

Fabio Cintioli *versus* Marco Mazzamuto: riformare i contratti pubblici?

Fabio Cintioli – Parlare di contratti pubblici o, per omaggio alla tradizione, di appalti pubblici significa fare i conti con una situazione molto critica.

Eccessi di complicazione normativa, difficoltà dell'amministrazione, anche di quella più esperta, enorme contenzioso, ritardi cronici sono diventati i contrassegni del settore. A costo di esser mescolato con un resoconto giornalistico ripetitivo, stanco – e poco costruttivo – sui mali della “burocrazia”, è da qui che voglio partire. Non dimenticando quanto ai nostri giorni questi problemi diventino cruciali: l'utilizzo delle risorse europee del *Recovery fund* è appuntamento che l'Italia non può fallire.

Perché è successo? Molte le cause di una simile confusione.

Ce n'è una, però, che vorrei riprendere qui, per sapere che cosa ne pensi. E che mette sul banco degli accusati la “concorrenza”.

È certamente una provocazione per uno spirito liberale come il tuo. Ti consolerei, però, sapendo sin d'ora che viene da chi allo stesso spirito si accomuna.

I contratti pubblici sono stati dominati da due principali fattori: il diritto dell'UE e la codificazione di diritto interno. La produzione di direttive sempre più lunghe e articolate ha dato la spinta ad altrettanti processi di codificazione: quello del 2006 e quello del 2016, entrambi poderosi come sappiamo.

In altre occasioni (e concedimi un rinvio ai miei interventi più recenti) ho avuto modo di dire che quest'opera di legificazione è stata condizionata da alcuni vizi di fondo: (i) l'idea che per semplificare fosse utile accogliere i vari orientamenti della giurisprudenza in una serie di norme, senza tener conto del fatto che la massima del giudice, una volta cristallizzata in un articolo, si oggettivizza e produce una serie di ulteriori dubbi interpretativi; (ii) la tesi che ha assorbito le tre categorie di appalto in un regime pressoché unico, con il che quei campi tradizionalmente più flessibili e “leggeri”, relativi a servizi e forniture, sono stati elevati al rigore proprio degli appalti di lavori; (iii) la convinzione – comune purtroppo a molti altri settori – che, codificando il diritto amministrativo, lo si potesse semplificare, dimenticando che proprio nel caso dei contratti pubblici il filo conduttore della stabilità e certezza dei rapporti è sempre stata l'elaborazione

di pochi e chiari principi della giurisprudenza piuttosto che una così fitta produzione normativa.

Nel frattempo, a partire dalla giurisprudenza *TeleAustria*, si è diffusa a macchia d'olio la convinzione che il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento non solo valessero per i contratti diversi dall'appalto, ma che dovessero esprimersi in un procedimento necessariamente articolato in una sequenza "completa", che partisse col bando e che, dopo chiarimenti, buste, ceralacca, sedute pubbliche e segrete, valutazioni di congruità, etc., finisse con l'aggiudicazione e, sovente, proseguisse in un ricorso al TAR. Le finestre di flessibilità che pure le direttive mettevano a disposizione degli Stati membri in Italia restavano poi pressoché inesplorate: due esempi per tutti: il dialogo competitivo e la disciplina sulle esclusioni, quest'ultima di certo ben più semplice di quel corredo che in Italia ha suscitato un contenzioso infinito e decisamente "barocco".

La flessibilità "possibile" è stata abbandonata. Il bizantinismo giuridico ha trionfato. La *par condicio* è diventata una sorta di liturgia intoccabile. Il processo amministrativo è stato – specie per gli appalti più significativi – una necessaria e cruciale appendice.

Il punto più importante, però, è che spesso questi problemi e le controversie che ne sono derivate sono apparsi sganciati dai valori di fondo. Si è avuta una sorta di dequotazione teleologica delle fattispecie. La *ratio legis* è stata talmente appannata da sparire all'interno di regole che sono sembrate il frutto di una sorta di religione giuridica denominata "evidenza pubblica" (caro Marco, che avrebbe detto Gianini se avesse saputo dell'abuso di questo concetto?) e spesso di portata solo formale, come ad esempio quel certo modo di intendere la *par condicio* di cui dicevo testé.

Perché è accaduto?

A mio parere una delle ragioni principali è stato lo smarrimento della finalità della disciplina.

La tradizionale impostazione contabilistica, che vedeva in queste norme il fine di proteggere gli interessi dell'amministrazione – e quindi di tutti noi – è stata abbandonata, sino ad essere apertamente ripudiata. Non le si è più lasciato neppure uno spazio concorrente. Si è talora persino dimenticato che gli appalti sono pur sempre qualcosa che serve all'attuazione dell'interesse pubblico: a costruire strade, a mantenere le opere, a dotare le amministrazioni delle risorse necessarie.

Questo è accaduto a causa della sua sostituzione col cosiddetto principio di concorrenza.

Si è detto, come ben sai, che il diritto UE avrebbe posto al centro di questa disciplina non più l'interesse dell'amministrazione, ma i diritti degli operatori economici che aspirano all'appalto.

Il successo di questa formula è dipeso dall'empatia che in un dato contesto storico la concorrenza suscitava e dalla tendenza della cultura giuspubblicistica a contenere il potere pubblico rispetto ai diritti dei privati. Due spinte sacrosante, che però nel caso di specie hanno visto una declinazione forse non ben proporzionata.

Tre conseguenze maggiori si sono verificate nella prassi e voglio porle alla tua attenzione, una per una: (i) dato che queste norme devono tutelare i diritti degli operatori e non più l'interesse della stazione appaltante, quest'ultima più che decidere dovrà solo regolare la competizione, applicando norme ed evitando per quanto possibile di usare la discrezionalità; (ii) dovendo i diritti confrontarsi tra loro, si deve apprestare un'arena nella quale il confronto si possa spiegare nel modo più completo e questo luogo non può che essere il procedimento e quindi il procedimento più regolato e più articolato possibile; (iii) trattandosi di diritti, si deve apprestare la tutela adeguata e quindi diventa naturale che pressoché ogni questione di rilievo finisca davanti ai Tribunali. Così, rispettivamente, meno discrezionalità, più procedimenti e gare, ampliamento del contenzioso.

Alla domanda fatta nel concreto "*più gara o meno gara?*" dottrina e giurisprudenza rispondevano puntualmente "*più gara!*", e ciò in nome della concorrenza. La concorrenza è diventata una cosa che vuole le gare e possibilmente sempre le più complicate.

Ma vedi, la cosa più interessante secondo me è un'altra ancora.

Mentre la finalità di dare all'amministrazione il contraente migliore sul mercato (il più efficiente, affidabile e ragionevolmente parsimonioso) è qualcosa di ben definito, il fine di tutelare la concorrenza è impalpabile e indefinito e può riempirsi dei contenuti più svariati. Questo nuovo codice genetico degli appalti pubblici era un foglio bianco, che doveva solo essere riempito.

Come riempirlo? Non è semplice dirlo, proprio perché manca il riferimento finalistico e teleologico.

Quando un concorrente, ad esempio, ha sbagliato a compilare il quadro degli oneri di sicurezza per un errore materiale, la concorrenza si tutela meglio escludendolo o dandogli una seconda opportunità col soccorso istruttorio? È un bel dubbio, converrai.

Di fronte a questo tipo di interrogativi quasi sempre è prevalsa la risposta che ha privilegiato l'incremento degli oneri e delle forme e che ha severamente escluso dalla gara chi avesse errato. In nome della concorrenza, beninteso, e magari elevando questo genere di problematiche sino al gradino più alto: quello dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Mi chiedo come mai questo sia accaduto. Forse per un certo gusto per il formalismo giuridico, forse per un eccesso di attenzione verso i diritti e una presa

di distanza dall'interesse legittimo, forse per una certa (e davvero curiosa) passione per il diritto privato manifestata della dottrina del diritto amministrativo (e su questo, almeno su questo, so già che converrai!). Infine, forse anche per una certa "cultura del sospetto" verso il pericolo di irregolarità che sin dalla legge Merloni (e purtroppo, talora a ragion veduta) ha contaminato il settore. Una cultura del sospetto che, poi, nella fase storicamente successiva inaugurata dal codice del 2016 avrebbe dichiaratamente fatto ingresso nel settore.

Fatto sta che le complicazioni sono aumentate e che alla domanda rituale "più gara o meno gara?", fino ad una certa fase storica si è presa l'abitudine di rispondere "più gara perché così vuole la concorrenza"; quando poi è arrivata l'idea (che non ho mai condiviso) di unire alla disciplina degli appalti la funzione di prevenzione della corruzione, il terreno era pronto perché si rispondesse "più gara perché così vuole la prevenzione della corruzione".

Marco Mazzamuto – La pandemia ha riaperto la discussione sui contratti pubblici. Non interessa qui disquisire sulle misure straordinarie e temporanee, quanto del fatto che ciò ha costituito anche occasione per prospettare soluzioni volte a modificare il regime ordinario. Così, nel decreto semplificazioni, sono state, ad es., introdotte modifiche attinenti alla responsabilità contabile e penale dei funzionari al fine di fronteggiare il fenomeno della burocrazia difensiva.

Anche Fabio, così come già in un suo pregevole libretto del 2020, ci propone di intervenire nel tessuto normativo e, in modo sofisticato, negli stessi principi che governano la materia, al fine di ridare una qualche peso all'interesse pubblico, all'esigenza di un efficiente e tempestivo svolgimento dell'attività contrattuale della p.a. rispetto ad un eccesso di tutela della concorrenza.

Mi si consenta anzitutto di mettere subito in campo una pregiudiziale che attiene al metodo e al mezzo ancor prima delle finalità perseguite. Io credo – e il discorso vale non solo per i contratti, ma per la p.a. in generale – che tutte le riforme di questi ultimi decenni siano state informate ad *un'errata presunzione, ovvero sia che il diritto possa produrre l'efficienza*. Il diritto svolge naturalmente la funzione ineludibile di delineare la cornice giuridica entro la quale le organizzazioni, private e pubbliche, svolgono le proprie attività, ma esso appare inidoneo a determinare altresì l'efficienza di tali organizzazioni. Non è certo il codice civile a determinare l'efficienza di un'impresa, bensì le capacità dell'imprenditore, così come non è il diritto pubblico a determinare l'efficienza delle pubbliche amministrazioni.

Tale considerazione, oltre che esprimere una semplice intuizione aprioristica, ha trovato piena conferma nell'esperienza. Decenni di riforme nel segno dell'aziendalismo, dei dirigenti manager, dei controlli di gestione, della privatizzazione del pubblico impiego, della privatizzazione degli enti pubblici e delle

semplificazioni si sono risolti in un autentico e reiterato fallimento, non hanno cioè affatto raggiunto quegli obiettivi di efficienza che si proponevano. E anche le recenti modifiche normative o altre che potranno mettersi in cantiere, da un legislatore affetto da accanimento terapeutico, non avranno miglior sorte.

Ma quali sono allora le cause dell'inefficienza delle nostre amministrazioni? Non credo sia difficile fare una diagnosi. Per decenni la nostra amministrazione è stata utilizzata per risolvere il problema dell'occupazione. Le persone venivano assunte non perché ce ne fosse bisogno nell'interesse pubblico curato da questa o da quell'altra amministrazione, bensì per dare loro un posto di lavoro: l'interesse generale ad una maggiore coesione sociale veniva in tal modo perseguito trasversalmente a scapito di tutti gli altri interessi pubblici. Ciò fa anche comprendere perché nell'immaginario collettivo si sia consolidata l'idea del pubblico impiegato "fannullone": a ben vedere, è che il presunto fannullone era tale perché non aveva nulla da fare.

Come avrebbe mai potuto una qualsiasi organizzazione mantenere anche un minimo di efficienza con la stratificazione pluridecennale di una siffatta politica di reclutamento delle risorse umane?

Gli effetti sono stati infatti disastrosi: e ciò non tanto perché si sono aggiunte inutili stanze burocratiche con nuovi impiegati fannulloni (nel senso sopra indicato), il che di per sé avrebbe potuto soltanto risolversi in una sorta di assistenzialismo dorato, ma soprattutto perché, col passare degli anni, degli avanzamenti delle carriere (e con ben pochi veri concorsi pubblici) e della rivisitazione organizzativa informata prevalentemente alle esigenze di quegli stessi avanzamenti di carriere o anche dettata dalle privatizzazioni dei soggetti pubblici, si è finito spesso per disperdere o comunque per compromettere anche quel nucleo originario di competenze, tecniche e burocratiche, ereditate dal passato. In altre parole, in ambiti sempre più estesi, *le nostre amministrazioni sono divenute incapaci*.

A poco serve così, come è, caro Fabio, nei tuoi *desiderata*, voler valorizzare la "discrezionalità" amministrativa, cercando anche di spingere in questa direzione i funzionari attraverso un'attenuazione della responsabilità contabile e penale, poiché una siffatta discrezionalità occorre anzitutto che si sia appunto "capaci" di esercitarla. Si comprende allora quale sia la vera ragione che induce spesso la burocrazia a chiedere più regole: l'incapace ha bisogno di essere condotto per mano, passo dopo passo. Tanto è vero, per altro verso, che, nei sempre meno numerosi anfratti dove la competenza è sopravvissuta, le amministrazioni, quale che fosse il quadro normativo, più o meno vincolante, più o meno esposto in termini di responsabilità, non hanno mancato di saper portare avanti le procedure amministrative e contrattuali. Più gare o meno gare? Non credo che cambi molto: più gare non determinano di per sé meno efficienza, così come meno gare non determinano di per sé più efficienza.

Se quella sopra indicata è la vera eziologia dell'inefficienza amministrativa vi è ben poco da fare: il danno è fatto. Non a caso di fronte a congiunturali necessità si ricorre alla deviazione organizzativa dei commissariamenti. Al livello di sistema occorre dunque rassegnarsi e aspettare che questo ciclo esaurisca i suoi effetti, sperando che nel frattempo non si creino le condizioni per una sua reiterazione, così come patiamo ancor oggi le inevitabili conseguenze del gigantesco debito pubblico contratto nel passato.

Si potrebbe replicare che varrebbe pur sempre la pena di tentare con le riforme. E invece no, poiché in tal caso non vale la massima "provar non nuoce". Se non può produrre in positivo l'efficienza, il diritto può invece essere ulteriore causa di inefficienza ove non risponda più a quel suo compito naturale di fornire la "cornice" giuridica. Ebbene, tutta questa vera e propria *malattia del riformismo* è tanto inutile, per gli obiettivi che si propone, quanto dannosa per la certezza del diritto, rendendo ancor più complicata l'attività degli operatori pubblici e privati. Occorrerebbe piuttosto ritornare alla prudenza savignyana del nostro più grande e insuperato Maestro del diritto pubblico: «Non distruggiamo così, senza poi sostituir nulla, ogni tradizione, ogni solennità, perché tutto questo positivismo, in fondo, non è che qualcosa di fiacco, di vuoto, di assolutamente sterile, il quale fa cadere tutte le istituzioni» (Vittorio Emanuele Orlando, Senato 17 giugno 1909).

Il nocumento che deriva dalla malattia del riformismo diventa poi intollerabile, quando, nell'accanimento terapeutico, non sapendo più che pesci pigliare e raschiando il fondo del barile, si intende persino prendere di mira la "tutela", sul presupposto del tutto indimostrato che la giustizia sia un ostacolo all'efficienza dell'amministrazione. Lascia veramente interdetti che con tutta questa demagogia riformistica si possa anche soltanto pensare di incidere nel cuore più profondo della funzione sociale del diritto, ovvero sia fare "giustizia" dei torti attraverso una composizione "pacifica" delle liti *ne cives ad arma veniant*. Il diritto, per usare ancora le parole del nostro Maestro, risponde anzitutto alla «fede in una fulgida Idea» che «sta scudo ai deboli e arma contro i violenti» e che «della società e dello Stato è ragion prima e condizione stessa di esistenza: la Giustizia!» (V. E. Orlando, *Elogio dell'avvocatura*, 1914).

Ed è proprio della tutela nei contratti pubblici che nel prosieguo vorrei parlare, ma ben al riparo da queste pressioni improprie che si vorrebbero catapultare sulle vicende dell'ordinamento giuridico.

Fabio Cintioli – Quando critichi il riformismo che ha interessato la p.a., dai primi anni '90 in avanti, mi trovi d'accordo. Altrove ho già sostenuto che queste riforme sono state contrassegnate da tre errori di fondo: (i) un eccesso di attenzione per l'amministrazione di servizi (quella che si misura con la rapidità di rilascio di un certificato, ad esempio) e da una certa disattenzione per l'amministrazione decidente (quella che con la discrezionalità riesce a realizzare un'opera pubblica, a conciliare tutela ambientale e fabbisogno energetico autorizzando in modo equilibrato un gasdotto, a sviluppare la pianificazione urbanistica secondo linee ragionevoli, giusto per fare qualche esempio); (ii) un eccesso di passione per l'ingegneria amministrativa e per la serie di dia, scia (singola o raddoppiata), silenzi assenti (verso i privati o tra p.a.), conferenze di servizi preliminari, istruttorie, definitive etc.; (iii) l'incomprensione del ruolo che spetta all'amministrazione e quindi alla fase esecutiva da parte della politica, la quale ha pensato che i problemi potessero affrontarsi a colpi di leggi, e sempre nuove, e con altrettante riforme. Condivido anche che l'approccio manageriale sia stato frutto di un ingenuo malinteso: quello di pensare che, così come il potere di impresa viene bilanciato dalla responsabilità imprenditoriale, allo stesso modo il potere politico e la sua relazione con la dirigenza potesse esser bilanciato dalla responsabilità politica. Molti dei problemi sono nati con l'idea che la fase aperta con la fine della prima Repubblica potesse essere affrontata sul piano amministrativo con la separazione tra indirizzo politico e potere di gestione autonomo della dirigenza e col principio dello *spoils system*, trascurando il modo d'essere e di funzionare dell'amministrazione consolidato in anni e anni. Mi ha colpito leggere, in questi giorni, che un giovane Henry Kissinger nella sua tesi di laurea scriveva che lo spirito della politica è diametralmente opposto a quello della burocrazia, perché l'essenza della politica è la sua contingenza e il suo successo dipende dalla correttezza di una stima che in parte è congettura, mentre la burocrazia è invece ricerca di sicurezza e calcolabilità. Altro che indirizzo politico, mi verrebbe da dire. Ma tant'è.

Però dolersi del passato ha poco senso. Guardare al futuro è invece un dovere. E quindi se, da un lato, siamo tenuti a ritrovare la dinamicità amministrativa perduta, adesso e senza dilazioni, e se, dall'altro lato, la burocrazia difensiva è diventata un problema riconosciuto da tutti, ben vengano iniziative che cercano di superare i problemi.

Il settore degli appalti, poi, soffre di una crisi specifica, che ho cercato di diagnosticare anche pensando alle sue origini più recenti, come dicevo prima. Piuttosto, quel che dovrebbe colpire noi giuristi – e dovremmo forse battere un colpo – è che il decreto semplificazioni (il n. 76 del 2020) nel testo risultante dalla conversione è stato persino peggiorato dal Parlamento propositivo dei temi che discutiamo. Il comma 3 dell'articolo 2 si limitava (timidamente) ad ammettere la

procedura negoziata nel caso in cui fosse impossibile rispettare i termini ordinari per fronteggiare le esigenze collegate alla crisi pandemica replicando (già senza aggiungere alcunché di significativo) il tenore dell'articolo 63 del codice; bene, il testo uscito dalla conversione ha aggiunto la “*previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente nel rispetto di un criterio di rotazione*” al fine di ridurre la discrezionalità dell'amministrazione. Insomma, dato che dobbiamo fronteggiare la più grave crisi dal secondo dopoguerra, anziché prevedere corsie accelerate rallentiamo quelle ordinarie.

Come mai questo è potuto accadere, in un contesto (bada bene) in cui la Commissione si affrettava a dire nell'aprile scorso che le direttive in realtà non impediscono la massima flessibilità degli appalti che servono a fronteggiare la pandemia? A mio parere perché la “religione delle gare” e la paura della discrezionalità ha avuto la meglio. Anche su questo la dottrina può battere un colpo: chiediamo che la finalità di interesse pubblico di realizzare gli appalti sia scritta a chiare lettere nel codice come principale finalità del settore. La giurisprudenza saprebbe farne tesoro e favorire soluzioni che (perché no?) daranno anche più efficienza, se è così che vogliamo metterla.

E così veniamo alla tutela giurisdizionale, su cui mi solleciti a intervenire.

Le norme del decreto semplificazioni sulla giurisdizione della Corte dei conti e sulla revisione dell'abuso d'ufficio vogliono dare una risposta alla questione della burocrazia difensiva e non me la sento di unirmi aprioristicamente a coloro che le hanno criticate. Se esiste un problema (ed io credo che esista), il Parlamento deve cercare di affrontarlo. Del resto, non si tratta neppure di quel tipo di riforme amministrative “manageriali” che tu prima criticavi, ma di interventi circoscritti e taluni anche di durata limitata.

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale amministrativa, posso dirti che essa rappresenta lo scenario finale nel quale il problema si manifesta e non certamente la sua causa. L'esperienza vissuta, al di là di alcune statistiche che ho visto spesso richiamate, mi induce a pensare che l'impugnazione nelle gare di maggior rilievo sia frequentissima. Guardiamo, allora, a questo contenzioso, in cui il secondo classificato (magari insieme al terzo o al quarto) impugna l'aggiudicazione sostenendo, ad esempio, che l'aggiudicatario dovesse essere escluso per non aver dichiarato qualcosa circa un “illecito professionale” (che comunque la stazione appaltante aveva potuto la possibilità di valutare e superare) o perché la casella degli oneri di sicurezza è stata riempita in modo erraneo.

Che tipo di valori proteggono le norme invocate in giudizio? Che senso ha la *par condicio* attuata in maniera punitiva e talora illogica? Che tipo di interessi l'ordinamento sta ordinando? Questo contenzioso è in linea con la tradizione di quel giudice amministrativo che, con la sua giurisdizione “graziosa” (so che

questo ti piacerà!), in più di un secolo ha dato vitalità al vizio di eccesso di potere? È forse ancora figlia di quella giurisprudenza che è riuscita a fare delle forme e del procedimento vera sostanza e vera giustizia e soprattutto ad offrire garanzia autentica verso il potere discrezionale pur senza mai disconoscerne l'intima ragion d'essere?

Sono domande, queste, con le quali cerco di trasmetterti in sintesi tutte le mie perplessità.

Certo, la giurisdizione amministrativa funziona, sia chiaro. E dobbiamo dire che funziona anche molto bene, diversamente da altri processi. I tempi di decisione di queste controversie, includendo i due gradi di giudizio non superano, stando alla mia esperienza, i 18 o 24 mesi.

Ma non è questo il problema.

Anzi, v'è di più.

Di fronte alle sfide dell'oggi non è detto che questo tempo possa e debba esser sempre atteso, secondo la prassi che oggi vede quasi sempre la riunione al merito della domanda cautelare e il differimento della stipula del contratto alla chiusura del giudizio. La spinta a sciogliere i nodi del contenzioso e della tutela demolitoria in fase cautelare – che è poi quello che prevede la direttiva ricorsi, come sai – mi sembra perciò una scelta ragionevole. Il decreto semplificazioni, non a caso, ha seguito questo punto di vista.

Marco Mazzamuto – Concorrenza, concorrenza, concorrenza! Mi pare, caro Fabio, che tu rimanga, nel criticarne i presunti eccessi, ossessionato e dunque prigioniero di questo tema. Io preferisco guardare le cose nel contesto più ampio della tradizione giuspubblicistica e, nella materia dei contratti pubblici, del confronto di tale tradizione con il concorso del diritto privato.

A ben vedere, è troppo schematica la contrapposizione teleologica tra le gare in funzione dell'interesse pubblico e, secondo la prospettiva unionale, le gare in funzione della concorrenza. Le norme di diritto pubblico in realtà sono sempre state, direttamente o indirettamente poco importa, uno strumento di tutela del cittadino e dunque dei concorrenti: anche nell'ordinamento francese, il *Conseil d'État*, 9 novembre 1934, riconobbe ai concorrenti la possibilità di impugnare i cd. *actes détachables*, cioè gli atti amministrativi che precedono il contratto.

Le procedure concorsuali non sono dunque solamente uno strumento per la scelta del miglior contraente, ma, senza bisogno di evocare i sopravvenuti principi unionali, costituiscono da sempre uno dei metodi attraverso i quali si cerca di addivenire ad una decisione *imparziale* dell'amministrazione. Ce lo ricorda la stessa Costituzione, quando impone di regola il concorso pubblico per la scelta dell'impiegato pubblico (art. 97), non solo in vista della scelta del miglior lavora-

tore, ma altresì in relazione al principio che “tutti i cittadini dell’uno o dell’altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza” (art. 51). E ciò vale anche oggi, per il pubblico impiego privatizzato, dove il titolo del rapporto è un contratto e non più un provvedimento.

Certo si può discutere in che misura sia necessario ricorrere a tale metodo, poiché, fermo restando gli ambiti governati da espressi e insuperabili vincoli unionali o costituzionali, procedimento di diritto pubblico non significa necessariamente svolgimento di una gara. Ed in questo senso vi è uno spazio per le tue sollecitazioni. Ma deve essere altrettanto chiaro che eliminare o ridurre la concorsualità non può significare che si cada nel vuoto privatistico della formazione di una volontà contrattuale informata al libero arbitrio, come se si trattasse dell’autonomia negoziale di un privato: se non la gara, devono comunque rimanere in campo tutti gli altri principi generali del diritto pubblico, così come la possibilità di farli valere in giudizio. Per intenderci, non è condivisibile, di contro ad altre pregevoli pronunce (Cons. St. a.p. n. 10/2011), che, ad es., la vendita da parte di un ente pubblico delle quote azionarie di una società sarebbe posta “con modalità privatistiche” (Cons. St., sez. V, n. 7030/2018).

Come si vede, già qui, è percepibile il rilievo dell’alternativa tra diritto pubblico e diritto privato e non semplicemente quello tra fare le gare e non farle.

Ti lamenti di un eccesso di formalismo e lo contrapponi alla tradizione graziosa. È vero che tale tradizione è segnata da una straordinaria flessibilità, che un giudice civile neanche si sognerebbe, sino al punto, ove occorra, da manipolare l’interpretazione del dato letterale delle leggi per neutralizzarne lo scomposto contenuto, ma è anche vero che il rigore garantista della legalità pubblicistica è sempre stato anche segnato dal valore invalidante di ogni violazione di legge, di regolamento o anche di un bando di gara, mentre nel sistema privatistico occorre di regola che la violazione di una norma sia accompagnata da un’espressa comminatoria d’invalidità. Semmai in questi ultimi decenni questo tradizionale rigore è stato attenuato con il discutibile avvento dei cd. vizi formali. E il giudice amministrativo oggi pratica la sua flessibilità proprio nell’oscillare tra formalismo e sostanzialismo, ben inteso, sempre a voler utilizzare una siffatta contrapposizione, poiché per me la forma giuridica è sempre sostanza. Sono dunque io che potrei lamentarmi, non certo tu. Si può propendere se vuoi a fissare meno regole, in sede normativa o in sede di redazione dei bandi, ma, una volta che tali regole sono fissate, l’imparzialità e la non arbitrarietà dell’azione amministrativa devono essere garantite.

Vuoi guadagnare tempo sul processo amministrativo, pur riconoscendo che non è certo un processo lento. Ed in questo senso valorizzi le modifiche del decreto semplificazione che spingono per una rapida decisione di merito in sede cautelare, sicché il giudizio deve essere “di norma definito, anche in deroga al comma

1, primo periodo dell'articolo 74". Al di là della dubbia efficacia di queste previsioni, poiché l'espressione "di norma" non è certo di grande stringenza, senza contare il fatto che tale percorso può esperirsi pur sempre "compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa" (art. 120 c.p.a.), il punto è che, a mio avviso, si sta qui cominciando ad esagerare. Già il rito appalti è un rito speciale, accelerato, con svariate e vistose deroghe rispetto al rito ordinario, ma se continua così tanto vale, se mi si concede una provocatoria licenza di poetica del diritto, introdurre il nuovo genere della "giustizia della moneta": si tiri una monetina per stabilire il vincitore e ci si sbrighi in quattro e quattr'otto (dimenticavo: per l'appello si potrà tirare una seconda monetina).

A che cosa in effetti si mira? Si vuole, pur nel rispetto dei vincoli unionali, ed in particolare dello *standstill*, sostanziale e processuale, che, se non si determina una rapida interdizione giurisdizionale, l'amministrazione vada avanti e stipuli il contratto, residuando a favore del ricorrente la sola tutela risarcitoria. Ed in questo senso vanno le previsioni del decreto semplificazione riguardanti la responsabilità contabile e quella penale: previsioni anch'esse di assai dubbia efficacia. Così, per la prima, poco importa esigere, come tu stesso avevi consigliato nel tuo libretto, esigere il dolo anche con riguardo all'evento dannoso, se poi si lascia in campo la colpa grave, così come poco importa che non possa più costituire giustificazione adeguata, per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto, poiché non sarà difficile per i funzionari accampare uno svariato ordine di altre giustificazioni. Così, per la seconda, non è certo la prima volta che il legislatore cerca di espungere i vizi della discrezionalità dal reato di abuso d'ufficio, e non è affatto da escludere, come è già ricavabile dai primi commenti dei penalisti, che anche in questa occasione finirà comunque per prevalere il più rigoroso diritto "vivente" della giurisprudenza.

Ma andiamo al punto che ci interessa e che ci riporta sempre all'alternativa tra diritto pubblico e diritto privato. In materia di contratti pubblici deve prevalere il primato pubblicistico della tutela in forma specifica o il primato privatistico della tutela risarcitoria per equivalente? Voglio essere subito chiaro: concepire la tutela risarcitoria non come tutela residuale, qualora quella in forma specifica sia divenuta impossibile, ma come tutela sostitutiva di quest'ultima sarebbe l'anticamera dell'autoritarismo, di un potere pubblico cioè che può far quel che vuole, anche illegittimamente, purché metta quattro soldi nel borsello del malcapitato cittadino. E non vedo perché questo sacrosanto primato della tutela in forma specifica nei rapporti con la pubblica amministrazione dovrebbe arrestarsi di fronte al fatto che qui non si hanno solo provvedimenti, ma anche un contratto di diritto privato. Né va sopravvalutata, come mi sembra che tu faccia, la "flessibilità"

lasciata al riguardo dalle direttive UE, pedissequamente riprodotte nel codice del processo amministrativo, poiché è del tutto evidente che, pur non volendo calcare la mano, l'ordinamento unionale esprima un *favor* per la tutela in forma specifica, anche qualora un contratto sia stato già concluso: "la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere" (Considerando 14°, dir. 2007/66/CE).

In altre parole, per dirla tutta, in luogo della soluzione adottata dal nostro legislatore, la tradizione giuspubblicistica e il correlato primato della tutela in forma specifica, a prescindere dalle stesse indicazioni del diritto unionale, avrebbe piuttosto consigliato di configurare una generale e automatica inefficacia del contratto stipulato in conseguenza della illegittimità delle procedure di scelta del contraente, lasciando tutto al più lo stretto spazio di una vera e propria eccezione, nei termini di cui all'art. 121, c. 2., c.p.a., e cioè "qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti". Si tratta del resto di una soluzione risalente, se già Cesare Cammeo (figlio di Federico), nel suo saggio sui contratti pubblici del 1937, sosteneva che gli effetti civili del negozio concluso rimangono subordinati, in via sospensiva o risolutiva, all'esito dell'impugnativa degli atti amministrativi prodromici.

Il diritto pubblico è sempre più garantista del diritto privato e non intendo rinunciarvi di fronte a qualsiasi ragione di efficienza amministrativa. Si può così anche comprendere come io veda con sfavore tutte le propensioni a valorizzare la componente privatistica nel regime giuridico dei contratti, unitamente ad una espansione della giurisdizione del giudice ordinario, come è purtroppo registrabile nelle recentissime tendenze della Cassazione: anticipando lo *scrimen* divisorio tra fase pubblicistica e fase privatistica al momento dell'aggiudicazione, similmente ai rapporti di pubblico d'impiego privatizzato; assegnando al giudice ordinario la giurisdizione in materia di responsabilità precontrattuale, a parte il caso in cui tale responsabilità derivi da atto illegittimo; estendendo la giurisdizione del giudice ordinario a tutta la materia della esecuzione delle concessioni, sino ad accarezzare l'idea di una contrattualizzazione dello stesso titolo concessorio, cioè di una sua riconduzione al diritto privato; e così via.

Si vuole semplificare il quadro complesso dei contratti pubblici, sciogliendo il faticoso concorso di diritto pubblico e diritto privato, di giudice amministrativo e giudice ordinario? Potrebbe certo essere in sé un'esigenza apprezzabile, ma bisogna vedere in quale direzione. Se si vogliono sempre più privatizzare i contratti pubblici, sino, in ipotesi, a privatizzare la stessa formazione della volontà contrattuale, il risultato sarebbe inaccettabile e di assai dubbia costituzionalità, determinando una caduta verticale della tutela del cittadino, che si trovereb-

be di fronte alla insindacabile autonomia negoziale dell'amministrazione. Semmai ci si potrebbe augurare che si vada in una direzione opposta, rimettendosi sulle orme del modello dei *contrats administratifs* della tradizione francese, cui è storicamente legato il nostro sistema giuspubblicistico, e riportando per lo più il diritto privato e il suo giudice al loro ambito naturale, ossia ai contratti che intercorrono tra privati.

Sempre nel tuo libretto, caro Fabio, ti lamenti tra l'altro del "troppo diritto amministrativo". Anche qui dobbiamo intenderci. Se troppo diritto amministrativo significa troppe gare, possiamo discuterne, se troppo diritto amministrativo significa troppe norme scritte, possiamo ancora discuterne, ma se si tratta dell'ambientazione pubblicistica e del vigore dei principi elaborati dalla gloriosa giurisprudenza pretoria del giudice amministrativo, allora qui il diritto amministrativo non è mai troppo.

Fabio Cintioli – Caro Marco, anche se in un dialogo come questo qualche divergenza di opinioni è come... il cacio sui maccheroni, credo che in verità proprio ad una sostanziale convergenza stiamo giungendo.

Sulla concorrenza mi interessava sollecitare l'attenzione di tutti sul fatto che questa formula è stata utilizzata spesso a sproposito, finendo per introdurre elementi che hanno reso il sistema, alla fine, alquanto disarmonico. La concorrenza non è una cosa che vuole più gare e che soprattutto preferisce una gara più complessa ad una più articolata e blindata nei canoni di una *par condicio* intesa nel senso più rigido che vi sia. Mi basta questo. E non è poco beninteso, vista l'esperienza pratica e l'abuso che ancor oggi si fa di questo concetto.

L'interesse pubblico alla pronta individuazione del miglior contraente pubblico non è assorbente di tutti gli altri e certamente non del principio di imparzialità. Però è uno degli interessi che ancor oggi l'ordinamento italiano, come quello dell'UE, riconosce e tutela. Non si deve temere di dirlo e dirlo non è affatto espressione di autoritarismo.

Il diritto amministrativo che stona in eccesso è quello che produce eccessi di complicazione, magari in nome dell'anticorruzione e di una trasparenza elevata ad assioma indiscutibile e ideologizzato, e non quello che la giurisprudenza "graziosa" ha creato con grande efficacia dal 1889 in avanti. Il diritto amministrativo in eccesso è quello che è nato dall'incomprensibile voglia di codificare una partizione dell'ordinamento – il diritto amministrativo, appunto – che viveva benissimo come sistema principi e sottoprincipi elaborati perlopiù direttamente dalla giurisprudenza. Il codice del 2016 resta, a mio parere, un grande problema. E vivo con una certa preoccupazione gli auspici di quanti puntano, adesso, a nuovi codici dell'azione amministrativa e a riforme della legge n. 241 del 1990, coniati

vuoi a livello nazionale vuoi a livello europeo. Il diritto amministrativo della giurisprudenza pretoria – se saremo capaci di conservarlo, non lo darei per scontato purtroppo – è quello che invece va protetto e sostenuto. Del resto, l'intreccio col diritto dell'Unione europea ha funzionato al meglio, secondo me, proprio quando è rimasto sul terreno dei principi (a proposito Marco, devo dirtelo: “unionale” non mi piace! Mi sembra un neologismo un po' brutto, chiamato in causa per sostituire ad ogni costo l'ormai sperimentato aggettivo “comunitario” cui eravamo abituati. È una sostituzione che mi pare un po' influenzata dal “politicamente corretto” Forse sono un po' troppo conservatore, dimmi tu ...).

Quanto al processo amministrativo in materia di appalti, devo prendere atto di due dati: l'uno deriva dall'ordinamento ed ha una valenza giuridica che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione; l'altro attiene agli indirizzi di politica legislativa. Il primo fa leva sulle indicazioni della direttiva 66/2007/CE. Come sappiamo, la direttiva si sforza di trovare il punto di equilibrio tra interesse alla stipula ed esecuzione dell'appalto pubblico e tutela giurisdizionale. E così affida al giudizio cautelare la dimensione “reale” della tutela, lasciando per il resto la via aperta alla tutela risarcitoria, e questo proprio al fine di salvaguardare il contratto. Poi ricordo le indicazioni della Corte costituzionale, esplicitate sul punto: mi riferisco alla sentenza n. 160 del 2019, che ha negato una copertura costituzionale assoluta della tutela di tipo “reale” consentendo la sua sostituzione col risarcimento per equivalente. Il secondo dato riguarda il contesto storico: la sfida è epocale, perché solo chi riuscirà a vincerla e avviare rapidamente la ripresa economica troverà un posto adeguato nel nuovo ordine globale che la crisi del Coronavirus instaurerà. Molte sono le analisi di storici e politologi sul punto; mi limito a condividerle e farle mie. Il problema, oltretutto, se ha una specificità per l'Italia, non è estraneo a pressoché tutte le economie c.d. avanzate: un recentissimo reportage de l'*Economist* (del 2 gennaio 2020, “*The infrastructure infatuation - In the works*”) illustra come sia pressoché globale il problema della tempestiva realizzazione di grandi infrastrutture a causa di tre principali cause: l'instabilità delle decisioni politiche nelle democrazie; le difficoltà esecutive che nascono sin dalla fase progettuale; la scarsità di fondi.

È per tutto questo che non ho visto nelle norme processuali del decreto semplificazioni un “attentato” alla tutela in forma specifica come tratto distintivo del processo amministrativo in Italia: una tradizione, quest'ultima, che ho sempre difeso e che continuerò a difendere. Piuttosto (forse sto scendendo troppo nei dettagli, e me ne scuso), anziché preoccuparsi così tanto del decreto semplificazioni in nome della difesa della c.d. tutela in forma specifica, la dottrina avrebbe forse potuto sollevare a suo tempo qualche dubbio in più sulla scelta fatta nel codice del processo amministrativo di anticipare alla sentenza di merito le misure esecu-

tive, ex art. 34, comma 1, lettera e), c.p.a., il che ha alterato il naturale rapporto che la tradizione ci consegnava tra vincolo conformativo del giudicato amministrativo e fase esecutiva. Infatti è proprio nell'esecuzione e nel giudizio di ottemperanza che il giudicato ha visto attuare la sua portata "reale" secondo un bilanciamento ragionevole degli interessi in gioco.

Per il resto, lasciami dire che il processo amministrativo sui contratti pubblici è solo un frammento dell'esperienza giurisdizionale amministrativa. Semmai, la frequenza di così tante controversie è qualcosa di atipico. Non sono in possesso di dati statistici puntuali, ma credo che rispetto agli altri Stati membri l'Italia sia in una posizione decisamente diversa. Quindi non è su una riforma che riguarda solo questo campo che si gioca l'inquadramento generale della tutela processuale amministrativa. Anzi, quella di cui discutiamo resta una vicenda particolare, nella quale sono in gioco oltretutto perlopiù interessi legittimi pretensivi, l'un contro l'altro (sin troppo) armati, in relazione a quella funzione amministrativa che Franco Scoca ha definito "distributiva". Non proprio il terreno più adatto su cui misurare l'esperienza storica (e gloriosa, come tu sostieni!) della giurisdizione pretoria del giudice amministrativo italiano. E viceversa non posso fare a meno di pensare agli interessi oppositivi ed a quanto conti per essi il giudicato amministrativo; e quindi anche alle dottrine liberali in un momento storico nel quale il rapporto tra diritto alla salute e libertà individuali è messo a così dura prova, pur se con difficilissime operazioni di bilanciamento.

Infine, il diritto privato.

Se, da un lato, ho manifestato dei dubbi su quell'operazione culturale che nel corso degli anni '90 lo ha improvvisamente travasato nel diritto amministrativo (nell'impiego pubblico, nell'organizzazione amministrativa e persino tra i principi posti dall'art 1 della legge sul procedimento), dall'altro lato, del diritto privato non possiamo nemmeno aver troppa paura. È il destino di chi come noi ha scelto questo settore: un buon amministrativista non può fare a meno né del diritto costituzionale né del diritto privato.

Due considerazioni soltanto. Il contratto è fenomeno di diritto privato e lì dove il diritto privato si preoccupa di collegarvi stabilità e garanzie (a partire dal principio *pacta sunt servanda* ex art. 1372 c.c.), offre dei veri e propri "beni" giuridici all'impresa. Ecco, l'impresa (privata) è un valore che troppo spesso in Italia tendiamo a sottovalutare, a mio parere. Sicché la dimensione privatistica di un contratto conta eccome per l'interlocutore della p.a. e non può essere obliata. In secondo luogo, accade oggi in Italia che molti privati titolari di diritti di esclusiva ed imprese pubbliche operanti nei settori speciali, avendo obblighi di evidenza pubblica circoscritti ai soli appalti strumentali, per l'affidamento degli altri appalti preferiscano seguire il "diritto privato". Questo implica, per effetto

di altrettanti autovincoli, che l'appaltante tuttavia esperisca comunque una gara per scegliere l'appaltatore. Si sperimenta un modello di gara che, pur assicurando pienamente imparzialità, parità di trattamento (e concorrenza, se gradita), è ben più snella e flessibile di quelle norme che troviamo nel nostro Codice dei contratti pubblici. Le imprese pubbliche e i concessionari preferiscono, quando possibile, questa strada concorsuale privatistica a quella pubblicistica. Qualcuno penserà che questo serva ad evitare il giudice amministrativo. È possibile che talora sia così. Ma a mio parere è ancor più pressante una motivazione diversa: quella di evitare un modello diventato davvero troppo complicato e insopportabilmente formalistico, garantendo tuttavia con pari efficacia i valori della pubblicità e non discriminazione. Questi accadimenti dovrebbero farci riflettere. Perché se il diritto amministrativo perde rispetto a un diritto privato che finisce per sostituirlo proprio sul terreno della garanzia dei principi di imparzialità e buon andamento qualcosa – penso – non ha funzionato proprio al meglio.

Basterà questo a fare convergere le nostre opinioni, caro Marco? A te il finale!

Marco Mazzamuto – Caro Fabio, sostanziale convergenza? Fino ad un certo punto. E del resto potrebbero mai due siciliani ritrovarsi *in toto*? Vale anche per noi l'adagio della tradizione ebraica, sempre rimasta, nonostante l'editto spagnolo del 1492, nell'*humus* profondo della sicilianità: “due ebrei, tre opinioni”.

Procediamo con ordine.

Mi compiaccio assai che anche tu ti erga a difensore della tradizione giurispubblicistica, ed in particolare della sua matrice pretoria. Il diritto amministrativo, per come consegnatoci dal XIX sec., ha dato luogo ad una combinazione *sui generis* tra fonti scritte e fonti giurisprudenziali. Il legislatore di diritto amministrativo, comprese le fonti secondarie e terziarie, è sempre stato segnato dall'ipertrofia normativa e da incessanti, quanto caotici o anche sgrammaticati, mutamenti, condizionato com'è dalla pressione congiunturale degli interessi. Ma il punto di equilibrio stava nel fatto che gli venivano interdetti interventi nella parte “generale”, sostanziale e processuale, oggetto invece di creazione e di dominio del giudice pretore, che a sua volta conformava ai propri principi la scompostezza delle norme scritte di carattere settoriale, garantendo così la certezza del diritto. Questi ultimi decenni sono invece informati al verbo della codificazione delle parti generali, con la disastrosa conseguenza che anche queste parti sono state coinvolte da quell'inevitabile spinta alle reiterate modifiche legislative, mettendo in seria difficoltà il benefico ruolo svolto tradizionalmente dalla giurisprudenza. Per intenderci: avrei fatto a meno sia della legge sul procedimento amministrativo, sia del codice del processo amministrativo. È un tema che ho già affrontato

in uno scritto del 2015, nella prospettiva di un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata.

Meno codice dei contratti pubblici e più giurisprudenza? Non mi dispiacerebbe affatto. E anche qualora l'amministrazione si mostri incapace e dunque bisognosa di essere presa per mano, è sempre meglio che venga guidata dalla giurisprudenza piuttosto che dal legislatore. Ma perché la giurisprudenza possa in effetti produrre certezza, così come nel XIX sec. gli amministrativisti francesi osannavano il ruolo del *Conseil d'État*, è assolutamente necessario fermare la macchina infernale del riformismo, occorre cioè che il legislatore dica una parola o, ancor meglio, una mezza parola ogni morte di papa.

Condivido poi la tua lamentela sugli eccessi dell'anticorruzione, soprattutto nell'aver determinato una commistione di funzioni attorno all'Anac, mentre, a mio avviso, un'autorità anticorruzione dovrebbe sempre collocarsi *ab externo* rispetto al governo dei contratti pubblici.

Ma vi sono diversi aspetti che segnano ancora una distanza.

Ridimensionare la tutela in forma specifica?

Ti appoggi alla giurisprudenza costituzionale, e male fai invece di criticarla, poiché penso che si tratti di uno dei peggiori orientamenti espressi dal giudice delle leggi in materia amministrativa. Spero piuttosto che tali pronunciamenti verranno quanto prima ricondotti nell'alveo di una eccezionalità legata a del tutto specifiche ragioni di rilievo costituzionale, come è stato nel caso dell'autonomia dell'ordinamento sportivo.

E poi la "svolta epocale". Di epocale vedo solo la pandemia, nella sua penosa congiuntura. Per il resto mi pare che, a parte grandi questioni come quella dello sviluppo sostenibile, si tratti del solito *tran tran*, più o meno problematico, delle economie, come tu dici, c.d. avanzate: ben altre sono le vere tragedie che continuano ad attanagliare altre parti del pianeta, tra guerre, miseria ed esodi disperati. La tua citazione, esemplificativa, dell'*Economist* non mi fa dunque una particolare impressione e tanto meno potrei cedere, in ipotesi, ad una sorta di implicito quanto mal posto ricatto hobbesiano in salsa economica. In ogni caso, per tornare al nostro piccolo anfratto di amministrativisti, non è depotenziando la tutela che si contribuisce a risolvere i presunti problemi epocali che vorresti fronteggiare.

Sono d'accordo sul tenere in auge il giudizio di ottemperanza, sebbene la *ratio* da cui muoviamo non sia proprio coincidente. In miei recenti scritti ho più volte osservato che tutta questa propensione a rafforzare il momento della cognizione, contrariamente a quanto si possa pensare, potrebbe condurre ad un irrigidimento e dunque ad un ridimensionamento della tutela, mentre è proprio con la sua tradizionale elasticità tra cognizione ed esecuzione che il giudice amministrativo ha potuto entrare con maggiore profondità nei meandri dell'azione ammi-

nistrativa. Tralascio poi che questo mito della piena giurisdizione vorrebbe scimmiettare il modello civilistico: un puro formalismo processuale, fatto di nuove azioni o dell'idea astratta del dare subito ciò che è dovuto, ma che dimentica come, pur ad usare questa equivoca terminologia, anche una *semiplena* giustizia amministrativa, per i contenuti sostanziali e processuali del sistema giuspubblicistico, è ed è sempre stata di gran lunga più piena della più piena giustizia civile. Ho invece l'impressione che la tua critica sia mossa da una preoccupazione opposta, e cioè che il potenziamento della cognizione sia favorevole al ricorrente e che dunque pregiudichi anzitempo il temperamento con l'interesse pubblico che tu auspichi possa ancora avvenire in sede di ottemperanza. In un caso devo però darti ragione: quello del *one-shot* temperato. Un istituto che, come ho già avuto modo di scrivere, ritengo incostituzionale perché si basa su una preclusione astratta (la consumazione del potere: attenzione del solo potere di negare ciò che chiede il ricorrente) e non su un accertamento, perché dipende irragionevolmente dal puro accidente di chi si trova in posizione di ricorrente, a seconda della direzione della scelta amministrativa, perché, te lo concedo, può sacrificare, appunto senza accertamento, interessi pubblici di alto rango, e soprattutto, come vedi penso sempre alla tutela, perché farebbe del controinteressato il figlio di un dio minore.

Infine il diritto privato. *Pacta sunt servanda*? Una pura illusione quando si tratta di contratti pubblici. E ciò non solo per la presenza, non casuale, di fattispecie di recesso *ex lege*, ma anche perché un'amministrazione prudente sarà sempre nelle condizioni di imporre clausole che garantiscano la cura dell'interesse pubblico rispetto ad un eccessivo irrigidimento del patto contrattuale. Questo fa comprendere perché sono preferibili le qualificazioni pubblicistiche. Prendiamo la tradizionale alternativa tra contratto e concessione: a me appare del tutto evidente lo scarto tra la debolezza di un sindacato civilistico sul recesso della p.a. da un contratto di diritto privato e un ben più garantista e approfondito sindacato pubblicistico sulla revoca di una concessione, senza parlare poi del primato della tutela in forma specifica di cui godrebbe *de plano* il cittadino in questo secondo caso. Ancora una volta, si comprende facilmente perché io possa essere favorevole ad una riqualificazione pubblicistica (unilaterale o bilaterale in fondo poco importa) degli attuali contratti di diritto privato, sulla scorta del modello francese.

Mi consentirai poi di dissentire da quella tua ipotesi secondo la quale nei settori speciali le imprese, tramite l'autovincolo, porterebbero avanti una gara più snella, una gara di diritto privato. Credo che qui ti sei lasciato prendere troppo la mano dalla tua prospettiva. Nei settori speciali, le imprese hanno comunque svolto delle gare semplicemente in ragione delle incertezze sull'effettiva portata degli appalti "strumentali" su cui cade il vincolo concorsuale UE. Insomma, per non

correre il rischio di sbagliare, si sono messi cautelativamente il ferro dietro la porta: altro che propensione ad una gara privatistica che vorresti assurgere a modello.

Un buon amministrativista non può far a meno del diritto privato? Bisogna vedere in che senso. Una cosa è che l'autonomo "sistema" giuspubblicistico possa utilizzare concetti esistenti anche nel diritto privato, ma conformandoli ai propri principi, altra cosa è invece dare ingresso alla "logica" privatistica, poiché da ciò potrebbe soltanto derivarne una minor tutela del cittadino: ad es., come dicevo, qualora si voglia sostituire il primato pubblicistico della tutela in forma specifica col primato privatistico della tutela risarcitoria per equivalente. Se si guarda a questa seconda evenienza, semmai occorre che l'amministrativista stia ben alla larga dai principi privatistici. Sui principi costituzionali poi devo confessarti che non vi ho dato mai grande importanza rispetto al gigantesco costruito del sistema giuspubblicistico ereditato dal XIX sec.. Per quel che mi riguarda la cosa più importante che hanno fatto i costituenti consiste semplicemente nell'averne confermato la vigenza.

Ah dimenticavo! Se l'ordinamento UE è suscettibile di qualche critica, ciò vale sicuramente per l'induzione alla cacofonia giuridica. Ti dirò che avevo cominciato ad usare lo sgradevole aggettivo "eurounitario", visto qua e là, sicché, quando, sempre qua e là, è spuntato fuori anche "unionale", mi è sembrato il minor male. Ma è vero: rimane preferibile "comunitario". Vedremo se la musicalità riuscirà a prevalere nel linguaggio dei giuristi.

Saremmo dunque arrivati alla conclusione del nostro dialogo? Probabilmente no, ma occorre fermarsi per rispetto del nostro ospite, il carissimo amico Fabrizio Fracchia, buon sabauo, che non merita certo di essere portato allo sfinimento di un agone siciliano.

