

**IL CONSIGLIO DI STATO ANTICIPA IL CODICE DEL PROCESSO
AMMINISTRATIVO :
DOMANDA RICONVENZIONALE E ACCERTAMENTO DELLA NULLITÀ
CONTRATTUALE**

di

Sergio Foà

(Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Torino)

Pubblicato sul Sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 29 luglio 2010

SOMMARIO : 1. La scelta dell'Amministrazione di ricorrere al giudice per pretendere l'adempimento contrattuale anziché intervenire in autotutela non è sindacabile. Questioni di giurisdizione (non affrontate) sull'esecuzione del contratto - 2. Eccezione di nullità contrattuale e richiamo (non condiviso in giurisprudenza) all'istituto della domanda riconvenzionale: il ricorso incidentale riferito a titoli già dedotti in giudizio - 3. Il confine tra azione dichiarativa (accertamento della nullità) e costitutiva (annullamento) e il riferimento al diritto sostanziale: la nullità virtuale è violazione di legge

1. La scelta dell'Amministrazione di ricorrere al giudice per pretendere l'adempimento contrattuale anziché intervenire in autotutela non è sindacabile. Questioni di giurisdizione (non affrontate) sull'esecuzione del contratto

Assumono particolare interesse le recenti argomentazioni con cui il Consiglio di Stato prova a colmare le lacune del diritto processuale sull'accertamento della nullità contrattuale, attingendo ai principi del diritto civile sostanziale e processuale e ritenendoli applicabili alla luce del Codice del processo amministrativo, non ancora approvato al momento della decisione (1[1]).

La vicenda esaminata riguardava l'affidamento in concessione ad una cooperativa sociale della gestione di casa comunale per anziani, ove a seguito di contratto aggiudicato con procedura ristretta era stato stipulato tra le parti un contratto integrativo, in costanza di rapporto, in relazione all'ampliamento della struttura da gestire. Poiché il contratto integrativo era stato stipulato senza previa procedura ad evidenza pubblica, la Cooperativa affidataria ne richiedeva in via amministrativa la risoluzione *ex lege*, invocando l'art. 113, co. 15-*bis*, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (2[2]), dichiarandosi "impossibilitata ad agire contro la legge nel proseguire una gestione contraria

(1[1]) Cons. St., sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498 (Pres. Riccio – Est. Cirillo), che riforma TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 16 gennaio 2009, n. 26, in www.giustizia-amministrativa.it.

(2[2]) L'art. 113, co. 15-*bis*, primo periodo, d. lgs. n. 267 del 2000, cit., nella versione vigente al momento dell'instaurazione della controversia, disponeva: "Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non

a norme imperative”.

Il Comune, anziché procedere in autotutela per l'esecuzione del contratto, aveva proposto ricorso innanzi al competente tribunale amministrativo regionale chiedendo l'accertamento della validità e della perdurante vigenza ed efficacia del contratto e la condanna della cooperativa concessionaria a darne esecuzione, garantendo la prosecuzione della gestione sino alla scadenza del termine ventennale ivi previsto. La cooperativa aveva presentato ricorso incidentale per chiedere l'accertamento della nullità del contratto integrativo o, in subordine, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione o l'intervenuta sua eccessiva onerosità.

Sul piano processuale il giudice di primo grado si era limitato a ricondurre la fattispecie nell'ambito della giurisdizione esclusiva, ove non sorgono dubbi sulla proponibilità dell'azione generale di accertamento, nel caso di specie propedeutica alla domanda di condanna ad eseguire il contratto.

Sul piano sostanziale la sentenza appellata aveva ritenuto nullo il contratto accessivo alla concessione, configurando l'affidamento senza gara una causa di nullità per violazione di norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, cod. civ., riferite al “valore imperativo” della concorrenza, dell'imparzialità e della buona amministrazione. La sentenza del T.a.r. rigettava per l'effetto il ricorso principale e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla Cooperativa concessionaria.

Con il ricorso in appello l'Amministrazione deduceva l'inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 1418, co. 1, cod. civ.; insistendo per contro sulla tesi della nullità la Cooperativa appellata, che proponeva, come in primo grado, ricorso incidentale.

Il rapporto processuale instaurato appare particolare, assumendo la pubblica amministrazione il ruolo di parte ricorrente (3[3]). Sul punto restano sullo sfondo della decisione due questioni che avrebbero potuto assumere rilevanza decisiva (almeno la prima): la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione all'esecuzione del contratto; la scelta dell'Amministrazione di agire giudizialmente anziché avvalersi dei poteri di autotutela.

Sulla riconduzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la decisione del giudice di primo grado non era stata oggetto di gravame, sicché si era formato il giudicato implicito (4[4]). La questione sottesa, per tale ragione non esaminata, pare delicata, posto

stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante”.

(3[3]) Sulla differente configurabilità delle parti nelle materie in esame, ivi compreso il privato parte resistente in qualità di stazione appaltante, cfr. già E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 634; D. CICIRELLO, *La Pubblica Amministrazione davanti al T.A.R.: da parte resistente a parte ricorrente*, in *Urb. e app.*, 2001, 208; L. BERTONAZZI, *Note sull'ambito di applicazione dell'art. 33, comma 2, lett. e) del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, con particolare riferimento alle controversie relative all'esecuzione di contratti di appalto (aventi un oggetto strumentale alla gestione ed erogazione di un pubblico servizio)*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 537.

(4[4]) Cfr. oggi art. 9 (Difetto di giurisdizione) del Codice del processo amministrativo: “Il difetto di giurisdizione è

che la qualificazione del contratto in esame in termini di concessione di pubblico servizio consentirebbe il sindacato del giudice amministrativo anche riguardo alla fase dell'esecuzione, diversamente dalla qualificazione in termini di appalto di servizi, da cui discenderebbero poteri di cognizione e decisione limitati alla procedura di affidamento (5[5]). La distinzione pare confermata dall'art. 133, co. 1, del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, di *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo* (6[6]). La questione non è affrontata, ma la pronuncia in esame, allorché si interessa della natura giuridica della patologia contestata, si preoccupa di ricondurla nell'alveo dei vizi provvedimentali genetici, escludendo che riguardi il rapporto costituito in via contrattuale.

La riconduzione dell'attività contrattuale in esame all'attività funzionalizzata dell'Amministrazione comporta comunque che questa avrebbe potuto agire in via di autotutela (7[7]). Discusso è se si possa estendere l'autotutela esecutiva con riferimento agli obblighi contrattuali invocando l'art. 21-ter, co. 1, primo periodo, l. n. 241 del 1990, secondo il quale: "Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti". Si tratta di ricomprendere all'interno del fenomeno dell'esecutorietà anche le pretese della pubblica amministrazione non derivanti da un provvedimento, bensì da altri atti e/o fatti, come la legge o il contratto (8[8]). Sul

rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione".

(5[5]) Sulla distinzione, V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento dell'azione amministrativa*, in Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2001, Milano, 2002, 77 ss. L'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che le controversie sorte in sede di esecuzione dei contratti di cui è parte la p.a., ancorché stipulati a seguito di procedura di gara, abbiano ad oggetto posizioni di diritto soggettivo, relative a rapporti di tipo privatistico, e come tali siano conoscibili in sede giurisdizionale ordinaria: ciò anche laddove la controversia prenda origine dall'esercizio di poteri discrezionali esercitati dall'amministrazione (o dal suo concessionario) nel corso della vicenda negoziale (ad es. provvedimenti di rescissione, risoluzione unilaterale del contratto, esecuzione in danno; cfr. Cass. civ., Sez. Un., 26 giugno 2003, n. 10160; Cons. St., V, 28 dicembre 2001 n. 6443; IV, 29 novembre 2000 n. 6325, in www.giustizia-amministrativa.it; Cass. SS.UU., 30 marzo 2000 n. 72).

(6[6]) L'art. 133, co. 1, lett. c), affida alla giurisdizione esclusiva le *controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi (...)*, mentre l'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, dello stesso Codice si riferisce alle *controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture (...)*. A commento P. LOTTI, *Commento all'art. 133*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Commentario al Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, in corso di stampa.

(7[7]) L'estrinsecazione del potere di autotutela della p.a. non incontra alcun limite insuperabile nella convenzione intervenuta con il privato: cfr. Cass., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11103; da ultimo Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2010, n. 743, in www.giustizia-amministrativa.it.

(8[8]) In favore di tale tesi F. SAITTA, *Commento all'art. 21-ter: Esecutorietà*, in A. ZITO, A. POLICE, N. PAOLANTONIO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, secondo cui gli "obblighi" il

punto la pronuncia in commento, a fronte della proposizione del ricorso già ritenuta ammissibile in prime cure, si limita a riconoscere la legittimità della scelta per la via giurisdizionale operata dall'ente concedente, non potendosi ravvisare un obbligo di intervenire in via amministrativa (9[9]).

2. Eccezione di nullità contrattuale e richiamo (non condiviso in giurisprudenza) all'istituto della domanda riconvenzionale: il ricorso incidentale riferito a titoli già dedotti in giudizio

Secondo il Consiglio di Stato l'azione di accertamento proposta dall'Amministrazione ha costituito l'occasione per proporre l'eccezione di nullità da parte della cooperativa appellata, proposta mediante ricorso incidentale, per motivi diversi dai vizi strutturali della convenzione, ossia per violazione di norme espresse di legge o per violazione di norme imperative.

L'ammissibilità di tale strategia processuale è costruita in analogia al giudizio civile, dove, a fronte di una domanda di risoluzione per inadempimento o di adempimento, si contrappone l'azione riconvenzionale di nullità del contratto da cui sono sorte le reciproche prestazioni.

La pronuncia si sforza di adattare al processo amministrativo l'istituto della domanda riconvenzionale, anticipando la scelta di diritto positivo sopravvenuta con l'approvazione del Codice di rito (10[10]).

Prima dell'approvazione del Codice del processo amministrativo, come noto, difettavano per tale rito disposizioni normative specifiche, a fronte dell'estensione degli ambiti di giurisdizione esclusiva, dell'ampliamento dell'oggetto del giudizio dal singolo atto al rapporto e dell'introduzione del giudizio risarcitorio, ponendo delicati problemi di adattamento (11[11]).

cui adempimento può essere imposto coattivamente dalle pubbliche amministrazioni non sono soltanto quelli discendenti da provvedimenti amministrativi. L'A. richiama G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino 1991, 147; G. SACCHI MORSIANI, *L'esecuzione delle pretese amministrative: parte generale*, Padova, 1977, *passim*, che ricomprende all'interno del fenomeno dell'esecutorietà anche le pretese della pubblica amministrazione non derivanti da un provvedimento, bensì da altri atti e/o fatti, come ad es. la legge o il contratto.

(9[9]) Punto 2.5 in diritto: "Così come è perfettamente legittimo che l'amministrazione, anziché azionare i propri poteri di autotutela, faccia ricorso al giudice per salvaguardare la posizione soggettiva che gli deriva dall'esecuzione del contratto accessivo alla concessione". Per uno studio aggiornato sui poteri di autotutela della p.a., B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1223 ss., pubblicato anche in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2008, 289 ss.

(10[10]) Cfr. gli studi monografici di A. DI GIOVANNI, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova 2004, *passim*; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli 2007, spec. 293 ss.

(11[11]) G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2003, 393; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol.

Nel processo civile, ove l'istituto è regolato, la domanda riconvenzionale si configura quando il convenuto non si limita a chiedere il rigetto della domanda dell'attore o a contrastare ad essa, ma propone a sua volta un'autonoma domanda al fine di ottenere una pronuncia a sé favorevole indipendente dal rigetto totale o parziale della domanda dell'attore. Tali caratteristiche distinguono la domanda riconvenzionale dalla c.d. eccezione riconvenzionale, con la quale il convenuto chiede solo la reiezione della domanda attrice, per incompatibilità del diritto opposto in riconvenzionale (12[12]). Nella domanda riconvenzionale l'accertamento avrà efficacia di cosa giudicata tra le parti *ex art. 2909 cod. civ.*, anche nelle eventuali liti che insorgessero in futuro tra le stesse parti relativamente ad altre pretese derivanti dal medesimo rapporto; nella eccezione riconvenzionale si avrà solo un accertamento *incidenter tantum* del diritto opposto dal convenuto in via riconvenzionale, destinato a spiegare effetti limitati al giudizio nel quale è posto in essere (13[13]).

La letteratura dedicata al processo civile fornisce due orientamenti sull'ammissibilità della domanda riconvenzionale: secondo il primo l'art. 36 cod. proc. civ., che prevede le riconvenzionali che "dipendono dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione", consentirebbe al convenuto di proporre le sole riconvenzionali che presentino un rapporto di connessione con la domanda dell'attore; l'altro orientamento consentirebbe al convenuto di proporre domande riconvenzionali prive di qualsiasi collegamento con la pretesa dell'attore, in applicazione dell'art. 104 cod. proc. civ., che permette all'attore la contestuale proposizione di una pluralità di domande anche non connesse tra di loro (14[14]). La giurisprudenza civile segue un orientamento intermedio considerando ammissibile la domanda riconvenzionale a condizione che sussista un "collegamento obiettivo" tale da implicare, in ossequio al principio dell'economia dei giudizi, l'opportunità del *simultaneus processus*, opportunità la cui valutazione è riservata al giudice di

II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, 352 ss.; S. VENEZIANO, *Ampliamento dell'oggetto del giudizio risarcitorio: domanda riconvenzionale e chiamata in giudizio del terzo*, in *Foro amm.- Tar*, 2002, 3081 ss.

(12[12]) Sulle caratteristiche della c.d. eccezione riconvenzionale nel processo civile si ricordano le critiche di V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, 181; L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, *Principi generali. Rito ordinario di cognizione I*, Padova 2001, 320 ss., spec. 326 ss.; R. ORIANI, *Eccezione*, voce in *Digesto civ.*, VII, Torino 1991, 266 ss., spec. 283 ss.; ID., *Eccezione, Aggiornamento*, in *Digesto civile*, XII, Torino 1995, 592 ss. Esclude che l'eccezione riconvenzionale costituisca sempre eccezione in senso stretto, G. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino 2001, 162.

(13[13]) S. VENEZIANO, *Ampliamento dell'oggetto del giudizio risarcitorio: domanda riconvenzionale e chiamata in giudizio del terzo*, *op. cit.*

(14[14]) Per una analisi più approfondita, E. VULLO, *Domanda riconvenzionale*, in *Il diritto-Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. V, 593; ID., *La domanda riconvenzionale nel processo ordinario di cognizione*, Milano, 1995, *passim*, ma spec. 274 ss., che ritiene inammissibile la riconvenzionale non connessa all'oggetto principale del giudizio: tale inammissibilità è rilevabile anche d'ufficio e ad essa consegue una pronuncia di assoluzione dall'osservanza del giudizio.

merito con un apprezzamento sottratto al sindacato di legittimità (15[15]).

Così ricostruito l'istituto processuale, pare evidente l'impossibilità di utilizzarlo nell'ambito del giudizio amministrativo di legittimità, ove il ricorrente di regola è un privato e l'amministrazione ed i controinteressati non possono che essere titolari nei confronti del ricorrente di diritti soggettivi da far valere davanti al giudice ordinario: il riparto di giurisdizione osta in tal caso alla proponibilità della domanda riconvenzionale (16[16]).

Differente soluzione si prospetta nelle materie assegnate alla giurisdizione esclusiva. In questo caso l'ampliamento della domanda è da ritenere possibile, purché si proponga una questione che sia sempre riconducibile alla posizione sostanziale dedotta in giudizio: il principio di economia processuale richiede un collegamento obiettivo con la domanda proposta in via principale (17[17]).

Gli argomenti addotti a favore dell'ammissibilità della domanda riconvenzionale nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva sono riferiti in parte agli strumenti già esistenti per l'ampliamento dell'oggetto del giudizio (il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti introdotti dalla l. n. 205 del 2000, che consentono di impugnare gli ulteriori provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso (18[18]); ed in parte a principi comuni al processo civile, tra cui il principio di economia dei giudizi, anche al fine di prevenire il rischio di un potenziale conflitto di giudicati. La configurazione della nuova giurisdizione amministrativa esclusiva in

(15[15]) R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, in R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti nel giudizio di primo grado e in appello*, Milano, 2008.

(16[16]) TAR Lazio, Roma, Sez. I, 12 maggio 2004, n. 10442, in www.giustizia-amministrativa.it, nega la qualificazione di domanda riconvenzionale nel caso in cui la domanda dei ricorrenti si fonda sulla pretesa illegittimità dell'attività provvedimento dell'Amministrazione, mentre la domanda risarcitoria dei controinteressati si fonda sulla pretesa illiceità dell'attività di diritto privato svolta dagli imprenditori (e dunque sulla asserita violazione di norme e di specifici obblighi che regolano lo svolgimento dell'attività d'impresa). In tal caso diverse sono non solamente le *causae petendi*, ma anche i titoli da cui scaturiscono le differenti situazioni soggettive su cui si fondano le due domande: nell'un caso il titolo è costituito dal provvedimento amministrativo e nell'altro dall'accordo negoziale illecito. Dal che “deriva chiaramente che la domanda proposta dai controinteressati (resistenti in giudizio al pari di veri e propri convenuti) non è, e non può essere in alcun modo considerata, effettivamente “riconvenzionale”, trattandosi - in realtà - di una domanda del tutto autonoma in quanto non dipendente dal medesimo titolo su cui si fonda quella attorea (e ad essa comunque non connessa né per il titolo né per l'oggetto), e con la quale - per di più - si tenta di ottenere dal Giudice amministrativo più di quanto dallo stesso non sarebbe possibile ottenere in via di azione”.

(17[17]) C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 219; in generale, sulla modificazione della domanda, ID., *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985, *passim*.

(18[18]) C. CACCIAVILLANI, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge TAR, come modificato dalla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 206 ss.; F. FIGORILLI, *L'istituto dei motivi aggiunti alla luce delle modifiche introdotte dalla legge n. 205/2000*, in *La tutela dell'interesse al provvedimento* (atti del convegno di Trento del 9 e 10 novembre 2000), Trento 2000, 83 ss.; I. FRANCO, *Motivi aggiunti e oggetto del giudizio*, in *Urb. e app.*, 2006, 1025 s. C. MIGNONE, *Il ricorso integrativo (ovvero i falsi motivi aggiunti) nel processo dinanzi ai Tribunali amministrativi*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002, 4174.

termini di “giurisdizione piena” non consente inoltre una limitazione delle facoltà processuali delle parti, ove esse non siano espressamente escluse dalle norme processuali amministrative o, comunque, rispetto ad esse incompatibili (19[19]).

La giurisprudenza amministrativa formatasi nelle materie di giurisdizione esclusiva ha quasi costantemente presupposto l'ammissibilità della domanda riconvenzionale, interrogandosi piuttosto sulle modalità processuali della relativa proposizione.

La lacuna normativa, almeno prima dell'approvazione del Codice di rito, veniva colmata seguendo tre orientamenti: facendo applicazione degli istituti del processo amministrativo e, segnatamente, del ricorso incidentale; facendo applicazione analogica del c.p.c. e, segnatamente, dell'art. 167 c.p.c., che prevede la proposizione di domande riconvenzionali con comparsa di costituzione, entro venti giorni prima della data dell'udienza di prima comparizione indicata nell'atto di citazione; facendo applicazione analogica del c.p.c. e, segnatamente, dell'art. 416 c.p.c., a tenore del quale nel processo del lavoro le domande riconvenzionali si propongono con memoria difensiva da proporsi almeno dieci giorni prima dell'udienza (20[20]).

La prima soluzione avvalorata la specialità del processo amministrativo, utilizzando l'estensione analogica delle norme di detto processo e solo in seconda battuta utilizzando le norme del c.p.c.: la soluzione è emersa in seno alla Commissione speciale costituita dal Presidente del Consiglio di Stato per la redazione dello schema di Codice del processo amministrativo. Pertanto, la domanda riconvenzionale in sede di giudizio amministrativo con competenza esclusiva deve essere proposta con ricorso incidentale o con atto notificato alla controparte a pena di inammissibilità (21[21]). A tale soluzione non può obiettarsi che in caso di domanda riconvenzionale vengono in considerazione diritti soggettivi, sicché mal si giustifica l'utilizzo del ricorso incidentale, sottoposto a termini di decadenza: basta rilevare che anche nel processo civile la domanda riconvenzionale, ancorché avente ad oggetto diritti soggettivi, proprio perché si inserisce in un processo già in corso, è sottoposta a termini di decadenza, ai sensi degli artt. 167 e 416 c.p.c.(22[22]).

(19[19]) R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, loc. cit.

(20[20]) Sulla problematicità della scelta delle disposizioni applicabili in via analogica nelle materie di giurisdizione esclusiva, ammettendo il riferimento alle regole del codice di procedura civile solo ove riflettano principi e istituti che sono accolti nei medesimi termini anche nel processo amministrativo, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, 244 s.

(21[21]) Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20, in *Corr. Giur.*, 2010, 311; TAR Calabria, sez. II, 26 luglio 2005 n. 1398; TAR Puglia, sez. I, 11 settembre 2002 n. 3926, in *Urb. e app.* 2002, 1356; TAR Campania, sez. I, 11 aprile 2001 n. 1611; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 15 settembre 2003, n. 1327, in *Giur. amm. sic.* 2003, 1062; TAR Campania-Napoli, Sez. V, 14 aprile 2003, n. 3798, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Toscana, sez. II, 22 novembre 2000, n. 2362; TAR Umbria 24 marzo 1999, n. 218, in *Rass.TAR*, 1999, 1983.

(22[22]) Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2001, n. 353, in *Urb. e app.*, 2001, 1009, con nota di DE PAULI; in senso analogo, cfr. TAR Umbria 24 marzo 1999 n. 218; TAR Puglia, Bari, sez. I 11 settembre 2002 n. 3926, in www.lexitalia.it. secondo cui il ricorso incidentale è l'unico strumento mediante cui i soggetti, contro i quali si rivolge il ricorso giurisdizionale di primo grado, possono legittimamente ampliare l'oggetto del giudizio, a condizione, però, che

La seconda soluzione è seguita da talune pronunce del Consiglio di Stato, che applicano il principio di cui all'art. 167, co. 2, c.p.c., per cui il convenuto «a pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali» nella prima comparsa di risposta - con conseguente preclusione alla sua proposizione nell'ulteriore corso del giudizio - dovendo essere rispettate le modalità procedurali disposte dal codice di rito per il processo civile da cui tale forma di azione trae origine; in particolare, nel rito amministrativo per «comparsa di risposta» deve intendersi la prima memoria con cui è effettuata la costituzione in giudizio della parte intimata; tale memoria, a questi fini, deve essere debitamente notificata a tutte le parti interessate» (23[23]).

Come recentemente ha osservato la VI Sezione del Consiglio di Stato, le citate pronunce non applicano in pieno l'art. 167 c.p.c., ma ne fanno una “applicazione chirurgica” atteso che esigono la notifica della domanda riconvenzionale, sicché non è sufficiente la semplice memoria depositata; richiedono che la domanda riconvenzionale sia contenuta nella prima memoria di costituzione, e non nella memoria per la prima udienza. Il regime giuridico così costruito è molto simile a quello del ricorso incidentale, tanto da suggerire di applicare senz'altro il regime di tale istituto proprio del processo amministrativo (24[24]). Alcune pronunce di primo grado estendono invece senza adattamenti il regime dell'art. 167 c.p.c. (25[25]).

La terza soluzione seguita dalla giurisprudenza minoritaria, intesa ad applicare le disposizioni previste per il rito del lavoro, dovrebbe fondarsi sulla specialità del rito e dunque, per il processo amministrativo sull'applicazione del rito abbreviato dell'art. 23-bis, l. Tar, solo in tal caso potendo

l'atto sia debitamente notificato a tutte le altre parti; TAR Puglia, Bari, sez. III, 26 febbraio 2004 n. 895; TAR Campania, Napoli, sez. I, 25 maggio 2004, n. 8714. In senso parzialmente difforme TAR Marche, 11 febbraio 2000, n. 290, in *www.giustizia-amministrativa.it* secondo cui la domanda riconvenzionale deve essere notificata alle altre parti ma, vertendo su diritti soggettivi, non è sottoposta al termine perentorio di decadenza: “non è da ritenersi necessario, a differenza del ricorso incidentale e di motivi aggiunti, un termine perentorio per questa notifica, vertendosi, appunto, in materia di diritti soggettivi, sottoposti a prescrizione”.

(23[23]) Cons. St., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 1052, in *Cons. Stato* 2004, I, 526, espressamente afferma che, nel processo amministrativo, la domanda riconvenzionale non deve essere notificata; Sez. IV, 25 gennaio 2003, n. 361, *ivi* 2003; Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2003 n. 383; TAR Emilia Romagna-Bologna, Sez. II, 22 ottobre 2004, n. 3679, in *Trib. amm. reg.* 2004, I, 4021.

(24[24]) Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20, cit., punto 22.6 in diritto. F. SAITTA, *Il regime delle preclusioni nel processo amministrativo tra ricerca della verità materiale e garanzia della ragionevole durata del giudizio*, in *Judicium*, 2008 suggerisce di “pensare a qualcosa di simile all'art. 167 c.p.c., che onera il convenuto a proporre la domanda riconvenzionale nella comparsa di risposta, da depositare a pena di decadenza almeno venti giorni prima dell'udienza”: secondo l'A. per raggiungere l'obiettivo di mettere la controparte nelle condizioni di replicare per iscritto prima dell'udienza di discussione, basterebbe rendere perentorio, (almeno) ai fini dell'ammissibilità della domanda riconvenzionale, il termine previsto per la costituzione delle parti intimite, come è stato sempre fatto per individuare il *dies a quo* del termine per la proposizione del regolamento di competenza.

(25[25]) TAR Lombardia, 18 luglio 1998 n. 1912, in *www.lexitalia.it*.

giustificare la scelta di un rito processuale civile abbreviato (26[26]).

Con la sentenza in esame il Consiglio di Stato accoglie la soluzione secondo cui la domanda riconvenzionale nel processo amministrativo si propone con le forme e i termini del ricorso incidentale, ma a tal fine apre la conseguente questione processuale, relativa all'oggetto della domanda riconvenzionale proposta nel caso di specie. A fronte della domanda di accertamento e di condanna formulata dall'Amministrazione, la parte privata ha infatti proposto in via riconvenzionale domanda intesa ad accertare la nullità del contratto oggetto della domanda principale. Ammessa la proponibilità in astratto della riconvenzionale presentata mediante ricorso incidentale, si tratta di comprendere se quella proposta nel caso di specie si fondi su fatti che potrebbero valere come *causa petendi* di un'azione che la parte resistente avrebbe potuto spiegare immediatamente in qualità di ricorrente contro l'avversario, invece di attendere la provocazione di costui (per avvalersene come mezzo di difesa). La questione riguarda in tutta evidenza la sussistenza della giurisdizione amministrativa riguardo all'accertamento della nullità negoziale, fermo restando che agendo "in via di riconvenzione" non deve essere chiesto al giudice adito, né è possibile ottenere da questi più di quanto sarebbe possibile chiedere ed ottenere "in via di azione" immediata e diretta.

Sul punto la pronuncia commentata dà per scontata l'ammissibilità in astratto della domanda riconvenzionale presentata mediante ricorso incidentale e non invoca a tal fine il Codice di rito in corso di approvazione: questo viene invece invocato ove prevede l'azione generale di accertamento della nullità esperibile innanzi al giudice amministrativo, in tal modo giustificando in concreto l'oggetto dell'azione esperita in via di riconvenzione.

La sopravvenuta approvazione del Codice del processo amministrativo, mediante D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, di *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*, ha finalmente riconosciuto l'istituto della domanda riconvenzionale nelle controversie in cui si faccia questione di diritti soggettivi, accomunando la disciplina a quella del ricorso incidentale (27[27]). L'art. 42 del Codice, appunto rubricato "Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale", al comma 5 prevede che "nelle controversie in cui si faccia questione di diritti soggettivi le domande riconvenzionali dipendenti da titoli già dedotti in giudizio sono proposte nei termini e con le modalità di cui al presente articolo". Si applica quindi la disciplina del ricorso incidentale, presentabile dalle parti resistenti e dai controinteressati il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale. Il ricorso si propone nel termine di sessanta giorni decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale e per i soggetti intervenuti dall'effettiva conoscenza della proposizione del ricorso principale. La notifica e il deposito seguono le regole generali (28[28]).

(26[26]) TAR Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 16 luglio 2008, n. 9937, in www.giustizia-amministrativa.it.

(27[27]) C.E. GALLO, *Relazione al Seminario conclusivo sul progetto di Codice del processo amministrativo*, Università degli Studi di Torino, 21 maggio 2010 sottolinea come il Codice risolva tanti problemi, soprattutto quelli più minuti, tra i quali la riserva d'appello, il problema della riconvenzionale, le modalità di notificazione e di deposito.

(28[28]) Cfr. art. 42, co. 2, Codice del processo amministrativo, cit.: "Il ricorso incidentale, notificato ai sensi

Il conforto del diritto positivo, *in fieri* al momento della decisione, sul punto non è stato tuttavia invocato dal Consiglio di Stato, forte di una giurisprudenza quasi assestata, come si è notato.

3. Il confine tra azione dichiarativa (accertamento della nullità) e costitutiva (annullamento) e il riferimento al diritto sostanziale: la nullità virtuale è violazione di legge

Sull'accertamento della nullità la pronuncia è costruita su due livelli: l'ammissibilità di tale dialettica processuale nell'ambito del rito civile dove, a fronte di una domanda di risoluzione per inadempimento o di adempimento, si contrappone l'azione riconvenzionale di nullità del contratto da cui sono sorte le reciproche prestazioni; l'adattabilità di tale "congegno processuale" alla struttura del processo amministrativo.

Sotto il primo profilo deve essere evidenziato che nella dinamica del giudizio civile non è pacifica la qualificazione come domanda riconvenzionale della richiesta del convenuto intesa ad eccepire la nullità del contratto di cui l'attore chiede l'applicazione. Secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza civile la questione della nullità del contratto introdotta nel giudizio non già in via di azione bensì in via di eccezione non integra infatti una domanda riconvenzionale (in quanto il convenuto non chiede un provvedimento giudiziale a sé favorevole che gli attribuisca beni determinati in contrapposizione a quelli richiesti dall'attore con la domanda introduttiva) né un'eccezione riconvenzionale (in quanto il convenuto non oppone al diritto fatto valere dall'attore un proprio controdiritto idoneo a paralizzarlo) né un'eccezione in senso stretto o sostanziale (in quanto non ne è prevista dalla legge la deduzione ad esclusiva iniziativa della parte, anzi ne è prevista la rilevabilità *officio iudicis*), bensì una mera difesa, in quanto il convenuto si limita ad allegare l'invalidità o l'insussistenza d'uno degli elementi costitutivi della pretesa fatta valere dall'attore, in ragione di una determinata circostanza di fatto ostativa all'accoglimento della domanda (29[29]). In tali termini la giurisprudenza civile ritiene che il potere-dovere del giudice di pronunciarsi sulla nullità del contratto già esiste e non dipende dalla richiesta formulata dal convenuto, che non amplia l'oggetto del giudizio (30[30]).

I rilievi espressi in merito ai poteri officiosi del giudice si atteggiano diversamente nel giudizio amministrativo, più fortemente ancorato al principio della domanda, specie in difetto di un'espressa previsione di diritto processuale, carente al momento della pronuncia, che consentisse

dell'articolo 41 alle controparti personalmente o, se costituite, ai sensi dell'articolo 170 del codice di procedura civile, ha i contenuti di cui all'articolo 40 ed è depositato nei termini e secondo le modalità previste dall'articolo 45". Art. 42, co. 3, Codice cit. "Le altre parti possono presentare memorie e produrre documenti nei termini e secondo le modalità previsti dall'articolo 46".

(29[29]) Cass. Civ., sez. II, 18 luglio 2002, n. 10440, in *Foro it.*, 2003, I, 822, n. CRESTA; Cass. 5 novembre 2001, n. 13628; 14 marzo 1998, n. 2772; 3 febbraio 1998, n. 1099; in *Foro it.*, 1998, I, 764; 2 aprile 1997, n. 2858, id., *Rep.* 1997, voce Contratto in genere, n. 482; 22 ottobre 1984, n. 5341, id., 1985, I, 796.

(30[30]) F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 1062 ss.

di proporre un'azione di accertamento della nullità.

Se la qualificazione in termini di domanda riconvenzionale non appare ineccepibile, il Consiglio di Stato mira comunque ad estendere, senza preoccuparsi della formulazione tecnica dell'eccezione, la possibilità per la parte resistente di eccepire la nullità del contratto accessivo di cui il ricorrente chiede l'applicazione. L'utilizzazione della domanda riconvenzionale pare anzi più garantistica perché avvenuta mediante ricorso incidentale debitamente notificato, laddove la tesi civilistica della "mera difesa" avrebbe consentito di eccepire la nullità mediante la memoria di costituzione in giudizio, secondo la tesi giurisprudenziale minoritaria oggi formalmente avversata dal Codice del processo amministrativo.

A sostegno dell'ammissibilità della riconvenzionale in esame il Consiglio di Stato invoca lo schema del Codice sul processo amministrativo, laddove questo prevedeva l'azione generale di accertamento della nullità. Come noto lo schema del Codice, cui il Collegio si riferisce, è stato profondamente rivisitato in sede governativa in vista dell'approvazione finale: nella versione originaria esso prevedeva in via generale l'azione di accertamento ed in tale ambito esplicitava la possibilità di chiedere l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo (31[31]). Sia con riferimento alla generale azione di accertamento che a quella di nullità non erano indicati i termini per il relativo esercizio, considerata la diversità delle fattispecie riferibili alla tipologia di azioni in esame. Nella versione definitiva, eliminato il riferimento generale all'azione di accertamento (32[32]), l'accertamento della nullità è disciplinato congiuntamente all'azione avverso il silenzio: l'art. 31, co. 4, del Codice cit. prevede che la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni e che la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice (33[33]). Il riconoscimento operato dal diritto positivo dell'azione di accertamento della nullità anche in sede di giurisdizione di legittimità conferma l'opinione dottrinale che, almeno nell'ipotesi del rifiuto di provvedimento nullo, in relazione al quale non sembra possibile configurare situazioni giuridiche soggettive di diritto soggettivo, ne riconosceva la proponibilità

(31[31]) A. CARBONE, *L'azione di nullità nel Codice del processo amministrativo*, in *Giustamm*, n. 4/2010.

(32[32]) F.G. SCOCA, *Relazione al Seminario conclusivo sul progetto di Codice del processo amministrativo*, Università degli Studi di Torino, 21 maggio 2010 critica l'eliminazione dell'azione di accertamento dallo schema generale del Codice sotto due profili: sotto il profilo sostanziale perché non consente la piena soddisfazione della pretesa della parte vittoriosa; sotto il profilo formale perché viola la legge-delega. Già prima della recente evoluzione legislativa parte della letteratura riteneva che la mancanza di un riconoscimento legislativo espresso non precludesse l'ammissibilità di un'azione generale di accertamento autonomo del rapporto: la tesi era argomentata sulla base di un parallelo con il processo civile e di una lettura dell'art. 24 Cost. dal quale si può ricavare il fondamento normativo per riconoscere nell'ordinamento processuale amministrativo una siffatta azione: G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981, 212 ss.; E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 597 ss.

(33[33]) La disciplina testé richiamata non è applicabile alle nullità per violazione o elusione del giudicato, per le quali si applicano le disposizioni sul giudizio di ottemperanza.

innanzi al giudice amministrativo, investito della competenza generale di legittimità, di un'azione di accertamento da proporre in modo autonomo o in parallelo all'azione di condanna volta a far valere il silenzio-inadempimento (34[34]).

Sotto il profilo sostanziale la disciplina di riferimento è da rinvenire nell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, che prevede talune ipotesi di nullità del provvedimento e nell'art. 11 della stessa legge, che prevede per gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento l'applicazione dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili.

L'analisi del Giudice d'appello si discosta profondamente da quella del giudice di primo grado: quest'ultimo aveva ritenuto nullo il contratto integrativo perché stipulato in violazione di norme imperative di legge (in contrasto con i principi comunitari del necessario ricorso al mercato delle imprese nella scelta del contraente pubblico) ai sensi dell'art. 1418, co. 1, cod. civ. (35[35]). Secondo la sentenza impugnata la deducibilità del vizio di nullità in ogni stato e grado del processo da chiunque vi abbia interesse ed il carattere imprescrittibile dell'azione avrebbero consentito di invalidare il contratto integrativo in ogni tempo con effetto retroattivo, nonostante l'assenza di vizi strutturali e nonostante la mancata impugnazione dell'omissione della procedura dell'evidenza pubblica, che normalmente costituisce il modo per rendere inefficace o far dichiarare nullo il contratto, secondo i noti meccanismi dell'invalidità derivata. Il richiamo alle disposizioni del codice civile e la conseguente utilizzazione dei rimedi previsti per la nullità contrattuale presuppone il superamento delle questioni sulla asserita produzione da parte del solo provvedimento nullo di un risultato pratico che esige una reazione dell'ordinamento, diversamente dai casi di nullità contrattuale (36[36]).

Il Consiglio di Stato rovescia la costruzione "civilistica" del giudice di prime cure, invocando il tenore dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 (37[37]) e ricordando come tale

(34[34]) M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss., che riteneva tale azione svincolata da un termine di decadenza. Sull'ammissibilità dell'azione di accertamento in materia di interessi legittimi, A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 351 ss., spec. 366 che ravvisa il fondamento dell'azione di nullità in materia di interessi legittimi nel diritto comune inteso come il "coacervo di regole sostanziali e processuali contenute nel codice civile". In precedenza R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 316 ss.

(35[35]) Per un inquadramento della nullità *ex art.* 1418, co. 1, cod. civ. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, a cura di A. GENTILI, Milano, 2006, 139 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, Trattato Bessone, vol. XIII, t. VII, Torino, 2002, 31; L. FERRONI, *Le nullità negoziali di diritto comune speciali e virtuali*, Milano, 1998; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 451 ss.

(36[36]) A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 111 ss.; *contra* G.B. MATTARELLA, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, 2^a edizione, t. I, Milano 2003, 1017 ss..

(37[37]) A mente del quale "1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è

norma abbia operato una soluzione di compromesso tra le varie opzioni possibili, ossia tra quella di inserire nel sistema della patologia dell'atto amministrativo tutte le ipotesi di nullità (testuale, strutturale e virtuale) previste dall'art. 1418 cod. civ. e quella di ritenere sufficiente la categoria dell'annullabilità per quanto riguarda i rapporti amministrativi. Il compromesso raggiunto dall'art. 21-*septies*, l. n. 241 del 1990 cit. esclude la nullità per contrasto con norme imperative di legge, giudicando tale categoria particolarmente pericolosa rispetto alle esigenze di certezza e di stabilità dell'azione amministrativa (38[38]).

In altri termini, le cause di nullità debbono intendersi a numero chiuso, così come peraltro già ritenuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (39[39]). Pertanto, le ipotesi astrattamente riconducibili alla nullità c. d. virtuale vanno ricondotte al vizio di violazione di legge, atteso che le norme riguardanti l'azione amministrativa, dato il loro carattere pubblicistico, sono sempre norme imperative e quindi non disponibili da parte dell'Amministrazione. Quindi esse si convertono in cause di annullabilità del provvedimento, da farsi valere entro il breve termine di decadenza a tutela della stabilità del provvedimento amministrativo (40[40]). Nel caso di specie la disposizione normativa invocata dal ricorrente incidentale, l'art. 113, co. 15-*bis*, d. lgs. n. 267 del 2000 cit., che peraltro non pare invocabile, non commina espressamente la sanzione della nullità per l'ipotesi in cui l'amministrazione proceda all'affidamento di un servizio pubblico senza il previo esperimento

viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge. 2. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

(38[38]) Da ultimo S. VINTI, D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, *passim*, ma spec. 21 ss., con riferimento alla nullità degli atti negoziali sottoposti alle regole di evidenza pubblica ed alla distinzione tra casi di annullabilità e nullità dell'aggiudicazione.

(39[39]) Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173; V, 26 novembre 2008, n. 5845; Id., 20 ottobre 2005, n. 5903, in questa *Rivista*, 2005, 3024, riconosce all'art. 21-*septies* in esame “in parte valore cognitivo della dottrina preesistente”. Sulle singole cause di nullità, S. FOÀ, *Invaldità (dir. amm.)*, Voce in *Il diritto-Enc. Giur.*, Milano, 2007, Vol. 8, 238 ss.

(40[40]) Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872, in www.giustamm.it, fornisce chiarimenti per colmare le lacune dell'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990, cit. riguardo ai termini di decadenza o di prescrizione. Secondo tale pronuncia “La carenza di disciplina espressa, variamente criticata dalla dottrina, non impedisce di applicare, analogicamente, il nucleo essenziale delle norme contenute nel codice civile, riguardanti la nullità del contratto, nella parte in cui esse riflettono principi sistematici di portata più generale. In particolare, trova applicazione la regola della imprescrittibilità dell'azione di nullità. La gravità delle patologie elencate dall'articolo 21-*septies* comporta che l'atto sia, in radice, inidoneo a produrre effetti giuridici. Questa assoluta inidoneità strutturale dell'atto comporta che l'interessato possa fare accertarne la nullità, senza limitazioni temporali, ferma restando l'eventuale prescrizione delle connesse azioni di condanna”. Analogamente TAR Lazio, Roma, sez. I, 28 gennaio 2009, n. 2192, in www.giustizia-amministrativa.it, sottolinea che la differenza tra nullità ed annullabilità, dal punto di vista processuale, si concreta soprattutto nel fatto che l'azione di accertamento della nullità, trattandosi di atto improduttivo di effetti *ab origine*, può essere esperita *sine die*, mentre il provvedimento amministrativo annullabile di cui si contesta la legittimità deve essere naturalmente impugnato entro il termine di decadenza di sessanta giorni di cui all'art. 21 L. n. 1034 del 1971.

del procedimento ad evidenza pubblica (41[41]). Non rientrando la fattispecie tra i casi di nullità testuale, il rapporto amministrativo dedotto nel giudizio, in mancanza dell'impugnativa della deliberazione dell'amministrazione a procedere senza gara con l'accordo integrativo, si è stabilizzato ed è divenuto inoppugnabile. Al momento in cui l'Amministrazione ha proposto l'azione di accertamento il contratto integrativo era valido, posto che l'omessa o viziata procedura di evidenza pubblica non può ridondare automaticamente sul contratto accessivo, in assenza di una pronuncia giurisdizionale che ne statuisca l'illegittimità. La natura giuridica del vizio denunciato, non funzionale perché non afferente al rapporto, ma genetico perché riferito alla scelta del contraente imponeva perciò l'impugnazione del provvedimento viziato nei termini di decadenza.

La tesi esposta delinea coerentemente alla disciplina sostanziale il sistema dei rimedi giurisdizionali (42[42]): la nullità testuale (43[43]) è nullità agli effetti processuali, ad essa applicandosi oggi la previsione di cui all'art. 31 co. 4, del Codice del processo amministrativo cit., con il conseguente termine di decadenza di centottanta giorni per la proposizione e la possibilità di opporla senza limiti dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. La nullità virtuale, riferita alla contrarietà ad una norma imperativa che tuttavia non risulta assistita in maniera espressa dalla sanzione della nullità per il caso di sua violazione (44[44]), è degradata ad ipotesi di annullabilità per violazione di legge, essendo superata la ricostruzione civilistica *ex art. 1418 cod. civ.* dalla sopravvenienza della disciplina speciale dedicata ai provvedimenti amministrativi, senza che vi sia bisogno di estendere l'analisi alla successiva attività contrattuale ed al rapporto negoziale instaurato tra le parti (45[45]).

(41[41]) Cons. St., sez. V, 21 novembre 2007, n. 5955, in www.giustizia-amministrativa.it, precisa che ai fini dell'applicazione dell'art. 113, co. 15-bis, d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267, cioè della prosecuzione o dell'anticipato recesso delle concessioni di servizi pubblici, rileva soltanto il fatto che la concessione sia stata affidata con gara o senza gara, e non anche che essa sia stata affidata mediante gara legittimamente indetta e condotta.

(42[42]) Sulla riconduzione al diritto processuale della disciplina dei vizi del provvedimento, cfr. S. FOÀ, *L'azione di annullamento nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; ID., *Commento all'art. 29*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Commentario al Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, in corso di pubblicazione.

(43[43]) Sulle nullità testuali, M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 440 ss.

(44[44]) Le ipotesi di nullità virtuale sono crescenti anche nell'ambito della contrattualistica privata, suscitando preoccupazioni in letteratura: da ultimo S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, *passim*, ma spec. G. D'AMICO, *ivi*, 4 ss.

(45[45]) Sez. V, 15 luglio 2005, n. 3804, in www.giustizia-amministrativa.it, ritiene utile invocare l'art. 1418 cod. civ., quantunque la norma sia dettata espressamente per le nullità del contratto, per trarre *ratione temporis* (in luogo cioè del sopravvenuto art. 21-septies l. proc. amm.) le "regole generali della peculiare figura patologica". Sulle teorie volte a classificare e distinguere specie di norme imperative, anche in ambito civilistico, S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it
