

La legge obiettivo nel quadro della legislazione sui lavori pubblici

Franco Pellizzer

Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Ferrara

I “LEGGE OBIETTIVO” E CARATTERI DELLE NORMATIVE SULLE INFRASTRUTTURE. GLI ELEMENTI COMUNI: IL REPERIMENTO DELLE RISORSE, L’ORGANIZZAZIONE, LE PROCEDURE E GLI STRUMENTI ATTUATIVI

La legge obiettivo è stata inserita nel contesto dell’impianto normativo in materia di lavori pubblici seguendo una logica in parte consueta, in parte innovativa. Infatti, se da un lato questa legge è espressione dell’esigenza, da sempre avvertita, di introdurre meccanismi procedurali e finanziari in grado di rilanciare l’economia attraverso lo sviluppo infrastrutturale, dall’altro sembra aver optato – quanto meno nella impostazione della legge delega 443/2001 – per una soluzione “forte” e caratterizzata da una tendenziale autonomia rispetto al sistema di realizzazione dei lavori pubblici.

Per contribuire ad una disamina degli elementi portanti del sistema delineato dal legislatore nel 2001, appare opportuno cercare di collocare la legge obiettivo non tanto e solo nel contesto della legislazione sulle opere pubbliche (e sul sistema amministrativo italiano), ma anche nell’ambito degli interventi normativi con cui il potere pubblico ha nel tempo cercato di sostenere l’economia.

In questa ottica, può essere utile iniziare da uno sguardo retrospettivo alla legislazione italiana sui lavori pubblici, di cui appare evidente che le principali problematiche da affrontare ogni qualvolta si tenda a favorire la rapida realizzazione di interventi infrastrutturali sono rappresentate da:

- a) il reperimento delle risorse;
- b) l’organizzazione (ora anche i livelli di governo);
- c) le procedure e gli strumenti attuativi.

In ogni tempo sono state queste le *invarianti problematiche*; anche se è del tutto naturale che in alcune fasi storiche (ad esempio nello Stato post unitario e fino agli anni ’20 del XX secolo) il punto focale fosse rappresentato dal reperimento delle risorse piuttosto che da questioni procedurali; ciò sia per il diverso assetto dello Stato rispetto a quello autonomistico attuale, quale è venuto configurandosi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, sia per una semplicità disciplinare ormai perduta (anche

per i noti riflessi interni del diritto dell'Unione Europea) e che appare difficile da raggiungere nonostante la tanto spesso evocata "semplificazione".

Vediamo allora quali sono e come sono rappresentati nel quadro della legge obiettivo alcuni dei problemi comuni alle discipline delle infrastrutture.

a) Risorse

Nel caso della Legge obiettivo, come nel caso delle leggi speciali o settoriali (ad esempio porti, bonifiche, strade ferrate) di fine '800 e degli inizi del '900 o delle poche leggi generali (per tutte la legge 1137/1929 che istituzionalizzò il ricorso alla concessione di lavori pubblici con o senza gestione), si tratta in primo luogo di affrontare il problema finanziario ed ovviamente si ritiene di poterlo fare con il concorso di capitale privato, sia esso coinvolto o meno nella gestione dell'opera (anche se la stessa opera non presenti i caratteri classici della gestibilità, ovvero anche se non sia diretta ad una "utenza terza" rispetto all'amministrazione), sia esso in conto capitale oppure operi in chiave di prefinanziamento.

La legge obiettivo configura quindi la rappresentazione più evoluta di un sistema che venne normato per la prima volta in modo organico nella seconda metà dell'800 (strade ferrate), che ha trovato perfezionamento generale con la legge 1137/1929 ed è, poi, stato utilizzato in termini "impropri" nella fase di sviluppo del sistema delle partecipazioni statali. Nel secondo dopoguerra divenne infatti normale utilizzare sistemi come la concessione di opera pubblica; non tanto per coinvolgere capitale privato ma per procedere ad affidamenti diretti all'industria di Stato (il che dimostra una evidente difficoltà di reperire risorse private).

Tali anomalie, in uno con l'avvento progressivo dell'ordinamento comunitario e con gli eventi che hanno caratterizzato il settore dei lavori pubblici agli inizi degli anni '90, hanno comportato una profonda rivisitazione dell'intero sistema disciplinare (si pensi alla legge 109/1994) che, sia pure irrigidendo gli schemi procedurali e gli strumenti attuativi, ha

in linea teorica configurato modelli giuridici (concessione di costruzione e gestione e promotore) atti a coinvolgere risorse private.

Pur trattandosi di un tema proprio degli economisti, è forse opportuno limitarsi ora ad una breve considerazione a margine, specie di fronte a numerose analisi, in cui vengono rappresentati i dati sul ricorso alla concessione e alla finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche. Fermo restando che tali dati fanno riferimento ad ogni tipo di opere (anche di rilevanza minore) e che allo stato attuale solo in alcuni casi la realizzazione di opere pubbliche complesse ha registrato l'intervento finanziario di soggetti privati (negli ultimi anni sono stati affidati a promotori o a concessionari di strutture ospedaliere, sedi di istituzioni pubbliche, sistemi di trasporto, parcheggi), va osservato che l'interazione pubblico/privato sembra essere in effetti più una conseguenza delle difficoltà finanziarie degli enti locali, anziché un'opzione preferenziale nella realizzazione di opere pubbliche.

La complessità normativa e procedimentale (a parte la disciplina e i tempi per il perfezionamento di una proposta di *project finance*, si pensi alla nota vicenda delle di-

smissioni del patrimonio degli enti pubblici) ed ancor prima la assoluta incertezza degli strumenti di programmazione e pianificazione degli enti pubblici continuano a rappresentare ostacoli seri ed oggettivi per attrarre capitali privati. Come vedremo, si tratta di difficoltà ben presenti al legislatore al momento del varo della legge obiettivo.

b) Organizzazione

È questa, certamente, una delle ragioni del ricorso a modelli di avvalimento dell'attività di soggetti esterni alle strutture pubbliche (concessionari, promotori) sia in epoca attuale sia in passato.

L'unica differenza, nell'operare ricorso a strumenti comportanti "sostituzioni del privato al pubblico", risiede forse nella forma delle previsioni normative: dapprima alquanto semplici e scarse, tanto da consentire anche forme di abuso o di utilizzo sviato, poi assai articolate, complesse, di fatto disincentivanti (anche se per altre ragioni si tratta di modelli organizzativi ormai obbligati).

Per quanto ora rileva, il problema organizzativo consiste quindi – come sempre, peraltro – nel definire con chiarezza "cosa fa il pubblico, cosa fa il privato", ovvero in termini tecnici significa delimitare i compiti e le attività finalizzate alla realizzazione di una infrastruttura (programmazione, progettazione, espropriazioni, attività e controlli connessi alla fase esecutiva) che devono restare nella sfera pubblicistica. Il che può essere inteso anche come delineazione della soglia oltre la quale non può ammettersi una "sostituzione" del pubblico con il privato, allorquando si sia riscontrata "a monte" l'inadeguatezza delle strutture pubbliche ad affrontare efficacemente la complessità delle attività.

Nel periodo ricompreso tra la fine dell'800 e il secondo dopoguerra tale aspetto poteva risultare in un certo senso recessivo rispetto alla esigenza di coinvolgere soggetti esterni per esigenze finanziarie o gestionali; e ciò anche perché nello Stato centralista, data l'esistenza di una forte struttura tecnica ministeriale, nessuno dubitava né della pertinenza allo Stato di tali compiti, né della capacità di assolverli.

Attualmente, la questione organizzativa si pone in termini diversi non fosse altro perché l'apparato pubblico (non solo centrale) è più articolato, meno specialistico e strutturato anche per la diversa concezione del potere pubblico e delle sue funzioni meramente regolatorie e di programmazione (in questa direzione è certamente influente l'impatto dell'ordinamento comunitario specie nei suoi riflessi concorrenziali).

Anche a fronte dell'accettazione, più o meno obbligata, dell'ampliamento delle attività affidabili a soggetti privati, si registra quella maggiore complessità disciplinare che la legge obiettivo tenderebbe a superare; ma parte di tale complessità è certamente superabile, altra parte lo è difficilmente in quanto derivante dall'esercizio di funzioni legislative ed amministrative non più statali.

c) Le procedure e gli strumenti attuativi

La razionalizzazione, l'accelerazione, la semplificazione delle procedure rappresenta una costante della legislazione in materia dei lavori pubblici, quanto meno per il periodo successivo al secondo dopoguerra.

Come per altri aspetti problematici, la percezione delle difficoltà, le questioni da affrontare, le soluzioni prospettabili sono diverse in relazione al contesto storico, ma in realtà sono rappresentative dell'intento di accelerare la realizzazione degli interventi principalmente per ragioni di competitività (ruolo dei capitali privati) del mercato dei lavori pubblici.

In questa ottica, e sempre con riferimento alle procedure finalizzate al coinvolgimento di soggetti privati per lo svolgimento di compiti ulteriori rispetto alla mera realizzazione dell'opera (ulteriori, quindi, rispetto ai tradizionali appalti) appare significativo il raffronto delle fasi storiche.

In un primo tempo (fino alla metà del secolo scorso) si procedette o con leggi settoriali o applicando la disciplina alquanto semplice della legge 1137/1929: nell'assunto che, comunque, l'affidamento a concessionari privati concretizzasse un fenomeno meramente organizzativo e come tale distinto dai tradizionali contratti di appalto.

In seguito, ed in particolare nel secondo dopoguerra, si optò per l'adozione di leggi provvedimento tramite le quali venivano non solo disciplinate opere determinate (ad esempio, autostrade o edilizia pubblica) ma anche individuati, in modo più o meno diretto, gli affidatari privati (per lo più appartenenti al sistema delle Partecipazioni statali).

Ma nell'operare tale raffronto va considerato che in epoca passata non si aveva contezza del riflesso, sulle procedure, delle complesse problematiche derivanti dalla acquisizione e valutazione dei cd. "interessi differenziati" coinvolti (non solo opere pubbliche, ma anche ambiente e urbanistica) come invece avviene oggi.

Prima era principalmente un profilo di "buona amministrazione"; oggi invece la questione è alquanto più complessa.

Infatti, come vedremo trasparire anche dai principi e criteri direttivi della legge obiettivo, allo stato attuale le esigenze di semplificazione e accelerazione si rapportano alla disciplina concorrenziale (direttive comunitarie e loro recepimento), alle singole normative settoriali (ambiente, urbanistica e governo del territorio in senso ampio), nonché alle normative procedurali, statali e regionali (si pensi, ad esempio, alla disciplina della conferenza di servizi).

In questo contesto, non può quindi essere né ammissibile né sufficiente una legge simile a quella del 1929, così come il ricorso a leggi provvedimento. La difficoltà risiede appunto nel semplificare un sistema a "vasi comunicanti" (programmazione – progettazione – VIA – urbanistica/localizzazione – funzioni e attività dei privati) in cui la non perfetta soluzione dei problemi di un segmento rischia di neutralizzare qualsiasi tentativo di accelerazione procedimentale (a ciò si aggiunga, in relazione al nuovo assetto istituzionale, la circostanza che spesso i momenti di unificazione procedimentale non sono sufficienti in quanto esistono fasi non allineate a livello locale).

Analogamente, a livello degli strumenti attuativi si riscontra sia una sorta di affinamento di istituti classici (per tutti la concessione di lavori pubblici comprensiva di costruzione e gestione) con superamento della classica concessione di sola costruzione per ragioni derivanti principalmente dalla reazione dell'ordinamento comunitario al suo anomalo utilizzo, elusivo della normativa concorrenziale, sia la conferma della

figura del “promotore” introdotta a metà degli anni ’90, sia, infine, la introduzione dell’affidamento a contraente generale desunto dalla previsione della cd. “esecuzione con qualsiasi mezzo” prevista da tempo dalla normativa comunitaria.

È questo pertanto il contesto in cui si è inserita la legge obiettivo e successivamente il D.Lgs. 190, che, ad oltre due anni di operatività, devono essere lette considerando sia gli obiettivi enunciati nella legge di delega, sia la disciplina operativa, sia l’interpretazione datane della Corte Costituzionale.

2. I PRINCIPI E I CRITERI DIRETTIVI DELLA LEGGE OBIETTIVO

Si cercherà di seguito di analizzare gli elementi principali dell’impianto normativo tracciato dalla legge obiettivo, con qualche riflessione sulle difficoltà del contesto in cui è stata calata.

In primo luogo, non va percepito in termini minimali il quadro normativo nazionale (cd. legge Merloni e leggi di settore) e comunitario, con il primo certamente non improntato a criteri di semplificazione procedimentale.

In secondo luogo, e per la medesima impostazione, non si rinviene un supporto nelle discipline statali e regionali di cd. “semplificazione amministrativa”.

In terzo, ma non ultimo luogo, il riassetto dei livelli di governo, avviato con le leggi di riforma amministrativa nel 1997 e consolidatosi con la riforma del titolo V della Costituzione, ha reso ancora più incerta la base disciplinare su cui incidere rendendo quanto meno necessaria una fase di assestamento degli stessi istituti e dei meccanismi di raccordo istituzionale in grado di agevolare qualsiasi intervento di semplificazione (si pensi al sistema delle “intese” richiamato anche dalla Corte Costituzionale proprio con riferimento alla legge obiettivo).

Su queste premesse, la ricerca di dare un riscontro positivo alle “invarianti problematiche” prima evidenziate è assolutamente evidente già dalla lettura dell’art. 1 della legge 443/2001, poi confermato in modo più analitico (e forse di maggiore problematicità) dal D.Lgs. 190/2002.

Dopo aver delimitato l’ambito di operatività ad una categoria particolare di opera – e precisamente le infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale – da assoggettare alla nuova disciplina a seguito di specifica individuazione di intesa con le Regioni, da formalizzare nel DPEF (e comunque con intervento del CIPE), la legge obiettivo chiarisce innanzi tutto la *ratio* ovvero le qualità e gli strumenti di un simile intento normativo, non a caso identificatosi in alcuni precisi elementi:

- riforma delle procedure (in part. VIA, dichiarazione di pubblica utilità, tempi per approvazione dei progetti, conferenza servizi);
- “deroga” a alcune norme della legge 109/94, pur nel rispetto della disciplina comunitaria;
- ricorso alla finanza di progetto;

- raccordo tra i livelli di governo individuando tale momento organizzativo nel “CI-PE integrato”;
- creazione di nuovi strumenti operativi, oltre ad appalti e concessioni, quale in particolare l’affidamento a contraente generale caratterizzato principalmente per il finanziamento anticipato (parziale o totale) da parte del privato e dalla libertà delle forme nella realizzazione dell’opera; nell’assunto che comunque si tratti di “obbligazione di risultato”;
- regime “semplificato” relativamente ai rapporti tra contraente generale e soggetti terzi (fatta eccezione per rapporti assoggettati a disciplina comunitaria);
- previsione di un sistema di “deroghe” alla normativa dei lavori pubblici (legge n. 109/94), compensato comunque dal rispetto della normativa comunitaria e da adeguate forme di controllo;
- maggiore elasticità del rapporto di concessione (corresponsione di un prezzo oltre al diritto di sfruttamento economico, durata ultratrentennale, rapporti con i terzi assoggettati solo alla disciplina comunitaria).

Non par dubbio che il legislatore avesse ben chiari i problemi, i limiti, le carenze del sistema a regime, così come gli strumenti da utilizzare per superare le croniche difficoltà operative.

Come vedremo, il disegno forse non è riuscito a tutto tondo (ma forse era pretendere troppo) per ragioni in parte comprensibili (*in primis*, riassetto dei livelli di governo), in parte di più difficile percezione come emerge dalle disarmonie esistenti tra le previsioni della legge 443 e la normativa delegata.

3. LEGGE OBIETTIVO E D.LGS. 190/2002: GLI ELEMENTI PORTANTI DEL QUADRO NORMATIVO E LE PRINCIPALI PROBLEMATICHE ATTUATIVE

Il quadro storico appena delineato dovrebbe agevolare la percezione delle “invarianti problematiche” proprie di ogni intervento normativo (sia esso di carattere speciale o generale) finalizzato a dare impulso alla realizzazione di infrastrutture; così come dovrebbe consentire di valutare, in termini organici, il grado di rispondenza del D.Lgs. 190/2002 ai principi e criteri direttivi della legge obiettivo.

A questo riguardo, e considerato che il tema delle risorse private e pubbliche verrà trattato approfonditamente in altra relazione, possono essere affrontate le principali questioni di rilievo amministrativo, ovvero che incidono sull’assetto organizzativo e funzionale dei soggetti pubblici (*rectius*: soggetti attuatori) titolari delle competenze delineate dal quadro disciplinare originato dalla legge 443/2001.

3.1 – Il *profilo istituzionale – organizzativo* presenta alcune peculiarità, il cui comune denominatore è senza dubbio quello della tendenza all’accelerazione dei momenti decisionali propedeutici alla concreta realizzazione degli interventi.

Tale finalità risulta, infatti, perseguita non solo innovando alcuni segmenti procedurali propri del sistema dei lavori pubblici (si pensi alle modalità di approvazione dei progetti, all'istituto della conferenza di servizi, ma anche alla stessa VIA), ma anche introducendo correttivi "elastici", "flessibili", ovvero "dinamici" alla stessa articolazione delle competenze statali e regionali (come sottolineato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 303/2003, con riferimento al meccanismo dell'"intesa" quale strumento idoneo ad esprimere "una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e dell'adeguatezza" che appare essenziale laddove emergano esigenze di esercizio unitario di funzioni statali e regionali).

Più precisamente, rispetto ai principi della legge 443/2001 (che nella originaria versione non novellata dalla legge 166/2002, prospettavano la compensazione dell'attrazione statale delle funzioni regionali con l'allargamento del CIPE alle stesse Regioni interessate e nel ruolo della Conferenza Stato – Regioni – Autonomie nella fase della definizione del Programma delle opere strategiche), il completamento del quadro normativo operato con il D.Lgs. 190 sembra aver condotto da un lato ad una maggiore attenzione per il ruolo regionale (il che è costituzionalmente corretto, anzi doveroso), dall'altro alla evidenziazione di più che probabili antinomie di sistema il cui maggiore o minore impatto appare strettamente legato al tipo di "leale cooperazione" che Stato e Regioni saranno in grado di esprimere nei momenti concertativi (*in primis* nelle "intese").

Tenendo conto dei riflessi della pronuncia della Corte Costituzionale, i principali profili di attenzione a livello di assetto delle competenze possono essere sintetizzati nei seguenti termini.

3.1.a) In primo luogo va individuato, nella formazione del *programma di infrastrutture strategiche* (predisposto dal Ministero delle Infrastrutture, d'intesa con i Ministri competenti e le Regioni interessate, previo pare del CIPE e previa intesa della conferenza unificata), il momento centrale ed essenziale dell'intero processo, in quanto espressivo delle scelte di politica infrastrutturale e, quindi, di individuazione delle opere che possono avvalersi del regime speciale delineato dalla legge obiettivo.

Per vero, tale momento appare quello di maggiore rilievo e condizionante ogni fase successiva, anche perché necessariamente espressivo della "intesa" Stato-Regioni e, pertanto, espressivo di un reale bilanciamento tra l'avvenuta "attrazione alla competenza statale di funzioni amministrative da regolare con legge" e le competenze regionali concorrenti in materia. È infatti nell'intesa che – come sottolineato dalla Corte Costituzionale – si rinviene quel "procedimento attraverso il quale l'istanza unitaria viene saggiata nella sua reale consistenza e quindi commisurata all'esigenza di coinvolgere i soggetti titolari delle attribuzioni attratte, salvaguardandone l'attribuzione costituzionale", e nel quale, quindi, gli evocati principi di sussidiarietà ed adeguatezza – che hanno in teoria giustificato l'esercizio della funzione legislativa statale – possano essere riscontrati in concreto.

In questa prospettiva, l'intesa prevista dall'art. 1 della legge obiettivo risulta poi rafforzata dalla previsione del D.lgs. 190/2002 a norma della quale, eccezion fatta

per le “infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale” (ovvero quelle di rilievo internazionale o interregionale), “le opere per le quali l’interesse regionale è concorrente con il preminente interesse nazionale” sono individuate con “intese generali quadro” tra Governo e singole Regioni.

Rinviano ai cenni che si faranno anche sulla portata della pronuncia della Corte Costituzionale, sembra appena il caso di segnalare la estrema delicatezza della fase (necessariamente concertativa) di definizione del “Programma” e dei contenuti delle *intese generali quadro*. In primo luogo, si tratta di assicurare corretta rispondenza all’assetto delle competenze statali e regionali (anche in relazione al fatto che i “lavori pubblici” pur non essendo stati inclusi tra le materie di specifica titolarità statale o regionale, rappresentano, sempre secondo la Corte, “ambiti di legislazione [...] che si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti”). In secondo luogo, è nel momento dell’intesa che dovrebbe essere apprezzato in modo logico e ragionevole l’ineranza di un’infrastruttura ai diversi livelli di interesse pubblico (e sinceramente per molte opere infrastrutturali appare quanto meno delicato delimitarne la valenza seguendo una logica meramente localizzativa).

Non solo. La rilevanza di tale momento concertativo risulta confermata non solo dalle conseguenze procedurali delineate dallo stesso D.Lgs. 190 (art. 3 e 5), ma anche e soprattutto perché nelle intese dovrebbero essere precisate le modalità con cui le stesse Regioni partecipano direttamente alle attività di progettazione, affidamento lavori e monitoraggio delle diverse infrastrutture. Anche a questo proposito riaffiorano, a mio avviso, alcune delle difficoltà emerse durante la fase di stesura del decreto 190 per comporre istanze statali (unitarie) e istanze regionali (peraltro rappresentate nei ricorsi da cui è derivata la sentenza 203/2003); difficoltà che hanno poi condotto alla presenza, nel testo del decreto legislativo n. 190/2002, di previsioni certamente non del tutto armoniche; quali quelle che, se per un verso assegnano alle Regioni funzioni di valutazione ed approvazione dei progetti nell’ambito del CIPE allargato, per altro verso riconoscono alle stesse Regioni non solo il ruolo di soggetti aggiudicatori ma anche compiti “diretti” nelle varie fasi progettuali ed attuative (sul punto potrebbe essere di estremo interesse verificare i contenuti delle singole intese).

3.1.b) In secondo luogo emerge la previsione di un ulteriore momento di “racordo operativo” – così definito in quanto successivo alla fase delle scelte programmatiche e di definizione del livello di interesse dell’opera – facente capo al *CIPE allargato* con la presenza delle Regioni interessate ed al quale è affidato il compito di approvare i progetti preliminari e definitivi. Si tratta di previsione alquanto significativa anche nell’ottica del corretto bilanciamento delle istanze e delle competenze dei diversi livelli di governo dal momento che, sempre seguendo la posizione della Corte, del CIPE allargato le Regioni risultano a pieno titolo componenti “e partecipano direttamente alla formazione della sua volontà deliberativa [...]” che, come detto, avrà ad oggetto non solo i progetti (e la loro valutazione ambientale), ma anche a localizzazione delle opere ai fini urbanistici.

Anche in questo caso, tuttavia, sono rilevabili aspetti di una certa delicatezza, o meglio di possibile difficoltà operativa, con ogni probabilità derivanti dalla difficile compatibilizzazione tra principi della legge delega, disciplina delegata e rispetto delle attribuzioni costituzionali.

Se infatti il CIPE allargato appare lo strumento in grado di riflettere, anche a livello più specifico (di singoli progetti), quella stessa concertazione istituzionale in grado di “giustificare” l’attrazione alla sfera statale – per sussidiarietà ed adeguatezza – di competenze legislative in materie concorrenti, e se tale ricostruzione risulta viepiù avvalorata dal particolare meccanismo di possibile “superamento del dissenso regionale” (che nel caso appunto di opere con interesse regionale concorrente risulta configurato in termini tali da consentire alle Regioni di “bloccare” l’approvazione del progetto in attesa di una nuova valutazione in sede di aggiornamento del programma delle opere strategiche), permangono, accanto ad alcuni aspetti positivi, incertezze e difficoltà di raccordo su alcune previsioni delle relative norme del D.Lgs. 190. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo a:

- la indubbia valorizzazione del *ruolo del Ministero delle Infrastrutture* quale struttura operativa di raccordo istruttorio e propulsivo, che evoca un modello di centralismo strutturale progressivamente superato ma la cui positività sotto il profilo dell’efficienza e dell’efficacia dell’azione amministrativa (anche per l’alta professionalità di organismi come il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici) non può essere negato. Tale valorizzazione appare in linea con la impostazione iniziale (di centralismo unitario) della legge obiettivo; tuttavia, presenta oggi il rischio o di restare “lettera morta”, in considerazione della rilevata esigenza di continua concertazione e raccordo funzionale con il livello regionale, ovvero di essere vanificata qualora in sede di singole intese Stato – Regioni vengano ricercati moduli di raccordo organizzativo anche nelle fasi istruttorie (il rischio è la “decelerazione progressiva”);
- la mancata previsione di chiari meccanismi di *controllo*, non apparendo sufficienti, per tale garanzia, né i riferimenti alle attività di vigilanza o alta sorveglianza, né l’istituzione di Commissari straordinari;
- la non chiara valenza dell’*approvazione del progetto preliminare*, specie in relazione all’intreccio tra valutazione del progetto in sé e valutazioni riguardanti, invece, i profili ambientali e quelli urbanistici, nonché in ragione delle possibili diverse normative (statali e regionali di riferimento) e alla fase istruttoria svolta dal Ministero entro termini e con schemi procedurali alquanto semplificati;

la assoluta *disattenzione per il ruolo istituzionale delle amministrazioni comunali*, cui sembrerebbero affidati compiti meramente propositivi (quasi alla stregua dei proponenti privati) o attuativi (nel senso di soggetti attuatori cui spettano le funzioni di affidamento dei lavori).

3.2 – Il *profilo procedimentale* risulta quello cui il legislatore ha attribuito maggiore importanza in sede di precisazione dell’ambito della delega, nella consapevolezza dei suoi riflessi sulla efficacia del proposto rilancio delle infrastrutture e della oggettiva difficoltà di procedere in tempi brevi alla armonizzazione di normative per lo più non

correlate e disomogenee, e all'assai improbabile superamento delle duplicazioni normative presenti tra i diversi livelli di governo.

In altri termini, il dato normativo di fondo sui cui è stato calato l'impianto della legge obiettivo è caratterizzato da elevata farraginosità disciplinare di livello sia "orizzontale", data la presenza di diverse leggi statali di settore (come, ad esempio, la legge 211/1992 in materia di trasporto rapido di massa) che "verticale" (basti pensare alle diverse procedure regionali di valutazione di impatto ambientale).

Questo dato dovrebbe rendere più comprensibile il tentativo di operare una riforma che, se compiuta, potrebbe essere definita "radicale", spiegando nel contempo le ragioni di alcune incompletezze della disciplina dettata dal D.Lgs. 190/2002 ed anche la tendenza a rivisitare ed integrare le stesse procedure in sede di definizione delle *intese generali quadro*.

Tenendo quindi conto del contesto *ante e post* legge obiettivo, possono essere segnalati alcuni elementi di interesse – ovviamente rapportati alle procedure di approvazione dei progetti – anche nella prospettiva di una possibile revisione della disciplina delle infrastrutture (e forse anche delle discipline regionali).

3.2.a) L'approvazione del *progetto preliminare* non prevede il ricorso alla conferenza di servizi, trovando invece all'art. 3 del D.Lgs. 190 la indicazione di una procedura caratterizzata da una sensibile accelerazione (tempo complessivo di 360 gg., ma spesso solo sulla carta) e dalla centralità del ruolo istruttorio assegnato al Ministero delle Infrastrutture. Si tratta tra l'altro di una procedura che si riflette, superandoli, anche su ambiti normati a livello regionale, come avviene per lo "studio di impatto ambientale" e sulla stessa procedura di localizzazione a fini urbanistici, senza tuttavia chiarire se il dissenso regionale rilevante – vale a dire quello che comporta l'avvio della particolare procedura prevista dall'art. 6 – attenga alla sola localizzazione dell'opera (come letteralmente interpretabile), alla VIA (art. 17) o anche al progetto nel suo complesso. Il che potrà inevitabilmente comportare – come è peraltro già avvenuto – situazioni di paralisi operativa, in particolare laddove il dissenso regionale consegua ad una valutazione positiva del CIPE "allargato" (con voto a maggioranza) istruita con parere favorevole dal Ministero.

3.2.b) Analogamente, ma con termini ulteriormente abbreviati (210 gg.), l'art. 4 disciplina la procedura per l'approvazione dei *progetti definitivi* da parte del CIPE allargato (anche in questo caso a maggioranza e con possibilità di dissenso rilevante), prevedendo il ricorso alla *conferenza di servizi* anche per assegnare all'atto di approvazione forza assorbente e sostitutiva di ogni altro atto necessario. A ben vedere, anche con riferimento a tale norma del decreto n. 190/2002, emerge una discrepanza di fondo tra la impostazione della legge obiettivo e la disciplina delegata, quanto meno con riferimento alla rinnovata possibilità regionale di "bloccare" la realizzazione dell'opera pure in sede di approvazione di un progetto definitivo e quindi al termine delle complesse attività progettuali di sviluppo del progetto preliminare già vagliato. Né, d'altro canto, potrebbe essere addotta, quale giustificazione, la possibilità di apportare

varianti al progetto preliminare dal momento che queste ultime non potrebbero – per espressa previsione dell’art. 4, comma 3 – modificare la localizzazione e le caratteristiche essenziali dell’opera.

3.2.c) In chiave “acceleratoria” appare la disciplina di superamento preventivo delle *interferenze* di cui all’art. 5 del decreto 190, sia in quanto presuppone, imponendola, una reale collaborazione tra soggetti aggiudicatori e soggetti gestori delle interferenze (programma risoluzione delle interferenze), sia in quanto prevede l’obbligo per questi ultimi responsabili di risarcire eventuali danni per impedimento nella esecuzione dei lavori.

3.3 – Relativamente agli *strumenti giuridici* di realizzazione delle infrastrutture, ogni considerazione deve essere svolta sotto due distinti ma connessi profili.

3.3.a) Il primo, di carattere generale, attiene alla posizione dell’impianto della legge obiettivo rispetto alla normativa generale a regime, sia statale (legge 109/1994, D.Lgs. 157/1995 e D.Lgs. 158/1995) che regionale (per la verità di non effettivo rilievo dal momento che, a parte le rivendicazioni di carattere istituzionale, non sembrano sussistere norme regionali in materia di lavori pubblici interferenti in modo significativo con la disciplina delle infrastrutture strategiche).

Quanto alla legislazione regionale, si può solo sottolineare la previsione, da parte dell’art. 1, commi 2, 3, 5 e 6 del D.Lgs. n. 190/2002, di una immediata applicabilità del Decreto alle attività “contrattuali ed organizzative” delle regioni, fino all’entrata in vigore di una diversa norma regionale, ma da emanarsi nelle materie di legislazione concorrente. Rimane quindi il quesito, che non sembra opportuno affrontare in questa sede, circa la possibilità, per le regioni, di prevedere con proprie leggi una diversa tipologia di strumenti contrattuali utilizzabili per la realizzazione delle infrastrutture o, quanto meno, di introdurre una disciplina parzialmente derogatoria rispetto al sistema della legge obiettivo.

Sotto il profilo dei rapporti con la normativa statale sui lavori pubblici, il Decreto legislativo n. 190/2002 appare fortemente improntato all’idea della applicazione residuale della legge quadro del 1994 (per tutto quanto non espressamente previsto dalla legge obiettivo, dallo stesso Decreto legislativo e dai regolamenti di attuazione). Le infrastrutture strategiche sono dunque “lavori pubblici”, sia pure assoggettati ad una disciplina derogatoria. Tale precisazione, sebbene in un certo senso scontata o prevedibile (a fronte della natura di opere pubbliche delle infrastrutture strategiche), evidenzia la rinuncia del legislatore del 2002 – tra l’altro, non imposta dalla legge obiettivo del 2001 – ad una disciplina realmente derogatoria del sistema a regime. Ciò può comportare non lievi problemi in sede di applicazione, stante la necessità di conciliare, in concreto, le esigenze realizzative tipiche delle infrastrutture con la nota rigidità della normativa del 1994.

Più in generale, mentre la legge obiettivo appare orientata alla valorizzazione del “mercato” e dell’elemento più strettamente “imprenditoriale” nella organizzazione dei fattori produttivi, salve le garanzie di imparzialità e trasparenza delle procedure, il

Decreto legislativo di attuazione sembra, da un lato, voler innovare la disciplina degli strumenti contrattuali, ovvero nella misura in cui prevede tipi contrattuali (apparentemente) “nuovi” per la realizzazione delle infrastrutture.

Dall’altro lato, scendendo al dettaglio della disciplina introdotta, non si può non notare, tuttavia, come lo stesso Decreto proceda a meri rinvii agli istituti della legge quadro, aggiornati soltanto in funzione dell’esigenza di restringere ulteriormente le prerogative dell’amministrazione. Ne è derivata, a ben vedere, una legislazione separata, ma ugualmente vincolistica, che non sembra soddisfare appieno le esigenze sottese ai criteri e principi direttivi della legge delega del 2001; in specie, a quella esigenza di “contenimento dei tempi e di flessibilità degli strumenti giuridici (chiaramente espressa all’art. 1, comma 2 lettera h).

Analoghe conclusioni valgono per le procedure di aggiudicazione, sostanzialmente recepite dalla vigente legislazione settoriale (lavori, servizi e forniture).

3.3.b) Le considerazioni anzidette conducono alla trattazione di un secondo profilo, di carattere più specifico, attiene ai singoli strumenti attuativi, rispetto ai quali possono essere svolte alcune brevi considerazioni (e relativamente ai quali si rinvia al dibattito che verrà svolto domani dai gruppi di lavoro).

3.3.b.1) *Sulla concessione*

L’art. 7 del Decreto legislativo n. 190 del 2002 non contiene sostanziali novità rispetto all’istituto disciplinato dagli articoli 2 e 19 della legge n. 109/94. L’apporto del capitale privato rimane quindi indifferente al fatto che si tratti di infrastrutture strategiche e non solo di lavori pubblici generalmente intesi;

3.3.b.2) *Sul promotore*

La novità dell’art. 8 del D.Lgs. n. 190 del 2002 consiste sostanzialmente nel coordinare le procedure previste dalla legge quadro con quelle previste dallo stesso Decreto. Per il resto, vengono integralmente salvaguardati i meccanismi concorrenziali come prescritti all’articolo 37^{quater} della legge quadro.

3.3.b.3) *Sul contraente generale*

Anche nel “nuovo” sistema dell’affidamento a contraente generale, il Decreto finisce per trasfondere lo stesso sistema vincolistico della legge quadro, rispetto al quale dichiara anzi espressamente di disporre “in deroga” all’art. 19 (a norma del quale i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto e di concessione di lavori pubblici), così implicitamente rafforzando il principio di tipicità o, meglio, del numero chiuso dei contratti utilizzabili per la realizzazione di lavori pubblici.

Sotto una diversa angolazione, si noterà inoltre come il D.Lgs. 190/2002 tipizzi le prestazioni del contraente generale e dell’amministrazione, ma in modo tale da porre in risalto le analogie, piuttosto delle differenze, con l’appaltatore. Si pensi alla disposizione che richiede la qualificazione nel settore dell’esecuzione di lavori pubblici

(e, nello stesso senso, alla bozza di regolamento sui requisiti del *general contractor*), la quale apre, di riflesso, un problema di organizzazione del controllo della prestazione nell'ambito delle amministrazioni aggiudicatrici.

La previsione di questa figura avrebbe potuto essere “nuova”, forse, se si fosse presa in considerazione non tanto l'idea di derogare all'art. 19, quanto di introdurre, per le infrastrutture, un rinvio alle decisioni di ciascuna amministrazione circa le prestazioni da dedurre in contratto, ovviamente ferma restando la tutela della trasparenza e della *par condicio* tra i contraenti. È infatti giunto il momento di interrogarsi se questi ultimi principi, certo per loro stessi non discutibili, necessitino ancora, per essere garantiti, di una tipizzazione dei contratti, considerato che, ad esempio, la giurisprudenza più recente in materia di appalti di servizi dimostra come essi possano essere immediatamente applicati dal giudice, proprio sul presupposto che la pubblica amministrazione goda della libertà di concludere (anche) contratti atipici (nel che si sostanzia l'autonomia di cui all'art. 1322 c.c.).

Semmai, allora, il Decreto legislativo n. 190 del 2002 avrebbe più opportunamente potuto chiarire quali sono le attività, obbiettivamente intese, che devono presiedere alla realizzazione delle infrastrutture strategiche (livelli di progettazione, requisiti, garanzie), lasciando alle singole amministrazioni lo studio del negozio giuridico più idoneo ed opportuno per attivare le risorse finanziarie disponibili.

4. ALCUNE IMPRESSIONI CONCLUSIVE

L'analisi sommaria svolta suscita alcune impressioni; solo impressioni in quanto lo stato nebuloso delle modalità attuative non depone per conclusioni certe.

In estrema sintesi, sembra che tra principi e criteri direttivi della legge obiettivo e la normativa introdotta dal Decreto 190 del 2002 sussista una parziale soluzione di continuità. Le ragioni sono molteplici e di ordine giuridico in senso stretto, istituzionali, politiche e di mercato; ma appare comunque chiaro che in almeno tre punti il disegno risulta incompleto.

In primo luogo, la mancata chiusura dell'impianto della legge obiettivo riguarda la fase della programmazione. Tale fase, invece di costituire il punto di partenza, rischia di rappresentare l'elemento più flessibile che, per ragioni di bilanciamento istituzionale, dovrà quasi sempre essere integrato dalle “intese generali quadro” riferite ad ogni regione con conseguente indefinitezza dello stesso livello degli interessi riferiti alle singole infrastrutture (nulla vieterà infatti che opere di certo preminente interesse statale, come le grandi reti di comunicazione, siano qualificate anche di interesse regionale concorrente).

In secondo luogo, la incompletezza attiene alla debolezza delle semplificazioni procedurali operate dalla normativa delegata che, laddove è intervenuta, lo ha comunque fatto in termini alquanto generici, sordinati, rispetto sia alla normativa statale sia a quella regionale. Anche in questo caso, alla base delle incertezze,

delle mancate puntualizzazioni, dei generici raccordi con le discipline regionali che contraddistingue il decreto 190 (non la legge obiettivo), sembra esservi la acquisita consapevolezza (emersa in modo chiaro in sede di lavori preparatori e nel dibattito apertosi in Conferenza Stato-Regioni-Autonomie) della difficile compatibilizzazione con il nuovo assetto delle competenze statali e regionali.

In terzo luogo, il quadro appare non terminato per l'incapacità di superare, di uscire dalla impostazione classica della normativa sui lavori pubblici (cui peraltro opera costante rinvio) ed in particolare dalla sua impostazione classica incentrata sulla tipizzazione degli strumenti giuridici (dei contratti), come noto correlata principalmente ad un sistema di controlli fondato ancora per buona parte su canoni formali discendenti da una concezione altrettanto rigida e formale del principio di legalità. Forse si tratta di occasione mancata – specie con riferimento all'affidamento a contraente generale – dal momento che anche una maggior flessibilità contrattuale avrebbe in ogni caso consentito di articolare un sistema di garanzie tutela della trasparenza, della *par condicio*, della libera concorrenza e del conseguimento dei risultati.

Sotto il profilo strettamente giuridico, sembrerebbe quindi che ad una chiarezza e puntualità iniziale abbia fatto seguito una fase di forte incertezza causata da molteplici ragioni riconducibili *in primis* al mutato assetto istituzionale. Di questo occorre tenere conto anche per apprezzare il tentativo di effettivo rilancio infrastrutturale (a parte quindi il “legame finanziario”) che tra l'altro ha consentito di evidenziare a tutto tondo i cronici problemi della normativa sui lavori pubblici.

Il richiamo operato dalla Corte Costituzionale ai principi di sussidiarietà ed adeguatezza quali canoni flessibili per garantire, attraverso meccanismi concertativi quali le “intese” Stato – Regioni, il migliore esercizio (unitario) delle competenze, appare al momento l'unica strada percorribile per completare il disegno della legge obiettivo. Spetta alla responsabilità dei livelli di governo garantire che l'impianto della legge obiettivo da elemento di semplificazione e rilancio delle infrastrutture non divenga strumento di “decelerazione”.