

FABIO FRANCARIO

CERTEZZA DEL DIRITTO ED OPERATORI ECONOMICI :

NOTE A MARGINE DI RECENTI RIFORME

Assicurare la certezza dei rapporti giuridici è da sempre l'aspirazione o comunque l'esigenza primaria di un ordinamento giuridico; e gli atti che sono espressione delle funzioni tipiche dei Pubblici Poteri assicurano in vario modo il rispetto di tale esigenza.

Com'è noto, l'atto che assicura il massimo di certezza possibile ad un rapporto giuridico è la sentenza. Le sentenze creano certezza in ordine al fatto che le norme siano state effettivamente osservate o violate, risolvendo un conflitto insorto tra due o più parti in ordine ad un determinato bene della vita. Valore ed efficacia della sentenza si riassumono nell'espressione "cosa giudicata", che vuole sottolineare come la statuizione del giudice diventi immutabile ed intoccabile, per le parti e per lo stesso giudice. Le norme creano invece certezza cercando di prevenire l'insorgere di possibili conflitti in ordine ai beni della vita, indicando preventivamente le condotte che possono o devono essere seguite dalle parti interessate. Quando hanno forza e valore di legge, le norme non sono modificabili dal giudice (ordinario o amministrativo) e meno che mai dall'amministrazione. Possono essere modificate solo da altro atto normativo che abbia pari forza e valore e che venga adottato con le garanzie del procedimento di formazione tipico degli atti normativi; e ciò fa sì che gli effetti giuridici, dalle stesse prodotti facendo nascere obblighi e diritti, doveri ed interessi qualificati, siano assistiti da una relativa stabilità; nel senso appunto che non possono essere rimossi o modificati dal giudice o dall'amministrazione. I provvedimenti amministrativi creano invece certezza grazie alla attitudine a produrre immediatamente ed unilateralmente effetti giuridici, senza o a prescindere dal consenso del destinatario; ma sono annullabili o modificabili tanto dal giudice quanto dalla stessa amministrazione. La loro efficacia dunque non ha la medesima stabilità di un atto normativo e può finire con il dipendere (in tutto o in parte) da valutazioni discrezionali della sola amministrazione precedente.

Nei tempi più recenti, l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici creati da atti amministrativi e retti dal diritto amministrativo è sempre più spesso invocata come ratio di interventi riformatori di vario stampo che toccano il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino e, soprattutto, imprese ed operatori economici.

Ultima in ordine di tempo è la riforma Madia (l. 7 8 2015 n. 214) che, oltre a dettare una complessa trama di deleghe normative al Governo di riforme da fare, ha dettato alcune norme d'immediata cogenza, ritenendo evidentemente inopportuno attendere i tempi di attuazione dell'intervento riformatore. Tali disposizioni si riducono in realtà a soli quattro articoli e, se si escludono quelli dedicati alle onorificenze della Repubblica, alla disciplina del rapporto tra

procedimento disciplinare amministrativo e processo penale per il personale delle forze armate ed alla disciplina del silenzio nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, l'urgenza del provvedere finisce con il rimanere limitata alla sola disciplina dell'autotutela amministrativa. Contrariamente alla tradizione consolidata in dottrina e giurisprudenza, che da Benvenuti in poi ravvisa il fondamento dell'autotutela decisoria nella immanenza ed inesauribilità del potere amministrativo di cura dell'interesse pubblico, ritenuto connaturale all'esercizio della funzione e pertanto generalmente attribuito alla PA, (differentemente dall'autotutela esecutiva, più strettamente ancorata al principio di legalità), l'art 6 della l 124/2015 pone un termine certo e breve (diciotto mesi) per l'esercizio del potere di autotutela decisoria con riferimento all'annullamento, al silenzio assenso, alla SCIA, al potere cautelare generale di sospensione degli atti amministrativi. Il termine certo e breve per l'esercizio del potere è certamente incompatibile con la teorizzazione di un potere immanente ed inesauribile, ma è evidente che la norma afferma la prevalenza dell'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici degli operatori economici rispetto all'interesse ritenuto evidentemente non più primario a che sia innanzi tutto la stessa PA a dovere assicurare la legittimità della propria azione. Viene così rinforzata la stabilità dell'efficacia degli atti amministrativi, senza che ciò vada a scapito o detrimento della garanzia di legittimità degli stessi, rimanendo ferma ed impregiudicata la possibilità di tutela giurisdizionale. In ragione dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, specie quand'è in gioco l'interesse degli operatori economici, la norma tende a stabilizzare l'efficacia dell'atto amministrativo laddove questo tra gli atti dei pubblici poteri è sempre stato quello più debole sotto questo profilo: subordinato alla legge, annullabile dal giudice, annullabile e modificabile dalla stessa autorità amministrativa.

Occasionata dalla necessità di recepire le direttive comunitarie 23, 24 e 25 del Parlamento e del Consiglio del 26 febbraio 2014, attualmente in itinere è la nuova riforma del codice degli appalti pubblici, di sicuro impatto sugli operatori economici e sulle imprese. Il testo al momento in corso di approvazione impegna il Governo, come legislatore delegato, in una più ampia (rispetto al mero recepimento) opera di razionalizzazione della normativa esistente, che prevede l'abrogazione e la sostituzione tanto del vigente codice degli appalti, quanto del regolamento di attuazione, e che lascia intravedere tra le possibili ipotesi di lavoro il rafforzamento della funzione di regolazione dell'Autorità di vigilanza. Si avanza infatti da più parti, tra le altre, l'ipotesi di concentrare nell'Autorità, oltre alla funzione di vigilanza, anche la produzione delle norme destinate a regolare le condotte degli operatori del settore, magari previa concertazione con (le categorie rappresentative de-) gli interessati in modo da caratterizzare la stessa come soft regulation.

E' del tutto evidente che ciò comporterebbe una dequotazione dell'atto (a contenuto) normativo ad atto avente forza e valore di atto amministrativo, con la conseguente compromissione,

sotto questo profilo, della stabilità dell'efficacia dell'atto recante la normazione e, per questa via, dell'affidamento degli operatori economici nella certezza del diritto. Non sarebbe infatti in gioco l'attribuzione di un potere normativo finalizzato a garantire una maggiore flessibilità del modello organizzativo dell'Autorità in modo da renderne più efficiente l'esercizio delle funzioni di vigilanza alla stessa attribuite, ma la creazione di regole di diritto obbiettivo; di quelle regole che sono tenuti ad osservare gli operatori economici che aspirano a contrarre con la pubblica amministrazione e gli altri soggetti a vario titolo coinvolti nelle procedure di scelta del contraente o nella esecuzione dei contratti pubblici (si pensi per tutti agli organismi di attestazione e qualificazione) e la cui inosservanza può e deve essere sanzionata dall'Autorità nell'esercizio della funzione di vigilanza che le è propria. Non si vede perché una tale normativa dovrebbe essere resa flessibile, ovvero instabile, facendone dipendere la modificabilità unicamente dalla discrezionalità dell'amministrazione vigilante.

Più grave ancora sarebbe se si cercasse poi di recuperare certezza e stabilità delle regole che dovessero essere create dall'Autorità di vigilanza agendo sul versante della tutela giurisdizionale, limitando possibilità di impugnativa e di sindacato di siffatti atti amministrativi a contenuto normativo in nome della presunta specializzazione tecnica nel settore dell'Autorità o di altra ragione. La compromissione delle garanzie costituzionali di tutela fissate nell'art 113 Cost aggraverebbe solo il danno già di per sé cagionato agli operatori dalla esposizione alla mutevolezza dei contenuti normativi, al quale si sommerebbe l'impossibilità di contestare l'eventuale ingiustizia delle decisioni dell'autorità amministrativa nella quale si è concentrato il potere di normazione della materia. Sarebbe questa una soluzione illogica, perchè l'instabilità in realtà si originerebbe a monte nel momento in cui si optasse per la dequotazione del valore dell'atto recante la normazione, e a nulla varrebbe cercare di recuperarla poi a valle, precludendo impugnativa e sindacato delle decisioni; e soprattutto non consentita dai valori custoditi dall'art 113 Cost come espressione della civiltà giuridica del nostro ordinamento : *“contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi d'impugnazione o per determinate categorie di atti”*.