

ALBERTO CLINI \*

*SPECIALITÀ E ORDINARIETÀ NEI MODELLI DI  
RIFORMA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO*

SOMMARIO: 1. La Riforma della p.a.: tra mito e realtà. – 2. I mutamenti ordinamentali di fronte alla crisi – 3. Il PNRR rinnova la spinta riformatrice della p.a. – 4. Spunti per una riforma sistemica della p.a.

### **1. La Riforma della p.a.: tra mito e realtà**

La nostra stagione di studiosi del diritto pubblico – ed in particolare del diritto amministrativo – è stata contrassegnata negli ultimi 30 anni da un immancabile e agognato *leitmotiv*, rappresentato dal concetto di Riforma<sup>1</sup>.

---

\* Professore associato di Diritto amministrativo – Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

<sup>1</sup> Una recente ricostruzione sul piano generale delle dinamiche evolutive concernenti i modelli organizzativi della pubblica amministrazione è contenuta negli ultimi numeri della Rivista online *P.A. Persona e amministrazione*; segnatamente, L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, n. 1/2019, p. 7; nel fascicolo n. 2/2020 sono contenuti: M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti della persona: una proposta ricostruttiva*, p. 543; A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, p. 599; nel fascicolo n. 1/2020 sono contenuti: S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, p. 21; E. CARLONI, *Diritti by design. Considerazioni su organizzazione, autonomia organizzativa e protezione degli interessi*, p. 51; nel fascicolo n. 1/2019 sono contenuti: M.C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, p. 39; D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali*, p. 279.

Per un'analisi specifica agli assetti rivolti ai poteri di regolazione economica e di vigilanza, nel fascicolo n. 1/2018 è contenuto: S. AMOROSINO, *Procedimenti e decisioni amministrative in materia di attività economiche*, p. 7; nel fascicolo n. 1/2020 sono contenuti: G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarità" delle vigilanze economiche*, p. 131; A. CLINI, *Funzione monetaria e organizzazione nell'Unione europea*, p. 103; P.

Dopo lo spartiacque segnato dalla legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) che rappresenta, nonostante i recenti inserimenti e “aggiornamenti” non sempre coerenti con l’originaria finalità della disciplina di carattere generale, l’esperienza più significativa di “riforma” strutturale sia dell’attività procedimentale (con ampia estensione del *modus operandi* procedimentalizzato), sia dell’attività decisionale (con termini predefiniti e certi o l’inserimento di forme alternative al *totem* provvedimentale, come la denuncia di inizio attività – oggi Segnalazione certificata di inizio attività – o il silenzio significativo) che dell’organizzazione (con l’introduzione della figura del Responsabile del procedimento e dell’unità organizzativa responsabile), si è assistito ad una serie di stagioni che si sono avvicendate in percorsi più travagliati sulla ricerca di nuovi modelli o assetti dei pubblici poteri. Sicché nei primi anni 90 del secolo passato si è avviata l’epocale periodo delle privatizzazioni (sia in senso formale che sostanziale) che ha riguardato su molteplici piani gli assetti organizzativi: si pensi alle grandi Aziende di Stato e alle locali municipalizzate trasformate in soggetti societari; o ancora alla “managerializzazione” del servizio sanitario nazionale; o infine alla contrattualizzazione di gran parte del personale identificato nella categoria del pubblico impiego. Verso la fine degli anni 90 si è impresso una forte accelerazione nel ridisegnare il rapporto tra centro e periferia a partire dalla c.d. riforma Bassanini (1997) sino alla novella nel 2001 del Titolo V della Costituzione (introducendo la c.d. piramide rovesciata, con ricollocazione delle funzioni amministrative *bottom-up*)<sup>2</sup>. I primi anni del 2000, hanno portato alla riforma del sistema della giustizia amministrativa,

---

PANTALONE, *Regolazione indipendente e anomalie sostenibili al cospetto delle matrici della legalità*, p. 421; D. VESE, *Stato, mercato, nomos. Sulla funzione dell’amministrazione nel sistema produttivo globale*, p. 453; D. MESSINEO, *Quattro osservazioni in tema di proporzionalità nella vigilanza bancaria*, p. 521; inoltre, A. CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona*, n. 1/2019, p. 137.

Per i profili organizzativi nell’ambito del diritto societario e bancario, R. CALDERAZZI, *L’organizzazione del capitale nell’impresa bancaria*, n. 1/2020, p. 143; ID., *La funzione dell’organizzazione nell’impresa bancaria*, n. 1/2019, p. 261; I. PIAZZA, *L’organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, n. 1/2019, p. 159.

<sup>2</sup> I tratti evolutivi sono ben sintetizzati, da ultimo, in M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2019, spec. pp. 309 ss.

culminato nell'adozione del primo codice sistematico (D. Lgs n. 104 del 2010) declinato nella forma di una giurisdizione soggettiva, con il pieno inserimento delle tradizionali azioni di stampo civilistico volte a garantire anche contro la p.a. una piena ed effettiva tutela delle posizioni giuridiche soggettive (con riguardo, ad esempio, all'azione autonoma di risarcimento danni per la lesione dell'interesse legittimo o all'azione di esatto adempimento)<sup>3</sup>.

In quest'ultimo decennio, non sono mancati ulteriori interventi di modifica e trasformazione dell'amministrazione pubblica, con il consueto "mantra" volto a migliorare la qualità delle attività, contenere i tempi e ridurre i costi; tuttavia, accanto a queste dinamiche che si perpetuano negli ultimi trent'anni con costante intensità – come dimostrato negli esempi sopra riportati –, si sono recentemente affiancate direttrici di riforma scaturite da profonde crisi dimensionate a livello globale: l'amministrazione è stata costretta a far fronte a situazioni di grave instabilità finanziaria (si pensi alla crisi finanziaria del 2008<sup>4</sup>) o di inedita emergenza sanitaria (nella attuale pandemia<sup>5</sup>).

---

<sup>3</sup> Il mutamento delle dogmatiche processuali viene espresso con profonda chiarezza in L. R. PERFETTI, *Il sistema di giustizia amministrativa*, in G. CARLOTTI, A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo. Volume II – Parte processuale*, Sant'arcangelo di Romagna 2017, pp. 1 ss.

<sup>4</sup> La letteratura è oramai molta ampia sulle incidenze della crisi finanziaria globale ed il contenimento perseguito dagli interventi di natura pubblicistica; si veda tra gli altri, F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino 2013; G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, p. 429; per un inquadramento complessivo sulle componenti che hanno contribuito a diffondere una crisi finanziaria sistemica e sui relativi effetti, F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in G. COLOMBINI, M. PASSALACQUA (a cura di), *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Napoli 2012, pp. 14 ss.; F. CAPRIGLIONE, A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Torino 2014, pp. 81 ss.; da ultimo, U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pisa 2021; sia infine permesso un richiamo ad A. CLINI, *Funzionamento, funzione e finalità dell'organizzazione europea del credito e della moneta*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1/2021, pp. 355 ss.

<sup>5</sup> In merito alle conseguenze della crisi pandemica, la letteratura ha assunto una vastità di contributi non semplice da riassumere; limitando l'orizzonte alle sole dinamiche che hanno alterato gli assetti istituzionali e organizzativi dei poteri pubblici, risulta utile il rinvio al quadro generale contenuto nella Sezione monografica in *P.A. Persona e amministrazione*,

In un certo senso, in questo recente passato, si è finito per creare una specie di congiunzione delle due spinte vettoriali, sicché la stagione attuale mantiene inalterata una tensione pur sempre protesa al miglioramento del sistema nelle sue componenti resesi obsolete, anche in ragione degli effetti delle crisi che lo hanno attraversato mettendone in luce forti limiti; al contempo le innovazioni devono “caricarsi” le esigenze di contenere eventi emergenziali, adottando quindi modelli che possano respingere o comunque gestire le incidenze negative prodotte da fenomeni generali di instabilità.

Queste prospettive si raccolgono negli obiettivi formulati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) dove confluiscono, nell’ambito evidentemente che qui interessa rivolto alla p.a., aspettative e progettualità di superamento degli assetti organizzativi e procedurali inefficienti (forti sono i richiami alla semplificazione degli apparati burocratici o allo snellimento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici) sovrapposte o comunque non disgiunte dalle misure emergenziali – che per tale loro natura interinale non assumono un ruolo di sistema – necessarie per superare le attuali conseguenze indotte dalle recenti crisi globali<sup>6</sup>.

## **2. I mutamenti ordinamentali di fronte alla crisi**

Nel limitare l’orizzonte agli ultimi due lustri e focalizzando l’attenzione dello sguardo nelle due crisi epocali, è possibile cogliere nell’ambito delle analisi condotte sull’attuale situazione sanitaria mondiale o sulle meno recenti situazioni di incertezza economica, significativi frangenti di mutamento nei rapporti istituzionali, con inevitabili incidenze ed oscillazioni sugli assetti organizzativi e decisionali da parte delle amministrazioni pubbliche. Pur con matrici evidentemente diverse, la

---

n. 2/2020.

<sup>6</sup> Tra i primi commenti di natura pubblicistica del PNRR si segnala, F. CONTE, *L’evoluzione dei principi contabili nazionali nella prospettiva di riforma del Piano Nazionale Ripresa e Resilienza – PNRR.*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021, p. 21; A. POGGI, *Il PNRR come possibile collante della unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, p. 199; J. FERRACUTI, *La speciale tutela procedimentale negli appalti PNRR dopo il d.l. semplificazioni: una norma a ispirazione regionale*, in *GiustAmm.it*, n. 7/2021.

ravvicinata ciclicità di due situazioni di crisi sistemiche ha permesso una riflessione sulle reazioni insorte nell'ambito specifico dei sistemi organizzativi dei pubblici poteri, evidenziando reazioni molto spesso affini nel far fronte alle emergenze ed ai turbamenti socio-economici.

Come osservato in relazione alle vicende legate al Covid-19, l'emergenza ha portato ad un'alterazione dei normali «rapporti tra gli organi, costituzionali e amministrativi, spostando il potere dal legislativo all'esecutivo, dai collegi agli organi monocratici [...]. La ragione è evidente. L'urgenza non tollera gli indugi che l'ordinario funzionamento di un collegio impone [...]. Richiede una prontezza di decisione che non si può pretendere da un organo in cui più persone dibattono da posizioni avverse, prima che una maggioranza dei suoi componenti decida. Quando la situazione di necessità e urgenza ha carattere nazionale, il potere decisionale, che è attribuito a regime ad autorità regionali e locali, si sposta al centro. Dal parlamento al governo, dalle regioni e gli enti locali allo Stato»<sup>7</sup>. Il profilo che qui interessa rimarcare, sullo sfondo della centrale questione sui limiti imposti dal rispetto degli assetti democratici e rappresentativi, si limita ad osservare come il sistema amministrativo nel suo consolidato e preordinato disegno, sia risultato inadeguato tanto da attivare un'avocazione generale di competenze nell'ottica di assicurare rapide ed efficienti scelte decisionali.

---

<sup>7</sup> «La nostra Costituzione prende atto di questa dinamica, attribuendo al governo potestà legislativa nei casi (e solo nei casi) di necessità ed urgenza: un potere provvisorio il cui esercizio è subordinato alla conversione del decreto-legge da parte del parlamento. La legislazione amministrativa prevede le ordinanze di necessità e urgenza – competenti sono solo gli organi monocratici – il Presidente del Consiglio (art. 5 d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1), il Ministro della Salute (art. 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833), il Presidente della Regione (art. 32 cit.), il Sindaco (art. 54 d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e art. 32 l. 833/78 cit.). Si potrebbe aggiungere che il principio trova applicazione anche nel processo: per es., è il presidente del TAR che decide sulla domanda cautelare nei casi di estrema gravità e urgenza, sia pure con riserva della conferma dell'ordinanza da parte del collegio (art. 56 c.p.a.)»; G. CORSO, *Emergenza e organizzazione*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 2/2020, p. 14.

Sulla dinamica emergenziale che porta all'idea della necessità come fonte del diritto, con un conseguente scollamento nelle garanzie dei diritti fondamentali per una legittimazione del potere interventista statale, si vedano le considerazioni critiche in L. R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, *ivi*, n. 2/2020, pp. 52 ss.

Quanto invece ai rivolgimenti nel governo del sistema economico (monetario, bancario e finanziario), tra i fenomeni che assumono maggiore frequenza, si rileva l'instabilità di ogni forma di governo che cerchi di assicurare per un periodo duraturo un rapporto equilibrato tra l'intervento pubblico e la libertà del mercato: solitamente, le conseguenze delle vulnerabilità di un modello, comporta una reazione volta a rilanciare una contrapposta forma di governo economico, alternando così, a livello organizzativo, ambiti in cui si rinviene il fallimento attribuito all'inadeguatezza dell'intervento pubblico in relazione alle dinamiche del mercato ad ambiti in cui, invece, si collocano gli insuccessi determinati dalla condizione eccessivamente deregolata del medesimo mercato; o ancora, a livello allocativo e dimensionale, si registra l'avvicendamento a forme di regolamentazione risultate eccessivamente accentrate (per salvaguardare una uniformità a scapito delle inevitabili differenziazioni autoctone) verso forme di decentramento troppo dispersive (con i rischi di dissoluzione delle esigenze di omogeneità del sistema). L'impatto delle crisi economiche, infine, presentano periodicità sempre più ravvicinate, ma soprattutto interconnesse dalla intera rete di globalizzazione dei flussi che determina una estrema rapidità di reazione dei sistemi economici, oltre che sociali e giuridici<sup>8</sup>.

Anche in questo settore – segnatamente nei raccordi tra UE e Stati membri – si è registrato, in particolare nelle nuove estese competenze in capo alla Bce, un rafforzamento verticistico delle funzioni (a quello monetario si è aggiunto quello di vigilanza bancaria e di risoluzione delle crisi) ed un'estensione – indiretta e conseguente – su ambiti tradizionalmente riservati al governo politico dei Paesi e dell'Unione nel campo delle scelte di politica economica<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Sulle dinamiche che conseguono alla ciclicità delle crisi finanziarie ed economiche, E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino 2018, spec. Cap. III; S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano 2017.

<sup>9</sup> L'eurosistema «originariamente costituito da un unico modulo di coordinamento imperniato su un meccanismo preventivo ed uno deterrente per evitare nell'ambito delle autonomie nazionali di politica economica il verificarsi di disavanzi pubblici eccessivi destabilizzanti per la stabilità monetaria, aveva mostrato nel corso della crisi finanziaria globale la rigidità di regole non adeguate a registrare contesti economici in evoluzione e, dall'altro, l'insufficienza del quadro istituzionale che ne deriva per le politiche economiche dell'area europea»; E. CARDI, *op. cit.*, p. 327.

Semplificando al massimo, crisi economica e poi emergenza sanitaria hanno registrato un riassetto accentrato e condensato delle funzioni, delineando un modello dove le ragioni di razionalità e ammodernamento – proprie di ogni transizione organizzatrice – sono state assorbite da scelte dettate dal timore del collasso del sistema o dalla impossibilità di quest'ultimo di elaborare e operare soluzioni adeguate alle situazioni di instabilità. La criticità di questi mutamenti organizzativi e decisionali della p.a. vanno peraltro collocati in una prospettiva ulteriormente problematica, che si coglie, come di seguito spiegato, con regolare frequenza per la gran parte dei sistemi procedurali, nel senso di assicurare una sorta di doppio binario nelle attività di competenza della amministrazione: sul primo “scorre” un modello ordinario, solitamente lento e complesso; sul secondo, in reazione alle inefficienze del precedente, si attiva un modello “speciale”, alternativo e più rapido (solitamente destinato a soddisfare la regolazione di materie di comune competenza, ma dotate di particolare rilevanza dal punto di vista economico).

Seppure nella sua estrema sintesi, il tentativo di ricostruzione di un quadro evoluto appare evidentemente necessario e imprescindibile per poter accedere ad un qualsiasi percorso organico di riforma della p.a., il quale, quanto meno, tenga presente le problematiche che connotano i tratti organizzativi attuali per assumere una rotta finalizzata al superamento di questi limiti<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> L'approccio qui seguito compie un riferimento ai tratti complessivamente intesi della amministrazione pubblica, sulla base dell'orientamento oggettivo e funzionalizzato, ben espresso recentemente nei termini per cui «la separazione fra organizzazione ed attività, in realtà, è frutto di una finzione giuridica, visto che il funzionamento della struttura altro non è che esercizio di attività amministrativa; tuttalpiù, è ammissibile la distinzione fra l'attività organizzativa e quella amministrativa in senso stretto, visto che la prima è strumentale alla seconda. La continuità fra i due tipi di attività rispecchia la linearità esistente fra organizzazione e procedimento amministrativo; la qual cosa significa che la struttura non è limitata solo ad organizzare gli uffici in ragione delle esigenze della procedura, ma pure di organizzare i fatti e le pretese che si incontrano nella dinamica propria della procedura amministrativa»; M. BELLAVISTA, *Amministrazione per fini pubblici, organizzazione e procedure. Un percorso*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1/2021, p. 196.

### 3. Il PNRR rinnova la spinta riformatrice della p.a.

Nell'alveo delle considerazioni sopra formulate, si inserisce il Piano nazionale di ripresa e resilienza con il quale si ripropone la centralità delle tematiche di riforma e di investimenti.

Come già ricordato, la ripartenza è di certo segnata dalle «trasformazioni provocate dalla crisi pandemica» per cui il PNRR fissa generali obiettivi mediante i quali «incrementare stabilmente l'equità, l'efficacia e la competitività del Paese» per «accrescere il potenziale di crescita e ridurre le perduranti disparità» sia geografiche, che intergenerazionali o di genere.

Con riferimento alla pubblica amministrazione, la pianificazione si proietta verso un investimento per la digitalizzazione e l'ammodernamento strutturale nonché per una maggiore accelerazione dei processi decisionali.

Non sfugge peraltro il binomio buona amministrazione – semplificazione, che pare essere, nel percorso di riforma della amministrazione pubblica, il criterio ispiratore adottato dal Piano.

Una delle innovazioni più generali e strutturate in materia – come si è avuto modo di evidenziare in premessa – si deve alla legge n. 241/1990 nel suo Capo IV che, come noto, è dedicato alla semplificazione amministrativa mediante la disciplina di alcuni istituti, tra i quali la conferenza di servizi, gli accordi fra pubbliche amministrazioni, l'autocertificazione, la segnalazione certificata di inizio attività ed il silenzio assenso<sup>11</sup>.

Il principio di semplificazione si declina nell'efficacia dell'azione amministrativa, quale capacità concreta della p.a. di curare in modo soddisfacente tutti gli interessi coinvolti e contrapposti, perseguendo i risultati prefissati; l'efficacia completa, quindi, il corollario del principio di

---

<sup>11</sup> Per i tratti generali delle linee evolutive sul tema della semplificazione amministrativa, P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 679; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004; G. PASTORI, *Le trasformazioni dell'amministrazione e il principio di sussidiarietà*, in *Quad. reg.*, n. 1/2002, p. 60; V. CERULLI IRELLI, M. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione*, Napoli 2000.



legittimità dell'azione amministrativa, articolato a sua volta sul precetto di conformità alla legge e sulla ragionevolezza dell'agire<sup>12</sup>.

L'insegnamento che tuttavia si trae dalle esperienze passate, recenti o risalenti, è quello di una prospettiva di cambiamento molto spesso accolta con auspici superiori alla concreta capacità di miglioramento (in termini di efficacia, semplificazione ecc.); sicché occorre criticamente vagliare ogni modifica degli assetti amministrativi, perché non sempre gli innesti o le palingenesi legislative si accompagnano con un perseguimento di risultati adeguati, quanto meno, allo sforzo di miglioramento del modello preesistente.

Ma soprattutto le tante riforme fin qui richiamate e le reazioni alle recenti crisi hanno messo in luce una matrice fallimentare che impone un ripensamento fondativo e strutturale dei complessi modelli organizzativi e procedurali della p.a., in assenza del quale è alto il rischio, peraltro già sperimentato, di vanificare ogni innovazione volta a perseguire gli obiettivi – seppur pregevoli – fissati nel PNRR.

Secondo un primo punto di analisi, si registra difatti una forma di parallelismo tra procedure ordinarie e procedure speciali. Le prime vengono dettate per perseguire una vastità di interessi pubblici (soddisfare i bisogni della collettività, pianificare il territorio, comporre gli interessi nelle singole decisioni assunte dall'amministrazione). Il più delle volte si assiste all'impraticabilità di quello che può definirsi il "procedimento ordinario", vuoi per la complessità dei passaggi di interlocuzione, vuoi per la lunghezza dei tempi o per la molteplicità dei soggetti pubblici coinvolti.

Di qui allora l'esigenza di escogitare un "percorso" differente, più snello e sicuro nell'approdare alla decisione finale. Sicché, al "procedimento ordinario" si affianca un "procedimento speciale", che

---

<sup>12</sup> Come in altra sede descritto, «il complesso degli interventi ricondotti al principio di semplificazione possono essere distinti in istituti di delegificazione (con cui è attribuita alla fonte regolamentare in luogo di quella legislativa, la disciplina di attività e procedimenti amministrativi, per una maggiore flessibilità e rapidità delle esigenze di aggiornamento e appianamento normativo) di liberalizzazione (che non comportano l'abrogazione *tout court* di regole del diritto pubblico – c.d. privatizzazione – ma che legittimano il privato ad intraprendere un'attività in assenza di un preventivo provvedimento espresso dall'amministrazione) e di semplificazione del provvedimento in senso stretto»; A. CLINI, *Semplificazione dell'azione amministrativa*, in G. CARLOTTI, A. CLINI (a cura di), *op. cit.*, pp. 203 ss.

spesso soddisfa le esigenze a maggiore interesse economico o che assicura decisioni in tempi rapidi, imprescindibili per investimenti rilevanti.

I casi di queste esemplificazioni sono innumerevoli. In passato, si ricorda la previsione, oggi abrogata, per le c.d. varianti produttive semplificate qualora il progetto industriale fosse risultato in contrasto con il vigente strumento urbanistico, onde evitare la più articolata (lunga e incerta) modifica di quest'ultimo (art. 5, Dpr 447/1998).

O ancora, la disciplina c.d. "legge stadi" che per incentivare l'ammodernamento o la realizzazione di nuovi impianti sportivi, in ragione della forte carenza nel nostro Paese di strutture adeguate e moderne vocate all'attività agonistica e dilettantistica, inserisce i progetti in un binario del tutto in deroga alle previsioni (e molto spesso ai divieti) vigenti negli strumenti legislativi regionali e di pianificazione territoriale (art. 1, commi 304-305, l. n.147/2013 e art. 62 D.L. 24.4.2017 n. 50 oggi trasfusi nel D.Lgs. n. 38/2021).

Il quadro, nei brevi tratti rappresentato, non risparmia neppure le procedure competitive, suscitando non poche problematiche in ambito di applicazione anche dell'ultimo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016), come di seguito illustrato.

#### **4. Spunti per una riforma sistemica della p.a.**

Le dinamiche che si innestano in riferimento al Codice dei contratti, si sono connotate per lo più per vari tentativi di "fuga" dalla procedura ad evidenza pubblica a fronte di percorsi alternativi volti ad assicurare affidamenti diretti in luogo di quelli ad esito della procedura competitiva.

Sempre per brevi cenni, si ricorderà come si sia sviluppata in applicazione al precedente Codice (D.lgs. n. 163 del 2006) una profonda ricerca dottrinarie e giurisprudenziale per la individuazione dei criteri distintivi tra appalto e concessione, proprio perché quest'ultima richiedeva un'applicazione solamente dei principi generali sulla concorrenza e sulla trasparenza senza venire sottoposta all'integrale procedura ad evidenza pubblica<sup>13</sup>. Il nuovo codice ha di fatto equiparato le due forme di

---

<sup>13</sup> Si veda tra i moltissimi commenti L. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milanofiori Assago 2013, pp. 1651 ss.

affidamento, riportando anche la concessione di servizi e forniture nell'alveo di gara alla stregua del contratto di appalto<sup>14</sup>.

La possibilità di attenuare l'ambito oggettivo del Codice non si è tuttavia mai sopita, tanto è vero che recentemente, in risposta al momento di crisi, sono state adottate misure temporanee per alzare le soglie economiche di affidamento diretto in deroga all'art. 36 del Codice (DL 31.5.2021 n. 77, conv. in L. n. 108/2021). Tale deroga, che porta ad evitare l'espletamento di una gara per affidamenti di importo contenuti (€ 150.000 per i lavori pubblici, € 139.000 per le forniture ed €75.000 per i servizi, salvo ulteriori specificità interne ai predetti settori) rappresenta la conferma del fallimento della procedura ad evidenza pubblica, come modello ordinario di selezione delle offerte su base competitiva. Di fronte alla crisi, il legislatore non interviene incrementando l'esecuzione di opere pubbliche o incentivando le commesse sotto il profilo fiscale o remunerativo: preferisce invece derogare alla gara pubblica ed assicurare la stipula senza comparazione di offerte, in modo diretto e semplice, con l'allargamento della soglia economica per estendere gli affidamenti diretti.

La misura, che per quanto apparentemente contenuta, identifica pienamente l'approccio riformatore sin qui delineato (c.d. del doppio binario), dimostra la forte miopia dell'iniziativa, che non solo introduce una deroga limitata nel tempo (giugno 2023) ma risulta altresì del tutto isolata dal resto del contesto normativo del Codice. Peraltro, si tratta di una deroga non esclusiva, sicché accanto a questa forma permane in vigenza la possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere alla procedura ordinaria di selezione delle offerte ad esito di una gara pubblica.

Infine, non v'è chi non veda come questa soluzione derogatoria non assicuri di certo una risposta alla questione più delicata nella materia degli affidamenti, vale a dire la deriva del rischio distorsivo degli affidamenti a favore di operatori economici collusi con associazioni criminali (anche se l'innalzamento delle soglie viene contemperato, ad onor del vero, con il rafforzamento del principio di rotazione sulla base della clausola della diversa dislocazione territoriale dell'operatore economico, misura che

---

<sup>14</sup> Come chiaramente indicato in L. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano 2017, pp. 1368 ss.

tuttavia tampona limitatamente la questione della prevenzione anticorruptiva).

La crisi del “modello ordinario” si registra anche per quei singoli appalti che vengono direttamente finanziati in tutto o in parte dai fondi messi a disposizione dal PNRR (oltre che dal Piano nazionale degli investimenti complementari – PNC – e dal Piano nazionale integrato per l’Europa e Clima 2030) Il DL 77/2021 difatti introduce per questi settori un appalto “super integrato” riferito a dieci opere espressamente individuate per sottrarre la realizzazione ad ogni procedura di gara (allegato IV)<sup>15</sup>.

Senza ovviamente entrare nel dettaglio di alcuna di queste norme, il risultato che si coglie attraverso questi inserimenti, ammodernamenti e soluzioni temporanee da parte del legislatore è di perseguire percorsi di creazione di modelli o forme alternative al rito procedurale ordinario, sicché le misure adottate siano esse temporanee o straordinarie – finiscono per radicare un sistema parallelo a quello generale. Si riverbera, in altre parole, quel sistema a doppio binario che non solo altera l’ordinaria attività delle amministrazioni, complicando evidentemente i tracciati procedurali, la certezza delle forme e delle decisioni e la sicurezza delle aspettative qualificate dei cittadini e delle imprese; ma soprattutto eleva una cortina fumogena sulla vera questione problematica: se un modello – che abbiano definito per comodità “ordinario” – non funziona (per le tante ragioni sinora espresse o che comunemente riscontriamo nei rapporti con la p.a.), non vi è risposta adeguata nell’individuare un sub-modello – definito “speciale” – che per taluni “affari” assicuri un efficace funzionamento. Appare insomma palesemente limitato sia il metodo – sistematicamente seguito dal nostro legislatore – che la soluzione così congeniata: occorre al contrario eliminare ogni misura sia essa speciale o derogatoria o alternativa per concentrare gli sforzi rinnovatori principalmente sul modello principale ed assicurarne un efficace funzionamento a vantaggio dell’intera comunità.

---

<sup>15</sup> L’archetipo di questo modo di operare è divenuto di pubblico dominio in occasione della tragedia del crollo del ponte Morandi di Genova, per cui la successiva progettazione e ricostruzione sono state compiute senza alcun previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica.

Al contempo, si ritengono comuni nella loro *ratio* derogatoria anche quelle dinamiche che hanno portato – come rapidamente descritto – a respingere le negatività delle crisi mediante percorsi verticistici di organizzazioni e di allocazione delle competenze decisionali in deroga ai sistemi a matrice democratica e partecipativa. Vi si ritrova, insomma, un'ulteriore conferma delle limitate capacità degli apparati pubblici (e forse a maggior ragione in tali contesti) nel superare con gli ordinari meccanismi di amministrazione situazioni di natura emergenziale.

Il fondamento di queste argomentazioni risiede, come acutamente osservato, nel basilare principio espresso dalla nostra Carta, nella misura in cui – non a caso – vengono inseriti anche i soggetti pubblici (in quanto formazioni sociali) nel perimetro semantico dell'art. 2 Cost: sicché la p.a. (come del resto il legislatore) non godono di alcuna arbitrarietà nella tensione sottostante a questo tipo di indirizzo riformatore, in quanto non si sottraggono all'adempimento di quei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»<sup>16</sup>. Questo permette, in chiusura, di affermare la esistenza di un vero rapporto giuridico tra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili ex art. 2 Cost.<sup>17</sup>

La titolarità dei diritti fondamentali non è difatti concedibile da alcun ordinamento, in quanto sostanzia la natura umana, mentre spetta

---

<sup>16</sup> Sicché, una visione complessiva del disegno costituzionale consente di ritenere che la Repubblica, nel richiedere l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà ai sensi dell'art. 2, si rivolga «non solo ai soggetti privati ma anche, per cos, dire, a s† stessa», vale a dire, in primo luogo, agli enti pubblici territoriali di cui essa si compone, così come individuati dall'art. 114 Cost. Cosicché, la solidarietà espressa nell'art. 2 diviene «doverosa tanto per il soggetto quanto per la Repubblica»; M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione* cit., pp. 543 ss.

<sup>17</sup> Il tema viene qui semplicemente abbozzato, nella consapevolezza che la teoria dei controlimiti costituzionali si è rivolta sino ad oggi prevalentemente verso disposizioni del diritto sovranazionale e non certo verso modelli organizzativi; resta tuttavia centrale la questione delle attività e delle decisioni che questi ultimi assumono nei termini di conformità al nostro sistema ordinamentale democratico: la sovranità popolare nei termini ricostruttivi proposti rientra senz'altro tra i principi qualificanti la Costituzione che la Corte Costituzionale ha individuato nel cosiddetto “nucleo duro”, dichiarando la sussistenza di un limite opponibile alla operatività delle norme comunitarie (Corte cost. n. 183/1973; n. 170/1984; n. 232/1989); A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir., Ann. IV*, Milano 2011, pp. 359 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Ann. IX*, Milano 2016, pp. 457 ss.

all'ordinamento la protezione di questi ultimi, attraverso le strutture organizzative, strumentali a garantirne la massima tutela. Si afferma dunque la convergenza verso un paradigma alternativo rispetto al quadro esaminato, «fondato sul primato della persona umana e sulla strumentalità ad esso dell'organizzazione amministrativa»<sup>18</sup>. Riportare al centro di ogni percorso riformatore la tutela dei diritti inviolabili della persona, si iscrive nella piena conformità al dato positivo dei principi sui quali la nostra Carta costituzionale si fonda, e forse rappresenta la maggior garanzia di stabilità del sistema stesso<sup>19</sup>.

In definitiva, solamente se si avrà la lucidità e la forza di concentrarsi sugli assetti decisionali e procedurali obsoleti per renderli efficienti in quanto strumentali al massimo godimento dei diritti e delle libertà inviolabili, potremmo allora pensare di aver individuato un metodo certamente conforme ai principi fondanti il nostro ordinamento e forse potremmo augurarci di trovare anche soluzioni più adeguate ai parametri di semplificazione ed efficaci per l'esercizio delle funzioni amministrative: dal mito alla realtà della p.a.

---

<sup>18</sup> «Un conto è che la strumentalità dell'organizzazione venga riferita esclusivamente all'esecuzione dell'indirizzo politico, ossia alla massimizzazione attuativa dell'interesse pubblico per come selezionato/preferito dalla maggioranza politica democraticamente rappresentativa, posta ai vertici delle persone giuridiche pubbliche. A questo concetto di strumentalità, infatti, si attaglia la centralità del potere di organizzare. Il discorso muta se, invece, la strumentalità dell'organizzazione amministrativa viene considerata servente innanzitutto al primato del «pieno sviluppo della persona umana», singola e associata, nelle relazioni in cui «si svolge la sua personalità» (cfr. artt. 2 e 3 Cost.), in termini di «servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.) ossia del «popolo» cui appartiene la sovranità (art. 1 Cost.)»; M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1/2020, pp. 560-561.

<sup>19</sup> Ed infatti dalle scelte organizzative deriva, prima ancora di una questione di assetti interni al soggetto, una diretta conseguenza sulla protezione dei diritti che «sono determinante dell'organizzazione in termini giuridici prima che fattuali (dove il discorso finisce spesso inevitabilmente per ribaltarsi). Lo schema logico parte dal diritto, costruisce su questo l'organizzazione, determina a valle le risorse necessarie come risultante (quale sommatoria, si può dire, del costo dei diritti)»; E. CARLONI, *op. cit.*, p. 57.