GIOVANNI PASSAGNOLI

La nullità speciale del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Le disposizioni del Codice del processo amministrativo e la qualificazione dell'*inefficacia*. - 3. Inefficacia, nullità e pluralità di discipline. - 4. (*segue*) Le *nullità speciali*. - 5. La nullità come disciplina del contratto rilevante ma qualificato negativamente. - 6. La nullità speciale del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

1. - La dottrina ha lungamente dibattuto circa le conseguenze, sul contratto soggetto ad evidenza pubblica, dell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione. Le teorie contrappostesi risultano poi, sia pure in misura tra loro differente, variamente recepite tanto dalla giurisprudenza amministrativa che da quella civile, in un contrappunto di posizioni spesso condizionato dalle esigenze proprie del riparto di giurisdizione. Ricordo, a soli fini introduttivi, cose ben note.

La tesi tradizionale (1) riconduceva alla annullabilità, ad istanza della sola amministrazione, la condizione del contratto dopo l'annullamento della aggiudicazione, sul presupposto, ora di un vizio di capacità dell'ente, ora di un vizio del consenso, ora, ma con minore linearità, di un difetto di legittimazione rappresentativa (2).

Posizioni più aderenti alla complessità degli interessi protetti hanno invece sostenuto la nullità del contratto (3), con varietà di fondamenti che

(1) Per tutti, in dottrina, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1988, II, p. 847 ss.; SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, p. 191; ANELLI, *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons. Stato*, 1966, p. 333 ss.; nella giurisprudenza di legittimità, tra le molte, Cass., 30 luglio 2002, n. 11247, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1402; Cass., 8 maggio 1996, n. 4269, in *Nuova giur. civ.*, 1997, I, p. 518; per la applicazione nella meno recente giurisprudenza amministrativa, per tutti, Tar Lombardia, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *Foro it.*, 2000, III, c. 198; Tar Lombardia, 29 novembre 1999, n. 4070, in *I TAR*, 2000, p. 112, e per una efficace ricostruzione nella prospettiva dell'epoca, M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e form.*, 2002, p. 245 ss.

(2) SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 1 ss.

(3) Cass., 9 gennaio 2002, n. 193, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 35; Cons. Stato, 5 marzo

vanno dalla incapacità giuridica speciale, alla contrarietà a norma imperativa, sino alla illiceità della causa in concreto.

Tesi ulteriori e con ampia eco giurisprudenziale hanno più di recente valorizzato la peculiarità pubblicistica della materia, propendendo per la nota soluzione della cd. caducazione del contratto (4). E poi, ancora, annullabilità assoluta (5), inefficacia relativa (6), risoluzione per impossibilità sopravvenuta (7), e così via in un catalogo complesso, che altri ha tentato di inventariare criticamente (8), opera dalla quale, per evidenti ragioni di economia del discorso - oltreché per parziale inattualità del dibattito ai fini che qui più direttamente interessano - mi asterrò senz'altro.

2. - Il d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53, di recepimento della Direttiva «*ricorsi*» 11 dicembre 2007, n. 66, - le cui disposizioni, col d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, sono ora confluite, per quanto qui interessa, negli artt. 120-125 del c.p.a. - muta significativamente i termini della questione: vi è ora una espressa disciplina della materia, in precedenza, come si è accennato, lasciata per la gran parte alla, faticosa, ricostruzione sistematica degli interpreti.

La lettura delle nuove disposizioni ne fa subito percepire la problematicità.

Non è agevole un inquadramento teorico dei riferimenti testuali: da quello, centrale, all'*inefficacia,* sino al potere del giudice - atteggiato dal legislato-

---

2003, n. 1218, in *Riv. amm. appalti*, 2003, p. 78; Cons. Stato, 6 giugno 2006, n. 4295, in *Foro amm. CDS*, 2006, p. 2234; MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 597 ss.; ID., ma in una più generale prospettiva costruttiva, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, pp. 205-216; MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della p.a.*, Milano, 1982, p. 186 ss.; NIGRO, voce *Deliberazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, p. 998 ss.

(4) Tra le numerose altre, Cons. Stato, 10 gennaio 2007, n. 41, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, p. 3, 1, p. 1076; Cons. Stato, 28 settembre 2005, n. 5194, in *Foro amm. CDS*, 2005, p. 9, p. 2629; Cons. Stato, 14 gennaio 2000, n. 244, in *Foro amm. TAR*, 2000, p. 108.

(5) SCOCA, *Evidenza pubblica*, cit., p. 194.

(6) Per valorizzare l'interesse del terzo ricorrente, a fronte invece della perdurante efficacia del contratto tra le parti: Cons. Stato, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Urbanistica e app.*, 2004, p. 190, su cui il commento di VALLA, *Illegittimità degli atti della procedura ad evidenza pubblica e conseguenze sul contratto: dall'annullabilità alla inefficacia*, *ivi*, p. 192 ss.

(7) VARRONE, *L'invalidità del provvedimento amministrativo ed i suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla pubblica amministrazione con l'aggiudicatario*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione* a cura di P. Stanzione e A. Saturno, Padova, 2006, p. 297 ss., 328 ss.

(8) V. per tutti il tentativo in tal senso di STICCHI DAMIANI, *La «caducazione» del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 3719 ss. e, *ivi*, nota 3, ove anche molto estesi riferimenti bibliografici.

re con una intensità crescente nell'art. 122, rispetto all'art. 121 (9) - di dichiarare, o meno, la detta inefficacia, se del caso limitandone la retroattività, nonché di applicare, in luogo di essa, le «*sanzioni alternative*» regolate all'art. 123.

Insomma, uno strumentario apparentemente connotato da una elasticità inconsueta e destinato a riproporre, sotto nuovi angoli visuali, il dibattito cui si è accennato circa la qualificazione dell'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione. Tra gli interpreti si è in effetti subito manifestata una divaricazione di orientamenti, tra quanti vi scorgono una *inefficacia in senso stretto* - quindi una mera improduttività di effetti del contratto valido - e quanti invece ipotizzano che il riferimento testuale alla inefficacia indichi, ellitticamente, la conseguenza di una presupposta *invalidità* (10).

Si è così, in particolare, sostenuto che le disposizioni in commento regolerebbero una fattispecie di *risoluzione giudiziale* (11), oppure una azione costitutiva, non altrimenti qualificata, di *inefficacia successiva* (12), stanti il carattere non originario e la discrezionalità della stessa. Tale inefficacia poi, secondo altri, si articolerebbe, a seconda della gravità, nel senso della *cedevolezza* - rispetto alla regola generale posta dall'art. 121 - e, addirittura, della *facoltatività* nelle ipotesi regolate dall'art. 122 (13).

Secondo altri si tratterebbe invece di *nullità* per contrarietà a norme imperative, connotata anche dalla *illiceità* della fattispecie (14), oppure circo-

---

(9) Osserva STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 240 ss., che la regola dell'inefficacia vale sin quando non prevalga l'interesse pubblico sotteso al contratto, il quale diventa addirittura la regola per le opere di interesse strategico regolate dall'art. 125.

(10) Emblematica di questa ambiguità la considerazione di TULUMELLO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione: dalle regole di validità alle regole di responsabilità, e ritorno*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, pp. 509 ss., 528, che «il problema della sorte del contratto viene risolto così con una disciplina certamente inappagante sul piano del diritto sostanziale (l'inefficacia essendo categoria meramente descrittiva), ma sicuramente funzionale sul piano della tutela».

(11) CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2011, II, p. 2646 ss., secondo il quale saremmo «al cospetto di una pronuncia "costitutiva" riconducibile alla gamma delle risoluzioni giudiziali necessitanti di domanda di parte e non di una pronuncia dichiarativa in senso tecnico», ciò che pertanto escluderebbe la riconducibilità della inefficacia al «*genus* della nullità-sanzione» (*ivi*, p. 2650).

(12) CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano 2010, p. 581 ss.

(13) M. LIPARI, *Il recepimento della «direttiva ricorsi»: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia «flessibile» del contratto nel d. lgs. n. 53 del 2010*, in *Foro amm. TAR*, 2010, I, p. LV.

(14) LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *www.giustamm.it*, giugno 2010.

scritta alle ipotesi più gravi dell'art. 121, dovendosi invece ripiegare sulla *annullabilità* per quelle regolate dall'art. 121, comma 2° e 122 (15).

A parte, poi, la tentazione di riproporre - argomentandola *a contrario* dalla disciplina posta dall'art. 125 c.p.a. per le controversie relative alle infrastrutture strategiche - la tesi della *caducazione*, certo oggi scarsamente plausibile proprio alla luce del disposto degli artt. 121 e 122 e probabilmente (ma con questo non intendo sporgermi in una materia che sfugge alle mie competenze) nemmeno più necessaria per risolvere i problemi di giurisdizione cui, nel previgente quadro normativo, tale qualificazione era verosimilmente funzionale.

Il problema, come si vede, non è di quelli risolvibili in chiave puramente esegetica: occorre un approccio sistematico, che torni, sia pure sinteticamente, ai principi della invalidità negoziale.

3. - Il generico riferimento alla *inefficacia*, enunciato, come si è visto, nei citati artt. 121 e 122 c.p.a., ripropone al civilista una questione che ha permeato una intera stagione di studi. Mi riferisco, principalmente, all'analoga menzione contenuta nella originaria recezione codicistica (art. 1469 *quinquies*, c.c.) della direttiva 93/13/Cee sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori e, prima ancora, nella disciplina delle clausole vessatorie posta dall'art. 1341, comma 2°, c.c.

L'esigenza di limitare la legittimazione all'azione e quella di circoscrivere la privazione di effetti alla sola clausola vessatoria o abusiva - senza travolgere l'intero contratto in pregiudizio del contraente protetto - hanno provocato, lungamente, una sorta di ripiegamento della dottrina sulla incolore figura della inefficacia. E, certo, se la nullità venga concepita nei termini di quello che - ancora all'inizio degli anni '90 - sembrava, più che una impostazione ereditata dalla tradizione civilistica, quasi un « destino » della figura, ben si comprende che essa appaia strumento troppo rigido, e perciò inadeguato, per la qualificazione di forme di tutela articolate e gradate nei loro effetti, quali sono indubbiamente quelle che oggi ci offre il codice del processo amministrativo.

Molta strada, tuttavia, è stata fatta rispetto allo schematismo delle categorie dogmatiche della invalidità, che pure aveva dapprima ispirato i redattori del libro IV del Codice del '42 ed, in seguito, per decenni, costituito l'unica chiave interpretativa della materia.

Non è qui possibile, per ragioni di equilibrio del discorso, compendiare i risultati degli approfondimenti che la dottrina civilistica ha dedicato alla invalidità ed alla nullità in particolare - con una attenzione cresciuta di pari

(15) CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *www.giustamm.it*.

passo con la evoluzione impressa all'ordinamento, specie dalla normativa di matrice europea – negli ultimi decenni.

Mi limiterò perciò a poche considerazioni, enunciate necessariamente in termini assertori, al solo fine di porre le premesse per un utile approfondimento delle specificità della materia da parte della dottrina pubblicistica.

Ricordo, in sintesi estrema, le concezioni tradizionali.

Queste – ridotte alle loro premesse essenziali – si fondavano su due idee forti e tra loro complementari.

Da un lato, la *irrilevanza* del contratto nullo, implicazione logica della presupposta *incompletezza della fattispecie;* dall'altro, quella dell'*unitario fondamento sostanziale della nullità* nel presupposto, superiore e quasi algido interesse pubblico, insensibile ad ogni piano di interesse concorrente o sottostante.

In breve, un appiattimento della nullità sulla diversa figura dell'*inesistenza* (16) e così – già sul piano logico, ancor prima che giuridico – una piena, uniforme ed indifferenziata irrilevanza ed improduttività di effetti del contratto nullo (17). Come ho altrove più diffusamente illustrato, una tale rappresentazione concettuale si pone in contrasto con la reale complessità dell'ordinamento (18).

Quest'ultimo – a considerarlo scevri da pregiudizi – ci offre invece, come subito vedremo, una pluralità di discipline del contratto nullo, gradate e differenziate in funzione della *ratio* normativa delle disposizioni volta a volta violate.

---

(16) Senza alcuna completezza, per la matrice della dottrina tradizionale: a favore della identificazione tra nullità ed inesistenza: RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 86; FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 32 ss.; CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, I, p. 210; DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 66 ss.; per il progressivo distacco tra le due figure, v., invece, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 87; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 338 ss. Per l'acuto ripensamento della materia, IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 67 ss.; FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, pp. 1 ss., 25 ss.

(17) Del resto, fino agli anni '80, le poche – benché ovviamente già assai significative, per quanto sottovalutate – ipotesi normative nelle quali emergeva una esigenza di tutela irriducibile a quegli schemi (si pensi a discipline di settore connotate da norme nelle quali emerge la centralità *dell'inderogabilità relativa*, chiaramente incompatibile coi postulati della materia: dalle locazioni urbane, al lavoro subordinato, ai contratti agrari), venivano ancora giustificate con l'espediente della *eccezionalità*, rispetto a un modello teorico tutto pensato in una prospettiva, della quale allora non si era ancora percepita la crescente dissoluzione: quella della presupposta *unità formale del soggetto di diritto*.

(18) Mi permetto di rinviare a PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

Per restare all'originario piano codicistico, si pensi ai diversi statuti di disciplina della nullità nei casi seguenti.

È nullo il contratto *illegale*, suscettibile, tra l'altro di conversione e transazione; ed è nullo, del pari, il contratto *illecito* (19), che tali effetti non produce. È nullo, ancora, il contratto *immorale,* il quale però può dar luogo ad una stabilizzazione degli effetti prodottisi attraverso l'esecuzione del contratto. Ancora, è inefficace *ipso iure* il contratto nullo per la carenza degli indici esteriori di riconoscibilità del titolo, quali la forma *ad substantiam* o l'indeterminatezza del contenuto.

Diversamente, è inefficace solo *ope exceptionis* (20) - previo assolvimento

(19) La contrapposizione tra norme tecniche e proibitive, se assume, nel suo schematismo, un valore certo non ontologico, ma principalmente orientativo di una plausibile partizione di massima del sistema, è tuttavia idonea a rappresentare concettualmente la possibile disformità del negozio rispetto a norme protettive di interessi non omogenei e suscettibili di tecniche di tutela differenziate (sul punto *amplius*, PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., pp. 90 ss., 101). Appare perciò condivisibile il rilievo che una volta che si prescinda dallo schema fattispecie-effetti, che induce a considerare equivalenti tutti i vizi dell'atto, «illiceità» e «mancanza di un elemento costitutivo» «presentano invece evidenti differenze per ciò che riguarda la ragione sostanziale della previsione di nullità» (così, FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 131). In questo senso può dirsi che la metafora della *nullità-sanzione* e, con essa, la distinzione tra norme ordinative e proibitive è espressione dell'ovvio rilievo che, anche in tema di nullità, ogni norma provvista di un significato ordinante comunque rappresenti un criterio di composizione di interessi. Così, se anche voglia ritenersi che norme proibitive e precettive «non obbligano diversamente» (SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 377) e che in conseguenza la violazione della norma risulti sempre formalmente equivalente, tanto ove imponga oneri quanto ove prescriva divieti, non pare men vero che sia proprio la rilevanza del diverso interesse cui questi ultimi sottendono, ed il peculiare atteggiarsi della relativa tecnica di tutela, a fondare la pluralità di statuti della nullità.

(20) È noto il sistema romano, nel quale si contrapponevano le nullità *iure civili*, operanti *ipso iure*, alle ipotesi di inefficacia *officio iudicis* dell'atto: le prime riconducibili al difetto degli *essentialia* del contratto tipico, le ultime alle *exceptiones* e *condictiones* esperibili riguardo ad atti validi *de iure civili*, per il rilievo assunto da circostanze esterne. Tale sistema ha spiegato la propria influenza sino alla soglia delle moderne codificazioni, quando, già col *Code Napoléon*, i vizi del volere e della causa, in precedenza rilevanti solo a posteriori, divengono elementi organici, seppure, quanto alla causa, non necessariamente espressi dell'atto. Tale processo viene portato ai suoi esiti estremi dal codice del '42, col quale si realizza, almeno a livello normativo, l'assorbimento, all'interno della fattispecie, di elementi e circostanze che in precedenza ne restavano al di fuori. Del resto, il superamento della tipicità e del formalismo postulavano una nuova forma di controllo sull'atto negoziale: funzione cui ha assolto, pur nelle sue distinte e controverse accezioni, il requisito causale. Questo, divenuto elemento della fattispecie, cessava di essere presupposto di semplici *exceptiones* e *condictiones* e veniva ad investire, grazie alla efficacia reale del consenso ed alla commistione tra *titulus* e *modus adquirendi*, anche l'atto traslativo. In tale innovato contesto, il sistema delle invalidità risultava profondamente trasformato e, quanto alla nullità, ridotto al paradigma logico dell'inesistenza del-

dell'onere di allegazione di un elemento impeditivo – il contratto che si presenti integro nella propria fattispecie costitutiva: si pensi, tipicamente, ai vizi della causa. Questi ultimi, seppur ricondotti tutti, nella prospettiva astrattizzante della fattispecie, ad altrettante carenze strutturali del negozio, possono, invece, dar luogo a distinte qualificazioni, ove dall'apprezzamento esteriore della rispondenza al tipo normativo o sociale si approfondisca il giudizio sulla causa in concreto dell'atto. Solo nella prima dimensione, la deficienza causale assume rilievo sul piano della insussistenza della fattispecie costitutiva dell'azione; mentre nella seconda, con riferimento alla funzione concreta del negozio, le circostanze – illiceità del motivo comune, frode alla legge, violenza assoluta, per definizione estranee alla fattispecie – sono destinate ad operare, *ope exceptionis*, quali *elementi impeditivi dell'azione.*

In simili ipotesi il contratto, ancorché nullo, è tanto efficace da fondare – in mancanza di eccezione – la propria azione d'esecuzione; e diventa evidente la insuscettibilità di una soluzione unitaria del secolare problema della natura dichiarativa o costitutiva dell'azione di nullità (21).

In modo del tutto simile rilevano i casi di collegamento negoziale: ove risulti illecita la funzione complessiva dell'operazione, nonostante ciascun termine del collegamento sia, in sé, perfetto nei propri elementi strutturali e lecito quanto alla propria causa, *isolatamente* considerata (22). Per queste

---

l'atto per mancanza dei suoi *essentialia.* Si assiste così ad una frattura – operata con successive sovrapposizioni normative e concettuali, giunte da ultimo a compiutezza nelle declamazioni codicistiche – del sistema romanistico delle *condictiones;* parte delle quali viene ridotta allo schema della nullità *ipso iure*, lasciando alle altre il compito di dar conto della moderna disciplina dell'annullamento, rescissione e risoluzione: sul punto, v. ancora PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 102 ss. Sull'intera vicenda, in ampio arco temporale, per tutti, FERRARA F. *sen.*, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, p. 276 ss.; ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1927, p. 335 ss.; GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936, p. 3 ss., 54 ss.; GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 550 ss.; ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1953, pp. 13 ss., 22 ss., 462 ss.; FILANTI, *Inesistenza e nullità*, cit., p. 124.

(21) Al di là delle declamazioni normative e delle sovrapposizioni concettuali, viene così a perpetuarsi nelle regole operative – nel suo nucleo di meno contingente sostanza – la disciplina consegnata dalla tradizione romanistica delle *exceptiones* e *condictiones,* su cui vedi *supra* nota 20.

(22) La funzione complessiva dell'operazione risulta dal collegarsi dei vari termini negoziali e, quindi, per definizione, da un *nesso estrinseco* rispetto alla fattispecie di ciascun contratto collegato: risulta perciò inidonea ogni valutazione condotta sul solo dato strutturale di ciascun singolo negozio (cfr., NUZZO, *Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 7 ss.; e in generale GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 55 ss.; GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 386 ss.; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 182 ss.).

ipotesi - una volta esclusa l'artificiosa costruzione di una superiore fattispecie che riassuma in sé i distinti termini dell'operazione - l'assorbimento della causa all'interno degli *essentialia* del negozio, già di dubbia coerenza sul piano logico rispetto al giudizio di validità del singolo tipo negoziale, diviene del tutto inutilizzabile.

In breve, già nell'impianto del codice del '42, risultano positivamente attestate la *pluralità di discipline* dell'atto nullo, la *correlazione di esse ai diversi interessi protetti* e la *non unitarietà* della qualificazione - dichiarativa o costitutiva - della relativa azione (23).

4. - È in questo contesto che si collocano, alimentandolo ulteriormente, le *nullità speciali*, locuzione con la quale ho intitolato una monografia del 1995 e che ha avuto un'eco insperata nelle molte rielaborazioni successive.

A questa figura - in linea con la ricostruzione generale dei *contratti di diritto pubblico* come disciplina *speciale* (24) - anche una parte della dottrina che si è occupata dei contratti soggetti ad evidenza pubblica ha riservato una certa attenzione, a partire almeno da uno scritto del professor Moscarini del 1999 (25).

Il discorso sulla specialità di disciplina di talune nullità, connotate da significative deroghe rispetto alla disciplina generale dell'istituto - in questi

(23) Per questa impostazione, FILANTI, *Inesistenza e nullità*, cit., p. 91 ss., che rileva la erroneità della riduzione del giudizio di nullità al paradigma chiovendiano dell'azione di mero accertamento, la quale è piuttosto modellata sul giudizio di inesistenza. In realtà, l'azione di nullità *non è volta a rimuovere l'incertezza tramite l'accertamento, bensì a rimuovere l'affidamento che l'atto ingenera circa la propria idoneità a produrre effetti ogni volta in cui esso integri gli elementi costitutivi della propria azione d'esecuzione:* quest'ultima deve contrastarsi *in via d'eccezione e non di mera difesa, non bastando la negazione del fatto costitutivo ed occorrendo la allegazione di un fatto impeditivo.* In senso sostanzialmente conforme, PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 65 ss.; TOMMASINI, voce *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 890. Fa eco a tale impostazione la più autorevole dottrina processualcivilistica: cfr. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 665 ss.; ID., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 60 ss.

(24) È questa la convincente prospettiva, sostenuta ben prima delle novità del c.p.a., che ne confermano la fecondità, da MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit.

(25) MOSCARINI, *La nullità speciale del contratto stipulato in esecuzione di un provvedimento di gara annullato per illegittimità*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, Milano, 2001, I, p. 387 ss.; ID., *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, cit., p. 597 ss. In tale prospettiva, LOPILATO, *Categorie contrattuali*, cit., p. 15 ss., secondo il quale, nella specie sussiste una nullità speciale per violazione di norme imperative, quindi una vera e propria nullità-sanzione, connotata da un « disvalore per violazione dell'ordine pubblico che determina la illiceità del contratto » (*ivi*, p. 18).

anni come sappiamo moltiplicatesi in modo davvero notevole ([26]) – sorge e si sviluppa nel medesimo contesto presupposto dalla Direttiva «*ricorsi*» del 2007: *il mutare dell'ordine pubblico economico, per effetto di una costante linea di intervento delle fonti europee.*

Il mutamento ha investito, rimodellandolo, l'intero settore della contrattazione tra imprese e consumatori, tra imprese in rapporti asimmetrici di potere ed, ora, tra imprese e pubblica amministrazione.

Per le molte nuove fattispecie si è così posto il problema della rilevanza ascrivibile, in punto di disciplina e in specie di integrazione analogica di questa, al peculiare atteggiarsi del fondamento sostanziale della previsione di nullità.

Ciò in considerazione della verificabile omogeneità delle *rationes* protettive delle varie normative. In esse risalta in modo uniforme il perseguimento *mediato* di una tutela oggettiva del *mercato,* attraverso la protezione *immediata* di *uno dei contraenti*, considerato portatore di un interesse non episodico ma a carattere seriale o di categoria ([27]).

Nel concorso delle considerazioni sopra svolte circa la pluralità di fondamenti e di discipline delle nullità già esistenti all'interno del codice, la sicura ascrivibilità delle cd. nullità di protezione ad un coerente quadro di ordine pubblico economico, consente di *escluderne,* in prospettiva assiologica, *ogni eccezionalità.*

Esse sono, perciò, disciplina *speciale* del contratto, in ragione delle pe-

---

([26]) Spetta anzitutto a leggi di grande rilievo sistematico degli anni '90 dare impulso al cambiamento: dal T.U. bancario (d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385) al T.U. della intermediazione finanziaria (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), dal vecchio capo XIV *bis* del codice, ora confluito nel Codice del Consumo (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206), alla disciplina della subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192). Dal 2000 in poi, si susseguono normative di ogni genere, tutte di rigorosa derivazione comunitaria, destinate a dettare discipline di settore: da quella concernente i ritardi di pagamento (d.l. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 7), a quella sugli immobili da costruire (d.l. 20 giugno 2005, n. 122, art. 2), sino all'art. 167 del nuovo Codice delle Assicurazioni del 2005 (d.p.r. 18 luglio 2006, n. 254). Nelle varie fonti, senza ora entrare nel dettaglio, vi è diffuso impiego di tre strumenti innovativi: *i)* la cd. *inderogabilità relativa*, conseguente a norme imperative che correlano la nullità alla sola deroga *in peius* della disciplina posta dalla legge a tutela di una delle parti contraenti; *ii)* la *legittimazione relativa* (già prevista, in astratto, dall'inciso iniziale dell'art. 1421 c.c.) del solo contraente protetto, abbinata o meno in modo espresso alla rilevabilità d'ufficio nell'interesse di quest'ultimo; *iii)* la *nullità necessariamente parziale*, laddove si prevedono nullità connotate da una necessaria parzialità, poiché affrancate dall'inadeguato criterio dell'intento ipotetico delle parti, posto dall'art. 1419, comma 1°, c.c., anche quando non trovino applicazione norme imperative sostitutive.

([27]) Un simile interesse aspira evidentemente ad un grado di *effettività* che la semplice disciplina dell'annullabilità, connotata da una piena disponibilità a posteriori per la parte, non consente.

culiarietà soggettive di una delle parti, alle quali determinati indici normativi attribuiscano rilevanza. Si tratta, in effetti, di situazioni nelle quali ricorre, in modo omogeneo, uno squilibrio strutturale - cioè tendenzialmente seriale - del potere formativo del contratto.

Sicché la nullità speciale, ove, come in simili casi, abbia natura di protezione, è strumento di riequilibrio delle condizioni che impediscono il corretto esplicarsi del potere di autonomia, il quale trova nella presupposta uguaglianza sostanziale delle parti, ad un tempo, fondamento e limite.

Una volta riconosciuto il carattere speciale di simili disposizioni - in particolare in punto di *relatività* della legittimazione e di *parzialità necessaria* in deroga all'art. 1419 - diviene del tutto consequenziale farne impiego analogico per altre fattispecie di nullità testuale, che siano omogenee nella *ratio* ma prive di disciplina, nonché per fondare, in via interpretativa, la nullità virtuale nei casi di norme imperative, anch'esse di protezione, ma prive di espressa comminatoria di invalidità.

5. - La disciplina codicistica e la legislazione speciale convergono dunque nello smentire sia l'idea della unicità funzionale della nullità, sia quelle della irrilevanza del negozio nullo e della uniformità di disciplina della figura, che viene anzi a rapportare il proprio concreto atteggiarsi alla *ratio* normativa.

Si potrebbe, tuttavia, obiettare che - una volta esclusa la possibilità di cogliere il nucleo concettuale della figura, avvalendosi ora della scomposizione analitica della fattispecie, ora della non verificabile identità di trattamento nelle varie ipotesi, ora della sua supposta unitarietà di fondamento - si smarrisca il senso dell'unità dell'istituto. La nullità - priva di un proprio riconoscibile contenuto, a causa del frammentarsi delle sue discipline - assumerebbe tratti tanto indeterminati da renderne impercettibili i segni distintivi rispetto alla generica inefficacia. *Insomma, una parabola tragica: dalla ipertrofia alla morte dell'istituto.*

Le cose, però, non stanno così.

Il frammentarsi della nullità in una pluralità di discipline postula, è vero, il recupero di un modello costruttivo che precisi le condizioni minime di impiego della figura, altrimenti ridotta ad una espressione sempre più asemantizzata ed, in definitiva, inutilizzabile ai fini, pratici, del diritto.

Per superare questo ostacolo è utile ricordare quale sia la peculiarietà del contratto, rispetto agli altri atti giuridici: esso è un *atto di privata autonomia* (28), provvisto, in via di principio, di *forza di legge od efficacia* vincolante,

(28) BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991, p. 1 ss.

idoneo perciò alla produzione di effetti tendenzialmente corrispondenti al contenuto negoziale.

Mentre gli effetti finali sono propri di tutti gli atti giuridici, compresi ovviamente quelli negoziali, solo per questi ultimi si apprezza ed assume rilevanza costruttiva la dicotomia tra *efficacia* ed *effetti*.

La invalidità designa il *non valere* del regolamento come *atto di autonomia*: il *proprium* della invalidità è la negazione della *efficacia negoziale* (29).

Detto altrimenti, il regolamento, ove esistente, quindi rilevante e tuttavia invalido, non assume - seppure con una graduabilità rimessa alla valutazione normativa (30) nelle diverse specie della nullità, della annullabilità e della rescindibilità - carattere vincolante, in ordine alla realizzazione di effetti finali coerenti con quelli regolati dalle parti nel contratto. Da questo punto di vista, la nullità non designa uno spazio vuoto giuridicamente - come evocherebbe l'idea di incompletezza della fattispecie - né presuppone una disciplina sempre uguale a se stessa, come condurrebbe a ritenere la asserita unitarietà di fondamento sostanziale della figura.

Essa indica, piuttosto, una *disciplina del contratto rilevante* che, per la *qualificazione negativa* dell'assetto di interessi con esso realizzato, viene privato - in modo più o meno intenso, o più o meno esteso - della propria idoneità a fungere da autoregolamento.

E ciò del tutto a prescindere dalla possibile produzione di effetti finali parziali, potenzialmente provvisori, od anche, sul piano empirico o psicologico, contrastanti con le determinazioni dell'autonomia delle parti (31).

6. - Domandiamoci, a questo punto, se l'aver individuato, e concepito in termini di *specialità* - come articolazioni di trattamento della invalidità, in un coerente quadro di ordine pubblico economico ed in funzione delle strutturali peculiarità soggettive di una delle parti contraenti - una pluralità di discipline dell'atto nullo, possa assumere rilievo ai fini di un corretto inquadramento della cd. *inefficacia* dei contratti soggetti ad evidenza pubblica.

L'interesse alla salvaguardia delle corrette condizioni concorrenziali, che certamente sottende alla Direttiva ricorsi del 2007, costituisce il fondamento della peculiare inefficacia disciplinata dal codice del processo amministrativo.

Per converso, una pluralità di interessi pubblici di diversa natura fonda i

---

(29) Per tutti, SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 263 ss., 268 ss.; MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, pp. 60-61.

(30) BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 573 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 380.

(31) BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, I, p. 1555.

temperamenti alla detta inefficacia, disposti in evidente crescendo dagli artt. 121-122 c.p.a., sino a culminare nella netta prevalenza *dell'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera* per i contratti concernenti la realizzazione delle infrastrutture strategiche di cui all'art. 125 c.p.a.

In tale contesto, una interpretazione assiologicamente orientata delle disposizioni in commento consente di coglierví un *divieto* di stipulare il contratto in violazione delle regole di evidenza pubblica, poste a presidio della scelta del contraente (32). Divieto che, evidentemente, si colloca in un quadro di ordine pubblico economico pervasivamente disegnato dalle fonti europee e dalla conseguente normativa d'attuazione.

Non è quindi dubbia la *qualificazione negativa* dell'assetto di interessi realizzato col contratto vietato.

Anzi, la conferma di ciò si trae, in modo solo apparentemente paradossale, proprio dalle «*sanzioni*» alternative disposte dall'art. 123 per le ipotesi nelle quali, nonostante le violazioni, «*il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata*».

È pacifico dunque che le varie conseguenze previste dalla norme in questione - dalla inefficacia alle sanzioni alternative - costituiscano appunto *sanzioni* per la violazione di un divieto.

La espressa comminatoria di inefficacia del contratto - cioè la testuale incidenza, benché temperata, delle «violazioni» del divieto sulla efficacia del contratto - consente di escludere che si tratti di semplici regole di condotta e non di validità, secondo la nota, certamente rilevante ma (come dimostra anche questo caso) sopravvalutata dicotomia, che in definitiva lascia in ombra le molte e plausibili ragioni in base alle quali, non da oggi, si ammette la diffusa presenza nel sistema di vere e proprie *nullità-sanzione*.

La qualificazione negativa del regolamento contrattuale pone altresì fuori campo ogni possibile ricostruzione della disciplina in chiave di *condicio juris* della efficacia del contratto. E, più in generale, il concorso tra la qualificazione negativa anzidetta e l'incidenza della violazione sulla efficacia del contratto, mentre esclude che la «inefficacia» possa reputarsi tale solo in senso stretto, correlativamente impone di qualificarla come conseguenza di una invalidità del contratto.

D'altra parte, l'incidenza (che in taluni casi assume persino rilievo dirimente, ai fini della dichiarazione di inefficacia) assunta dall'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione del contratto, assieme alla ascrivibilità di tale interesse ad un coerente quadro di ordine pubblico economi-

(32) CARPENTIERI, *op. loc. cit.*, nota 6; Cass., 16 febbraio 2010, n. 3672, in *Foro it.*, 2010, V, c. 1439.

co europeo, consentono di escludere la riconduzione della invalidità in questione allo schema della annullabilità.

Restano, certo, le indubbie peculiarità di disciplina della pronunzia di *inefficacia* in questione, rispetto ai caratteri generali dell'azione di nullità.

Ove una coerenza sistematica fosse indimostrabile, non resterebbe che aderire alle tesi che vorrebbero del tutto autonoma - rispetto alla disciplina civilistica del contratto - questa forma di inefficacia, ora espressamente contemplata per il solo contratto pubblico.

Questo esito tuttavia - per quanto evidenti siano le peculiarietà della disciplina in questione - mi appare tutt'altro che scontato, ove si faccia un *corretto e aggiornato impiego della categoria civilistica della nullità.*

A questo punto - per chi condivida quanto ho in precedenza sommariamente ricordato circa l'attuale sistema delle invalidità civilistiche - è agevole scorgere la linea argomentativa che consente di superare questa residua perplessità, optando senz'altro per la qualificazione in termini di *nullità speciale* dei contratti in questione.

Infatti:

- non osta alla configurabilità di una nullità la necessità di apprezzamento giudiziale *a posteriori* della situazione di fatto ad essa presupposta: ciò è quanto avviene comunemente. Si pensi al giudizio sulla sussistenza di una illiceità della causa in concreto, oppure di un significativo squilibrio che determini la vessatorietà di una clausola, od ancora di un abuso di dipendenza economica agli effetti dell'art. 9 della legge sulla subfornitura. Pochi esempi, trai tanti, che però evidenziano in qual senso la inefficacia in questione non sia affatto *facoltativa*, giacché il giudice può, e quindi deve, dichiararla salvo che sussistano i diversi e prevalenti interessi pubblici che giustificano la validità del contratto;

- non osta alla nullità la circostanza che il giudice, nel dichiarare la nullità, ne *commisuri la estensione* in funzione della *ratio* del divieto e dei limiti sistematici che incontra la sua tutela in forma specifica. Si pensi, solo per fare un parallelo, al potere del giudice di dichiarare se la nullità parziale si propaghi o meno all'intero contratto, ai sensi dell'art. 1419, sulla base di un suo apprezzamento in concreto (33);

- non osta, ancora, alla nullità la circostanza che, sempre in conformità alla *ratio* del divieto, debba (34) limitarsi la legittimazione alla azione di inefficacia al solo concorrente che intenda conseguire la aggiudicazione, oppure, in negativo, semplicemente escludersi la legittimazione del primo aggiudicata-

(33) In questo senso, già CARPENTIERI, *op. loc. cit.*, p. 13.

(34) Ove ciò si reputi appropriato, secondo analogia *juris*, nella ricostruzione della *ratio* delle norme in commento.

rio. Si pensi al già ricordato diffusissimo impiego di nullità, *ripeto speciali e non eccezionali*, a legittimazione relativa, limitata al solo contraente protetto;

– non osta alla nullità la delimitazione temporale della inefficacia, con esclusione cioè della sua retroattività, sulla base di un apprezzamento in concreto, da parte del giudice, della idoneità della estensione temporale della inefficacia a realizzare l'obiettivo di tutela presidiato dalla norma. Si pensi alla disciplina del contratto di lavoro (art. 2126), ove la retroattività o meno della dichiarazione di nullità è legata alla valutazione giudiziale della illiceità dell'oggetto o della causa;

– non osta alla configurazione di una nullità la possibile natura costitutiva della pronunzia, poiché tale dato, anche per quanto detto con riferimento alle nullità che operano *ope exceptionis*, risulta ampiamente sopravvalutato a livello sistematico.

In sintesi,

• data la mancanza di reali ostacoli sistematici,

• assodata la compresenza, a fianco del regime generale della nullità codicistica, di una pluralità di statuti dell'atto nullo in ragione della *ratio* volta a volta sottesa al precetto violato,

• verificata, infine, la rilevanza attribuita dalle norme in oggetto alla specialità del contratto a evidenza pubblica, tutto sembra deporre nel senso di una *nullità speciale*.

Ed il trattamento di questa – per quanto non diversamente regolato, in modo espresso o implicito – dovrà essere ricostruito in conformità alla *ratio* di ciascuna disposizione violata ed ai principi della materia, secondo il rapporto consueto che regola i conflitti tra legge speciale e generale.

Ne risulta così avvalorata la prospettiva di chi ha efficacemente sostenuto che, nella disciplina dei contratti della pubblica amministrazione «*il peculiare carattere di uno dei soggetti, la pubblica amministrazione, influenza la natura, e quindi anche il trattamento dell'intera fattispecie, secondo uno schema logico simile a quello proprio del cd. diritto dei consumatori e dei risparmiatori: lo schema logico che fa dipendere la natura, e quindi il trattamento, del contratto, dalla peculiarità del soggetto*» (35).

E ne risulta evidentemente confermata, in termini più generali, la centralità della concretizzazione delle regole, nel rapporto tra «*eguaglianza e singolarità*» (36).

---

(35) MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, cit., p. 606; e v. ancora, in termini generali circa la specialità di disciplina del contratto della p.a., MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit.

(36) VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Persona e mercato*, 2012, p. 1.

Sul piano applicativo e per concludere, la qualificazione della inefficacia in questione come *nullità speciale*, potrà fondare l'applicazione delle regole generali *che non risultino in contrasto* con la *ratio* delle relative disposizioni. Così, ad esempio (37),

potrà sostenersi la rilevabilità d'ufficio della nullità, sia pure – *ma, sul punto, la riflessione è tutta da cominciare* – con un dosaggio disomogeneo in funzione della ponderazione tra la generale esigenza di *effettività* (38) della tutela e il gradato rilievo assunto dall'interesse del ricorrente nelle differenti fattispecie regolate negli artt. 121 e 122;

dovrà escludersi la sussistenza di un generale diritto potestativo di convalida da parte del contraente pubblico (39);

sarà preclusa, ove la fattispecie presenti in concreto anche i tratti della *illiceità*, la conversione del contratto o la transazione, anche novativa, sulla nullità del medesimo.

---

(37) Lascio – per ovvie esigenza di competenza – ai cultori del diritto amministrativo valutare se sussistano, nel contesto delle fonti e dei principi della materia, anche i presupposti per una estensione, per analogia *legis* o *juris*, vuoi della qualificazione in termini di nullità, vuoi della speciale disciplina di questa come regolata dagli artt. 121 e 122 c.p.a., alle fattispecie contrattuali estranee all'ambito di applicazione di tali disposizioni.

(38) Il profilo della effettività della tutela è centrale per le normative di matrice comunitaria: cfr. per tutte, Corte giust. Ce, 27 giugno 2000, C-240/98 – C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1174; Corte giust. Ce, 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis SA*, in *Racc.*, I-10875; Corte giust. Ce, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Racc.*, p. I-10421; Corte giust. Ce, 4 ottobre 2007, C-429/05, *Rampion*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, p. 202.

(39) Salvo che sussistano «norme eccezionali che specificamente la prevedano», cfr. Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit., p. 212.