

Prof. Avv. Stefano Tarullo

(Seconda Università degli studi di Napoli)

<http://www.giustizia-amministrativa.it/>

L'ART. 243-BIS DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E LE INCERTEZZE DI UNA DISCIPLINA TRA EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE E SOVRACCARICO FISCALE

SOMMARIO: 1. *La funzione del preavviso di ricorso e la sua concreta efficacia.* - 2. *La procedura di autotutela postula un'amministrazione pubblica "ideale" e collaborativa.* - 3. *Le perplessità sul versante processuale accrescono le difficoltà per le imprese ricorrenti.* - 4. *L'inerzia amministrativa e la sua (inutile) contestazione in sede giurisdizionale.* - 5. *La disciplina fiscale ed i dubbi sull'effettività della tutela giurisdizionale.*

1. *La funzione del preavviso di ricorso e la sua concreta efficacia.*

I soggetti che intendano gravarsi contro provvedimenti in materia di contratti pubblici hanno l'obbligo di informare la stazione appaltante, e per essa il responsabile del procedimento, delle violazioni che si assumono commesse in corso di gara e dell'intenzione di proporre ricorso. È quanto prevede l'art. 243-bis, comma primo, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, introdotto dall'art. 6 del D.Lgs. 20 marzo 2010 n. 53. L'istituto così innestato nel Codice dei contratti pubblici, peraltro non per spontaneo impulso normativo ma in attuazione dell'art. 1, par. 4, della Direttiva ricorsi 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, è noto in dottrina e nella prassi come "preavviso di ricorso" o "informativa di ricorso".

Il comma quarto dell'art. 243-bis prescrive che la stazione appaltante, entro quindici giorni dall'informativa ivi disciplinata, comunichi le proprie definitive determinazioni in ordine alle censure proposte dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. La previsione, nata con il lodevole intento di promuovere una fase collaborativa preliminare tra stazione appaltante ed impresa pregiudicata al fine di consentire alla prima di correggere in fase extraprocessuale i propri errori e deflazionare in tal modo il contenzioso^{1[1]}, è apparsa da subito affetta da scelte lessicali e procedurali non del tutto felici.

Una prima criticità si appunta sul comma secondo della disposizione, a mente del quale l'informazione di cui al comma primo "reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi

^{1[1]} In giurisprudenza v. Tar Calabria, Sez. I Catanzaro, 6 giugno 2012 n. 537, in www.giustizia-amministrativa.it.

diversi o ulteriori”. Viene da chiedersi - e l’interrogativo va ad impattare con la *ratio* stessa dell’istituto - a cosa possa mai servire una comunicazione della quale lo stesso Legislatore avalla in via testuale l’incompletezza, ammettendo che essa possa non illustrare *tutti* i motivi di ricorso (sempre suscettibili di arricchimento in sede di impugnazione innanzi al Giudice amministrativo). È infatti patente che in tal modo la finalità deflattiva di cui si è fatto cenno viene del tutto frustrata, non essendo consentito alla stazione appaltante di conoscere preventivamente e con la dovuta completezza il novero delle questioni fattuali e giuridiche oggetto del futuro ricorso^{2[2]}. In questo senso anche richiedere alla stazione appaltante un esame analitico ed approfondito delle ragioni esposte dal ricorrente, così come sembra emergere dall’approccio di taluna giurisprudenza^{3[3]}, appare eccessivamente rigoristico, quando poi si ammetta che le vere “censure” possano essere riservate per il ricorso (magari per semplice scelta di strategia difensiva, ossia per non “scoprire le carte” con eccessivo anticipo).

È vero che i Collegi giudicanti potrebbero eventualmente tenere in considerazione detta incompletezza in sede di condanna alle spese di giudizio, e che tale approccio giurisprudenziale potrebbe spingere gli operatori ed i rispettivi legali (ove interpellati) ad una certa solerzia nel formulare i preavvisi di ricorso (sapendo che le integrazioni dei motivi di impugnazione, pur consentite, potrebbero “costare care”); ma è altrettanto vero che un approccio correttivo dei Giudici, per quanto auspicabile, non costituirebbe un rimedio stabile e definitivo alle incertezze normative. Né può trascurarsi che in concreto, nel momento in cui si irroga la condanna giudiziale alle spese, “il danno è stato fatto”: poiché la causa è stata incardinata e definita, va da sé che né la desiderabile deflazione del contenzioso né l’attivazione del meccanismo autocorrettivo dell’amministrazione sono state ottenute, almeno nello specifico caso.

Inoltre, occorre fare i conti con il comma quinto dell’art. 243-*bis*, che ricollega le conseguenze negative circa le spese alla sola “*omissione* della comunicazione di cui al comma 1” e non – almeno non espressamente – alla sua incompiutezza (o alla sua eccessiva genericità, tale cioè da rendere difficoltoso per la stazione appaltante evincere le specifiche doglianze prospettate). Salvo non voler ritenere che nel disposto normativo siano ricomprese anche le nozioni di “omissione parziale” e di “omissione contenutistica”, sembrerebbe che in realtà per il

^{2[2]} Sul punto v. S. OGGIANU, *La composizione stragiudiziale e deflattiva del contenzioso in materia di appalti pubblici: l’informativa in ordine all’intento di proporre ricorso ex art. 243 bis D.Lgs. n. 163/2006 e il parere dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per la soluzione extragiudiziale delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006*, in www.giustamm.it, pubbl.to 5.1.2011, la quale rileva che “una diversa soluzione avrebbe esposto la disciplina in esame a dubbi di legittimità costituzionale, per violazione del diritto di azione e di difesa costituzionalmente riconosciuto e tutelato all’art. 24 Cost.”. Conclude l’A. che “già questo profilo evidenzia una genetica (e per certi versi ineludibile) incapacità deflattiva dell’istituto”.

^{3[3]} Si v. TAR Sicilia, Sez. IV Catania, 26 gennaio 2012 n. 196, in *Foro amm.-TAR*, 2012, 323. Il Tar catanese, rimarcando “i fini deflattivi del contenzioso giurisdizionale cui è evidentemente ispirata la disposizione”, ritiene che sarebbe richiesta all’amministrazione non soltanto “una determinazione di segno positivo o negativo”, ma una presa di posizione “in ordine ai motivi indicati dall’interessato”, sui quali pertanto “occorre che l’ente esprima una ragionata valutazione di fondatezza o infondatezza”.

Legislatore abbia rilievo la sola “omissione formale”, con l’effetto di una sostanziale compressione della discrezionalità del giudice nello statuire sulle spese.

Un’ulteriore notazione si impone. Poiché l’assistenza di un legale è meramente facoltativa (in virtù dell’art. 243-*bis*, comma secondo, “l’interessato può avvalersi dell’assistenza di un difensore”), anche il tasso tecnico dell’informativa risulta fortemente dequotato, con il conseguente rischio che l’impresa (specie se non munita di un proprio ufficio legale interno o quantomeno ausiliata da esperti nelle procedure di evidenza pubblica) ponga in essere delle lamentevoli “fai da te” di scarso o inconsistente rilievo giuridico ovvero, come nella prassi non di rado accade (ad esempio nell’ambito delle sedute di gara in applicazione del comma secondo, ult. parte), di non univoca e perspicua intelligibilità.

L’istituto dunque, nel suo incerto ed insufficientemente meditato impianto, non riesce ad ergersi a forma compiuta di ADR (*Alternative Dispute Resolution*), sia perché la difesa tecnica può mancare (mentre sarebbe sommamente opportuno prevederla ogniqualvolta debbano essere risolte questioni di diritto), sia perché la risposta della stazione appaltante può non seguire al preavviso, sia ancora perché l’omissione della comunicazione (cfr. art. 243-*bis*, comma quinto cit.) non genera alcun serio riflesso processuale, operando unicamente sul versante delle spese di giudizio e su quello della responsabilità risarcitoria ex art. 1227 c.c. (è inequivocabile la scelta normativa di non configurare la comunicazione preventiva alla stregua di condizione di ammissibilità o procedibilità dell’azione); sia infine perché il contrasto di interessi così introdotto tra parte pubblica e parte privata non è devoluto ad un organo terzo, ma viene affrontato da un soggetto ha – quantomeno in linea di principio – una propensione a difendere il proprio operato, per quanto astretto a criteri di *imparzialità* dal dettato costituzionale (art. 97, comma primo, Cost.) e dalla legge ordinaria (art. 1, comma primo, L. n. 241/1990). Ben più proficuo sarebbe stato, ad esempio, introdurre un ricorso pregiudiziale da affidare all’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, ovvero prevedere il parere di questa come (almeno) obbligatorio in sede di procedimento di autotutela, sì da immettere nella procedura un qualche solido contrappeso in termini di vera *neutralità*.

2. La procedura di autotutela postula un’amministrazione pubblica “ideale” e collaborativa

V’è poi da interrogarsi sulla disposizione del comma quarto dell’art. 243-*bis* là dove impone alla stazione appaltante (ma non è un obbligo in senso tecnico), entro quindici giorni dalla comunicazione, di comunicare all’impresa la propria decisione di intervenire o meno in autotutela.

Prendendo alla lettera la formulazione normativa, se ne dovrebbe inferire che l’obbligo comunicativo della p.a. sia limitato all’enunciare se sia il caso (ossia se

sussistano i presupposti e gli elementi) per adottare un (successivo) provvedimento di autotutela. Si potrebbe allora pensare che oggetto della comunicazione sia qualcosa di simile all'atto di avvio del procedimento di autotutela ex art. 7 L. n. 241/90 (o meglio, ex art. 8, comma primo, della stessa legge), ovvero - in alternativa - la decisione di non avviare siffatta procedura. Ma un simile adempimento sarebbe inutile in quanto il privato, che ha già dato avvio al procedimento, è verosimilmente interessato alla sua rapida conclusione, piuttosto che a sapere se l'amministrazione reputi esistenti le premesse per aprire un'istruttoria. Inoltre, tale passaggio comunicativo aggraverebbe notevolmente il procedimento, atteso che l'amministrazione dovrebbe informare l'impresa *anche* dell'adozione dell'atto finale (di autotutela o di diniego di autotutela), pur in assenza di espresso obbligo normativo, non foss'altro che per il rispetto dei principi generali.

Tali riflessioni fanno propendere per una soluzione interpretativa che, ancora una volta, illumini secondo ragionevolezza il dato testuale: la comunicazione dell'amministrazione, unica e finale a seguito della istanza dell'impresa, dovrebbe avere ad oggetto il provvedimento di autotutela o il diniego dello stesso. In questa direzione può peraltro invocarsi a conforto il fatto che, sempre secondo il comma 4, la stazione appaltante comunica "le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato": traspare dalla dizione normativa l'idea che la p.a., una volta ricevuta l'istanza, debba prendere effettivamente posizione sui contenuti delle doglianze sottoposte, trasponendo le conseguenti decisioni, senza indugio, nella comunicazione cui il Legislatore fa riferimento.

Davvero molto insoddisfacente appare la disciplina attinente al diniego, espresso o tacito, opposto dalla stazione appaltante a fronte del preavviso di ricorso.

Il comma sesto dell'art. 243-*bis*, come sostituito dall' art. 3, comma 19, dell'Allegato 4 al D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104 così recita: "Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti".

Nulla quaestio per il caso in cui il diniego intervenga prima dello spirare del termine di proposizione dell'azione giurisdizionale (trenta giorni a mente dell'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo): tutti gli atti saranno congiuntamente impugnati attraverso un ricorso cumulativo.

Si può tuttavia immaginare l'evenienza il cui il diniego, in virtù del decorso dei quindici giorni dalla comunicazione fissati nel comma quarto, venga adottato quando già il ricorso sia stato incardinato. Tale situazione può non infrequentemente verificarsi, in quanto in virtù del comma terzo dell'art. 243-*bis* l'informativa di cui al comma primo non solo non paralizza l'ulteriore corso del procedimento di gara ed il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto ex art. 11 comma 10, ma soprattutto non sospende il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale. Ebbene, in tale situazione il ricorrente dovrà proporre atto di motivi aggiunti (c.d. estensivi) impugnando il

diniego, stando al comma sesto sopra riportato. Ciò che, ad ogni evidenza, accrescerà purtroppo le spese processuali a suo carico, alla luce della nuova attività difensiva resasi necessaria.

Allo stato, al concorrente intenzionato ad impugnare non resta che confidare nel fatto che l'amministrazione, mostrando uno spirito collaborativo, si preoccupi di fornire la propria risposta prima della scadenza del termine per il ricorso. Tuttavia ciò non sempre accade. E comunque l'attuale quadro normativo ben consente alla p.a. di rispondere "intenzionalmente" fuori termine, magari al precipuo fine di costringere l'impresa a fronteggiare un nuovo contributo unificato (connesso ai motivi aggiunti), o di fornire risposte "frazionate" in più atti da impugnare con più ricorsi per motivi aggiunti, ciascuno implicante un proprio contributo unificato. Il vigente sistema permette dunque alle stazioni appaltanti più "malevole" di avvalersi di un sottile metodo finalizzato a scoraggiare le imprese dall'accesso alla giustizia amministrativa, ponendo nelle loro mani - perché questa è la sostanza delle cose - il potere di accrescere in modo apprezzabile il costo della causa.

In un interessante precedente, tale possibilità è stata scongiurata assumendo che la tardiva decisione della stazione appaltante circa la fondatezza o meno della richiesta di autotutela dovrebbe considerarsi, nel contesto procedimentale già avviato dalla preannunciata intenzione di proporre ricorso avverso l'assegnazione dell'appalto, *tamquam non esset*^{4[4]}. Senonché, per quanto mossa dal nobile intento di evitare condotte artate delle stazioni appaltanti quali quelle descritte poc'anzi, la soluzione testé riferita appare di incerta compatibilità con il principio di inesauribilità del potere pubblico (nella specie, non soggetto ad un termine decadenziale). Né, guardando alla prassi forense, un accorto difensore che venisse a conoscenza di un atto di diniego emanato fuori termine potrebbe ragionevolmente correre il rischio, non impugnandolo con motivi aggiunti, di subire una pronuncia negativa in rito, per quanto oneroso ciò sia.

Forse il Legislatore del 2010 aveva in mente un modello di amministrazione pubblica ideale, almeno nel senso di recettiva ed "amichevole" verso i privati, che nell'odierno tessuto istituzionale italiano è ben lungi dalla realizzazione. Eppure, *de iure condendo*, il rimedio alla indesiderabile situazione sopra descritta sarebbe a

^{4[4]} In tal senso Tar Veneto, Sez. I, 16 dicembre 2012 n. 1278, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si legge che "l'incombente imposto alla stazione appaltante dopo l'istanza del ricorrente per la definizione della controversia, comporta la necessità, per quest'ultima, di formulare le proprie determinazioni nel termine perentorio indicato (quindici giorni) proprio perché tale fase procedimentale ha la precipua ed esclusiva funzione deflattiva del preannunciato conflitto e, pertanto, deve essere svolta e definita nei tempi rapidi imposti dal rito accelerato di cui al D.Lgs citato". Prosegue il Collegio: "Consentire alla stazione appaltante di estendere, oltre i tempi normativamente previsti, l'utilizzazione di tale strumento, significherebbe snaturarne la funzione e le precipue finalità dell'istituto"; ed aggiunge che "proprio per determinare tempi certi ed obiettivi del peculiare subprocedimento, il legislatore ha previsto che tale determinazione sia comunicata agli istanti". La conclusione esposta in sentenza è - coerentemente - nel senso che "trascorsi i quindici giorni previsti dalla norma senza che la comunicazione sia pervenuta al richiedente l'autotutela, la stazione appaltante perde il diritto di manifestare ed assumere le determinazioni deflative dell'instaurando conflitto", incorrendo nelle conseguenze di cui all'art. 243, comma quinto, del Codice dei contratti pubblici. Sicché "ogni eventuale e successivo intervento sull'aggiudicazione dovrà conformarsi (...) esclusivamente ai canoni formali di cui all'art. 21-*quinques*, 21-*sexies*, 21-*nonies* della L. 241/91".

portata di mano: basterebbe prescrivere la sospensione del termine di ricorso (peraltro estremamente ridotto, come noto) sino al provvedimento dell'amministrazione. Verrebbe così ad instaurarsi un meccanismo virtuoso atto a rendere effettivo quel "diritto alla risposta" che l'art. 2 L. n. 241/1990 solennemente proclama nel momento in cui enuncia il dovere di concludere il procedimento "mediante l'adozione di un provvedimento espresso"^{5[5]}.

3. Le perplessità sul versante processuale accrescono le difficoltà per le imprese ricorrenti

Possiamo adesso fare un passo ancora in avanti nella disamina, approfondendo ulteriori aspetti critici della disciplina.

Allorché sorga necessità di proporre motivi aggiunti ai sensi dell'art. 243-bis, comma sesto, del D.Lgs. n. 163/2006, troverà applicazione l'art. 13, comma 6-bis.1, del T.U. spese di giustizia (D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115), inserito dall'art. 2, comma 35-bis, lett. e) del D.L. 13 agosto 2011 n. 138; norma secondo la quale "Ai fini del presente comma, per ricorsi si intendono quello principale, quello incidentale e i motivi aggiunti che introducono domande nuove". Ne discende che il ricorrente il quale si avvalga dei motivi aggiunti dovrà affrontare nuovamente il pagamento del contributo unificato per gli atti giudiziari che come noto, nella materia che ci occupa, è pari ad euro 4.000,00 (art. 13, comma 6-bis, lett. d), del T.U. spese di giustizia, che richiama per l'appunto "i ricorsi di cui all'articolo 119, comma 1, lettere a) e b), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104").

Ora, già l'obbligo di versare un così elevato contributo unificato sin dal principio del giudizio desta molteplici perplessità, come in seguito andremo a dire. Ma dubbi ancor più corposi esso solleva quando si prenda in considerazione la duplicazione del contributo collegata alla disciplina dei motivi aggiunti. Vediamo due profili emblematici.

a) Anzitutto è possibile che con i motivi aggiunti venga "impugnato", se così vogliamo dire, il *silenzio* della stazione appaltante (cfr. l'art. 243-bis, comma senso, cit.: "Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o *tacito*, è impugnabile (...)"). In tale frangente il ricorrente si trova a dover fronteggiare un incremento di attività difensiva e a dover ottemperare ad un secondo onere fiscale; tutto ciò per proporre una domanda che - a mente del già riferito art. 13, comma 6-bis.1 - è "nuova" solo formalmente, in quanto deve essere giudizialmente avanzata, a ben

^{5[5]} Il problema è semmai quello di armonizzare tale opzione con quanto stabilito dall'art. 1, par. 4 della Direttiva ricorsi del 2007, la quale prevede che l'informativa all'amministrazione aggiudicatrice "della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso" può essere introdotta dagli Stati membri solo "a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo a norma dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, o su qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo 2-quater" (corsivo nostro).

vedere, per mero ossequio al dettato normativo, ossia senza che ne possa derivare una concreta utilità processuale e “di giustizia”. Al riguardo basti osservare che il silenzio dell’amministrazione (silenzio-diniego, in quanto significativo ed attizio, e non silenzio-inadempimento) e la relativa contestazione di parte nulla aggiungono al *thema decidendum* ed alle possibilità di tutela già fruibili mediante il ricorso introduttivo (tutela demolitoria, conformativa ed oggi anche di condanna all’adozione del provvedimento favorevole in base all’art. 34, comma 1, lett. c) del Codice del processo amministrativo, come novellato dal c.d. secondo correttivo approvato con il D.Lgs. n. 160/2012)^{6[6]}.

b) In secondo luogo può darsi l’eventualità che il diniego della stazione appaltante risulti meramente *ripetitivo* delle valutazioni già operate in sede di gara, magari ad opera della Commissione, senza che emerga un reale esame dei motivi di censura avanzati dall’impresa pregiudicata, o comunque un carattere autenticamente innovativo della decisione così esternata. In simili casi è evidente che, almeno ove vi sia un minimo margine di dubbio circa la natura effettivamente e totalmente confermativa del nuovo atto, ovvero semplicemente si appalesi una diversa provenienza dell’atto (perché adottato da organo diverso dalla Commissione giudicatrice), intuitive ragioni di cautela difensiva spingeranno il patrocinatore a proporre egualmente il ricorso per motivi aggiunti; la parte sostanziale resterà così caricata di un ulteriore, oneroso versamento magari dovuto a mere ragioni di tuziorismo e cautela difensiva.

Al riguardo giova richiamare una recente sentenza con cui il Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, ha dichiarato l’inammissibilità di un ricorso per mancata impugnazione del diniego opposto dall’amministrazione a seguito dell’istanza di autotutela avanzata dall’impresa non aggiudicataria ai sensi dell’art. 243-*bis* più volte nominato^{7[7]}. Nel caso di specie la ricorrente aveva correttamente esperito il preavviso di ricorso ma successivamente, nel proporre gravame avverso il provvedimento dirigenziale di aggiudicazione definitiva e gli atti presupposti (ricorso pur ampiamente articolato, come riconosciuto in sentenza, con riguardo alle carenze della *lex specialis* ed ai difetti dell’offerta dalla controinteressata aggiudicataria), non aveva investito di alcuna specifica doglianza “il diniego di autotutela a fronte delle osservazioni mosse e l’atto, ossia l’aggiudicazione provvisoria, cui detto diniego si riferisce” (così il Tar). Il Giudice friulano pertanto, muovendo dal rilievo che era stata “omessa l’impugnazione di un atto, di cui la

^{6[6]} Per sottrarsi al contributo unificato occorrerebbe dimostrare che la contestazione dell’inerzia amministrativa non costituisce domanda tecnicamente “nuova” ai sensi del comma 6-*bis*.1. Il tentativo non appare tuttavia agevole, in quanto l’azione così introdotta (dichiarativa) appare formalmente diversa da quella originaria (costitutiva), pur non verificandosi, come precisato nel testo, un ampliamento del *thema decidendum*. Del resto la *ratio* della norma, rinvigorita dalla marcata esigenza di “fare cassa” che ne traspare, è verosimilmente quella di esonerare dal pagamento i soli motivi aggiunti c.d. ordinari, ossia volti all’impugnazione di atti endoprocedimentali o in ogni caso preparatori rispetto al provvedimento impugnato, ma non conosciuti al momento della proposizione del ricorso avverso quest’ultimo. Sulle problematiche connesse alla “utilità” di una opposizione giudiziale al silenzio si tornerà comunque *infra*.

^{7[7]} Si tratta della sentenza n. 431 del 26 novembre 2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

legge prevede la lesività e l'obbligo di impugnazione", ha concluso – come detto – nel senso della inammissibilità del ricorso.

Ebbene, in parte motiva il Collegio scrive che “Nella presente fattispecie l'aggiudicazione provvisoria è intervenuta con il verbale n. 4 della Commissione giudicatrice (...) e (...) la società ricorrente ha fatto pervenire l'informativa dell'intenzione di proporre ricorso ai sensi del succitato art. 243-bis. In data 19.4 la Commissione *ha confermato le valutazioni già espresse* e in data 22.4.2011, e quindi entro i termini di legge, il Dipartimento Servizi Condivisi ne ha informato la ricorrente”. Ancorché questo accenno alla conferma “delle valutazioni già espresse” non appaia di cristallina chiarezza, sembra di intuire che l'atto di risposta al preavviso di ricorso e la relativa comunicazione si siano nella specie tradotti in una mera (ed acritica) reiterazione di ciò che il Seggio di gara aveva già deciso e verbalizzato in precedenza. Di qui una conseguenza paradossale: il Tar - con approccio alquanto formalistico - ha finito per dichiarare inammissibile il ricorso per mancata impugnazione di un provvedimento che, nel suo contenuto, non faceva altro che ripetere ciò che già si evinceva dai verbali di gara; ossia di un provvedimento che, secondo i principi generali, neppure sarebbe dovuto essere impugnato.

Né si dica che la soluzione sposata dal Collegio derivava dal dettato normativo: si legga con attenzione il comma sesto dell'art. 243-bis: “Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti”. L'espressione “è impugnabile” nega in radice la sussistenza di un *obbligo* indeclinabile di impugnazione: l'impugnazione costituisce un onere solo allorché il nuovo atto negativo rechi una nuova valutazione degli interessi in gioco e replichi innovativamente (rispetto ai verbali ed ai pregressi atti di gara) alle osservazioni avanzate dall'impresa ricorrente^{8[8]}.

Ad avviso di chi scrive, insomma, l'impugnazione del diniego di autotutela

^{8[8]} Cfr. in termini il parere del Cons. Stato, Comm. spec., 25 gennaio 2010 n. 368, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2010, 428 (per il quale “La conferma “motivata” (...) è, pacificamente considerata quale nuovo atto, autonomamente lesivo, idoneo a riaprire i termini per la proposizione del ricorso”), nonché Tar Sicilia, Sez. III Palermo, 21 febbraio 2012 n. 406, in *Foro amm.-TAR*, 2012, 2, 637. Va però dato conto di un orientamento giurisprudenziale ben più favorevole al ricorrente, al quale aderisce ad esempio Tar Lazio, Sez. I-ter, 10 gennaio 2012 n. 197, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tale pronuncia si afferma che l'art. 243-bis, comma quarto, nel momento in cui qualifica il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, come “impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce” punterebbe in realtà a rendere *in ogni caso* facoltativa la contestazione giudiziale del diniego di autotutela (nella sua forma espressa o tacita). Il pensiero del Collegio appare chiaramente manifestato sul punto: “(...) l'impugnazione del diniego di autotutela (espresso o tacito) costituisce una facoltà - autonoma e indipendente rispetto all'impugnazione degli atti di gara - dell'operatore economico che ritiene di essere stato pregiudicato dalle determinazioni assunte in sede di gara dalla Stazione appaltante”. Conforme anche Tar Calabria, Sez. II Catanzaro, 10 settembre 2012 n. 914, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per il quale l'art. 243-bis, “lungi dall'imporre l'impugnazione del diniego di autotutela”, sarebbe “norma meramente processuale, volta ad assicurare che la necessaria impugnazione del provvedimento lesivo e quella soltanto eventuale, secondo i principi generali del diniego di autotutela, siano trattate nell'ambito di un *simultaneous process*”. Analogam. si v. Tar Liguria, Sez. II, 6 aprile 2011 n. 559, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 1208; Tar Lombardia, Sez. II Brescia, 2 marzo 2011 n. 372, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 761; Tar Aosta Valle d'Aosta, Sez. I, 17 febbraio 2012 n. 16, in *Foro amm.-TAR*, 2012, 336.

meramente confermativo può ben essere evitata - e con esso l'aggravio di spese processuali e fiscali - leggendo la norma *cum grano salis*: è sufficiente all'uopo applicare i principi generali in tema di non impugnabilità degli atti meramente confermativi, facendo leva sia sul costante orientamento consolidatosi nel tempo in via generale^{9[9]}, sia su alcune puntuali pronunce concernenti l'art. 243-bis^{10[10]}.

4. L'inerzia amministrativa e la sua (inutile) contestazione in sede giurisdizionale

Il comma quarto dell'art. 243-bis, nell'ultima parte, stabilisce una equivalenza giuridica tra inerzia e diniego di autotutela. Si pone quindi il problema di comprendere se, nell'ambito del ricorso avverso gli atti di gara, anche l'omessa esplicita contestazione del silenzio serbato dalla stazione appaltante a seguito del preavviso di ricorso possa dare luogo ad inammissibilità di questo.

Il Consiglio di Stato, nel parere n. 368/2010 reso in sede di Commissione speciale^{11[11]}, aveva opinato nel senso della utilità di “chiarire che il silenzio, assumendo la fisionomia tipica del diniego di agire in autotutela, alla stregua di una conferma mera dell'atto, non è impugnabile e non è contestabile con il rito speciale in materia di silenzio”.

Il dato letterale appare tuttavia di segno inverso, almeno ad un primissimo approccio, tenuto conto della già segnalata equivalenza oltretutto sancita, in modo alquanto esplicito, dal comma quarto. Nondimeno, esaminando la questione in una

^{9[9]} La giurisprudenza è compatta nello statuire che ai fini dell'esatta individuazione della natura dell'atto (e del relativo regime di impugnabilità) rileva la circostanza che esso intervenga quale atto conclusivo di un nuovo e autonomo procedimento amministrativo, contrassegnato da una rinnovata istruttoria e da nuove valutazioni dell'amministrazione, essendo al contrario del tutto ininfluyente che l'esito cui l'amministrazione perviene sia identico a quello di un proprio precedente provvedimento. Da ultimo in tal senso basti citare Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2012 n. 5509, in www.giustizia-amministrativa.it.

^{10[10]} Il Tar Umbria, Sez. I, 1 aprile 2011 n. 103, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 1228, ha ritenuto che mente il silenzio (serbato sull'istanza di autotutela) non dovrebbe formare oggetto di impugnazione, diversamente qualora la decisione di non provvedere “sia motivata ed espressione di una nuova ponderazione” l'impugnazione sarebbe necessaria. Difatti, a detta del Collegio, “si dovrebbe configurare una conferma propria, con conseguente onere di impugnativa”. A *contrario* se ne desume che l'atto meramente confermativo non dovrebbe essere impugnato. Sul punto cfr. anche Tar Liguria, Sez. II 29 marzo 2012 n. 450, in www.giustizia-amministrativa.it (che espressamente esclude l'onere di impugnare la risposta meramente confermativa), nonché Tar Veneto, Sez. I, n. 1278/2012 cit. Dopo aver premesso che “l'attivazione della indicata procedura deflattiva non costituisce un requisito di procedibilità del ricorso”, impedendo essa “unicamente l'adozione delle conseguenze negative di cui al 5° comma dell'art. 243 bis citato”, il Tribunale veneziano precisa che “una volta attivata tale procedura, il ricorrente è obbligato a contestare le negative determinazioni, espresse o tacite, al riguardo assunte dalla stazione appaltante, nel termine decadenziale di trenta giorni”. Al di là della equivoca ed ossimorica espressione “determinazioni *tacite*” (ad avviso di chi scrive, chi ‘determina’ qualcosa lo fa *claris verbis*), dal riportato passaggio sembra emergere l'idea che la contestazione giurisdizionale sia necessaria ove vi siano “determinazioni”, ossia decisioni sugli assetti di interessi assunte nel procedimento di autotutela “deflattiva”; e tali non potrebbero ritenersi quelle meramente confermativa, prive cioè di contenuto decisionale innovativo (sotto il profilo del riesame istruttorio e/o degli interessi).

^{11[11]} Cons. Stato, Comm. spec., 25 gennaio 2010 n. 368, cit.

prospettiva più pragmatica e sostanziale, è del tutto evidente che l'omessa contestazione dell'inerzia nella stesura dell'atto di impugnazione presenterebbe un carattere del tutto formale; va da sé, infatti, che l'eventuale reazione al silenzio serbato in sede di autotutela non darebbe comunque vita a censure puntuali e dotate di una qualche sostanza giuridica effettivamente rilevante per l'esame giudiziale. Il silenzio, per quanto equiparato ad un diniego (espreso), è e rimane un non-atto, avverso il quale pare alquanto immaginifico poter ipotizzare una violazione di legge, un difetto di motivazione o un eccesso di potere; e ciò per l'ovvia constatazione che l'inerzia non contiene alcuna esternazione dell'*iter* logico ed istruttorio che ha condotto la p.a. a dissentire rispetto alle osservazioni del concorrente non aggiudicatario o escluso dalla gara.

Sanzionare l'omessa impugnazione con la inammissibilità del ricorso parrebbe, quindi, del tutto eccessivo. E ciò tanto più quando il silenzio sia maturato dopo lo spirare del termine per ricorrere avverso gli atti di gara: costringere il ricorrente per motivi aggiunti ad effettuare un secondo versamento dell'ingente contributo unificato di 4.000,00 euro per contestare il "nulla" pare qualcosa di assai prossimo ad un'aberrazione giuridica.

In questa direzione sembra peraltro essersi già intradata una parte della giurisprudenza sulla scorta di un argomento del tutto convincente: il diniego *tacito* di autotutela non dovrebbe essere impugnato a pena di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione "essendo il silenzio privo di un contenuto decisorio innovativo. L'inerzia, pur riguardando, in senso stretto, l'esercizio del potere di autotutela, nulla aggiunge all'assetto di interessi previsto nel provvedimento principale, e dunque, dal punto di vista sostanziale, ha un contenuto meramente confermativo; in quanto tale, non esplicando autonomo effetto lesivo, non occorre la sua impugnazione"^{12[12]}. La tesi così sostenuta si impernia su un passaggio logico ineccepibile: poiché "il diniego tacito di autotutela non rinnova alcuna volontà dell'Amministrazione", limitandosi "a manifestare l'intendimento di non ritornare su di una valutazione effettuata" e perciò "nulla aggiungendo alla situazione di diritto già definita dall'atto precedente", ne discende che il silenzio "non esplica alcun autonomo effetto lesivo e non richiede di essere impugnato"^{13[13]}.

Questo ordine di idee è coraggioso e condivisibile, ma si deve riconoscere che non è impresa facile farlo collimare con il dato letterale dell'art. 243-bis, comma sesto ("Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o *tacito*, è *impugnabile* (...)"). Per tale ragione esso risulta decisamente contrastato da un indirizzo opposto, orientato cioè per la necessità indeclinabile della contestazione del silenzio^{14[14]}.

^{12[12]} Così Tar Umbria, Sez. I, n. 103/2011 cit.

^{13[13]} Così Tar Umbria, Sez. I, n. 103/2011 cit.

^{14[14]} Ad esempio si legge in Tar Veneto, Sez. I, n. 1278/2012 cit.: "È obbligo del ricorrente quello di impugnare, contestualmente al ricorso principale, ovvero con motivi aggiunti, anche la tacita manifestazione di

5. La disciplina fiscale ed i dubbi sull'effettività della tutela giurisdizionale

L'attuale art. 13, comma 6-*bis*, del T.U. spese di giustizia solleva enormi dubbi di legittimità costituzionale (specie per gli appalti, ma in generale per il processo amministrativo).

Un primo ordine di criticità emerge sotto il profilo *soggettivo*, perché - per dirla in breve - la disposizione discrimina tra soggetti abbienti e soggetti economicamente deboli, consentendo solo ai primi, in fin dei conti, di accedere alla giurisdizione. Né può affermarsi che tutte le imprese che partecipano ai pubblici appalti versino automaticamente in buone acque; e ciò vale sia sotto un profilo generale (in questo senso la norma sembra risentire di vischiosi preconcetti ed errate generalizzazioni), sia e tanto più nella presente, complessa congiuntura economico-finanziaria che presenta, accanto ai noti problemi di liquidità e di accesso al credito, anche una notevole contrazione delle gare per le pubbliche commesse. Fenomeno, questo, che decrementa sensibilmente il volume d'affari potenziale degli operatori sui mercati, rendendo estremamente difficoltoso operare mediante anticipazioni di cassa finalizzate a fronteggiare le spese di lite e gli oneri fiscali, nella speranza di poter rientrare dell'esborso all'esito del giudizio. La disposizione del comma 6-*bis*, in ultima analisi, sembra sottendere una presunzione *iuris et de iure* di elevata "capacità contributiva" (cfr. art. 53, comma primo, Cost.); ma essa appare difficilmente giustificabile tanto in astratto, perché scissa da ogni indice di oggettiva forza patrimoniale dell'operatore ed ancorata al mero dato estrinseco della sua appartenenza ad un certo settore di mercato, quanto nel contesto dell'attuale, infausto ciclo economico.

Contro l'ipotesi di una giustizia "censitaria", peraltro, la Corte Costituzionale si è espressa in passato con una certa fermezza, allorché è stata chiamata ad esaminare l'istituto del "*solve et repete*" in materia tributaria. Nella sentenza 31 marzo 1961 n. 21^{15[15]} il Giudice delle leggi, pur riconoscendo a tale istituto il carattere di "misura particolarmente energica ed efficace al fine dell'attuazione del pubblico interesse alla percezione dei tributi", ebbe infatti ad osservare che "La imposizione dell'onere del pagamento del tributo, regolato quale presupposto imprescindibile della esperibilità dell'azione giudiziaria diretta a ottenere la tutela del diritto del contribuente mediante l'accertamento giudiziale della illegittimità del tributo stesso, è in contrasto (...) con tutti i principi contenuti negli articoli della Costituzione enunciati nella ordinanza del Pretore". Di qui, segnatamente, il rilevato contrasto con l'art. 3 Cost., "perché è evidente la differenza di trattamento

volontà nel consueto termini di trenta giorni che decorrono dalla comunicazione della determinazione, ovvero dallo spirare dei quindici giorni previsti dal comma 4 dell'art. 243-*bis* D.Lgs 163/2006". La mancata impugnazione dell'inerzia della stazione appaltante comporta quindi, secondo questa prospettazione, l'inammissibilità dell'originario ricorso.

^{15[15]} In www.cortecostituzionale.it.

che ne consegue fra il contribuente, che sia in grado di pagare immediatamente l'intero tributo, ed il contribuente, che non abbia mezzi sufficienti per fare il pagamento, né possa procurarseli agevolmente ricorrendo al credito, fra l'altro perché, anche in caso di vittoria in giudizio, non otterrebbe il rimborso delle somme versate se non con ritardo". Ripugna dunque al più sommo dei principi costituzionali, quello di eguaglianza, che l'accesso alla giustizia possa sorgere su basi di discriminazione tra ricchi e poveri^{16[16]}.

A rincarare la dose si aggiunga - e chi ha pratica del foro amministrativo lo sa bene - che le condanne alle spese di lite in genere non contemplano il separato rimborso del contributo unificato a vantaggio del ricorrente vittorioso; e ciò - si badi bene - malgrado l'art. 13, comma 6-*bis*.1, seconda proposizione, del T.U. Spese di giustizia, là dove stabilisce che "L'onere relativo al pagamento dei suddetti contributi è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio". La locuzione "in ogni caso" e, soprattutto, il collegamento con la (preclusa) possibilità di compensazione giudiziale dell'importo versato per fronteggiare l'onere fiscale sembrano evocare direttamente il potere di condanna del giudice^{17[17]}.

Ma anche sotto il profilo *oggettivo* la disciplina del contributo unificato di cui al comma 6-*bis* si presenta quantomeno discutibile. Infatti, il contributo da versare nel processo amministrativo non è proporzionato al valore della causa, risultando invece determinato ad importo fisso '*ratione materiae*', ossia in correlazione con la tipologia di controversia considerata.

Anche senza voler ritenere sintomatica di una grave superficialità la mancata considerazione della realtà dei fatti, ossia che sovente il contributo unificato nasce doppio già "in partenza"^{18[18]}, l'impiego degli scaglioni del giudizio civile alla

^{16[16]} Nella cit. sentenza n. 21/1961 il pensiero della Consulta è espresso con grande nitidezza: mentre al soggetto abbiente è consentito, "proprio in conseguenza delle sue condizioni economiche, di chiedere giustizia e di ottenerla, ove possa provare di aver ragione", viceversa al meno abbiente "questa facoltà è resa difficile e talvolta impossibile, non solo di fatto, ma anche in base al diritto, in forza di un presupposto processuale stabilito dalla legge e consistente nell'onere del versamento di una somma eventualmente assai ingente". Questo ordine di considerazioni, si legge ancora nella pronuncia, vale "a giustificare anche il richiamo alle norme contenute negli artt. 24, primo comma, e 113 della Costituzione, nei quali l'uso delle parole tutti e sempre ha chiaramente lo scopo di ribadire la uguaglianza di diritto e di fatto di tutti i cittadini per quanto concerne la possibilità di richiedere e di ottenere la tutela giurisdizionale, sia nei confronti di altri privati, sia in quelli dello Stato e di enti pubblici minori".

^{17[17]} L'irrelevanza dell'omessa espresa statuizione da parte del giudice circa il contributo unificato è stata tuttavia sostenuta in giurisprudenza sul presupposto che trattasi di un'obbligazione *ex lege* derivante proprio dal comma 6-*bis* sopra ricordato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 agosto 2011, n. 4596 e Tar Lazio, Sez. II, 27 novembre 2012 n. 9850, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it). Al di là della più o meno marcata aderenza di siffatta prospettazione ermeneutica al dettato testuale, resta il fatto che la mancanza di una condanna puntuale in sentenza impedisce il formarsi di un titolo esecutivo ai sensi dell'art. 115, comma 2., C.P.A., in tal modo complicando l'effettivo conseguimento della somma da parte del creditore. Né le pronunce che si inseriscono in questo solco interpretativo riescono a chiarire - proprio in quanto autorizzano un'omessa statuizione - se anche il controinteressato possa essere onerato, in tutto o in parte, del rimborso.

^{18[18]} La fattispecie è di scuola: l'impresa estromessa dalla gara, ricorrente avverso l'atto di esclusione, non potrà fare a meno di impugnare con motivi aggiunti l'aggiudicazione eventualmente disposta in favore della

stregua di “*tertium comparationis*” rende patente l’irragionevolezza (ed il radicale difetto di proporzionalità) della soluzione adottata per le controversie in materia di appalti: l’impugnazione di una gara per la concessione della riscossione di un tributo locale, che consente alla aggiudicatario di introitare un aggio annuale modestissimo, finisce per costare quanto quella di una grande opera di interesse nazionale.

La denunciata irragionevolezza si accresce al confronto con le altre tipologie di giudizio; la materia degli appalti non presenta particolarità intrinseche atte a giustificare un aggravio così ingente (oltre 6 volte e mezza il contributo ordinario, 4 volte il contributo previsto per i ricorsi cui si applica il rito abbreviato comune a determinate materie di cui al Libro IV, Titolo V). Né tale giustificazione può rinvenirsi nel mero dimezzamento dei termini, comune ormai a molti riti.

Se poi si volesse far leva sulla rilevanza socio-economica delle questioni trattate, le obiezioni si moltiplicherebbero: anzitutto detta rilevanza non è sempre presente in concreto (l’esempio della concessione per la piccola riscossione del tributo locale è emblematico). In secondo luogo ci si dovrebbe spiegare, e sinora nessuno lo ha fatto in modo persuasivo, perché un appalto di modestissima entità sia più “sensibile” delle altre tipologie di lite contemplate dall’art. 119 del Codice del processo amministrativo; ad esempio di una controversia concernente gli atti di privatizzazione o dismissione di imprese o beni pubblici, ovvero la costituzione, modificazione o soppressione di società pubbliche locali, o un provvedimento di scioglimento degli organi di governo degli enti locali, o un atto di esproprio funzionale ad un’importante opera pubblica, o una ordinanza di protezione civile, ecc.

Sullo sfondo sia consentita una osservazione che a chi scrive pare elementare: la connotazione in termini di maggiore “sensibilità” di una materia oggetto di contenzioso dovrebbe – a rigore – assecondare un più ampio e penetrante accesso alla giustizia, anziché ostacolarlo con norme di dubbia razionalità. Tale carattere insomma, se esige una particolare e ben comprensibile attenzione nel favorire la speditezza dell’*iter* processuale, non solo non giustifica, ma anzi dovrebbe indurre a rifiutare ogni misura atta ad impedire o complicare, nella sostanza, il controllo giurisdizionale.

Alla, luce dei brevi rilievi svolti, la violazione dell’art. 3 Cost. (e dei correlati principi di uguaglianza, ragionevolezza legislativa e proporzionalità rispetto al fine)

controinteressata; il proseguimento della gara è peraltro autorizzato dall’art. 243-*bis*, comma 3, del D.Lgs. 163/2006. Anche in tale evenienza, dunque, bisognerebbe sperare in una condotta cooperativa della stazione appaltante analogamente a quanto accennato in precedenza, nel par. 2. L’amministrazione cioè, pur avvenendosi del comma 3 anzidetto, dovrebbe affrettarsi ad adottare l’atto di aggiudicazione per consentire all’impresa esclusa l’impugnazione cumulativa dei due atti (ed il versamento di un solo contributo unificato); ovvero potrebbe optare per la sospensione della gara sino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo o di secondo grado. Per analoghe osservazioni v. L. GILI, *Avvocato, ma quanto mi costa? (Note e divagazioni sull’attuale diritto alla difesa in materia di affidamenti di contratti pubblici)*, in www.giustamm.it, pubbl.to 4.7.2012.

mi sembra del tutto evidente^{19[19]}. Inoltre, se è vero che, come recentemente statuito dalla Corte Costituzionale, le scelte legislative sono intangibili salva la loro manifesta irragionevolezza^{20[20]}, è anche vero che quest'ultima va parametrata al diritto di difesa (cfr. art. 24 Cost. e, per la giustizia amministrativa, artt. 103 e 113, comma primo, Cost.) e, cosa non secondaria, deve rendersi compatibile con il principio di progressività dell'imposizione e della contribuzione fiscale (art. 53 Cost.)^{21[21]}.

Il tema si profila particolarmente delicato quando lo si metta in connessione con il secondo comma dell'art. 113 Cost.; norma che assicura la *pienezza* ed *adeguatezza* della tutela nei riguardi della p.a. quali componenti indefettibili del "giusto processo" allorché esso verta sull'esercizio del potere pubblico. Va infatti ricordato che l'art. 113 della Carta Fondamentale non solo, al comma primo, impone di ammettere "sempre" la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi (ponendo la regola della *generalità* della tutela), ma rafforza tale previsione, nel comma successivo, vietando ogni esclusione o limitazione della tutela "per determinate categorie di atti" (sicché, si noti, il divieto non riguarda solo i "mezzi di impugnazione")^{22[22]}. In questo scenario di sistema, che per il suo carattere sovralegislativo non può essere ignorato, pare arduo negare che anche un balzello fiscale esorbitante possa rappresentare un "limite" all'impugnazione di una

^{19[19]} Solo per completezza, va dato atto che nel momento in cui scrivo questo articolo è in corso di elaborazione il D.D.L. stabilità, in cui sono previsti tre scaglioni di contributo unificato a seconda del valore dell'appalto. L'idea di una nuova calibrazione di tal genere potrebbe essere riguardata con favore, se non fosse che gli importi, così come ridefiniti (in un testo ovviamente passibile di ampie modifiche), risultano comunque assai ingenti. Difatti, per i ricorsi di cui all'articolo 119, comma 1, lettere a) e b) del C.P.A. il contributo dovuto viene fissato in euro 3.000 quando il valore della controversia è pari o inferiore ad euro 200.000,00; per quelle di importo compreso tra 200.000,00 e 1.000.000,00 euro il contributo dovuto è di euro 4.000 mentre per quelle di valore superiore a 1.000.000,00 euro è pari ad euro 5.000. Il 'buono' che c'è (forse) nel D.D.L. viene comunque compensato da due nuove, astruse previsioni che, novellando il T.U. spese di giustizia, producono un significativo impatto deterrente sul contenzioso: si prevede da un lato che ove l'impugnazione, anche incidentale, venga respinta integralmente, ovvero sia dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta sia tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale (tale obbligo, rileviamo, si affianca a quello di rimborsare alla parte vittoriosa il contributo da questa versato); e dall'altro che in grado di appello il contributo unificato sia ulteriormente aumentato della metà, costringendo così la parte a subire un salasso aggiuntivo per correggere gli errori dei Collegi giudicanti di prima istanza. Ogni commento è superfluo.

^{20[20]} Corte Cost., ordinanza 6 maggio 2012 n. 164, www.cortecostituzionale.it. Si legge nell'ordinanza che "in ogni caso, la questione è inammissibile per la pluralità delle soluzioni che possono essere offerte dal legislatore in una materia, quale quella della determinazione delle spese processuali poste a carico degli utenti della giustizia ed altresì quella tributaria, nella quale vige il principio della sua discrezionalità e della insindacabilità delle opzioni legislative che non siano caratterizzate da una manifesta irragionevolezza (v. sentenza n. 162 del 1983)". Aggiunge il Giudice delle leggi che "nel caso di specie, la norma censurata, introducendo una più articolata distinzione tra diverse categorie di controversie amministrative ed elevando la misura dei contributi per alcune di esse, deve ritenersi frutto di una scelta discrezionale non manifestamente irragionevole".

^{21[21]} Cfr. F.G. SCOCA, *I mezzi di tutela giurisdizionale sono soggetti alla discrezionalità del legislatore*, in *Corr. giur.*, 2011, 1550. Ma per approfondimenti sia anche consentito il rinvio a S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, 304, nonché *ibid.*, 45, nt. 105, ed ancora 69, nt. 165.

^{22[22]} Sulla tematica nei suoi aspetti generali v. l'assai pregevole disamina di F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 225 ss.

ben “determinata” categoria di atti, nella specie quelli adottati nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica.

In altra sede, peraltro, mi sono permesso di far rilevare che il diritto all’effettività della tutela giurisdizionale presenta, quale sua primaria e fondamentale esplicazione in ambito comunitario, il diritto al giudice (*right to judge*)^{23[23]}. L’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali della UE di Nizza prevede già nella sua rubrica, oltre che nel primo alinea, il “Diritto a un ricorso effettivo”, quale presupposto perché possa aver luogo l’ “esame” della controversia in aderenza ai requisiti fissati nel secondo alinea. Né si deve dimenticare che, stando all’art. 1, par. 1, della già nominata Direttiva ricorsi del 2007, spetta agli Stati membri adottare i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso “efficace”, conformemente alle condizioni individuate dagli artt. da 2 a 2-septies della direttiva medesima; e che in base al successivo par. 3 “Gli Stati membri provvedono a rendere *accessibili* le procedure di ricorso”, secondo modalità che compete ai medesimi Stati determinare, “a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione”.

Se, dunque, gli Stati della UE sono investiti del compito di assicurare un accesso “efficace” (e quindi, *in primis*, “possibile” ed “agevole”) alla giustizia, e se ad essi non è permesso disinteressarsi di tale *mission*, men che meno può tollerarsi l’introduzione a livello nazionale di misure (anche di indole fiscale) il cui effetto ultimo addirittura contraddica siffatta posizione di “garanzia”, comprimendo il correlato diritto dei cittadini ad una salvaguardia reale ed agevolmente attingibile delle proprie situazioni giuridiche soggettive. Per non dire, poi, del frontale contrasto con quanto solennemente proclamato dai primi due articoli del Codice del processo amministrativo, rispettivamente dedicati alla effettività della tutela giurisdizionale (si badi: esplicitamente agganciata ai dettami comunitari) ed al giusto processo^{24[24]}.

Non mi pare arduo, in questa ottica, sostenere che il sovraccarico fiscale vada nella sostanza ad annientare il menzionato diritto nella materia dei pubblici appalti, stante anche l’eliminazione del più economico rimedio alternativo costituito dal ricorso straordinario al Capo dello Stato (cfr. art. 120, comma primo, C.P.A.)^{25[25]}. Né il rammentato dogma dell’insindacabilità della discrezionalità legislativa

^{23[23]} S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 57 (ma di “diritto al giudice” si parla altresì nella Premessa, p. XIII, ed a p. 56, nt. 134).

^{24[24]} Nella delineata prospettiva anche le complicazioni processuali embricate nell’art. 243-bis sembrano di difficile armonizzazione con i parametri sopra evocati, finendo per refluire in altrettanti fattori di “ineffettività” della tutela. Pensiamo a quanto già si è detto in merito all’incerta estensione dell’obbligo di proporre motivi aggiunti a fronte del silenzio serbato nel procedimento di autotutela, o del diniego espresso non univocamente “confermativo”.

^{25[25]} Fermo restando che anche il ricorso straordinario è oggi anch’esso soggetto al contributo unificato di euro 600,00 a mente dell’art. 13, comma 6-bis, lett. e), T.U spese di giustizia. Inutile dire che se il disegno legislativo complessivo è quello di deflazionare la giurisdizione, una simile previsione risulta a dir poco distonica.

potrebbe autorizzare il disinteresse per quei “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario” che l’art. 117, comma 1, Cost. impone viceversa di tenere costantemente presenti, e senza zone franche (neppure in situazioni di emergenza fiscale), nell’esplicazione della potestà legislativa^{26[26]}; e pertanto anche in un contesto di riserva di legge assoluta e rinforzata quale quello delineato dall’art. 111, comma primo, Cost.

Si potrebbe obiettare che l’ordinamento appresta possibili strumenti di reazione di fronte a tale stato di cose, il più immediato dei quali dovrebbe concretarsi nel (voluto ed intenzionale) mancato (o parziale) versamento del contributo dovuto al momento dell’incardinamento del giudizio amministrativo poi seguito dall’impugnazione degli atti fiscali consequenziali innanzi la Commissione Tributaria, con lo scopo di adire in via incidentale la Consulta ovvero la Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale interpretativo (beninteso, Giudice Tributario permettendo)^{27[27]}. Ma il problema è: quale coscienzioso difensore si sentirebbe di intraprendere un percorso così tortuoso sulla pelle di un cliente (per quanto in ipotesi consenziente) e magari nel contesto di un appalto delicato, per giunta in una situazione di conclamata crisi economica e di contrazione delle gare per commesse pubbliche^{28[28]}? La risposta è agevole, soprattutto considerando che le risposte delle alte Giurisdizioni ora dette arriverebbero troppo in là nel tempo, a fronte di una crisi che, viceversa, “morde” giorno dopo giorno.

Si potrebbe sotto altro profilo invocare l’art. 6 della C.E.D.U.^{29[29]}, che preliminarmente ad ogni altra garanzia sancisce il diritto all’ “esame” della causa (che un onere fiscale eccessivo ed ingiustificato finisce per conculcare), e si potrebbe pertanto fare appello alla Corte Europea dei diritti umani, ultimo baluardo per l’effettività della tutela giurisdizionale^{30[30]}. Sennonché, al di là di una

^{26[26]} Sono quindi concorde con la gran parte delle osservazioni sviluppate da F. MARONE, *La irragionevole misura del contributo unificato nei ricorsi in materia di appalti pubblici, in Istituzioni e Imprese*, n. 2/2012, 17 ss., ed in www.giustamm.it, pubbl.to 4.7.2012.

^{27[27]} Ovviamente, tale ipotesi di reazione implica, a monte, che gli uffici del Tar accettino di effettuare l’iscrizione a ruolo di un ricorso non fiscalmente regolare. Ciò che dovrebbe a rigore avvenire in virtù del principio di autonomia del diritto di azione rispetto all’adempimento degli obblighi tributari, risalente all’art. 19 del d.P.R. n. 642/1972. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, detto principio comporta la “irrelevanza, ai fini dell’instaurazione e prosieguo del giudizio, dell’assolvimento degli oneri tributari” fermo restando “l’obbligo di regolarizzazione a carico dell’ufficio che ha ricevuto l’atto”: così Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008 n. 3647, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 2125. In termini v. anche Corte Cost., 6 dicembre 2002 n. 522, in *Giur. cost.*, 2002, 6, nonché Id., 19 gennaio 1993 n. 8, in *Giur. it.*, 1994, I, 96.

^{28[28]} Al tema della crisi economica, dell’emergenza creditizia e delle possibili risposte del sistema sono dedicati sia l’editoriale di G. ABBAMONTE, *La posizione di istituzioni imprese sull’emergenza del credito*, che i lucidi contributi pubblicati sul n. 1/2012 di *Istituzioni e Imprese*, cui è d’uopo rinviare per gli opportuni approfondimenti.

^{29[29]} Di questo avviso M.A. SANDULLI, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in www.giustamm.it, pubbl.to 8.2.2012.

^{30[30]} Anche se, giova rammentare, l’inosservanza della C.E.D.U. rifluisce in violazione della stessa Carta Costituzionale, secondo le indicazioni di metodo fornite dalla Consulta nella nota sentenza 24 ottobre 2007 n. 348, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, 1237. In quella sede la Corte Costituzionale, escludendo da una parte che l’art. 117, comma primo, Cost., possa considerarsi “una mera riproduzione in altra forma di norme costituzionali preesistenti (in

tempistica che - anche in questo caso - appare piuttosto dilazionata^{31[31]}, è noto che il meccanismo di adeguamento alle sentenze della Corte è alquanto farraginoso (cfr. art. 46 della Convenzione) oltre che - per dirla eufemisticamente - piuttosto problematico per il nostro ordinamento, come numerosi e non commendevoli precedenti del Legislatore patrio stanno a documentare.

In conclusione non resta che auspicare che il Legislatore, ponendo attenzione ai dettami costituzionali ed europei, presti finalmente ascolto *sua sponte* alle reiterate e fondate rimostranze che provengono dai giuristi del foro e della dottrina, oltre che dagli stessi operatori del mercato. Il cambio di prospettiva deve essere radicale: affiora con forza e da più fronti l'esigenza di abbandonare definitivamente quella visione elitaria dell'accesso alla giurisdizione amministrativa che, quand'anche in passato tollerabile, appare oggi totalmente in conflitto con la difficile contingenza economica che il Paese attraversa.

particolare gli artt. 10 e 11)", e dall'altra che la disposizione operi nel limitato ambito dei rapporti Stato-Regioni, ha opinato nel senso che il parametro ivi enunciato implichi la determinazione degli 'obblighi internazionali' atti a vincolare la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni; tra cui per l'appunto quelli derivanti dalle norme della C.E.D.U., "la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato". Questa prospettiva non comporta automaticamente che le norme della C.E.D.U., "quali interpretate dalla Corte di Strasburgo", acquisiscano valore vincolante equiparabile a quello tipico delle disposizioni costituzionali, ma deve sposarsi con l'esigenza di conformità a Costituzione, "per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione". Tale complesso ragionamento, che sottende una serie non indifferente di "riserve" a favore del vaglio ultimo della Corte delle leggi, induce a pensare che la soluzione di far valere la violazione della Convenzione in parola innanzi a detta Corte sia destinata a rivelarsi ben più impervia rispetto ad una *interpellatio* del Collegio di Strasburgo.

^{31[31]} Basti por mente al fatto che la Corte di Strasburgo non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne: cfr. art. 35, par. 1, della Convenzione dei diritti dell'uomo.