15</sup>.

Il secondo tipo di sanzione è una riduzione della durata del contratto<sup>16</sup> graduata da un minimo del 10 % ad un massimo del 50 % di quella che è la durata residua di esso alla data di pubblicazione del dispositivo della sentenza del g.a<sup>17</sup>.

Queste sanzioni, nonostante siano accorpate nello stesso articolo sotto l'etichetta generale di "sanzioni alternative", non sono uniformi ed omogenee ma mostrano una serie di differenze, a partire dal diverso tipo di pronuncia giudiziale

---

<sup>15</sup> Si noti che, la stazione appaltante "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". Così F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in Giustamm.it, 2010, pag. 15.

<sup>16</sup> Sull'utilità di questa seconda sanzione R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), par. 11.12.; "Tale misura sanzionatoria ha una sua utilità pratica nei contratti di durata (ad esecuzione continuata o periodica) per prestazioni che la stazione appaltante acquisisce per un numero elevato di anni, con appalti triennali o sessennali. In tale ipotesi, ridurre la durata del contratto sortisce l'effetto pratico di anticipare la data del nuovo bando, a vantaggio della concorrenza violata. Va anche considerato che a fronte di un contratto di durata in imminente scadenza, il ricorrente potrebbe non avere alcun interesse a subentrare per il residuo periodo, e di qui la scelta giudiziale di mantenere il contratto, applicandovi la riduzione della durata. In tal modo, da un lato il ricorrente consegue il risarcimento per equivalente, dall'altro lato l'anticipo della scadenza del contratto contribuisce al ripristino della concorrenza, comportando come conseguenza l'anticipo della pubblicazione del nuovo bando".

<sup>17</sup> Si veda la suggestiva comparazione tra la sanzione *de qua* e lo strumento civilistico della sostituzione automatica di clausola nulla effettuata da V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, n. 4, par. 6.2.: "È bene aggiungere che sul piano strutturale il rimedio sembra rispondere al meccanismo della sostituzione automatica di una clausola nulla (art. 1419, secondo comma, cod. civ.). Il giudice dispone infatti, quando decide di applicare tale rimedio, la sostituzione di una clausola del contratto, che stabilisce una determinata durata, con quanto stabilito dalla norma imperativa in esame. E' evidente come, rispetto al modello civilistico, la peculiarità sta in questo caso nel fatto che la norma imperativa assegna comunque al giudice un potere discrezionale nella modulazione della durata stessa".

che richiedono<sup>18</sup>: di condanna (al pagamento di una somma di denaro), la prima, e costitutiva (di privazione di effetti parziale del contratto), la seconda.

In secondo luogo, quanto ai destinatari<sup>19</sup>, la sanzione pecuniaria incide soltanto sulla stazione appaltante che la dovrà versare all'apposito capitolo di bilancio, mentre la riduzione della durata del contratto grava al contempo anche sul terzo contraente che vedrà, di conseguenza, ridotta la “vita” del contratto d'appalto di cui è parte<sup>20</sup>.

Da ultimo, si è sottolineata anche la differenza di funzione che i due strumenti sembrano palesare: mentre la sanzione pecuniaria assume un carattere afflittivo/punitivo, la riduzione della durata del contratto sembra aggiungere all'aspetto sanzionatorio un ulteriore effetto parzialmente ripristinatorio attuato attraverso la riaffermazione della “*legalità materiale alterata dalla stipula contra ius del contratto, secondo lo schema tipico delle misure a carattere ripristinatorio incentrate sulla res, le*

---

<sup>18</sup> Si osservi, sul punto, E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, pag. 1133. Diversamente, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli editore, 2012, pag. 357 si concentra maggiormente sulle differenze contenutistiche tra le due: “...la norma assimila due esiti (la sanzione pecuniaria e la riduzione della durata residua del contratto) che non sono per nulla omogenei: la riduzione della durata residua del contratto non sembra connotarsi in termini tipicamente sanzionatori e richiama piuttosto la capacità riconosciuta ordinariamente al giudice di circoscrivere la dichiarazione di inefficacia del contratto dal punto di vista temporale, in particolare limitandola alle prestazioni ancora da eseguire. (cfr. art. 121, 1° comma, cod. proc. amm.)”.

<sup>19</sup> Cfr. M. A. SANDULLI, *op. cit.* (nota n. 9), pag. 117; R. DE NICTOLIS, *op. cit.* (nota n. 16), par. 11.12.

<sup>20</sup> La maggiore dottrina evidenzia come, in realtà, i riflessi della sanzione alternativa della riduzione di durata contrattuale sull'aggiudicatario non sono sempre uguali ma possono, a seconda delle situazioni, risultare vantaggiosi alle volte, e eccessivamente punitivi, le altre. Ci si riferisce a F. CINTIOLI, *op. cit.* (nota n. 15), pag. 15: “Il secondo (aggiungiamo: il terzo aggiudicatario) 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 perchè (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”.

*quali servono appunto a ristabilire l'equilibrio (legalità materiale) alterato dalla violazione, e non a punire il responsabile della violazione, se non in via del tutto eccezionale*"<sup>21</sup>.

Questa ulteriore funzione del secondo tipo di sanzione spiega, innanzitutto, il perché della previsione codicistica circa il possibile cumulo applicativo delle due sanzioni, inspiegabile se non nell'ottica di un differente carattere tra i due strumenti, ciò a dire che non siano entrambi meramente afflittivi; inoltre, tale logica giustifica l'incidenza negativa della riduzione della durata del contratto sul terzo aggiudicatario, che è soggetto non responsabile, in quanto è pacifico che le misure di tipo ripristinatorio, visto il loro scopo di riaffermazione della legalità violata (e non di punizione dell'autore della violazione), possano gravare anche su coloro che a tale violazione non abbiano concorso (seppur ne abbiano beneficiato indirettamente).

Quanto all'aspetto, appena citato, del possibile cumulo delle sanzioni previsto dal primo comma dell'art. 123 c.p.a. con la locuzione "*da applicare alternativamente o cumulativamente*" (riferita alle sanzioni) occorre aggiungere una riflessione.

Infatti, da un'interpretazione che vada aldilà della lettera della legge si può ricavare che nei casi di gravi violazioni *ex art. 121 c.p.a.* nelle sue quattro lettere (primo gruppo di ipotesi che costituiscono presupposto di esercizio del potere sanzionatorio del g.a.), i quali fanno scattare l'obbligo applicativo delle sanzioni alternative soltanto qualora il giudice abbia mantenuto totalmente o parzialmente gli effetti del contratto, non è comminabile la sanzione "*riduzione della durata del contratto*" sulla base del ragionamento per cui, scattando il dovere giudiziale di irrogare detta sanzione qualora, pur presenti le gravi violazioni, il contratto non possa essere dichiarato inefficace, è giocoforza che la pronuncia sostitutiva della "*privazione di effetti*" non possa essere dello stesso tipo di quella non adottabile.

---

<sup>21</sup> Parole di P. CERBO, *Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, pag. 884. Si legga anche quanto detto da G. FERRARI, *Il contenzioso degli appalti pubblici*, Nel diritto editore, 2010, pag. 346.

Siccome, visto quanto appena detto, l'unica sanzione applicabile in queste ipotesi è quella di tipo pecuniario è naturale conseguenza l'inammissibilità del cumulo che si potrà avere, residualmente, soltanto alla presenza del secondo gruppo di presupposti applicativi delle sanzioni alternative di cui all'art. 123, comma 3 (le violazioni meramente formali dei termini di *standstill*)<sup>22</sup>.

Tuttavia, ammettere la possibilità del cumulo in questo secondo ordine di casi, che comporta l'applicazione della sanzione della riduzione della durata del contratto, significa attribuire a mere violazioni formali e procedurali dei termini sospensivi, in astratto non in grado di influire sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione e il susseguente contratto, un'incidenza sugli effetti contrattuali attuata attraverso una pronuncia costitutiva di riduzione della durata dell'appalto, pur essendo in una situazione di totale validità dell'aggiudicazione, con effetti in parte equivalenti alla declaratoria d'inefficacia (inammissibile per queste ipotesi).

Ciò detto, è prevedibile quindi che il giudice amministrativo sarà cauto nel privare di effetti un contratto che è stato stipulato sulla base di una sequenza procedimentale (evidenza pubblica) valida in tutti i suoi atti, salve minime violazioni formali che non abbiano avuto alcuna incidenza negativa sulle possibilità di difesa del ricorrente, e, perciò, un autorevole Autore<sup>23</sup> ha sostenuto che *“è possibile affermare che, di fatto, la sanzione della riduzione della durata residua del contratto non sarà applicata, se non in casi eccezionali. Per cui l'unica sanzione è, nella sostanza, quella pecuniaria”*.

---

<sup>22</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *op. cit.* (nota n. 18), pag. 1132: *“Quindi il cumulo tra i due tipi di sanzione è tecnicamente riferibile solo alle ipotesi della violazione formale delle norme che non intacca la legittimità dell'aggiudicazione e l'efficacia del contratto”*.

<sup>23</sup> E. FOLLIERI, *ibidem*, pag. 1133. Un recente ed isolato precedente giurisprudenziale di merito, in linea contraria a quanto sostenuto *supra*, ha disposto, alla presenza di mere violazioni formali dello *standstill* processuale *ex art. 123<sup>3</sup> c.p.a.*, quale unica sanzione alternativa la riduzione della durata del contratto, senza alcun cumulo con quella pecuniaria. Ci si riferisce a T.a.r. Brescia Lombardia, sez. II, n. 363/2013.

*1.3. L'affidamento del potere sanzionatorio al G.A. : dubbi di costituzionalità, influenza sul modello/ struttura del processo amministrativo e tipo di giurisdizione esercitata.*

Poichè il legislatore italiano, come già accennato, in sede di recepimento della direttiva, ha optato, pur non essendo scelta obbligata<sup>24</sup>, per l'affidamento di questo potere sanzionatorio al giudice amministrativo<sup>25</sup>, oggi ci si trova di fronte al conferimento al g.a. di un'inusuale "*funzione sostanzialmente amministrativa*"<sup>26</sup> che rappresenta una novità inedita per la giustizia amministrativa<sup>27</sup> e presenta numerosi problemi di compatibilità con le disposizioni costituzionali sul processo amministrativo, e, più in generale sulla tutela giurisdizionale.

*In primis*, quanto alla scelta positiva di affidamento al giudice amministrativo di una funzione sostanzialmente amministrativa quale è, per l'appunto, l'applicazione della sanzioni alternative, si può cercare di chiarire sin da subito, onde non lasciare adito a dubbi interpretativi, come non sia incostituzionale la scelta in sé, in quanto non vi è alcuna riserva espressa in Costituzione a favore dell'amministrazione<sup>28</sup> in materia sanzionatoria, bensì le conseguenze che ne derivano per come è stato formulato, nell'articolato del

---

<sup>24</sup> Delle diverse possibilità di attuazione che il legislatore aveva a disposizione a fronte della genericità della direttiva sul punto e delle prospettive in chiave "*de jure condendo*" si farà cenno nel successivo paragrafo.

<sup>25</sup> Art. 123, comma 1 c.p.a.: "...il giudice amministrativo individua le seguenti sanzioni alternative da applicare...; comma 2: "Il giudice amministrativo applica le sanzioni...".

<sup>26</sup> F. CINTIOLI, *op. cit.* (nota n. 15), pag. 16: "... attribuzione al giudice amministrativo di una funzione materialmente amministrativa di tipo sanzionatorio".

<sup>27</sup> E. FOLLIERI, *op. cit.* (nota n. 18), pag. 1134: "Si è sottolineato il carattere di novità per l'inusuale potere sostanzialmente amministrativo di comminare le sanzioni pecuniarie che, di regola, il giudice conosce in sede di sindacato giurisdizionale, dopo che vengono irrogate dall'amministrazione".

<sup>28</sup> In questo senso si leggano gli sviluppi argomentativi di E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, par. 13.

Codice del processo amministrativo, l'esercizio del predetto potere che mal si combina con una serie di principi costituzionali sul processo e sul giudice.

Infatti, a sostegno di ciò, si può mostrare come<sup>29</sup>:

- in Costituzione non esiste alcuna riserva esplicita a favore dell'amministrazione per l'irrogazione delle sanzioni amministrative.
- Alcune disposizioni di diritto positivo, facoltizzando i giudici civili e penali ad irrogare sanzioni amministrative, fanno pensare che lo stesso possa essere fatto anche dal giudice amministrativo che è "*giudice*" al pari loro (si veda, ad esempio, il d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti).
- Il g.a. già si trova a svolgere opera di quantificazione, attraverso l'utilizzo dei criteri di cui alla l. 689/1981, nelle materie devolute alla sua giurisdizione.
- A nulla può valere l'argomento "*a contrario*" che ritiene esistente una riserva di amministrazione in tema di sanzioni amministrative in quanto vi è una diversa riserva di giurisdizione *ex art 13 Cost.* per le sanzioni penali.

Ciò detto, l'attribuzione al g.a. di una tale funzione di tipo sostanzialmente amministrativo necessitava tuttavia e, *prima facie*, di un inquadramento del potere in questione, all'interno dei "*tria ordina jurisdictionis*", nell'alveo della giurisdizione di merito in quanto implicante valutazioni che appaiono sostitutive dell'amministrazione. Tale questione è stata oggi risolta, con un sufficiente grado di chiarezza, dall'intervento del primo correttivo al codice del processo amministrativo (d.lgs. 195/2011), il quale, avendo apportato modifiche all'art. 134 c.p.a. sulla giurisdizione di merito attraverso la previsione della lettera mm) del citato decreto "*all'articolo 134, comma 1, lettera c), sono aggiunte, infine, le seguenti parole:*

---

<sup>29</sup>Considerazioni svolte in dottrina anche da P. CERBO, *op. cit.* (nota n. 21), pag. 884 ss.

“e quelle previste dall’articolo 123”, ha contribuito definitivamente al superamento del dibattito, sorto in dottrina, sul giusto tipo di giurisdizione che presuppone l’esercizio del potere sanzionatorio di cui all’art. 123 c.p.a.<sup>30</sup>.

Infatti, prima del contributo chiarificatore del correttivo, la giurisdizione in materia era definita solo di tipo esclusivo, come risultava dalla locuzione “*con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione ed alle sanzioni alternative*” contenuta alla lett. e) dell’art. 133 del c.p.a. recante rubrica “*materie di giurisdizione esclusiva*”. La formula riproduceva l’art. 7 del d.lgs. 53/2010 di recepimento della direttiva ricorsi 07/66/CE che, a differenza della previsione contenuta al comma 3 lett. h) dell’art. 44 della legge delega n. 88/2009 ordinante il recepimento delle sanzioni alternative contenute nella direttiva ricorsi “*nell’ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito*”, ha fatto cadere ogni riferimento alla natura di merito della predetta giurisdizione<sup>31</sup> sulla base delle osservazioni in tema contenute nel parere del Consiglio di Stato n. 368/2010: “*Va, invece, condivisa la scelta effettuata nello schema di non attribuire al giudice amministrativo anche una giurisdizione di merito, benché la delega consenta tale possibilità. La previsione di una ipotesi di giurisdizione di merito presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a “sostituirsi” all’amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione, che attengono ai profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo, che può essere adottato dal giudice o da un suo ausiliare in sostituzione, appunto, dell’amministrazione*”.

---

<sup>30</sup> Oggi, infatti, l’art. 134 c.p.a., emendato dalla novella del decreto correttivo, si presenta in questa veste:

Materie di giurisdizione estesa al merito

1. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto:

c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall’articolo 123.

<sup>31</sup> Si legga il commento di M. A. SANDULLI, *op. cit.* (nota n. 9), pag. 118: “...non convince la scelta del legislatore delegato di non includere tale potere -che, non soltanto necessariamente presuppone un’indagine sulla colpa e sul fatto, ma implica una scelta di opportunità da parte del giudice sulla forma di reazione (reintegrazione in forma specifica o sanzione) più consona alla soddisfazione della finalità proconcorrenziale- nel novero dei casi in cui la giurisdizione si estende anche al merito”.

In realtà si è subito notato, tra i primi commentatori, come la giurisdizione in tema di sanzioni alternative fosse sostanzialmente di merito<sup>32</sup> in quanto la fase applicativa di queste misure implica un tipo di potere del giudice che è sostitutivo di quello dell'amministrazione anche ove si consideri l'ampia discrezionalità che connota i presupposti della scelta giudiziale sulle diverse sanzioni.

A nulla possono valere, a proposito, le obiezioni proposte dal Consiglio di Stato, nel citato parere, per scongiurare una qualificazione di merito della giurisdizione (ed evitare rischi di incostituzionalità), le quali, facendo forza su una pretesa distinzione nominalistica tra le sanzioni alternative *ex art. 123* definite come “*processuali*” e la generalità delle altre sanzioni “*amministrative*”, pretendevano di effettuare un *discrimen* tra le due figure basato, appunto, sulla considerazione del soggetto irrogante che, in quanto giudice, compie la scelta tra le sanzioni sulla base di una valutazione ancorata a presupposti legislativi predeterminati<sup>33</sup>.

È chiaro come, muovendosi anche la p.a. nella cornice legislativa per l'esercizio del suo potere discrezionale, sia troppo debole il citato criterio per differenziare i due tipi di potere, amministrativo e giudiziale, che, in realtà, nel caso di specie, appaiono completamente simili.

Oggi, a seguito del dibattito intervenuto, si è definitivamente risolto il problema attraverso l'introduzione, come si è detto, in via legislativa di un'espressa ipotesi di giurisdizione estesa al merito, nell'apposito articolo del codice, per i casi di cui all'art. 123 c.p.a.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*: “...l'estensione al merito che indubbiamente connota il nuovo potere sanzionatorio del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici è facilmente comprovata dall'incontestabile inconfigurabilità nei confronti del relativo esercizio di un ricorso per cassazione per eccesso di giurisdizione in quanto ...“estesa al merito”.

<sup>33</sup> Cfr. M. P. CHITI, *op. cit.* (nota n. 3): “Non si vede quale conseguenza possa avere la circostanza, sottolineata invece dal Consiglio di Stato in sede consultiva, che la scelta tra le sanzioni sia l'esito di valutazioni effettuate sulla base di presupposti determinati dal legislatore. Infatti, anche la pubblica amministrazione opera così, differenziandosi per tale carattere la sua discrezionalità dall'autonomia privata. Il solo fatto che la determinazione della sanzione sia effettuata dal giudice, anziché dall'amministrazione non è sufficiente per modificare il tipo di potere esercitato”.



Ciò tuttavia non è risolutivo e, pertanto, non impedisce che sussistano ulteriori aspetti problematici generati dall'attuale formulazione del predetto potere sanzionatorio del g.a.

Un primo profilo critico attiene ai criteri di determinazione della misura delle sanzioni. Il giudice amministrativo, infatti, si trova a dover determinare la misura delle sanzioni alternative, all'interno del massimo e minimo edittale fissato normativamente, tenendo conto di una serie di parametri elastici di modo che risultino *“effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione”*<sup>34</sup>. Tutti criteri che, seppur non venga espressamente fatto richiamo alle disposizioni della l. 689/1981, sembrano di fatto affini a quelli per comminare le sanzioni amministrative pecuniarie<sup>35</sup> ma manca ogni riferimento ad un elemento che per le sanzioni amministrative depenalizzate è determinante: il profilo soggettivo (dolo o colpa).

Tra i criteri citati non figura stranamente l'attenzione per l'aggiudicatario che, come sottolineato più sopra, nel caso di applicazione della sanzione di riduzione della durata del contratto potrebbe essere lesa nella sua sfera giuridica in conseguenza di una tale pronuncia. Il che condurrà il g.a. a concentrarsi, per la sua decisione, solamente sulla condotta della stazione appaltante senza che a nulla conti ogni considerazione sulla eventuale buona fede o meno del terzo contraente.

Ma anche a prescindere da ciò, i citati criteri di valutazione delle misure da irrogare, basati sul carattere proporzionale delle sanzioni, possono dar luogo in sede applicativa a esiti contrari a quelli voluti. L'applicazione delle sanzioni è

---

<sup>34</sup> Cfr. art. 123, comma 2 c.p.a.

<sup>35</sup> Si consulti l'art. 11 della l. 689/1981 recante modifiche al sistema penale.

Criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie

*“Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”.*

momento fondamentale per far sì che queste possiedano quella forza dissuasiva e deterrente che è la stessa *ratio* dell'istituto delle “*sanzioni alternative*”: disincentivare le stazioni appaltanti dalla commissione di violazioni gravi<sup>36</sup>.

Qualora invece la commisurazione delle sanzioni non fosse adeguata, l'intero impianto sistematico che deve reggere il rito appalti crollerebbe spingendo gli operatori economici ad effettuare, secondo metodi tipici dell'analisi economica del diritto, un “*trade-off*” tra costi e benefici giungendo, vista la scarsa consistenza delle sanzioni pecuniarie, a considerare quest'ultime come un costo accettabile a fronte dei maggiori vantaggi che discenderebbero dal compimento di gravi violazioni e a “*rendere conveniente l'illecito anticoncorrenziale*”<sup>37</sup>.

In particolare, rischia di avverare il predetto scenario l'ancoraggio del criterio della proporzionalità della sanzione al valore del contratto che, per la pena pecuniaria, fissata entro un *range* che va dallo 0,5 al 5 % di tale valore e senza alcun riferimento (a differenza delle sanzioni di cui alla l. 689/1981) alle condizioni economiche del trasgressore, frustrerà con facilità l'effetto dissuasivo (risultando, paradossalmente, incentivante) della stessa poiché sarà di importo risibile per la capacità economica di una stazione appaltante, soprattutto se questa sia un'amministrazione statale<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> F. CINTIOLI, *Le innovazioni sul processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 01, par. 10 a proposito della *ratio legis* dell'istituto: “...le sanzioni alternative bilanciano il possibile –incentivo– alla violazione che potrebbe derivare dalla chance di ottenere dal g.a. la conservazione degli effetti del contratto per la tutela di esigenze imperative di interesse generale o la limitazione alla retroattività dell'inefficacia”.

<sup>37</sup> Riflessione svolta nello stesso senso da M. A. SANDULLI, *op. cit.* (nota n. 9), pag. 114.

<sup>38</sup> Una soluzione, teorizzata in dottrina, al problema è quella di M. A. SANDULLI, *ibidem*: “... la capacità dissuasiva dovrebbe essere affidata agli effetti che in tema di responsabilità amministrativa e/o di rapporti interni con l'azienda possono derivare all'agente che, operando colpevolmente *contra legem*, abbia arrecato un onere finanziario all'ente di appartenenza”. Del resto, nello stesso senso, anche M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d.lgs. n. 53 del 2010*”, in *Foro amministrativo TAR*, n. 1/2010, pag. 105, affronta lo stesso tema della responsabilità erariale: “*Il decreto n. 53/2010, del resto, si guarda bene dallo stabilire le conseguenze “personali” delle sanzioni in capo ai soggetti fisici autori delle violazioni. Ovviamente, la carenza di norme specifiche non impedirà di attivare i pertinenti procedimenti diretti ad accertare eventuali responsabilità personali dei funzionari e dei responsabili delle gare*”

La situazione, sotto il profilo della forza deterrente, appare ancora più problematica se si riflette sul fatto che ad essere sanzionate, non sono persone fisiche, ma enti pubblici (le stazioni appaltanti) i quali sono finanziati dalla collettività e si trovano ad essere i “*puniti*” e al, contempo, visto la confluenza dei proventi delle sanzioni pecuniarie all’entrata del bilancio dello Stato, coloro che recuperano le somme, finendo per essere, a conclusione di tutto questo processo, finanziariamente neutri<sup>39</sup>.

Ma non è tutto: se si consulta l’art. 15 del secondo allegato al Codice del processo amministrativo si scopre che il gettito delle sanzioni pecuniarie *ex art.* 123 c.p.a., una volta versato al bilancio dello Stato, sarà riassegnato per finanziare le spese di cui all’articolo 1, comma 309, della l. 311/2004 che, testualmente, prevede: “*Il maggior gettito derivante dall’applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 306 a 308 è versato al bilancio dello Stato, per essere riassegnato allo stato di previsione del Ministero della giustizia per il pagamento di debiti pregressi nonché per l’adeguamento delle spese di funzionamento degli uffici giudiziari e allo stato di previsione del Ministero dell’economia e delle finanze per le spese riguardanti il funzionamento del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali, ivi comprese quelle occorrenti per incentivare progetti speciali per lo smaltimento dell’arretrato e per il miglior funzionamento del processo amministrativo*”<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Il LIPARI, *ibidem*, ha colto la stranezza evidenziando che: “...sembra davvero inusuale la scelta di prevedere “sanzioni” applicate alle stazioni appaltanti, ossia a soggetti pubblici, finanziati dalla collettività. Quale possa essere il reale valore dissuasivo di “sanzioni” che, in definitiva, lo Stato (inteso in senso ampio) applica a se stesso (incassando i proventi delle pene pecuniarie che deve pagare) è davvero arduo stabilirlo”. Si veda anche R. GAROFALI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Nel diritto editore, 2011, pag. 2275: “Si tratta di soluzione che, quanto meno sotto il profilo della ragionevolezza, ma limitatamente alle sanzioni economiche, suscita qualche perplessità perché destinata ad essere applicata in un sistema nel quale stazioni appaltanti sono di regola enti pubblici direttamente o indirettamente finanziati dalla collettività, con la conseguenza che quest’ultima, con una partita di giro, dapprima puniva sé stessa ma poi recuperava i proventi delle sanzioni economiche sopportate”.

<sup>40</sup> Art. 1, comma 309 l. 311/2004 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)”.

La destinazione del gettito al finanziamento degli organi di giustizia amministrativa, potendo influenzare il giudice<sup>41</sup> nella scelta sulla conservazione o meno degli effetti del contratto in caso di gravi violazioni al fine di comminare sanzioni pecuniarie a beneficio finale del suo complesso organizzativo, parrebbe presentare profili di incostituzionalità per violazione della regola “*nemo iudex in causa sua*” riferibile al principio di terzietà e neutralità del giudice rispetto all’oggetto della lite *ex art. 111 Cost.*

Il secondo ordine di problemi che occorre analizzare attiene all’osservanza del principio del contraddittorio che il giudice amministrativo deve garantire nell’applicazione delle sanzioni<sup>42</sup> grazie al richiamo, a tal fine, dell’art. 73, comma 3 c.p.a.<sup>43</sup>.

Quest’ultima disposizione richiede al giudice che rilevi d’ufficio una questione, la quale può essere posta a fondamento della sua decisione, di darne notizia alle parti attivando con esse un contraddittorio al fine di recepirne le osservazioni sul punto: regola che applicata alla materia delle sanzioni alternative sta a significare l’obbligo del giudice amministrativo di raccogliere le osservazioni dei destinatari delle misure sanzionatorie prima di applicarle d’ufficio.

Il problema, su cui s’interroga la dottrina, è con chi debba essere instaurato detto contraddittorio che, secondo le regole del giusto processo *ex art. 111 cost.*, presuppone un momento di confronto dinamico e dialettico tra due parti contrapposte con il giudice in posizione di terzietà ed imparzialità.

---

<sup>41</sup> M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, in Foro amministrativo TAR, n.5/2010, par. 11: “*la disposizione ... potrebbe in qualche modo indirizzare le decisioni del giudice in ordine alla conservazione o privazione di effetti del contratto, in caso di gravi violazioni?*”.

<sup>42</sup> Cfr. art. 123, comma 2 c.p.a.: “*Il giudice amministrativo applica le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio... A tal fine si applica l’articolo 73, comma 3*”.

<sup>43</sup> Art. 73, comma 3 c.p.a. Udienza di discussione. “*Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest’ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie*”.

Qui, sembrerebbe che l'unico soggetto che possa essere considerato parte al fine del contraddittorio sia la stazione appaltante in quanto, nel caso della sanzione pecuniaria, è l'unica destinataria della misura, mentre, nella diversa ipotesi di riduzione della durata del contratto, se si considera la posizione del terzo contraente (che sembrerebbe essere leso da questo tipo di sanzione) si scopre che, in realtà, egli possiede un interesse dello stesso segno di quello della stazione appaltante con ciò escludendo ogni possibilità di instaurare un contraddittorio con essa (non vantando una posizione contrapposta) ma semmai configurandosi come difensore “*ad adiuvandum*” delle tesi della p.a. Si deve anche escludere il ricorrente in quanto egli non vanta alcuna posizione giuridica differenziata in ordine all'applicazione delle sanzioni alternative, semmai mostrando, in riferimento alla sanzione di riduzione della durata del contratto, un generico interesse, comune a quello di tutti gli operatori del settore, ad aspirare all'aggiudicazione di un nuovo bando che l'amministrazione dovrà emanare, vista la conclusione anticipata del precedente contratto d'appalto, per portare a compimento il pubblico lavoro, la fornitura o il servizio necessario.

Una situazione in cui la parte sostanziale sia una soltanto, in un processo, quale quello amministrativo, ove manca la figura della pubblica accusa (come nel processo penale), comporta l'instaurazione di un contraddittorio bilaterale tra giudice e amministrazione<sup>44</sup> che sembrerebbe lontano e contrastante con quel

---

<sup>44</sup> Sulla distanza tra il contraddittorio che s'instaura nell'applicazione dell'art. 123 c.p.a. e il corrispondente modello costituzionale rispondente ai canoni del giusto processo, si veda F. CINTIOLI, *op. cit.* (nota n. 36), par. 11: “*Anche il contraddittorio di cui parla l'art. 123, peraltro, sembra doversi declinare in termini di contraddittorio procedimentale che il giudice-amministrazione assicura al responsabile di un illecito amministrativo piuttosto che in termini di contraddittorio processuale tra due parti e davanti ad un giudice terzo e imparziale. È, insomma, un contraddittorio di tipo verticale, assimilabile a quello disciplinato dalla legge sul procedimento, che contrappone amministrazione e destinatario dei suoi provvedimenti, e che non può confondersi col contraddittorio orizzontale che connota la giurisdizione e che ne esalta, per l'appunto, la terzietà ai sensi dell'art. 111 Cost.*”. Nello stesso senso G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, n. 3/4, par. 6.: “*Il par. 2 dice che “il giudice amministrativo applica le sanzioni, assicurando il rispetto del principio del contraddittorio...”: ma con chi? Manca la figura processuale dell'accusa (che certo non può essere interpretata dal ricorrente, che non pare proprio che possa essere titolare di una posizione sostanziale da far valere ai fini della sanzione). Il contraddittorio, così, si instaurerebbe tra*

modello di contraddittorio processuale evocato dall'art. 111 Cost., il quale prevede un modello trilatero con due parti che si contrappongono dialetticamente ed un giudice che valuta in posizione di terzietà da esse<sup>45</sup>, “terzietà” che verrebbe a mancare nella situazione *ex art. 123 c.p.a.* con ogni conseguente dubbio di legittimità costituzionale della disposizione<sup>46</sup>.

Ciò che suscita dubbi di costituzionalità è anche, per com'è disciplinato legislativamente in diritto positivo il potere in questione e mancando, come detto, un soggetto equiparabile ad un pubblico ministero nel giudizio amministrativo, l'anomalo e deviante cumulo, nello stesso soggetto anche persona fisica (il giudice), delle funzioni requirenti (formulazione della contestazione) e decisorie (irrogazione della sanzione), in quanto deve essere svolta dallo stesso organo tanto l'individuazione della misura da adattare al caso concreto, quanto il sindacato sull'adeguatezza e legittimità di essa (per di più senza alcuna possibilità di appello, qualora ciò avvenga in secondo grado, su cui, si veda appena più avanti).

Sembra, perciò, alquanto incisivo il contrasto con il principio della “terzietà” del giudice che, oltre al saldo ancoraggio in Costituzione, per quanto propriamente attiene alle sanzioni amministrative, è principio generale dell'ordinamento, ricavabile dalla l. 689/1981 considerata come lo “statuto”<sup>47</sup> per questo tipo di sanzioni, richiedente la necessaria diversità tra l'organo che formula la contestazione e quello che decide su di essa.

---

*Amministrazione e Giudice (o tra le parti contrattuali e il Giudice). Al quale, dunque, verrebbe a mancare la posizione di terzietà”.*

<sup>45</sup> Cfr. art. 111, comma 2 cost. Giusto processo. “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”.

<sup>46</sup> Già in sede di scrittura della norma erano evidenti queste problematiche di ordine costituzionale, come si legge in M. LIPARI, *op. cit.* (nota n. 41), pag. 25: “Infine, va segnalato che, nel testo finale, non è stata recepita l'osservazione della Commissione Affari costituzionali del Senato, che chiedeva l'espressa previsione della legittimazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ad impugnare gli atti illegittimi dei procedimenti delle gare di appalto. La relazione governativa afferma, condivisibilmente, che l'introduzione di una legittimazione processuale attiva in capo a detta Autorità costituirebbe, infatti, una surrettizia introduzione della figura del Pubblico ministero nel processo amministrativo, incompatibile con la sua natura strutturale di “giurisdizione soggettiva”.

<sup>47</sup> Espressione di F. CINTIOLI, *op. cit.* (nota n. 36), par. 11.

Si può anche dubitare del contrasto della disposizione *de qua* con la norma dell'art 111 Cost. sul giusto processo ove si statuisce che *“la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”*, criterio che sembra frustrato dall'istituto in questione che, in mancanza di una disciplina legislativa espressa sulla conduzione di questa fase processuale, sembra affidare tutto ciò al g.a. che, oltre a cumulare su di sé tutti quei ruoli anzidetti che ne minano la terzietà, crea anche le regole di gestione di questo sub-procedimento sanzionatorio<sup>48</sup>.

Un ulteriore profilo che palesa profondi elementi di contrasto con le disposizioni costituzionali è quello della *“giustiziabilità”* delle sanzioni alternative che appare deficitario nel caso d'irrogazione di esse per la prima volta in appello in quanto, ai sensi dell'art. 111, comma 8, *“Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”*.

Questa situazione si verifica nelle ipotesi in cui in primo grado venga rigettato il ricorso, non ravvisando il giudice alcuna grave violazione *ex art. 121* o inosservanza *ex art. 123*, comma 3 c.p.a., e successivamente, a seguito di impugnazione della sentenza del Tar da parte del ricorrente, in sede di appello, il Consiglio di Stato riformi *“tout court”* la pronuncia ritenendo, in esito a tutto quel percorso di valutazione giudiziale sull'alternativa inefficacia/conservazione, sussistenti gli estremi per la comminazione delle sanzioni alternative.

---

<sup>48</sup> Dubbio di costituzionalità evocato, per primo, da G. GRECO, *op. cit.* (nota n. 44), par. 6: *“Sorgono, così, gravi scrupoli anche in relazione all'art. 111 Cost.... Nella specie manca la disciplina processuale di siffatta fase del giudizio. Sicché si deve pensare che la stessa sia rimessa allo stesso Giudice amministrativo, che prima dovrebbe prospettare d'ufficio una certa sanzione, comunicarla poi all'Amministrazione perché questa possa difendersi ed infine applicarla: ma demandare al Giudice la concreta gestione del processo, in una materia così delicata, potrebbe costituire già di per sé una violazione del citato art. 111 Cost”*. Si leggano le considerazioni della Corte Costituzionale, nell'ordinanza n. 68/2006, a proposito di un simile caso di ridotta regolamentazione del rito: *“...la ridotta regolamentazione del rito “...” finirebbe col demandare al giudice «la concreta gestione del processo e la concreta scelta delle modalità di tutela degli interessi sostanziali e processuali delle parti»: e ciò in violazione dei principi enunciati dall'art. 101, secondo comma, e 111, primo comma, Cost. – per cui «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» ed il «giusto processo» è «regolato dalla legge» – i quali esigono che la disciplina del processo venga predeterminata da norme di rango primario”*.

È evidente come, vista la ricorribilità in Cassazione contro le pronunce del Consiglio di Stato soltanto per motivi di giurisdizione<sup>49</sup>, i soggetti destinatari delle sanzioni rimangano sprovvisti di ogni tutela<sup>50</sup> in totale contrasto con il diritto di difesa *ex art. 24 cost.*, e, vista la natura sostanzialmente amministrativa della pronuncia giudiziale sulle sanzioni alternative, anche con il dettato dell'art. 113 cost.<sup>51</sup>, a mente del quale: “*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*”.

La locuzione “*pubblica amministrazione*” contenuta nell'art. 113 Cost., infatti, non deve condurre il giurista ad un'interpretazione meramente formalistica della norma costituzionale legata alla natura del soggetto (per le sanzioni alternative un giudice invece di una pubblica amministrazione), ma ad una comprensione della portata sostanziale del precetto, ovvero: la garanzia del diritto di difesa avverso

---

<sup>49</sup> Con esclusione, quindi, della regola generale sulla ricorribilità in Cassazione per violazione di legge avverso qualsiasi sentenza o provvedimento dei giudici ordinari o speciali prevista dal comma 6 dell'art. 111 Cost.

<sup>50</sup> Si è teorizzata, in dottrina, da parte di M. A. SANDULLI, *op. cit.* (nota n. 9), pag. 108, un'idea per superare l'*impasse* e tentare una salvezza dell'istituto da incombenti minacce di incostituzionalità. L'Autrice, infatti, osserva come: “*Meno facilmente praticabile, per quanto essa pure astrattamente possibile, la soluzione di riconoscere anche nei confronti delle sanzioni pecuniarie applicate dal giudice amministrativo il rimedio generale dell'opposizione dinanzi al giudice ordinario di cui all'art. 23 l. 689/1981. A parte la difficoltà di configurare un potere del tribunale civile di annullare/ riformare decisioni (sia pure di contenuto sostanzialmente amministrativo) del giudice amministrativo, la soluzione sarebbe in contrasto con i principi di economia processuale e di concentrazione della tutela sulle quali la Corte costituzionale e la Corte di cassazione hanno tanto insistito nella giurisprudenza più recente*”.

<sup>51</sup> Osserva F. CINTIOLI, *op. cit.* (nota n. 36), par. 11: “*...le sanzioni potrebbero esser comminate per la prima volta in sede di appello (quando ad esempio venisse riformata una sentenza di primo grado di rigetto) e rispetto a questo provvedimento amministrativo (ed ai connessi e specifici aspetti valutativi, ad esempio, sulla misura della sanzione) il soggetto sanzionato resterebbe privo di tutela giurisdizionale. La violazione degli artt. 24 e 113 Cost. allora sarebbe difficilmente resistibile con l'argomento, pur suggestivo, che, provenendo la sanzione da un giudice, si potrebbe soprassedere sulla tutela giurisdizionale (contro quella che è però pur sempre un'attività amministrativa volta a sanzionare un illecito amministrativo). Quel che viene sacrificato così argomentando è proprio il principio di effettività della tutela giurisdizionale contro determinazioni aventi carattere sostanzialmente amministrativo*”. *Contra* R. DE NICTOLIS, *op. cit.* (nota n. 16), par. 11.12.: “*Quanto alla non giustiziabilità se le sanzioni vengono irrogate per la prima volta nel giudizio di appello, non si profilano vizi di incostituzionalità, perché il doppio grado di giudizio è costituzionalizzato, nel processo amministrativo, solo nel senso che se si pronuncia il giudice di primo grado non può essere precluso l'appello, ma non è impedito un giudizio in unico grado davanti al giudice superiore, ossia davanti al Consiglio di Stato*”.



ogni atto a contenuto sostanzialmente amministrativo, specie se sanzionatorio, indipendentemente dal soggetto emanante<sup>52</sup>.

Visto il carattere dell'atto sanzionatorio emanato dal g.a. *ex art. 123 c.p.a.*, avente indubitabilmente sostanza di provvedimento amministrativo, si sarebbe in presenza di un esercizio del potere amministrativo sfornito di ogni possibile forma di tutela avverso le sue manifestazioni<sup>53</sup>.

L'unica soluzione che sembrerebbe praticabile (sempre che non si intenda, in una prospettiva "*de jure condendo*", affidare il potere sanzionatorio ad un'autorità diversa dal giudice amministrativo) per tentare di salvare il diritto costituzionale di difesa e, quindi, la legittimità costituzionale dell'istituto, è quella di scindere il momento della proposta delle sanzioni, da affidare all' Autorità di vigilanza sui contratti pubblici o a un giudice amministrativo non facente parte del collegio, da quello propriamente decisorio affidato al collegio giudicante la causa, in modo da simulare una certa vicinanza al modello teorico del processo penale<sup>54</sup>.

Si deve poi valutare il rapporto tra l'applicazione giudiziale delle sanzioni alternative in esame e il principio dispositivo che, si è detto, informa anche il processo amministrativo<sup>55</sup>.

Le sanzioni *ex art. 123 c.p.a.* sono applicate dal g.a. di sua iniziativa in modo officioso<sup>56</sup>, non essendo richiesta, in alcuna parte della norma, l'iniziativa del ricorrente che, a ben vedere, nessun interesse può vantare in ordine all'applicazione di esse poiché la sua aspirazione al conseguimento del "*bene della*

---

<sup>52</sup> È oggi pacifico, invocare l'art. 113 cost. anche per atti, a contenuto sostanzialmente amministrativo, emanati da soggetti formalmente privati come gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche.

<sup>53</sup> Non vale ad escludere il ragionamento l'eccezione alla tutela giurisdizionale per gli atti politici in quanto fondata su una considerazione attinente, non all'autore dell'atto, ma al contenuto di esso, ritenuto non materialmente amministrativo.

<sup>54</sup> Così anche M. A. SANDULLI, *op. cit.* (nota n. 9), pag. 109.

<sup>55</sup> M. P. CHITI, *op. cit.* (nota n. 3), pag. 175: " ... *principio dispositivo che regge il processo amministrativo*".

<sup>56</sup> Concorde anche la giurisprudenza, *ex multis* T.a.r. Lombardia, sez. Brescia, sez. II, n. 1673/2011: "*In tema di gara pubblica le sanzioni alternative di cui all'art. 123 cod. proc. amm. sono applicabili d'ufficio*".

*vita*’ non riposa sulla punizione della stazione appaltante, ma sull’aggiudicazione della commessa o, qualora ciò non sia possibile in quanto il giudice opti per la conservazione degli effetti contrattuali, sul risarcimento per equivalente.

Tuttavia si palesa, *prima facie*, una stranezza derivante dall’incoerenza di far dipendere un intervento sanzionatorio officioso da un’*“occasione”* processuale attivata da un ricorrente che mira ad altre finalità più vicine a logiche di spettanza connesse alla propria posizione giuridica soggettiva invocata in giudizio, come se la punizione di violazioni oggettive e storicamente verificatesi debba dipendere dall’iniziativa di un soggetto che, a nulla interessato all’applicazione di queste misure, abbia sottoposto il caso alla cognizione di un giudice, restando altrimenti impunita la situazione.

Questa primazia del ruolo del giudice nell’applicazione delle sanzioni alternative a prescindere da una domanda o dall’interesse di una parte si spiega nella finalità di queste ultime che non è soddisfacente<sup>57</sup>, ovvero orientata alla tutela di posizioni giuridiche soggettive, ma sanzionatoria e ripristinatoria della legalità violata, a presidio d’interessi pubblici a consistenza oggettiva quale il valore della concorrenza<sup>58</sup> tanto a cuore al legislatore comunitario che ha ideato la matrice del potere in questione.

---

<sup>57</sup> Si legga quanto detto da E. FOLLIERI, *op. cit.* (nota n. 18), pag. 1136: “*Accertata la sussistenza dei presupposti previsti perché scattino le sanzioni, si apre un nuovo scenario in cui il giudice non tutela le situazioni giuridiche soggettive del ricorrente, ma l’interesse pubblico alla base della posizione delle norme disciplinatrici del procedimento amministrativo che sono state violate*”.

<sup>58</sup> L’approccio processuale comunitario, nel definire i poteri del giudice nel contenzioso sui contratti pubblici, spesso appare incentrato sulla difesa del valore concorrenziale in un’accezione oggettiva quale valore meta-individuale che va salvaguardato *ex se* quasi come se fosse un interesse superiore a quello delle parti in causa. Si realizza pertanto una “*sorta di scambio*” tra una giurisdizione di diritto soggettivo volta alla tutela delle situazioni soggettive individuali e un’oggettivizzazione della stessa servente al valore della concorrenza. Questa logica sanzionatoria del processo, concepito come luogo per riaffermare/ripristinare un valore oggettivo del quale il giudice è guardiano, si pone in forte contrasto con la tradizione domestica dell’impianto di giustizia amministrativa, la quale, a seguito di una lunga evoluzione storica, è approdata ad un modello processuale c.d. di parti poggianti sul principio dispositivo e sugli ancoraggi costituzionali in senso di effettività e pienezza della tutela delle posizioni soggettive dei ricorrenti. In dottrina, sul punto: F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in Giustamm.it, 2010.

Si tratta di capire se questa risultante oggettivizzazione del processo amministrativo<sup>59</sup> impressa dalle modalità procedurali del potere giudiziale *ex art.* 123 c.p.a. rechi con sé dubbi di legittimità costituzionale per incompatibilità con quello che è il ruolo del giudice in una giurisdizione amministrativa conforme a Costituzione.

Infatti, da più parti si rileva come dalla lettera dell'art. 103 Cost. nella parte in cui si prevede che il Consiglio di Stato e i Tribunali amministrativi regionali *"hanno giurisdizione per la tutela"* delle figure soggettive d'interesse legittimo e, talvolta, di diritto soggettivo sembra funzionalizzarsi l'opera del giudice amministrativo alla tutela delle figure soggettive azionate in giudizio, canone rispondente alla categoria della giurisdizione soggettiva che sembra porsi come limite per ogni tendenza volta a introdurre figure di giurisdizione oggettiva sganciate dalla domanda e dall'interesse delle parti ma volte soltanto a tutelare interessi oggettivati e metaindividuali<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> M. A. SANDULLI, *op. cit.* (nota n. 9), pag. 111: *"...l'influenza comunitaria, al fine di garantire al massimo grado il valore della concorrenza, abbia determinato un potenziamento del ruolo oggettivo del giudizio amministrativo, che, una volta investito di una grave violazione delle regole pro-concorrenziali, procede, anche a prescindere dalle posizioni e dagli interessi particolari delle parti, verso l'adozione di misure idonee alla migliore tutela, immediata o futura, dell'interesse generale che tali regole mirano a curare..."*.

<sup>60</sup> A conforto di questa tesi si veda quanto detto da F. CINTIOLI, *op. cit.* (nota n. 36), par. 11: *"Si deve controbiettare che non è affatto agevole rinvenire nell'ordinamento un tertium comparationis che consenta di definire ragionevole e giustificabile, secondo lo scrutinio richiesto dall'art. 3 Cost., l'affidamento di queste funzioni al giudice speciale; così come si potrebbe ancora sottolineare che gli artt. 100 e 103 con difficoltà possono essere così tanto dilatati. A quest'ultimo proposito, va ricordato che l'espressione utilizzata dall'art. 103, secondo cui il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela di interessi legittimi e talora anche di diritti sembra doversi leggere anche nel senso che pone un limite in negativo alle funzioni del g.a.: egli ha una giurisdizione di diritto soggettivo, per l'appunto, in quanto mira esclusivamente alla tutela di situazioni soggettive. È, insomma, giurisdizione in senso proprio. Dai lavori preparatori, del resto, risulta che questa formula, già di per sé inequivoca, è stata scelta al posto di altre che avrebbero invece lasciato una latitudine più ampia alla giurisdizione amministrativa"*. Nello stesso senso M. P. CHITI, *op. cit.* (nota n. 3), pag. 176: *"...dalla direttiva 66 risulta con nitore che le sanzioni alternative sono finalizzate a garantire la legalità dell'azione amministrativa, ripristinando in parte la legittimità della fattispecie (con la riduzione della durata del contratto) o sanzionando l'amministrazione colpevole dell'illegittimità (con la sanzione pecuniaria nei suoi confronti). Si tratta ad ogni effetto di una giurisdizione di diritto oggettivo, per sanzionare la violazione di norme di diritto pubblico, lontana dal modello costituzionale di giustizia amministrativa (cfr. in particolare gli artt. 103 e 113) come ulteriormente definito dal Codice del processo amministrativo"*. Concorda anche G. GRECO, *op. cit.* (nota n. 44), par. 6: *"Qui non si tutelano né diritti, né interessi legittimi (e cioè posizioni sostanziali del ricorrente privato) nei confronti dell'Amministrazione. Sibbene si sacrificano diritti dell'Amministrazione (e, nel caso di riduzione della durata residua del contratto, anche dell'altro contraente):*

Si potrebbe ulteriormente riflettere sul fatto che, dall'angolo prospettico della sostanza della sanzione, quest'ultima è, sul piano dogmatico/generale, strumento di presidio della giuridicità di un precetto (nel caso di specie: la normativa pro-concorrenziale nell'ambito delle procedure di affidamento di pubblici appalti) con finalità afflittivo-punitive (oltre che, spesso congiuntamente, di deterrenza e prevenzione) più che ristorative in chiave satisfattoria. È chiaro, difatti, lo stesso art. 123 c.p.a. ove, enfaticamente, ribadisce come *“In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative”* di modo da rendere palese all'interprete la duplicità e la differenza delle funzioni svolte dalle sanzioni alternative, da un lato, e dal risarcimento aquiliano, dall'altra.

Dunque, vista la natura oggettiva delle sanzioni come presidio ad interessi a valenza ordinamentale da assicurare, solo perché si sia violata la norma presidiata, in via doverosa da parte del giudice preposto alla comminazione delle stesse, e quindi in un modo officioso che prescinda dalla presenza di un interesse all'irrogazione da parte di un singolo soggetto, si può vedere come incongruenze derivino dal trapianto di una potestà sanzionatoria che presenta dette caratteristiche in un ambiente processuale a giurisdizione soggettiva.

Infatti, circa la compatibilità costituzionale di neo-forme di oggettivizzazione del processo amministrativo, in un clima culturale e dottrinale favorevole, viceversa, a visioni di approdo di quest'ultimo ad un sistema di giustizia amministrativa c.d. soggettivo e di *“spettanza”* come epilogo interpretativo del combinato disposto degli artt. 24, 103, 113 Cost., il potere sanzionatorio di cui all'art. 123 c.p.a. appare stridente nel momento in cui cerca di combinare giurisdizione oggettiva e principio dispositivo quale carattere di un modello, per l'appunto, soggettivo di giurisdizione.

---

*sicché mi pare che siamo al di fuori dell'art. 103 Cost.”*. Si veda anche l'interessante lettura offerta da M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale scientifica, 2012, pag. 149 ss.

Infatti, non si è ideato, quanto alle sanzioni alternative (e, aldilà, poi, di ogni indagine circa la possibile costituzionalità di una tale previsione), un modello di giurisdizione oggettiva c.d. “*piena*”<sup>61</sup>, quale impianto che consenta al g.a. non solo di procedere “*ultra petita partium*” (pur presente una domanda di parte con un *petitum* proprio), bensì anche di procedere in modo inquisitorio a prescindere proprio dalla stessa presenza di una “*domanda*” di parte. Di qui le difficoltà di armonizzazione tra una sanzione che vorrebbe un modello processuale più simil-penalistico come humus abitativo, in quanto ivi è presente un pubblico ministero che esercita l’azione penale per la tenuta di interessi oggettivi aldilà dell’inattività o del disinteresse dei cittadini, e il processo amministrativo nel quale una figura di tal fatta, invece, istituzionalmente difetta, avendo le caratteristiche di un processo da ricorso attivato da un soggetto per la tutela di una propria posizione giuridica soggettiva<sup>62</sup>.

E qui è la stranezza e la frizione tra la previsione di una sanzione che dovrebbe, nel rispetto della sua *ratio* e della sua effettività, andare a scoprire e colpire tutti i comportamenti di devianza dal paradigma normativo, e una modellistica processuale ove la cognizione del giudice (soggetto armato di questa potestà sanzionatoria dall’art. 123 c.p.a.) delle trasgressioni della normativa tutelata dalle sanzioni alternative debba dipendere dall’iniziativa di un ricorrente,

---

<sup>61</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *op. cit.* (nota n. 36) par. 8.

<sup>62</sup> Ci si può chiedere se un’eventuale conferimento della legittimazione a ricorrere in capo all’AVCP al fine di ottenere il rispetto delle normative pro-concorrenziali, violate dalla stazione appaltante, attraverso la richiesta dell’applicazione delle sanzioni *ex* art. 123 c.p.a., costituisca un’introduzione mascherata di un pubblico ministero nella giurisdizione amministrativa non possibile in queste forme. Tuttavia un esempio affine potrebbe essere quello della nuova forma di legittimazione a ricorrere dell’AGCM di cui all’art. 21-bis della l. 287/1990 che prevede: “L’Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”. Per i problemi di sistema ingenerati dalla nuova soluzione di diritto positivo, in dottrina, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in Giustamm.it, 2012; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell’AGCM nell’art. 21-bis legge n. 287/1990*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012; M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21-bis l.n. 287 del 1990*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2012.

si badi bene, che ha carenza di interesse quanto alla comminazione delle stesse, ma che agisce solo nel momento in cui ritiene di essere stato pregiudicato da un cattivo esercizio del potere della stazione appaltante in un'ottica di conseguimento del "*bene della vita*" che inerisce alla sua posizione giuridica sostanziale quale *causa petendi* della sua azione.

Sembra proprio un espediente mal congegnato di difficile convivenza tra aspetti di oggettivizzazione e salvezza dell'impianto istituzionale di giurisdizione soggettiva con il suo corollario del principio della domanda.

Tuttavia, *quid iuris* nel caso in cui la domanda veicolata in giudizio dal ricorrente si arresti ad un aspetto preliminare al merito, quale ad esempio un difetto delle condizioni dell'azione o di un presupposto processuale, che ferma il giudice a questo momento iniziale del percorso processuale da colpire con sentenza di rito, senza che possa accedere alla cognizione degli aspetti di merito sulla fondatezza o meno di ogni argomentazione legata alle presenza di gravi violazioni, richiesta di inefficacia etc.? Il g.a. può comunque, solo perché vi è stata la "*molla*" di un ricorso attivarsi in modo totalmente inquisitorio e andare a ricercare la presenza di un presupposto applicativo delle sanzioni *ex art. 123 c.p.a.*?

Se si desse risposta positiva all'interrogativo si privilegierebbe l'aspetto sanzionatorio ma a discapito di ogni tenuta costituzionale del processo amministrativo soprattutto nei profili del principio della domanda, viceversa, se per poter spendere il proprio potere *ex art. 123 c.p.a.* si deve attendere un intervento totalmente diligente del ricorrente in ogni formulazione del proprio atto introduttivo di ricorso (si ricordi: funzionale a tutt'altro scopo) si avrebbe una contrazione e una *deminutio* considerevole della portata sanzionatoria.

Queste riflessioni fanno comprendere come l'innesto di potestà sanzionatorie all'interno del processo amministrativo, rispetto al tradizionale affidamento della capacità comminatoria di esse ad autorità amministrative, "*snatura*" in un certo senso l'idea di sanzione e la sua portata pratica, relegandola

ad ipotesi recessive numericamente a fronte delle violazioni del precetto che si verificano “*in rerum natura*” proprio per il differente sistema di cognizione delle violazioni. Mentre nel modello tradizionale delle autorità amministrative aventi in attribuzione potestà sanzionatorie quest’ultime si muovono officiosamente nello scoprire e reprimere le violazioni, l’attuale soluzione “*de iure condito*”, in quanto riposa su un giudice amministrativo che opera in una giurisdizione soggettiva (la quale è sicuramente conquista di civiltà tendente ad un diritto amministrativo sempre più “*paritario*” ma, sul versante della tenuta di interessi oggettivi, appare strutturalmente deficitaria), fa dipendere l’emersione delle violazioni al precetto da tutta una serie di variabili ed ostacoli processuali estranei alla mera ottica funzionale alla repressione dei comportamenti contrari alla norma presidiata.

Nello stesso senso la possibilità di avere applicazioni dell’art. 123 c.p.a., ovvero comminazione di sanzioni, e dunque repressione di violazioni e tenuta delle norme, è frustrata dal *trend* verso soluzioni deflattive del contenzioso in materia di appalti pubblici, tanto dal lato degli strumenti pre-contenziosi, quale l’informativa in ordine all’intento di proporre ricorso *ex art. 243-bis d.lgs. 163/2006* che stimola interventi in autotutela della P.A., quanto sul versante dell’ampliamento del contributo unificato per l’accesso alla giustizia amministrativa nelle procedure *ex art. 120 ss. c.p.a.*<sup>63</sup> che disincentiverà sicuramente la proposizione di numerosi ricorsi, soprattutto da parte di piccole e medie imprese, con conseguente perdita, nell’ottica dell’art. 123 c.p.a., di effettività dello strumento sanzionatorio.

---

<sup>63</sup> Di recente, infatti, l’art. 1, comma 25, della legge finanziaria per il 2013 n. 228 del 24 dicembre 2012, ha incrementato il contributo unificato per il contenzioso in materia di appalti pubblici. All’art. 1, comma 25 della legge n. 228 si prevede infatti per le procedure di ricorso in materia di pubblici lavori, servizi e forniture: “*il contributo dovuto è di euro 2.000 quando il valore della controversia è pari o inferiore ad euro 200.000; per quelle di importo compreso tra euro 200.000 e 1.000.000 il contributo dovuto è di euro 4.000 mentre per quelle di valore superiore a 1.000.000 di euro è pari ad euro 6.000. Se manca la dichiarazione di cui al comma 3-bis dell’articolo 14, il contributo dovuto è di euro 6.000*” Nel seguente comma 27 dello stesso articolo, inoltre, si stabilisce un aumento della metà per i giudizi di impugnazione. Non è questa la sede per indagare l’opportunità o meno di scelte di politica deflattiva legate all’incremento dei contributi unificati che possono apparire come “*barriere all’ingresso*” per l’accesso alle corti con ogni ostacolo al principio di azionabilità *ex 24 Cost.*

La riduzione del contenzioso amministrativo in materia di appalti pubblici, sicuramente salutare con favore quanto a certi obiettivi di migliore qualità di giustizia, dal mero punto di vista delle sanzioni alternative ne contrae le possibilità applicative e il senso delle stesse, con ciò confermando l'assunto appena esposto circa uno "snaturamento" della categoria concettuale della sanzione amministrativa.

#### *1.4. Le alternative alla soluzione positiva. Una possibile conclusione.*

La moltitudine di rilievi critici ed obiezioni di incostituzionalità a cui si espone la scelta del legislatore italiano di affidare il potere sanzionatorio in materia di appalti pubblici al giudice amministrativo induce, peraltro, lo studioso a non limitarsi soltanto ad un'analisi critica dell'istituto ma, su un altro fronte, anche ad indagare ogni possibile percorso ermeneutico che consenta la salvezza della normativa *de qua*. A tal fine, vista la difficile resistibilità ai penetranti dubbi di costituzionalità presentati nel lavoro, occorre quanto meno scrutare le parole della direttiva ricorsi 07/66/CE (che è sempre il punto di partenza necessitato per l'interprete stante la derivazione comunitaria dei "nuovi poteri" giudiziali in materia di appalti pubblici) al fine di individuare diverse alternative praticabili, da suggerire al legislatore in una prospettiva "*de iure condendo*".

Infatti, la soluzione *ex art. 123 c.p.a.* non appare via obbligata in quanto, a leggere il testo della direttiva, si nota, come già accennato, che, con un linguaggio volutamente a "*maglie larghe*" per consentire un miglior adattamento ai vari sistemi giuridici nazionali, vi si utilizza la generica espressione "*organo di ricorso indipendente*



dall'amministrazione aggiudicatrice"<sup>64</sup> per indicare il soggetto cui debba essere affidato il potere di comminare le sanzioni alternative.

Si tratta, dunque, di comprendere il reale significato di questa formula.

Anzitutto, con uno sguardo volto al complesso della direttiva ricorsi, si nota che il riferimento al concetto di "organo di ricorso indipendente" è frequente in molti "considerando" ed articoli della stessa<sup>65</sup> ed allude all'intenzione comunitaria di facultizzare gli Stati, per il settore dei contratti pubblici, a creare un modello integrativo di tipo "quasi-judicial"<sup>66</sup> da affiancare alla tutela giurisdizionale attraverso l'opera di un organo che, pur potendo non essere giudiziario<sup>67</sup>, presenti le seguenti caratteristiche<sup>68</sup>:

- sia l'organo responsabile delle procedure di ricorso
- possa essere, o non, diverso dagli organi giudiziari
- debba essere necessariamente indipendente dalle stazioni appaltanti
- se non è organo giudiziario i suoi atti devono poter essere sempre impugnabili davanti ad un organo giurisdizionale.

Il requisito fondamentale di questo organo è quello dell'indipendenza ma, si badi, non ci si riferisce ad un'idea di indipendenza in senso assoluto che imponga necessariamente l'opzione per la magistratura e la conseguente soluzione giurisdizionale, bensì, ad un'accezione relativa del termine che attiene

---

<sup>64</sup> Cfr. art. 2-*sexies*, comma 1, direttiva 07/66/CE.

<sup>65</sup> In particolare i considerando 13, 19, 22 e gli artt. 2-*quinqüies* e 2-*sexies*.

<sup>66</sup> Ci si riferisce ad un modo di operare di certe autorità indipendenti che svolgono funzioni di tipo giustiziale con estensione di alcuni caratteri e garanzie del processo. Particolare è il caso degli *administrative tribunals* inglesi. Sul concetto di "amministrazione giustiziale" si veda più ampiamente E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Cedam, 1986 e dello stesso Autore, *Idea e prassi dell'amministrazione giustiziale*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Mucchio editore, vol. I, 1996, pag. 183 ss.

<sup>67</sup> Argomentazione ricavabile dall'art. 2, comma 9 della direttiva 07/66/CE nella parte in cui si dispone che: "Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari..." ammettendo con queste parole la possibilità di un modello para-giurisdizionale.

<sup>68</sup> L'elencazione di seguito è tratta dalla compiuta classificazione operata da M. P. CHITI, *op. cit.* (nota n. 3), pag. 164 ss.

soltanto ai rapporti di necessaria alterità tra detto organo e l'amministrazione aggiudicatrice che sia parte della contesa e richiede certi requisiti, ben elencati all'art. 2, comma 9 della dir. 07/66/CE: *“La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice...”*.

Ciò premesso, avendo ben mostrato come nell'impianto di matrice europea fosse concesso agli Stati di individuare una soluzione, sul punto del soggetto cui affidare il potere sanzionatorio in materia di appalti, al di fuori della magistratura amministrativa, il legislatore domestico in sede di recepimento degli obblighi di diritto derivato ha optato, invece, per un modello di tutela giurisdizionale totale lasciando cadere ogni possibile riferimento all'organo di ricorso e a strade alternative a quella strettamente giudiziaria.

Questa scelta legislativa, per quanto attiene alla materia contenziosa sui contratti pubblici in generale, appare condivisibile vista la scarsa rilevanza che i ricorsi amministrativi hanno sin da sempre giocato in questo settore e la coeva istituzione, per la prima volta nella storia, di un Codice del processo amministrativo che, perseguendo obiettivi di snellezza, effettività della tutela, economicità etc. ha portato a privilegiare, anche per il campo degli appalti pubblici, la strada giurisdizionale.

Ma lo stesso discorso non può valere per il singolo istituto delle sanzioni alternative che, come ampiamente dimostrato nel paragrafo precedente, qualora venga incluso tra i poteri del giudice amministrativo, comporta, indefettibilmente, contraddizioni difficilmente sanabili con i caratteri della giustizia amministrativa oltre a plurimi profili di incostituzionalità su più fronti.

Ecco l'importanza di indagare forme alternative per l'esercizio di questa potestà punitiva di difficile inquadramento.

Una possibilità che è sembrata convincere anche una parte della dottrina<sup>69</sup> e che appare praticabile è quella di affidare la competenza sanzionatoria all'AVCP ovvero l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, autorità amministrativa indipendente che ha la funzione principale di vigilare sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture curando, in particolare l'osservanza delle norme del Codice e la regolarità delle gare bandite dalle stazioni appaltanti.

Quest'opzione, lasciando competente il giudice amministrativo in tutti i restanti poteri legati al contenzioso sugli appalti pubblici *ex artt.* 121 ss. c.p.a., avrebbe il vantaggio di non dover istituire un organo *ad hoc* (cui attribuire, come organo di ricorso indipendente, il potere sanzionatorio) e consentirebbe di sfruttare la posizione di terzietà che già istituzionalmente compete a detta "autorità", quale canone fondamentale delle autorità amministrative indipendenti, necessitando soltanto di alcune piccole modifiche quanto ai criteri per la nomina dei membri di essa e del suo presidente in accordo a quanto stabilito dalla direttiva all'art. 2, comma 9.

Il meccanismo di azione di questo possibile scenario, che include l'AVCP nel riparto di competenze in materia di pubblici appalti quanto all'irrogazione delle sanzioni alternative nei casi previsti, è già stato descritto anche nel parere redatto dai consiglieri di Palazzo Spada sulla bozza del decreto di recepimento della direttiva ricorsi, ove avevano teorizzato in astratto l'ipotesi che si sta esaminando:

---

<sup>69</sup> Si veda E. FOLLIERI, *op. cit.* (nota n. 18), pag. 1134: "...la dizione –organo di ricorso- non comporta che debba essere necessariamente il giudice, ben potendo svolgere tale funzione un'autorità amministrativa, ad alto tasso di terzietà, come l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici". In accordo F. CINTIOLI, *op. cit.* (nota n. 15), pag. 18: "...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" e M. A. SANDULLI, *op. cit.* (nota n. 9), pag. 107: "... il legislatore avrebbe potuto ripartire i compiti (decisori e sanzionatori) tra il giudice amministrativo e l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, quale soggetto di sicura indipendenza rispetto alle singole amministrazioni aggiudicatrici...". L'unica isolata voce contraria in dottrina è quella di R. DE NICTOLIS, *op. cit.* (nota n. 16), par. 11.12.: "...si era da taluno proposto di demandare l'irrogazione delle sanzioni a un soggetto diverso dal giudice, ad es. l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, se del caso lasciando al giudice solo la fissazione dei principi. Ma sul punto la legge delega non lasciava spazio a tale alternativa".

*“...altre soluzioni in astratto ipotizzabili, quale, ad esempio, la attribuzione della competenza ad irrogare le sanzioni all’Autorità di vigilanza a seguito della trasmissione delle sentenze da parte del giudice amministrativo”<sup>70</sup>.*

In sostanza il giudice amministrativo rimarrebbe competente in tutti i suoi poteri conferitogli dal Codice del processo amministrativo, in particolare dal rito appalti, salvo, qualora accerti la sussistenza di uno dei presupposti applicativi che devono condurre all’applicazione delle sanzioni alternative, limitarsi ad indicare la violazione e l’illecito in sentenza con contestuale trasmissione della stessa all’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici affinché provveda quest’ultima ad irrogare in concreto le misure punitive con un provvedimento che, a salvaguardia del diritto costituzionale di difesa, sarà impugnabile per mezzo dei tradizionali strumenti giurisdizionali dai destinatari.

Tale soluzione, quindi, sembrerebbe poter superare gli stridenti contrasti costituzionali causati dall’attuale soluzione di diritto positivo.

Non manca, tuttavia, chi ritenga<sup>71</sup> un siffatto percorso eccessivamente complesso e impraticabile per tutta una serie di ragioni: innanzitutto, viene sottolineato dai detrattori di tale costruzione come, nella prassi, si determinerebbe una crescita smisurata del numero degli appelli contro le decisioni dell’autorità di vigilanza applicative delle sanzioni; inoltre, si ingenererebbe una compresenza, di dubbia ammissibilità, all’interno della stessa autorità, di funzioni giuridicamente differenti, oltreché una sovrapposizione di competenze tra AVCP e G.A. nella stessa materia comportanti farraginosità, lungaggini e duplicazioni di procedure,

---

<sup>70</sup> Punto 9 del parere n. 368/2010 della commissione speciale del Consiglio di Stato.

<sup>71</sup> Tra tutti M. P. CHITI, *op. cit.* (nota n. 3), pag. 177 ss.: “Le alternative risultano, a ben vedere impraticabili o peggiori della scelta effettuata....Attribuire la competenza per l’irrogazione delle sanzioni alternative ad un organo di ricorso indipendente, lasciando per il resto competente il giudice amministrativo, poteva a prima lettura risultare più interessante...Tuttavia un quasi inevitabile elemento ostativo era l’impraticabilità di una duplice competenza di organi con natura diversa, il giudice amministrativo e l’Autorità, operanti sulla medesima materia. Infatti, come ben risulta dalla direttiva 66, le due sanzioni, privazione degli effetti del contratto e dell’applicazione di sanzioni alternative, non possono che essere valutate e decise dal medesimo organo, né sono tra loro alternative. È pure improponibile che la scelta tra i due tipi di sanzione spetti al giudice, che one decida per l’applicazione delle sole sanzioni alternative lascia poi la loro determinazione concreta all’Autorità di vigilanza (od organo similare), in posizione ancillare”.

in contrasto con il principio costituzionale ed europeo di ragionevole durata del processo.

Tuttavia la soluzione appena esposta, che viene da più parti suggerita come rimedio alle difficoltà ingenerate, seppur si esponga ad alcuni dei rilievi critici appena mostrati, sembrerebbe la più consona per rendere costituzionalmente conforme l'ipotesi normativa senza la necessità di stravolgimenti, interventi eccessivamente incisivi del legislatore o ipotesi “*de jure condendo*” puramente costruttive e astratte.

D'altronde, se la situazione rimarrà a lungo invariata, gli scenari possibili sembrano ridursi a due soltanto: o il giudice amministrativo eserciterà con molta cautela questi nuovi poteri sanzionatori *ex art. 123 c.p.a.*, come osservato anche da autorevole dottrina<sup>72</sup>, oppure, qualora li eserciti nella maggiore pienezza consentita dalla norma ci si potrà attendere delle censure di costituzionalità per tutti i motivi sopraesposti.

---

<sup>72</sup> G. GRECO, *op. cit.* (nota n. 44), par. 6.: “...mi pare che i profili di illegittimità costituzionale siano gravi e non facilmente superabili. Ed è per questo che confido nella saggezza dei Giudici, perché facciano un'applicazione minimale e pressoché abrogante di tale istituto sanzionatorio”;

