

IGI

ITALIA VERSUS EUROPA

INTRODUZIONE

DEL PRES. PASQUALE DE LISE

LUMSA, 29 NOVEMBRE 2018

1. L'incontro di studio di oggi è importante, innanzitutto, per il contenuto, su temi accuratamente individuati dall'avv. Titomanlio, tutti collegati fra loro.

Vorrei segnalare, eventualmente per un prossimo convegno, un altro argomento, sempre in materia di affidamento di servizi pubblici: quello dei servizi legali, che dovrebbe interessare, *ratione officii*, molti degli ascoltatori.

Ve ne sarebbe anche un altro, oggetto di una recente sentenza della Corte di giustizia (Sez. V, 7 agosto 2018, in causa C-472/16, con nota di Perrino, che ho letto sull'ultimo numero del *Foro Italiano*, n. 10 del 2018), concernente l'affidamento di servizi per la gestione di una scuola di musica in Spagna.

L'incontro odierno è importante, inoltre, per il valore dei relatori che ci accingiamo ad ascoltare, tutti molto esperti della materia, che sicuramente affronteranno i temi loro affidati in maniera approfondita ed esauriente.

2. Desidero rivolgere un affettuoso saluto al presidente dell'IGI on. Zamberletti, che non ha potuto essere con noi di persona ma lo è idealmente.

Ho avuto la ventura di fare la sua conoscenza quasi 50 anni fa, agli inizi degli anni 70, quando ero al Ministero dei lavori pubblici quale Capo dell'Ufficio legislativo e poi quale Capo di Gabinetto, ed egli fu chiamato dal Governo ad esercitare le importanti funzioni di Commissario per il terremoto del Friuli e per quello dell'Irpinia, funzioni che svolse profondendo un grandissimo impegno, con efficienza e con equilibrio, nel rispetto delle competenze delle

autorità locali e con grande attenzione per le esigenze delle popolazioni colpite da quelle gravissime calamità.

Poi, negli anni 80, quale Ministro per la protezione civile costituì una guida politica sicura per quel delicato settore, che di una guida siffatta aveva – ed ha ancor più oggi – estremo bisogno, e poi, quale Ministro dei lavori pubblici, ebbe modo di prestare un forte sostegno ad una amministrazione dalle gloriose tradizioni ma soggetta ad una serie di eventi che venivano vissuti in modo negativo, come quello derivante dalla riduzione delle competenze statali in attuazione dell'ordinamento regionale.

In seguito, l'intuizione in virtù della quale siamo qui oggi: la creazione dell'IGI, configurato non tanto come una associazione sindacale di imprenditori, ma come un organismo di studio, di approfondimento e di ricerca in un settore in via di profonda trasformazione sotto almeno due profili: per effetto della nostra appartenenza alla Comunità europea (come si chiamava allora), nonché di circostanze patologiche (le vicende giudiziarie degli anni 90).

Proprio la personalità dell'on. Zamberletti – e quella del suo principale collaboratore, il Segretario generale avv. Titomanlio – hanno offerto la massima garanzia di indipendenza e di obiettività, sì che l'Istituto ha sempre costituito un supporto utilissimo – direi indispensabile - per il Parlamento e per il Governo, nonché per le strutture amministrative centrali e locali.

Nell'arco di questo lungo periodo io sono stato vicino all'IGI: ho partecipato a tanti convegni (l'ultimo, nel giugno scorso, presso il TAR del Lazio), sempre

su temi di grande attualità ed importanza; ho ascoltato proposte, ho fatto tesoro di suggerimenti, anche allorché esercitavo funzioni di una certa rilevanza, ma non mi sono mai sentito influenzato, e tanto meno condizionato, dalla vicinanza all'Istituto e ai suoi vertici.

Si deve quindi essere riconoscenti all'on. Zamberletti e all'avv. Titomanlio per quanto hanno fatto per questo delicato e importante settore. Mi piace concludere questo saluto richiamando il titolo di una intervista del pres. Zamberletti, che rispecchia il suo programma alla guida dell'IGI: "Meno energivore, più redditive e frugali. Queste sono le infrastrutture del futuro".

3. Ora, qualche cenno di carattere generale.

È nota a tutti l'importanza che – nel mondo del diritto amministrativo come in quello dell'economia – rivestono i contratti pubblici che, con riguardo in particolare agli appalti, hanno formato oggetto di una disciplina risalente alla L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, che dal settore delle opere pubbliche si è estesa a materie affini (servizi e forniture), con una serie di leggi speciali (alcune molto importanti, come la legge di contabilità di Stato del 1923), fino a subire una svolta di grande rilievo a seguito dell'intervento del diritto europeo, con le direttive n. 304 e 305 del 1971, con le n. 17 e 18 del 2004 e, infine, con le n. 24, 25 e 26 del 2014, tutte oggetto di recepimento nel nostro ordinamento, rispettivamente con la L. 8 agosto 1977, n. 584, recante norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici

alle direttive della Comunità economica europea; con il D. Lgs. 12 aprile 2001, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) e, infine, con il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Disciplina dei contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione).

Va, pertanto, riconosciuto il ruolo determinante svolto dal diritto europeo, ispirato ad una visione "sostanzialistica" dei rapporti giuridici, in virtù della quale l'esigenza di una compiuta realizzazione delle libertà economiche e dei diritti sanciti dai Trattati, dalle direttive, dai regolamenti, nonché dalle decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, è destinata a prevalere su alcune consolidate costruzioni e categorie giuridico-formali del nostro ordinamento ed ha condotto ad una "ridislocazione" delle sfere tradizionali del pubblico e del privato. Si è quindi al cospetto di una situazione in cui le dinamiche dei rapporti di natura pubblicistica non si esauriscono nella dialettica autorità-libertà come un tempo, ma si sviluppano alla ricerca di un equilibrio plurale tra potere pubblico, poteri privati, libertà, autonomia, sussidiarietà, concorrenza e mercato.

Si sono così determinate forme di commistione e di ibridazione che hanno indotto taluni addirittura a negare la permanenza della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Il che, a mio avviso, è un errore, perché è ancora valida, dopo quasi un secolo, l'affermazione del prof. Pugliatti, secondo il quale

l'esigenza razionale del diritto come ordinamento riposa proprio sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato; tale distinzione esiste ed esisterà sempre, ma va ora considerata su basi diverse, con differenti criteri, nella continua dinamica dei termini pubblico e privato.

È quello che si è verificato nel passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore, da un lato con l'arretramento e dall'altro con l'avanzamento del pubblico, fino a giungere alla ricomposizione del sistema su basi diverse.

4. Questa situazione si riflette sulla codificazione.

I codici della tradizione europea, primo fra tutti il *Code Napoléon*, erano inseriti nel "mondo della sicurezza"; essi non miravano semplicemente a riformare nel segno della continuità il diritto preesistente, bensì ad una ripianificazione complessiva dell'intera società attraverso il riordino integrale del sistema normativo.

Poi è subentrata la "decodificazione", teorizzata, alla fine degli anni 70 del secolo scorso, dal prof. Irti.

Pur essendo i tempi attuali quelli dell'incertezza (noi viviamo – si dice – nella "società dell'incertezza"), tuttavia, anche questa ha bisogno di una regolazione, se non altro per contrastare il rischio di disgregazione, che è proprio di essi.

È stata abbandonata l'idea regolativa totalizzante dei codici della tradizione ottocentesca e ad essa si è sostituita l'esigenza di discipline sistematicamente organizzate in una pluralità di testi normativi specifici. All'inizio di questo

secolo è iniziata la stagione dei c.d. codici di settore (proprietà industriale, consumatori, assicurazioni, amministrazione digitale, privacy ed altri), sui cui schemi ha espresso il parere la Sezione per gli atti normativi del Consiglio di Stato che io allora presiedevo.

I codici di settore si pongono non in continuità, ma in un certo senso in contrapposizione, con l'esperienza della codificazione tradizionale, portando a compimento l'operazione di decodificazione. Essi non segnano il ritorno alla forma storica del codice, ma appartengono alla logica della decodificazione.

Il che, poi, da un punto di vista generale, corrisponde all'affievolimento della prevalenza del potere politico, che aveva portato alla codificazione generale, e all'avanzata del potere economico, che conduce, appunto, alla codificazione per settori, per frammenti, per microsistemi, la quale, abbandonata la prospettiva unificante – inidonea a governare la complessità propria dei nostri tempi -, viene utilizzata per costruire regimi limitati e parziali.

4.1. In questa prospettiva vanno inquadrati i codici dei contratti pubblici: sia quello del 2006 che l'attuale del 2016.

La normativa che si era succeduta dal 1865 aveva dato luogo ad una disciplina complessa, con provvedimenti non adeguatamente coordinati, che provocavano spesso un contenzioso di non agevole soluzione.

Proprio con il recepimento, peraltro doveroso, della normativa europea si è tentato di porre riparo a questa situazione, determinata, peraltro, anche da

fattori di carattere generale, che purtroppo perdurano tuttora, riferibili alla legislazione, all'amministrazione, alla politica, e anche alla giustizia.

4.2. La disamina di ciascuna di queste cause richiederebbe una specifica trattazione che non è possibile compiere in questa sede; nondimeno, ad esse va fatto almeno un rapido cenno.

Un primo gruppo attiene alla legislazione: la produzione normativa diviene sempre più imponente, creando un diritto ricco di norme ma pressoché privo di principi; viene di solito adottata una tecnica legislativa del tutto inadeguata, con l'uso di rinvii a leggi precedenti, di sostituzione di articoli o di commi, di ripetizioni e di deroghe; in contrasto con i più elementari principi della *better regulation*, le leggi sono irragionevolmente dettagliate o irragionevolmente lacunose, rimettendo ad atti successivi, legislativi o regolamentari, che sovente non vengono poi emanati, o lo sono con grave ritardo, la definizione di aspetti rilevanti; per non parlare delle leggi *omnibus*, disordinate e disomogenee nei contenuti, o delle leggi-provvedimento, che intervengono direttamente su specifici atti o rapporti giuridici ("la legalità usurpata da legislatore", è stato detto).

L'ipertrofia, la parcellizzazione e la cattiva qualità della normativa finiscono per provocare un grave *vulnus* alla certezza del diritto. Le innumerevoli disposizioni sono sempre meno conosciute, applicate, osservate, sanzionate. Il

“diritto inconoscibile” impedisce il calcolo economico, pregiudica le aspettative, blocca o ostacola gli investimenti e la loro convenienza.

Per modernizzare il Paese è indispensabile una radicale semplificazione legislativa, che riduca la pleora delle leggi vigenti (si tentò di farlo con un decreto-legge, detto “taglialeggi”, ma purtroppo senza successo), mentre è sempre più diffusa la convinzione che il venir meno di tante leggi inutili o eccessivamente complesse potrebbe liberare molte risorse e energie nel Paese, anche a costo zero.

4.3. Un secondo gruppo di cause concerne la pubblica amministrazione e il suo operare.

È sotto gli occhi di tutti la condizione in cui versa la pubblica amministrazione italiana: il problema di fondo è quello di una cultura amministrativa che si evolve molto meno rapidamente di quanto sarebbe necessario, anzi regredisce, e che quindi andrebbe rimodernata (si parla, proprio in questi giorni, di un ennesimo disegno di legge governativo che dovrebbe contenere misure per la semplificazione e contro l'eccesso di burocrazia).

La incultura politico-amministrativa si riflette sulla classe dirigente, tanto che è diffusa la sensazione che l'amministrazione non sia in grado di far fronte con un servizio adeguato alle esigenze del sistema produttivo e dei cittadini. Questi, nelle democrazie moderne, non si accontentano più di atti formalmente ossequiosi di leggi e regolamenti, ma si chiedono se essi sono davvero utili,

rispondenti allo scopo o se invece impongono oneri non necessari: occorre tendere alla prevalenza della legalità sostanziale su quella meramente formale. Inoltre, le numerose riforme degli ultimi decenni non hanno prodotto risultati apprezzabili. Se da una parte si semplifica, dall'altra si introducono nuovi appesantimenti procedurali: è emblematico il caso della conferenza dei servizi, che da strumento di semplificazione si è trasformata molte volte in una negoziazione infinita, mentre soltanto recentemente è stato introdotto nel nostro ordinamento un istituto di semplificazione e di accelerazione, simile al *débat public*, da molti anni operante con successo in quello francese.

Un discorso analogo può farsi per le liberalizzazioni, consistenti nella eliminazione degli oneri amministrativi (limiti numerici, autorizzazioni, licenze, atti di assenso preventivo, *etc.*), al fine di evitare che i ritardi o l'inerzia dell'amministrazione costituiscano un ostacolo all'avvio di attività economiche, nonché per quegli istituti che, con modalità diverse, equiparano l'inerzia al permesso di esercitare l'attività (silenzio assenso, s.c.i.a., *etc.*).

Al riguardo deve peraltro considerarsi, da un lato, che le semplificazioni e le liberalizzazioni non possono comportare l'indebolimento della protezione degli interessi pubblici in settori essenziali e, dall'altro, che, soprattutto quando si tratti di operazioni importanti, chi investe vuole la certezza, per quanto possibile, di una determinazione espressa.

Occorre quindi il coraggio di riformare, anche radicalmente, passando da un'amministrazione "di procedure" ad un'amministrazione "di risultati" (al

riguardo va richiamato il modello francese dell'amministrazione di missione), avendo peraltro presente che si deve operare per avere un'amministrazione migliore, ma non si può non avere una pubblica amministrazione, perché essa svolge una funzione imprescindibile: quella di assicurare l'interesse generale della collettività contro le spinte egoistiche esistenti nella società. Una forte ed efficiente pubblica amministrazione è la condizione necessaria perché vi sia un autentico Stato di diritto, senza il quale non vi è una vita civile ordinata e non vi può essere neanche progresso sociale ed economico.

4.4. Il terzo gruppo di cause riguarda la politica e i suoi difficili rapporti con la giustizia: si avverte sempre più una sorta di insofferenza per il controllo da parte del giudice – ordinario, amministrativo e anche del giudice delle leggi, la Corte costituzionale -, che in realtà è una insofferenza per la cultura della legalità.

Considerare le sentenze come una “spada di Damocle”, affermare che l'immobilismo in cui versa l'Italia è “il frutto avvelenato dell'eccessivo potere di veto delle oligarchie giuridico-amministrative” significa obliterare che i controlli – e, in particolare, quelli giurisdizionali – sono elementi essenziali del sistema democratico e dell'efficienza delle istituzioni.

Il nostro assetto istituzionale è fatto di pesi e contrappesi; se un peso si sbilancia provoca inevitabilmente una reazione a catena degli altri. Allora, correggere questi sbilanciamenti, da parte del giudice, in nome e a tutela della legalità e in

spirito di reciproco rispetto e di leale collaborazione fra i poteri dello Stato, non significa invadere il campo della politica, ma soltanto evitare che siano alterati equilibri che debbono essere regolati dal diritto e non da scelte politiche, che implicano l'assenza di criteri oggettivi di valutazione e possono condurre all'arbitrio, contro il quale proprio il giudice (e in particolare il giudice amministrativo) ha tentato di fare da argine fatto da argine nel nostro Paese in diverse epoche storiche (al riguardo è significativa l'applicazione, da parte del Consiglio di Stato, delle leggi razziali del 1938).

Per altro verso, non si può non segnalare la tendenza – indice di disagio istituzionale – a giurisdizionalizzare conflitti che hanno un'alta valenza politica o sociale, per la cui soluzione sarebbero più appropriate sedi diverse da quelle di un tribunale (o, per usare le parole di un presidente della Corte costituzionale, “scaricando sul potere giudiziario decisioni che il potere politico non riesce a prendere”).

4.5. Quanto alla giustizia, è unanimemente riconosciuta l'esigenza di intervenire sull'efficienza di essa, afflitta in Italia da numerose disfunzioni, prime fra tutte la durata dei processi e la massa delle controversie pendenti. È questa un'autentica emergenza che arreca un pregiudizio gravissimo all'economia, diffondendo incertezza fra gli operatori, scoraggiando gli investitori esteri e minando la reputazione del Paese.

Occorrono, pertanto, rimedi seri e tempestivi, perché uniformità, stabilità e certezza nell'applicazione delle norme sono gli architravi di una giustizia affidabile, che può assicurare il rendimento degli investimenti, generare fiducia in tutti gli attori del sistema economico, promuovere la concorrenza e rimuovendo gli ostacoli all'ingresso di nuove imprese.

Il problema principale è quello dei tempi dell'amministrazione e del processo. Con riguardo ai primi, deve osservarsi che il tempo va considerato come un autentico "bene della vita" e che l'amministrazione ha bisogno di tempo per provvedere – di un tempo congruo ma ragionevole, ovviamente –, perché sull'altare della rapidità non possono essere sacrificati i principi e gli istituti dello Stato di diritto.

Deve, comunque, rilevarsi che, soprattutto in campo amministrativo, i ritardi (almeno di solito) non sono addebitabili al processo e al suo giudice (proprio nella materia degli appalti la durata del processo è ragionevolmente contenuta), ma si collocano a monte, nella durata, spesso abnorme, che impiega l'amministrazione per adottare le sue determinazioni.

4.6. Il sistema giustiziale deve essere migliorato anche dall'interno (e almeno in parte lo è già stato): basti pensare al codice del processo amministrativo, fortemente voluto dal Consiglio di Stato, superando molti ostacoli interni ed esterni, la cui adozione ha costituito di per sé un fattore di semplificazione con

l'attribuzione di organicità e di sistematicità ad una normativa risalente nel tempo, a volte lacunosa e con molteplici difetti di coordinamento.

Il codice, per il quale la redazione del testo base fu affidata dal Governo ad una Commissione speciale del Consiglio di Stato composta da magistrati amministrativi e ordinari e da esponenti dell'Accademia e del Foro, è valso a sancire positivamente il nuovo ruolo della giurisdizione amministrativa, affermandone - anche a livello simbolico, con la dotazione di un proprio codice processuale - la pari dignità rispetto a quelle civile e penale.

L'emanazione del codice, già apparsa indispensabile in passato, era divenuta indilazionabile dopo i rilevanti mutamenti verificatisi sul piano istituzionale, organizzativo e dell'attività della pubblica amministrazione, che avevano avuto per protagonisti il legislatore costituzionale (in particolare, la riforma del titolo V della parte II della Costituzione e il nuovo art. 111) e quello ordinario, nonché la giurisprudenza della Corte costituzionale e delle altre Corti supreme nazionali, con l'influenza determinante del diritto europeo e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché delle pronunce delle relative Corti.

La codificazione rappresenta non tanto un "punto di arrivo" ma un "punto di partenza": non è venuta meno la forza creatrice della giurisprudenza amministrativa - come alcuni temevano -, il che è dimostrato dalle decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato successive all'entrata in vigore del codice, che hanno dato luogo ad un sistema giustiziale sempre più idoneo

ad incidere sulla funzione amministrativa per garantirne la legalità e la correttezza e a tutelare le aspettative e le pretese dei cittadini.

Il codice è valso a risolvere una serie di questioni, che non potevano continuare ad essere affidate esclusivamente alla giurisprudenza, fra le quali mi limito a ricordare: la inderogabilità della competenza territoriale, che evita la cattiva pratica della proposizione di ricorsi dinanzi ad un giudice incompetente (c.d. *forum shopping*); la più organica disciplina dell'azione cautelare (che prevede, fra l'altro, la generalizzazione della tutela *ante causam*) e quella del giudizio di ottemperanza; il principio della pluralità delle azioni. E ancora, la implementazione dei mezzi istruttori, l'estensione della tipologia dei giudizi da definire con sentenze in forma semplificata, la rinnovata disciplina dei riti speciali e la creazione di quelli superspeciali (importanti, per la loro celerità, soprattutto nelle controversie economiche, come quelle concernenti gli appalti), il processo telematico, le misure per l'abbattimento dell'arretrato, la nuova disciplina delle spese processuali, con l'attribuzione al giudice del potere di condannare al pagamento di una somma la parte soccombente che abbia agito o resistito temerariamente; il principio di sinteticità degli atti alla cui osservanza sono tenuti sia il giudice che le parti (artt. 3 e 26 c.p.a.); l'obbligo per il giudice di motivare ogni provvedimento decisorio e di superare la prassi dell'assorbimento dei motivi (ammissibile soltanto quando dall'esame delle altre censure non potrebbe derivare alcuna utilità per il ricorrente).

Molti aspetti della nuova disciplina sono diretti ad evitare, valorizzando le regole della buona fede, il c.d. abuso del processo: più volte ho ricordato che la giustizia va considerata una risorsa, come tale non illimitata, per cui di essa va fatto un uso accorto.

Sul versante opposto, si colloca l'esigenza che la "giustizia non diventi un bene di lusso", "un privilegio dei ricchi", che il contenzioso diminuisca non in virtù del miglioramento della legislazione e dell'azione amministrativa, nonché dell'applicazione di "buone pratiche" o del mutamento di mentalità e di cultura dell'amministrazione, ma per effetto della *spending review* e, in particolare, dell'aumento del contributo unificato. Infatti, come è stato osservato, la "fuga dalla giustizia è uno dei peggiori sintomi di degrado di un ordinamento democratico".

Su un piano diverso, ma sempre nella prospettiva della accelerazione e della deflazione del contenzioso, un apporto rilevante potrebbe aversi ove fosse ampliata la utilizzabilità delle tecniche di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. È evidente, infatti, come la previsione delle ADR, promossa anche dall'Unione europea e ammissibile in relazione all'esercizio di vari settori dell'attività amministrativa, anche autoritativa, potrebbe costituire un efficace filtro per il processo amministrativo (sul tipo della mediazione nel processo civile), sempre che sia garantito che la decisione avvenga in modo del tutto autonomo rispetto alle ragioni delle parti, ad opera di soggetti indipendenti

e imparziali. A tal fine sarebbe senz'altro opportuna l'emanazione di un apposito provvedimento legislativo.

5. Fra tutte le soluzioni proposte per fronteggiare la crisi devono essere privilegiate quelle che considerano la giustizia come un servizio, da migliorare, e non quelle che guardano ad essa come all'esercizio di un potere, da rafforzare; in questa ottica occorre mirare a due obiettivi: la tempestività dell'erogazione del servizio e la "utilità" della risposta giurisdizionale.

Si deve fare di tutto perché le decisioni assicurino indirizzi univoci; operino una semplificazione giurisprudenziale della complicazione legislativa; valorizzino il tradizionale ruolo di guida e di impulso nei confronti di una pubblica amministrazione lenta e complessa; costituiscano, in sintesi, tenuto conto della loro incidenza sul piano economico e sociale, un fattore di sviluppo e di competitività, di crescita e di modernizzazione del Paese.

Trattasi di obiettivi non facili da raggiungere; ma proprio per questo i giudici debbono essere aperti al contributo prezioso che proviene da coloro che, in varie occasioni, ho chiamato "i nostri inseparabili compagni di viaggio": i colleghi delle varie Magistrature e i rappresentanti dell'Accademia e del Foro. Insieme abbiamo condiviso i grandi processi di riforma e le problematiche della loro messa a regime: la redazione del testo del codice del processo amministrativo da parte di una Commissione speciale del Consiglio di Stato, composta anche da questi soggetti, ne costituisce la prova. Il contributo degli

avvocati nel processo e la produzione scientifica della dottrina hanno spesso indicato alla giurisprudenza strade nuove e suggestive.

Va al riguardo sottolineato che la cultura della giurisdizione è patrimonio non esclusivo dei giudici ma, nella sua più alta nobiltà, di tutti gli operatori di giustizia; e guai se, per converso, questa cultura venisse avvertita dalla Magistratura (come purtroppo talvolta accade) in senso autoreferenziale, come avulsa dalla complessiva cultura delle istituzioni.

6. Tornando ai codici dei contratti pubblici, oltre a richiamare quanto già osservato con riguardo, in generale, ai codici di settore, va ribadito che, per la loro emanazione, vi è stato un *input* particolare, derivante proprio dal diritto europeo e, in particolare, dalle direttive citate in precedenza.

Con riferimento a quelle del 2004 la Commissione istituita dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che io presiedevo, compì (o tentò di compiere) un'operazione direi ardita: nel senso che il codice che fu emanato nel 2006, oltre a recepire le direttive, provvide a "recuperare" tutta (o quasi) la normativa esistente nel settore, inserendola nello stesso, dando così luogo ad un unico *corpus* normativo. Fu sollevato qualche dubbio in ordine ad un ipotizzato eccesso di delega, ma il codice fu emanato e produsse risultati di chiarezza e di stabilizzazione senz'altro positivi.

A distanza di circa dieci anni, con il codice del 2016 si è tentato di compiere un'operazione analoga, recependo le nuove direttive e inglobando la normativa sopravvenuta e i principi affermati dalla giurisprudenza nazionale ed europea.

D'altra parte, il Parlamento continua ad operare nella materia, il che si spiega perché essa è "fluida" e quindi bisognosa di continui interventi ed aggiustamenti, per cui una stabilizzazione duratura – per non dire definitiva – della disciplina è pressoché irrealizzabile (all'attuale codice, vigente da soli due anni, sono state già apportate numerose modifiche).

Ricordo che è in corso, presso l'8^a Commissione – lavori pubblici e comunicazioni – del Senato, una indagine conoscitiva sull'applicazione del codice dei contratti, con l'audizione dei rappresentanti delle categorie interessate, i cui risultati potranno condurre ad ulteriori modifiche.

A questo riguardo ho letto recentemente che al Presidente del Consiglio è stato consegnato un dossier contenente oltre 2000 mail di suggerimenti per snellire il codice, al fine di sbloccare l'Italia con riforme che incidano in modo strutturale sulla crescita del Paese.

Viene ipotizzata, fra l'altro, l'istituzione di una "cabina di regia" a Palazzo Chigi, al fine di monitorare lo stato di avanzamento delle opere, di controllarne il possibile degrado e di eseguire una costante valutazione dei costi-benefici; va rilevato, peraltro, che questo nuovo organismo finirebbe per sovrapporsi alla Struttura tecnica di missione, già esistente presso il Ministero delle infrastrutture, il quale – come è stato detto – sarebbe "posto sotto tutela".

In un documento consegnato dal presidente Conte al presidente della Commissione europea Juncker sono indicate le misure ipotizzate dal Governo per favorire la crescita; fra queste riveste un ruolo importante la riforma del codice dei contratti, con la creazione di una Centrale di progettazione delle opere pubbliche coordinata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri (il Presidente del Consiglio ha preannunciato la presentazione “nei prossimi giorni” di un disegno di legge di delega per la riforma del codice degli appalti). Altri, invece, ritengono che il codice vada bene così come è, soprattutto sul piano della trasparenza e della lotta alla corruzione. Ora è chiaro che queste sono finalità che vanno senz’altro perseguite, e al riguardo è molto importante l’attività di prevenzione, ma non mi sembra condivisibile la prassi che si va diffondendo, secondo cui l’amministrazione, prima di emanare un bando, chiede il beneplacito (o anche solo un parere) dell’ANAC, che così finisce per divenire *dominus* della vicenda contrattuale, in contrasto con i principi istituzionali fondamentali del nostro ordinamento (allora, perché non anche della Procura della Repubblica, della Corte dei Conti o del CNEL?).

Da parte di alcuni si è proposto di abrogare il codice, e di fare riferimento in via esclusiva alla disciplina contenuta nelle direttive, in quanto *self-executing*, ossia direttamente applicabili nell’ordinamento interno.

Anche tale tesi, a mio avviso, non è condivisibile. Come è noto, le direttive, al contrario dei regolamenti europei, non sono di solito *self-executing*, nel senso che necessitano del recepimento da parte degli Stati membri, i quali, per alcuni

aspetti, hanno una competenza propria, almeno concorrente, che non può essere sostituita da quella degli organismi europei (basti pensare alla tutela giurisdizionale).

Peraltro, le direttive possono contenere disposizioni vincolanti *ex se* (ossia anche in mancanza di recepimento) per gli Stati membri, i quali sono tenuti ad applicarle *tel quel*; ma contengono anche non poche disposizioni che forniscono agli Stati stessi un “ventaglio di strumenti” che consentono la flessibilità necessaria per conformare, alla stregua dei principi di adeguatezza e di proporzionalità, gli istituti alle diverse situazioni, con la possibilità di integrare la normativa europea con quella nazionale, in modo da rendere l’intero sistema il più efficiente possibile.

Ciò vale, ad esempio, per le procedure di aggiudicazione, per le quali, oltre a quelle di base (procedure aperte, ristrette e negoziate), gli Stati possono prevedere, a determinate condizioni, la procedura competitiva con negoziato con pubblicazione, il dialogo competitivo, il partenariato per l’innovazione, gli appalti semplificati per le autorità regionali e locali, i criteri di scelta per i servizi sociali, sanitari e scolastici (che hanno una dimensione solo limitatamente transfrontaliera), i pagamenti diretti ai subappaltatori, la individuazione di un’unica autorità nazionale di vigilanza e la collaborazione della stessa con quella degli altri Stati, e così via.

Il recepimento, pertanto, è necessario e deve avvenire con provvedimenti che non siano limitati alla mera trasposizione delle direttive (ossia alla loro

traduzione nella lingua italiana), ma che possano avere carattere innovativo, con i quali lo Stato eserciti la propria facoltà di scelta negli spazi affidatigli dalle direttive.

Inoltre, dal punto di vista pratico non credo che sia di pregiudizio per la chiarezza del sistema la commistione della disciplina europea con quella interna che continua ad essere emanata dagli Stati membri, per cui, a mio avviso, il recepimento va comunque disposto.

7. In conclusione - mi sia consentito dirlo, non fosse altro che per la mia ultraquarantennale esperienza sul campo - nel nostro sistema, che è fisiologicamente, ma, purtroppo, spesso anche patologicamente complesso, il giudice amministrativo, nell'esercizio del suo sindacato a tutela dei privati nei confronti della pubblica amministrazione, finisce per essere uno dei protagonisti.

Come ho già accennato, con le sue pronunce, ma anche con i modi e i tempi del suo processo, egli può apportare un contributo di semplificazione e può favorire l'attuazione e l'accelerazione dei cambiamenti. Se il ruolo del giudice è quello di interpretare un sistema complesso, il suo servizio principale consiste nel fornire dei punti di riferimento di coerenza e di chiarezza.

Questo ruolo del giudice amministrativo - che si inserisce nel solco di una tradizione ultracentenaria - si colora di profili di novità proprio a causa della complessità del sistema nel quale egli si trova ad operare.

Nell'attuale quadro evolutivo, l'attenzione, al di là delle specifiche pronunce e dei singoli concetti giuridici, va centrata sul "servizio" reso dalla giustizia amministrativa: quello di fornire una tutela effettiva, rapida, piena, soddisfacente. Perché l'efficienza del processo è un bene enucleabile direttamente dai principi costituzionali che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Questa efficienza costituisce, a mio avviso, il vero "prestigio" della magistratura amministrativa, in un sistema democratico in cui il prestigio non è correlato all'esercizio della funzione, ma al modo con il quale essa si esercita.

Il professor Cassese ha rilevato che in un mercato come quello della giustizia, che è regolato dall'offerta, la domanda di giustizia amministrativa si è moltiplicata proprio grazie alla qualità dell'offerta fornita.

Le pronunce del giudice amministrativo hanno contribuito a modificare la concezione del potere pubblico ed a rafforzare la tutela del cittadino. Con un impatto che è ancora più rilevante dei principi e degli istituti giuridici che vengono applicati, e che tocca l'essenza dell'economia, della vita sociale e della democrazia.

Ciò mi porta a condividere l'affermazione di un Primo Presidente della Corte di Cassazione, secondo cui "il miglior giudice, di cui la società ha sempre auspicato di poter disporre, è quello la cui cultura è illuminata dal buon senso, dalla disponibilità all'ascolto, dalla professionalità non disgiunta dal coraggio e dalla volontà di lavorare al servizio dei cittadini".

Il riferimento a valori così profondi, che accompagnano il lavoro dei giuristi e dei giudici, mi induce a concludere citando un suggerimento contenuto nei “Frammenti del dizionario giuridico” che Santi Romano, sommo giurista e presidente del Consiglio di Stato per circa venti anni, rivolgeva “a certi giuristi”: “Il giurista non deve compiacersi e innamorarsi troppo delle sue speculazioni, né proseguirle sempre e inesorabilmente dove la logica permette il gioco delle deduzioni e induzioni, giacché tali speculazioni hanno un limite che non bisogna oltrepassare e che è segnato dagli scopi pratici e concreti cui esse debbono mirare: proseguirle al di là può essere non solo inutile, ma pericoloso”.