

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 3-4/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Di Pace, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Giorgio Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Salvatore Cimini, Francesco Castiello, Caterina Cittadino, Giorgio Fraccastoro, Federica Gagliarducci, Maurizio Greco, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Simonetta Pasqua, Filippo Patroni Griffi, Helene Puliat, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Stagliano, Alfredo Storto, Federico Titomanlio, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Lo Stato di necessità anticorruzione e l'intervento emergenziale del codice degli appalti

di Giuseppe Palma*

Abstract

This paper introduces several aspects of the new 2016 Italian Public Procurement Code. According to the author, the key concept that inspired the reform is the prevention and the fight against corruption. In recent years, the anti-corruption law reforms have been characterized by a logic of "state of emergency", and the Code reflects these trends. In this perspective, we could understand the significant rulemaking powers delegated to the Anti-Corruption National Authority (ANAC). The paper has been delivered at the Conference "*Anticorruzione e trasparenza negli Enti Locali*", Comune di Torre del Greco, 19 April 2016.

1.

Mi competerebbe di concludere questa mattinata interessantissima di studio, senonché ritengo una operazione non facile raccogliere i numerosi spunti felici e dottrinali di notevole spessore argomentativo, che connotano le relazioni che mi hanno preceduto, per cui valuto più opportuno avviarmi ad esprimere alcune considerazioni sul generale indirizzo, che deve ritenersi presumibilmente adottato dall'atto normativo, qui esaminato da differenti e concordanti aspetti, nell'intento dichiarato di precisare, sia pure in termini generali, la prospettiva dalla quale può intuirsi che il legislatore patrio si sia mosso*. Nella specie trattasi di una tematica sulla quale si sono invecchiate le ultime generazioni di studiosi, ma che altrettanto sinceramente non può ancora ritenersi che abbia trovato una sua esaustiva soluzione, anche perché tra i suoi presupposti non sono inclusi soltanto problemi tecnico-giuridici, bensì anche fattori negativi della attuale struttura sociale, i quali richiederebbero un intervento di più ampio respiro sul piano politico.

Durante i lavori della mattinata si è intuito e per molte ragioni compreso che il nodo inestricabile della nuova disciplina sugli appalti consiste nel debellare il demone della corruzione, che ormai da tempo allarma per la sua dimensione assunta nella vita nazionale. Infatti non si pensi che un tale condannabile fenomeno non abbia i suoi precedenti storici, qualora si ricordi l'imperativo categorico di Democrito, il quale già nel quinto secondo a.c. consigliava di "*porre l'interesse dello Stato sopra quelli personali. Solo così lo Stato è ben governato. Non si devono creare pretesti per violare l'equità, né tentare sopraffazioni contro il bene comune*". Ma la constatazione che allarma è la sua vastità, assunta specialmente negli ultimi venti anni o perlomeno negli ultimi venti anni il fenomeno si è imposto con urgenza all'attenzione generale, quando si è compreso che la giustizia penale da sola appariva inidonea a debellare la corruzione; anzi non soltanto il giudice penale, ma anche il giudice civile, quello amministrativo, la Corte dei Conti ed il potere disciplinare erano divenuti insufficienti a risolvere il problema che veniva a noi rammentato frequentemente anche dalle autorità dell'Unione Europea.

È vero, si suole ripetere, ricordando il ben noto intellettuale meridionale di alcuni secoli fa, che la storia si ripete, ma sono sempre più convinto che si ripete sul piano effettuale ma non su quello delle cause determinative, poiché il complesso dei fattori causali possono modificarsi a seconda della situazione sociale storicamente determinatasi, cosicché sono queste ultime che vanno identificate se si intende rinvenire i mezzi potenzialmente idonei a condizionare (quantomeno) il fenomeno in esame. E se la nostra attenzione si sposta in termini di approfondimento sulla questione nella sua globalità si può scorgere nitidamente che la prospettiva non ancora tracciata è proprio quella di non essersi finora interessati delle condizioni della struttura sociale attuale, costituente il terreno di coltura della collusione nell'ambito dell'Amministrazione pubblica ed in ordine a questo aspetto, certo di non facile correzione, si comprende l'inadeguatezza, starei per dire istituzionale, della giustizia penale, che è destinata ad intervenire quando il fenomeno collusivo si è già realizzato, laddove nella specie si nota la necessità di un'azione, ovvero di più azioni politiche preventive, fino ad oggi non riscontrabili.

Ed al fine di chiarire le varie pieghe che l'esposizione lascia intendere, sia pure sinteticamente nella loro individuazione, va ricordato che la struttura organizzatoria e pertanto anche

* Professore Emerito di diritto amministrativo nell'Università di Napoli Federico II. Conclusioni al Convegno "*Anticorruzione e trasparenza negli Enti Locali*", tenutosi il 19 aprile 2016 nell'aula consiliare del Comune di Torre del Greco, destinate al volume degli atti in via di pubblicazione.

funzionale della nostra p.A., in virtù dei valori costituzionali, peraltro non ancora compiutamente attuati, ha nel tempo subito rilevanti mutamenti evolvendosi in amministrazione democratica, il che ha comportato (il profilo viene sintetizzato in questa sede, avendolo già esposto in un precedente lavoro) l'azzeramento quasi totale della preesistente teutonica gerarchia, la quale fungeva anche da controllo interno, e più ampiamente sono stati soppressi ogni altro controllo interno in ragione dell'impresso decentramento, che l'art. 5 della Cost. impone avverso l'eccessivo preesistente accentramento, in conseguenza la p.A., anche in termini decisionali, ha per così raggiunto la collettività degli amministrati (e come definii molti anni fa "precipita a valle"), ma se un tale movimento decentrativo era del tutto auspicabile per altro verso non si è compreso allora e si continua a trascurare la logica conseguenza che l'Amministrazione è finita per essere "disarmata", senza più valida difesa nei confronti della forza di intimidazione degli amministrati (-privati).
In altri termini con la perdita degli anticorpi si è vanificata anche l'etica di servizio. Certo l'effetto negativo, testé ricordato, si è maggiormente acuito con la sopraggiunta profonda crisi della società, di quella appunto comunità di privati (-amministrati), poiché è intuitivo che l'Amministrazione, informata ai valori costituzionali, presuppone (e presupponeva) che anche la società civile si riconosca nei valori della vita democratica. Ma mettere ordine in quest'ultimo problema, che è da riconoscersi fa tremare i polsi, occorre un progetto politico di lungo periodo ispirato (per così dire) ad una pedagogia sociale e quindi politica (ovvero politica e quindi sociale, che è lo stesso), ma tutto ciò richiederebbe che la politica riadottasse un sistema coerente di valori da cui far procedere un programma organico tendente alla ristrutturazione sociale e non più consistente in singoli parziali accorgimenti tra loro slegati ed a volte contraddittori, del resto come consiglia l'integrale programma costituzionale, ma non sembra che una tale profonda esigenza possa essere avvertita nel presente momento, per molteplici condizionamenti storici.

Va subito anticipato che ogni società è come un prato con fioritura di campo che ben presto si inaridisce con il diradarsi dei valori politici (e della politica) e sopraggiunge la desertificazione dei valori della civile convivenza e d'altro canto i valori comuni (politici) sono validi se sono validi i valori individuali.
Inoltre va anche considerato che la "morale" per la sua logica esistenziale, non è un mero valore ideologico sorto ad opera della politica bensì un sentimento che rientra nella coscienzialità di ogni uomo che vive nella società organizzata intorno a valori di civiltà, pertanto essa dovrebbe assurgere ad imperativo categorico di ogni componente di questa che decide di dedicare la vita nella cura delle fortune della società; pur tuttavia se quest'ultima smarrisce un siffatto sentimento non al solo politico va imputata l'assenza della morale perché egli è in fatto (e non solo in fatto) l'espressione di quella società.
E' facile allora desumere che il problema in parola assume dimensioni notevolmente vaste, che complicano ogni possibile prospettiva di risoluzione, poiché implicherebbe un disegno politico di organica complessità, capace di sensibilizzare la coscienza collettiva, presupposto essenziale per anelare alla "città dell'oro", come intesa dai Costituenti, ed in altri termini capace di imprimere nella coscienza sociale l'esigenza, che è anche una necessità, dell'osservanza degli "impegni" sanciti da questi ultimi; ed è appena il caso di precisare come a siffatti impegni siano tenuti innanzitutto i politici, pertanto se si intende sottolineare una responsabilità peculiare di questi, tale responsabilità si concretizza

soprattutto nel non aver ancora assunto "politicamente" l'impegno di (tentare di) risolvere il problema nella sua globale ripercussione sociale, in altri termini di favorire e di accelerare in pieno l'attuazione della Costituzione; assenza politico-culturale che può influire sulla stessa stabilità complessiva del sistema democratico.

La prova provata delle osservazioni premesse è facile dedurre da quanto si è verificato dagli inizi degli anni novanta sino ad oggi; si ricorderà che il fenomeno collusivo nei lontani anni novanta occupò la scena della "critica sociale", con la ben nota tangentopoli, in ordine alla quale va riconosciuto alla giustizia penale il merito di aver svolto pienamente il suo ruolo, forse con qualche sovrabbondanza, ma il potere istituzionale che, in quel tempo e negli anni successivi, ha taciuto, ovvero è stato disattento confidando forse nell'effetto deterrente della remora delle condanne penali, è stato quello politico governativo, ove si pensi che una prima risposta più organica, in materia è datata nel 2012 (L. n. 190); ma non è stata sufficiente a condizionare il fenomeno il quale progressivamente ha assunto dimensioni ancora più virulenti, d'altro canto è risaputo che un "morbo" se non curato tempestivamente si aggrava e si è aggravato nell'assenza di ogni opportuno intervento, di consistenza di cui più sopra si è parlato, politico, per tal modo che allo stadio di immoralità all'inizio riscontrato si è sostituito quello, ben più difficilmente correggibile, di amoralità, nel quale ogni individuo prescinde completamente da ogni implicazione coscienziale.

E si comprende che un tale retroterra non può combattersi soltanto sul piano processuale, ma deve essere coadiuvato da interventi diretti a mutare, quantomeno nelle linee generali, la Kultur sociale ed un valido strumento può consistere nel richiamare all'attenzione dei "soci" l'ossequio dovuto ai valori della Costituzione.

Ma una impostazione di tal fatta richiederebbe che fosse operata, come primissima istanza, a livello delle formazioni politiche, perché appare logico che un tale movimento, sia pure lungo ed accidentato, prenda origine da chi è chiamato ad influire sulla struttura sociale; a questo livello però attualmente le difficoltà si sono drammaticamente complicate, tali da suscitare una sorta di angoscia collettiva che in quanto tale è difficilmente addomesticabile.

Non può non considerarsi di agevole percezione la situazione reale delle formazioni politiche dopo la caduta delle ideologie, le quali indubbiamente avevano per lungo tempo irrigidito le separazioni, però, per converso, si poteva pur sempre fidare sulla disciplina di partito con netta risonanza comportamentale degli iscritti, ora il partito non è più quella comunità di singoli che condividono una prospettiva comune di valori ideologici e politici, bensì si configura sempre più come una "arena" di scontro e di competizione, più o meno intenzionalmente pubblicizzati dai mass media, di singoli individui, ognuno convinto delle proprie certezze, ritenute pertanto incontrovertibili, i quali non violano il vincolo partitico in buona parte per interessi elettoralistici.

Insomma gli odierni partiti possono essere paragonati ad alcune antiche divinità pagane raffigurate con una molteplicità di teste, vale a dire, fuori dalla metafora, di leaderini, ognuno dei quali grida la propria rabbia, ma che non sa concorrere (o non vuole) alla maturazione di un coerente disegno politico da attuare in concreto; una sorta di narcisismo politico. Il che non è da destare meraviglia, poiché con la fine del secolo breve si salutò, forse con superficialità, l'abbandono del rigido steccato ideologico, auspicando l'avanzare di una sana politica più flessibile alle reali condizioni sociali esistenti, senonché, anche per la subentrata grave crisi economica, quel vuoto lasciato ha consentito l'occupazione di una strisciante demagogia, che

va vista come il sottoprodotto della incultura politica, stante anche il fatto che le sopraggiunte condizioni di crisi economiche e sociali, testé citate, hanno causato anche la dispersione di detta cultura sotto l'urgenza di soluzioni contingenti ed emergenziali, a danno appunto di previsioni di più lungo respiro.

Oramai a complicare una siffatta previsione concorre anche quanto viene asserito da alcuni politologi secondo cui la politica è destinata a divenire sempre più "liquida" per la scomparsa dei partiti di massa, che nella nostra prospettiva rappresentavano un più agevole coagulo di azione; a chi scrive piace pensare che la mentovata scomparsa sia per ora aggravata dalla crisi economico-sociale attuale, perché altrimenti si entrerebbe in fibrillazione ove si dovesse prevedere il perdurare dell'alterata struttura sociale.

Non è peregrino notare come una notevole coesione intorno a valori condivisi risulta riscontrabile ancora a livello della classe detentrice dei mezzi di produzione, per la restante fascia della borghesia, che possiede unicamente la forza lavoro, per essersi ormai interrotto il fenomeno dell'ascensore sociale, è destinata a proletarizzarsi, pertanto la prima classe nutre (e se mai nutriva) l'interesse proprio di non consentire la dissipazione delle finanze pubbliche, mentre la proletarizzazione è portata a considerare soprattutto i problemi della sopravvivenza e diventa perciò refrattaria a maturare disegni riformatori di lungo respiro, emarginandosi dalla problematica relativa all'assetto sociale, e soprattutto, per quanto qui interessa, è portata a trascurare ogni tematica connessa alla coscienza etico sociale.

Per concludere queste prime riflessioni, le quali implicitamente concorrono ad identificare i limiti di efficacia dell'atto normativo in esame a fronte del più generale fenomeno della stabilità del regime democratico, si aggiungono poche considerazioni, a riprova della conclusione che si intende trarre, consistenti nel porre in luce le ripercussioni dirette di detta generale situazione esistente: è intuibile agevolmente come nel periodo della presenza di partiti, intesi in senso classico, l'eletto rispondeva alla disciplina di partito anche in virtù della circostanza che veniva votato in quanto rappresentante di quella determinata formazione politica, cui l'elettore concedeva fiducia e ne condivideva i valori, ora, per converso, venuto meno quel vincolo, ovvero presentandosi all'elettorato come singolo leader, questi non viene più prescelto perché rappresentante di una formazione, bensì come singolo e come tale deve provvedere a suscitare una certa corrente di "simpatia", in conseguenza è anche sospettabile che rimanga condizionato nella sua azione se non addirittura compromesso da "accordi" contratti prima delle operazioni elettorali; in tal caso si può ricordare con Machiavelli che "*coloro che vincono, in qualunque modo vincono, non né riportano vergogna*".

2.

Ora se lo sguardo viene spostato, come appare utile in questa sede, sull'atto legislativo appena approvato, vale a dire sul Codice degli appalti e dei contratti di concessione, a norma dell'art. 1, co. 3 della L. 28/1/2016 n. 11, si possono rinvenire numerose tonalità paradigmatiche precedentemente delineate ed occorre subito dichiarare che la lamentata lunga astensione politica in materia di rimedi globali avversi la corruzione inducono a comprendere, se non a giustificare pienamente, la complessiva intensa trama dispositiva in esso contenuta.

Infatti non si possono sollevare troppi dubbi intorno al principio che la legislazione non può non essere adeguata alle esistenti condizioni di carattere sociale che ne impongono l'adozione, pertanto una società o, se si vuole, un clima sociale che si connota per una forte presenza di rapporti collusivi non può non "giustificare" una disciplina che si qualifica per il carattere

implicitamente emergenziale e dal tono notevolmente autoritativo. E per quanto si dovrà precisare più avanti, va anche fatto notare come l'avvertita estrema urgenza di affrontare il perverso fenomeno induce (purtroppo) a minimizzare l'allarme per la conseguenza inevitabile che l'auspicata più celere attuazione della Costituzione subisca un rallentamento, che ci si augura dettato da esigenze congiunturali, d'altro canto anche il diritto subisce le intemperie degli stati di necessità.

Per convincersi dell'assunto è sufficiente notare che in forza della disciplina costituzionale l'effetto da salvaguardare sarebbe quello di procedere ad una adeguata ristrutturazione fisiologica dell'apparato amministrativo, restituire ad esso quello spirito di corpo che funge anche da autoresponsabilità, in altri termini adottare questi siffatti canoni nell'esercizio delle funzioni anche in una Amministrazione sempre più decentrata per volontà costituzionale, ed invece la chiave di lettura spassionata della disciplina introdotta sembra muoversi in direzione opposta istituendo una sorta di tutela per linea esterna, a così dire un canale di vigilanza extra-corporea, pertanto l'area di discrezionalità, di competenza degli organi di Amministrazione pubblica, finisce per essere una sorta di "libertà vigilata", ovvero sotto tutela ad opera di soggetti e di organi non appartenenti all'amministrazione attiva e nei quali viene da augurarsi una funzione taumaturgica, finché l'apparato p.A. rimane immodificato.

E' vero che in una certa misura si è sempre proceduto in questo modo aggiungendo all'occasione nuove strutture destinate a correggere l'attività di quelle preesistenti mal funzionanti, cosicché la struttura amministrativa, si è col tempo complicata ed in definitiva "cresciuta" su se stessa ha perso in parte anche la logica del funzionamento. D'altro canto non si svela niente di nuovo poiché anche nel caso di specie la *ratio legis*, la spinta al nuovo intervento normativo non è stato, ancora una volta, il funzionamento dell'Amministrazione pubblica, ma piuttosto la necessità di recepire ben tre direttive comunitarie, soprattutto in materia di garanzia della concorrenza, nonché l'attuale affanno causato dalle deficitarie condizioni della finanza, perché è subentrata la convinzione che gran parte delle deficienze finanziarie statali siano rinvenibili nei numerosi miliardi di euro occultati nei rapporti collusivi, diffusi in materia appunto degli appalti per l'esecuzione di opere pubbliche infrastrutturali; in ordine a detti appalti infatti si rileva una generalizzata carenza progettuale, bassa qualità della realizzazione, previsione di richieste e di proposte sovrastimate, mancanza di valutazione costi-benefici, gare pilotate, materiali utilizzati scadenti, ecc. ecc.

E si può per il momento concludere affermando che se l'Amministrazione è la Costituzione in azione, ancora una volta si è costretti a sottolineare che l'intervento non ha per oggetto diretto la p.A., bensì si è trattato di imporre ad essa alcune correzioni di rotta all'insegna di ben differenti esigenze e/o interessi che, giustamente, sono state valutati per il momento degni di maggiore garanzia. Si può forse sospettare che se la cultura anticipa e giustifica la politica non è ancora matura la cultura avente ad oggetto la p.A. e ciò, significativamente, fa da *pendant* con l'assenza di adeguata cultura nella attuazione della normativa costituzionale: tutto si tiene.

3.

Se si prosegue in questa prima lettura della legge sugli appalti è agevole accorgersi che essa è tutta impostata sulla esigenza, avvertita politicamente, di sgominare il demone della corruzione, così come l'Unione Europea, sia pure sotto il profilo della concorrenza mal soddisfatta, ha richiamato l'attenzione. Cosicché si comprende bene, sulla falsariga di quanto premesso , che la strategia seguita è quella di affiancare

alla precedente generale disciplina sulla negoziazione pubblica, congegni, più o meno ritenuti validi, diretti a limitare (quantomeno) l'area nella quale si può infiltrare, pur sotto il rispetto formale della disciplina legale, accordi collusivi, si è trattato cioè di innestare nella preesistente disciplina accorgimenti ritenuti sufficientemente idonei a scongiurare siffatti sottesi accordi; quindi trattasi di una specie di sovrastruttura di garanzia al modus operandi della p.A, che sul piano della struttura funzionale finora ha subito ben poche modificazioni. Del resto già il giudice amministrativo aveva iniziato, in costanza del vecchio codice degli appalti, a porre freni a tale modus operandi, come quando ha consacrato l'abbandono del principio (interpretativo) formalistico a favore di quello sostanzialistico delle clausole contenute nel bando di gara al fine di condizionare l'eccessiva "libertà" della stazione appaltante.

Se quanto si è appena affermato è da condividersi, allora si può anche spiegare la strategia globale seguita in questo caso dal legislatore, il quale ha preferito non fissare criteri già definiti ed immodificabili, ma piuttosto una riforma a dir così in progress, capace di adattarsi volta per volta alla concreta situazione fattuale, così come essa si presenterà nella fattispecie del reale. Indubbiamente è un criterio sistemico in linea di principio apprezzabile, trattandosi di negoziazione, sebbene qualche dubbio può già ora prefigurarsi sul suo futuro concreto funzionamento.

Sul piano meramente teorico un tale sistema convince ancor più chi scrive che la "legge" stia lentamente perdendo il suo storico "attributo della certezza" (perlomeno così la dottrina storica ci ha tramandato), vale a dire che non consacra un regime giuridico rigido ed esaustivo di una data fattispecie del reale, ma una disciplina che consente sempre più alla giurisdizione uno spazio relativo di interpolazione creativa, ma nel caso in esame questa facoltà a dir così di integrazione della disciplina dei casi concreti è riservata al Governo e all'ANAC, oltre che evidentemente all'autorità giudiziaria, quest'ultima come ultima istanza, cosicché allo sguardo dell'indagatore attento non può sfuggire l'ombra densa che avvolge possibili (sebbene non auspicabili) conflitti tecnico-giuridici, la cui soluzione finisce per competere alla sempre buona autorità giudiziaria, perché non sempre alla presenza del medico al capezzale dell'ammalato consegue il risultato sperato, occorrendo nella specie ricorrere al chirurgo per la conseguente amputazione, vale a dire al giudice penale.

Quanto premesso è comprovato dal fatto che vengono previsti 50 atti attuativi da assumere nel tempo, di questi 35 da essere assunti dal Governo e quindici di competenza dell'ANAC; come si può dedurre è un sistema normativo del tutto nuovo e poco sperimentato, di una serie di interventi di carattere giuridico amministrativo i quali sono destinati in futuro e secondo le circostanze di fatto a determinare lo specifico indirizzo di applicazione pratica della disciplina legislativa di riferimento, quasi una specie di completamento di detta disciplina con la risonanza in special modo sul piano di attuazione. E che siano poi di carattere amministrativo tali successivi interventi è indubbio, poiché gli atti governativi sono assumibili dopo la scadenza dell'anno prefissato nella legge di delega e l'intervento dell'ANAC non può non essere amministrativo per la sua stessa natura istituzionale (invero non pienamente inquadrabile istituzionalmente, qualcuno sostiene la configurazione di Autorità indipendente).

La conseguenza che può fondatamente prefigurarsi nel futuro è che siffatti interventi, proprio per la loro essenza giuridico amministrativo, non potranno mai essere sottratti al sindacato giurisdizionale, né gli atti attuativi governativi, né le direttive dell'Autorità anticorruzione, e si potrà assistere alla deflagrazione di numerose

contese contenziose, le quali invece di abbreviare i tempi di esecuzione delle opere (causa, come da più parti rilevato, della proliferazione dei costi) si potrà assistere alla "via crucis" di interminabili questioni in sede giurisdizionale, con la conseguenza ulteriore che la "certezza" giuridica diversamente dall'intenzione forse perseguita, diverrà sempre più marginale vinta dall'urgenza estrema di limitare le occasioni di corruttela .

4.

Era necessario maturare una visione più organica, in forza della quale pervenire all'intelligente (in termini politici) sintesi dei numerosi profili problematici, che il fenomeno collusivo finisce per coinvolgere e per interessare, non ultimo interventi correttivi della stessa struttura funzionale dell'Amministrazione pubblica, come del resto si è più volte ribadito, anche perché il demone della corruzione non "vegeta" soltanto sul piano della negoziazione. Ma il Governo con l'adozione del decreto legislativo in esame (e già prima con la proposta della legge delega) ha chiaramente mostrato un notevole grado di sfiducia nei confronti della p.A. al punto tale che, in materia di appalti, contravvenendo al movimento in atto, sia pure con molte pause di riflessione, del decentramento amministrativo, ha invertito il senso di marcia procedendo in direzione di un "leggero" riaccentramento, riservandosi un rilevante potere di intervento in termini di disciplina dell'attività negoziale; è sufficiente a tal proposito ricordare la istituzione della cd. Cabina strategica di regia presso il Consiglio dei Ministri, d'altro canto anche il ruolo competenziale dell'ANAC che include, oltre alle direttive, anche pareri da rilasciare al Governo e quindi alla suddetta Cabina, costituisce un canale valido affinché il potere della autorità terza (ANAC) rifluisca al centro.

Insomma trattasi di strisciante riaccentramento, che, per la rilevata assenza di cultura costituzionale a livello dell'attuale classe politica, deve condividersi sperando che la strada imboccata possa col tempo far regredire l'incivile fenomeno dello sperpero della finanza pubblica, e più esattamente di impedire che la proliferazione del costo dell'opera pubblica finisca per scaricarsi sulle spalle degli onesti cittadini che contribuiscono alla finanza statale.

In verità la conclusione delle linee prospettiche (ma è questo l'unico grado di approfondimento consentito in questo momento) della nuova disciplina introdotta, mi induce ad esprimere una amara riflessione sullo stato della dottrina giuridica, la quale forse sarebbe dovuta essere più attenta al fenomeno collusivo, abdicando alla sottesa convinzione che essa fosse soltanto un fenomeno da essere risolto in campo di giustizia penale, senza riflettere che il fenomeno ha finito per connotare molta parte della azione funzionale dell'Amministrazione pubblica e quindi della sua azione pratica e ciò sembra potersi spiegare nel considerare che, sebbene i tempi storici siano mutati, la dottrina mantiene un reverenziale ossequio agli autorevoli indirizzi ricostruttivi tramandataci dall'epoca precostituzionale, senonché l'avvento dello spirito costituzionale sembra richiedere altro, come la rivisitazione dei dogmi ritenuti finora immodificabili, specialmente nel periodo attuale nel quale si avvertono sempre più allarmanti dissonanze, che tentano di porre in crisi la stessa stabilità della vita democratica; ci si augura che si tratti di fenomeni conseguenti al mutamento climatologico.

Ed infatti perché non configurare, nell'area della collusione, il vizio della "volontà", in termini di dolo ad es. del funzionario colluso che comunque stipula un contratto, con la conseguenza di dichiarare nullo lo stesso contratto e di ritenere detto funzionario responsabile del risarcimento dei danni prodotti. Certo mi rendo

conto che alla luce dell'inquadramento dottrinale può apparire ancora un elemento anomalo e non classicheggiante però per chi scrive sembra che non sia più così dappoicché, come ho tentato di dimostrare in altra sede, alla p.A. ai sensi dell'art. 97, 1° co., Cost. spetta anche l'autonomia, la quale però è funzionalizzata proprio ai sensi dell'art. 97 testè citato, pertanto appare una strada praticabile, anche perché come afferma Burke "*tutto ciò che è necessario per il trionfo del male è che gli uomini buoni non facciano niente*".

Ad ogni buon conto agli scettici ricordo, onde evitare ogni angoscia, che l'amministrazione pubblica è come il calabrone, che anatomicamente non ha dimensioni aerodinamiche e quindi non potrebbe volare, ma esso non lo sa e continua a volare.

Grazie.