**Selezione e nomina dei gestori dei servizi strumentali alle vendite giudiziarie:**

**giurisdizione o amministrazione?**

Il fondamentale valore costituzionale dell’effettività dei diritti e della giurisdizione presuppone procedimenti esecutivi celeri ed efficienti.

L’efficienza dei procedimenti esecutivi necessita imprescindibilmente di prassi organizzative snelle ed efficaci che consentano la migliore operatività in concreto degli istituti processuali.

Con riguardo specifico alle espropriazioni immobiliari, pare fuori di dubbio che solo la predisposizione di adeguate forme di informazione ed accesso possa in concreto consentire la vendita al prezzo migliore nel minor tempo possibile così da soddisfare al massimo il diritto del creditore e sacrificare al minimo i diritti del debitore.

Questo è lo scopo fondamentale delle prassi giudiziarie in tema di pubblicità delle aste, tese al coordinamento dei Magistrati di un Tribunale, o addirittura dell’intero distretto, al fine di elaborare sistemi di copertura mediatica ottimale al minimo costo, di sperimentare nuove modalità pubblicitarie o tecnologie comunicative innovative e di avvalersi della consulenza di soggetti specializzati per avere il monitoraggio dell’efficacia della pubblicità prescelta, nonché, a volte, per ottenere prestazioni accessorie ed ulteriori a titolo gratuito colmando le lacune strutturali e di organico degli Uffici Giudiziari.

Spesso tali prassi sono state elaborate come mera espressione di organizzazione interna e volontario coordinamento del potere di direzione del procedimento proprio di ogni singolo Magistrato, in ragione del fatto che le menzionate attività ausiliarie, intimamente ed irrinunciabilmente connesse alla giurisdizione tanto da costituire un vero e proprio “nodo gordiano”, non possono che essere oggetto della medesima discrezionalità che governa la nomina di un qualsiasi altro ausiliare ex art. 68 c.p.c.

Tuttavia recenti pronunce del Giudice Amministrativo su alcune peculiari fattispecie applicative delle suddette prassi sembrano invece postulare l’esatto contrario, riconducendo nell’alveo della mera amministrazione l’attività di selezione e, in parte, anche di nomina dei gestori di servizi strumentali alle vendite giudiziarie con conseguente applicazione del Codice degli Appalti Pubblici.

Le novità normative connesse all’attuazione del Portale delle vendite pubbliche e all’obbligo di vendita telematica rischiano così di ampliare e complicare l’ambito di incertezza ed ambiguità che regna sull’argomento.

**(DIS)ORIENTAMENTI DEL GA**

Premessa doverosa è che le fattispecie giunte alla cognizione dei TAR e del CdS sono diverse e peculiari ma, nonostante ciò, è possibile individuare alcune linee interpretative ricorrenti, se non l’affermazione di principi generali.

- Innanzitutto quasi tutte le sentenze dei TAR e del CDS (ad es. da ultimo *in obiter dictum* TAR Lombardia, sede di Milano, del 06.04.2017 e CdS del 3.5.2016) tendono a riconoscere la **discrezionalità del GE nell’adozione di ogni singolo provvedimento di nomina** del gestore della pubblicità o di individuazione delle testate su cui effettuare la pubblicazione. Tale potere, ricondotto alla direzione del procedimento ed in particolare agli artt. 68 e 490 c.p.c., è ritenuto di natura giurisdizionale così che gli atti di nomina possono essere impugnati esclusivamente dalle parti (e non anche da eventuali imprese concorrenti pretermesse) secondo i mezzi predisposti dal codice.

Nonostante la quasi unanimità delle pronunce in questo senso, si deve segnalare la sentenza del TAR Lombardia, sede di Brescia, del 10.11.2014, che sostiene la natura amministrativa della nomina, anche se inserita nel provvedimento giurisdizionale, così da sostenere, in mancanza di convenzione volta a regolare in generale l’individuazione del gestore, l’applicazione del principio di rotazione ai sensi del 57 comma 6° del Codice dei contratti pubblici. Nulla però afferma il TAR Lombardia sulla possibilità dell’impresa concorrente pretermessa di impugnare la parte amministrativa del provvedimento giurisdizionale per violazione del principio di rotazione.

- Di contro **il GA tende a considerare illegittime le variegate prassi di coordinamento del potere di nomina**, con conseguente individuazione stabile del gestore del servizio per più procedimenti, in quanto è sostenuta la soggezione al codice dei contratti pubblici.

La motivazione più chiara ed estesa sul punto si legge in TAR Lombadia del 10.11.2014: le prestazioni di cui si tratta rientrano nell’alveo del codice dei contratti pubblici e ricorrono i tre requisiti di cui all’art. 30 comma 2 in tema di concessione di servizi (cioè il collegamento con la funzione pubblica, fruizione del servizio da parte degli utenti; rischio di gestione sul gestore). Ma tale assunto è anche il presupposto delle altre sentenze, tra cui quelle del CdS (vedi espressamente la premessa di CdS del 3.5.2016).

Tale affermazione non è impedita dall’assenza di espresse norme che attribuiscano al Tribunale o qualche suo organo il potere di bandire la gara ad evidenza pubblica per l’individuazione del gestore del servizio, né dall’assenza di qualsiasi dovere del singolo Magistrato di uniformarsi all’esito della gara.

Infatti i Giudici Amministrativi, pur rilevando l’assenza di norme attributive di tale potere amministrativo, tendono a qualificare l’Assemblea di coordinamento dei giudici civili (CdS n. 4140 del 2013) o la Commissione tecnica istituita dal Presidente di sezione (TAR Lombadia del 10.11.2014) come “organo straordinario della PA”, così non rilevando la carenza di potere in astratto e la conseguente nullità dei provvedimenti adottati da tale organo (nel senso della nullità la sentenza isolata di TAR Lombardia, sede di Milano, del 06.04.2017, con riferimento all’autovincolo dell’unico GE di un piccolo Tribunale). Solo TAR Emilia Romagna del 26.02.2015 ritiene che le riunioni ex art. 47 ter O.G., in cui è stata disposta una indagine di mercato e stabilito di conseguenza uno standard minimo di pubblicità, non siano espressione di potere amministrativo in quanto di mero contenuto informativo, non vincolanti per i giudici e non finalizzate alla stipula di un contratto, così che, senza stigmatizzare alcuna carenza di potere in astratto, esclude la giurisdizione del GA.

Inoltre i Giudici Amministrativi sembrano ricondurre l’assenza di vincoli nei confronti del singolo Giudice al rischio imprenditoriale di ogni gestore di servizio pubblico (così TAR Lombardia, sede di Brescia, del 10.11.2014) oppure individuano il vincolo a livello fattuale nonostante l’espressa previsione nell’atto impugnato di conservazione in capo al Giudice della totale discrezionalità caso per caso (così TAR Lombardia, sede di Brescia, del 10.11.2014, TAR Lombardia, sede di Milano, del 06.04.2017).

Coerentemente con quanto illustrato, il CdS, con la sentenza del 3.5.2016, ha ritenuto la legittimità della delega dal Tribunale alla Camera di commercio del potere di bandire la gara in quanto sono state rispettate le norme del codice dei contratti.

- **le conseguenze della mancata osservanza dell’evidenza pubblica** sono l’annullamento degli atti impugnati e l’ordine alla Pubblica Amministrazione di dare esecuzione alla sentenza. Non è escluso che l’impresa pretermessa possa invocare il risarcimento del danno commerciale patito (salva la giurisdizione del GO nel caso in cui sia stata riscontrata l’assenza di giurisdizione amministrativa). Non è escluso che il GA possa applicare sanzioni alternative, conservando l’efficacia degli accordi per una durata limitata di tempo, qualora vi siano esigenze preminenti che lo giustifichino: infatti quando è stata rinvenuta “una esigenza imperativa” ai sensi dell’art. 121 del codice degli appalti pubblici sono state adottate delle misure alternative che hanno consentito la durata limitata della scelta del gestore impugnata (così TAR Lombardia, sede di Brescia, del 10.11.2014).

**LE CRITICITA’ DELLA POSIZIONE DEL GA**

L’assetto disegnato dalle pronunce del GA dà luogo ad una serie di perplessità ed obiezioni.

1) Innanzitutto è evidente che, con riguardo ad alcuni servizi strumentali alle esecuzioni, come la gestione della pubblicità delle aste o dei sistemi di vendita telematica, solo la previsione di un rapporto stabile con un gestore tendenzialmente unico per un periodo significativo di tempo può assicurare l’indispensabile omogeneità ed economicità del servizio, oltre che il monitoraggio sulla sua efficienza. Escludere che tale risultato possa avvenire attraverso il coordinamento dei singoli Giudici significa limitare gravemente i poteri organizzativi del Magistrato, funzionali ed intimamente connessi con l’esercizio della giurisdizione, che così ne viene menomato in violazione della Carta Costituzionale e della CEDU.

2) I Giudici Amministrativi non individuano l’organo del Tribunale competente per lo svolgimento delle gare di evidenza pubblica in quanto non vi è alcuna base giuridica di riferimento (sul punto non pare chiarificatrice né utile la circolare del ministero del 17.10.2017, che non individua basi di diritto positivo e pare più che altro preoccupata a “salvare” eventuali convenzioni che assicurino prestazioni a titolo gratuito ai Tribunali a condizione del presupposto - di per sé ambiguo e sfuggente- della natura meramente esecutiva delle stesse). Le sentenze fino ad ora pronunciate, così, si limitano ad affermare la necessità di applicare il codice dei contratti in relazione ad atti di “Assemblee di Giudici”, di “commissioni tecniche presiedute dal Presidente di sezione”, del Presidente del Tribunale e della Camera di Commercio delegata, alimentando solo la confusione sull’effettiva titolarità di un potere amministrativo in realtà non previsto né desumibile da alcuna norma perché non esiste. Esiste invece (senza che sia stato fino ad ora messo in dubbio ed anzi valorizzato ai fini delle *best practice*) il potere giurisdizionale di ogni Giudice di organizzare (eventualmente coordinandosi con gli altri) il proprio ruolo ed i propri procedimenti.

3) L’eventuale riconoscimento di un tale innominato potere amministrativo al Presidente del Tribunale o di sezione contrasterebbe con la discrezionalità propria di ciascun Giudice nella direzione del procedimento e sarebbe dunque preordinato alla stipula di un contratto nullo per inesistenza o impossibilità giuridica dell’oggetto; qualora invece si ritenga che una tale convenzione sia idonea a creare una sorta di vincolo di fatto, allora non può che evidenziarsi come il singolo magistrato rimarrebbe estraneo alla redazione del bando, che dunque gli sarebbe imposto, con conseguente violazione della sua discrezionalità.

4) l’eventuale riconoscimento di tale innominato potere amministrativo all’assemblea dei Giudici (*rectius* riunioni ex art. 47 quater O.G.) si scontra con l’assoluta inadeguatezza di una tale “figura organizzativa” allo svolgimento di gare ad evidenza pubblica e con l’esigenza di operare scelte di indirizzo snelle, stabili ma comunque non vincolanti, che consentano eventualmente mutamenti di indirizzo, revoche deformalizzate o modifiche del sistema di pubblicità in tempi brevi.

5) L’eventuale previsione nel bando di prestazioni aggiuntive a titolo gratuito a carico del gestore a favore del Tribunale, remunerate dagli introiti della pubblicità, sarebbe illegittima ed inopportuna in quanto addossa il peso economico delle strutture organizzative di interesse generale solo ad alcune parti, contribuendo all’innalzamento dei costi di realizzazione dei crediti (tra l’altro oggetto di rilevazione per determinare la competitività del sistema economico del Paese e dunque con l’effetto paradossale di provocare una valutazione negativa sull’efficienza della giustizia italiana).

6) I Giudici Amministrativi non spiegano quali strumenti (amministrativi?) di azione e selezione avrebbero i singoli Giudici in assenza dell’attivazione di tali fantomatici “organi straordinari” della PA, né illuminano sull’esistenza dell’obbligo su tali Organi innominati di attivarsi.

7) in conclusione l’applicazione del codice degli appalti non tiene in debito conto della peculiarità degli organi giurisdizionali rispetto a quelli dell’Amministrazione ordinaria (guarentigie di indipendenza ed impugnabilità delle singole decisioni ad opera delle sole parti) né della necessità di garantire l’effettività della giurisdizione ex art. 24 Cost. e la ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost. Quanto detto vale sia con riferimento allo svolgimento di una gara ad evidenza pubblica sia con riguardo al principio di rotazione, incompatibile con i servizi di cui si tratta per le ragioni di uniformità, stabilità e celerità prima esposte. Dunque la soluzione sposata dal GA realizzerebbe il paradosso di sottrarre ai Giudici ordinari il controllo sull’efficienza e sui tempi dei procedimenti giurisdizionali, elevando la tutela della concorrenza a valore assoluto, a prescindere dall’effettivo raggiungimento degli effetti virtuosi che invece solo la gestione “giurisdizionalizzata” dei servizi ausiliari a livello di singolo Tribunale può meglio garantire.

**POSSIBILI STRATEGIE DI (RE)AZIONE**

In un quadro così complesso le possibili strade da seguire vanno dal disimpegno all’aperto contrasto con le posizioni del GA.

1) **L’appiattimento sugli approdi di TAR e CdS** rischia di vanificare molti effetti virtuosi delle *best practice*s fin qui affermatisi nei Tribunali e soprattutto di scontare le incertezze sull’individuazione degli organi legittimati e le difficoltà di bandire gare pubbliche da parte di soggetti non attrezzati al riguardo.

2) **La soluzione “carbonara”**, che potenzialmente potrebbe disinnescare ogni rischio di sindacato del GA, è rappresentata dal mero coordinamento di fatto, senza l’adozione di atti che contengano direttamente o indirettamente vincoli di sorta per i Magistrati, in linea con l’isolato *dictum* del TAR Emilia Romagna. Infatti se la riunione ex art. 47 quater O.G. si limita ad un mero contenuto informativo sulla base di una semplice indagine di mercato, pare potersi legittimamente escludere che vi sia una qualsiasi forma di esercizio di un potere amministrativo, salva la responsabilità per risarcimento del danno cagionato in caso di illecito aquiliano; al contempo si deve registrare la tendenza del GA a ravvisare autovincoli di fatto, a prescindere dal contenuto degli atti e forse anche della sostanza delle cose, così che anche tale via avrebbe notevoli margini di incertezza.

3) **L’instaurazione del dialogo con i GA**. Dunque sicuramente preferibile, anche solo per non scegliere la via della “clandestinità”, è cercare un confronto diretto con i Giudici amministrativi, così da sensibilizzarli rispetto alle “buone ragioni” giuridiche e pratiche sottese al riconoscimento ai Giudici Ordinari del potere (giurisdizionale) di organizzazione, sottratto alla disciplina dei contratti pubblici. Ciò potrebbe essere perseguito attraverso la proposta di corsi congiunti da inserire nel programma della Scuola della Magistratura ed anche attraverso la pubblicazione di articoli con dignità scientifica sulle riviste di diritto amministrativo più autorevoli, così da supportare le posizioni dei GO (l’unica nota che mi consta, pubblicata su Urbanistica e Appalti n. 2 del 2015, è sostanzialmente adesiva alla tesi dell’evidenza pubblica).

4) E’ prospettabile anche **la via dell’aperto conflitto**, rimettendo la questione ad istanze superiori di giurisdizione, ovviamente previo oneroso ed approfondito studio.

- E’ evidente che il GA, nella misura in cui nega la natura giurisdizionale del potere organizzativo del GO, dà una precisa interpretazione restrittiva dell’ambito costituzionale di estensione dei poteri della giurisdizione ordinaria, così che è astrattamente configurabile il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Non si tratta infatti di contrasti positivi o negativi di giurisdizione ma di delimitazione dei confini delle reciproche attribuzioni costituzionali.

- Inoltre la derivazione comunitaria del codice degli appalti pubblici rende possibile (e forse opportuna se non inevitabile) la strada della questione pregiudiziale per capire se contrasta con il diritto comunitario l’interpretazione che esclude le Autorità giurisdizionali dalla nozione di pubblica amministrazione in caso di affidamento di servizi strettamente funzionali alla giurisdizione; una eventuale risposta di esclusione del contrasto renderebbe agevole l’ottenimento di un *revirement* da parte del GA; la risposta positiva, invece, potrebbe consentire di mettere “l’anima in pace”.

5) infine rimane quanto mai opportuno l’eventuale dialogo con il Legislatore per ottenere la positivizzazione di regole chiare in un campo così delicato ed importante, che non mortifichino l’ambito della giurisdizione ed abbiano come baricentro l’effettività dei diritti piuttosto che una impostazione difensiva, formale e burocratica.

Dario Colasanti