

Contributo scritto del Prof. Avv. Salvatore Cimini nell'ambito dell'attività conoscitiva svolta in relazione all'esame del disegno di legge n. 1883 (d-l 76/2020 semplificazioni)

Senato della Repubblica, Commissioni Riunite I e VIII

Nel ringraziare vivamente le Commissioni riunite I (Affari costituzionali) e VIII (Lavori pubblici) del Senato per aver richiesto un contributo scritto sul disegno di legge di conversione del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, si formulano le seguenti osservazioni, restando a disposizione per qualsiasi ulteriore eventuale richiesta di approfondimento.

Nel complesso, il D.L. n. 76/2020 merita apprezzamento perché è un intervento importante che si muove nella direzione della semplificazione, rafforza la digitalizzazione della pubblica amministrazione e dedica particolare attenzione alla responsabilità dei pubblici dipendenti, all'economia verde e all'attività di impresa.

Numerosi sono gli spunti di interesse. Con il presente contributo, ci si limita a formulare qualche riflessione su alcune parti del decreto, di carattere più sistematico, che, ad avviso dello scrivente, potrebbero essere suscettibili di miglioramento.

1. RESPONSABILITÀ ERARIALE (ART. 21 DEL D.L. 76/2020)

L'art. 21 del D.L. n. 76/2020, che si occupa di responsabilità erariale, è sicuramente da valutare favorevolmente in quanto è teso a superare (unitamente al successivo art. 23 che modifica l'art. 323 c.p.) quella che, come molti commentatori hanno evidenziato, è la paura della firma da parte dei funzionari pubblici che temono di incorrere in ipotesi di responsabilità erariale e nel reato di abuso d'ufficio. Timore che ha dato luogo al fenomeno della c.d. burocrazia difensiva, con rallentamenti o addirittura blocchi dell'attività dell'amministrazione pubblica e conseguente, inevitabile, lesione del principio di buon andamento scolpito nell'art. 97 Cost.

Va apprezzata, in particolare, la riforma sistematica contenuta nell'art. 1, comma 1, dell'art. 21, che, per evitare interpretazioni giurisprudenziali tese ad affermare il dolo contrattuale, ha opportunamente specificato che «La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso».

Lascia perplessi, invece, il secondo comma dell'art. 21 del D.L. n. 76/2020, che introduce un innalzamento al dolo della responsabilità erariale, limitatamente alle sole azioni e per un periodo di un solo anno, fino al 31 luglio 2021.

Sul punto va osservato anzitutto che la limitazione ad un anno di tale novità rischia di non raggiungere l'obiettivo della riforma. Si tratta, infatti, di un lasso temporale talmente breve che non può "tranquillizzare" i dipendenti pubblici tenuto anche conto della durata dei procedimenti amministrativi. Se si vuole rendere perciò più concreto l'obiettivo di attenuare la responsabilità dei dipendenti pubblici al fine migliorare l'efficienza della p.a. il periodo temporale andrebbe aumentato ad almeno un triennio. È necessario altresì estendere la limitazione al dolo anche alle condotte precedenti, applicando il principio di retroattività della norma più favorevole, altrimenti la disposizione diventa fonte di una disparità di trattamento difficile da giustificare e sostenere.

Grandi perplessità suscita inoltre la distinzione tra danni cagionati da attività commissiva (per i quali si richiede il dolo) e danni cagionati da omissioni o inerzie (per i quali continua a valere la colpa grave). Si tratta di una previsione che appare irragionevole e di difficile applicazione pratica, dal momento che, nei casi di danno erariale, possono ricorrere contemporaneamente azioni, omissioni e inerzie. Senza dire poi che esiste il problema, in molti casi, di capire cosa sia inerzia e cosa no. Questa distinzione, dunque, andrebbe eliminata perché può dar luogo a grandi problemi applicativi.

Prima proposta di emendamento:

All'art. 21, comma secondo, sono apportate le seguenti modifiche:

- a) le parole "31 luglio 2021" sono sostituite con le parole "31 luglio 2023";**
- b) è eliminato il periodo "La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente".**

Sulla responsabilità erariale, invero, si ritiene di dover prospettare anche una **proposta alternativa** rispetto a quella prevista nel D.L. n. 76/2020. Una proposta che risulta essere più in linea con i principi costituzionali e che avrebbe altresì il vantaggio di essere una soluzione di tipo sistematico e non provvisorio.

L'innalzamento della soglia di punibilità al dolo può suscitare, infatti, dubbi di legittimità costituzionale, solo in parte superati dal carattere provvisorio della norma, dal momento che,

come affermato dalla Corte costituzionale, l'imputazione della responsabilità ha come limite minimo la colpa grave (Corte cost. n. 340/2001).

D'altra parte, a ben vedere, il problema della burocrazia difensiva non sta nella colpa grave ma nella vaghezza di questa nozione che lascia ampi margini di discrezionalità al giudice.

La colpa grave, infatti, com'è noto, nasce nel diritto romano e, secondo la definizione di Ulpiano, è propria di chi *non intelligit quod omnes intelligunt*, cioè di chi non intende quello che tutti intendono. Si riferisce, in sostanza, a casi estremi, a casi abnormi dove il non capire ciò che tutti intendono comporta una negligenza che confina con il dolo. Infatti, secondo un noto brocardo, *lata culpa dolo aequiparatur*.

Dunque, se la colpa grave si riferisce a casi abnormi di macroscopica e imperdonabile negligenza, se è un'ipotesi nella quale nessuno incorre salvo che non sia addirittura "stordito", perché tutta questa paura da parte dei funzionari pubblici?

La ragione risiede sostanzialmente nella mancata tipizzazione legislativa di tale nozione che ha fatto emergere con forza il problema relativo all'individuazione dei casi in cui la condotta dell'agente possa essere qualificata come gravemente colposa.

La soluzione potrebbe essere allora quella di tipizzare la nozione di colpa grave o comunque di renderla più chiara.

Così, si potrebbe fare riferimento (cosa che peraltro una parte della giurisprudenza contabile già fa) all'art. 5, co. 3, del d.lgs. n. 472 del 1995, che in materia di sanzioni amministrative per la violazione delle norme tributarie dispone in modo perspicuo che: *"La colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e non è possibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza, risulta evidente la macroscopica inosservanza di elementari obblighi tributari. Non si considera determinato da colpa grave l'inadempimento occasionale ad obblighi di versamento del tributo"*.

Si pensi pure ad un'altra normativa già esistente, sia pure relativa ad una fattispecie diversa, la l. n. 117/1988 sulla responsabilità civile dei magistrati, la quale all'art. 2 (come riformato dalla legge n. 18 del 2015) dispone che: *"Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento..."* (c. 3), aggiungendo che *"ai fini della determinazione dei*

casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza...”.

Ed ancora, si potrebbe precisare legislativamente che vale per la responsabilità erariale l'errore scusabile (a cui una parte della giurisprudenza contabile fa già riferimento), escludendo espressamente siffatta responsabilità nei casi di norme confuse, di interpretazione controversa, di contrasti giurisprudenziali, di novità della normativa, di incertezza del quadro normativo di riferimento, di complessità della situazione di fatto.

Queste tipizzazioni della colpa grave sono da ritenersi conformi ai principi dell'ordinamento e consentirebbero pertanto di essere adottate in modo sistematico e permanente (non limitatamente ad un periodo di tempo, come è necessario fare innalzando la soglia di punibilità al dolo).

Il legislatore, infatti, nell'esercizio della sua discrezionalità, valutando le esigenze cui ritiene di dover far fronte, può stabilire quali siano i comportamenti idonei a fondare la responsabilità amministrativa, con il solo limite della non manifesta irragionevolezza e arbitrarietà della scelta (Corte cost. n. 355 del 2010).

Una tipizzazione della colpa grave è da ritenersi senz'altro ragionevole e non arbitraria, in quanto troverebbe una adeguata motivazione nell'esigenza di evitare rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa.

Questa tipizzazione andrebbe inoltre nella prospettiva, già evidenziata dalla Consulta, di «predispone, nei confronti dei dipendenti e degli amministratori pubblici, un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa» (Corte cost. n. 371 del 1998). Una soluzione quindi non temporanea ma sistematica, tesa a risolvere in via definitiva il problema (risalente nel tempo e non collegato all'attuale periodo di crisi) dell'efficienza della p.A. e della paura dei funzionari, dando così concreta attuazione all'art. 97 Cost.

Si propone pertanto la seguente modifica.

Seconda proposta di emendamento:

L'art. 21, comma 2, è così integralmente sostituito:

«All'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il secondo periodo e prima delle parole “In ogni caso è esclusa la gravità della colpa” è inserito il seguente

periodo: “La colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e inescusabili perché non è possibile dubitare ragionevolmente del significato della norma violata o perché si è affermato o negato un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente esclusa o provata sulla base della documentazione a disposizione. La colpa grave è esclusa nei casi di novità della normativa, mancanza di chiarezza e precisione delle norme violate, in presenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, incertezza del quadro normativo di riferimento, complessità della situazione di fatto”».

Per contribuire ad evitare fenomeni di burocrazia difensiva da parte dei dipendenti pubblici, e, quindi, per migliorare il buon andamento della pubblica Amministrazione, si ritiene utile altresì abrogare l'art. 3, comma 59, della L. n. 244 del 2007 che dispone che l'onere per il pagamento del premio assicurativo per assicurarsi dal rischio di danno erariale non può essere posto a carico dell'ente pubblico, disponendo la nullità del contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicura propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile.

Utile appare anche un intervento sulla prescrizione, per evitare che il dipendente pubblico sia esposto al rischio di responsabilità erariale per un numero eccessivo di anni.

Attualmente, l'art. 1, co. 2, della legge n. 20/1994 dispone che il diritto al risarcimento si prescrive in cinque anni a decorrere dal momento in cui si è verificato il “fatto dannoso” che, nell'ipotesi di danno indiretto, cioè quando il terzo danneggiato cita in giudizio la p.a., si concretizza, secondo la giurisprudenza contabile, quando l'amministrazione condannata paga il terzo, perché solo da quel momento vi è un depauperamento dell'ente e quindi un danno erariale che porta all'obbligo di rivalsa dell'amministrazione sul dipendente che ha sbagliato. Com'è evidente ciò può avvenire molti anni dopo che il funzionario ha posto in essere la sua condotta, considerati i tempi lunghi dei processi. Le conseguenze della lunghezza della durata dei processi, però, non possono ricadere sul dipendente. Per evitare pertanto che gli atti posti in essere dal funzionario possano essere censurati a distanza di molti anni o decenni da quando è stato posto in essere il comportamento, si potrebbe far decorrere la prescrizione dal momento in cui è stato realizzato l'evento che ha causato il

danno all'erario e quindi sostituire nell'art. 1, comma 2, legge 14 gennaio 1994, n. 20, le parole "il fatto dannoso" con le parole "l'evento che ha causato il fatto dannoso".

Proposta di emendamento:

All'art. 21 è aggiunto il seguente comma 3:

"3. All'art. 1, comma 2, legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo le parole "in cui si è verificato" e prima delle parole "il fatto dannoso" sono inserite le parole "l'evento che ha causato".

2. PROFILI RELATIVI AL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (ART. 12 D.L. 76/2020)

Numerosi sono i profili di interesse presi in considerazione dal D.L. n. 76/2020 con riferimento al procedimento amministrativo, che vanno nella direzione della semplificazione procedimentale.

In via generale va evidenziato tuttavia che per semplificare è necessario uno sforzo ulteriore individuando le attività che possono essere liberamente svolte dai privati, lasciando all'amministrazione un breve lasso di tempo per controllare, indicando termini perentori in modo da dare certezza al privato. Bisognerebbe altresì rafforzare l'oralità nel procedimento. Va aggiunto che per semplificare occorre intervenire con decisione sul lato organizzativo. Tanto premesso, ci si limita qui a segnalare alcune possibili integrazioni alle norme procedurali volte a garantire una maggiore tutela del privato, che sono state suggerite anche dal prof. Francesco Goisis nell'audizione del 27 luglio 2020.

Anzitutto si ritiene molto utile rendere vincolanti i termini procedurali nelle ipotesi di provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del destinatario. Termini che oggi sono da considerarsi di carattere meramente ordinatorio in quanto la giurisprudenza prevalente esclude che l'emanazione tardiva del provvedimento sfavorevole ne determini l'illegittimità. Per rendere vincolanti tali termini si potrebbe aggiungere all'art. 2 della legge n. 241 del 1990 un'indicazione espressa secondo cui la violazione del termine in questi casi comporta l'illegittimità del provvedimento.

Proposta di emendamento:

Dopo l'art. 12, comma 1, lett. a), è inserito il n. 3)

“il comma 9 è così integralmente sostituito:

9. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente. Nel caso di provvedimenti sanzionatori o comunque limitativi della sfera giuridica dei privati, la tardiva emanazione ne determina l'annullabilità ai sensi dell'art. 21 octies, comma 1”.

L'art. 12, co. 1, lett. a, del D.L. n. 76/2020, apporta modifiche all'art. 2, della L. n. 241/1990, introducendo il nuovo comma 8-bis, il quale, per rendere efficace l'istituto del silenzio-assenso, prevede opportunamente l'inefficacia di alcuni provvedimenti adottati fuori termine.

Se, tuttavia, la misura è sicuramente utile nel caso di provvedimenti di diniego (ed anzi si potrebbe rafforzarla prevedendo la nullità invece che la sola inefficacia del provvedimento di diniego emanato oltre i termini procedurali), così non è nel caso in cui la p.a. adotti un provvedimento espresso di conferma dell'assenso oltre i termini previsti per la formazione del silenzio. In questi casi, infatti, il provvedimento, anche tardivo, garantisce una utilità all'istante, dandogli quella certezza necessaria, ad esempio, per favorire la bancabilità del progetto (che invero non viene assicurata dal silenzio). È necessario quindi introdurre la possibilità di emanare in ogni caso, e comunque su richiesta dell'interessato, il provvedimento nelle ipotesi di un provvedimento di conferma. Ciò sarebbe anche in linea con quanto già stabilito in tema di semplificazione edilizia dall'art. 10, comma 1, lett. i, del D.L. in esame.

Proposta di emendamento:

L'art. 12, comma 1, lett. a), n. 2) è così integrato:

dopo le parole “ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni.” è aggiunto il seguente periodo: “Su richiesta dell'interessato che dichiara di averne interesse, deve essere sempre emanato un atto meramente confermativo del provvedimento formatosi per silenzio assenso”.

Va valutata con favore anche la modifica all'10-*bis* della l. n. 241/90 introdotta dall'art. 12, co. 1, lett. e), del DL 76/2020, ove si prevede che in caso di annullamento in giudizio del diniego, l'amministrazione, nel riesercizio del potere, non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato. Si dà così seguito al principio giurisprudenziale ("one shot temperato") che stigmatizza la crisi di cooperazione tra amministrazione e cittadino, che si risolve in una defatigante alternanza tra procedimento e processo con grave dispendio di risorse pubbliche e private (Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321). Opportunamente, quindi, la disposizione introdotta evita che l'amministrazione possa – dopo la sentenza di annullamento conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato presentate a seguito del preavviso di diniego – adottare determinazioni con esito sfavorevole con motivazioni ostative ogni volta diverse. Si vuole in sostanza fare in modo che l'amministrazione palesi tutti i motivi ostativi in sede procedimentale, evitando che la parte sia costretta a proporre tanti ricorsi quante sono le ragioni del diniego, perché non comunicate tutte nel medesimo atto.

L'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, tuttavia, si applica, com'è noto, soltanto ai procedimenti ad istanza di parte, mentre sembra opportuno estendere il principio in esame anche ai procedimenti che iniziano d'ufficio destinati all'emanazione di provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati, non meno lesivi per le attività economiche. Anche in questi casi sembra utile chiedere all'amministrazione di esplicitare le ragioni a fondamento del provvedimento restrittivo finale a chiusura dell'istruttoria e disporre che la stessa non possa, nel caso di riesercizio del potere a seguito dell'annullamento giurisdizionale, addurre differenti ragioni, già emergenti dall'istruttoria, per confermare il provvedimento sfavorevole.

Proposta di emendamento:

L'art. 12, comma 1, lett. e), è così integrato:

All'art. 10-*bis* è aggiunto il seguente secondo comma “2. *Nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio destinati all'emanazione di provvedimenti finali limitativi della sfera giuridica dei privati, ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento, comunica tempestivamente ai soggetti nei*

confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti i motivi alla base della decisione. Si applica il secondo, terzo e quarto periodo del comma 1. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può confermare la propria scelta dispositiva adducendo per la prima volta motivi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato".

All'art. 12, comma 2, lett. i) del D.L. n. 76/2020 si stabilisce opportunamente che al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis* della legge n. 241/1990, sul preavviso di diniego, non si applica la norma di cui all'art. 21-*octies*, co. 2, secondo periodo, della stessa legge n. 241/1990, che esclude l'annullabilità del provvedimento in caso di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Nulla si dice invece per quanto riguarda l'art. 7 della legge n. 241 del 1990, che si riferisce alla comunicazione di avvio del procedimento, la quale costituisce anch'essa un importante mezzo per garantire la partecipazione e il contraddittorio nel procedimento.

Si ritiene pertanto necessario parificare la violazione dell'art. 7 a quella dell'art. 10-*bis*, escludendo che la violazione delle due previsioni possa essere ricondotta nell'ambito di ogni ipotesi di dequotazione dei vizi procedurali. La piena partecipazione procedimentale e il contraddittorio, del resto, rappresentano un valido strumento deflattivo del contenzioso davanti alla giustizia amministrativa e danno concreta attuazione al principio del giusto procedimento amministrativo che trova il proprio fondamento anche nell'art. 6 CEDU.

Proposta di emendamento:

L'art. 12, comma 1, lett. i), D.L. 76/2020 è così integralmente sostituito:

“All'articolo 21-*octies*, comma 2, sono abrogate le parole “Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato” ed è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “La disposizione di cui al primo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione degli articoli 7, 10-*bis* e di ogni altra previsione normativa diretta a garantire il contraddittorio procedimentale”.

L'art. 12, comma 1, lett. h), n. 2, D.L. 76/2020 aggiunge all'art. 18 della legge n. 241/1990 il comma 3-*bis*, il quale dispone che nei procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, indennità, prestazioni previdenziali e assistenziali, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni, da parte di pubbliche amministrazioni ovvero il rilascio di autorizzazioni e nulla osta comunque denominati, le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, ovvero l'acquisizione di dati e documenti di cui ai commi 2 e 3, sostituiscono ogni tipo di documentazione comprovante tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento, fatto comunque salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

Tuttavia, come evidenziato anche dal Prof. Massimo Occhiena nell'audizione del 27 luglio 2020, la previsione di una nuova dichiarazione sostitutiva del privato non sembra necessaria, tenuto conto che si potrebbe attribuire tale compito all'amministrazione, che ben potrebbe verificare d'ufficio tutti i fatti e le attività, entro un termine stabilito, senza caricare di un nuovo onere il privato. Ciò non pregiudicherebbe il privato il quale, se vuole, può sempre presentare dichiarazioni sostitutive sulla base delle disposizioni vigenti.

Si propone pertanto l'eliminazione del nuovo comma 3-*bis*.

3. CONTRATTI PUBBLICI E COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO

Con riferimento ai contratti pubblici una vera semplificazione si può raggiungere solo con un drastico snellimento delle procedure.

A tal fine, la proposta, avanzata da più parti, potrebbe essere quella di fare riferimento soltanto alle norme del diritto dell'Unione europea nonché a quelle disposizioni interne che si ritengono necessarie, a partire dalla normativa antimafia. Nei casi in cui la normativa europea lascia agli Stati membri la facoltà di scegliere tra diverse opzioni, una soluzione potrebbe essere quella di scegliere, in via generale, l'opzione meno gravosa per le stazioni appaltanti e gli operatori economici (come suggerito anche dal Prof. Giuseppe Valditara).

Si tratta di una proposta percorribile e già attuata da altri ordinamenti, come quello britannico, tedesco e polacco, che in materia di appalti pubblici si ispirano, sia pure con

modelli diversi, direttamente alla normativa europea. È una proposta, inoltre, in parte, già attuata dallo stesso D.L. n. 76/2020, laddove all'art. 2, comma 4, per numerosi settori speciali, dispone che le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto.

Tanto premesso, suscita perplessità nel decreto la limitazione della validità di tutta una serie di norme fino al 31 luglio 2021. È un periodo talmente breve che non riesce a dare certezza al settore e dovrebbe essere aumentato ad almeno un triennio.

Discutibile è anche il ricorso al criterio di rotazione, il quale più che prevenire fenomeni di corruzione spesso penalizza il merito.

Va accolta invece con favore e valorizzata la disciplina introdotta dagli articoli 5 (*Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica*) e 6 (*Collegio consultivo tecnico*) del D.L. n. 76/2020.

Con questi articoli viene introdotto un meccanismo potenzialmente efficace e funzionale per impedire la sospensione dei lavori mediante l'impiego del Collegio consultivo tecnico, secondo le migliori esperienze internazionali dei "*Dispute board*", come era stato di recente invocato anche in dottrina (si veda ad esempio il progetto di ricerca della LUISS "*DAiC - Dispute Avoidance in Construction*", presentato il 5 maggio 2018 e rivolto appunto ad illustrare i potenziali benefici dei meccanismi contrattuali per la prevenzione delle controversie nei contratti di appalto).

Si riprende, con notevole ampliamento e miglioramento, rendendola opportunamente obbligatoria, la travagliata disciplina che era stata inizialmente introdotta dal D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nell'art. 207, co.1, poi frettolosamente abrogato con il decreto correttivo di cui al D.lgs. n. 56 del 2017, adottato in seguito al parere negativo del Consiglio di Stato (Parere n. 855/2016) ed infine nuovamente riproposto dall'art. 1 comma 11 della Legge 14 giugno 2019, n. 55 (di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n.

32, cd “sblocca cantieri”) che aveva timidamente reintrodotta, sia pure solo come temporanea e facoltativa sperimentazione, il collegio consultivo tecnico, espressamente “*al fine di prevenire controversie relative alla esecuzione del contratto*”.

Per rafforzare ulteriormente questo meccanismo (la cui introduzione merita sicuro apprezzamento ma è ovviamente anche suscettibile di approfondimento, come potrà essere meglio chiarito negli sviluppi operativi che seguiranno dalle esperienze concrete) si propone di valutare i seguenti profili (proposti in dottrina anche dal prof. Roberto Carleo).

1. La misura dovrebbe essere prevista a regime definitivo e non soltanto (come già era nei precedenti interventi normativi sopra richiamati) in via transitoria.

2. La obbligatorietà che è stata opportunamente introdotta (per ora limitata solo oltre la soglia di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50) dovrebbe essere estesa anche sotto soglia.

3. Le funzioni del collegio consultivo tecnico dovrebbero essere meglio implementate anche in relazione alla fase che precede l'inizio della esecuzione del contratto (come già opportunamente previsto nel comma 5 dell'art. 6). Per investire il collegio degli opportuni poteri nella fase che precede l'esecuzione dei lavori (già prevista nel comma 5 dell'art. 6) si potrebbero inserire nello stesso comma altre previsioni (che erano state già proposte e considerate nella gestazione del provvedimento, dal quale tuttavia alla fine sono state espunte), specificando meglio che il collegio sia demandato a scegliere o almeno a proporre le soluzioni tecniche più vantaggiose, in tempi rapidi e con esenzione da responsabilità erariale dei funzionari che osservino quanto deliberato dal collegio medesimo.

4. Merita di essere evidenziata e ampliata l'importante funzione di “prevenzione” e non solo di “risoluzione” delle controversie. È proprio il combinato disposto degli articoli 5 e 6 del D.L. n. 76/2020 ad introdurre la novità potenzialmente più interessante, perché il collegio consultivo tecnico interviene (non solo per risolvere le controversie) ma anche proprio per evitare la sospensione (o il ritardo) dell'esecuzione dei lavori e stabilire come proseguirli senza interromperli (cfr. art. 5 comma 3 del D.L. in esame). Per questa ragione – pur dovendosi attendere le esperienze concrete per valutare come si potrà meglio definire e mettere a punto il meccanismo di “prevenzione” delle controversie tramite il collegio consultivo tecnico al fine di evitare il blocco dei cantieri – si suggerisce intanto di riprendere l'espresso riferimento alla “finalità preventiva del contenzioso”, come prevista dall'art. 5 (e non solo “risolutiva”, come previsto nell'art. 6).

5. Il comma 6 dell'art. 5 introduce a livello normativo un principio molto importante secondo cui il giudice deve valutare il prevalente interesse alla realizzazione dell'opera pubblica, che non deve essere impedito dall'interesse economico dell'appaltatore o dalla sua crisi. Invero la dottrina in tema di *dispute avoidance* avrebbe auspicato qualcosa in più, fino anche ad impedire la tutela cautelare per la durata dell'appalto; ma si tratta comunque di una affermazione normativa importante, almeno in linea di principio, che potrà essere foriera di ulteriori sviluppi. Anche soprassedendo, allo stato, da un immediato intervento sul testo normativo, è auspicabile in futuro l'obiettivo di realizzare la massima "impermeabilità" dell'appalto rispetto alle vicende delle parti, anche imponendo qualche ulteriore limitazione ai diritti delle stesse, che devono cedere innanzi al preminente interesse pubblico al completamento dell'appalto.

6. Infine va segnalato anche il collegamento operato tra l'art. 5 e l'art. 7 sul fondo salva opere, nel senso che da un lato si dice che non si può sospendere per motivi economici e dall'altro si prevede un fondo che dovrebbe garantire un tempestivo pagamento degli esecutori. Forse al riguardo, tra i presupposti richiesti nel comma 5 dell'art. 7 per la assegnazione delle risorse si potrebbe inserire anche il parere (o almeno l'assenso o la previa verifica) del Collegio Tecnico Consultivo di cui all'art. 6.

7. Da ultimo, un ulteriore suggerimento al fine di evitare di depotenziare l'istituto con limiti inderogabili che potrebbero pregiudicarne il più efficace funzionamento. Ci si riferisce al divieto di nomina di consulenti tecnici previsto nell'art. 6 comma 7 ove si stabilisce drasticamente che "*Non è ammessa la nomina di consulenti tecnici d'ufficio*". Ben si comprende la finalità di contenimento dei costi in ragione della competenza tecnica di cui già devono essere dotati i membri del Collegio. Tuttavia – se ciò può essere atteso nella normale generalità dei casi – non può precludersi il caso eccezionale in cui occorra un supplemento tecnico istruttorio demandato ad esperti esterni di cui il Collegio, previa adeguata giustificazione, deve poter disporre. Inoltre, se la *ratio* del divieto consiste nel contenimento dei costi, si potrebbe studiare una modalità per calmarli, di regola, entro limiti predeterminati, o anche di escludere di imputarli come spese ulteriori, bensì di ricomprenderne l'importo nei limiti del compenso fissato per il Collegio medesimo, secondo i criteri indicati nello stesso comma 7.

Alla luce di quanto detto, si propongono le seguenti modifiche al testo del D.L. n. 76/2020.

Proposte di emendamento:

- a) All'art. 6, comma 1, eliminare l'inciso "***Fino al 31 luglio 2021***".
- b) All'art. 6, comma 1, eliminare l'inciso: "***per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50***".
- c) Alla fine dell'art. 6, comma 5, inserire il seguente ulteriore periodo: "***In tali casi il collegio tecnico fornisce alla stazione appaltante ogni forma di assistenza tecnica e giuridica necessaria, proponendo anche soluzioni tecniche più vantaggiose, nella fase di programmazione e progettazione e in quella di affidamento dei contratti pubblici. L'assistenza è fornita, tra l'altro, mediante l'espressione di pareri resi nel termine massimo di dieci giorni. L'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del funzionario per danno erariale, salvo il dolo.***"
- d) All'art. 6, comma 1, aggiungere le parole "***la prevenzione e***", dopo la preposizione "***per***" e prima delle parole "***la rapida risoluzione***".
- e) All'art. 7, comma 5, aggiungere le parole "***del collegio consultivo tecnico***" dopo le parole "***da parte***" e prima di quelle "***delle amministrazioni finanziatrici***".
- f) All'art. 7, comma 6, aggiungere dopo la frase "***Non è ammessa la nomina di consulenti tecnici d'ufficio***" la seguente ulteriore frase: "***laddove essa comporti un eccesso dai limiti del compenso per il collegio consultivo tecnico come sopra determinato, salvo casi eccezionali e previa adeguata motivazione del Collegio.***"

Vi ringrazio per l'attenzione

Teramo, 2 agosto 2020

Prof. Avv. Salvatore Cimini

