

S. Giacchetti.

**Appalti di pubblici servizi e/o appalti pubblici di servizi?
La legge n.205 del 2000 gioca a dadi.**

Sommario:1) La trasformazione del bagaglio ideologico del diritto amministrativo.2) La nuova concezione del “buon andamento” della pubblica amministrazione ed il generale processo di trasformazione dell’ordinamento giuridico a seguito della globalizzazione economica.3) La trasformazione del concetto di “pubblica amministrazione”.
4) La trasformazione dei concetti di “diritto soggettivo” dell’amministrazione e di “interesse legittimo” dei privati. La conseguente trasformazione della funzione giurisdizionale amministrativa.5) Gli articoli 4, 6 e 7 della legge n.205: i servizi, gli appalti di pubblici servizi e gli appalti pubblici di servizi. 5.1) La discrasia tra la terminologia comunitaria e quella nazionale. 5.2) L’imprecisa formulazione dell’art. 4. 5.3) Le apparenti diversità di rito e di materia tra appalti di pubblici servizi ed appalti pubblici di servizi. 5.4) L’esigenza di una lettura “integrata” dei tre articoli.
6) Conclusioni: la necessità di una sinergia tra l’opera del legislatore e quella della magistratura e della dottrina; la necessità di un sistema nuovo nel segno della centralità dell’interesse pubblico.

1- Il rischio maggiore al quale, secondo me, noi giuristi attualmente siamo esposti è quello di non renderci del tutto conto che le categorie mentali e gli schemi sistematici tradizionali che continuiamo ad usare – diritto amministrativo, diritto soggettivo, interesse legittimo, pubblica amministrazione, pubblico servizio e simili – oggi sono da considerare organismi geneticamente modificati, e modificati a fondo; sicché corriamo il rischio di comportarci come una di quelle vecchie signore che continuano a dire “i miei bambini” quando parlano dei figli, che magari sono già nonni. Certo il comportamento di queste signore è una manifestazione abbastanza comune del senso della proprietà: una volta che un qualcosa è diventato nostro (sia esso una persona, un oggetto o un’idea) tendiamo inconsciamente a decontestualizzarlo, a fermarlo nel momento in cui più intensamente l’abbiamo sentito nostro. Ma quello che è un comportamento comprensibile e innocuo, quando è riferito a persone viste attraverso la lente colorata dell’affetto, può essere tutt’altro che innocuo quando si tratta di fenomeni da osservare con l’occhio freddo della scienza, ed in particolare quando si tratta di categorie giuridiche; anche perché mentre rientra nella comune esperienza di noi tutti che le persone sono soggette ad un orologio biologico che ne regola l’arco dell’esistenza e che ha dei valori pressoché *standard* per tutti, e quindi nessuno si aspetta l’eterna fanciullezza (almeno in senso fisiologico), le categorie giuridiche, pur vivendo nel tempo, sono – per la loro relativa astrattezza – sganciate da riferimenti temporali precisi e predeterminabili *a priori*: basti pensare che il concetto di diritto soggettivo, concetto chiave del nostro ordinamento, è rimasto pressoché immutato per duemila anni, e solo un cinquantennio fa, con la nuova Costituzione e i fondamentali studi di

Rosario Nicolò (1), si è presa piena coscienza della fine della fase romanistica del diritto civile e delle nuove sue nuove linee evolutive, da una parte in senso dinamico (con la costruzione del diritto soggettivo d'impresa) e dall'altra in senso solidaristico (con l'affermazione della funzione sociale di almeno alcuni diritti soggettivi). Di conseguenza per le categorie giuridiche è forte il rischio, per l'implicito condizionamento ideologico determinato dall'uso di una terminologia che formalmente continua ad essere identica, di cadere nell'errore che a quell'identità formale di terminologia continui a corrispondere un'identità sostanziale di contenuto anche quando questo contenuto – in realtà – è cambiato a fondo. Mi sembra quindi non inutile esaminare se le profonde trasformazioni verificatesi nel nostro ordinamento nell'ultimo trentennio, e concluse – al momento – dalla legge 21 luglio 2000 n. 205, abbiano determinato non solo un regolamento di confine, dall'esterno, tra giudice civile e giudice amministrativo ma anche una trasformazione, dall'interno, di alcuni concetti chiave che pur continuiamo ad utilizzare.

2- Profonde trasformazioni ha avuto innanzi tutto il generale quadro di riferimento del diritto amministrativo, che ha la sua stella polare nel principio di buon andamento enunciato dall'art. 97 della Costituzione.

Ancora una quarantina di anni fa per “buon andamento” si intendeva un comportamento dell'amministrazione non macchiato da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere. La bontà in senso economico del risultato e soprattutto il tempo necessario per ottenerlo erano di secondaria importanza. Il funzionario che poteva dire “le carte sono a posto” era effettivamente a posto. L'amministrazione era considerata una specie di orologio: bastava che camminasse in modo regolare; bastava che adottasse comportamenti iscritti all'albo ufficiale dei comportamenti omologati.

Ma questa situazione, propria di uno stato che non aveva necessità di confrontarsi con altri e quindi poteva rinchiudersi in se stesso in un sistema di protezionismo autarchico (come tuttora accade in alcuni stati totalitari), è finita con gli anni cinquanta. Lo scenario internazionale è mutato ad opera di situazioni nuove: il sopravvenuto equilibrio del terrore, con un conseguente lungo periodo di pace forzata (almeno a livello generale); l'affermarsi della Comunità Europea come unione di taglio essenzialmente economico ed indifferente alle tradizionali categorie giuridico-formali (pensiamo all'introduzione del concetto di “organismo di diritto pubblico”, che può avere natura sia pubblica che privata, o all'affermazione che la concessione di costruzione di opere pubbliche è nient'altro che un normale contratto d'appalto); l'esplosione della tecnologia ed in particolare dell'informatica; l'affermarsi di soggetti internazionali di nuova generazione, le multinazionali, che oggi costituiscono una riedizione riveduta e scorretta delle Compagnie delle Indie dei secoli XVII e XVIII e che hanno di fatto cancellato le tradizionali frontiere geografiche, sostituite con nuove frontiere transnazionali economiche, creando così la cosiddetta globalizzazione.

Questo generale mutamento dello scenario mondiale ha finito con lo spostare la fisiologica competizione tra stati dal tradizionale terreno militare al nuovo terreno – meno fragoroso ma non meno mortale – della competizione economica. Ma la *competizione* economica ha a sua volta creato la necessità della *competitività* sul piano economico dell'aggregato nazione, che oggi - quanto meno in campo europeo – non può più contare sugli usuali mezzi protezionistici, quali le svalutazioni competitive, la manovra del tasso d'interesse, l'indebitamento irresponsabile, e simili; e che si rende conto che una caduta di competitività costituisce la premessa per una satellizzazione in prima battuta economica e in seconda battuta politica da parte da parte degli stati più efficienti o addirittura da parte delle nuove Compagnie delle Indie.

E' sorta quindi l'esigenza prioritaria che l'amministrazione pubblica, che in Italia ha un peso e un'incidenza molto rilevanti sull'economia, assumesse il ruolo di fattore di produzione; e che quindi l'amministratore dovesse trasformarsi in un *manager* il cui merito dovesse valutarsi non tanto in termini di regolarità in senso giuridico degli atti compiuti

quanto in termini di utilità in senso economico-sociale dei risultati in concreto raggiunti. Il significato del “buon andamento” si è quindi spostato da quello di andamento formalmente corretto a quello di andamento sostanzialmente buono. L’affermazione esplicita di ciò è contenuta nell’art. 1 della legge n. 241 del 1990, secondo cui l’attività amministrativa è retta dai principi generali di economicità e di efficacia, oggi correntemente ritenuti principi di costituzione materiale economica; affermazione peraltro falsamente chiara perché, dal momento che possono darsi comportamenti dell’amministrazione legittimi ma economicamente dannosi e comportamenti illegittimi ma economicamente utili (ovviamente per la collettività), la norma non precisa in che modo vadano equilibrati tra loro termini potenzialmente antitetici quali legittimità ed economicità. Il problema si porrà in concreto per il risarcimento di quel danno che, secondo una corrente erronea leggenda metropolitana (2), deriverebbe dalla lesione di interessi legittimi; occorrerà cioè stabilire se il risarcimento di questo danno dovrà necessariamente richiedere il preventivo annullamento dell’atto lesivo, anche quando tale annullamento in concreto non interessi a nessuno ed abbia effetti sconvolgenti (si pensi, ad esempio, all’annullamento di un concorso a migliaia di posti ottenuto a distanza di anni da un concorrente che nel frattempo abbia ottenuto una sistemazione migliore). La soluzione della non necessità del preventivo annullamento fa giustamente inorridire la maggioranza dei giuristi, che non possono ammettere che si risarcisca un danno derivante da un atto che resta formalmente legittimo e vitale; l’opposta soluzione della necessità del preventivo annullamento fa giustamente inorridire la totalità degli economisti, che non possono ammettere che si debba per forza procedere ad un annullamento che non giova a nessuno e danneggia molti (amministrazione compresa). Per parte mia confesso che, pragmaticamente, tifo per gli economisti.

Tutto questo non poteva non avere una serie di effetti a cascata sull’ordinamento giuridico interno.

3- Innanzi tutto che cosa deve intendersi oggi per “amministrazione”? Teniamo presente che il legislatore nella legge n. 205 ha usato tre locuzioni diverse: quella tradizionale di “amministrazione” (artt. 1, 2, 3 e 4); quella tradizionale allargata di “amministrazioni pubbliche e soggetti alle stesse equiparati” (art. 7, comma 3, b)); e quella *new age* di “soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale” (art. 6, comma 1). Nel primo caso si fa riferimento ad una qualità soggettiva pubblica estrinseca; nel secondo caso ad una qualità soggettiva pubblica estrinseca o ad essa espressamente equiparata dalla norma; nel terzo (il più ampio) semplicemente ad una qualità oggettiva relazionale, l’essere il soggetto tenuto, indipendentemente dalla sua natura soggettiva pubblica o privata, al rispetto di certe norme.

Quale delle tre locuzioni è quella buona? Io credo che debba essere la più ampia; anche in questo caso sia per considerazioni d’ordine pragmatico, e cioè per evitare eccessive complicazioni procedurali, sia perché l’attuale amministrazione tende sempre più a perdere l’originario aspetto autoritativo per assumere quello aziendale proprio dei cosiddetti “organismi di diritto pubblico” introdotti dall’ordinamento comunitario. Basta dare un’occhiata alla recente direttiva del presidente del consiglio dei ministri 12 dicembre 2000, recante “Indirizzi per la formulazione delle direttive generali sull’attività amministrativa”, per vedere come l’attuale amministrazione è lontana anni luce dall’amministrazione di solo qualche decennio fa; se non altro perché il termine “legittimità” è stato rigorosamente espunto dai suoi obbiettivi, e sostituito o da sfuggenti termini sociologico-politici, come “missione istituzionale”, frutto di un’ulteriore manifestazione di servilismo nei confronti (di una cattiva traduzione) della terminologia anglo-francese, o da termini economici come efficacia ed efficienza, altrettanto sfuggenti quando si tratta di applicarli non ad aziende di produzione ma ad aziende di erogazione, quali sono le pubbliche amministrazioni.

Questo *trend* trova ampia conferma in alcune iniziative legislative, ed in particolare nel disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati il 25 ottobre 2000 e recante “Norme generali sull’attività amministrativa”, (Atto Senato n. 4860), secondo cui “salvi i casi di poteri amministrativi *espressamente* conferiti da leggi o regolamenti le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme del diritto privato”. Vero è che il disegno di legge è rimasto tale; ma la sua coerenza con gli indirizzi a suo tempo indicati dalla Bicamerale nonché con gli attuali indirizzi di politica economica e la larga convergenza politica che al momento sembra assistere tali iniziative fanno ritenere che l’approvazione di un testo del genere sia altamente probabile.

Il risultato finale è questo. L’amministrazione tradizionale doveva operare mirando essenzialmente alla legittimità; ed era pubblica in senso soggettivo (personalità di diritto pubblico) strumentale (attività svolta con strumenti di diritto pubblico) e funzionale (preordinazione al soddisfacimento dell’interesse pubblico). Invece l’amministrazione attuale deve operare mirando essenzialmente all’efficienza e all’efficacia; e può non esser pubblica né in senso soggettivo (come sono, di regola, i concessionari di pubblici servizi) né in senso strumentale (essendo addirittura destinata, a quanto pare, ad operare prevalentemente con gli strumenti del diritto privato) né funzionale (perché il gestore privato di pubblici servizi opera esclusivamente per propri fini di lucro. Che poi il servizio, per le modalità operative che gli sono state imposte, consegua *anche* finalità di pubblico interesse è una conseguenza indiretta e riflessa che per il gestore è del tutto irrilevante). La differenza tra nuova amministrazione e vecchia amministrazione non potrebbe essere più netta, con la conclusiva teorizzazione di un’amministrazione “per risultati” logicamente alternativa ad un’amministrazione “per atti”.

Si sta così creando un corpo nuovo in un abito mentale che in gran parte è ancora vecchio. E il fatto che, malgrado tante belle affermazioni di principio, l’amministrazione *new age* non si sia ancora concretata appieno non deve indurre a condividere la pessimistica previsione evangelica secondo cui continuare a lasciare il vino nuovo nell’otre vecchio non fa presagire nulla di buono.

4- Analoga trasformazione sta avvenendo per i diritti dell’amministrazione e per gli interessi legittimi dei privati.

In primo luogo, l’amministrazione ha ancora “diritti” in senso tecnico e cioè intesi come “sintesi di una posizione di forza e di una posizione di libertà” (3)? C’è da dubitarne. Come chiarito dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con l’ordinanza 30 marzo 2000 n. 1, che costituisce la più razionale ed avanzata sistemazione giurisprudenziale della materia in esame, i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità “costituiscono valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell’amministrazione” e “riguardano allo stesso modo l’attività volta all’emanazione di provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato”; sicché “*va sempre finalizzata al perseguimento dell’interesse collettivo ogni attività dell’amministrazione senza alcuna eccezione*” (punto 8.2.1). E quest’affermazione mi sembra ineccepibile: perché nell’ambito del diritto privato chi opera a proprio rischio può fare con il suo danaro quello che crede, nei limiti delle norme imperative e del rispetto delle posizioni dei terzi; ma chi opera a rischio e con il denaro della comunità non solo deve rispettare *i limiti esterni* connessi al rispetto delle norme imperative e delle posizioni dei terzi ma deve anche agire in coerenza con la *finalizzazione interna* del suo comportamento all’interesse della comunità, alla quale è tenuto a rendere conto; il che trova espressa conferma nel citato disegno di legge n. 4860, secondo cui “*in ogni caso*” – e cioè anche nell’esercizio dell’attività amministrativa di diritto privato – “le amministrazioni pubbliche agiscono per la realizzazione dei pubblici interessi”.

Ora dire quanto ha detto l'Adunanza plenaria:- equivale a dire che l'attività sia di diritto pubblico sia di diritto privato dell'amministrazione costituisce in ogni caso espressione della funzione pubblica;- equivale a dire che la pubblica amministrazione quando opera con strumenti di diritto privato non si trova mai in una posizione di autonomia privata ma si trova sempre in una posizione di discrezionalità, che possiamo anche non definire discrezionalità "amministrativa" *tout court* per non confonderla con quella tradizionale relativa all'attività di diritto pubblico ma che sempre discrezionalità è;- equivale a dire che di regola l'amministrazione non ha *diritti*, che per definizione nell'ambito loro riconosciuto sono liberamente esercitabili senza alcun controllo esterno, ma ha *potestà*, che per definizione sono sottoposte, nel loro esercizio, al controllo dell'ordinamento;- equivale a dire che l'amministrazione, quando opera con gli strumenti del diritto privato, opera in un sistema di *diritto privato di pubblico interesse*; sistema che, come si evince dalla sentenza della Corte Costituzionale 23 ottobre-2 novembre 2000 n. 459 resa in materia di cumulabilità di interessi e rivalutazione monetaria dei crediti retributivi dei soli lavoratori alle dipendenze di privati, ben può essere significativamente diverso dal diritto privato di interesse privato.

Correlativamente muta la posizione dei privati. Di fronte a diritti non possono esistere, com'è noto, posizioni soggettive di interesse legittimo. Ma di fronte a potestà sì. Quindi la trasformazione dei diritti in potestà conseguente all'ampliamento della giurisdizione esclusiva trasforma i precedenti interessi di fatto dei privati in interessi legittimi, giuridicamente tutelabili: l'ampliamento della giurisdizione esclusiva comporta un forte ampliamento dell'area degli interessi legittimi. Solo che adesso c'è il *quid novum* di interessi legittimi di diritto privato, che si vanno ad aggiungere ai tradizionali interessi legittimi di diritto pubblico.

Tutto questo non può non refluire sulla giurisdizione amministrativa.

Il giudice amministrativo, in ultima analisi, è il giudice del "buon andamento" - e cioè del corretto funzionamento - dell'amministrazione; sicché la sua attività è logicamente correlata alla concezione che storicamente si ha di questo "buon andamento". E se oggi il buon andamento è essenzialmente quello migliore sotto il profilo dell'economicità e dell'efficacia, e se quindi il corretto esercizio della funzione amministrativa è non solo e non tanto quello formalmente (e cioè giuridicamente) ineccepibile ma anche e soprattutto quello sostanzialmente migliore (e cioè quello più economico e più efficace), anche il giudice amministrativo, in quanto giudice di questo corretto esercizio, deve collocarsi in questa nuova lunghezza d'onda; e deve quindi imparare a ragionare - e a giudicare - anche in termini di economicità ed efficienza. Tende quindi a scolorire la distinzione tra legittimità e merito (tenuto anche presente che le indicate iniziative legislative in corso mirano in pratica ad eliminare, almeno in parte, i tradizionali vizi di legittimità) e tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica; e tende di conseguenza a spostarsi in avanti la frontiera della giurisdizione amministrativa. Ma per poter fare questo - ed ecco un grosso nodo da sciogliere - il giudice amministrativo deve superare le resistenze ideologiche e sistematiche derivanti dall'esistenza di un diritto amministrativo sostanziale e di un diritto amministrativo processuale originariamente pensati e tuttora strutturati in funzione di una giustizia "per atti" e non "per risultati"; e deve operare tenendo presente che da una parte il processo di privatizzazione dell'attività amministrativa richiede l'introduzione di tecniche proprie del diritto processuale civile e dall'altra che un sistema generale in cui i principi di economicità e di efficienza sono divenuti principi di costituzione materiale economica ed in cui il modulo operativo è quello dell'amministrazione "per risultati" richiede l'introduzione di tecniche proprie del controllo aziendale; e tutto questo senza rinnegare il processo di legittimità. Di conseguenza, bisogna onestamente riconoscere che nessuno al momento attuale è in grado di disegnare un quadro normativo completo e preciso di questa nuova "cosa", quando solo l'esperienza concreta sul campo potrà veramente metterne a fuoco i problemi reali.

Resta però fermo che poiché la funzione pubblica è cura concreta dell'interesse pubblico (oggi da intendere nel senso sostanziale sopra delineato) il giudice amministrativo, anche quando giudica su rapporti privatistici, deve operare con gli stessi canoni valutativi che utilizza quando giudica su rapporti pubblicistici; e cioè tenendo presente che mentre il privato è libero di agire ed incontra nell'esercizio della sua autonomia solo alcuni lontani ed eventuali limiti esterni, l'amministrazione è sempre soggetta alla finalizzazione interna (e quindi al controllo) del proprio operato. Di conseguenza il giudice amministrativo, giudice dell'interesse pubblico e della funzione pubblica, può verificare non solo la legittimità ma anche la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici pur senza potere scendere – di regola – all'esame dei mezzi specifici utilizzati dall'amministrazione: deve cioè poter valutare l'opportunità astratta del comportamento dell'amministrazione; lo ha espressamente riconosciuto una recente sentenza delle Sezioni unite della Cassazione (29 gennaio 2001 n. 33), relativa all'analoga posizione del giudice contabile.

Da ciò discende che, anche se giudice civile e giudice amministrativo possono trovarsi ad esaminare lo stesso genere di rapporti privatistici, la prospettiva d'esame ed il canone di valutazione rispettivi (e quindi l'esito del giudizio) sono profondamente diversi; in altre parole, non si tratta dell'esercizio dello stesso mestiere.

Se questo è esatto il problema reale che adesso va risolto non è quello – che sembra presupposto dalla legge n. 205 – di curare il processo amministrativo con iniezioni di dosi massicce di procedura civile; perché la procedura civile attiene al diritto civile, che è il regno dell'autonomia privata, mentre la pubblica amministrazione non ha di regola autonomia privata. Il problema reale è invece quello di inventare un nuovo sistema processuale che consenta di giudicare a tutto campo l'esercizio delle potestà, pubbliche e private, in cui si estrinseca il buon andamento.

5- Per quanto riguarda in particolare i pubblici servizi (4), che costituiscono il tema centrale di questo Convegno, sembrerebbe che nella legge n. 205 il legislatore sia partito dal punto di vista – forse non del tutto sbagliato – che la chiarezza normativa possa costituire un freno alla speculazione giuridica ed uno stimolo alla pigrizia intellettuale, e quindi possa risultare dannosa; e così, tanto per cominciare a creare un po' di atmosfera, abbia pensato bene di utilizzare quattro locuzioni diverse. Abbiamo così l'art. 4, che parla di "*provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici*"; l'art. 6, che parla di "*tutte le controversie relative a procedure di affidamento di ...servizi svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*"; e l'art. 7 che parla di "*tutte le controversie in materia di pubblici servizi*" ed in particolare quelle aventi ad oggetto "*le procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale*".

Viene così introdotto un duplice ordine – o, più esattamente, un duplice disordine – di variabili: uno relativo alle situazioni oggettive considerate in astratto dalla legge (servizi, servizi pubblici, pubblici servizi, appalti pubblici di servizi) ed uno relativo al contenuto concreto della situazione astratta (provvedimenti, procedure, tutte le controversie, ecc.).

Queste disposizioni così varieguate fanno sorgere vari problemi.

5.1- Innanzi tutto un problema di ordine semantico: le locuzioni "servizi pubblici", "servizi", "pubblici servizi" e "appalti pubblici di servizi" indicano la stessa realtà o realtà diverse? E se indicano realtà diverse sono usate in senso tecnico? Le risposte non sono agevoli. L'unica cosa abbastanza certa è che "servizi pubblici" e "pubblici servizi" siano sinonimi; e che nel concetto di "servizi" rientri qualsiasi prestazione che non sia di dare una *res*, ovvero – secondo la terminologia degli artt. 59 e 60 del Trattato di Roma – qualsiasi prestazione non regolamentata dalle disposizioni sulla libera circolazione delle merci, dei

capitali e delle persone. Per il resto la chiave di lettura dovrebbe essere trovata nell'ordinamento comunitario, tenendo presente che è stata la pressione di tale ordinamento a determinare la rivoluzione giurisdizionale e sistematica conclusa – per ora – dalla legge n. 205. Ora il Trattato di Roma si disinteressa dei “pubblici servizi”, ricordati solo in via del tutto marginale e ad altri fini all'art. 77; né a questo disinteresse può supplire la categoria dei “servizi d'interesse economico generale” di cui al successivo art. 90, che costituiscono – come si evince dalla loro denominazione – l'*élite* dei pubblici servizi e che corrispondono grosso modo ai “servizi pubblici essenziali” dell'art. 43 Cost. Questo disinteresse non è casuale. “Pubblici servizi” sono quelli finalizzati alla fruizione da parte del pubblico. Ma nell'ottica dell'integrazione europea quello che interessa non è il dato *finale* della destinazione del servizio, del lavoro o della fornitura (dato che resta di esclusivo interesse nazionale) ma il dato *procedurale* della garanzia della *par condicio* nell'accesso al mercato e della correttezza e trasparenza della gara d'appalto. Di conseguenza l'ordinamento comunitario si occupa *ex professo* solo degli appalti pubblici di servizi, e cioè *delle gare* d'appalto che vengano effettuati da pubbliche amministrazioni (o da soggetti ad esse equiparati) e che offrano le indicate garanzie procedurali; così come si occupa soltanto di appalti pubblici di lavori o di appalti pubblici di forniture. Il tratto caratterizzante del “pubblico” inerisce alla gara, che è pubblica in quanto soggetta alle regole dell'evidenza pubblica, e non al servizio o al lavoro o alla fornitura. Questo però ha provocato nell'ordinamento nazionale una notevole confusione terminologica: perché soprattutto per i lavori ed i servizi un'antica tradizione normativa e dottrina tuttora esistente li considerava soprattutto nel loro aspetto sostanziale e funzionale; e a questo riferiva e continua per lo più a riferire la qualificazione di “pubblico”. Il punto di rilevanza era e sembra essere tuttora la destinazione finale del bene o del servizio. Esempio di questa confusione è la legge quadro “in materia di lavori pubblici” 11 febbraio 1994 n. 109, che esordisce affermando di voler disciplinare “l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici”; ma subito dopo non parla più di opere (e cioè del bene finale) e si occupa quasi esclusivamente delle gare d'appalto e dei conseguenti lavori senza che abbia alcun rilievo la circostanza che il risultato finale di questi ultimi sia destinato alla fruizione del pubblico o no. Quindi in sostanza non si ha una legge quadro in materia “di lavori pubblici” ma una legge quadro in materia di “appalti pubblici di lavori”. La confusione terminologica sembra evidente. Qualcosa di analogo è avvenuto per i servizi. Nel sistema nazionale si possono avere appalti pubblici di servizi (locuzione di derivazione comunitaria ma sostanzialmente corrispondente a quella nazionale di appalti sottoposti alla disciplina dell'evidenza pubblica) e appalti di servizi pubblici; categorie che in parte si sovrappongono, creando gli appalti pubblici di servizi pubblici. Si hanno quindi tre aree: *gli appalti pubblici di servizi non costituenti pubblico servizio* (ad esempio, servizi di manutenzione di immobili pubblici); *gli appalti pubblici di servizi pubblici* (ad esempio, il servizio di distribuzione dell'acqua); e *i servizi pubblici affidati con un sistema diverso dall'appalto* (ad esempio in concessione, strumento che – come affermato dalla Corte di Giustizia con le sentenze nn. 324 e 380/2000 – si sottrae alla disciplina europea sull'appalto pubblico di servizi, diversamente da quanto è stato disposto per la concessione di costruzione di lavori pubblici, che – come già detto – è invece equiparata all'appalto pubblico di lavori). L'appartenenza ad una di queste tre aree di servizi è indifferente ai fini della giurisdizione; o per la porta dell'art. 6 o per la porta dell'art. 7 della legge n. 205 si rientra comunque nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ma può essere rilevante sia sotto il profilo del rito, ai fini dell'ammissibilità del processo accelerato dell'art. 4 (formalmente previsto soltanto per i servizi pubblici), sia sotto il profilo dell'ampiezza della materia oggetto della previsione normativa (dato che l'art. 4 presuppone la specifica esistenza di “provvedimenti” lesivi mentre gli artt. 6 e 7 presuppongono la generica esistenza di “controversie”). E qui sorgono altri problemi.

Sotto il profilo del rito, se andiamo ad analizzare il disposto dell'art. 4, comma 1,

lettera c), accorgiamo che esso – in realtà – intendeva fare riferimento non tanto ai “pubblici servizi” quanto agli “appalti pubblici di servizi”. Innanzi tutto per un motivo sistematico: la disposizione non è altro che un’attuazione della normativa europea che – come ho già detto – tratta in parallelo di lavori, servizi e forniture sotto il profilo esclusivo della procedura di gara, disinteressandosi del successivo momento della prestazione del servizio al pubblico in cui consiste l’essenza del pubblico servizio; ed è inserita in un complesso di norme che appunto regolano le procedure di gara degli omologhi appalti di lavori e forniture. In secondo luogo per un motivo logico: l’introduzione del processo accelerato è dettata dall’esigenza di definire al più presto controversie di grande impatto economico-sociale; e non si può certo pensare che – ad esempio – l’appalto pubblico (ma non di pubblico servizio) di manutenzione di un aeroporto intercontinentale abbia minore impatto economico-sociale dell’appalto del pubblico servizio di scolaribus di un piccolo comune. Bisognerebbe quindi concludere che il citato disposto dell’art. 4, non potendo essere corretto *tout court* dall’interprete, vada quanto meno interpretato in senso estensivo: e cioè facendo rientrare in esso non solo i pubblici servizi ma anche gli appalti pubblici di servizi.**5.3-** Una volta stabilito quale sia l’esatto oggetto delle norme (pubblici servizi o appalti pubblici di servizi) va poi stabilito quali siano gli esatti confini di ciascuno di essi. Infatti mentre l’art. 7 si riferisce a “*tutte le controversie in materia di pubblici servizi*”, salvo alcune eccezioni tassativamente indicate, il precedente art. 6 è formalmente più restrittivo, facendo riferimento a “*tutte le controversie relative a procedure di affidamento di...servizi*”; e l’art. 4 fa a sua volta riferimento a “*i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici*”, e quindi è per un verso più restrittivo (laddove allude alla necessità dell’esistenza di provvedimenti impugnabili o fa riferimento a specifiche procedure) e per altro verso più estensivo (laddove sembra fare riferimento alla fase contrattuale dell’esecuzione dell’appalto). Insomma in base alla lettera della legge sembrerebbe che la disciplina degli appalti pubblici di servizi diverga significativamente da quella degli appalti di servizi pubblici; il che, considerata l’esistenza dell’area comune degli appalti pubblici di servizi pubblici, darebbe luogo a grosse incertezze operative. Si arriverebbe infatti a queste conclusioni:

a) che in materia di pubblici servizi il procedimento accelerato dovrebbe applicarsi solo alle controversie relative a provvedimenti di affidamento e non anche a tutte le altre elencate all’art. 7: il che sarebbe evidentemente al di fuori di qualsiasi logica;

b) che in materia di appalti pubblici di servizi non costituenti pubblico servizio non dovrebbe applicarsi il procedimento accelerato; il che sarebbe ugualmente fuori da ogni logica (pensiamo all’indicato esempio dell’appalto di manutenzione di un aeroporto intercontinentale).**5.4-**

L’unica via per uscire dal ginepraio ermeneutico originato dai tre articoli è quello di ritenere la citata disposizione dell’art. 4 un *lapsus calami* di un legislatore che pensava in realtà non solo agli appalti di servizi pubblici ma anche agli appalti pubblici di servizi; e che pertanto il disposto dell’art. 4 debba essere inserito nel quadro generale sia dell’art. 6 che dell’art. 7; con la conseguenza che sia gli appalti di servizi pubblici sia gli appalti pubblici di servizi possano fruire del rito accelerato dell’art. 4 e per tutte indistintamente le controversie (salvo le tassative eccezioni di legge).

Certo, occorre molta buona volontà. Ma la legge n. 205 è come uno di quei nati prematuri che per sopravvivere hanno bisogno di tante cure e di tanta comprensione.

6- In conclusione, qual è l’insegnamento che possiamo trarre dalla legge n. 205?

Innanzi tutto che i concetti di pubblica amministrazione, diritto soggettivo, interesse legittimo, pubblico servizio e simili si sono trasformati; conservano il loro nome originario ma sono ormai profondamente diversi. Non sono più gli stessi “bambini” di cui parlavo all’inizio. Non possono più svolgere lo stesso ruolo previsto cinquant’anni fa dalla

Costituzione. E quindi se vogliamo restare dentro la storia dobbiamo responsabilmente prenderne atto.

Un secondo insegnamento è che l'attuale prevalenza dei valori economici su quelli tecnico-giuridici non può non condizionare l'intero spirito dell'ordinamento, e quindi anche i modelli mentali del giudice. E in un sistema focalizzato sull'efficacia e sull'efficienza la funzione della dottrina e quella della giurisprudenza debbono trovare la loro giustificazione nell'orientare l'attività dell'amministrazione in quel senso non solo legittimo ma anche efficace ed efficiente in cui oggi si concreta il concetto di buon andamento e quindi la giustizia nell'amministrazione.. In questa ottica ogni orientamento dottrinario in adorazione di se stesso e ai limiti dell'incomunicabilità è un tradimento; come è un tradimento ogni sentenza meramente processuale che fa diritto ma non fa giustizia in concreto; ed è quindi anacronistica. Occorre quindi disboscare il processo amministrativo da quell'ideologia di sotterraneo sfavore nei confronti del ricorrente che ancora lo permea; ed in particolare da tutte quelle inutili cause di inammissibilità, purtroppo anche di origine giurisprudenziale, che ancora lo fanno rassomigliare ad un campo minato steso a protezione dell'amministrazione, dando largo ingresso all'errore scusabile.

Un terzo insegnamento è che il prevalere dei valori economici non può essere spinto sino a far dimenticare quell'*hominum causa* che costituisce il fondamento e la giustificazione dell'ordinamento giuridico; e che quindi la tutela dei valori economici va temperata con la tutela dei valori superindividuali legati alla dignità dell'uomo e dell'ambiente umano e con l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale prescritti dall'art. 2 della Costituzione.

Infine l'impegno a non cadere nel qualunquismo e nel nichilismo. Le difficoltà interpretative che ho indicato, e che si sommano a molte altre contenute nella stessa legge, non devono far ritenere che l'ordinamento sia allo sfascio, come ama dire qualche sensazionalista privo del senso della storia. La verità è che gli ordinamenti giuridici, dopo essere rimasti pressoché fermi per oltre duemila anni, nell'ultimo cinquantennio hanno assunto una velocità di trasformazione e di complessificazione sempre più accelerata. La conseguenza è che la trama normativa è sempre più difficile da stendere, perché le interrelazioni tra i vari settori mutano e si moltiplicano in continuazione. La possibilità di fare una buona legge di vasto impegno è ormai ai limiti delle umane possibilità, specie se – come è accaduto per la 205 – è necessario fare in gran fretta: basti pensare alle raffiche di questioni di costituzionalità, in non piccola parte fondate, che suscita ogni riforma dell'ordinamento, dal campo penale a quello amministrativo. Questo però non vuol dire caos. Vuol dire che la legge, che è un'opera di sistemazione del futuro, è fondata su previsioni *ex ante* sensate che però data l'estrema quantità di variabili possono poi rivelarsi inesatte al pari delle previsioni meteorologiche e quindi deve poter trovare *ex post* una conferma - e se necessario una correzione - sul campo; e che di conseguenza deve crescere il ruolo di quell'interpretazione creatrice che nel campo amministrativo ha costituito una delle maggiori glorie della giurisprudenza e della dottrina. Vuol dire che l'opera della dottrina e della giurisprudenza deve avere la possibilità di integrare sinergicamente l'opera del legislatore, nella consapevolezza che ogni sistemazione normativa è non solo un punto d'arrivo ma anche – e spesso soprattutto – un punto di partenza. Il diritto vivente deve poter dare cristiana sepoltura al diritto morto. E questo richiede l'impegno di tutti gli addetti ai lavori. Nessuno può tirarsi indietro.

sezione del Consiglio di Stato

Salvatore Giacchetti

presidente di

NOTE:

- (1) R. NICOLO', *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, I, 180ss. e *Diritto civile*, in *Enc. Diritto*, 1964, 904 ss.
- (2) S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2027 ss.
- (3) R. NICOLO', *Istituzioni di diritto privato*, 1962, 18.
- (4) S. GIACCHETTI, *Gli appalti pubblici di servizi, questi sconosciuti*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1996, 865 ss.