

Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?

*«La soluzione di ogni problema
è un altro problema»*

J.W. Goethe

* * *

SOMMARIO: 1. L'esordio non brillante del 'Codice senza nome'. – 2. Per parlare un po' bene del nuovo 'Codice'. I risultati *anche* favorevoli del suo primo periodo di vigenza. - 3. E' davvero possibile una codificazione nel settore degli appalti? E, se sì, quanto è destinata a durare? - 4. Sarebbe una buona idea riscrivere oggi il 'Codice dei contratti pubblici'? - 5. Il recente DDL delega per la revisione del 'Codice': alcune riflessioni e scenari possibili. - 6. Un ambito peculiare: il nodo della regolazione subprimaria. - 7. Brevi considerazioni finali.

1. L'esordio non brillante del 'Codice senza nome'

Bisogna ammetterlo: il nuovo Codice dei contratti pubblici (approvato con decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) non ha mai avuto il favore di stuoli di estimatori, né una buona stampa.

*Aspetti generali
della questione*

Al contrario, sin dalla sua (tormentata) genesi e dalla sua pubblicazione, il testo in questione è stato accompagnato da critiche piuttosto serrate al punto che, nei primi trenta mesi circa dalla sua entrata in vigore, le voci di dissenso hanno superato – e di molto – quelle favorevoli¹.

Ora, non è infrequente che testi normativi dal notevole impatto sistematico risentano dell'inesorabile decorso del tempo e che, con il passare degli anni, anche testi qualitativamente adeguati e redatti con grande cura vengano considerati superati e conoscano momenti di vera e propria disgrazia fra gli addetti ai lavori.

Basti pensare alle sorti del Codice dei contratti del 2006: accompagnato al momento della sua pubblicazione da un coro pressoché unanime di consensi e

*La parabola del
D.lgs. 163/2006*

¹ Alcune fra le principali criticità connesse al funzionamento del Decreto legislativo n. 50 del 2016 sono state autorevolmente enunciate dal Presidente del Consiglio dei ministri Giuseppe Conte nel corso del suo discorso alla Camera in occasione del voto di fiducia del 6 giugno 2018. Secondo il Presidente Conte, in particolare, *“in Italia gli appalti non partono: abbiamo un Codice dei contratti pubblici che da due anni in pratica non viene applicato. (...) In questo momento le PP.AA. non sono nelle condizioni di poter serenamente operare (...) da un lato schiacciate dalla prospettiva di una responsabilità erariale e dall'altro schiacciate dalla prospettiva di una responsabilità penale. Oggi come oggi chi sta fermo viene avvantaggiato (...) e si preferisce non avventurarsi nella gestione di procedure di gara che evidentemente espongono a rischi e ad insidie che non riescono ad essere gestite (...)”*.

ritenuto da taluni – forse enfaticamente – una sorta di monumento di civiltà giuridica, era divenuto nel corso del tempo oggetto di critiche sempre più serrate da parte di coloro che ritenevano il testo (anche per le incontrollate stratificazioni normative che nel corso del tempo lo avevano interessato)² una delle principali ragioni del malfunzionamento del settore degli appalti e delle concessioni e che individuavano in esso una delle cause della farraginosità e delle vischiosità che caratterizzano ormai da decenni tale settore.

Più raro è invece che un importante testo di riforma venga accolto sin dal suo esordio (come è accaduto con il ‘Codice’ del 2016) da un coro pressoché unanime di voci di dissenso, senza neppure conoscere una fase iniziale di *sospensione del giudizio* (dettata quanto meno dalla curiosità degli addetti ai lavori o da una sorta di doverosa apertura di credito ispirata se non altro dalla sua *non* conoscenza).

Un dato fra tutti dimostra in modo quanto mai tangibile il clima tutt’altro che idilliaco che ha accompagnato i primi due anni e mezzo circa di vigenza del Codice del 2016: il testo in questione non è stato sino ad oggi associato al nome di alcuno fra i suoi (invero numerosi e talvolta autorevoli) ispiratori e curatori ed è rimasto – per così dire – ‘orfano di padre’ (né alcuno si è affannato per rivendicarne la paternità).

*Un codice
‘orfano di padre’*

Anzi, occorre ricordare che, per circa un anno dalla sua entrata in vigore, il nuovo ‘Codice’ ha addirittura stentato a trovare *un nome* e si è dovuto attendere l’emanazione del ‘Decreto correttivo’ del 2017 perché esso assumesse la sua rubricazione – per così dire – ‘naturale’ di ‘*Codice dei contratti pubblici*’³.

*Un codice
‘senza nome’*

Non così era accaduto per la legge n. 109 del 1994 (da tutti abbinata al nome del Ministro dei lavori pubblici del Governo Ciampi, Francesco Merloni) o con il decreto legislativo n. 163 del 2006 (generalmente accostato al nome del Presidente della Commissione istituita presso il Consiglio di Stato con il compito di redigere l’articolato del nuovo ‘Codice’, Pasquale de Lise).

In definitiva, parlare in modo men che entusiastico del nuovo ‘Codice’ è oggi un’attività piuttosto agevole e molto diffusa ed assicura sempre agli operatori del diritto amministrativo un sicuro consenso da parte di ogni tipo di platea.

² Va qui segnalato che, nei dieci anni circa della sua vigenza, il D.lgs. 163/2006 fu modificato per ben quarantaquattro volte (il dato in questione è stato sottolineato dal parere reso dal Consiglio di Stato del 1° aprile 2016 sullo schema di nuovo ‘Codice’ - paragrafi da 1.a.4 -).

³ La rubricazione del Decreto legislativo n. 50 del 2016 ha conosciuto una sorta di ‘storia nella storia’: la legge delega n. 11 del 2016 aveva previsto che esso fosse rubricato “*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*”. Il Consiglio di Stato aveva invece suggerito di rubricarlo “*Codice dei contratti pubblici*”. Alla fine il governo decise di attribuire una rubrica diversa e decisamente più ‘corposa’ (“*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”).

Si è dovuto attendere il Decreto correttivo del 2017 perché il testo (conformemente alle indicazioni del Consiglio di Stato) fosse rubricato ‘*Codice dei contratti pubblici*’ (titolazione in seguito non più modificata)

E la pressoché unanime corrente di opinione che guarda con sfavore al testo in esame si è tradotta in tempi recenti in richieste sempre più pressanti volte a una sua profonda revisione o – addirittura – a una sua prematura abrogazione, con integrale sostituzione ad opera di un nuovo e salvifico testo normativo.

Nelle pagine che seguono si svolgeranno quindi alcune considerazioni sugli scenari verosimili che potrebbero accompagnare i prossimi anni (o mesi?) di vita del ‘Codice’ del 2016 prendendo le mosse dalla più importante e recente iniziativa in materia, rappresentata da un disegno di legge delega varato dal governo nel dicembre del 2018 e trasfusa nell’ambito del DDL recante «*Deleghe per le semplificazioni, i riassetti normativi e le codificazioni di settore*».

Ci si domanderà in particolare se, nella logica del rapporto costi-benefici che dovrebbe ispirare ogni scelta normativa (sulla base delle regole della legistica e della *better regulation* e, non ultimo, del buon senso), l’ipotizzata integrale riscrittura del ‘Codice’ del 2016 potrebbe rappresentare un’opzione davvero congrua e auspicabile.

2. Per parlare un po’ bene del nuovo ‘Codice’. I risultati *anche* favorevoli del suo primo periodo di vigenza

Nei primi due anni e mezzo circa di vigenza del nuovo ‘Codice’ numerosi e autorevoli osservatori si sono impegnati (talvolta con notevole zelo) a sottolinearne in modo pressoché esclusivo gli aspetti di criticità (in tutta franchezza, piuttosto numerosi), giudicandolo spesso secondo l’ottica bartaliana del «*tutto sbagliato, tutto da rifare*».

*La dottrina sul
codice del 2016.
Un coro monodico
di voci negative*

Le poche voci di consenso nei confronti del testo sono state prontamente bollate come ispirate da piaggeria o, più frequentemente, come inconsapevoli esternazioni di anime belle.

Chi scrive non ha a propria volta mancato di indicare in passato alcuni indubbi profili di criticità connessi alle previsioni del nuovo ‘Codice’⁴.

Occorre tuttavia ammettere che il nuovo testo presenti anche oggettivi punti di forza e che numerose delle sue disposizioni si siano rivelate efficaci al fine di superare alcune fra le principali criticità che avevano caratterizzato i precedenti interventi normativi in materia.

*Alcuni punti
di forza
del D.lgs. 50/2016*

Per ragioni di sintesi si indicheranno qui di seguito quattro aspetti del nuovo ‘Codice’ meritevoli di particolare menzione (omettendo di richiamare le previsioni di stretta derivazione eurounitaria, i cui meriti – per evidenti ragioni – non possono essere ascritti alle scelte del Legislatore nazionale).

In via generale deve essere riconosciuto che i compilatori del ‘Codice’ abbiano nel complesso conseguito l’obiettivo di offrire agli operatori un testo unitario e di dimensioni tutto sommato contenute (e comunque paragonabile, quanto alla consistenza, al testo previgente), nonostante nel decennio 2004-2014

⁴ Sia qui consentito rinviare in particolare al mio contributo del 2016 dal titolo: *Dalla legge delega al nuovo ‘Codice’: opportunità e profili di criticità*, in: www.giustizia-amministrativa.it.

il *corpus* normativo eurounitario, dal punto di vista dimensionale, fosse incrementato in modo esponenziale⁵.

In secondo luogo va riconosciuto che il nuovo ‘Codice’ ha recato una disciplina più chiara e razionale rispetto a quella previgente in tema di pianificazione, programmazione e progettazione degli interventi, superando molte delle aporie che avevano caratterizzato la previgente normativa.

In terzo luogo va notato che il Decreto legislativo n. 50 del 2016 ha finalmente sancito il superamento della normativa speciale sulle cc.dd. ‘grandi opere’ la quale, lungi dal conseguire l’obiettivo di accelerare la realizzazione di interventi di preminente interesse nazionale, aveva determinato la pura e semplice creazione di una sorta di ‘*sistema disciplinare parallelo*’ in cui la regola era costituita dall’eccezione e viceversa.

In quarto luogo va segnalato che il decreto correttivo del 2017 ha meritoriamente disposto l’abrogazione del (quanto mai critico) sistema delle raccomandazioni vincolanti dell’ANAC, istituendo in sua vece un modello – di grande interesse sistematico – di legittimazione processuale speciale in capo all’Autorità di settore per i casi di *contratti di rilevante impatto* e di *gravi violazioni* del ‘Codice’⁶.

Una menzione a parte meritano poi le ricadute del nuovo testo in termini operativi ed economici.

Le più recenti rilevazioni di settore dimostrano che, dopo un lungo periodo di contrazione (nel cui ambito è difficile scindere le difficoltà legate alle nuove regole e quelle connesse alla duratura fase di stagnazione economica), il mercato degli appalti risulti in decisa ripresa sia per quanto riguarda il numero dei bandi pubblicati, sia per quanto riguarda le aggiudicazioni e i relativi volumi economici⁷.

I dati messi a disposizione da autorevoli istituzioni nazionali dimostrano in particolare che, dopo un’accentuata flessione verificatasi nel corso del 2016, il mercato in questione ha manifestato importanti segni di ripresa nel corso del 2017 e – in misura ancora maggiore – nel corso del 2018.

Il ruolo del codice nel superamento della situazione di stallo in tema di appalti pubblici

⁵ Va qui ricordato che il nuovo ‘Codice’ consta di 220 articoli (a fronte dei 257 del ‘*Codice de Lise*’). Per contro, se si raffronta il *corpus* normativo delle ‘pacchetto’ normativo UE del 2014 e lo si pone a raffronto con quello di cui alla Direttiva ‘settori classici’ (2004/18/CE) e di cui alla Direttiva ‘Settori speciali’ (2004/17/CE) emerge, sotto il profilo strettamente dimensionale, un incremento del numero delle disposizioni nell’ordine del 170 per cento.

⁶ Per quanto riguarda la figura delle raccomandazioni vincolanti sia qui consentito richiamare alle notazioni critiche svolte in: C. CONTESSA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – le forme di tutela del nuovo codice*, in: *Giorn. Dir. amm.*, fasc. 4/2016. Sul punto vi veda anche P. QUINTO, *La morale del motorino e le ‘raccomandazioni’ vincolanti di Cantone*, in: www.lexitalia.it.

⁷ Ci si riferisce, in particolare, al *Rapporto sulle infrastrutture strategiche* presentato ad ottobre del 2018 dall’Ufficio studi della Camera in collaborazione con l’Autorità anticorruzione e il Cresme. «*Nei primi sei mesi del 2018 - si legge nel Rapporto - c’è stata una crescita del numero di aggiudicazioni del 43%, mentre gli importi aggiudicati aumentano del 75%*» (il monitoraggio è comunque relativo alle sole aggiudicazioni di appalti di lavori di importo superiore a un milione di euro).

E' difficile negare che il miglioramento dello scenario di riferimento possa essere attribuito – almeno in parte – al clima di relativo chiarimento delle regole di settore (e di auspicata ‘*tregua normativa*’) che è stato assicurato *anche* dal nuovo ‘Codice dei contratti’.

Va poi osservato che, nonostante la diffusa percezione secondo cui il nuovo ‘Codice’ avrebbe diffuso fra gli operatori un generalizzato clima di incertezza e confusione, il quadro normativo di riferimento è invece rimasto sostanzialmente immutato sin dal Decreto correttivo dell’aprile del 2017⁸ (dimostrando sino ad ora una tendenza alla stabilità – e quindi alla certezza - normativa ben maggiore di quella che aveva caratterizzato primi anni di vigenza della legge Merloni del 1994 e del Codice de Lise del 2006).

E' sufficiente osservare al riguardo che, mentre nei suoi primi trenta mesi circa di vigenza il nuovo ‘Codice’ ha subito un solo rilevante intervento di revisione, nel medesimo arco temporale il ‘Codice’ del 2006 era stato fatto oggetto di ben tre interventi correttivi⁹.

*La sostanziale
stabilità del codice
del 2016*

3. E' davvero possibile una codificazione nel settore degli appalti? E, se sì, quanto è destinata a durare?

Una delle principali (e più frequenti) critiche che vengono mosse al nuovo ‘Codice dei contratti’ è rappresentata dal contestato fallimento dell’obiettivo (trasfuso nella legge di delega n. 11 del 2016) di recare una complessiva opera di «*ricognizione e riordino del quadro normativo vigente nelle materie degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di conseguire una (...) razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti (...)*»¹⁰.

In altri termini, si è puramente e semplicemente contestato al nuovo ‘Codice’ di non aver fatto ciò che un ‘Codice’ deve fare.

L’idea diffusa di codificazione, nella logica del razionalismo giuridico affermatasi in Europa sin dal XVIII secolo, implica un compendio organizzato di disposizioni che – come ricordato da Giovanni Tarello – debbono possedere una serie di basilari caratteristiche, risultando «*semplici, chiare, poche, brevi e succinte*», nonché tendenzialmente stabili nel tempo¹¹.

*Il codice del 2016
e gli obiettivi
di organicità
e stabilità normativa*

⁸ In effetti, oltre all’avviso di rettifica pubblicato nella G.U. del 15 luglio 2016 e al primo (e unico) correttivo di cui al Decreto legislativo n. 56 del 2017, le modifiche sino ad oggi apportate al testo del ‘Codice’ sono state estremamente limitate (la più importante di esse ha riguardato l’abrogazione della contestata disposizione sulle cc.dd. ‘raccomandazioni vincolanti dell’ANAC ad opera della legge di conversione del decreto-legge n. 50 del 2017).

⁹ Ci si riferisce, in particolare: *i*) al D.lgs. 6 del 2007 (‘*Primo decreto correttivo*’, del 26 gennaio 2007); *ii*) al D.lgs. 113 del 2007 (‘*Secondo decreto correttivo*’, del 31 luglio 2007), nonché *iii*) al Dlgs. 152 del 2008 (‘*Terzo decreto correttivo*’, dell’11 settembre 2008).

¹⁰ Si tratta del criterio di delega di cui all’articolo 1, comma 1, lettera *d*) della l. 11 del 2016.

¹¹ G. TARELLO, *Codice – Teoria generale*, in: *Enc. Giuridica Treccani*, 1988, vol. VI.

Dal canto suo, Natalino Irti ha individuato la *ratio* stessa di qualunque attività di codificazione giuridica nell'esigenza di «mettere ordine nelle cose, cogliere fili sottili di raccordo, raggruppare le leggi con criteri di stabilità e unità»¹².

Ma il punto è che l'idoneità (o la *non* idoneità) di un testo giuridico a conseguire i generali obiettivi di *organicità e stabilità* non può che essere misurata alla luce delle caratteristiche peculiari del settore giuridico di riferimento.

*Organicità
e stabilità dei testi
normativi e vincoli
di contesto*

Se, infatti, in un determinato settore particolari vincoli di contesto impediscono di fatto l'istituzione di un sistema armonico ed unitario (oppure precludono in radice la possibilità di conferirgli un qualunque carattere di stabilità nel tempo), anche il più avveduto dei giuristi non potrebbe riuscire a conseguire tali obiettivi.

In tal caso, l'incompletezza e l'instabilità della disciplina non potrebbero essere ascritte alla negligenza del Legislatore, ma rappresenterebbero semplicemente una sorta di dato costitutivo e genetico dello stesso settore sostanziale di riferimento.

Pertanto, prima ancora di soffermarsi sulla carenza di organicità e sull'instabilità che – a detta dei più - caratterizzano il 'Codice dei contratti pubblici' del 2016, occorrerebbe domandarsi se il settore in questione presenti caratteristiche tali da rendere di fatto impossibile una codificazione in senso tradizionale e per periodi significativi.

Se si impostassero in tal modo i termini della questione, molti dei giudizi espressi nei confronti del 'Codice' diventerebbero probabilmente meno severi e molte delle proposte di ri-codificazione che attualmente muovono dagli operatori del settore meriterebbero di essere rimediate con attenzione.

Se, ad esempio consideriamo che il Legislatore europeo si è tradizionalmente disinteressato della fase di esecuzione dell'appalto (concentrandosi solitamente sulla sola fase della competizione concorrenziale)¹³ e se consideriamo che il Legislatore nazionale si è di recente auto-vincolato a non introdurre livelli di regolazione ulteriori e diversi rispetto a quelli di fonte eurounitaria¹⁴, non ci si può poi stupire se nell'ambito del nuovo 'Codice' la disciplina relativa alla (fondamentale) fase esecutiva dei contratti risulti

*I vincoli
e le difficoltà alla
stesura di un codice
organico
e onnicomprensivo*

¹² N. IRTI, *Legislazione e codificazione*, in: *Enc. Scienze sociali Treccani*, 1966 (*ad vocem*).

¹³ Rappresenta quindi un'indubbia novità la previsione nell'ambito della 'Direttiva appalti' n. 2014/24/UE di quattro articoli dedicati all'esecuzione dell'appalto (artt. 70-73). Si tratta di una disciplina del tutto minimale in termini assoluti, ma senz'altro indicativa di un parziale *revirement* normativo.

¹⁴ Va qui osservato che è stata la legge delega n. 11 del 2016 ad imporre quale criterio direttivo il c.d. divieto di *gold plating* (i.e.: il "divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive" (art. 1, comma 1, lett. a) della legge di delega). Più in generale, è noto che, ai sensi del comma 24-*bis* dell'art. 14, l. n. 246 del 2005 (*Legge di semplificazione per il 2005*), gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salve le (limitate) eccezioni ammesse ai sensi del successivo comma 24-*quater*. Sul punto: F. SCIAUDONE, *Le nuove direttive e il loro recepimento: dal gold plating al copy-out*, in: www.giustamm.it.

assolutamente lacunosa (e comunque non adeguata agli obiettivi propri di un ‘Codice’ organico).

Semplicemente, tale circostanza (lungi dal rappresentare un vizio genetico del ‘Codice’ o la riprova della sua non organicità) rappresenta la conseguenza coerente quanto necessitata di alcune scelte di politica normativa (operati al livello UE prima ancora che nazionale) che risultano di fatto ostative alla predisposizione di un ‘Codice’ di settore dal contenuto organico e onnicomprensivo.

Gli esempi al riguardo potrebbero moltiplicarsi.

Un discorso a parte deve essere fatto per ciò che riguarda la diversa proiezione temporale che caratterizza i tradizionali interventi di codificazione rispetto agli interventi di settore nella materia degli appalti.

Nell’impostazione tradizionale propria della codificazione europea (per come sviluppatasi sulle basi del razionalismo giuridico), un intervento di codificazione o presenta sin dall’origine carattere di tendenziale stabilità nel tempo, oppure – semplicemente – non è.

Nel settore degli appalti le cose stanno ben diversamente in quanto il principale impulso alla revisione delle norme nazionali proviene sempre dall’Ordinamento UE il quale, ormai da alcuni decenni, invece di perseguire l’obiettivo della definitiva stabilizzazione e del consolidamento degli istituti di settore per un tempo indefinito, si muove piuttosto nella diversa logica del *consolidamento di medio periodo* (su un arco temporale solitamente pari a circa dieci anni).

Sin dagli anni Settanta dello scorso secolo, infatti, il Legislatore UE, consapevole della difficoltà di conferire un definitivo assetto normativo a fenomeni economici in continua evoluzione (quali quelli che caratterizzano il settore degli appalti e ne ispirano la disciplina), si è mosso piuttosto nella direzione pragmatica di fissare un certo numero di regole destinate a durare per circa un decennio, per poi procedere – secondo una logica in parte ispirata a quella della c.d. *sunset legislation* – all’integrale abrogazione del testo ormai desueto e alla sua sostituzione con uno radicalmente nuovo.

Non a caso, infatti, il pacchetto normativo UE in materia di appalti del 2004¹⁵ non ha tentato una rifusione dei previgenti testi del 1992-93¹⁶ ma ne ha determinato l’integrale abrogazione; allo stesso modo, il nuovo ‘pacchetto’ normativo del 2014 ha interamente abrogato e sostituito la previgente disciplina eurounitaria del 2004.

Si tratta di una tecnica normativa forse opinabile ma evidentemente dotata di una sua logica intrinseca: al livello unionale, infatti, nella disciplina di settori particolarmente dinamici e che non si prestano a una sistematizzazione definitiva (come quello degli appalti), si preferisce assicurare stabilità nel medio periodo a corpi normativi di carattere unitario (salvo poi superarli integralmente al termine del periodo utile di vigenza), piuttosto che martoriare i testi vigenti attraverso

Quanto può ragionevolmente durare un codice dei contratti pubblici?

Il Legislatore UE muove verso il modello della sunset legislation

La durata sostanzialmente decennale dei ‘pacchetti’ normativi UE

¹⁵ Ci si riferisce evidentemente alle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

¹⁶ Ci si riferisce alle direttive 92/50/CE sugli appalti di servizi, 93/37/CE sugli appalti di lavori e 93/38/CEE sugli appalti nei cc.dd. ‘settori esclusi’.

modifiche e interpolazioni continue (come troppo spesso accade nell'esperienza nazionale)¹⁷.

Il Legislatore interno (consapevole del nesso di stretta consequenzialità che vincola la normativa interna a quella UE nei settori in esame) non ha potuto sottrarsi dall'operare di conseguenza e, sino ad ora, ha a propria volta proceduto all'integrale sostituzione del *corpus* normativo nazionale su base all'incirca decennale (si pensi alle 'ondate' normative del periodo 1992-94, al 'Codice' del 2006 e a quello del 2016)

Ma se nel predisporre un testo normativo (per importante che sia) il Legislatore non dispone di tutti gli strumenti per disciplinare l'intera materia e non può aspirare ad altro che a una prospettiva temporale di un paio di lustri, sarebbe allora sbagliato giudicare tale testo secondo le categorie tipiche dei grandi codici di settore i quali – al contrario – mirano al ben diverso obiettivo di fissare una disciplina esaustiva e onnicomprensiva della materia, proiettata in un arco temporale sostanzialmente indefinito.

*Osservazioni
sul punto*

4. Sarebbe una buona idea riscrivere oggi il 'Codice dei contratti pubblici'?

Prima di affrontare la questione se sia oggi auspicabile l'abrogazione del decreto legislativo n. 50 del 2016 e la sua integrale riscrittura occorre prendere le mosse da un dato concreto.

Va considerato infatti che, per le ragioni esaminate al paragrafo precedente, anche *'il migliore dei codici dei contratti pubblici possibili'* non potrebbe in nessun caso aspirare a una prospettiva temporale superiore a una decina d'anni circa.

Ne deriva quindi un'osservazione di semplice buon senso circa l'opportunità di procedere all'integrale revisione della disciplina di settore quando si è ormai – per così dire – 'a metà del guado'.

Ci si domanda in particolare se, nella necessaria ottica del rapporto fra costi e benefici (di recente tornata in auge proprio nella materia delle infrastrutture), sia più conveniente per gli operatori e il mercato lasciare in vigore un testo (probabilmente imperfetto, ma) ormai sostanzialmente metabolizzato e per il quale i *costi di avviamento* sono stati ormai di fatto ammortizzati dal sistema, ovvero se sia preferibile azzerare tale disciplina (in ragione delle sue innegabili criticità) e procedere alla sua integrale riscrittura.

Evidentemente, i termini della scelta non si limitano alla candida opzione fra il mantenimento di un testo imperfetto e il varo di uno (auspicabilmente) migliore.

La matrice dei termini della decisione è ben più complessa e porta a domandarsi se gli inevitabili costi per gli operatori connessi a un nuovo

*L'ipotesi di integrale
riscrittura
del D.lgs. 50/2016:
la variabile
temporale*

*Il trade-off
fra mantenimento
dell'esistente
integrale riscrittura
del testo*

¹⁷ L'esperienza normativa dovrebbe infatti aver insegnato che il continuo ricorso alla tecnica della novellazione e l'abuso degli interventi correttivi fornisce nell'immediato la fallace sensazione di aver superato tutti i problemi sul campo mentre invece l'effetto principale che ne scaturisce è quello di privare i testi di base di qualunque coerenza ed organicità

sconvolgimento nella normativa di settore – e a pochi anni da un analogo *stress* di sistema abbattutosi sul sistema fra il 2016 e il 2018 - possano essere davvero compensati dai miglioramenti marginali di cui il settore potrebbe beneficiare attraverso l'adozione di un nuovo codice (il terzo in pochi anni).

Anche immaginando, infatti, che un eventuale disegno di legge delega per la (ennesima) riforma del settore possa essere approvato in tempi piuttosto brevi dal Parlamento, la legge di delega non potrebbe essere promulgata prima dell'estate (o dell'autunno) del 2019.

Ciò significa che, considerati i tempi per l'esercizio della delega legislativa, un ipotetico nuovo testo (che potremmo provvisoriamente chiamare CPV – '*Codice prossimo venturo*') non potrebbe vedere la luce prima dell'estate (o dell'autunno) del 2020.

Solo a quel punto potrebbe aprirsi la partita per l'adozione della disciplina subprimaria, la quale richiederebbe a propria volta non meno di un ulteriore biennio circa per essere completata¹⁸.

Ne consegue che – ammesso che tutte le tempistiche ipotizzate fossero rispettate - il settore nazionale degli appalti e delle concessioni riuscirebbe a trovare un suo assetto (pressoché) stabile non prima della seconda metà del 2022.

Tuttavia, in quel momento storico saranno stati ormai avviati da tempo i negoziati per l'adozione del prossimo 'pacchetto' normativo UE (la cui adozione si collocherà prevedibilmente fra il 2022 e il 2024).

In definitiva, se prevarrà il catartico impulso (in anni recenti pressoché irrefrenabile) di gettare via ad ogni costo un sistema normativo ritenuto inadeguato, sperando di sostituirlo in tempi molto brevi con uno del tutto nuovo e migliore (e senza valutare gli altissimi costi di transizione per il sistema che tale scelta inevitabilmente recherebbe con sé), vi è il serio rischio che l'ordinamento nazionale arrivi del tutto impreparato e 'fuori tempo' all'appuntamento con la prossima tronata negoziale che si svolgerà al livello UE.

Un ulteriore rischio è che il dibattito interno resti a lungo catalizzato da una serie di temi 'di retroguardia' (che avrebbero dovuto essere affrontati e risolti alcuni anni prima) e che non dedichi interesse e risorse adeguati alle nuove e più attuali tematiche (e ai nuovi istituti) che emergeranno nel dibattito in sede UE.

Un terzo (e fin troppo prevedibile) rischio è che, negli oltre tre anni che occorreranno per riscrivere e ridare completezza al quadro normativo primario e

*Il fattore temporale:
tempistiche
prevedibili
nell'adozione
di un nuovo codice*

*I rischi connessi
all'ipotesi
di integrale
sostituzione
del codice vigente*

¹⁸ Vero è che l'articolo 7 del DDL delega di recente varato dal Governo (dicembre 2018) sembra prevedere un termine molto più breve per l'adozione del regolamento di attuazione ed esecuzione del '*Codice prossimo venturo*' (stimabile in un anno dall'adozione del nuovo 'Codice'), ma è anche vero che tale termine appare ottimisticamente sottostimato. E' utile ricordare al riguardo che i termini eventualmente fissati dal Legislatore per l'adozione di regolamenti non hanno mai carattere perentorio (al contrario delle deleghe legislative) e che il relativo superamento non comporta conseguenze di sorta.

A fini di comparazione va ricordato che il d.P.R. 554 del 1999 (Regolamento di attuazione della legge Merloni) richiese circa cinque anni per essere adottato, mentre il d.P.R. 207 del 2010 richiese un periodo di circa quattro anni. Non vi sono dunque ragioni per ritenere che l'adozione del futuro regolamento attuativo dell'ipotizzato nuovo 'Codice' possa essere adottato in un tempo significativamente più breve.

subprimario in tema di appalti, l'incertezza causata dall'imminente adozione delle nuove regole (e dall'altrettanto imminente abrogazione di quelle attualmente in vigore) determini un nuovo sostanziale stallo nel settore degli appalti (*i.e.*: quella stessa situazione di sostanziale paralisi determinatasi fra il 2016 e il 2018 e che solo in tempi recenti risulta faticosamente in via di superamento).

Un quarto (e altrettanto prevedibile) rischio è che, se proseguisse in termini concreti il dibattito volto (*inter alia*) all'integrale revisione del sistema di regolazione subprimaria istituito dall'attuale 'Codice' (ossia, del sistema fondato essenzialmente sulla figura delle linee guida dell'ANAC)¹⁹, la stessa Autorità rallenterebbe – oppure interromperebbe del tutto – l'attività (già oggi tutt'altro che fervida) di adozione di tali linee guida²⁰.

La conseguenza pratica sarebbe che, in attesa del nuovo 'Regolamento generale' attuativo del '*Codice prossimo venturo*', vasti ed importanti settori disciplinari resterebbero ancora a lungo privi di una disciplina di dettaglio, in tal modo incrementando lo stato di incertezza che solitamente caratterizza – e per tempi piuttosto lunghi – le fasi di transizione fra un codice e l'altro.

Un quinto rischio connesso alla scelta di avviare nel corso del 2019 il cantiere normativo per l'adozione di un nuovo codice risulta anch'esso collegato al tema della disciplina subprimaria.

(in particolare):
il rischio di caos
in ambito
subprimario

Ed infatti, se immaginiamo che (sulla base delle iniziative normative del Governo di cui fra breve si dirà) il nuovo codice possa essere adottato alla metà del 2020 e che il 'cantiere normativo' del regolamento resti aperto fino almeno alla metà del 2022 circa, è possibile immaginare una situazione di accentuata e duratura incertezza per ciò che riguarda i rapporti fra la normativa primaria e quella subprimaria.

A questo punto si impone un breve *excursus* storico.

Nei passaggi storici che hanno caratterizzato la transizione dapprima dalla legge Merloni al 'Codice de Lise' e poi da quest'ultimo al 'Codice' del 2016, tale transizione è sempre avvenuta fra un *corpus* normativo interamente consolidato (sia al livello primario che subprimario) e un complesso disciplinare del tutto nuovo.

In ambo i casi il Legislatore (mosso da evidenti ragioni di *Realpolitik*) ha previsto che l'abrogazione della normativa primaria (della legge Merloni prima e del Codice de Lise poi) non comportasse immediatamente il superamento *anche* della relativa disciplina regolamentare, ma ha previsto la sostanziale ultrattività

¹⁹ Sul punto sia consentito richiamare: C. CONTESSA, *La regolazione subprimaria nel nuovo codice degli appalti*, ne *Il libro dell'anno del diritto – Treccani*, Roma, 2017, p. 234, segg.

²⁰ Va qui osservato che risultano ad oggi adottate tredici linee guida dell'ANAC (l'ultima delle quali, in data 24 ottobre 2018, in tema di affidamento dei servizi legali), la maggior parte delle quali aventi valore non vincolante ai sensi della generale disposizione abilitante di cui all'articolo 213, comma 2 del 'Codice'.

Il quadro normativo subprimario delineato dal vigente 'Codice' (il quale, secondo quanto rilevato dal Consiglio di Stato con il parere n. 855 del 1° aprile 2016, dovrebbe comprendere almeno 51 atti, al netto di quelli non vincolanti) risulta quindi allo stato largamente incompleto).

del previgente regolamento (nel caso del d.P.R. 554 del 1999)²¹ ovvero la sua abrogazione in modo frazionato nel tempo (nel caso del d.P.R. 207 del 2010)²².

Nell'ipotesi che si va da ultimo profilando attraverso le recenti iniziative del Governo, invece, è concreta la possibilità che un ipotetico nuovo codice dei contratti pubblici venga adottato in un momento in cui la disciplina di attuazione e integrazione del 'Codice' del 2016 (per le ragioni appena richiamate) non sarà stata ancora completata.

Questo comporterà che, nel periodo 2020-2022 (*i.e.*: nel periodo compreso fra l'adozione dell'ipotizzato nuovo codice e quella del relativo regolamento di attuazione ed esecuzione), gli operatori dovranno muoversi all'interno di un sistema normativo caratterizzato dall'innaturale convivenza fra un codice radicalmente nuovo e un sistema subprimario con esso del tutto disomogeneo (il quale risulterà in parte disciplinato dagli atti attuativi del D.lgs. 50 del 2016 – linee guida *in primis* - e, in una parte non secondaria, addirittura dal regolamento n. 207 del 2010 - attuativo delle disposizioni del codice n. 163 del 2006 -).

E' noto infatti che, ai sensi dell'articolo 216 del 'Codice' del 2016, è prevista la permanenza in vigore di numerose disposizioni del d.P.R. 207 del 2010 sino al momento dell'entrata in vigore della disciplina subprimaria prevista dallo stesso D.lgs. n. 50 del 2016 (solo per fare alcuni esempi, allo stato attuale risultano ancora in vigore le previsioni del d.P.R. 207 del 2010 in ambiti di normazione certamente importanti come quelli relativi alla selezione dei contraenti²³, allo svolgimento dei collaudi²⁴, nonché ai direttori dei lavori e di collaudatori²⁵).

E' quindi piuttosto evidente il rischio di incertezze normative e interpretative che il descritto stato di cose sarebbe idoneo a determinare per un periodo piuttosto lungo di tempo ed è altresì evidente che il medesimo stato di cose risulterebbe idoneo a compromettere in radice il conseguimento dei – senz'altro condivisibili - obiettivi di semplificazione e chiarimento del quadro normativo dai quali le recenti proposte normative espressamente prendono le mosse.

5. Il recente DDL delega per la revisione del 'Codice': alcune riflessioni e scenari possibili

²¹ Il D.lgs. 163 del 2006, all'articolo 253, comma 3 aveva infatti stabilito che «*per i lavori pubblici, fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 5, continuano ad applicarsi il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e le altre disposizioni regolamentari vigenti che, in base al presente codice, dovranno essere contenute nel regolamento di cui all'articolo 5, nei limiti di compatibilità con il presente codice (...)*».

²² Il D.lgs. 50 del 2016 all'articolo 216 ha individuato numerose previsioni del d.P.R. 207 del 2010 destinate a rimanere in vigore nelle more dell'adozione degli atti di regolazione subprimaria previsti dal nuovo 'Codice'.

²³ In tal senso l'articolo 216, comma 14 del D.lgs. 50 del 2016.

²⁴ In tal senso l'articolo 216, comma 16 del D.lgs. 50 del 2016.

²⁵ In tal senso l'articolo 216, comma 21 del D.lgs. 50 del 2016.

Nello scenario descritto nei paragrafi precedenti si colloca la recente iniziativa normativa che, a quanto si apprende dagli Organi di informazione, sarebbe stata varata dal Governo in occasione del Consiglio dei ministri del 12 dicembre 2018.

Risulta infatti che in tale occasione il Governo abbia varato un disegno di legge recante «*Deleghe per le semplificazioni, i riassetto normativi e le codificazioni di settore*»²⁶.

L'articolo 7 del disegno di legge in questione (rubricato «*Delega in materia di contratti pubblici*») reca:

*Contenuto generale
dell'articolato*

- una delega al Governo per adottare, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge, «*uno o più decreti legislativi per il riassetto della materia dei contratti pubblici*», nel rispetto della pertinente normativa UE e attraverso il coordinamento con le previsioni di cui alla legge generale sul procedimento e con il codice civile (comma 1);
- la previsione secondo cui la delega dovrà essere esercitata «*adottando un nuovo codice dei contratti pubblici in sostituzione di quella di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ovvero modificandolo per quanto necessario*» (comma 1);
- la fissazione di (sei) principi e criteri direttivi, che richiamano – fra gli altri – gli obiettivi di *semplicità, chiarezza, efficienza, tempestività, rapidità e flessibilità* (comma 2);
- la previsione dell'*iter* di adozione del/dei decreto/i delegato/i, nel cui ambito è prevista l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato, della Conferenza unificata e delle competenti Commissioni parlamentari (comma 3);
- la previsione secondo cui entro ventiquattro mesi (verosimilmente, dall'entrata in vigore del nuovo 'Codice') dovrà essere adottato un nuovo regolamento statale governativo per la disciplina esecutiva ed attuativa di alcune materie (quattordici) ascrivibili alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (comma 4);
- la previsione secondo cui, entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1, il Governo potrà adottare «*disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura di cui al presente articolo*» (comma 5).

Nel momento in cui il presente contributo viene pubblicato (gennaio 2019) il testo finale non risulta ancora presentato al Parlamento, ragione per cui ci si limita qui a svolgere soltanto alcune provvisorie considerazioni di carattere generale.

*Alcune osservazioni:
il carattere
'alternativo'
della delega*

In primo luogo non può che destare particolare interesse la scelta (invero piuttosto inconsueta) di conferire al Governo una delega sostanzialmente *alternativa*: lo schema di DDL, infatti, consente *sia* l'adozione di un 'Codice dei

²⁶ Il testo sottoposto all'esame del preconsiglio dei Ministri è liberamente reperibile su numerosi siti Internet di informazione giuridica (fra cui: www.lavoripubblici.it e www.infoparlamento.it).

contratti pubblici' radicalmente nuovo, *sia* una sua mera modifica (attraverso l'anodina formula "*per quanto necessario*").

In disparte ogni valutazione circa l'effettivo rispetto del canone costituzionale dell'esatta definizione dell'oggetto stesso della delega, il richiamo al carattere di *necessarietà* delle eventuali modifiche – lungi dal configurarsi quale criterio orientativo - appare a propria volta foriero di incertezze applicative.

In assenza di un qualunque ausilio interpretativo nell'ambito della disposizione di delega si ritiene comunque che la locuzione "*per quanto necessario*" stia a significare che, laddove il Legislatore delegato opti per la mera modifica del testo vigente (e non per la sua integrale sostituzione) le modifiche da apportare dovranno essere quelle rese necessarie per ottenere la piena conformazione ai criteri direttivi di cui al comma 2.

Ma laddove si opti per tale interpretazione (come appare del tutto verosimile), resta del allora tutto irrisolta la questione circa il criterio orientativo che dovrà essere seguito dal Governo in sede di scelta fra la (più radicale) opzione dell'integrale sostituzione del testo e quella (più blanda) della sua mera modifica.

In secondo luogo (e per quanto riguarda l'individuazione dei criteri direttivi della delega – comma 2 -) si deve dare atto al Governo di averne fortemente ridotto il numero, limitandosi a sei soli principi (a fronte dei ben cinquantanove che avevano caratterizzato la legge n. 11 del 2016 e sulla cui scorta è stato adottato il 'Codice' del 2016).

Come si è già osservato, il DDL in esame mira a conseguire obiettivi talmente generali da non poter non essere condivisi, quali quelli di *semplicità e chiarezza* (lett. a)), di *efficienza e tempestività* (lett. b)), nonché di *semplificazione e rapidità* (lett. d)).

Gli obiettivi generali della delega

Ora, senza dubitare delle migliori intenzioni che certamente hanno ispirato la recente stesura del testo, non può non notarsi che i principi e criteri direttivi ivi trasfusi ricalcano in massima parte (talvolta in modo anche testuale) i medesimi criteri che erano stati già posti a fondamento della delega del 2006.

I principi e criteri direttivi: nihil sub sole novi?

Basti qui pensare (solo a mo' di esempio):

- che la salvifica eniadi "*semplificazione e rapidità*", contenuta alla lettera d) del più recente DDL delega, riprende in modo testuale l'identica locuzione già contenuta alla lettera g) della legge di delega del 2016;
- che l'obiettivo della "*tempestività delle procedure di affidamento di gestione e di esecuzione*" risulta sovrapponibile al canone della "*tempestività di azione*" che, ai sensi della lettera l) della legge di delega del 2016, avrebbe dovuto ispirare la disciplina in tema di procedure di acquisizione di servizi, forniture e lavori;
- che l'obiettivo di "*razionalizzare i metodi di risoluzione delle controversie, anche alternativi ai rimedi giurisdizionali*" di cui alla lettera f) della nuova delega riprende in modo sostanzialmente testuale l'analogo criterio della "*razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale*" di cui alla lettera aaa) della legge di delega n. 11 del 2016.

In definitiva, il DDL delega di recente varato mira a conseguire i medesimi obiettivi che erano stati già individuati nel corso del 2016, ricorrendo ai medesimi strumenti e fissando princìpi e criteri direttivi in tutto sovrapponibili a quelli che erano stati posti a fondamento della delega del 2016.

Tuttavia, una sorta di incrollabile *ottimismo della volontà* persuade del fatto che questa volta i risultati – in termini di qualità della normazione e di certezza del diritto - risulteranno significativamente diversi.

Certamente meritevole di particolare attenzione (in quanto davvero innovativo rispetto al passato) è il criterio direttivo *b)* il quale mira a *limitare* (ma non ad *impedire*) l'introduzione di livelli di regolazione che risultino «*superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee*».

Verso un divieto di gold plating 'a metà'?

Il criterio in questione risulta obiettivamente diverso rispetto a quello di cui alla lettera *a)* della l. 11 del 2016 il quale, in modo più stentoreo, aveva introdotto un radicale (ma non realistico) «*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*» (si tratta del ben noto – e talora decisamente abusato – divieto di c.d. '*gold plating*')²⁷.

Il più recente DDL di delega sembra quindi muovere (in parziale distonia con le previsioni di cui all'articolo 14 della l. 246 del 2005²⁸ ma attraverso un condivisibile richiamo al pragmatismo normativo²⁹) verso una nozione più elastica e funzionale del divieto di *gold plating*, aprendo scenari evidentemente nuovi e in parte inesplorati in tema di attività di recepimento della normativa di fonte eurounitaria.

Un aspetto apparentemente molto tecnico (ma potenzialmente foriero di rilevanti ricadute pratiche) riguarda l'*iter* di approvazione previsto dal comma 3 dell'articolo unico del DDL in esame.

L'iter di adozione del CPV ('Codice prossimo venturo')

La disposizione in parola riprende nella sostanza l'analoga previsione della l. 11 del 2016³⁰, la quale aveva stabilito che i pareri del Consiglio di Stato, della Conferenza unificata e delle competenti Commissioni parlamentari fossero acquisiti – per così dire – 'in parallelo' e non nel tipico ordine sequenziale, volto a consentire a ciascun Organo consultivo di disporre – prima di esprimere il proprio avviso – dei testi dei pareri degli Organi precedentemente consultati.

Ciò comporterà, dal punto di vista pratico, che il termine per l'espressione dei pareri da parte di ciascuno dei (tre) Organismi consultivi decorrerà dallo

²⁷ Sul (tendenziale) divieto di *gold plating*, v. retro, nota 27.

²⁸ Come si è già osservato, il comma 24-*bis* dell'articolo 14 della l. 26 del 2005 stabilisce che «*gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo quanto previsto al comma 24-quater*».

²⁹ Va del resto osservato che anche il rigido divieto contenuto nella legge di delega n. 11 del 2016 (la quale negava in modo netto la possibilità di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive) si era rivelato in concreto inattuabile ed era stato pacificamente disatteso in relazione ad alcuni istituti che storicamente rinvencono nella normativa nazionale un livello di definizione piuttosto dettagliato e comunque superiore a quello proprio dell'Ordinamento UE (è sufficiente qui richiamare gli esempi della disciplina in tema di subappalto e di esecuzione del contratto).

³⁰ Il riferimento è all'articolo 1, comma 3 della l. 11 del 2016.

stesso momento, il che garantirà evidentemente tempi più rapidi per l'acquisizione dei pareri, ma – evidentemente - non ne garantirà adeguata qualità e ponderatezza.

Ora, se la divergenza dal tipico schema di acquisizione – per così dire – ‘seriale’ dei pareri risultava giustificato nel corso del 2016 (in ragione dei tempi strettissimi determinati dall'ingiustificabile ritardo nell'adozione della legge delega e dall'imminenza della scadenza del termine comunitario per il recepimento), non altrettanto può dirsi per ciò che riguarda l'iniziativa di delega attualmente *in fieri*.

In questo caso, infatti, non sussiste l'emergenza derivante dall'imminente scadenza del termine europeo e, conseguentemente, non sussistono le ragioni eccezionali che avevano giustificato – quasi tre anni or sono – la richiamata deroga al tipico ordine sequenziale di acquisizione dei pareri (una deroga che, come è del tutto evidente, sortisce effetti negativi sulle prerogative istituzionali e sulla piena *potestas decidendi* degli Organismi consultati e incide altresì in modo negativo sulla qualità stessa dell'attività consultiva e della normazione cui la stessa accede).

Degna della massima attenzione è poi la previsione del comma 4 il quale (in combinato disposto con la previsione di cui al comma 2, lettera c)) mira a re-introdurre nell'Ordinamento la figura del regolamento statale governativo unico.

Si tratta, come è ben noto, di un modello di regolazione subprimaria che aveva caratterizzato tanto il sistema della legge Merloni quanto quello del Codice de Lise e che, dopo essere stato frettolosamente sostituito con il diverso sistema di regolazione flessibile fondato sulla figura delle linee-guida (l. 11 del 2016, art. 1, comma 5), è stato prontamente riabilitato dal – quanto mai celere – giudizio della storia, sino ad indurre una parte cospicua degli osservatori ad invocarne a gran voce il ripristino.

Alla questione saranno dedicate alcune osservazioni nel paragrafo seguente. In questa sede ci si limita ad osservare:

- che, per quanto riguarda la tempistica di adozione del nuovo regolamento, il DDL delega in esame sembra ispirato da eccessivo ottimismo, prevedendo un termine di ventiquattro mesi il quale appare già molto breve laddove il *terminus a quo* venga fissato con l'entrata in vigore del CPV ('Codice prossimo venturo'), ma che risulterebbe francamente velleitario laddove il *terminus a quo* fosse invece fatto coincidere con quello di entrata in vigore della legge di delega;
- che il DDL delega (in modo senz'altro prudente, ma non ottimale nell'auspicata logica della razionalizzazione dei modelli normativi subprimari) riconosce la possibilità di far convivere il regolamento statale governativo di esecuzione e attuazione (da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 1 della l. 400 del 1988), con ulteriori e diversi regolamenti ministeriali da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3 della l. 400, cit., «per regolare specifici istituti o ambiti tecnici o necessitanti di periodica revisione»;
- che il comma 4 del DDL delega individua le principali materie sulle quali potrà incidere l'emanando regolamento. L'elenco delle (quattordici)

Il nodo della disciplina subprimaria: verso il ritorno al Regolamento unico

Spunti di particolare interesse in tema di disciplina subprimaria

materie in questione (che spazia dai compiti del responsabile del procedimento ai sistemi di qualificazione e realizzazione; dai requisiti dei concorrenti, all'affidamento all'esecuzione del contratto) risulta di particolare interesse in quanto testimonia l'attenzione prestata ad individuare materie che siano riconducibili ad ambiti di potestà legislativa esclusiva statale (articolo 117 secondo comma, Cost.), al fine di evitare la taccia di incostituzionalità per violazione del limite di cui al sesto comma del medesimo articolo 117³¹. E' qui importante osservare che le materie elencate nella disposizione in esame coincidono in massima parte con quelle già indicate nella previsione (caratterizzata da analoga finalità) di cui al comma 3 dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

6. Un ambito peculiare: il nodo della regolazione subprimaria

Ad avviso di chi scrive, in definitiva, sussistono numerose ragioni che dovrebbero indurre a guardare con la massima cautela all'ipotesi di integrale riscrittura del 'Codice' (sul punto ci si limita qui a rinviare alle osservazioni già svolte ai paragrafi 4 e 5).

Aspetti generali della questione

Un discorso diverso deve invece essere fatto per ciò che riguarda la disciplina subprimaria. In questo caso, al contrario, sembrano sussistere prevalenti ragioni per ritenere che il superamento dell'attuale sistema fondato sul modello delle linee guida non potrebbe che arrecare vantaggi al sistema nel suo complesso.

Prendiamo le mosse dalla *pars destruens* della questione.

Quando il vigente sistema di regolazione subprimaria fu concepito, i suoi ideatori si erano ispirati a un ideale tanto salvifico in astratto quanto irrealizzabile in concreto: quello di realizzare un codice composto di misure *snelle e autoesecutive*, sostanzialmente compiuto in sé stesso e per il quale gli atti di regolazione si limitassero a disciplinare aspetti meramente interstiziali, di dettaglio o di semplice chiarimento.

Profili critici connessi al sistema di regolazione subprimaria del D.lgs. 50/2016

Come si è altrove avuto modo di osservare³², la soluzione (semplice, autoevidente e certamente risolutiva) era sembrata al tempo quella di regolare il settore degli appalti e delle concessioni attraverso una disciplina primaria snella, autoesecutiva e 'per principi' e di demandare la disciplina sub-primaria ad atti di *soft-regulation* da parte dell'Autorità di settore (secondo una formula – quella della regolazione *soft* - tanto rassicurante quanto oscura e quindi destinata a riscuotere, almeno in prima battuta, immediati e generalizzati consensi).

I moniti di chi sottolineava che si trattava di un approccio velleitario rimasero inascoltati e furono tacciati come posizioni di retroguardia espresse dai fautori di un sistema di regolazione (quello basato sul desueto binomio '*norma*

³¹ Come è noto, infatti, ai sensi del sesto comma dell'articolo 117, Cost., «*la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia (...)*».

³² C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo codice*, cit.

primaria / regolamento) ormai in via di superamento nell'ambito dell'ordinamento vivente.

I fatti successivi hanno dimostrato che l'idea stessa del nuovo sistema di regolazione subprimaria fosse fondato su presupposti non corretti e che (declinato con coerente tenacia) avrebbe prodotto esiti non corretti.

Per ragioni di brevità ci si limiterà qui solo ad alcune notazioni.

Innanzitutto, il vero e proprio *mito della soft regulation* è molto difficilmente conciliabile con il settore degli appalti e delle concessioni e non fornisce a tale sistema (che intermedia circa il 16 per cento del PIL) un adeguato livello di certezza del diritto e di sicurezza negli scambi.

*Il mito
della soft regulation*

Se, ad esempio, in una gara con importo a base d'asta pari a svariati milioni di euro si discute se un requisito di partecipazione possa valere anche come criterio di valutazione, la risposta (che si riduce all'alternativa secca fra un *sì* e un *no*) deve essere necessariamente affidata a una prescrizione chiara e univoca e non può essere demandata a un mero monito di persuasione morale, in quanto tale demandato a uno strumento di regolazione flessibile.

La flessibilità non può infatti essere ammessa quando l'alternativa secca è fra una risposta affermativa e una negativa.

L'aspirazione ad istituire un livello di regolazione che coniughi la certezza propria delle fonti del diritto in senso classico e l'elasticità dei modelli basati sulla semplice *moral suasion* non poteva che indurre nell'ordinamento ulteriori ambiti di incertezza

L'esperienza dei primi due anni e mezzo circa di vigenza del D.lgs. 50 del 2016 lo ha confermato: le linee guida (predisposte dall'Autorità di settore con notevole impegno e professionalità ma con tutti i limiti propri dello strumento in quanto tale) per un verso si sono rivelate eccessive in termini numerici – in tal modo tradendo la finalità di complessiva semplificazione del sistema – mentre per altro verso hanno lasciato ancora non attuati importanti settori di disciplina, per i quali continuano a trovare applicazione le previsioni del d.P.R. 207 del 2010.

Ancora, la distinzione (resasi presto necessaria) fra le linee guida a carattere vincolante e quelle non vincolanti per un verso ha tradito in radice l'aspirazione all'istituzione di un modello di regolazione *soft* (qual è infatti il vero valore aggiunto di una linea guida vincolante rispetto a un classico regolamento?) mentre per altro verso ha introdotto nel sistema ulteriori frammentazioni nei modelli disciplinari.

Ed ancora, l'illuministica aspirazione alla realizzazione di un sistema più semplice e lineare di quello previgente ha paradossalmente prodotto una vera e propria *diaspora di modelli di regolazione* subprimari (un sistema popolato da linee guida vincolanti, non vincolanti e di contenuto – per così dire – 'misto', nonché da linee guida approvate con decreto ministeriale, da regolamenti ministeriali in senso tradizionale e da un certo numero di atti di fatto innominati e sostanzialmente atipici).

All'interno delle stesse linee guida dell'ANAC, poi, è spesso difficile distinguere dove finisca il mero richiamo (spesso parafrasato) della disposizione primaria di riferimento, dove inizi il contenuto vincolante della linea guida e quali indicazioni si collochino invece nel diverso ambito – non vincolante - della

*Aspetti di incertezza
connessi
allo strumento
delle linee guida*

regolazione flessibile (che è sempre consentita all’Autorità ai sensi dell’articolo 213, comma 2 del ‘Codice’).

Inoltre, è proprio l’eccesso di flessibilità dello strumento ad avere introdotto nel sistema ulteriori elementi di incertezza.

Basti qui pensare che in alcuni casi le linee guida dell’ANAC sono state già sottoposte a più interventi di modifica³³, in tal modo ponendo – nel caso di vicende a carattere intertemporale – problematiche nella ricostruzione del regime giuridico applicabile del tutto simili a quelle poste dai tipici modelli regolamentari.

Un ulteriore problema ha riguardato i termini per il completamento dell’assetto disciplinare subprimario: mentre infatti nel caso del classico modello regolamentare gli operatori sanno che, in un tempo più o meno lungo, disporranno di un testo unitario idoneo a disciplinare l’intero ambito subprimario di un certo settore dell’Ordinamento, al contrario nel caso delle linee guida l’opera di composizione del quadro disciplinare sta procedendo in modo sparso, con interventi ‘a singhiozzo’ (talvolta modificati anzitempo) e senza alcuna certezza circa il momento in cui il quadro complessivo sarà finalmente completato.

Passiamo quindi alla *pars construens* e alle conseguenti ipotesi di soluzione.

Ad avviso di chi scrive sarebbe possibile (e foriero di indubbi vantaggi per il sistema) limitare le iniziative normative in corso alla sola modifica del sistema di regolazione subprimaria (e di poco altro, concentrato su pochi settori-chiave), attraverso la reintroduzione del sistema del regolamento statale governativo unico che complessivamente aveva dato buona prova di sé sia nella vigenza della legge Merloni che del Codice de Lise.

Il lavoro fatto negli ultimi due anni e mezzo circa nella predisposizione delle linee guida non andrebbe perduto: si tratterebbe soltanto di ricavare il precipitato normativo (spesso molto consistente, altre volte decisamente ridotto) delle linee guida sinora emanate e di trasformarlo in proposizioni normative di carattere precettivo (in tal modo superando il carattere discorsivo di testi all’interno dei quali è sempre estremamente difficile desumere il precetto e separarlo dalle proposizioni di mero contorno).

Nelle more della predisposizione del nuovo regolamento unico, le linee guida attualmente esistenti potrebbero naturalmente restare in vigore e potrebbe anche procedersi all’emanazione di nuove linee guida (*scil.*: da trasfondere anch’esse all’interno dell’emanando regolamento unico).

Si potrebbe anche valutare la possibilità (peraltro già desumibile dal DDL governativo cui si è fatto cenno) di lasciar convivere in alcuni ambiti - del tutto delimitati - il regolamento unico e un limitato numero di regolamenti ministeriali da adottarsi ai sensi dell’articolo 17, comma 3 della l. 400 del 1988.

In un tempo complessivamente ragionevole si potrebbe dunque disporre

*L’auspicabile
ritorno
al regolamento
unico*

³³ Basti qui pensare al caso delle linee guida n. 4 del 26 ottobre 2016 sugli affidamenti sottosoglia che sono state già modificate una prima volta nel marzo del 2018 e che attualmente risultano sottoposte a un secondo procedimento di modifica.

- di una normativa primaria ormai piuttosto consolidata (e che dovrebbe essere preservata dalla tentazione di veri e propri sconvolgimenti) e
- di una normativa subprimaria finalmente unica, omogenea e completa.

7. Brevi considerazioni finali

Il nuovo ‘Codice dei contratti’ non è evidentemente un prodotto perfetto, né rappresenta un modello assoluto di chiarezza e linearità espositiva.

*Valutazioni
conclusive*

D'altra parte esso presenta taluni aspetti di indubbio interesse e non merita probabilmente tutte le critiche che gli sono state mosse nel corso del tempo. Esso, inoltre (sia pure con indubbie difficoltà), ha contribuito a superare alcuni rilevanti aspetti di criticità che avevano caratterizzato la previgente normativa di settore, contribuendo inoltre ad istituire un sistema disciplinare che, negli ultimi due anni e mezzo circa, ha mostrato un carattere di sostanziale stabilità (cosa piuttosto rara nella storia recente dell'Ordinamento nazionale).

Mettendo in comparazione i vantaggi che potrebbero derivare dall'abrogazione del Codice (con la sua integrale riscrittura) e gli svantaggi che inevitabilmente ne deriverebbero ancora per un periodo considerevole (soprattutto in termini di ulteriore incertezza per gli operatori), si ritiene che la prima di tali opzioni andrebbe profondamente rimeditata.

La stratificazione continua di disposizioni nuove (quand'anche di buona fattura) rappresenta di per sé un esercizio non ottimale di attività normativa e finisce inevitabilmente (a dispetto delle migliori intenzioni di chi le concepisce) per complicare ancor più il quadro normativo di riferimento, ponendo nuove e ulteriori problematiche di carattere interpretativo, di diritto intertemporale e di rapporto fra le fonti.

Inoltre, nell'operare il rapporto fra i costi e i benefici connessi all'adozione di riforme di settore di notevole impatto, il Legislatore dovrebbe comunque valutare l'orizzonte temporale in cui si collocano la disposizione che si intende abrogare e quella che si intende introdurre: nel caso della normativa in materia di appalti e concessioni per nessuna di esse tale orizzonte si presenta particolarmente lungo.

Il monito *corruptissima republica plurimae leges* viene spesso invocato (e a ragione) dai sempre numerosi fautori della semplificazione e della qualità normativa. Ma troppo spesso, insieme all'ansia di fare *tabula rasa* dei pregressi sistemi normativi, si impone la concomitante ed invincibile pulsione a rioccupare quei medesimi spazi disciplinari che l'opera di demolizione aveva appena liberato, arricchendoli e rendendoli più articolati – e quindi tortuosi –, in tal modo riproponendo i medesimi difetti dei sistemi poco prima criticati, ma interponendovi una defatigante opera di demolizione e ricostruzione.

L'obiettivo dichiaratamente – e condivisibilmente – perseguito nell'ambito delle più recenti iniziative normative (come si legge all'articolo 1, comma 1 del DDL di semplificazione di recente varato dal governo) è quello di «*garantire la certezza dei rapporti giuridici e la chiarezza del diritto [e di] ridurre gli oneri regolatori gravanti su cittadini e imprese*». Ma se questo è l'obiettivo,

probabilmente il mezzo migliore per conseguirlo non è quello di sostituire una norma (ritenuta) assiologicamente cattiva con una (ritenuta) assiologicamente buona, ma è piuttosto quello di consentire agli operatori di metabolizzare in un tempo adeguato le disposizioni esistenti, alla dottrina di operare il proprio lavoro interpretativo e alla giurisprudenza di chiarire i residui dubbi applicativi nei tempi necessari e senza accelerazioni di sorta.

Non tutte le epoche storiche si prestano all'opera di un Giustiniano e non ogni giurista di buona volontà può per ciò stesso sentirsi un Triboniano (nonostante per entrambi i ruoli le candidature siano sempre numerose).

In disparte, quindi, le considerazioni dinanzi svolte in tema di disciplina subprimaria, ciò di cui probabilmente il settore degli appalti e delle concessioni ha più urgente bisogno non è l'ennesima riforma epocale, quanto – piuttosto - una fase di sostanziale *tregua normativa* (accompagnata da pochi, puntuali interventi su alcuni settori-chiave) che consenta di raggiungere – sia pure attraverso un sistema non perfetto – un ragionevole livello di certezza e stabilità dei rapporti giuridici per un periodo di tempo adeguato.

Claudio Contessa
Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Gennaio 2019