

ACCERTAMENTO INCIDENTALE DI ATTI AMMINISTRATIVI DA PARTE DELLA CORTE DEI CONTI IN SEDE DI GIURISDIZIONE CONTABILE. SENTENZA N. 203/2014 DELLA SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA SARDEGNA SULLA DECLARATORIA DI ILLEGITTIMITÀ DELL'AGGIUDICAZIONE DI UNA GARA AD EVIDENZA PUBBLICA CON CONSEGUENTE NULLITÀ DEL CONTRATTO STIPULATO CON LA PARTE PRIVATA.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 401/2007, ha precisato che la tutela della concorrenza si concretizza nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi contenuti nel Trattato del 25 marzo 1957 che ha istituito la Comunità europea, assicurando l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 97 Cost., garantendo il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri.

La Cassazione, con sentenza n. 11031/2008, ha statuito che l'omissione della gara di appalto prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato - omissione cui deve equipararsi l'espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge - comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative e, con sentenza n. 3672/2010, ha ribadito che l'elusione delle garanzie a presidio dell'interesse pubblico per l'individuazione del contraente privato più affidabile comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili (leggi n. 14 del 1973, n. 584 del 1977, n. 741 del 1981, n. 687 del 1984). Se poi la violazione di dette norme è stata altresì preordinata alla conclusione di un contratto le cui reciproche prestazioni sono illecite e penalmente sanzionate nell'interesse pubblico generale - che nel reato di corruzione è il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione - la nullità per contrasto con norme imperative sussiste anche sotto tale ulteriore profilo, e deve esser dichiarata onde impedire che dalla commissione del reato derivino ulteriori conseguenze.

Nella recente sentenza 9 ottobre 2014 n. 203 la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Sardegna, ai fini della verifica della sussistenza del danno erariale, ha nuovamente prospettato il problema sulla verifica della condizione giuridica del contratto stipulato col vincitore di una gara solo apparente, connotata da comportamenti penalmente rilevanti. La Sezione ha respinto preliminarmente l'eccezione difensiva secondo la quale l'invalidità di tale contratto non potrebbe affermarsi in assenza di una pronuncia di annullamento dell'atto di aggiudicazione da parte del giudice amministrativo. Ha, invece, affermato la necessità di un accertamento incidentale della legittimità dell'atto di aggiudicazione, preliminarmente alla valutazione del comportamento del pubblico

funzionario e del danno conseguente, precisando che tale valutazione incidentale non debba avvenire col meccanismo della disapplicazione in senso tecnico giacché l'esito dell'atto illegittimo non è disconosciuto dal giudice contabile al fine dell'affermazione di un diritto o interesse legittimo che esso preclude, ma è considerato nella sua effettività giuridica, per il risultato che ha prodotto, consistente proprio nella realizzazione del nocumento erariale. La Sezione ha quindi concluso nel senso che all'illegittimità dell'aggiudicazione consegue la nullità del contratto stipulato con la parte privata, la quale può essere incidentalmente rilevata d'ufficio ex art. 1421 c.c. anche dal giudice contabile

Quest'ultima decisione fornisce lo spunto per approfondire la tematica relativa ai poteri di cognizione del giudice contabile, senza violare i limiti esterni della giurisdizione.

L'analisi della problematica si incentra sui limiti che può incontrare la Corte dei conti quando, ai fini del proprio giudizio, debba conoscere di atti sulla cui legittimità è chiamato a statuire altro giudice ed in particolare il giudice amministrativo.

1)E' opportuno richiamare, anche se datata, la sentenza n. 186/1986 della Corte costituzionale, nella quale si osserva che la disapplicazione dell'atto amministrativo è il risultato dell'esercizio di una potestà devoluta all'autorità giudiziaria ordinaria, in base all'art. 5 della legge n. 2248/1865 all. E, sull'abolizione del contenzioso amministrativo. Tale potestà è strettamente legata alla normativa dell'art. 4 della stessa legge, nella parte in cui fa divieto al giudice ordinario di revocare o di modificare l'atto amministrativo. La limitazione dei poteri di questo giudice alla sola cognizione degli effetti dell'atto, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, costituisce l'anello di completamento e di chiusura del sistema disegnato dalla legge del 1865, che pone come condizione dell'applicazione dell'atto amministrativo la sua conformità alle leggi. Per risolvere la questione della riferibilità della relativa disciplina al giudice contabile nei giudizi in materia di pensioni, la Consulta ha richiamato l'indirizzo della Cassazione, secondo cui non spetta alla Corte dei conti, in tali giudizi, il potere di conoscere in via incidentale (per escluderne in concreto l'operatività) degli atti amministrativi, diventati inoppugnabili, rilevanti nel pregresso rapporto di impiego attivo, per l'impossibilità che tali atti possano essere considerati legittimi rispetto a tale rapporto e illegittimi in altri rapporti, come quello di pensione, che presuppongono il rapporto di pubblico impiego e sono ad esso legati dall'identità del soggetto titolare. Ne deriva che le controversie circa la legittimità dell'atto amministrativo regolatore di quelle posizioni assumono carattere pregiudiziale e debbono essere necessariamente decise con efficacia di giudicato dal giudice amministrativo competente.

La giurisprudenza della Cassazione, di epoca remota, cui fa riferimento la Corte costituzionale, è stata confermata anche in tempi più recenti dalle SS.UU. con sentenze n. 99/1999, 191/2001, 18076/2009, 8317/2010, secondo cui la Corte

dei conti, in sede di giurisdizione pensionistica, ha il potere-dovere di delibare gli atti amministrativi intervenuti nel pregresso rapporto d'impiego, inerenti allo "status" del dipendente ed al suo trattamento economico, al fine di stabilirne la rilevanza sul trattamento di quiescenza, ma non può decidere, neppure in via incidentale, sulla legittimità di detti atti, trattandosi di questione pregiudiziale che è devoluta alla giurisdizione del giudice del rapporto d'impiego, ove gli atti medesimi siano ancora impugnabili, e che resta preclusa, quando essi siano divenuti definitivi, con la conseguenza che l'inosservanza del divieto, riguardando i limiti esterni della giurisdizione, è denunciabile con ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione.

2) Tanto premesso in ordine ai limiti che incontra il giudice contabile in sede di giurisdizione pensionistica, va adesso esaminata la problematica relativa ai limiti di cognizione dello stesso giudice nei giudizi di responsabilità amministrativa nei quali il *thema decidendum* involga anche la valutazione di un atto amministrativo o di un contratto stipulato nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica.

Una prima tesi (Sez. III app. Corte conti n. 100/2003) afferma che in alcuni casi l'illiceità del comportamento consista in un'attività volta a porre in essere un provvedimento illegittimo per cui tale provvedimento è al tempo stesso il risultato e la prova del comportamento illecito; in tali casi una pronuncia sulla responsabilità amministrativa non può prescindere dalla valutazione della legittimità del provvedimento. Detta valutazione non potrà che avvenire con i parametri propri della legittimità dell'atto amministrativo e non con quelli della responsabilità amministrativa che afferiscono alla valutazione dei comportamenti e della loro liceità e comporterà non la declaratoria di illegittimità del provvedimento ma la sua mera disapplicazione in via incidentale ai sensi degli articoli 4, comma 1 e 5 della legge n. 2448 del 1865, applicabile ai giudizi innanzi alla Corte dei conti in virtù del rinvio alle norme sul processo civile di cui all'art. 26 del r.d. n. 1038 del 1933.

Altra tesi è quella sostenuta dalla Cassazione (SS. UU. n. 21291/2005) secondo cui l'illegittimità dell'atto amministrativo - che rappresenta uno degli elementi della più complessa fattispecie di responsabilità contabile, ogniquale il danno patrimoniale sia stato cagionato con l'adozione di misure provvedimentali - è conosciuta dal giudice contabile ai soli fini della valutazione della responsabilità dell'agente e non certo ai fini dell'annullamento dell'atto, riservato ai poteri dell'amministrazione o del giudice amministrativo. Pertanto, resta priva di diretta rilevanza nel giudizio contabile persino la circostanza che l'atto sia stato ritenuto legittimo in sede di controllo, o anche dallo stesso giudice amministrativo (SS.UU. n. 469 del 2000), non trattandosi neppure di un'ipotesi di disapplicazione dell'atto in senso stretto o tecnico (art. 5 legge n. 2248 del 1865, all. E), ma di verifica di un elemento della fattispecie oggetto di cognizione (non incidentale ma principale). Questa tesi è condivisa dalla Sez. C.d.c. Lombardia. n. 592/09 e 627/2010.

Ancora, secondo le SS.RR. C.d.c. n. 22/1996 e Sez. Lazio n. 3309/2002, nel giudizio di responsabilità amministrativo-contabile gli atti della pubblica amministrazione non vengono in rilievo come tali ma come fatti giuridici idonei a modificare la realtà giuridica ed a produrre i conseguenti effetti giuridici e pertanto l'accertamento, anche incidentale, del giudice contabile non cade mai sulla legittimità-illegittimità di un atto, ma sulla liceità-illiceità del fatto giuridico che ha comportato una diminuzione patrimoniale per la pubblica amministrazione.

Infine, la Sez. C.d.c. Sardegna n. 450/2012 ha preferito non prendere posizione, ritenendo che il giudice contabile possa conoscere della nullità di un contratto per effetto della alterazione della gara di evidenza pubblica per la scelta del contraente, sia che si ritenga tale accertamento come incidentale sia che, seguendo altra opzione motivazionale, si ritenga che tale accertamento debba essere condotto in via principale e non incidentale, in quanto volto a verificare uno degli elementi della più complessa fattispecie di responsabilità amministrativa.

3)La problematica esposta con particolare riferimento al giudice contabile può essere meglio compresa se si tiene conto dei principi generali desumibili anche della normativa vigente in materia per altre magistrature.

A)Come si è visto, la Sez. III app. C.d.c., con la citata sentenza n. 100/2003, ha fatto riferimento alla disapplicazione in via incidentale ai sensi degli articoli 4, comma 1 e 5 della legge n. 2448 del 1865. Sul punto, la Corte costituzionale, con sentenza n. 275/2001, argomentando dall'art. 113, terzo comma, della Costituzione, ha precisato che il principio della disapplicazione, desunto dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E sul contenzioso amministrativo ed il relativo limite ai poteri del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo non costituiscono una regola di valore costituzionale, che il legislatore ordinario sarebbe tenuto ad osservare in ogni caso. Infatti, resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario - suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione delle esigenze della giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali - il conferimento ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti.

B)Riguardo alla giurisdizione penale, l'art. 2 del c.p.p. prevede che "il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito" e che "la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo". Quindi, in linea con l'esigenza di ottenere la massima semplificazione nello svolgimento del processo, l'art. 2 ha conferito al giudice penale una totale autonomia decisoria su tutti gli aspetti da esaminare per la conclusione del processo. Ad esempio, può decidere *incidentem tantum* la natura pubblica o privata di un ente quando la questione assuma rilevanza ai fini della qualificazione giuridica del fatto oggetto

dell'imputazione. Peraltro, sono previste eccezioni tassative alla cognizione del giudice penale, come quella sancita dall'art. 3 riguardante questioni pregiudiziali per le quali il codice consente la sospensione del processo, nei quali casi rimane ferma la competenza per materia rimessa ad altro giudice. Così la Cass. civ., con sentenza n. 3934/2012, ha precisato che l'accertamento incidentale relativo ad una questione di stato delle persone non è consentita dal nostro ordinamento giuridico, ostandovi l'art. 3 c.p.p. e l'art. 8 d.lgs. n. 104/2010.

C) In merito alla giurisdizione del giudice amministrativo, il d.lgs. n. 104/2010, riguardante il riordino del processo amministrativo, all'art. 8 stabilisce che "il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale" e (comma II) che "restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso". Con sentenza n. 304/2011, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma II dell'art. 8 cit., sollevata dal Consiglio di Stato, il quale aveva denunciato l'irragionevole perdita di concentrazione dell'attività processuale, contraria all'esigenza di speditezza del giudizio amministrativo e di assicurare un pronto ristoro delle posizioni soggettive coinvolte dal falso, in linea con il principio di ragionevole durata del processo, specie in ragione delle peculiarità che caratterizzano il controllo della regolarità delle operazioni elettorali nell'ambito del relativo contenzioso, con violazione degli artt. 24 e 113 Cost. Secondo la Consulta, invece, la ultracentenaria tradizione di riservare al giudice civile la risoluzione delle controversie sullo stato e la capacità delle persone, salvo la capacità di stare in giudizio, nonché la risoluzione dell'incidente di falso, in tema di atti muniti di fede privilegiata, risponde alla esigenza di assicurare una sede e un modello processuale unitari in talune peculiari materie con esigenze di certezza *erga omnes* e sulle quali possa dunque formarsi anche un giudicato, così da evitare il rischio di contrastanti pronunce e il ricorso a modelli variegati di accertamento, dipendenti dalle specificità dei procedimenti.

D) In ordine alla giurisdizione del giudice tributario, il d.lgs. n. 546/1992, disposizioni sul processo tributario, all'art. 7 (poteri delle commissioni tributarie), comma V, stabilisce che "le commissioni tributarie, se ritengono illegittimo un regolamento o un atto generale rilevante ai fini della decisione, non lo applicano, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, salva l'eventuale impugnazione nella diversa sede competente". Sul punto la Cassazione, con sentenza n. 6265/2006, ha affermato che il potere di disapplicazione, previsto da tale norma, degli atti amministrativi illegittimi, "presupposti" agli atti impositivi, non è inibito dal fatto che spetta al giudice amministrativo la cognizione di tali atti, in sede di legittimità: esso sussiste anche qualora l'atto amministrativo disapplicato sia divenuto inoppugnabile per l'inutile decorso dei termini di impugnazione davanti al giudice amministrativo, e risulta precluso solo quando la legittimità di un atto amministrativo sia stata affermata dal

giudice amministrativo nel contraddittorio delle parti e con autorità di giudicato. Con successiva sentenza n. 5929/2007, la Cassazione ha altresì precisato che il potere del giudice tributario di disapplicare tutti gli atti amministrativi illegittimi costituisce presupposto per l'imposizione, e non soltanto quelli a contenuto generale, come disposto dall'art. 7, del d.lgs. n. 546/1992, costituisce espressione di un principio generale dell'ordinamento, contenuto nell'art. 5 della legge n. 2248/1865, allegato E, secondo cui sussiste un generale potere di decidere "incidenter tantum" su questioni attribuite alla competenza di altre giurisdizioni, anche in relazione ad atti divenuti definitivi.

4) Alla luce della richiamata normativa e della citata giurisprudenza, possono essere enucleati i principi fondamentali che regolano la materia.

Per quanto riguarda il processo contabile, è censurabile la lunghissima inerzia del legislatore il quale, a differenza di quanto disposto per le altre giurisdizioni, non ha rielaborato *funditus* il relativo regolamento, rimasto in buona parte fermo alla disciplina contenuta nell'ormai obsoleto r.d. n. 1038 del 1933. Fra le tante incongruenze conseguenti a tale inerzia è da sottolineare l'assenza di una norma specifica sull'accertamento degli atti illegittimi presupposti, ricavabile soltanto attraverso il rinvio ai principi generali ordinamentali.

Tali principi possono essere così sintetizzati:

I) L'accertamento incidentale del giudice riguarda questioni pregiudiziali di merito che esulano dalla propria giurisdizione e la cui risoluzione sia necessaria, e non soltanto utile, per la pronuncia sulla questione principale.

II) In sede pensionistica, difetta nel giudice contabile il potere di conoscere in via incidentale gli atti amministrativi, diventati inoppugnabili, rilevanti nel pregresso rapporto di impiego attivo, per l'impossibilità che tali atti possano essere considerati legittimi rispetto a tale rapporto e illegittimi in altri rapporti, come quello di pensione.

III) Resta priva di diretta rilevanza nel giudizio contabile la circostanza che l'atto amministrativo presupposto sia stato ritenuto legittimo in altra sede, ad es. dall'Ufficio di controllo o dal giudice amministrativo.

IV) Si discute se si debba adottare, nel processo contabile, il criterio della disapplicazione dell'atto in senso stretto o tecnico, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 2248/1865, all. E, che costituisce "espressione di un principio generale dell'ordinamento", come rilevato dalla Cassazione nella citata sentenza n. 5929/2007, piuttosto che considerare l'accertamento su questioni pregiudiziali di merito alla stregua di una mera verifica, non incidentale ma principale, di un elemento della fattispecie oggetto di cognizione.

V) Il principio della disapplicazione, desunto dall'art. 5 della legge n. 2248/1865, all. E sul contenzioso amministrativo ed il relativo limite ai poteri del giudice ordinario - norma applicabile ai giudizi contabili in virtù del rinvio

alle norme sul processo civile di cui all'art. 26 del r.d. n. 1038 del 1933 - di fronte ad un atto amministrativo illegittimo non assurge alla dignità di regola di valore costituzionale.

VI) La decisione del giudice che risolve incidentalmente una questione di competenza di altro giudice non ha efficacia vincolante in nessun altro processo e quindi non acquista mai carattere di giudicato.

VII) La disciplina in esame risulta in linea con l'esigenza di ottenere la massima semplificazione nello svolgimento del processo, in conformità con il principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

VIII) Sono previste eccezioni tassative al principio della disapplicazione per cui non è ammessa la cognizione del giudice su determinate questioni pregiudiziali per le quali è sancita la sospensione del processo, rimanendo ferma la competenza per materia rimessa ad altro giudice, come nel caso dell'accertamento incidentale relativo ad una questione di stato delle persone. Tali eccezioni rispondono all'esigenza di certezza *erga omnes* del giudicato, evitando il rischio di contrastanti pronunce e il ricorso a disparati criteri di accertamento.

Roma 24 novembre 2014

Antonio VETRO

(Presidente on. Corte dei conti)