

ASSISE DELLA CITTÀ DI NAPOLI  
E DEL MEZZOGIORNO D'ITALIA

La legislazione  
sui Lavori Pubblici  
e la crescita del debito pubblico

*a cura di*

Carlo Iannello e Gerardo Marotta

PALAZZO MARIGLIANO  
NAPOLI 2006

*Il bene dello Stato  
è la sola causa di questa produzione*

GAETANO FILANGIERI

ASSISE DELLA CITTÀ DI NAPOLI  
E DEL MEZZOGIORNO D'ITALIA

La legislazione  
sui Lavori Pubblici  
e la crescita del debito pubblico

*a cura di*

Carlo Iannello e Gerardo Marotta

PALAZZO MARIGLIANO  
NAPOLI 2006



## PASQUALE SARACENO: MEZZOGIORNO E UNITÀ NAZIONALE

di Gerardo Marotta

da Pasquale Saraceno, *Il nuovo meridionalismo*, nella sede dell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli 2005.

«Insomma, se la storia recente ha profondamente cambiato i termini economici e tecnici della questione meridionale, la sua essenza resta quella indicata dai grandi meridionalisti del passato: quella, cioè, di una grande questione etico-politica, che investe le stesse fondamenta morali della società nazionale e dello Stato unitario». Così, nella Introduzione al *Rapporto 1989 sull'economia del Mezzogiorno*, Pasquale Saraceno concludeva un ragionamento che aveva preso le mosse dalla necessità di «politiche dei redditi e di risanamento strutturale della finanza pubblica» e dal fatto che a quelle politiche si opponevano, più o meno apertamente, «interessi di natura corporativa» che apparivano «tanto più forti, quanto più dispersi e politicamente più deboli sono coloro che si riconoscono nella finalità dell'unificazione economica e sociale del Paese».

Risulta evidente, in queste parole, quella che fu una costante del meridionalismo di Saraceno: la ferma consapevolezza che la questione dell'unificazione economica dell'Italia fosse anche una questione di unificazione politica, perché l'obiettivo del superamento del divario tra il Nord e il Mezzogiorno chiamava in causa le responsabilità dello Stato e perché il permanere di quel

divario poteva riflettersi negativamente sulla stessa unità nazionale, con conseguenze che a lungo andare potevano risultare esiziali anche dal punto di vista politico.

Questa consapevolezza colloca Saraceno nel solco di una lunga tradizione ideale che va al di là del pensiero meridionalistico “classico” e del dibattito sul Mezzogiorno che ebbe luogo nel secondo dopoguerra.

Infatti la tenace battaglia di Saraceno si accosta idealmente ai motivi ispiratori della *Storia del Regno di Napoli* di Benedetto Croce in cui il filosofo avvertiva, proprio a proposito della questione meridionale, che «bisogna con ogni cura guardarsi dal compiere un indebito trapasso dalla storia etica e politica alla storia economica e sociale e pretendere di ritrovare in questa il movimento storico e la virtù nazionale che si deve invece ritrovare e mostrare nell'altra».

Questa tradizione in cui si collocava Saraceno, la tradizione che concepiva il problema dell'unificazione economica del Paese come una questione etico-politica, è quella che lega il pensiero dei filosofi e dei riformatori napoletani del Settecento al Risorgimento italiano e arriva fino alla fondazione della Repubblica. Proprio Antonio Genovesi aveva aperto il cammino verso una concezione del primato dell'etica nell'economia, del pubblico sul privato, dell'interesse generale e del bene comune sugli interessi particolari.

E ancora, il richiamo ai filosofi e ai riformatori napoletani ci pare del tutto pertinente proprio per la forte attenzione che Saraceno ha dedicato al consolidamento dello Stato moderno in Italia e per la chiarezza con cui egli ha visto che questo consolidamento si realizza attraverso la lotta della giustizia e delle istituzioni contro gli interessi di quella «violenza privata» che Gaetano Filangieri e Francesco Mario Pagano individuarono come l'ostacolo da combattere per l'affermazione dello Stato moderno. Croce la chiamava «eterna rapina», sulle orme di Silvio Spaventa, che aveva denunciato l'opera nefasta delle «forze neofeudali», quando, ministro del giovane Stato unitario, era stato impegnato in una lotta senza quartiere per difendere il pubblico erario dall'assalto delle grandi imprese dei lavori pubblici: quel-

le società anonime concessionarie della costruzione delle reti ferroviarie, con alla testa il banchiere Rotschild e i politici toscani, che congiurarono con la Sinistra di Agostino Depretis e di Giovanni Nicotera per provocare nel 1876 la caduta del partito risorgimentale della Destra storica che aveva fondato lo Stato unitario e ne aveva elaborato le leggi fondamentali. Quella battaglia culminò, nel secolo appena passato, prima nell'inchiesta Saredo e infine nell'inchiesta Scalfaro, ed è una lotta che continua ancora oggi senza tregua perché ancora oggi vengono continuamente sacrificate le leggi sulla contabilità dello Stato e calpestati gli interessi generali della nazione, con il rischio che venga irrimediabilmente compromessa la vita delle istituzioni repubblicane e affievolita nelle nuove generazioni la virtù nazionale.

La tradizione in cui si colloca Pasquale Saraceno è, dunque, quella che si fonda sulla separazione tra amministrazione e potere politico e sulla difesa e valorizzazione dello Stato unitario. Ciò può apparire in contrasto con la rivendicazione, che egli sempre sosterrà, e con grande vigore, della necessità di un intervento dello Stato nel Mezzogiorno che abbia un carattere straordinario. L'intervento – afferma Saraceno – poiché deve affrontare problemi che sono solamente del Mezzogiorno, non sembra che «possa collocarsi nel quadro di un ordinamento uniforme per tutto il Paese: la diversità dei modelli di sviluppo postula la diversità degli ordinamenti» (Introduzione al *Rapporto 1984*). E quindi «l'intervento straordinario è necessario fin quando l'economia italiana risulterà composta di due sistemi, caratterizzati da modelli di sviluppo diversi; ignorare e negare questo persistente dualismo significa conformare l'azione pubblica esclusivamente al modello del sub-sistema più forte, consumando così una sostanziale sopraffazione degli interessi del sub-sistema più debole». Tuttavia, è importante rilevare che in questa stessa pagina in cui si rivendica la necessità di un intervento pubblico straordinario, commisurato alla specificità dei problemi che si presentano nel Mezzogiorno, il discorso si allarga subito e coerentemente alla politica economica dello Stato nel suo complesso e alla stessa unità nazionale. Infatti, «l'obiettivo dell'unificazione economica [...] non può essere affidato esclusivamente

all'intervento straordinario, ma richiede che il vincolo meridionalistico sia presente nella determinazione delle politiche nazionali». Si aggiunga – ed è il punto fondamentale – che Saraceno, sempre nella stessa pagina che abbiamo citato, afferma che la specificità «dell'ordinamento» dell'intervento statale nel Mezzogiorno «non è in contrasto con la concezione fortemente unitaria che ha sempre ispirato il meridionalismo. Si potrebbe anzi dire che la separazione degli ordinamenti, in quanto strumento dell'unificazione economica e sociale del Paese, è esattamente condizione per prevenire l'insorgenza di tentazioni e velleità di separatismo».

Qualche mese prima della pubblicazione del *Rapporto 1984*, e precisamente il 19 maggio dello stesso anno, durante la conferenza sul tema “Il nuovo meridionalismo”, tenuta a Napoli presso l'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Saraceno aveva pronunciato parole analoghe, in cui si avvertiva la preoccupazione per i primi forsennati attacchi all'unità nazionale: «In sostanza l'intervento straordinario costituisce una forma di separazione in due parti della nostra economia, separazione temporanea che, circoscritta alla sola politica di sviluppo economico, può coesistere con il permanere dell'unità politica; anzi esso ha come obiettivo quello di rafforzare l'unità».

Saraceno è stato un grande statista e un grande patriota, ma si badi bene, uno statista e un patriota che non amava l'Italia in modo astratto e non riduceva i suoi problemi a problemi di tecnica economica, ritagliati al di fuori della storia e di una visione umanistica. Egli amava disperatamente la sua gente ed in questo sentimento vivevano aspetti diversi della sua forte e poliedrica personalità: l'uomo di Stato e il maestro di scienza economica, il tecnico dell'economia e il difensore dell'ambiente. Le sue proposte nascevano da un'analisi appassionata ma rigorosa della realtà economica del Mezzogiorno e del Paese, dalla conoscenza puntuale delle tendenze “oggettive” dello sviluppo, dalla frequentazione delle teorie che circolavano nel dibattito teorico del dopoguerra. La sua convinzione che la base imprescindibile di uno sviluppo autonomo del Mezzogiorno fosse l'industrializzazione non gli impedì di considerare con attenzione le opportuni-

tà connesse allo sviluppo di un terziario moderno e avanzato, nonché il rapporto di interdipendenza tra sviluppo economico e assetto sociale e civile delle grandi aree urbane.

Nella sua visione il mercato resta una “oggettività” innegabile, ma per il Mezzogiorno esso non è sufficiente: è necessaria l’azione dello Stato, che non è solo la disponibilità di fondi aggiuntivi e l’adozione di procedure più agili di quelle dell’amministrazione ordinaria, ma è «l’idea di governare secondo un programma». Perciò, per Saraceno «resta più che mai viva la lezione di quei grandi servitori dello Stato che nel dopoguerra formularono l’idea stessa di uno speciale apparato pubblico non burocratico, al quale facessero capo unitariamente le responsabilità di programmazione, progettazione e finanziamento pluriennale degli interventi aggiuntivi e intersettoriali volti allo sviluppo della società meridionale [...] una struttura funzionale sottoposta al controllo del governo per quanto riguarda l’indicazione degli obiettivi e la vigilanza sul loro perseguimento, ma pienamente autonoma sul piano organizzativo, tecnico e operativo» (Introduzione al *Rapporto 1987*).

Nel quadro di una irrinunciabile funzione di indirizzo che è propria della politica, Saraceno rivendica l’autonomia delle tecniche economiche nella sfera che è di loro competenza. Tanto più è necessario rivendicare quell’autonomia, in quanto essa si è andata attenuando. C’è una politicizzazione delle gestioni – avverte Saraceno – indotta dal fatto che al «conflitto tra diversi progetti di società» si va sostituendo la «mera concorrenza» per accaparrarsi risorse pubbliche, con la conseguenza che la progettazione non è più «volta esclusivamente al perseguimento di finalità di reale interesse pubblico».

La tensione morale che anima Pasquale Saraceno, dunque, quella tensione all’universale che gli fa dire che l’essenza della questione meridionale è di natura etico-politica, non è sovrapposizione di un astratto moralismo alle ragioni dell’economia. In lui il rigore morale fa tutt’uno col rigore scientifico e tecnico, per cui si può ben a ragione affermare che Saraceno è stato, con la sua riflessione e con la sua opera, un esempio vivente, oggi più che mai da additare alle giovani generazioni, di come possano e

debbano andare insieme economia e etica, e non per mera giustapposizione, ma perché una riflessione *en économiste* che voglia essere seria e rigorosa presuppone l'impegno per il bene pubblico e nello stesso tempo conferisce concretezza e incisività a questo impegno.

Non stupisce, quindi, il fatto che nelle Introduzioni ai *Rapporti* si manifesti sempre più vigorosa, di anno in anno, l'indignazione di Saraceno per la distorsione crescente cui è sottoposta la spesa pubblica nel Mezzogiorno sotto la pressione di quelle forze che sono interessate più ad una ripartizione privatistica dei fondi pubblici che al loro impiego per un effettivo sviluppo economico. La denuncia delle conseguenze di questa distorsione diventa sempre più forte. Non solo essa è in contrasto con l'obiettivo dello sviluppo economico del Mezzogiorno – non si stanca di ripetere Saraceno – ma soprattutto finisce per aggravarne il degrado morale e civile. Nel 1900 Francesco Saverio Nitti scriveva su «La Riforma Sociale»: «Il problema di Napoli non è dunque soltanto economico, ma sopra tutto *morale*: ed è l'ambiente morale che impedisce qualsiasi trasformazione economica». Novanta anni dopo Saraceno scrive che la modernizzazione è solo apparente; con essa convivono fenomeni ereditati da «un lontano passato lazzaronesco e feudale»: sopraffazione e asservimento, commistione tra pubblico e privato, scambio di protezioni e fedeltà personali. «Questa convivenza di modernizzazione apparente e di residuati socio-culturali del passato – scrive Saraceno nell'Introduzione del 1990 – è il terreno comune di coltura dell'assistenzialismo, della corruzione e della piccola e grande criminalità». Il tono si fa preoccupato ed accorato. La criminalità ha assunto dimensioni economiche così rilevanti e si manifesta in episodi così vistosi e terribili da determinare l'immagine che il Mezzogiorno propone di sé, oscurando l'impegno di quelli che, anche nel Mezzogiorno, partecipano alla vita economica, sociale e politica ispirandosi «ai principi della civile convivenza, dello Stato di diritto, del rispetto della morale e della legge». Saraceno sottolinea la penosa condizione di isolamento in cui è costretto ad operare chi si ispira al bene pubblico e non all'interesse privato: un isolamento determinato dal potere di in-

timidazione e di corruzione della criminalità, dalla dissoluzione del meridionalismo politico, dalla paralisi decisionale e operativa dello Stato. Qui il discorso di Saraceno sembra venarsi di pessimismo, specialmente se lo si collega a quanto ha scritto un anno prima a proposito del potere della grande criminalità nel Mezzogiorno: «Quel potere è stato tradizionalmente alimentato, e continua ad essere alimentato, tuttora, dal condizionamento che esso è in grado di esercitare sulle decisioni politiche relative ad appalti, commesse, concessioni, assunzioni e prestazioni di varia natura» (Introduzione 1989). Ma il rapporto tra criminalità e politica è solo la punta più estrema e pericolosa della rete di rapporti che nel Mezzogiorno intercorrono tra gestione delle risorse pubbliche e interessi privatistici. Saraceno, che ha sempre insistito sulla necessità dell'intervento straordinario e ha sempre cercato di far capire che il vero problema è nell'uso che di questo strumento viene fatto, ha visto che col passare degli anni esso è diventato preda di famelici appetiti e fonte esso stesso di clientelismo e corruttela. Intorno alla spesa pubblica nel Mezzogiorno, egli afferma, si è costituito un nuovo «blocco sociale», «molto più radicato e diffuso, e quindi molto più forte, del vecchio "blocco agrario"». È all'azione di questo blocco sociale che si deve il deperimento della politica meridionalistica, sostituita da interventi parziali per far fronte a questa o a quella emergenza «con il ricorso sempre più frequente a procedure e strumenti speciali e derogatori». In queste parole c'era la piena consapevolezza, come possiamo testimoniare, della rapina e del saccheggio della pubblica ricchezza da parte di forze neofeudali che nulla hanno a che fare con autentiche forze produttive, ma sono soltanto espressioni «di un passato lazzaronesco e feudale» e di «residui socio-culturali».

Quando denunciava procedure e strumenti derogatori o l'uso distorto delle risorse, Saraceno si riferiva a quelle cattedrali nel deserto consapevolmente destinate alla rottamazione e che costarono al pubblico erario somme che avrebbero potuto salvare l'infanzia di interi paesi sottosviluppati, pensava a tutte quelle risorse impegnate in faraonici megaprogetti, pensava alle grandi dighe inutili, ai giganteschi ed inefficienti impianti di depurazio-

ne, alle rovinose cementificazioni di argini, agli infiniti lavori pubblici i cui progetti non furono mai valutati o rigorosamente valutati e spesso anche non approvati formalmente, ma eseguiti con la più spietata devastazione dell'ambiente e con spreco immenso di denaro pubblico. Soprattutto egli osservava con angoscia come la riesumazione della sciagurata legge fascista del 1929 sulle concessioni di opere pubbliche – una legge che trasformava l'istituto della concessione in un contratto a trattativa privata senza l'obbligo della pubblica gara, in un connubio sempre più esteso con deroghe continue alle leggi sulla contabilità dello Stato – era stata utilizzata dal «blocco sociale» per la «grande rapina» dei cinquantamila miliardi destinati dallo Stato alla ricostruzione del dopo terremoto. In deroga al fondamentale principio della contabilità dello Stato, che in diverse leggi sancisce il divieto di anticipazione di denaro pubblico alle imprese concessionarie o appaltatrici di lavori, servizi o forniture per conto dello Stato, nel 1981 la legge n. 219 per la ricostruzione nei comuni colpiti dal terremoto prevedeva, a favore delle imprese concessionarie, il diritto a percepire anticipazioni in una misura che offende non solo principi di civiltà giuridica ma anche quelli di una sana economia: fino al cinquanta per cento del corrispettivo all'atto della concessione, e un ulteriore venticinque per cento quando i lavori avessero raggiunto il cinquanta per cento dell'importo convenuto.

Già nel 1901, la Commissione d'inchiesta sull'Amministrazione comunale di Napoli, presieduta da Giuseppe Saredo, aveva stigmatizzato i tentativi delle ditte appaltatrici di ottenere da uffici pubblici compiacenti anticipazioni in deroga alle leggi sulla contabilità dello Stato e delle amministrazioni locali. L'inchiesta Saredo aveva denunciato una tremenda situazione di corruzione e di illegalità che riguardava gli strati più bassi della popolazione, ma coinvolgeva direttamente anche le classi sociali più elevate, che venivano definite «alta camorra» formata «dai più scaltri e audaci borghesi». Dopo novanta anni, i risultati della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla ricostruzione del dopo terremoto, presieduta da Oscar Luigi Scalfaro, saranno la testimonianza che quei «tentativi» erano stati ben poca cosa a petto del-

la gigantesca rapina – cinquantamila miliardi di denaro pubblico elargito a trattativa privata e in deroga alle leggi sulla contabilità dello Stato – che borghesia speculativa e potere politico-camorristico erano riusciti a realizzare, approfittando di una grande sciagura nazionale e in nome dell'emergenza: di quella emergenza, scriveva Saraceno, che viene sempre invocata per ottenere in continuazione deroghe e procedure distorte che, a loro volta, producono sempre nuove emergenze e nuovi disastri.

La scandalosa vicenda del dopo terremoto aveva contribuito ad accentuare la vena di pessimismo presente nella riflessione dell'ultimo Saraceno. Tuttavia la conclusione alla quale egli perveniva era tutt'altro che il disarmo morale e la resa di fronte ad una ineluttabile degenerazione. Piuttosto, era improntata alla necessità di riconfermare il proprio impegno di lotta civile: «Ritornare ad una politica per il Mezzogiorno ispirata allo sviluppo e non all'assistenza, [...] alla netta separazione anziché alla confusione tra potere politico e responsabilità gestionale, significherebbe battere il blocco sociale e dar vita alla formazione di un nuovo blocco sociale orientato al progresso» (Introduzione 1990). Ecco che in questa affermazione emerge la ferrea volontà dell'uomo di Stato che pensa ad una vera e propria rivoluzione, in continuità con quella unitaria del Risorgimento, per eliminare dalla scena italiana quel «blocco sociale» che Giorgio Ruffolo ha definito «i nuovi briganti» e fare avanzare «il progresso economico e civile dell'intera Nazione. Nazione, la nostra, che, per dimensione demografica ed economica e per tradizione culturale, andrebbe iscritta nel novero delle grandi nazioni europee: solo che ne avesse, al pari delle altre, la volontà e l'orgoglio».

Bisogna intendere bene la concezione che aveva Saraceno del blocco sociale che soffoca lo sviluppo civile del Mezzogiorno, perché è a partire da questa concezione che il suo meridionalismo si differenzia sia da quello di Salvemini sia da quello di Gramsci. Il blocco sociale regressivo non è più, per Saraceno, quello industriale-agrario, al quale si sarebbero dovuti opporre i contadini meridionali o l'alleanza tra contadini del sud e proletariato industriale del nord. Il nuovo blocco sociale regressivo è

il coacervo di forze di varia provenienza sociale, che è cresciuto come un cancro alimentandosi della spesa pubblica. Perciò il meridionalismo di Saraceno non poteva essere quello di Salvemini, il quale, puntando quasi esclusivamente su una supposta funzione rivoluzionaria dei contadini meridionali e sull'autonomia del Mezzogiorno, nel quadro di un esasperato federalismo dottrinario, finiva, al di là delle intenzioni, per contrapporre insanabilmente il sud al nord del Paese. Era una visione, quella del Salvemini, che risentiva della sua acre e ingiusta polemica antirisorsimentale e che, oggettivamente, poteva portare a suggestioni di tipo secessionistico.

La posizione di Pasquale Saraceno – che identificava il «blocco sociale» come il più pericoloso nemico da combattere per salvare il Mezzogiorno e l'Italia tutta dalla morsa soffocante dei nefasti residui feudali e che riteneva il «blocco sociale» perfino più pericoloso del «blocco agrario» – deve distinguersi anche da quella di Gramsci che aveva pur giustamente rilevato negli anni Venti il ruolo negativo del blocco industriale-agrario.

La verità è che il lungo e doloroso travaglio di Pasquale Saraceno sui problemi della questione meridionale e tutta la sua amara esperienza sull'industrializzazione del Mezzogiorno collocano questa grande figura di uomo di Stato nel filone di pensiero dei filosofi e dei riformatori napoletani del Settecento. L'uno e gli altri sono uniti in una medesima sofferta esperienza, nella faticosa analisi della vera contraddizione, derivante dalla permanenza di pesanti residui feudali nel Mezzogiorno d'Italia. Infatti, la contraddizione principale non era per Saraceno la contraddizione di classe. L'idea che questa fosse la contraddizione principale ha sviato intere generazioni e quasi tutti i partiti politici nella riflessione sulla questione meridionale e ciò spiega fino in fondo l'isolamento terribile al quale fu condannato Pasquale Saraceno: egli non poteva essere compreso con le lenti delle teorie politiche correnti a cavallo dei due secoli, né con la storia viziosa di sociologia che ha fatto perdere il proprio tempo a tante menti brillanti per lunghi neghittosi anni. Solo se si colloca Saraceno nel filone del pensiero dei filosofi e dei riformatori napoletani del Settecento e in particolare del pensiero di Gaetano

Filangieri e di Francesco Mario Pagano e della loro teorizzazione, costruita sulle orme di Vico, della faticosa formazione e della faticosissima e drammaticissima affermazione dello Stato e della sua giurisdizione contro gli interessi soffocanti e implacabili della «violenza privata», solo in questo quadro si può comprendere l'immenso valore dell'impostazione teorica e della battaglia solitaria di Pasquale Saraceno contro quel «blocco sociale» che è la robustissima sopravvivenza dei «residui feudali» e della «violenza privata» che Benedetto Croce chiamava «eterna rapina».

L'alternativa, quindi, non è una lotta di classe dei contadini e degli operai contro il blocco industriale-agrario, ma la lotta dello Stato e della giurisdizione contro i robusti «residui feudali», cioè contro quei predoni, contro quella borghesia tradizionalmente parassitaria che ha rifiutato il ruolo di protagonista nell'industrializzazione del Mezzogiorno e che al di fuori di ogni logica di classe ha perseguito una sola mira: il saccheggio del pubblico erario attraverso quelle procedure distorte e quegli strumenti illegali e quelle “programmazioni” finalizzate agli interessi della «violenza privata» che il «blocco sociale» ha imposto di continuo al potere legislativo e al potere esecutivo dello Stato.

La vera natura della contraddizione esistente nel Mezzogiorno d'Italia non è una contraddizione di classe: il vero scontro è quello tra il potente, implacabile e spietato «blocco sociale» e lo Stato, tra la cultura mafiosa, cioè la cultura del non Stato, e la vera cultura che è quella delle istituzioni. Il vero obiettivo del «blocco sociale» non è lo sfruttamento del lavoro dei contadini e degli operai, ma è il saccheggio del pubblico erario attraverso procedure distorte e deroghe legislative e la riduzione a plebe, a mafia e camorra, di una parte delle nuove generazioni. Viene così impedita nel Mezzogiorno ogni possibilità di vita democratica e soffocato il respiro e l'affermazione dello Stato moderno. La violenza privata costringe intere popolazioni a vivere nella cultura del degrado, in una realtà urbanistica che è l'immagine palpabile della cultura del «blocco sociale» e del trionfo della pratica mafiosa e camorristica: strutture fatiscenti, da Agrigento a Napoli e al suo *hinterland* fino alla capitale della Repubblica e oltre, condizioni di disperata precarietà, un orrore ambientale e

urbanistico. Un intero popolo è stato costretto ad emigrare in tutte le direzioni e a vivere in una situazione precaria di povertà o di semipovertà perché qualunque provvidenza dello Stato, qualunque risorsa degli enti pubblici viene rapinata e saccheggiata dal «blocco sociale» che impone la cultura del degrado, che abbassa ogni tentativo di cultura alla sub-cultura del privato, che costruisce pessime ed inutili opere pubbliche, riuscendo a strappare allo Stato e agli enti pubblici la programmazione e la direzione dei lavori pubblici e dei collaudi, che costringe la popolazione a vivere in abitazioni fatiscenti, in un degrado generale delle strutture abitative, scolastiche, ospedaliere, universitarie, che usa la camorra per incendiare e far saltare le opere pubbliche, come il Palazzo di giustizia nel Centro direzionale di Napoli, perché mal progettate e mal costruite. Il «blocco sociale» abbassa il livello morale della società civile, si espande in tutto il paese e allunga gli artigli sulle grandi opere pubbliche dell'intero territorio, sulle costruzioni ferroviarie, sulle canalizzazioni dei fiumi, provoca gli incendi dei boschi, costruisce con denaro pubblico immensi stabilimenti industriali destinati fin dall'inizio alla rottamazione e fa terra bruciata di ogni risorsa e tutto saccheggia, vivendo non degli ideali della cultura, ma dell'ideale «di un'allegra giornata di saccheggio» come scrive Croce nella *Storia del Regno di Napoli*.

A ragione, Giovanni Paolo II, entrando in Napoli il 9 novembre del 1990, sentì il dovere di levare alta la voce, nel suo primo discorso di saluto ai napoletani, contro «il flagello che forse è più rovinoso dello stesso sisma: l'avidità speculativa [...]».

Di fronte al fallimento tragico dell'intervento straordinario e di fronte a un debito pubblico che spaventa l'Europa, Pasquale Saraceno comprende che una delle caratteristiche fondamentali del blocco sociale è quella di riuscire sempre, con la complicità della politica e della burocrazia, a svolgere un ruolo di «intermediazione finanziaria». Il blocco sociale non crea e non costruisce nulla, ma si pone come «intermediario» tra le risorse dello Stato e degli enti pubblici e le imprese, scelte dai concessionari «intermediari», quasi sempre tra quelle di dubbie capacità e di bassi intenti speculativi. Pertanto, il blocco sociale non è una classe

organica e socialmente ben definita, non si può definire neppur lontanamente una borghesia industriale o agraria e perciò viene bollato da Pasquale Saraceno come «residuo feudale». L'originalità del pensiero di Saraceno sta nell'affermazione della natura neofeudale di questo «blocco sociale». Esso è la violenza degli interessi privati che continua quella «eterna rapina» che era la caratteristica delle forze feudali che si opponevano al sorgere dello Stato moderno nel Regno di Napoli. Quelle forze si trasformarono e si mimetizzarono sotto la forma di società anonime nello Stato unitario, andando all'assalto delle grandi opere pubbliche necessarie alla costruzione del nuovo Stato: strade, ponti, grandi vie di comunicazione, la rete ferroviaria. Contro i concessionari delle opere ferroviarie, Silvio Spaventa, ministro dei Lavori pubblici, combattè una lotta senza quartiere tentando di far prevalere le leggi dello Stato moderno. Ma le grandi società anonime e il trasformismo di Giovanni Nicotera si allearono per liquidare la classe dirigente che aveva portato a compimento la rivoluzione risorgimentale e costruito lo Stato unitario con le sue leggi fondamentali che apparvero subito come un ostacolo per le forze neofeudali.

Saraceno vedeva che il «blocco sociale», strappando allo Stato la programmazione, la direzione dei lavori, i collaudi, la valutazione delle opere, le regole della contabilità, aveva profanato tutti i sacri principi dello Stato moderno.

Di questo «blocco sociale» fa parte a pieno titolo quella borghesia a cui lo Stato aveva offerto larghissime risorse per l'industrializzazione e lo sviluppo del Mezzogiorno, e che quelle larghissime risorse ha invece saccheggiato nel modo più empio costruendo grandi cattedrali nel deserto destinate, già prima della nascita, alla rottamazione secondo una squallida e criminale logica di saccheggio del pubblico erario. Quella borghesia ha rifiutato il ruolo di protagonista dello sviluppo offertole dalle leggi dello Stato, ma si è radicata tenacemente nelle file parassitarie del «blocco sociale».

Saraceno comprese che le famiglie della piccola borghesia e gli intellettuali che si rifiutavano con sdegno di entrare a far parte del gioco parassitario, o che non riuscivano a conquistare qual-

che posizione di privilegio nell'anarchia imposta dai nuovi predoni, venivano ridotti in una condizione precaria ai limiti della povertà o addirittura in una disperata condizione quotidiana, che impedisce ogni realizzazione di vita democratica, ogni vita civile, ogni inclinazione professionale autentica, e costringe le migliori intelligenze alla fuga negli Stati Uniti, in Inghilterra, in Francia, in Svezia, dovunque pur di sfuggire ad una vita di stenti e alle inimmaginabili pesanti ed umilianti difficoltà in patria. Così si fiacca e si disperde la virtù nazionale!

È comprensibile, quindi, la vena di pessimismo che pervade l'ultimo Saraceno. Si era al fallimento dell'intervento straordinario, e con esso sembrava fallire un intero progetto civile e lo Stato di diritto. Prevalava il «blocco sociale» con tutto il suo scenario di orrori, mentre si profilava il nuovo scenario delle privatizzazioni che avrebbe visto la liquidazione dell'IRI e delle grandi aziende di Stato.

Vale la pena ricordare, a questo proposito, una lettera di Silvio Spaventa agli elettori del Collegio di Bergamo, raccolta da Benedetto Croce negli scritti del grande statista protagonista del Risorgimento italiano che, liberato dall'orrendo ergastolo di S. Stefano, aveva assunto funzioni di governo nello Stato italiano: «Erra grandemente, a mio giudizio, chi vorrebbe togliere al governo l'amministrazione propria di alcuni grandi e generali interessi pubblici, dove la partecipazione più o meno insindacabile dei privati cittadini si risolve, sempre, nell'arricchire i pochi e nell'immiserire i più. Bisogna guardarsi dal culto di certi principi astratti, che riescono, in ultimo, a questa conseguenza; che, quando si tratta degli interessi di tutti, il governo non deve far niente; e quando poi si tratta degli interessi di pochi, esso è indotto a fare, a spese di tutti, ogni cosa. E di queste anomalie e incongruenze abbondano gli esempi».

Vogliamo infine ricordare che al centro del programma civile di Pasquale Saraceno c'era lo sviluppo della ricerca scientifica e la formazione culturale e civile delle nuove generazioni. In questo programma lungimirante, ma reso concreto con ferma determinazione, si colloca la creazione della SVIMEZ, del FORMEZ, dell'IFAP, del CSEI e l'avvio di tanti studi e riviste economiche. Nel-

l'attuazione di questo programma Saraceno coinvolge il Ministero per il Mezzogiorno, l'IRI – Istituto per la Ricostruzione Industriale. La ricerca e la formazione delle nuove generazioni sono la base principale di tutto il programma civile di Pasquale Saraceno e possiamo ben a ragione affermare che anche questa ansia e questa sollecitudine per i problemi dell'educazione lo legano alla tradizione che da Antonio Genovesi passa attraverso tutti i grandi pensatori meridionali. Basti pensare al quarto volume della *Scienza della Legislazione* di Gaetano Filangieri dedicato interamente al problema dell'educazione, agli scritti di Bertrando Spaventa su *La libertà d'insegnamento* e a tutta l'opera di Francesco De Sanctis e di Antonio Labriola sull'insegnamento universitario.

Abbiamo cercato di dare un profilo della grandiosità del progetto di Pasquale Saraceno. Per questi motivi Pasquale Saraceno vide nell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici un pilastro per il rinnovamento del Paese. Lo convincevano la nostra concezione dello Stato moderno e la priorità assegnata al problema morale e alla formazione delle nuove generazioni come presupposto di ogni programma per il rinnovamento della vita civile del Paese. Condivideva con l'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici le conclusioni di Benedetto Croce sul problema meridionale contenute nella *Storia del Regno di Napoli*: «[...] ogni problema pratico e politico è problema spirituale e morale; e in questo campo va posto e trattato, e via via, nel modo che si può, risoluto; e qui non hanno luogo rimedi specifici di veruna sorta. Qui l'opera è degli educatori, sotto il quale nome non bisogna pensare ai maestri di scuola e agli altri pedagoghi, o non a essi soli, ma a tutti, in quanto tutti siamo e dobbiamo e possiamo essere effettivi educatori, ciascuno nella propria cerchia e ciascuno in prima persona verso se stesso».

Negli ultimi anni della sua vita, Saraceno si rivelava ancora più convinto che fosse necessaria un'azione rivoluzionaria dello Stato per la lotta contro il blocco sociale che si era costituito per l'accaparramento delle risorse pubbliche nel Mezzogiorno e che da esse aveva tratto alimento per crescere ed espandersi con la complicità e il concorso di grandi imprese provenienti da ogni

parte del territorio nazionale. Avvertiva la pericolosità dei frutti che esso produceva, non solo sotto il profilo economico, ma anche per quel che riguardava la coscienza civile nel Mezzogiorno e nel Paese. Nella Introduzione al *Rapporto 1991* – che egli non fece in tempo a redigere personalmente ma che giustamente gli si può attribuire perché vi si sente la viva presenza della sua lezione – si può leggere la preoccupazione per «l'appassire del sentimento dell'unità nazionale», per «il diffondersi, in luogo di quel sentimento, di un rumoroso populismo dialettale che reclama, in nome di interessi e culture locali, la liquidazione fallimentare della nostra storia unitaria» e, aggiungiamo noi, della virtù nazionale. Una denuncia dell'involgarimento della società civile, del degrado del costume e della morale, della perdita del sentimento dell'unità nazionale.

Contro questa liquidazione fallimentare Saraceno rivendicava con forza la validità della storia unitaria, e lo faceva con una significativa apertura sull'orizzonte europeo che, peraltro, è stato sempre ben presente nella sua riflessione. Per quanto travagliata e contraddittoria, per quanto possa oggi apparire bloccata e sotto la minaccia di una involuzione, la storia unitaria dell'Italia – egli affermava – non è stata un fallimento, perché ha condotto all'integrazione con la modernità e con l'Europa. Perciò, «Se vogliamo che il lungo itinerario dell'integrazione con la modernità e con l'Europa non resti interrotto, o addirittura non s'inverta, la nostra storia deve dunque continuare ad essere unitaria. Ciò non significa che lo Stato debba essere centralistico [...]. Significa, invece che lo sviluppo delle autonomie, in continuità con la grande tradizione del pensiero federalista, deve essere strumento di coesione, e non di dissoluzione, della comunità nazionale [...]. La nostra storia deve continuare ad essere unitaria perché il Mezzogiorno non potrà integrarsi con l'Europa senza l'apporto di risorse, di iniziative e di cultura del Nord; ma anche perché l'importanza del ruolo e delle opportunità che al Nord potranno aprirsi in Europa sarà commisurata, oltre e più che al livello di sviluppo materiale raggiunto nel ristretto ambito regionale, all'impegno consapevole che lo stesso Nord saprà assumere di regione leader del progresso economico e civile dell'intera nazione».

È questa l'eredità che ci ha tramandato Pasquale Saraceno: operare per il riscatto economico e civile del Mezzogiorno difendendo e dando nuovo vigore alle antiche radici culturali che lo uniscono all'Italia e all'Europa. È un'eredità che viene da lontano. L'origine della vocazione di Pasquale Saraceno si deve ricercare nel filo di pensiero dei veri uomini di cultura alla cui memoria si rivolge Benedetto Croce, a conclusione della *Storia del Regno di Napoli* quando scrive che nel 1848 e nel 1859 e in tutte le vicende storiche dell'Italia meridionale «si rinnovò la dimostrazione dell'inerzia, dell'im maturità politica, della scarsa combattività e dell'egoismo di gran parte della borghesia», una borghesia che si rivelò sempre inerte e «di scarso valore morale», e ricorda con commozione che «la sola tradizione politica di cui l'Italia meridionale possa trarre vanto è quella che mette capo agli uomini di dottrina e di pensiero, i quali compirono quanto di bene si fece in questo paese, quanto gli conferì decoro e nobiltà e quanto gli preparò e gli schiuse un migliore avvenire, e l'unì all'Italia», quegli intellettuali napoletani che nel 1799 «trapiantarono in Italia l'ideale della libertà secondo i tempi nuovi, come governo della classe colta e capace, intellettualmente ed economicamente operosa, per mezzo delle assemblee legislative, uscenti da più o meno larghe elezioni popolari; e, nell'atto stesso, abbattono le barriere che tenevano separate le varie regioni italiane, specialmente la meridionale dalla settentrionale, e formarono il comune sentimento della nazionalità italiana, fondandolo non più, come prima, sulla comune lingua e letteratura e sulle comuni memorie di Roma, ma sopra un sentimento politico comune».

A buon diritto, quindi, possiamo collocare Pasquale Saraceno in quella linea ideale scandita dai grandi nomi che hanno pensato e operato per unire insieme Mezzogiorno, Italia e Europa: dai martiri del '99 napoletano ai padri del Risorgimento, fino a Benedetto Croce e a Luigi Einaudi. Anche per lui possono valere, nonostante l'indubbia diversità di indole e cultura delle due personalità, le parole che in occasione del convegno promosso a Bergamo nel 1990 dall'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, sul tema "Il dibattito sull'unità dello Stato nel Risorgimento ita-

liano”, Giovanni Spadolini dedicava a Silvio Spaventa: fu un uomo che ebbe una fede assoluta in «quell’unità italiana che sembra oggi ridiscussa e oggetto di contestazioni o di dissacrazione da parte di chi giura sui simboli dei vecchi comuni travolti dall’unità; o rievoca un’Italia federale che come tale non è mai esistita e che il Risorgimento in ogni caso trascese nella creazione di un nesso spirituale e politico».

L’eredità trasmessa da Saraceno è affidata in buone mani, agli uomini che si strinsero intorno a lui, a uomini come Sergio Zoppi, che non solo ha tenuto viva in tanti libri e articoli la memoria della battaglia civile di Saraceno, ma si è anche concretamente impegnato per promuovere la ricerca scientifica e la formazione delle nuove generazioni, sia alla guida del Formez sia sollecitando e sostenendo le fondazioni e gli istituti di ricerca più meritevoli che operano a Napoli e nel Mezzogiorno. Per queste sollecitazioni e per questo sostegno l’Istituto Italiano per gli Studi Filosofici esprime profonda e sincera gratitudine a Sergio Zoppi, auspicando che egli, dopo l’impegno politico nel governo del Paese, possa tornare al suo compito di essere punto di riferimento e guida per lo sviluppo della ricerca e della formazione.

# DEREGULATION E SEMPLIFICAZIONE DELLE PROCEDURE IN MATERIA DI GRANDI OPERE

*Il controverso cammino dei principi comunitari  
e dei valori costituzionali*

di Carlo Iannello

da «Foro amministrativo TAR», II, 3, Giuffrè Editore, Milano 2003.

## 1. *Premessa*

Con la l. n. 443 del 2001 e con il decreto legislativo attuativo della l. n. 190 del 2002 sono state riscritte le norme in materia di lavori pubblici applicabili alla costruzione delle cd. grandi opere. L'impianto della citata legge si caratterizza per l'introduzione di un sistema di costruzione delle infrastrutture derogatorio rispetto alla vigente legislazione in materia di esecuzione dei lavori pubblici e di procedure di autorizzazione e localizzazione delle opere. Si tratta di una procedura applicabile esclusivamente alla realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti industriali strategici individuati dal Governo (competenza affidata al CIPE<sup>1</sup> in sede di prima attuazione) e quindi di portata non ge-

<sup>1</sup> Cfr. la delibera CIPE del 21 dicembre 2001, n. 121/2001, in «G. U.», 21 marzo 2002, n. 68, S.O., in cui sono state individuate centinaia di opere pubbliche rientranti nelle cd. infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale.

nerale. Occorre tuttavia osservare che, stante la quantità e la tipologia delle opere inserite nella delibera CIPE del dicembre del 2001 che saranno assoggettate alla disciplina della legge obiettivo, sembra difficile immaginare opere di una certa rilevanza che nei prossimi anni continueranno ad essere soggette alla normativa ordinaria, anch'essa tra l'altro oggetto di recenti modifiche<sup>2</sup>. Elementi salienti della citata normativa sono rappresentati dall'introduzione di un nuovo istituto, il cd. *general contractor*, dalla riscrittura di regole caratterizzanti la concessione di opera pubblica, nonché dalla predisposizione di strumenti di semplificazione con riferimento alle diverse fasi della relativa azione amministrativa, dalla procedura di localizzazione dell'opera sino alla valutazione di impatto ambientale.

Come si cercherà di evidenziare nelle pagine che seguono, diverse sono le perplessità suscitate dalla legge in esame in quanto essa non solo pone problemi di compatibilità con i principi comunitari e con quelli costituzionali, ma rappresenta altresì una drastica cesura rispetto alle recenti riforme in materia di opere pubbliche e di contrattualistica pubblica. Tale legge, infatti, introduce una «sorta di *semplificazione al quadrato*, derivata dal complesso sistema normativo esistente per via di deroga alle norme ordinarie», determinando «un sistema in cui le deroghe [...] assurgono esse al rango di vere regole<sup>3</sup>».

<sup>2</sup> Cfr. la l. n. 166 del 2002.

<sup>3</sup> Così I. Franco, *Deroghe, regime speciale, capitale privato: l'inquietante fatamorgana della semplicità nella legge-delega sulle grandi opere (l. n. 443/2001)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ritiene inoltre la legge obiettivo una «deviazione dalle regole fondamentali che ineriscono al modo di essere e al funzionamento dello Stato di diritto». Cfr. anche l'opinione di L. Vandelli, *Devolution e altre storie. Paradossi, ambiguità e rischi di un progetto politico*, Bologna 2002, 95 che ritiene la legge obiettivo un provvedimento «poco aderent[e] al sistema costituzionale». Come si cercherà di evidenziare nel testo, il sistema introdotto dalla legge obiettivo e prima ancora dalla conferenza dei servizi come modificata nel 2000, percorrono la strada dell'assolutizzazione dell'interesse alla realizzazione dell'opera, consentendo pertanto lo scavalco di qualsiasi altro interesse o valore che ostacola il raggiungimento dell'obiettivo. Non manca, del resto, chi ha individuato una tendenza incline a piegare i poteri pubblici, e con essi anche i valori e le libertà non economiche, alle ragioni del-

2. *La realizzazione dell'opera come interesse pubblico prevalente, in grado di vanificare altri fondamentali interessi pubblici. La genesi della «semplificazione al quadrato» nella modifica alla disciplina della conferenza dei servizi.*

Deve innanzitutto osservarsi che le nuove norme nascono sulla base di una singolare, quanto criticabile, nozione di interesse pubblico, identificato nella realizzazione dell'opera in sé, come si evince chiaramente dalla relazione governativa al disegno di legge<sup>4</sup>. Sulla base di un siffatto presupposto, qualsiasi ostacolo di carattere giuridico si frapponga rispetto al compimento dell'obiettivo – la realizzazione dell'opera – deve essere superato, anche se esso è rappresentato da una disciplina legislativa a protezione di valori di primaria importanza nell'ordinamento costituzionale, come, ad esempio, il regime dei vincoli a tutela degli interessi urbanistici, ambientali, paesaggistici, storico artistici, ecc.

l'economia. A tale proposito, è stato osservato che siamo di fronte ad un vero «capovolgimento del mondo» che si manifesta nell'attuale tendenza «sovertitrice» dei valori che hanno dominato durante il secolo scorso, la quale «fa posto a quelle libertà economiche, proprietà assoluta, impresa sovrana e finanche libertà finanziaria, che l'età precedente sottoponeva a limiti e controlli» (U. Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Ed. Città aperta, Troina (En) 2002, 136). «La nuova linea», ritenuta per certi versi un ritorno all'Ottocento, «colloca le libertà economiche al centro della sua dinamica, assegnando loro il ruolo fondamentale nella vita sociale» e «perciò disconosce una serie di doveri che prima incombeva sugli imprenditori e i proprietari, e smantella i poteri e le responsabilità dello Stato su quelle libertà» (*Ibidem*). Uno Stato che se da un lato è depotenziato e ridotto, non è tuttavia frantumato. Infatti, come acutamente rilevato, «la vittoria planetaria del liberismo (o, talora, di interessi e di forze, che si nobilitano sotto questo nome) non demolisce lo Stato come attore dell'economia, ma lo piega e costringe al diritto comune delle società anonime» (N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1998, 133). Infatti, proprio la rilevata tendenza vuole che il potere pubblico continui a svolgere ancora una forte «azione di sostegno alle imprese e agli investitori», provvedendo, ad esempio, alle «spese per le infrastrutture del territorio in favore dell'economia, per l'incentivazione della produzione e degli scambi internazionali» (U. Allegretti, *op. cit.*, 149). Sul punto cfr. anche S. Cassese, *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma 1998, che intitola significativamente il capitolo 11 «Lo Stato catturato dall'economia».

<sup>4</sup> Il testo si legge in [www.giust.it/leggi/leggeob-note.htm](http://www.giust.it/leggi/leggeob-note.htm)

Si legge nella citata relazione, infatti, che «la legge obiettivo consente di superare tutti gli ostacoli giuridici e, conseguentemente, di realizzare concretamente e velocemente i progetti-obiettivo<sup>5</sup>». E ciò in quanto «nella logica della legge obiettivo, *la legittimità politica e giuridica dell'opera è, infatti, nell'opera in sé, in quanto identificata come obiettivo strategico*<sup>6</sup>». Da tale considerazione discende pertanto che «Tutte le altre leggi, causa sistematica di ostacolo, vengono conseguentemente disapplicate<sup>7</sup> e ciò in quanto la soluzione per la costruzione delle infrastrutture non si trova «negli strumenti giuridici normali, offerti dall'ordinamento vigente<sup>8</sup>». Con questi, «come è provato dall'esperienza degli ultimi due decenni, ogni tentativo positivo è infatti destinato a impantanarsi», per cui «la soluzione può essere trovata solo procedendo *per linee di rottura*, e dunque *fuori dall'ordinamento vigente, costituendo un ordinamento superiore*<sup>9</sup>», capace di disapplicare «l'universo delle norme specifiche e particolari». Ed in effetti è proprio la *rottura* che si è in concreto realizzata con la nostra tradizione amministrativa che ha indotto primi sfavorevoli commenti sulla normativa in esame, tanto che non è mancato chi ha individuato nella legge obiettivo un evidente rischio di «degrado» del sistema giuridico istituzionale<sup>10</sup>.

Si pensi che, ai sensi dell'art. 3, comma 7 del d.lg. n. 190 del 2002, l'approvazione del progetto preliminare, attribuita alla

<sup>5</sup> Relazione governativa al disegno di legge, cit.

<sup>6</sup> Il corsivo è nostro.

<sup>7</sup> Relazione governativa al disegno di legge, cit.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> I. Franco, *Deroghe, regime speciale, capitale privato: l'inquietante fata morgana della semplicità nella legge-delega sulle grandi opere (l. n. 443/2001)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo il quale l'ordinamento «con questa legge sembra imboccare una strada (o diramazione?) dai caratteri anomali e tali da suscitare notevoli perplessità, se non addirittura il dubbio circa un possibile rischio di degrado del sistema e di deviazione dai «fondamentali». E ancora, significativamente, che tale fenomeno «suscita perplessità [...] ai limiti dell'inquietudine». Infatti, con la citata legge si è intrapreso «una sorta di percorso anomalo – o vero e proprio vicolo cieco – con deviazione dalle regole fondamentali che ineriscono al modo di essere e al funzionamento dello Stato di diritto».

competenza del CIPE – che decide a maggioranza – determina «l'accertamento della compatibilità ambientale dell'opera». L'accertamento di compatibilità ambientale è dunque indipendente da un consenso espresso dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e da quello dei beni e delle attività culturali<sup>11</sup>, i quali potrebbero addirittura ritenere la realizzazione dell'infrastruttura in questione pregiudizievole per la salvaguardia degli interessi da loro curati.

Inoltre, sempre l'approvazione del progetto preliminare comporta anche la variazione automatica degli strumenti urbanistici, e quindi la relativa vanificazione delle scelte urbanistiche operate dai comuni, con buona pace della retorica federalista e della valorizzazione delle competenze amministrative degli enti di livello comunale, peraltro recentemente oggetto di riforma costituzionale<sup>12</sup> (il riferimento è all'art. 118 Cost. che ha costituzionalizzato il cd. principio di sussidiarietà in senso verticale). Non è pertanto privo di significato che la legge obiettivo e il d.lg. attuativo, nonché anche un altro d.lg., il n. 198 del 2002 (in tema di realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazione che trae la sua legittimità dalla medesima legge obiettivo e che introduce anch'esso un regime derogatorio, anche della legislazione regionale) siano stati oggetto di numerosissimi ricorsi alla Corte costituzionale presentati dalle Regioni, in cui si censurano non solo i profili relativi all'invasione delle competenze costituzionalmente attribuite alle Regioni (assumendo come parametro l'art. 117, nonché gli artt. 118 e 119), ma anche illegittimità comunitarie e

<sup>11</sup> Come invece sarebbe richiesto dall'art. 6, l. n. 349 del 1986 per la valutazione di impatto ambientale. Per alcune considerazioni critiche sull'accertamento di compatibilità ambientale cfr. P. Nunziata, *Gli interventi infrastrutturali per il Mezzogiorno e la «legge obiettivo»*, in «Riv. giu. del Mezzogiorno», 3/2002, 959 segg. che dubita della compatibilità comunitaria del sistema escogitato dalla legge obiettivo (*Ibidem*, 972).

<sup>12</sup> Sul punto cfr. L. Vandelli, *Devolution e altre storie. Paradossi, ambiguità e rischi di un progetto politico*, cit., 95 segg. che descrive la contraddittoria tendenza evidenziata da molti recenti provvedimenti legislativi, fra cui la stessa legge obiettivo, che, a dispetto della proclamata valorizzazione delle autonomie locali, in concreto menomano le attribuzioni degli enti locali e delle Regioni. Sul punto cfr. la nota che segue.

vari profili di incostituzionalità, soprattutto relativi alla lesione del bene ambiente e del paesaggio<sup>13</sup>.

Ancora, l'art. 4 comma ultimo, prevede che l'approvazione del progetto definitivo, adottato con il voto favorevole della maggioranza dei componenti il CIPE, sostituisca «ogni altra autorizzazione, approvazione e parere comunque denominato», consentendo la realizzazione e l'esercizio di tutte le opere, prestazioni e attività previste nel progetto approvato.

Infine, la tutela giurisdizionale degli imprenditori illegittimamente esclusi dalle gare è sensibilmente ridotta, in quanto, ai sensi dell'art. 14 comma 2 (cit. d.lg.) l'eventuale dichiarazione di sospensione o di annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture «non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori». Infatti, prosegue la norma, «in tale caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica», con l'effetto

<sup>13</sup> Si vedano i ricorsi presentati dalle Regioni per far dichiarare l'illegittimità costituzionale della l. n. 443 del 2002, e dei decreti legislativi di attuazione, il d.lg. n. 190 del 2002 e il d.lg. n. 198 del 2002. Cfr., ad esempio, il ricorso della Regione Marche, 28 febbraio 2002 n. 9, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 10 aprile 2002 n. 15, 33 segg.; ricorso della Regione Umbria, 4 marzo 2002 n. 13, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 17 aprile 2002 n. 16, 71 segg.; ricorso della Provincia autonoma di Trento, 4 marzo 2002 n. 14, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 24 aprile 2002 n. 17, 59 segg.; ricorso della Regione Emilia-Romagna, 5 marzo 2002 n. 15, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 24 aprile 2002 n. 17, 68 segg.; ricorso della Regione Toscana, 9 ottobre 2002 n. 68, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 13 novembre 2002 n. 45, 33 segg.; ricorso della Regione Toscana, 30 ottobre 2002 n. 79, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 4 dicembre 2002 n. 48, 117 segg.; ricorso della Provincia autonoma di Bolzano, 31 ottobre 2002 n. 80, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 11 dicembre 2002 n. 49, 135 segg.; ricorso della Regione Lombardia, 4 novembre 2002 n. 82, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 18 dicembre 2002 n. 50, 9 segg.; ricorso della Regione Marche, 18 novembre 2002 n. 86, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 15 gennaio 2003 n. 2, 11 segg.; ricorso della Regione Basilicata, 19 novembre 2002 n. 87, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 15 gennaio 2003 n. 2, 23 segg.; ricorso della Regione Emilia-Romagna, 19 novembre 2002 n. 89, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 15 gennaio 2003 n. 2, 27 segg.; ricorso della Regione Umbria, 19 novembre 2002 n. 89, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 15 gennaio 2003 n. 2, 38 segg.; ricorso della Regione Lombardia, 21 novembre 2002 n. 90, in «Gazzetta ufficiale», S.S., 29 gennaio 2003 n. 4, 3 segg.

di «rendere intangibili, da parte degli organi giurisdizionali, gran parte delle scelte operate dalla pubblica amministrazione<sup>14</sup>», ancorché riconosciute illegittime in sede giurisdizionale.

La descritta equiparazione tra l'interesse pubblico e la realizzazione dell'intervento, atomisticamente considerato, che sta alla base della legge in esame, comporta, come si evidenzierà meglio in seguito, la sua degradazione al rango di interesse settoriale e particolare. Non sarebbe tuttavia corretto affermare che la rilevata svalutazione del concetto di interesse pubblico rappresenti un dato di assoluta novità introdotto dalla legge obiettivo. Nella prospettiva che interessa in tale sede, infatti, può riscontrarsi una sostanziale linea di continuità tra la legge in esame e

<sup>14</sup> P. Nunziata, *Gli interventi infrastrutturali per il Mezzogiorno e la «legge obiettivo»*, cit., 963. Occorre a tale proposito tenere presente che nel nostro ordinamento esiste un principio di effettività della tutela giurisdizionale (ricavabile dal combinato disposto degli artt. 24, 103 e 113, Cost.) in virtù dei quali possono avanzarsi dubbi circa la legittimità di una forte riduzione di tutela, rappresentata dalla circostanza che l'annullamento in sede giurisdizionale non produrrebbe i suoi effetti tipici, e cioè la caducazione degli atti del procedimento con effetto retroattivo; caducazione degli atti che rappresenta del resto il vero «bene» cui tende il ricorrente. Cfr. sul punto, in controtendenza la recente decisione del Cons. St., sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Guida al dir.*, n. 22/2003 73 segg., che afferma il principio secondo il quale l'annullamento dell'aggiudicazione fa venire meno anche il contratto, rendendolo privo di effetti giuridici in via retroattiva. Cfr. anche il commento di O. Forlenza, *La decadenza immediata dell'accordo sottoscritto evita la necessità di ricorrere al giudice ordinario*, ivi, 81 segg. Solo attraverso la caducazione degli effetti del contratto, infatti, l'impresa lesa nelle sue posizioni giuridiche soggettive può ottenere la vera riparazione, ossia la ripetizione della gara e la conseguente possibilità di aggiudicarsi il contratto. Per l'enunciazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale da parte della giurisprudenza costituzionale cfr. C. Cost., 8 settembre 1995, n. 419, in *Giur. cost.*, 1995, 3147, e il commento di M. Branca, *Sull'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, ivi, 3171, nonché S. Castellani, *C.S.M., giudice amministrativo e giudizio di ottemperanza*, in «*Giur. it.*», 1996, I, 49. Del resto il rilevato aspetto di incostituzionalità non è sfuggito alla Regione Umbria che, nel ricorso presentato contro la legge obiettivo rileva per l'appunto che in tal modo si consolidano «gli effetti di atti amministrativi illegittimi compiuti nella procedura di gara», con l'ulteriore e deprecabile effetto di comportare un «forte aggravio dei costi, data la necessità di pagare due volte il profitto d'impresa (una volta a titolo di compenso, la seconda a titolo di danno)» (Ricorso della Regione Umbria, 4 marzo 2002 n. 13, cit., 78).

rilevanti riforme amministrative degli ultimi anni sulla cd. semplificazione dell'azione amministrativa. In altri termini, la legge obiettivo sembra inserirsi nel solco recentemente tracciato dal legislatore con la riscrittura di un fondamentale istituto di semplificazione, la conferenza dei servizi di cui all'art. 14 della l. n. 241 del 1990.

Merita pertanto un breve cenno la vicenda del citato istituto. Nata come elemento di un più vasto disegno di ammodernamento dell'azione amministrativa, con evidenti finalità di semplificazione procedimentale, nella sua versione originaria, la conferenza dei servizi ha reso possibile l'unificazione procedimentale nei casi in cui, per l'emanazione di un provvedimento, più amministrazioni fossero competenti ad esprimere la propria valutazione attraverso intese, nulla osta, visti, autorizzazioni, ecc. Si è così consentita un'indubbia accelerazione procedimentale, senza intaccare la disciplina dei singoli provvedimenti amministrativi. Tutte le amministrazioni coinvolte, infatti, conservavano la piena disponibilità dell'interesse pubblico tutelato in quanto la regola per l'assunzione delle decisioni della conferenza dei servizi era rappresentata dall'unanimità. Occorre a tale proposito osservare che la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità dell'istituto in esame, ne aveva ammesso la compatibilità con la Carta fondamentale proprio in virtù della regola di decisione all'unanimità, che faceva salvo l'ambito di attribuzioni, alcune delle quali anche costituzionalmente garantite – di ciascuna delle amministrazioni interessate<sup>15</sup>.

Il descritto modello di conferenza dei servizi non ha tuttavia retto. Le l. n. 127 del 1997 e n. 340 del 2000 hanno profondamente inciso sull'istituto in esame, introducendo la regola della decisione a maggioranza, con pregiudizio delle competenze istituzionali delle amministrazioni dissenzienti, le quali, nonostante siano chiamate a pronunciarsi in base alla disciplina sostanziale, possono vedersi scavalcare dalle altre amministrazioni, addirittura

<sup>15</sup> Cfr. C. cost., 31 gennaio 1991 n. 37, in *Giur. cost.*, 1991, 236 segg. In dottrina cfr. G. Pastori, *Conferenza dei servizi e pluralismo autonomistico*, in *Le Regioni*, 1993, 1564 segg.

ra nel caso in cui la popolazione rappresentata da tali enti sia numericamente superiore a quella rappresentata dai soggetti favorevoli all'assunzione della determinazione. Ciò non senza produrre gravi conseguenze in relazione all'osservanza del principio di legalità che informa l'attività amministrativa. Infatti, la possibilità di superare un dissenso basato su fondati motivi di legittimità (e non di merito) conferisce alla conferenza dei servizi il potere di emanare un provvedimento amministrativo illegittimo<sup>16</sup>. In altri termini, come è stato acutamente messo in evidenza, attraverso l'introduzione del principio maggioritario si è infranta l'equiordinazione degli interessi risultante dalla disciplina di diritto positivo, per far emergere la gerarchia degli stessi: «ma non in conseguenza della natura giuridica degli interessi medesimi siccome delineata dal legislatore, bensì per effetto di una aggregazione contingente di posizioni, che può essere verosimilmente il frutto non di logiche di buon andamento dell'amministrazione ma di valutazioni di convenienza o di opportunità politica, comunque espressive di un *particolare* (se non addirittura di interessi illeciti)<sup>17</sup>». E ciò con l'evidente rischio «di far dipendere l'esito del confronto fra diversi, confliggenti interessi dalla "forza storica degli interessi in conflitto"<sup>18</sup>».

Come sopra rilevato, alla base delle norme appena citate, così come della legge obiettivo, sembra esservi l'identificazione tra la

<sup>16</sup> In tal senso cfr. F. Martinelli, M. Santini, in sede di commento a C. cost., 26 giugno 2001 n. 206, in *Urb. e app.*, II, 2002, 175 ove si legge altresì che la «preoccupazione che attraverso un'applicazione 'selvaggia' del principio di maggioranza si apra lo spazio per una proliferazione di comportamenti illegittimi» ha allora spinto una parte della dottrina a ritenere che il dissenso espresso in sede di conferenza dei servizi possa essere scavalcato solo «motivatamente e ragionevolmente, con la conseguenza che, laddove le argomentazioni del diniego si appalesino come oggettivamente insuperabili – e nel caso in cui si eccipiscano vizi di legittimità tale aspetto è reso ancora più evidente – la determinazione conclusiva positiva non dovrebbe essere adottata».

<sup>17</sup> G. Tulumello, *La semplificazione procedimentale applicata all'urbanistica: profili problematici delle recenti riforme legislative*, in *Giur. it.*, III 2002, 454.

<sup>18</sup> *Ibidem*. Le parole riportate tra virgolette nella citazione sono di Irti, Intervento alla tavola rotonda di presentazione del volume di Torregrossa, *Introduzione al diritto urbanistico*, in «Riv. giur. dell'edilizia», II, 1988, 50.

realizzazione dell'opera o dell'intervento e l'interesse pubblico. Dall'esame di tali disposizioni, infatti, emerge che ogni competenza, procedura, autorità, ecc., che cerca di impedire la realizzazione dell'obiettivo (dalla valutazione di impatto ambientale ai poteri pianificatori di comuni e regioni, ai vincoli di qualsiasi natura, paesaggistici, storici artistici, idrogeologici, ecc.), non concorre alla formazione dell'interesse pubblico, ma anzi, mettendo in pericolo il compimento dell'intervento, addirittura contrasta con esso.

Non si può non rilevare che in tale impostazione sembra inficiata da un vizio di fondo che consiste nel confondere un determinato, e particolare, interesse (nel caso della legge obiettivo, quello dello sviluppo socio economico, curato dal Ministero per le infrastrutture) con l'interesse della collettività (o, per utilizzare la categoria giuridica consolidata, con l'interesse pubblico declinato al singolare), che è costituito dall'incontro e dalla composizione dei vari interessi pubblici e anche, eventualmente, di quelli privati, a vario titolo coinvolti nell'azione amministrativa.

A tale proposito, appare opportuno ricordare<sup>19</sup> i risultati della dottrina giuridica sulla distinzione accennata. Si è autorevolmente sostenuto che «gli interessi pubblici sono [...] veri e propri interessi, confrontabili con gli interessi privati, classificabili dal punto di vista della loro latitudine secondo criteri territoriali, personali, materiali, ecc.; l'interesse pubblico, al singolare, non è un interesse paragonabile ad altri, ma è uno strumento giuridico cui si ricorre per far valere quegli interessi concreti [...]». Quindi, ad esempio, nel caso della conferenza dei servizi, come della legge obiettivo, prevedere procedure di semplificazione che non hanno altro scopo che quello di realizzare *comunque e a qualunque costo* l'intervento o l'opera pubblica, attraverso la possibilità di scavalcare il dissenso, espresso da altre amministrazioni in base a specifiche competenze legislativamente stabilite, o attraverso la previsione di amplissime deroghe alla disciplina

<sup>19</sup> A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1972, 57 segg.; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1970, 451 segg. Di recente sul tema in oggetto si segnala G. Clemente di San Luca, *L'interesse pubblico e altri saggi*, Padova 1999, *passim*.

sostanziale, significa elevare l'interesse alla realizzazione dell'interesse (appartenente a una o alcune pubbliche amministrazioni, ma anche eventualmente a soggetti privati) ad interesse pubblico primario, confondendo la relativa nozione e vanificando competenze e funzioni attribuite dalla legge (e in alcuni casi anche dalla Costituzione) ad enti pubblici. La realizzazione dell'opera pubblica, infatti, in tanto realizza il pubblico interesse in quanto la sua necessità emerge dall'incontro delle diverse e molteplici discipline sostanziali, come ad esempio quelle relative alla tutela del paesaggio, della salute, dell'ambiente, dei beni storico artistici, ecc. Attribuendo la prevalenza assoluta all'interesse che si cela dietro la realizzazione dell'opera si realizza, invece, una frammentazione del concetto di interesse pubblico, con il pericolo di consentire la vittoria su di esso ad un interesse particolare, se non, addirittura, di elevare un interesse particolare al rango di interesse pubblico<sup>20</sup>.

A tale proposito sembra opportuno ricordare che la Corte costituzionale (concorde sul punto col Consiglio di Stato) ha sempre ritenuto la conferenza dei servizi un istituto a valenza esclusivamente procedimentale<sup>21</sup>, che non può intaccare gli aspetti di carattere sostanziale dei provvedimenti adottati. Sulla base di una tale premessa, il giudice delle leggi ha posto un freno alla rilevata tendenza. Infatti, una recente pronuncia della Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittima una disposizione del d.l.g. n. 112 del 1998 (da leggersi in combinato disposto con la l. n. 340 del 2000 nella parte in cui modifica il regime della confe-

<sup>20</sup> Sul punto cfr. S. Cassese, *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, cit., 67, il quale ha descritto il processo di «rifeudalizzazione dello Stato», evidenziando anche che spesso «Interessi privati si mescolano con interessi pubblici, organizzandosi in reti complesse, dove è difficile distinguere quanto è dettato dallo Stato da quanto invece è richiesto da gruppi, categorie, enti».

<sup>21</sup> Cfr. C. cost., 16 febbraio 1993 n. 62, in *Giur. cost.*, 1993, 445; C. cost., 19 Marzo 1996 n. 79, in *Giur. cost.*, 1996, 718. Per la posizione del Cons. St. cfr. Cons. St., sez. I, 5 Novembre 1997 n. 1622, in *Urb. e app.*, 1998, 990; Cons. St., sez. I, 5 Novembre 1997 n. 1622, in «*Riv. giur. edil.*», 1998, I, 435; Cons. St., sez. IV, 8 Luglio 1999, n. 1193, in Cons. St., 1999, I, 1096.

renza dei servizi) che disciplinava una conferenza cd. derogatoria (cioè una conferenza il cui esito può derogare alla disciplina sostanziale). La sentenza ha chiarito che l'incostituzionalità è dovuta alla possibilità, contemplata dalla disciplina generale in materia di conferenza dei servizi, così come riscritta dalla citata legge del 2000, di adottare un provvedimento (nella specie variante al piano regolatore generale) anche in caso di dissenso della Regione, determinando una lesione delle sue attribuzioni costituzionalmente garantite<sup>22</sup>.

È possibile trarre alcune considerazioni dalle citate posizioni della Consulta, estendendole al di là dei casi di specie: innanzitutto, la conclusione che gli istituti di semplificazione devono operare solo sul piano procedimentale e non anche su quello sostanziale, risolvendosi altrimenti la semplificazione in una facoltà concessa alla pubblica amministrazione di agire in deroga all'ordinamento giuridico; in secondo luogo, dalla giurisprudenza della Corte emerge che la realizzazione dell'intervento, qualsiasi esso sia, debba comunque misurarsi con il rispetto della disciplina di carattere sostanziale e, quindi, con le competenze costituzionalmente e legislativamente garantite, non potendosi invece fare assurgere ad interesse della collettività nel suo complesso un determinato e settoriale interesse. L'interesse pubblico, infatti, scaturisce dall'incontro delle varie leggi che disciplinano diversi aspetti della materia presa in esame, da quello sanitario, a quello ambientale, storico artistico, idrogeologico, ecc.; interessi che sono collocati in una posizione di equiordinazione: se, ad esempio, un determinato intervento non dovesse ricevere il nulla osta paesaggistico esso sarebbe contrastante con il pubblico interesse. È affermazione ricorrente negli studi pubblicistici, infatti, che «l'interesse curato dal titolare del potere di nulla osta, autorizzazione, ecc. [...] non entra nella comparazione di

<sup>22</sup> C. cost., 26 giugno 2001 n. 206, in *Urb. e app.*, II, 2002, 175. In pratica la Corte, sebbene abbia censurato una disposizione legislativa del d.lg. n. 112 del 1998 ha individuato il vizio di illegittimità nella disciplina della conferenza dei servizi introdotta dalla l. n. 340 del 2000 applicabile anche al d.lg. citato in quanto di portata generale.

interessi sicché non può cedere di fronte all'interesse primario e anzi si pone come [sua] condizione<sup>23</sup>».

Quanto appena evidenziato non vale soltanto sul piano del procedimento amministrativo, ma assume anche a criterio che deve essere tenuto presente dallo stesso legislatore ordinario: è giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, infatti, la necessità che le stesse scelte legislative operino un bilanciamento dei vari interessi costituzionalmente garantiti, nel senso di assicurare loro la massima reciproca espansione possibile<sup>24</sup>.

### 3. I sistemi di realizzazione di opere pubbliche tra principio di legalità e «deregulation»

Il nuovo regime, inoltre, desta perplessità anche in relazione al merito di alcune importanti disposizioni, soprattutto ove si tenga conto della delicatezza del settore, definito appunto «sensibile»<sup>25</sup>, e ove si consideri il recente passato, non di rado caratterizzato da una gestione delle opere pubbliche poco ossequiosa del principio di legalità dell'azione amministrativa. È stato infatti autorevolmente osservato che la passata esperienza legislativa e amministrativa italiana in materia di lavori pubblici è stata spesso contrassegnata da prassi amministrative, consentite anche da poco felici formulazioni dei testi legislativi, che hanno prodotto «distorsioni ed abusi che hanno allontanato la gestione del settore dai principi sanciti dall'art. 97, Cost.<sup>26</sup>», nonché dai principi introdotti dall'ordinamento comunitario<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> G. Morbidelli, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 2001, 1358.

<sup>24</sup> Sulla problematica del bilanciamento si rinvia a R. Bin, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992.

<sup>25</sup> G. Leone, *Art. 19*, in A. Carullo e A. Clarizia (a cura di), *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova 2000.

<sup>26</sup> C. Conti, Friuli Venezia Giulia, sez. contr., 19 Settembre 1996, in «Riv. Corte dei conti», 5/1996, 24 segg.

<sup>27</sup> Un esempio può essere rappresentato dalla costruzione dei treni ad alta velocità realizzata avvalendosi di un istituto giuridico – il *general contractor* – a quel tempo non contemplato dal nostro ordinamento, e inoltre affidando le

Per comprendere appieno, sia da una prospettiva storica che di diritto positivo, il fenomeno politico e giuridico dei lavori pubblici, non può prescindersi dallo studio della concessione, oggetto di riforma da parte della legge obiettivo (assieme all'introduzione del contraente generale). Tale istituto era contemplato come sistema eccezionale di realizzazione dei lavori pubblici dalla legge di unificazione amministrativa del 1865 (l. n. 2248 del 1865, all. f.). Esso nacque, infatti, con esclusivo riferimento alla realizzazione della rete ferroviaria, configurandosi in termini di diritto positivo come «concessione di costruzione e gestione» delle strade ferrate. In altre parole, poiché lo Stato unitario era sfornito dei capitali necessari per la costruzione della rete ferroviaria, il legislatore del 1865 predispose un sistema di carattere eccezionale, che consentisse la costruzione delle ferrovie con l'utilizzo dei capitali privati<sup>28</sup>. Nella sua originaria configurazione, pertanto, la «concessione di costruzione e gestione delle strade ferrate» contemplava che il concessionario dovesse costruire l'opera a spese proprie, ricevendo come corrispettivo la possibilità di sfruttarla economicamente per un determinato periodo di tempo, sufficiente a reintegrarlo delle somme spese e a consentirgli anche la remunerazione del capitale investito.

L'istituto in esame, tuttavia, ha subito nel corso del tempo rilevanti modifiche che lo hanno allontanato dalla sua *ratio* originaria, trasformandolo da strumento di carattere eccezionale – peraltro utilizzabile nel solo settore ferroviario – a strumento ordinario di realizzazione dei lavori pubblici, alternativo al clas-

concessioni in totale assenza di procedure concorsuali. Inoltre, alcune disposizioni di legge degli ultimi decenni si sono poste in contrasto con il diritto comunitario e hanno determinato anche censure da parte della Commissione europea e della Corte di giustizia. Si veda, ad esempio, la sent. 3 giugno 1992, in causa n. C-360/89 che dichiarano la non conformità alla legislazione comunitaria della l. n. 80 del 1987.

<sup>28</sup> Cfr. in tal senso G. Leone, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, 1983, 3 segg. (ma si veda ora l'edizione del 1990), ove si mette in luce la lenta evoluzione della «concessione di costruzione e gestione» disciplinata dalla legge di unificazione amministrativa del 1865 in «concessione di sola costruzione», come si vedrà oltre nel testo. Si veda inoltre F. Pellizzer, *Le concessioni di opera pubblica. Caratteri e principi di regime giuridico*, Padova 1990, 41 segg.

sico contratto di appalto. Con la l. n. 1137 del 1929 si diede infatti la possibilità alla pubblica amministrazione di affidare concessioni di opere pubbliche ad enti pubblici e privati «anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse». Si introdusse così nell'ordinamento la «concessione di sola costruzione», la cui distinzione dal contratto di appalto ha rappresentato una delle questioni più tormentate del diritto amministrativo, tanto che non è mancato chi autorevolmente ha qualificato tale concessione come un appalto «larvato»<sup>29</sup>. L'effetto pratico che si realizzava con tale provvedimento legislativo era complesso. Da un lato infatti si dissociava la costruzione dell'opera dalla gestione della stessa, di modo che tale istituto divenisse «una figura di carattere generale»<sup>30</sup> utilizzabile alternativamente al contratto di appalto; dall'altro si consentiva l'affidamento della costruzione dell'opera al concessionario senza l'osservanza della normativa di contrattualistica pubblica<sup>31</sup>, necessaria invece per l'aggiudica-

<sup>29</sup> Una parte autorevole e rilevante della dottrina giuspubblicista ha ritenuto che la concessione di sola costruzione non si distinguesse dal contratto di appalto, risolvendosi pertanto in un appalto «larvato» (così A. Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 1950, p. 152). *Contra* G. Leone, *ult. op. cit.*, 47, il quale sostiene che tra le due figure sussista una distinzione ontologica, da ricercarsi nel più ampio contenuto dell'obbligazione del concessionario al quale normalmente sono anche trasferite funzioni pubbliche. L'A. tuttavia riconosce che alle volte la concessione di sola costruzione, «quando abbia ad oggetto la mera esecuzione di lavori» configura «un vero e proprio appalto, o meglio un appalto “mascherato”, ma non troppo, dal “paravento” pubblico della concessione (quale atto amministrativo)». Descrive le degenerazioni dell'istituto concessionario, sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, A. Graziani, *Lo sviluppo dell'economia italiana*, Bollati-Boringhieri, Torino 2000, 223, secondo il quale la concessione era stata introdotta «nell'ordinamento giuridico italiano in un passato ormai remoto, per consentire allo Stato di realizzare opere pubbliche costose senza eccessivo aggravio finanziario», ma in virtù della l. n. 219 del 1981, si è previsto non soltanto che le imprese, purché dotate di adeguata solidità finanziaria e di comprovata esperienza, fossero prescelte senza gara di appalto, ma anche che l'impresa concessionaria non dovesse anticipare per intero le spese di esecuzione delle opere perché lo Stato avrebbe anticipato per intero su fondi pubblici fino al 50% della spesa prevista».

<sup>30</sup> G. Leone, *ult. op. cit.*, p. 7.

<sup>31</sup> Cfr. G. Endrici, *L'azionariato locale tra pubblico e privato*, in L. Vandelli (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, Milano, 1992, 555 segg. Sul

zione dell'appalto. La concessione, infatti, a differenza del contratto di appalto, era da qualificarsi come atto amministrativo, non soggetto alle norme di contabilità pubblica e assentibile, pertanto, in base al semplice *intuitu personae*<sup>32</sup>.

La prassi amministrativa ha poi creato altre figure di concessione che non avevano un sicuro fondamento normativo. Si pensi alla cd. concessione di committenza<sup>33</sup>, in cui, come per la concessione di sola costruzione, la realizzazione dell'opera era disgiunta dalla sua gestione. La peculiarità di tale figura, idonea a differenziarla dalla concessione di sola costruzione, era rappresentata dalla circostanza che con essa si operava una completa sostituzione del concessionario alla pubblica amministrazione concedente. In particolare, questi era investito di tutti i compiti relativi alla costruzione dell'opera, ivi compresi quelli inerenti all'esercizio di poteri pubblici, come, ad esempio, l'espropriazione delle aree e la scelta degli appaltatori. A differenza di quanto accadeva nella concessione di sola costruzione, con quella di committenza il concessionario non costruiva (se non parzial-

punto cfr. N. Assini, L. Marotta, *La concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, Padova, 1981, 161; S. Cassese, *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali* in *La formazione dello Stato amministrativo*, 1974, Milano, 282; M. Pallottino, *La concessione di opere pubbliche dopo la legge 8 agosto 1977, n. 584 di adeguamento delle procedure degli appalti alle direttive della Comunità Economica Europea*, in «Riv. giur. edil.», 1978, II, 122; A. Massera, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Bologna, 1976, 239. Osserva S. Cassese, *ult. op. cit.*, 291, che «La concessione resta, nella maggior parte dei casi, agli effetti pratici, solo come provvedimento necessario a legittimare la deroga alla normativa sui contratti della pubblica amministrazione».

<sup>32</sup> Cfr. F. Pellizzer, *Le concessioni di opera pubblica*, Padova, 1990, 459 segg.

<sup>33</sup> Per un quadro delle varie figure di concessione si veda G. Leone, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova 1983 (ma vedi ora la II edizione del 1990); F. Pellizzer, *Le concessioni di opera pubblica*, cit.; N. Bontempo, *L'istituto della concessione nell'ambito dei sistemi di esecuzione delle opere pubbliche*, in «Riv. Trim. app.», 1995, 267 segg. Si veda inoltre M. Pallottino, *La concessione di opera pubblica e la direttiva CE 18 luglio 1989, n. 440*, in «Riv. Trim. app.», n. 1, 1990, 18 segg. e la giurisprudenza ivi citata. Un quadro sintetico delle diverse figure di concessione è delineato da G. Pericu, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi A. Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 1998, vol. II, 1667 segg.

mente) l'opera, e non rispondeva della buona esecuzione dei lavori da parte delle ditte appaltatrici. Infatti, si riteneva che il concessionario assumesse esclusivamente un'obbligazione di mezzi e non di risultato.

Con l'utilizzo di tali figure concessorie si realizzava l'aggiramento delle procedure di evidenza pubblica. Infatti, la prassi amministrativa in virtù della quale si creava *ad hoc* una società di capitali per poi affidarle la concessione di lavori pubblici, si traduceva in una «[...] sostanziale preterizione delle procedure di evidenza pubblica funzionali [...] non soltanto alla realizzazione del principio della *par condicio*, ma altresì dell'interesse pubblico»<sup>34</sup>. Si è a tale proposito evidenziato che «Tecnicamente, il meccanismo delle vincolanti soluzioni tipizzanti [era] aggirato in due tempi, in un primo momento cioè attraverso la costituzione di una società [...] concessionaria; in seconda battuta, il carattere manifestamente privatistico della società le consente di agire sul mercato come un qualsiasi imprenditore, dunque prescindendo dall'osservanza delle soluzioni procedimentali dell'evidenza pubblica [...]»<sup>35</sup>.

Un siffatto sistema, tuttavia, non ha retto alla progressiva affermazione dei principi comunitari in tema di concorrenza introdotti dalle direttive sui lavori pubblici<sup>36</sup>. Inizialmente, i principi comunitari hanno incontrato forti resistenze sia in sede legislativa che interpretativa. Il «legislatore» comunitario, sin dall'inizio degli anni Settanta (direttiva CEE n. 72/305), ha perseguito l'obiettivo di parificare la concessione all'appalto, al fine di consentire una più diffusa attuazione del principio di concorrenza, impedendo che una cospicua percentuale dei lavori pubblici fossero affidati senza lo svolgimento di una gara pubblica, attraverso

<sup>34</sup> A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale per la costruzione delle opere pubbliche: diffusione di un modello e problemi di ammissibilità*, in L. Vandelli (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, Milano 1992, 583 segg.

<sup>35</sup> A. Ziroldi, *ult. op. loc. cit.*

<sup>36</sup> Le direttive comunitarie, attualmente vigenti, in materia di lavori pubblici sono: la n. 37/93 di portata generale, e la n. 38/93 per i settori dell'acqua, del gas, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

l'utilizzo dell'istituto concessorio, interpretato come ontologicamente distinto dal contratto di appalto. In altri termini, secondo il diritto comunitario, attento più al dato effettuale e sostanziale del fenomeno giuridico che a quello formale, anche la concessione doveva essere ritenuta un contratto, al pari dell'appalto, e pertanto soggetta ai relativi obblighi di gara.

Tuttavia, le innovazioni provenienti dal diritto europeo sono state incisivamente ostacolate a livello interpretativo. Infatti, sebbene la normativa europea fosse stata recepita con la l. n. 584 del 1977, è stato criticamente rilevato che «un orientamento, avallato anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva», ma fortunatamente «poi abbandonato dallo stesso Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, propugnò un'interpretazione fortemente restrittiva della norma, individuando, accanto alla concessione di mera costruzione sottoposta alla norma, un *tertium genus* rappresentato da una concessione caratterizzata, oltre che dalla costruzione dell'opera, da ulteriori compiti e funzioni quali la progettazione, la direzione dei lavori e così via (la cosiddetta concessione mista); e ad analoghi fini, o quanto meno, con l'analogo risultato di escludere l'applicazione delle regole concorsuali, vennero poi individuate la concessione di servizi (di committenza) e, più recentemente, la concessione di stazione appaltante»<sup>37</sup>.

Le istituzioni comunitarie (direttiva CEE 89/440) hanno allora precisato la nozione di contratto d'appalto, col risultato di renderla comprensiva di tutte le fattispecie che contemplavano l'esecuzione «con qualsiasi mezzo» dell'opera<sup>38</sup>, attraendo nel campo di applicazione della disciplina in tema di appalto tutte le rilevate figure concessorie. Inoltre, la normativa comunitaria ha inscindibilmente collegato la concessione alla gestione dell'opera, escludendo pertanto dalla rilevata equiparazione all'appalto solo la figura della concessione di costruzione e gestione, e ha nel contempo previsto una pubblicizzazione di una parte dell'attività contrattuale del concessionario.

<sup>37</sup> R. Caranta, *Concessione di opere e servizi*, in «Enc. dir.», Aggiornamento, 2001, 242.

<sup>38</sup> Cfr. R. Caranta, *Concessione di opere e servizi*, cit., 242.

Nel 1994, poi, il Parlamento nazionale è riuscito finalmente a emanare una legge organica di riforma dei lavori pubblici, la l. n. 109, detta anche legge Merloni. Le linee direttrici della citata normativa possono essere sinteticamente riassunte, per quanto rileva in tale sede, nei seguenti principi: espunzione dal sistema di tutte le figure concessorie in cui la costruzione dell'opera fosse dissociata dalla gestione e pubblicizzazione delle attività dei concessionari, in linea, come rilevato, con le direttive europee.

La l. n. 109 del 1994, infatti, in armonia con la normativa comunitaria e con la *ratio* originaria dell'istituto concessorio, ha riancorato la concessione di lavori pubblici alla gestione dell'opera costruita, eliminando pertanto tutte le altre e diverse figure concessorie. Essa ha definito la concessione di lavori pubblici come un contratto avente lo stesso oggetto dell'appalto ma caratterizzato dal fatto che la controprestazione a favore dell'impresa o dell'ente concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo. La volontà del legislatore è quindi andata nel senso di abrogare la l. n. 1137 del 1929 e, conseguentemente, la concessione di sola costruzione. Inoltre, l'art. 19 comma 3 di tale legge ha anche vietato alle pubbliche amministrazioni di porre in essere le concessioni di committenza.

Occorre tuttavia rilevare che la citata norma, bandendo la prassi delle concessioni di committenza, ha affermato quanto ben poteva già desumersi dall'interpretazione dei principi costituzionali che regolano l'attività della pubblica amministrazione<sup>39</sup>. Recentemente, infatti, il Consiglio di Stato<sup>40</sup> ha affermato che «[...] in base al principio di legalità, sancito nell'art. 97, Cost.,

<sup>39</sup> La norma cit. nel testo ha infatti impedito alla pubblica amministrazione di affidare, con atto amministrativo – ossia la concessione di committenza – l'espletamento delle funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici.

<sup>40</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, 20 dicembre 1996 n. 1577, in «Urb. e app.», n. 4, 1997, 432 segg., con commento di G. M. Sigismondi, *Concessioni di opere e pubbliche forniture tra giurisdizione civile ed amministrativa*; C. Guiccone, *Appalti pubblici: ambito soggettivo della normativa e criteri di riparto della giurisdizione*, in «Giorn. dir. amm.», n. 9, 1997, 809 segg.; E. Cannada Bartoli, *Amministrazioni aggiudicatrici e problemi di giurisdizione*, in «Giur. it.», III, 1, 1997, 261 segg.; e Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1478, in «Giorn. dir. amm.».

non si può ammettere che un'amministrazione pubblica, nei casi non previsti dalla legge, abbia il potere di trasferire le proprie funzioni istituzionali ad un soggetto privato e si determini a non esercitare quelle competenze ed a non avere quelle responsabilità che l'ordinamento le attribuisce»<sup>41</sup>. L'importanza dell'art. 19 della legge in commento è stata quindi individuata nella «volontà di porre freno ai fenomeni distorsivi della corretta gestione dei lavori pubblici determinati dal cattivo funzionamento di istituti giuridici quali la concessione e la delegazione»<sup>42</sup>.

Conclusivamente, può osservarsi che la normativa comunitaria è scaturita dalla preoccupazione «[...] di evitare che uno strumento nato per consentire ai privati la sostituzione dell'amministrazione nella realizzazione complessiva di opere di competenza dell'amministrazione, si trasformasse in un comodo mezzo per eludere la più rigida disciplina comunitaria in materia di appalti»<sup>43</sup>. E nella medesima direzione si è incamminato, come rilevato, anche il legislatore interno<sup>44</sup>.

#### *4. Il «general contractor» e la scelta dei contraenti a trattativa privata: il difficile cammino del principio di libera concorrenza (e dei principi costituzionali) nel settore dei lavori pubblici.*

Se questa è l'apprezzabile evoluzione normativa, di diritto interno e comunitario, che ha caratterizzato l'ultimo decennio, recentemente si è verificata una inversione di marcia. Dalla descritt-

n. 3, 1999, 209 segg., con commento di C. Guiccone, *Gli organismi di diritto pubblico nuovamente al vaglio del Consiglio di Stato*.

<sup>41</sup> Cons. St., sez. v, 20 dicembre 1996 n. 1577, cit., c. 266.

<sup>42</sup> Corte dei Conti, Friuli Venezia Giulia, sez. contr., 19 settembre 1996, cit., 25.

<sup>43</sup> F. Fracchia, in sede di commento a Cons. St., sez. IV, 15 aprile 1996 n. 516, in «Foro it.», III, 1996, cc. 377 segg. Nella direzione della pubblicizzazione dell'attività del concessionario di opera pubblica, inoltre, si era già mossa la Corte di Cassazione che dal 1990 ritiene sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo nelle fattispecie di concessione di costruzione di opera pubblica. Cfr. nota 33.

<sup>44</sup> F. Fracchia, *ult. op. loc. cit.*

ta propensione alla regolazione del settore, con la previsione dell'obbligo dell'applicazione delle normative pubblicistiche anche da parte di soggetti privati, giustificata dalla provenienza pubblica dei finanziamenti, si è assistito al consolidarsi di un'opposta tendenza verso l'affermazione dell'applicazione del diritto privato e quindi di una piena libertà contrattuale ai fini della scelta dei contraenti, nonostante l'origine pubblica degli investimenti.

La magistratura contabile non ha perso occasione per porre all'attenzione delle competenti istituzioni alcune preoccupazioni suscitate dal descritto fenomeno<sup>45</sup>, esprimendo apprensione per le conseguenze negative che potrebbero derivare dalle recenti leggi di riforma<sup>46</sup>, e stigmatizzando soprattutto l'attuale controtendenza rispetto alla legge Merloni; controtendenza che va nel

<sup>45</sup> Cfr. sul punto la *Relazione del Procuratore regionale Dott. Carmine Scarano – Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale per il Veneto* – in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2000 Venezia, 29 gennaio 2000, in cui si evidenzia, tra l'altro, che «Inutili e costose progettazioni di opere non eseguite, espropriazioni illegittime o non portate a termine, ritardi nei pagamenti alle ditte, contenziosi ed arbitrati che vedono soccombente maggiormente l'amministrazione rispetto all'appaltatore, sottendono un malessere persistente e significativo della pubblica amministrazione». E si rileva, inoltre, che «Come la microcriminalità mette in allarme l'opinione pubblica, così i disservizi, gli sprechi, la mancanza di trasparenza, ledono gravemente l'immagine della pubblica amministrazione e minano la fiducia dei cittadini verso lo Stato». Si veda anche la *Relazione del Procuratore regionale presso la Sezione giurisdizionale regionale del Piemonte*, Mario Pischedda, in occasione della cerimonia di apertura dell'anno giudiziario 2000, che nota come «il rinnovato interesse della criminalità organizzata per il settore degli appalti, di recente evidenziato dalla Direzione Investigativa Antimafia, rende più concreto il pericolo di nuovi sprechi».

<sup>46</sup> *Secondo la Corte dei Conti, Sezioni Riunite*, Prima memoria del procuratore generale presso la Corte dei conti in sede di giudizio sul rendiconto generale dello Stato per l'esercizio 2001, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it), «L'attività governativa è attualmente impegnata ad inserire nel sistema organizzatorio statale strumenti di natura non pubblica, affidando settori di attività a società per azioni. Fermi restando i problemi di compatibilità e di impatto con la legislazione e l'organizzazione amministrativa esistenti, il Procuratore Generale non può non manifestare alcune preoccupazioni per l'incidenza che le nuove formule di amministrazione possono ripercuotersi sul sistema generale. *In primis* sulla funzione di controllo. E non solo per quanto riguarda il controllo della Corte sulle attività privatizzate, ma per quanto concerne lo stesso controllo del Parlamento che potrebbe essere privato della essenziale funzione di referto della Corte dei conti».

senso di una sempre maggiore deresponsabilizzazione dei poteri pubblici con riferimento al complessivo sistema di realizzazione delle opere pubbliche. La procura regionale della Lombardia<sup>47</sup>, ad esempio, dopo aver criticato il crescente ricorso all'esternalizzazione di compiti pubblici, ha osservato che «le norme di riforma recentemente emanate» evidenziano la propensione verso «una sorta di abdicazione funzionale della struttura pubblica a fronte delle novità e delle correlate inevitabili difficoltà legate al concreto espletamento delle funzioni stesse».

Le rilevate preoccupazioni sembrano bene adattarsi alla legge obiettivo, recentemente approvata dal Parlamento e al decreto legislativo di attuazione (d.lg. n. 190 del 2002) ove si tengano presenti sia la nuova figura del *general contractor* che la ridisciplina di importanti aspetti della concessione<sup>48</sup>. L'istituto del contraente generale, infatti, appare assimilabile a quello della concessione di committenza, almeno dal punto di vista funzionale: infatti, anche in tale fattispecie, come nella concessione di committenza, si prevede la completa sostituzione della pubblica amministrazione da parte di un soggetto privato, il contraente generale, il quale deve provvedere alla redazione del progetto definitivo, alla acquisizione delle aree medesime, alla progettazione esecutiva, all'esecuzione delle opere stesse oppure al loro affidamento a soggetti terzi. Ciò che differenzia le figure in esame dalla descritta concessione di committenza consisterebbe allora soltanto in una diversa qualificazione della relativa obbligazione, di mezzi per il concessionario di committenza, di risultato per il contraente generale<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Corte dei conti, Procura Regionale presso la Sezione Giurisdizionale per la Regione Lombardia, *Relazione tenuta in occasione della cerimonia per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2001* del Procuratore regionale Domenico Spadaro, udienza del 31 Gennaio 2001, Presidente Luigi Giampaolino, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

<sup>48</sup> Sulla legge obiettivo si veda: M Protto, *La legge obiettivo: arriva il General Contractor e dilaga la super «DIA»*, in «Urb. e app.», 1/2002, 12 segg.; G. Passignini, *Il project financing*, in «Giorn. Dir. amm.», 5/2002, 469 segg.; C. Guccione, *La concessione di lavori pubblici*, ivi, 473 segg.; D. Galli, *Il general contractor*, ivi, 475 segg.

<sup>49</sup> Ai sensi dell'art. 9, comma 4 del d.lg. in commento, «Il contraente gene-

In tal modo si procede in senso diametralmente inverso rispetto alle citate leggi di riforma della metà degli anni Novanta, che avevano ribadito la necessità di tenere separati i ruoli dei soggetti pubblici e di quelli privati, distinto rigidamente la figura dell'esecutore materiale dell'opera da quella del progettista, condizionato la gara di appalto o di concessione all'approvazione del progetto esecutivo dell'opera<sup>50</sup>, e avevano anche pubblicizzato l'azione dei soggetti privati nel caso in cui questi risultassero attributari di funzioni e compiti pubblici, trovando il favore della giurisprudenza amministrativa e contabile. Invece, ai sensi del d.lg. di attuazione della legge obiettivo, i rapporti contrattuali tra il contraente generale o il concessionario e i terzi, fra cui

rale risponde nei confronti del soggetto aggiudicatore della corretta e tempestiva esecuzione dell'opera».

<sup>50</sup> L'art. 19 della legge Merloni, cui la legge obiettivo e il d.lg. attuativo derogano, ha previsto che la gara d'appalto debba essere preceduta dalla progettazione esecutiva, mentre quella per l'affidamento delle concessioni dal progetto definitivo, seguendo in tal modo un orientamento, condiviso dalla giurisdizione contabile, che aveva spesso indicato come fattore della lievitazione dei costi l'aggiudicazione di appalti e concessioni sulla base della sola progettazione di massima. La Corte dei Conti, infatti, ha sovente stigmatizzato l'affidamento di concessioni sulla base di soli progetti di massima e la commistione di ruoli tra le figure di esecutore dei lavori e progettista osservando che ciò ha «costituito la concausa più rilevante delle disfunzioni gestionali confluite nell'enorme incremento della spesa» (C. conti, Sez. controllo, 16 febbraio 2001, in «Riv. Corte dei Conti», n. 1, 2001, 69). Infatti, ove il progetto a base della gara è quello preliminare, è evidente che si renderanno necessarie revisioni del progetto stesso con l'effetto di incidere al rialzo sul corrispettivo per il quale si è ottenuta l'aggiudicazione. Altro principio importante della legge Merloni – cui il d.lg. in commento deroga – è rappresentato, inoltre, dalla netta distinzione dei ruoli tra il progettista dell'opera e il suo realizzatore. Agevole risulta la comprensione della *ratio* della rilevata incompatibilità tra il ruolo di progettista e quello di esecutore. Infatti, ove questi due ruoli fossero interpretati dal medesimo soggetto, non sarebbe possibile individuare e distinguere le diverse responsabilità, tendendo l'esecutore dell'opera, nella fase della realizzazione, a coprire eventuali difetti della propria progettazione. Il decreto legislativo attuativo della legge obiettivo invece, in deroga all'articolo citato, stabilisce che per le procedure di aggiudicazione delle concessioni e per gli affidamenti a contraente generale si pone a base della gara il progetto preliminare; e, in deroga alla suesposta incompatibilità, individua nel contraente generale la duplice funzione di progettista ed esecutore (cfr. art. 9 comma 2, d.lg. n. 190 del 2002).

rientrano gli appalti di opera pubblica, sono da considerarsi «di diritto privato regolati dal contratto e dalle norme del codice civile», per cui «alle stesse procedure e rapporti non si applicano le norme della legge quadro [la legge Merloni]»<sup>51</sup>. Si assiste quindi alla totale riconduzione dell'attività contrattuale del concessionario di opera pubblica e del contraente generale alle regole privatistiche, salvo il necessario rispetto delle procedure ad evidenza pubblica richieste dalle direttive comunitarie, che non sono derogabili dal legislatore nazionale.

Sembrano a tale proposito opportune alcune considerazioni. Innanzitutto, la legge obiettivo appare il frutto di una contraddizione difficilmente sanabile. Infatti, da un lato essa introduce una normativa derogatoria del diritto nazionale in tema di opere pubbliche, ma dall'altro si dichiara attuativa e rispettosa di quello europeo. Tuttavia, come è stato recentemente osservato<sup>52</sup>, la

<sup>51</sup> Cfr. l'art. 7, comma 3, secondo cui «I rapporti tra concessionario e appaltatore o contraente generale sono rapporti di diritto privato disciplinati dal contratto e dalle norme del codice civile regolanti l'appalto; alle stesse procedure e rapporti non si applicano le norme della legge quadro e del regolamento». La medesima formulazione è poi ripetuta all'art. 9 comma 6, con riferimento al contraente generale.

<sup>52</sup> I. Franco, *Deroghe, regime speciale, capitale privato: l'inquietante fata morgana della semplicità nella legge-delega sulle grandi opere (l. n. 443/2001)*, cit., 14 ove si afferma che la legge obiettivo percorre una strada irta di ostacoli, nella misura in cui tenta di introdurre una disciplina che deroghi alla legge Merloni, ma nell'osservanza della disciplina comunitaria, in quanto poco in realtà è il margine di libertà per il legislatore nazionale. Osserva l'A., infatti, che «è proprio con riguardo a tale situazione di fatto che si manifesta, a nostro avviso, la difficile praticabilità della strada imboccata, e in definitiva, la sua fallacia, quanto meno nei limiti in cui si intenda costruire un *corpus* normativo speciale (ovverosia uno *jus particolare*) – che sia al tempo stesso non in contrasto con la disciplina comunitaria». Infatti, prosegue l'A. i legislatori degli Stati membri «non sono affatto liberi di legiferare in materia nell'esercizio di una vera sovranità», ma «debbono porre molta attenzione nel dettare regolamentazioni "autonome" negli interstizi lasciati alla loro sovranità da essa normativa, non sempre facilmente circoscrivibili». In effetti l'operazione condotta dalla legge obiettivo sarebbe viziata da «strabismo, che induce il legislatore nazionale, nel mentre si accinge a disattendere tutto ciò che appare derogabile dell'ordinamento nazionale, a preoccuparsi di non contraddire in nessun punto detta le direttive comunitarie. Ma ognuno vede che la strada è stretta, e incombente la possibilità di deviare dalle intenzioni, anche inconsapevolmente».

libertà di azione lasciata al legislatore nazionale dalla normativa europea è in realtà molto limitata, ed inoltre occorre tener presente che la riforma introdotta con la l. n. 109 del 1994, cui la legge obiettivo deroga ampiamente, ha attuato proprio i principi europei in tema di lavori pubblici.

In secondo luogo, l'ampiezza della deroga sembrerebbe esonerare il contraente generale, ed il concessionario, dal rispetto di tutta la normativa esistente in materia di lavori pubblici (legge sui lavori pubblici e relativo regolamento), e non solo quindi dell'obbligo di gara. È stato osservato, a tale proposito, come il pericolo che sorge da una deregolamentazione di tale portata sia rappresentato dalla possibilità che il contraente generale, così come il nuovo concessionario, possano interpretare il ruolo di «meri intermediari» che si interpongono tra la pubblica amministrazione e le imprese costruttrici, slegati da qualsiasi tipo di vincolo e di controllo di carattere pubblicistico<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> In tal senso I. Franco, *Deroghe, regime speciale, capitale privato: l'inquietante fata morgana della semplicità nella legge-delega sulle grandi opere* (l. n. 443/2001), cit., 15. Occorre solo incidentalmente osservare che le perplessità espresse rispetto all'impianto introdotto dalla legge obiettivo assumono un tono di viva preoccupazione se si volge l'attenzione al sistema di finanziamento delle grandi opere che emerge da una serie articolata e consecutiva di provvedimenti legislativi, coevi e di poco successivi alla stessa legge obiettivo. Il citato sistema persegue l'obiettivo di reperire delle fonti di finanziamento per le grandi opere, senza tuttavia alterare i parametri del patto di stabilità, utilizzando a tal fine il patrimonio immobiliare pubblico, ivi compreso quello di valore storico artistico. Le leggi in questione sono: la l. n. 112 del 2002, che agli artt. 7 e 8 prevede, rispettivamente, la costituzione della Patrimonio S.P.A. e della Infrastrutture S.P.A., da leggersi in combinato disposto con l'art. 47 della l. n. 448 del 2001 (ossia la finanziaria per il 2002), e con la l. n. 410 del 2001 sulla cd. cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico. Attraverso il citato, complesso e articolato sistema, la società patrimonio S.P.A., cui può essere trasferito il diritto di proprietà sui beni del demanio dello Stato nonché del suo patrimonio disponibile e indisponibile (art. 7, comma 10, l. n. 112 del 2002), può a sua volta trasferire i propri beni alla Infrastrutture S.P.A. (art. 7, comma 12, l. n. 112 del 2002). La Cassa depositi e prestiti, avvalendosi della Infrastrutture S.P.A., in vista della realizzazione delle grandi opere, è autorizzata ad effettuare «operazioni di finanziamento sotto qualsiasi forma» (art. 47, l. n. 448 del 2001) a favore di soggetti pubblici e privati. Per il raggiungimento del rilevato scopo, la Infrastrutture S.P.A. «raccoglie la provvista necessaria attra-

Inoltre, deve evidenziarsi che le esigenze di cui si fa carico la disciplina comunitaria in materia di lavori pubblici, prevedendo la più ampia realizzazione possibile del principio di concorrenza tra le imprese che operano nel relativo settore, sono contemplate anche dal nostro ordinamento costituzionale, e costituiscono pertanto delle direttrici che devono essere osservate dal legislatore nazionale. Infatti, il rispetto dei principi di concorrenzialità nell'affidamento delle opere pubbliche, nel diritto interno, è ricollegabile alla stessa Costituzione repubblicana, che tutela valori analoghi a quelli presi in considerazione dalla normativa europea e che, pertanto, impone il rispetto delle medesime discipline pubblicistiche per l'affidamento dei lavori richieste dal diritto comunitario.

Si pensi all'art. 41 Cost. che tutela la libertà di iniziativa economica privata<sup>54</sup>; all'art. 3, comma 1 – che disciplina il principio di eguaglianza – e quindi della *par condicio* fra le imprese private, anche quelle che operano nel settore delle opere pubbliche. A tale proposito occorre considerare che, se normalmente il Consiglio di

verso l'emissione di titoli e l'assunzione di finanziamenti» (art. 8, comma 5, l. n. 112 del 2002), cui si applica il regime previsto dalla l. n. 410 del 2001, ossia la legge che disciplina la cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico. Ai sensi della citata legge, le operazioni di cartolarizzazione consistono nell'emissione di titoli e nell'assunzione di finanziamenti garantiti da beni immobili pubblici, i quali restano destinati al soddisfacimento dei diritti dei creditori (art. 2 comma 2, l. n. 410 del 2001). Inoltre, la medesima legge consente al Ministro delle finanze (di concerto col Ministro per i beni e le attività culturali, nel caso in cui il bene abbia interesse storico artistico) di realizzare con decreto il passaggio di tali beni al patrimonio disponibile, modificandone quindi il relativo regime giuridico ed eliminando il vincolo dell'inalienabilità. Il citato sistema, che consente, in altri termini, di finanziare la costruzione delle opere pubbliche con beni di interesse storico artistico di proprietà pubblica, del resto, è stato messo chiaramente in luce, con toni allarmati, dalla comunità scientifica degli storici dell'arte, preoccupati del rischio che corre il patrimonio storico artistico della Nazione. Cfr. S. Settis, *Italia S.P.A. L'assalto al patrimonio culturale*, Einaudi, Torino 2002; cfr., inoltre, D. Sorace, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in [www.aedon.it](http://www.aedon.it), 1/2003, in cui si esprimono forti riserve sulla compatibilità costituzionale delle nuove norme e si prospetta una «interpretazione adeguatrice».

<sup>54</sup> Sul punto si veda M. Antonioli, *Appunti per uno studio sul diritto pubblico della concorrenza*, in *Il diritto dell'economia*, 2000, 321 segg.

Stato ha richiamato a fondamento delle norme sull'evidenza pubblica il rispetto dell'imparzialità dell'amministrazione<sup>55</sup> e ciò pure al fine di avvalorare un'interpretazione restrittiva dei casi di possibile ricorso alla trattativa privata – non è sfuggito alla più recente giurisprudenza amministrativa che le norme sull'evidenza pubblica attuano anche altri valori, come appunto la tutela della libera concorrenza tra gli imprenditori privati<sup>56</sup>. Recentemente, infatti, il Consiglio di Stato ha osservato che «Quando l'amministrazione si determina a concludere un contratto a trattativa privata con un imprenditore, si incide evidentemente in senso sfavorevole sulle posizioni soggettive degli altri imprenditori operanti nel settore, con conseguenze negative sulla libera concorrenza<sup>57</sup>». Deve inoltre avvertirsi che la realizzazione di una effettiva concorrenza è stata letta come condizione necessaria per dare concreta attuazio-

<sup>55</sup> Le norme sulle gare, secondo l'interpretazione oramai consolidata del giudice amministrativo, sono poste a tutela dell'interesse pubblico e per garantire il rispetto del canone di imparzialità della pubblica amministrazione. Cfr. per tutte, Cons. St., sez. VI, 20 maggio 1995 n. 498, in questa *Rivista*, 1995, 1010 segg.

<sup>56</sup> Ricollega il sistema dell'evidenza pubblica sia ai canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento che alla tutela del principio di libera concorrenza F. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1971, 1469 segg.

<sup>57</sup> Cons. St., sez. V, 22 marzo 1995 n. 454, in «Giorn. dir. amm.», n. 11, 1995, 1067 segg., con nota di V. Dominichelli, *L'affidamento a trattativa privata e la tutela dei terzi*, 1069 segg. Tale decisione si iscrive nella questione relativa alla configurabilità in capo agli imprenditori del settore di una posizione di interesse legittimo che gli consenta di adire il giudice amministrativo in caso di illegittima aggiudicazione di un contratto a trattativa privata da parte della pubblica amministrazione. L'orientamento del Consiglio di Stato è stato sempre favorevole a riconoscere nei confronti delle imprese «concorrenti» l'interesse legittimo e quindi l'accesso alla tutela giurisdizionale contro l'atto di aggiudicazione (si veda ad esempio Cons. St., ad. plen., 28 gennaio 1961 n. 3, in «Giur. it.», III, 1961, 241 segg., con commento di E. Guicciardi, *Trattativa privata e giurisdizione amministrativa*). Nettamente contraria si è invece dimostrata la Corte di Cassazione, orientata a non riconoscere alcuna posizione giuridica tutelabile in capo ai terzi imprenditori rispetto a contratti stipulati a trattativa privata (cfr. ad esempio, Cass., sez. un., 15 aprile 1978 n. 1777, in «Giust. civ.», 1978, 1472 segg.). Recentemente, tuttavia, la Cassazione ha manifestato un diverso orientamento (cfr. Cass., sez. un., 18 novembre 1998 n. 11619, in «Urb. e app.», n. 8, 1999, 845 segg., con commento di G. Montedoro, *Orientamenti in tema di sindacabilità della scelta del metodo di gara*). Da ultimo cfr. Cons. St., sez. VI, n.

ne al vincolo finalistico del comma 2 dell'art. 41, ossia dell'utilità sociale<sup>58</sup>.

Infine, occorre prendere in considerazione l'art. 97 Cost. che impone l'osservanza dei canoni di imparzialità e di buon andamento, principi che regolano non solo l'azione delle amministrazioni pubbliche, ma che trovano applicazione anche nei confronti di soggetti privati nella misura in cui utilizzano fondi del pubblico erario per la realizzazione di opere o interventi strettamente connessi con gli interessi generali, come avviene appunto nel caso delle particolari fattispecie dei lavori pubblici<sup>59</sup> rappresentate dalla concessione e dal contraente generale. Con riferimento alle ipotesi di concessione – cui potrebbe oggi assimilarsi anche la nuova figura del *general contractor* – è stato, infatti, affermato che «[...] esse sono caratterizzate dall'affidamento a soggetti privati di complesse attività che, giusta la loro inerenza ad interessi pubblici, potrebbero essere svolte dall'amministrazione: in ragione di ciò pare coerente estendere al concessionario norme analoghe a quelle imposte all'amministrazione, anche perché le stesse esigenze che [...] consigliano di imporre eteronomamente regole ispirate ai principi di concorrenza, valgono anche per il concessionario, comunque legato sotto diversi aspetti al soggetto pubblico e del

2332 del 2003, cit., 77, ove si sottolinea il collegamento tra le procedure di evidenza pubblica e il principio di libera concorrenza.

<sup>58</sup> Per tutti G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in «Riv. dir. Civ.», 1993, II, 545 segg. *Contra* M. Antonioli, *Mercato e regolazione*, Milano 2001, 89-90.

<sup>59</sup> Per tale orientamento, incline ad applicare l'art. 97 della Cost. anche nei confronti di soggetti privati, quando siano chiamati a gestire pubblici interessi, cfr. Cons. St., ad. plen., 22 aprile 1999, n. 4 e 5, in «Urb. e app.», n. 6, 1999, 643 segg.; Cons. St., ad. plen., 30 marzo 2000 n. 1, in «Foro it.», III, 2000, cc. 365 segg., con commento di F. Fracchia, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*. Per l'orientamento della C. Cass. favorevole all'applicazione della normativa ad evidenza pubblica anche nei confronti di soggetti privati nel momento in cui realizzano opere pubbliche cfr. Cass., sez. un., 29 dicembre 1990 n. 12221, in «Giur. it.», 1992, I, cc. 321 segg., ed il commento di A. Lirosi, *Giurisdizione in materia di appalti indetti da società private concessionarie della costruzione di opere pubbliche*, in «Dir. proc. amm.», n. 1, 1992, 112 segg.; F. Satta, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, in «Giur. it.», 1992, I, cc. 321 segg.; E. Cannada Bartoli, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in questa *Rivista*, 1991, 929 segg.

pari spesso detentore di posizioni di privilegio<sup>60</sup>». Del resto tali principi, oggi messi in discussione dalla legge obiettivo e dal d.lg. di attuazione, sono divenuti di quotidiana applicazione nei tribunali amministrativi<sup>61</sup>.

Resta dunque aperto il problema della legittimità costituzionale di questa legge (e dei decreti legislativi di attuazione) su cui il giudice delle leggi è stato chiamato a pronunciarsi a seguito di numerosi ricorsi presentati dalle Regioni. I problemi di costituzionalità che essa presenta, tuttavia, non riguardano solo le possibili lesioni delle competenze legislative e amministrative delle Regioni e degli enti locali, ma abbracciano anche questioni di carattere più generale, come la compatibilità con il valore ambiente, il paesaggio, l'imparzialità amministrativa, l'utilità sociale – nonché la stessa compatibilità con le direttive comunitarie – che, in vero, molti ricorsi presentati dalle Regioni non hanno mancato di evidenziare<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> F. Fracchia, in sede di commento a Cons. St., sez. VI, 15 aprile 1996 n. 516, cit., c. 382.

<sup>61</sup> Cfr., ad esempio, una recente decisione del Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2001 n. 3090, in «Giorn. Dir. amm.», 9/2001, 906 segg., con commento di C. Guccione, *Gli appalti pubblici di servizi dei concessionari autostradali considerati organismi di diritto pubblico*, che ha considerato illegittimo l'affidamento diretto di un appalto da parte di un concessionario di servizio pubblico ad una società collegata, in quanto trattasi di soggetto tenuto all'osservanza della disciplina pubblicistica sulle gare.

<sup>62</sup> Si veda il ricorso della Regione Toscana che invoca la declatoria di illegittimità costituzionale del d.lg. n. 190 del 2002 rilevando come si realizzi «una sostanziale degradazione dell'interesse ambientale da valore costituzionale primario insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro (sent. n. 151 del 1986 della Corte costituzionale), che – in quanto tale – impone non un vincolo di risultato ma una ponderazione procedimentale rafforzata, ad interesse la cui rappresentazione nel processo decisionale può essere parziale e prescindibile in ragione dell'urgenza e del carattere a priori “strategico” di una determinata opera pubblica» (ricorso Regione Marche, 31 ottobre 2002, in «G. U.», S.S., 11 dicembre 2002 n. 49, 151). Cfr. inoltre il ricorso presentato dalla Regione Marche del 18 novembre 2002, cit., contro il d.lg. n. 198 del 2002, sulle infrastrutture di telecomunicazione e sempre attuativo della medesima legge obiettivo, secondo il quale (p. 17) il provvedimento impugnato si pone in contrasto con l'art. 9, letto in correlazione con gli artt. 41, 42 e 44, Cost., paventando inoltre «il venir meno di fondamentali garanzie per la tutela del valore costituzionale ambiente» in relazione alla semplificazione delle procedure in materia ambientale», 19.

## LE OPERE PUBBLICHE TRA ETICA E DIRITTO

di Giuseppe d'Amore

Presidente del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici dal 1987 al 1991.

Intervento al Convegno di Pontremoli 30.6.1989

Non posso nascondere la difficoltà che incontro nel trattare un tema così complesso e difficile. Chi ha trascorso la vita tra le cosiddette categorie di lavori può tuttalpiù discernere alla occorrenza e con grande fatica, ciò che un uomo libero e di buona volontà deve o non deve, ma certo non si trova a suo agio nella sistematizzazione di imperativi categorici e categorie dello spirito ben più ardue e complesse di quelle dei lavori.

Sarà quindi per questa mia manifesta e dichiarata insufficienza che, mentre mi pare chiarissimo il rapporto tra opera pubblica e diritto, non riesco invece a vedere un nesso specifico tra opere pubbliche e morale. Caso mai, a proposito di opere pubbliche, ci si potrebbe riferire all'antica questione del rapporto tra morale e politica, guardando per l'appunto all'opera pubblica, ai suoi scopi, alla sua ubicazione o tracciato come ad una scelta politica che potrebbe in parte essere volta a fini politici giustificabilissimi, ma non perfettamente coincidenti, sempre in via d'ipotesi, con quelli voluti dalla legge. Ma sarebbe questo un problema morale di qualche interesse per il politico, non per il funzionario.

Sotto questo profilo è di grande rilievo l'affermazione dell'On.le Ministro sulla funzione dell'opera pubblica la quale va

intesa non come fine dell'istituzione ma come strumento per rendere più dignitoso e credibile il rapporto tra cittadino e territorio.

In uno stato di diritto come il nostro, chi lavora a servizio della comunità non può che obbedire alla Costituzione ed alle leggi, salvo il suo diritto, come cittadino, di considerarle criticamente.

Quando poi la legge lascia un margine alla discrezionalità nelle scelte, soccorrono le regole proprie dell'arte di amministrare che, se ben applicate, possono certamente scongiurare angosciosi interrogativi di coscienza.

La consapevolezza di appartenere ad una comunità più ampia di quella nazionale ci viene dall'opera di pochi uomini che con tenacia e grande impegno morale seppero imporre, tra amarezze e delusioni, un'idea che era apparsa come il sogno di pochi visionari.

A questa realizzazione parteciparono italiani di altissimo sentire morale e politico. E così oggi, noi, per il nostro contributo ideale, per le nostre tradizioni, per il livello economico e sociale raggiunto, possiamo dire di appartenere all'Europa; ma avvertiamo, al tempo stesso, che qualche cosa ancora ci separa dagli altri Paesi europei più avanzati.

Non ci sfugge infatti il grande divario che passa tra il livello di efficienza della nostra amministrazione pubblica e quello delle amministrazioni di questi altri Stati, il diverso modo di concepire i rapporti tra amministrazione e cittadino, le diverse forme nelle quali vengono mediati i vari interessi.

Corrispondere alle diffuse e manifeste aspettative dei cittadini, dotando il nostro Paese di una moderna amministrazione in grado di reggere il confronto europeo, è problema eminentemente politico che richiede un impegno di natura diversa ma ugualmente difficile, rispetto a quello che determinò la nascita della Comunità.

Non si tratta di realizzare un disegno ideale, vincendo scetticismo e incomprensioni, ma di guardare a realtà concrete ed attuali nel contesto storico e culturale europeo cui sentiamo di appartenere, sforzandoci di superare posizioni anacronistiche incompatibili con il grado di sviluppo economico del Paese.

Spetta agli illustri giuristi qui presenti trattare delle forme giuridico amministrative attraverso le quali può trovare attuazione il principio costituzionale del buon andamento.

Da parte mia, mi limiterò a riferire brevemente su alcuni aspetti che caratterizzano lo stato dell'intervento amministrativo nel settore degli appalti.

Primo tra questi è la debolezza del contraente pubblico accentuatasi col crescere delle risorse spendibili e manifesta già nelle caratteristiche della domanda che l'Amministrazione pone sul mercato. Si tratta di una domanda troppo spesso non definita nei suoi termini tecnico-economici, frammentaria nei suoi contenuti e non di rado contraddittoria rispetto agli obiettivi generali enunciati.

Per avere conferma di ciò è sufficiente analizzare il grado di attendibilità delle previsioni progettuali, quando pure esistono, il rapporto prestazione-prezzo che varia col variare dell'organo o soggetto committente, i vincoli posti all'impresa in materia di controlli, computo e verifica, i termini di pagamento e le finalità dichiarate degli interventi che spesso contraddicono o si sovrappongono ad altre opere programmate o in corso. Una domanda siffatta non è in grado di influenzare l'offerta, nonostante le ingenti risorse finanziarie con essa complessivamente mobilizzate, poiché non riesce a porre le condizioni indispensabili per le corrette previsioni imprenditoriali. Anzi, non essendo di stimolo alla crescita di un'offerta adeguata, l'intervento pubblico spesso svolge un ruolo di sostegno per l'impresa marginale.

Mi pare evidente che questo sia già un elemento di notevole efficienza causale nel diffondersi dei noti fenomeni di corruzione e di invadenza delinquenziale.

Credo utile notare come il quadro generale si vada ulteriormente aggravando per il diffondersi di un particolare rapporto contrattuale che trae giustificazione dichiarata proprio nella carenza della committenza pubblica e che viene perciò riconosciuto dallo stesso legislatore come uno strumento ormai indispensabile per l'attuazione di interventi particolarmente complessi.

Intendo riferirmi alle varie forme di concessione, quelle cioè di costruzione, di progettazione e di esecuzione, quelle così

dette di servizi, esclusa beninteso la concessione di costruzione e gestione dell'opera per la sua tradizionale funzione di reperire sul mercato i mezzi finanziari occorrenti per l'esecuzione dell'opera stessa. Si tratta di strumenti discussi sul piano teorico, che non hanno un assetto definito nella legislazione vigente né una compiuta regolamentazione. Non intendo mettere in discussione l'istituto che ha un suo fondamento ed una sua funzione, ma l'uso concreto che di esso si è fatto ricorrendo all'alibi dell'inadeguatezza della Committenza. È evidente che l'interporre un soggetto privato tra l'Amministrazione e l'esecutore materiale dell'opera con il compito di curarne la progettazione e di selezionare gli appaltatori, presuppone scelte corrette, ispirate ad un elevato sentimento dell'interesse generale e sorrette da grande rigore morale. Questo soggetto privato agisce, talvolta senza seguire regole vincolanti, e, nel caso di concessionario costruttore, realizza direttamente anche una parte dell'opera, da lui discrezionalmente individuata.

Nel rapporto concessorio, in misura ben maggiore che in quello tradizionale dell'appalto, variano le clausole di convenzione con il variare dei soggetti o degli organi committenti. In particolare varia il compenso del concessionario, con punte che sono arrivate a sfiorare il 20% del valore della commessa, senza una diretta contropartita e varia il suo profitto, nelle sue diverse componenti costituite oltre che dal compenso vero e proprio, dalla misura di anticipazione del prezzo (in taluni casi fino al 50% del totale) e dalla differenza – quando ciò è possibile secondo la convenzione – tra il prezzo riconosciuto dal committente e quello che il concessionario paga effettivamente all'appaltatore (talvolta si è raggiunto lo scarto del 40%). Gli interventi reiterati della Corte dei Conti in materia, hanno avuto l'effetto di limitare la varietà delle clausole, ma solo nei casi nei quali la Corte esercita il controllo preventivo.

L'esperienza che si è fatta di tali istituti ha dimostrato che essi non hanno favorito la nascita di un profilo di impresa economicamente significativa in relazione all'assunzione consapevole e meditata di un particolare tipo di rischio ma, al contrario, hanno alimentato la crescita di strutture che senza rischio alcuno e sen-

za significativi risultati sotto l'aspetto dell'economia dell'impresa e dei metodi di produzione, si sostituiscono all'Amministrazione nello svolgimento delle delicate mansioni proprie di questa. Nemmeno apprezzabili sono stati i risultati gestionali in termini di rispetto delle originarie previsioni progettuali relative ai costi e ai tempi di esecuzione, mentre l'Amministrazione rimane l'unica a sopportare gli effetti patrimoniali delle carenze progettuali ed i costi delle vertenze insorte tra l'esecutore e il concessionario. Il committente, infatti, rimane sempre coinvolto nelle vicende gestionali perché è tenuto in ogni caso ad avallare e per di più nelle forme tradizionali del rapporto di appalto (approvazioni, varianti, contabilità dei lavori e perfino riserve), l'iniziativa del concessionario. In definitiva l'unico risultato significativo è il maggior costo: delle opere che, almeno in parte, si traduce in profitti che non hanno natura industriale; ed il prodursi di effetti destabilizzanti sulle strutture amministrative.

A proposito di quest'ultimo aspetto, mi limito ad accennare alle difficoltà che si sono venute a determinare per la sollecita collaudazione delle opere e allo snaturamento della funzione di quell'istituto per la diffusa applicazione del sistema della concessione. È noto che tra gli oneri imposti al concessionario vi è quello di retribuire i collaudatori, nominati dal committente, corrispondendo loro compensi commisurati all'importo complessivo dell'opera e liquidati secondo le tariffe professionali degli ingegneri. La collaudazione delle opere eseguite direttamente dallo Stato rientra nelle mansioni dei funzionari statali che sono tenuti a svolgerle dietro rimborso delle sole spese di trasferta e dell'indennità giornaliera di missione, in misura pari a quella corrisposta per qualsiasi altra incombenza che si svolga fuori della sede di servizio. Conseguenza vistosa di questa diversa regolamentazione è che il collaudo delle opere in concessione è affidato a commissioni pletoriche, composte da tecnici, da magistrati e da altri operatori del diritto, mentre per i lavori gestiti nelle forme tradizionali, che pure vanno collaudati, grosse difficoltà si incontrano nell'affidamento degli incarichi ai dipendenti tecnici, dell'Amministrazione. Si è anche constatata la tendenza, emersa in sede di collaudo di lavori dati in concessione, a di-

scostarsi dalla funzione di riscontro e di consulenza affidata dall'ordinamento al collaudatore quale organo del committente, con l'assunzione di una posizione di terzietà in funzione quasi di revisione critica dell'azione svolta dal committente, esercitata mediante formale contraddittorio, o anche di un'opera di arbitrato tra le parti in relazione alle pretese avanzate dal concessionario; o infine di ingerenza nelle vicende gestionali, attraverso manifestazioni di pareri su perizie di variante e concessioni di proroghe al termine di ultimazione dei lavori.

Ho voluto accennare alle attuali caratteristiche dell'azione amministrativa nel settore delle opere pubbliche perché sia chiaro che la soluzione del problema del contenimento dei fenomeni delinquenziali, non può essere ricercata soltanto nell'ambito formale delle procedure come pure da più parti si sente affermare ma soprattutto in un'azione risoluta, diretta a ridurre quegli aspetti di incertezza e di fragilità che rendono questo settore particolarmente vulnerabile a un determinato tipo di pressione facendone il campo privilegiato di attività economiche di stampo mafioso.

A mio parere bisogna partire dal punto fermo che la gestione di lavori pubblici di grandi dimensioni non può essere improvvisata né affidata ad organi di affrettata costituzione. Essa richiede strutture efficienti che siano in grado di esprimere attendibili ed approfondite valutazioni tecniche ed economiche e che possano anche esercitare efficacemente i prescritti compiti di direzione e controllo sull'esecutore.

Nel nostro Paese, a differenza di quanto accade altrove, si è ritenuto che la sperimentazione spesso ardita di nuove forme di affidamento e di gestione di lavori potesse sopperire alla mancanza di un'adeguata organizzazione e si è addirittura posto in dubbio la necessità del permanere, nell'ambito dell'Amministrazione statale, di organi aventi competenza specifica nel settore.

Poco o nulla si è fatto per arrestare il decadimento e la progressiva emarginazione di antiche istituzioni come quella che ho l'onore di rappresentare. Si sono anzi create con legge o con atti aventi forza di legge, decine di comitati e commissioni tecnico-scientifiche con funzioni consultive o decisionali in occasione di interventi straordinari per emergenze varie, mentre da parte di

massimi esponenti di governo veniva lamentata, in sede parlamentare, la mancanza di organi tecnici statali. La difformità di comportamenti amministrativi si è così accentuata, aggravando il quadro generale.

Si tratta d'altra parte di problemi ben noti, già posti in varie sedi, sui quali di recente sono intervenuti autorevoli studiosi con pubbliche prese di posizione. Tra le varie opinioni, voglio ricordare quella del prof. Massimo Severo Giannini, riportata recentemente da un noto periodico, secondo la quale l'eliminazione dell'attuale frammentazione delle competenze in materia di pubblici appalti, a simiglianza di quanto avviene in altri stati europei, sarebbe la prima e più efficace misura da adottare. Una misura così radicale che richiederebbe la costituzione di un organismo unico con competenze in materia di contrattazione sembra difficilmente praticabile anche in relazione all'assetto istituzionale ormai consolidato nel nostro Paese. Tuttavia, andrebbe quantomeno creata una funzione di coordinamento e di indirizzo, oggi inesistente, in tema di valutazioni economiche da compiere in sede progettuale. Essa ovviamente implica una complessa attività di raccolta e di elaborazione di informazioni in modo da fornire un quadro di riferimento attendibile per la definizione dei costi. A mio parere la presenza di un organo tecnico centrale autorevole che funga sia da «osservatorio» sulla realizzazione delle opere pubbliche sia da centro di unificazione dei parametri e dei criteri che regolano l'azione amministrativa nel settore (condizioni generali di gara, bandi, capitolati, prezzari etc.) è indispensabile. In passato questa funzione era effettivamente esercitata dal Consiglio Superiore dei LL.PP. e formalmente ancora oggi gli competerebbe. Ma la moltiplicazione dei centri di decisione e di spesa ha determinato quella estrema difformità di valutazioni e di comportamenti cui si è fatto cenno ed il cui risultato più vistoso è la differenza dei costi per opere aventi analoghe caratteristiche. Non sembra esserci altra valida alternativa al recupero, come si diceva, di una unitarietà di indirizzo, cui va ovviamente attribuita un'efficacia vincolante nei confronti dei soggetti attuatori, perciò tenuti ad adottare i criteri ed i parametri summenzionati.

Occorrerebbe anche riconsiderare attentamente, come del resto auspica la stessa Corte dei Conti nel capitolo dedicato all'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione compreso nella relazione presentata al Parlamento per l'anno 1987, la necessità di creare nuove strutture, quando una tale operazione non sia accompagnata dalla contestuale revisione di quelle esistenti. L'ammodernamento dell'apparato statale – secondo la Corte – va attuato secondo una linea che privilegi l'aspetto qualitativo anziché quello quantitativo.

Ritengo in ogni caso indispensabile l'adeguato potenziamento delle strutture tecniche dell'Amministrazione statale mediante l'adozione di misura a medio e lungo termine, a ciò destinando le cospicue risorse in atto impiegate nel pagamento degli oneri di concessione e che in questo modo verrebbero più utilmente investite. Attraverso opportuni incentivi andrebbe rafforzata la presenza dell'Amministrazione sui cantieri rivalutando il ruolo della direzione dei lavori e del personale tecnico di assistenza.

Per quanto riguarda l'aspetto procedimentale non mi pare inutile sottolineare come l'esigenza, più volte affermata in varie occasioni di attenuare il più possibile i vincoli procedurali imposti dalla legge, abbia prodotto una varietà di procedure non meno complesse di quelle che si volevano evitare ma indubbiamente più incerte e meno definite.

Ritengo invece superfluo accennare, perché si tratta di circostanza fin troppo nota, al carattere frammentario e disorganico della Legislazione vigente in materia procedurale. Il problema è peraltro allo studio di un'apposita Commissione, istituita dal Ministro dei Lavori Pubblici che dovrebbe presto concludere i lavori.

La rete dei rapporti che nel Mezzogiorno oggi intercorrono tra emergenza continua di molteplici bisogni sociali, controllo politico sulla gestione di risorse pubbliche e interessi delle imprese a vario titolo dipendenti da tale gestione sembra configurare un blocco sociale, molto più radicato e diffuso, e quindi molto più forte, del vecchio «blocco agrario», che fu fino agli anni Cinquanta di questo secolo il bersaglio del meridionalismo classico. È all'azione di questo nuovo blocco sociale che possono in ultima analisi ricondursi l'esaurimento di fatto, cui si è assistito in questi anni, della politica meridionalistica, e la sua sostituzione con interventi parziali di breve periodo, destinati a far fronte a questa o a quella emergenza con il ricorso sempre più frequente a procedure e strumenti speciali e derogatori, che hanno di fatto sottratto quegli interventi ai normali controlli di efficacia e di efficienza. Ritornare ad una politica per il Mezzogiorno ispirata allo sviluppo e non all'assistenza, ad una visione strategica di medio-lungo periodo e non soltanto alla risposta precipitosa a bisogni emergenti, alla netta separazione anziché alla confusione tra potere politico e responsabilità gestionale, significherebbe battere il blocco sociale di cui s'è detto e dar vita alla formazione di un nuovo blocco sociale, orientato al progresso: di questo il fulcro non può essere che la moderna impresa concorrenziale.

PASQUALE SARACENO, *Rapporto 1990 sull'economia del Mezzogiorno*, SVIMEZ, il Mulino, Bologna 1990.