



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
UNIVERSITÀ DEL SALENTO

NUOVA SERIE

38

L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA NELLA PROSPETTIVA DEL CAMBIAMENTO: IL CODICE DEI CONTRATTI E LA RIFORMA MADIA

Atti del Convegno di Lecce del 28-29 ottobre 2016

per cura di

PIER LUIGI PORTALURI

scritti di

**A. BARONE, L. CARBONE, F. CINTIOLI, M. CLARICH, G. CORAGGIO,
R. DE NICTOLIS, L. FERRARA, G. LATTANZI, L. MARLOTTI, B.G. MATTARELLA,
M. MAZZAMUTO, G. MONTEODORO, A. PASCA, A. POLICE, F. RISSO,
M.A. SANDULLI, L. SPAGNOLETTI**



Edizioni Scientifiche Italiane

71/17127/7

Questo volume, provvisto del tagliando a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

ISBN 978-88-495-3447-4



€ 35,00

L'Amministrazione pubblica
nella prospettiva del cambiamento:
il codice dei contratti
e la riforma Madia

ESJ

MARCELLO CLARICH

Il tema della Tavola rotonda ci pone nella necessità di confrontare la nostra tradizione giuridica di diritto amministrativo con quelli che sono gli stimoli e gli impulsi del diritto europeo.

Risalendo alle origini, occorre far riferimento all'esperienza francese e tedesca, con le quali ci siamo sempre rapportati fin dalla fine dell'Ottocento.

Il primo modello è la tradizione francese del *Conseil d'État*, il fratello maggiore d'oltralpe del Consiglio di Stato, con la cultura del diritto giurisprudenziale della *souplesse*, delle motivazioni sintetiche e dell'attività di stretto collegamento con la funzione politico-governativa che caratterizza quel modello.

L'altro modello è quello tedesco, maggiormente improntato alla cultura delle regole, allo Stato di diritto (*Rechtsstaat*), e all'idea di un'amministrazione con una burocrazia forte e professionale della quale Max Weber è stato il maggior interprete. Il grande sociologo tedesco, incentrandosi sul rapporto tra burocrazia ed economia, un tema particolarmente attuale, ha sottolineato che nessuno Stato forte può essere privo di una burocrazia efficiente, stabile e che sappia gestire i problemi della collettività all'interno di una cornice di regole, ma anche che il sistema burocratico debba essere capace di dare certezza e stabilità ai rapporti giuridici.

Ciò in quanto, secondo Weber, il capitalismo si regge sul calcolo economico, che richiede la prevedibilità delle decisioni dell'amministrazione da parte dell'imprenditore. Pertanto la macchina amministrativa deve consentire all'imprenditore che vuole realizzare progetti di lungo periodo di effettuare il calcolo di convenienza.

In questa direzione si pongono, per esempio, i limiti temporali appena introdotti per l'annullamento d'ufficio attraverso una modifica alla l. n. 241 del 1990, volti a dare stabilità e certezza ai rapporti tra cittadino, impresa e pubblica amministrazione.

Dalla cultura tedesca, l'Unione europea e, indirettamente, l'Italia hanno attinto anche il modello ordoliberal dell'economia sociale di mercato. Questa dimensione, prettamente nazionale soprattutto nella Germania del primo dopoguerra, in qualche modo è stata inserita sempre di più nel contesto della Costituzione europea.

Ciò è accaduto fondamentalmente in due momenti: il primo è l'istituzione della Banca centrale europea, con l'accentramento della politica monetaria, e della moneta unica, quando la cultura tedesca della stabilità, incardinata nella Costituzione, è stata recepita nel modello europeo; il secondo è quello legato all'Europa delle regole, molto rigorose, del *Fiscal compact*, cioè dei problemi derivanti dal vincolo di bilancio e dai limiti all'indebitamento, che hanno determinato una certa rigidità che proprio in queste settimane si sta manifestando nei rapporti tra il nostro Governo e le istituzioni europee che si sono profondamente incardinate in quel modello.

Date queste premesse, che illustrano le varie anime della Costituzione europea – la quale nasce prima di tutto come costituzione economica, avendo sempre avuto al centro le libertà economiche – vanno determinate le ricadute del modello "europeo" sui paradigmi del diritto amministrativo italiano e sulla nostra tradizione giuridica.

Una prima nozione che viene dall'esperienza del codice dei contratti pubblici, e in generale dalle direttive europee recepite nei decenni scorsi, consiste nell'idea che la discrezionalità, la buona discrezionalità, è un valore da perseguire.

La nostra tradizione in materia di contratti pubblici è sempre stata quella del formalismo, della rigidità, dei meccanismi automatici di aggiudicazione e di esclusione e sono note le fri-

zioni che si sono verificate su questo punto nei decenni passati, anche con fondamentali pronunce della Corte di giustizia.

Ebbene, il nuovo codice opera una scelta precisa: la buona discrezionalità è considerata un valore fondamentale dell'impianto, nel giusto equilibrio tra rigidità e flessibilità che deve essere riconosciuta anche alla stazione appaltante.

E questo è ancora un elemento difficile da metabolizzare nella nostra cultura giuridica amministrativa. Vi è la necessità di trovare sistemi che accettino la discrezionalità come valore positivo ma che, accanto alla discrezionalità, introducano e facciano valere il principio di responsabilità con controlli efficaci nel caso in cui gli esiti dell'esercizio della discrezionalità diano dei risultati non positivi.

È un punto su cui c'è molto lavoro ancora da fare e anche la giurisprudenza amministrativa sta lentamente entrando in quest'ordine di idee, abbandonando criteri più formalistici, ad esempio in tema di soccorso istruttorio.

La formulazione di questo istituto nel nuovo codice è un elemento molto importante perché permette di dar luogo a una sorta di *par condicio* alla rovescia. In particolare, sanando i vizi formali per tutti i concorrenti, si riesce a evitare che siano espulse dalla gara le offerte che nella sostanza sono molto convenienti per l'Amministrazione ma che per qualche errore formale non sono state ammesse alla valutazione.

Una seconda nozione rilevante è il principio di proporzionalità che è stato teorizzato dall'ordinamento tedesco e si è propagato negli ordinamenti europei a seguito della comunitarizzazione dovuta alla giurisprudenza europea.

Oggi la giurisprudenza amministrativa ha ben chiare le coordinate del principio di proporzionalità che, nei suoi vari passaggi logici (idoneità, necessità, adeguatezza), consente un sindacato molto intenso della discrezionalità. Tale principio non si applica esclusivamente alle scelte discrezionali dell'amministrazione, concernendo anche le scelte di regolazione.

In particolare, il regime della segnalazione certificata d'ini-

zio attività (SCIA) trova la sua fonte generale nella direttiva servizi 2006/123/CE, dove è enunciato chiaramente – destinatario il legislatore – il principio secondo il quale i controlli *ex ante*, cioè le autorizzazioni espresse, possono essere istituiti per legge solo se si dimostra che il controllo *ex post*, quale un regime della SCIA, non tuteli in modo adeguato gli interessi pubblici.

Pertanto, nella scelta tra regime autorizzato espresso e SCIA, il legislatore deve porsi nella logica della proporzionalità, domandandosi se sia davvero necessario un controllo *ex ante* o se possa invece essere sufficiente un controllo *ex post* basato su un'autodichiarazione del privato sul possesso dei requisiti.

La direttiva servizi 2006/123/CE ha rappresentato il grado più elevato dell'enunciazione dei principi giuridici europei che condizionano il diritto amministrativo generale. In questa logica, per esempio, la durata delle concessioni deve essere strettamente proporzionata al periodo di recupero degli investimenti conseguiti dall'imprenditore.

Ancora, un altro grande tema interessato da questi principi è quello delle gare per l'affidamento delle concessioni. Per esempio, per quanto concerne il settore delle concessioni per l'esercizio degli stabilimenti balneari, si è verificato un attrito con i principi europei a fronte di situazioni di fatto – o anche di diritto – di concessioni pluridecennali delle quali hanno beneficiato gli stessi gestori.

Anche in questo caso il principio di proporzionalità, se correttamente inteso, richiede un'attenta considerazione, avendo un significato ideale o ideologico, il quale pone al primo posto l'idea della libertà, dei diritti dei privati e in particolare dei diritti economici, e al secondo posto l'esercizio del potere.

Quest'ultimo deve infatti intervenire per correggere i cosiddetti fallimenti del mercato, ma deve farlo con la mano più leggera possibile. La Costituzione europea ha imposto una priorità logica dei diritti economici e non economici rispetto al potere pubblico: si tratta di un cambio di paradigma fonda-

mentale, perché il potere pubblico è tenuto a giustificare i suoi interventi e la misura degli stessi.

L'altro principio fondamentale è quello del legittimo affidamento, anche questo parte della tradizione tedesca. Sul punto già il libro dei primi anni Settanta di Fabio Merusi aveva colto l'importanza, che oggi viene riconosciuta dal legislatore e dalla giurisprudenza, degli effetti su decisioni consolidate.

Ci sono molti versanti in cui i paradigmi del diritto amministrativo italiano non sono ancora del tutto allineati con i modelli europei e le loro radici ideologiche o ideali.

Un primo aspetto è quello della flessibilità delle regole, in cui vi rientra, per esempio, la questione della vincolatività o meno delle linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione e del relativo sindacato giurisdizionale.

Questo modello si trova in Europa in tante direttive di settore, a partire dalle comunicazioni elettroniche, ed è un sistema che tenta di dare certezza, omogeneità e flessibilità alla regolazione. Occorre tuttavia evitare di cadere nella contraddizione di assimilare le linee guida ad atti di *hard law*.

Sul punto la sentenza della Corte di giustizia UE in C-526/14 del 19 luglio 2016 (*Tadej Kotnik e a./Državni zbor Republike Slovenije*), concernente la Comunicazione della Commissione europea in materia di aiuti di Stato al settore bancario del 2013, dà un'interpretazione delle comunicazioni come atti di *soft law*, quindi non regolamenti né atti amministrativi generali. La Corte prosegue dicendo che se uno Stato membro si conforma alle regole dettagliate in materia di aiuti di Stato, ha la certezza che l'aiuto erogato sia compatibile con il sistema dei trattati. Se invece lo Stato ritiene di individuare una modalità di intervento per le istituzioni finanziarie che si discosta dalla comunicazione, non scatta automaticamente l'infrazione, ma si apre un confronto, che può portare alla conclusione che la misura, sebbene in contrasto con la Comunicazione, sia comunque compatibile con il sistema dei Trattati, oppure all'apertura della procedura di infrazione.

Quindi è lasciato all'autoresponsabilità del destinatario delle linee guida o della Comunicazione di stabilire se questi intendono conformarsi agli orientamenti, con la sicurezza della compatibilità con la disciplina dei Trattati, oppure se discostarsene a proprio rischio e pericolo, dando luogo a un procedimento che può eventualmente concludersi con esito negativo.

Questo è il modello di regole flessibili proveniente dalle indicazioni europee che coniuga la possibilità di certezza, per chi osserva scrupolosamente le indicazioni, con la flessibilità per chi ritiene invece di potersene discostare attuando soluzioni equivalenti e conformi ai trattati.

Sotto un diverso profilo, sempre in materia di banche e istituti finanziari, la Comunicazione della Commissione del 2013 in tema di aiuti di Stato prevede un sistema di pre-notifica, secondo cui, prima ancora di presentare una domanda o sottoporre un progetto di regolazione per verificarne la compatibilità, la Commissione incoraggia, anzi chiede, un contatto informale preliminare.

Un'analoga possibilità di acquisire preventivamente dall'amministrazione gli orientamenti interpretativi relativi ai presupposti per il rilascio di titoli autorizzativi è prevista anche dalla direttiva servizi 2006/123/CE, ma non è stata introdotta dal legislatore nazionale in sede di recepimento.

Il meccanismo muove dall'idea secondo cui l'imprenditore, prima ancora di presentare una domanda di autorizzazione, possa instaurare un dialogo informale con l'Amministrazione, affinché gli venga illustrata e chiarita l'interpretazione di norme e disposizioni, relative ad esempio ad un piano regolatore generale o alle norme tecniche di attuazione, nei casi in cui *ex ante* non sia possibile stabilire con certezza se un'idea di progetto possa essere ritenuta compatibile con la normativa di settore.

Al contrario, le nostre pubbliche Amministrazioni non accettano generalmente il modello del confronto preventivo informale, ma richiedono che sia presentata l'istanza formale sulla quale poi esse operano le proprie valutazioni.

In alcuni ordinamenti con cui la nostra tradizione giuridica si è confrontata in passato, per esempio nell'ordinamento austriaco, la manualistica ha prestato una particolare attenzione ai contatti informali con la pubblica Amministrazione e al valore delle assicurazioni provenienti dal funzionario non titolare dell'organo che ha il potere.

In realtà, il problema di fondo che scontiamo, in parte meno presente in altri Paesi, è che tradizionalmente i rapporti tra cittadino e pubblica Amministrazione sono instaurati in termini di sfiducia reciproca.

Si tratta di un dato culturale. Nei Paesi scandinavi l'autocertificazione funziona al 99 per cento dei casi nel senso che assai di rado il cittadino comunica dati errati, mentre in Italia, in mancanza di controlli capillari e continui, un sistema di autocertificazione, senza controlli adeguati *ex post*, equivale molto spesso a permettere di mentire alle pubbliche Amministrazioni.

Un ultimo accenno può essere dedicato al principio di responsabilità dell'Amministrazione, o comunque alla responsabilizzazione delle pubbliche Amministrazioni, che costituisce un elemento molto importante da far penetrare nel nostro ordinamento.

Il principio è stato oggetto di dibattito, anche alla luce della riforma del processo contabile che si è conclusa con l'adozione del Codice di giustizia contabile, d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174.

In particolare il fatto che il modello della responsabilità amministrativa sia incentrato sulla Corte dei conti e sulla procura è un *unicum* nel panorama europeo. In realtà in gran parte degli altri Stati sono le stesse pubbliche Amministrazioni che in caso di danno del dipendente si attivano per ottenere il risarcimento del danno subito.

Pertanto, in alcuni ordinamenti l'Amministrazione può anche discrezionalmente valutare se recuperare quanto versato, oppure se sussistono ragioni di opportunità che rendano preferibile evitarlo.

L'idea da cui prende le mosse il nostro sistema è invece che le Amministrazioni italiane sono portate a non agire mai nei

confronti dei loro dipendenti: da qui la necessità di un pubblico ministero contabile.

È opportuno chiedersi se in una prospettiva di lungo periodo questo modello contribuirà a educare o a deresponsabilizzare ancora di più le pubbliche Amministrazioni.

Per concludere è opportuno sottolineare che anche le influenze europee devono incontrare dei limiti nella nostra tradizione giuridica. Si pensi, per esempio, alla disciplina in materia di risoluzione delle crisi bancarie, la quale riduce i poteri del Giudice, escludendo la consulenza tecnica e limitando sostanzialmente la tutela cautelare in base al principio legislativo di presunzione che la concessione di misura cautelare sia contraria all'interesse pubblico.

Si tratta di principi contrari allo Stato di diritto, nonostante provengano da una normativa europea che potrebbe essere considerata contraria agli stessi Trattati. Ciò induce dunque a riflettere sul limite oltre il quale la tradizione giuridica amministrativa interna vada salvaguardata dalle influenze europee e dal processo di comunitarizzazione delle tradizioni giuridiche degli altri Stati membri.