

## Spunti per una riflessione empirica sulla disciplina degli appalti pubblici

Maurizio Cafagno

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Basare le opzioni normative sull'osservazione dei fatti e dei risultati. – 3. Incorporare competenze e condividere il rischio. – 4. Dalle regole alle risposte comportamentali.

### 1. *Introduzione*<sup>1</sup>

L'associazione nazionale dei costruttori edili ha di recente pubblicato e diffuso in internet un dossier intitolato «Le mille e una norma – tutta la legislazione sui contratti pubblici dal 1994 ad oggi»<sup>2</sup>.

Vi leggiamo, tra le varie cose, che nell'ultimo quarto di secolo sono state scritte nella materia più di quarantacinquemila pagine di norme (per leggere le quali servirebbero centocinquantotto giorni filati, tralasciando i rimandi) con andamento in costante accelerazione, come testimonia il passaggio da una media di otto provvedimenti l'anno, sul finire dello scorso secolo, a quella di trenta provvedimenti l'anno, nel corrente decennio (un picco di trentanove, stando al dossier, è stato toccato lo scorso 2019).

Limitando l'attenzione all'ultimo tratto di questa sconcertante progressione, credo affiori nitido alla mente di tutti il ricordo dei problemi applicativi causati dalla mole, dal garbuglio e dall'instabilità della disciplina risultante dalla combinazione del d.lgs. n. 163/2006 e del d.P.R. n. 207/2010 (<sup>3</sup>).

<sup>1</sup> Il lavoro è frutto della parziale rielaborazione del saggio dal titolo *Tre spunti in tema di norme sui contratti pubblici*, in Scritti per Franco Gaetano Scoca, Aa.Vv., Napoli, 2020, 497 ss.

<sup>2</sup> Si consulti il sito di ANCE, all'indirizzo <http://www.ance.it>.

<sup>3</sup> Per un resoconto della situazione di allora, tra i molti, M. Clarich, *Introduzione*, in Aa.Vv., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, XXVII ss.; una riflessione critica ampia in A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 5, 1127 ss.

Si rammenterà che nell'arco di un decennio quel corpo di regole ha subito oltre seicento modifiche<sup>4</sup>.

Il d.lgs. 50/2016 ha tentato di correre ai ripari ideando un modello di disciplina alternativo, imperniato sulla simbiosi tra un più sobrio recepimento legislativo delle direttive europee del 2014 e una duttile opera di orientamento e di guida, affidata alle competenze di ANAC<sup>5</sup>.

Sfortunatamente anche questo nuovo schema ha suscitato a sua volta tali e tante incertezze ed esitazioni interpretative da condurre l'esperimento allo stallo, ancor prima di giungere a completamento.

Sull'onda dei malumori, il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (cd. sblocca-cantieri), a distanza di appena un triennio dall'approvazione del codice, ha quindi sfumato il prototipo della *soft regulation* e ha sancito il ritorno all'antica formula del regolamento unico, previo smantellamento di una buona parte degli atti applicativi di nuova concezione nel frattempo perfezionati<sup>6</sup>.

La volontà di riesumare lo schema del regolamento unico si è quindi tradotta nella costituzione di una Commissione ministeriale, i cui lavori sono confluiti in una bozza che, in una versione circolata nel luglio 2020, contava più di tre-

---

Per una visione generale della disciplina dei contratti pubblici, G. Pericu, M. Gola, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 283 ss.; G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in Aa.Vv. *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, 317 ss.; M. Immordino, *I contratti della pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto Amministrativo*, a cura di F. G. Scoca, Torino, 2017, 414 ss.; tra i lavori più recenti, con analisi di maggior dettaglio sul diritto positivo vigente, Aa.Vv., *I nuovi appalti pubblici*, a cura di M. Corradino, S. Sticchi Damiani, Milano, 2017; Aa.Vv., *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, a cura di G.A. Benacchio, M. Cozzio, Milano, 2012; Aa.Vv., *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. Sorace, Napoli, 2013; A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020; G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Diritto e società*, 2017, 2; 177 ss.; G. Fidone, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in Aa.Vv., *Commentario*, a cura di M. Clarich, cit., ed. 2019, 6 ss.; L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, 2016, in <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/toch/tochia.pdf>. Sugli elementi di complicazione della normativa indotti dalla vocazione accentratrice del legislatore statale, in materia contrattuale, F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in Aa.Vv., *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. Cafagno, F. Manganaro, Firenze, 2016, cit., 375 ss.

<sup>4</sup> V. A. Massari, *Prefazione*, in Aa.Vv., *Il nuovo dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2016, ss.; *Il Sole24ore* 26.2.2016, *Codice Appalti*, <https://argomenti.ilssole24ore.com/parolechiave/codice-appalti.html>.

<sup>5</sup> Basti un rimando a G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?* in *Dir. amm.*, 2016, 3, 2; con accenti critici, M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4; B. Boschetti, *La Governance*, in Aa.Vv., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, 2019, 137 ss.; S. Valaguzza, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, 1, all'indirizzo <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/>

<sup>6</sup> Tra i molti, M. Fazio, *La funzione orientatrice di Anac, tra vincoli ed istruzioni*, in Aa.Vv., *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, a cura di M. Cafagno, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio, Sesto San Giovanni, 2019, 449 ss.

cento articoli, che nulla avevano da invidiare, per capillarità e ingombro, al precedente regolamento del 2010<sup>7</sup>.

Senonché il decreto semplificazioni<sup>8</sup>, con l'obiettivo di rilanciare gli investimenti e di restituire vitalità a un'economia sfibrata e immobilizzata dall'emergenza Covid, ha aperto il varco alla possibilità di sostanziose deroghe al d.lgs. n. 50/2016, almeno sino al termine del prossimo anno<sup>9</sup>.

Questo transitorio allentamento dei vincoli codicistici ha segnato una nuova fase di decostruzione, giacché da una parte parrebbe aver interrotto, nell'immediato, il percorso di restaurazione della normativa secondaria, d'altra parte sembrerebbe preannunciare, in prospettiva, una nuova stagione di ripensamenti e di revisioni della stessa disciplina primaria.

Non occorre troppa fantasia per intuire le incertezze e la gravità dei dubbi interpretativi con cui dovranno verosimilmente confrontarsi, una volta di più, le amministrazioni pubbliche nell'imminente futuro, quando saranno chiamate a vestire le loro scelte con questa tela di Penelope.

Mi rendo ben conto che uscire dalla sindrome delle modifiche compulsive non è operazione semplice e non è risultato che si possa ottenere dall'oggi al domani; lungi dal prospettare "soluzioni", nel seguito dello scritto mi limiterò a proporre tre semplici osservazioni metodologiche che, a mio avviso, gioverebbero al graduale percorso di risanamento della disciplina.

## 2. *Basare le opzioni normative sull'osservazione dei fatti e dei risultati*

Le cause dell'allarmante livello di ipertrofia e di volubilità delle regole hanno radici profonde, che includono uno squilibrio tra poteri istituzionali, al contempo ragione e conseguenza di uno svilimento della funzione amministrativa, di

---

<sup>7</sup> Una versione recente della bozza è al momento disponibile all'indirizzo <http://biblius.acca.it/download/regolamento-unico-sugli-appalti-bozza-nonvigore/?preview=true>.

<sup>8</sup> D.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120.

<sup>9</sup> Per una prima panoramica, A. Rossi, *Decreto Semplificazioni: come cambia la disciplina dei contratti pubblici. Incentivi agli investimenti pubblici, deroghe alle norme antimafia, protocolli di legalità, modifiche ai codici dei contratti e del processo amministrativo*, Altalex, 24 settembre 2020, all'indirizzo <https://www.altalex.com/documents/news/2020/09/24/decreto-semplificazioni-come-cambia-disciplina-contratti-pubblici>; G.F. Maiellaro, *L'art. 4 del Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020): le novità sul termine di stipula dei contratti pubblici e sul rito speciale "appalti"*, in *Appalti e Contratti*, 9 settembre 2020, all'indirizzo <http://www.appaltiecontratti.it/2020/09/09/lart-4-del-decreto-semplificazioni-d-l-n-76-2020-le-novita-sul-termine-di-stipula-dei-contratti-pubblici-e-sul-rito-speciale-appalti>; ANCE, *Breve analisi delle norme sugli appalti contenute nel decreto semplificazioni*, al momento reperibile all'indirizzo <http://biblius.acca.it/sintesi-ance-decreto-semplificazioni-lavori-pubblici>.

un degrado del ruolo parlamentare, di improprie supplenze giudiziarie, con inefficienze e perdite esorbitanti, a carico della società e dell'economia<sup>10</sup>.

Com'è stato da più parti osservato, il contenimento degli eccessi e delle invasioni di campo passa per una ricalibratura del ruolo degli attori istituzionali, rispettosa del sistema dei contrappesi costituzionali<sup>11</sup>.

Ne sono persuaso, tuttavia non mi soffermerò su questo aspetto, già bene indagato, per spostare invece l'attenzione sul naturale argine al capriccio delle regole che viene, a mio avviso, da un antecedente canone di sobrietà intellettuale.

Il limite cui sto alludendo risiede nel criterio di moderazione e di controllo cui si ispira l'impresa scientifica, nel pretendere che teorizzazioni e ipotesi siano diligentemente preparate e verificate, per quanto possibile, al banco dei fatti.

Intendo dire che è pressante l'esigenza di un metodo di ragionamento e di lavoro che nel tempo costringa ad ancorare i giudizi e le scelte di cambiamento alla coscienziosa annotazione dei risultati via via ottenuti e alla misurazione della loro distanza dalle finalità perseguite<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Sugli aspetti patologici del corrente rapporto tra legge e amministrazione, ai consultino i lavori del convegno "Troppe leggi, poche decisioni. Eccessi, limiti e distorsioni della produzione normativa in Italia", tenuto a Roma, presso il Centro di Studi e Iniziative per la Riforma dello Stato, il 24 febbraio 2016, al momento a disposizione in formato audio sul sito di Radio Radicale, <https://www.radioradicale.it>; S. Cassese, *Il diritto amministrativo, i suoi oggetti, la sua scienza*, in S. Cassese, L. Torchia, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, 15 ss.; Id., *Che cosa resta dell'Amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2019, fasc. 1, 1 ss.; M. Cammelli, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in Aa.Vv. *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2016, 77. ss.; ivi anche G. Melis, *Le culture della pubblica amministrazione*, 151 e 164 ss.; M. De Benedetto, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in Aa.Vv., *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., 135 ss.; B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011; L. Torchia, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in Aa.Vv., *I nodi della pubblica amministrazione*, a cura di L. Torchia, Napoli, 2016, 11. ss.

<sup>11</sup> In tema, le relazioni di W. Tocci, A. Zuccaro ai lavori del convegno "Troppe leggi, poche decisioni", *op. ult. cit.*

<sup>12</sup> In questa prospettiva, di grande interesse il *Foundations for Evidence-Based Policymaking Act* statunitense del 2018 (<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4174>). Per uno studio del dibattito che ha preparato l'approvazione del testo si veda la nota redatta dall'Ufficio Valutazione Impatto, Senato della Repubblica, *L'uso dell'evidenza nel Congresso USA: un recente documento del Bipartisan Policy Center*, Esperienze n. 34, luglio 2018. Tra le pubblicazioni italiane, A. Martini, M. Sisti, *Valutare il successo delle politiche pubbliche*, Bologna, 2019. In termini generali, uno studio del diritto "orientato alle conseguenze", ispirato dalla tradizionale prospettiva teleologica, dovrebbe precisamente lasciarsi guidare, nella costruzione del contenuto della norma, dalla stima del livello di attitudine a produrre effetti coerenti alle mete prefissate. Del tema si occupa L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996; per una primissima introduzione ai punti di contatto con l'impostazione propria dell'analisi economica del diritto, G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays In Reform And Recollection*, Yale University Press, 2016; S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in Aa.Vv., *Annuario AIPDA. Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007; F. Parisi, J. Klick, *Functional Law and Economics: The Search for Value-Neutral Principles of Lawmaking*, Faculty Scholarship at Penn Law, 2004, 1131, all'indirizzo [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1131](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1131); G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009; P. Trimarchi, *L'analisi economica del Diritto, oggi*, Università degli studi di Trento, 15 aprile 2015, al momento visionabile all'indirizzo [https://www.youtube.com/watch?v=bMBWyoW\\_gC0](https://www.youtube.com/watch?v=bMBWyoW_gC0).

La prospettiva è contigua al tema della ricerca di un fondamento empirico alle soluzioni giuridiche, perché lo sforzo sistematico di intercettare le conseguenze della norma e di stimarne l'adeguatezza rispetto ai fini non può chiaramente prescindere, se condotto con profondità e con scrupolo, da una regolare e accurata osservazione dei fatti<sup>13</sup>.

È opportuno spendere qualche parola per scongiurare il pericolo di malintesi: è evidente che il diritto è disciplina operativa e che la maestria del giurista si esprime proprio nella capacità di trattare i fatti e i casi della vita, calandovi i costrutti teorici.

Sto esprimendo il convincimento che servirebbe un'attitudine, purtroppo non radicata, nelle nostre consuetudini di giuristi, ad abbinare all'approccio clinico, al lavoro ermeneutico dal quale passa la soluzione del singolo caso, un'osservazione sistematica e organizzata dei fenomeni, capace di svelare le regolarità che fanno da habitat alle regole.

Senza nulla togliere alla necessità, per esempio, di interpretare l'ennesima variazione alla disciplina del subappalto, per stabilire se sia conforme al diritto europeo, così da declinare in concreto l'applicazione dell'istituto o magari dirimere o prevenire una controversia, occorrerebbe al contempo disporre di metodi di studio e raccolta delle informazioni sui subcontratti perfezionati prima e dopo la modifica, sull'evoluzione dei loro contenuti, sulle loro caratteristiche, sulle variabili che parrebbero influire sulle scelte dei contraenti, sui comportamenti innescati, sul grado di lontananza dagli obiettivi sperati e così via.

Preso atto che il cd decreto semplificazioni, seguendo ad esemplificare, ha modificato la fattispecie dell'abuso d'ufficio<sup>14</sup> e ha momentaneamente mitigato la severità del regime di responsabilità per danno erariale<sup>15</sup>, nella speranza di allentare le remore dei funzionari ad agire, la vera scommessa sarebbe quella di tornare

---

Per una riflessione specificamente dedicata alla materia dei contratti pubblici, G.A. Benacchio, M. Cozzio, *La misurazione dei sistemi di contrattazione pubblica negli Stati dell'Unione europea. Metodo e strumenti*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2012, 319 ss.

<sup>13</sup> Cfr. R.M. Lawless, J.K. Robbenolt, T.S. Ulen, *Empirical Methods in Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 2016; E.V. Towfigh, *Empirical arguments in public law doctrine: Should empirical legal studies make a "doctrinal turn"?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, Vol. 12, Issue 3, 670 ss.; A. Martini, M. Sisti, *Valutare*, cit.

<sup>14</sup> L'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla L. 11 settembre 2020, ha modificato l'art. 323 c.p.

<sup>15</sup> Ai sensi dell'art. 21 c. 2 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, «limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al (31 dicembre 2021), la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente». Per un confronto con la sintetica rappresentazione del regime ordinario, F.G. Scoca, *La responsabilità dei funzionari e dei dirigenti*, in *Aa.Vv., Diritto Amministrativo*, cit., 578 ss.

a riflettere sul tema, al termine del periodo transitorio, potendo contare su di un accurato resoconto dei risultati nel frattempo ottenuti.

Bilanci, opzioni ermeneutiche, scoperte, proposte di assestamento legislativo potrebbero così poggiare, più che sulle suggestioni o sulle altalenanti propensioni politiche del momento, sulla solida piattaforma delle osservazioni. La complessità della materia contrattuale accentua l'urgenza di questo tipo di controllo empirico, perché reclama alle istituzioni giuridiche un approccio evolutivo, dinamicamente orientato all'apprendimento, secondo logiche adattative, in grado di confrontarsi con l'incertezza<sup>16</sup>.

È ben vero che l'obiettivo di sviluppare il ciclo della regolazione – entro cui avvicendare fasi di ideazione, monitoraggio, apprendimento, affinamento delle soluzioni – anima la disciplina dell'AIR e della VIR, sulla falsariga dei dettami e dei documenti OCSE ed europei in tema di *better regulation*<sup>17</sup>.

Occorre tuttavia prendere atto, in primo luogo, che gli istituti dell'analisi e della valutazione d'impatto della regolazione sono nel nostro Paese sagomati secondo schemi sommari e ancora piuttosto indifferenziati e, nella pratica, sono applicati in modo a dir poco approssimativo e saltuario<sup>18</sup>.

Nel settore degli appalti pubblici, come in altri, occorrerebbe una registrazione continua e capillare degli effetti generati dalle norme, con cadenze e con tecniche valutative mirate, anche quantitative, specificamente pensate per la materia contrattuale<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Con le debite trasposizioni concettuali, M. Cohen, R. Axelrod, *Harnessing Complexity*, Basic Books pub., 2000; Lee, Kai N., *Compass and Gyroscope: Integrating Science and Politics for the Environment*, Washington, D.C., 1993; Id., *Greed, Scale Mismatch, and Learning, Ecological Applications*, Nov. 1993, Vol. 3, Issue 4, 560 ss.; Aa.Vv., *Adaptive Management: The U.S. Department of the Interior Applications Guide*, a cura di B.K. Williams, E.D. Brown, Adaptive Management Working Group, U.S. Department of the Interior, Washington, DC., 2012.

<sup>17</sup> Per una rassegna normativa aggiornata al Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169, col corredo di documenti e rapporti sia nazionali che internazionali, si consulti il sito dell'Osservatorio AIR, all'indirizzo <https://www.osservatorioair.it/air/documentazione/normativa-air-e-vir>; un inquadramento ampio della materia in M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011; si leggano anche Aa.Vv., *L'analisi dell'impatto della regolazione. Il caso delle Autorità indipendenti*, a cura di A. Natalini, F. Sarpi e G. Vesperini, Carocci, 2013; C.M. Radaelli, A.C.M. Meuwese, *Better Regulation in Europe: between Public Management and Regulatory Reform*, in *Public Administration*, 2009, Vol. 87, n. 3, 639 ss.; C. Kirkpatrick, D. Parker, *Regulatory Impact Assessment Towards Better Regulation?*, Edward Elgar Publishing, 2007; B.G. Mattarella, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, settembre 2010; N. Rangone, *The Quality of Regulation. The Myth and Reality of Good Regulation Tools*, in *Italian Journal of Public Law*, 2012, vol. 4, issue 1, 1 ss.

<sup>18</sup> Senato, Ufficio Valutazione Impatto, *L'incompiuta. Dalla teoria alla prassi: la valutazione degli atti normativi*, documento di analisi n. 14, 2018; ulteriori rapporti e materiali di approfondimento all'indirizzo <http://www.senato.it/4746?dossier=2316>; A. Natalini, F. Sarpi, *L'insostenibile leggerezza dell'AIR*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, n. 3, 229 ss.

<sup>19</sup> All'occorrenza ravvivando e articolando le prerogative dell'Osservatorio di cui all'art. 213 c. 9 del codice dei contratti e potenziando la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP); sull'argomento, B. Boschetti, *La Governance*, cit. 149 ss.

In secondo luogo, il tipo di esigenza che sto provando a rappresentare vuole risposte che non possono essere compiutamente trovate all'interno del perimetro della formale applicazione dell'AIR o della VIR. Sarebbe a dir poco sviante la supposizione che la stima dinamica dell'eterogenea varietà di conseguenze, attuali e potenziali, dei molti istituti giuridici compresi in un testo normativo complesso, come ad esempio il codice dei contratti, possa risolversi in uno studio onnicomprensivo, condotto *in tunc*, in unica soluzione, in occasione della redazione delle prescritte relazioni.

Per accreditarsi come approfondimenti attendibili e realistici le analisi d'impatto, preventive o successive, dovrebbero semmai poter attingere e dare conto di un preesistente e capillare lavoro scientifico, a monte, di osservazione e raccolta sistematica di fatti e dati, assiduo, regolare, scandito da interrogativi ben posti, su oggetti e dinamiche debitamente circoscritti.

In breve, la costruzione di apparati e di protocolli per l'ordinata e continuativa osservazione della dimensione fenomenica, inclusiva degli effetti normativi, su cui basare la formulazione di teorie e proposte, dovrebbe instradare la medesima riflessione scientifica, il modo stesso di impostare il ragionamento sui contratti pubblici.

Inutile nascondersi che il suggerimento di scorrere dal piano ermeneutico dell'analisi delle regole a quello fenomenologico dell'analisi delle regolarità è tanto facile da enunciare quanto arduo da tradurre in pratica, anche perché richiede un'attrezzatura concettuale da plasmare con approccio fortemente interdisciplinare.

È plausibile che studi e tecniche innovative di *data science*, *data mining*, trattamento dei *big data*, siano in grado di fornire un impulso decisivo al potenziamento delle capacità di osservazione e di predizione, lungo filoni di ricerca promettenti e altrove in espansione, che attendono di essere con profitto veicolati nel settore della contrattualistica pubblica<sup>20</sup>.

### 3. *Incorporare competenze e condividere il rischio*

Un processo di riforma nevroticamente incentrato sulla scrittura e riscrittura delle regole – nella presunzione di poter governare a quell'unica scala variabili che andrebbero piuttosto trattate, ad esempio, nella dimensione dell'organiz-

---

<sup>20</sup> In tema Aa.Vv., *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, a cura di G. Piga, T. Tátrai, London, 2018, la cui sezione terza è precisamente dedicata al tema *Big Data in Public Procurement*; *ivi*, in particolare, M. Fazekas, S. Saussier, *Colloquium*, B. Nicoletti, *Open Data and Procurement*; N. Komšić, *Big Data for Procurement – the Importance of Correctly Acquiring and Using Information in Public Procurement*; più in generale, A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020; R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 774 ss.; P. Forte, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 1, 247 ss.

zazione o in quella dei moventi individuali – è fatalmente destinato all’insuccesso. Una semplice morale che va giocoforza desunta dal perdurare dello stato confusionale in cui versa la disciplina dei contratti è che, varcata una soglia minima di complessità, non esiste volume di istruzioni che possa sostituire competenze e attitudini<sup>21</sup>. Nella parte in cui puntava energicamente sui meccanismi di elevazione delle capacità amministrative, nonché di formazione di una memoria storica, sulle performances dei contraenti, il codice dei contratti rifletteva chiaramente questa consapevolezza<sup>22</sup>. Sennonché, i percorsi di qualificazione delle stazioni appaltanti, come pure l’attuazione delle previsioni in materia di formazione delle commissioni aggiudicatrici, sono al momento interrotti. L’articolo 37, c. 4, del Codice – che sottraeva ai comuni diversi dai capoluoghi di provincia la prerogativa di operare singolarmente come stazioni appaltanti, prescrivendo loro formule di aggregazione – è stata sospesa dal decreto semplificazioni<sup>23</sup>.

Il sistema di qualificazione delle committenze pubbliche, dal canto suo, pur previsto dall’art. 38 del codice è a sua volta bloccato, data la mancata emanazione del DPCM attuativo.

Con qualche paradosso, tuttavia, lo stesso decreto semplificazioni preme affinché i funzionari amministrativi agiscano senza indugi – al punto da annunciare un livello di tolleranza all’errore più spiccato per le condotte commissive che per quelle omissive<sup>24</sup> – e istiga i decisori pubblici ad intraprendere sentieri procedurali abbastanza scoscesi, che richiedono robuste capacità gestionali, come ad esempio il ricorso intenso a procedure negoziate.

Il processo di razionalizzazione della domanda pubblica e di rafforzamento delle competenze gestionali andrebbe rapidamente riavviato e confermato.

<sup>21</sup> Quest’ordine di idee mi pare implicito nella riflessione di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, 82; F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà*, scritti in onore di Giuseppe Abbamonte, vol. II, Napoli, 1999, 1261 ss.; D. D’Orsogna, *Contributo allo studio dell’operazione amministrativa*, Napoli, 2005, S. Kelman, *Unleashing Change. A Study of Organizational Renewal*, in *Government*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2005. Entro le coordinate di un ragionamento astratto, sul trattamento della complessità, che attinge alla teoria dei sistemi, vi vedano poi W. Ross Ashby, *An Introduction to Cybernetics*, Chapman & Hall, London, 1956 (<http://pcp.vub.ac.be/books/IntroCyb.pdf>), 202 ss., trad. it. *Introduzione alla cibernetica*, Einaudi, 1971; in M. Boisot, B. McKelvey, *Complexity and Organization - Environment Relations: Revisiting Ashby’s Law of Requisite Variety*, in Aa.Vv., *The SAGE Handbook of Complexity and Management*, a cura di P. Allen, S. Maguire, B. McKelvey, Sage Pub., 2011, 279 ss.

<sup>22</sup> In tema, F. Mataluni, *Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti* (artt. 37-39, 41-43), in Aa.Vv., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich., cit., 342 ss.; G. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, *Diritto amministrativo*, n. 1/2019, 33 ss.; per un’analisi teorica delle variabili influenti sul processo di razionalizzazione della domanda e della rilevanza dei requisiti reputazionali, N. Dimitri, F. Dini, G. Piga, *When should procurement be centralized?*, in Aa.Vv., *Handbook of Procurement*, a cura di N. Dimitri, G. Piga, G. Spagnolo, Cambridge, 2006, 47 ss.; ivi anche C. Dellarocas, F. Dini, G. Spagnolo, *Designing reputation mechanisms*, 446 ss.

<sup>23</sup> Sino al 31 dicembre 2021, dall’articolo 1, c. 1, lett. a) della legge 55/2019, poi modificato dall’articolo 8, comma 7, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

<sup>24</sup> Art. 21 c. 2 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, sopra trascritto.



Poiché d'altra parte le capacità non si improvvisano, andrebbero nel frattempo valorizzati, in una logica transitoria, gli strumenti di supporto e di ausilio alle committenze tuttora deboli, in grado di mitigare *deficit* al momento insuperati.

A *latere* dell'innovativa figura del comitato consultivo tecnico, prevista dall'art. 6 del d.l. n. 76/2020, penso che un soccorso possa venire dall'istituto, sinora abbastanza ignorato, delle prestazioni di committenza ausiliaria, che possono essere rese tanto da centrali di committenza pubbliche quanto da esperti o *advisor* privati, verosimilmente scelti con gara, in veste di fornitori di servizi<sup>25</sup>.

In funzione di una più incentivante ripartizione del rischio, le prestazioni di committenza ausiliaria potrebbero essere almeno in parte remunerate con una frazione dei risparmi procurati e dimostrati, secondo la logica altrove sperimentata tramite i modelli contrattuali cd. "*share-in savings*", cioè basati sulla condivisione delle economie<sup>26</sup>. Un ordine di riflessioni coerente suggerisce la ricerca di soluzioni – ad esempio di valorizzazione dei meccanismi di PPP – che sappiano coinvolgere i soggetti privati nella gestione e nella condivisione dei rischi connessi alla tempestiva realizzazione degli investimenti finanziati con fondi europei, nelle prossime fasi di vitale attuazione dei piani di recupero e rilancio dell'economia del paese.

#### 4. *Dalle regole alle risposte comportamentali*

Tra i fatti che andrebbero esplorati e compresi, in questo sforzo di imprimere un fondamento empirico alle soluzioni normative, si staglia la categoria delle dinamiche comportamentali, dei meccanismi cognitivi attraverso i quali si formano le risposte individuali e collettive alle regole.

Quantunque non manchino contributi dottrinali propensi a delimitare il proprio campo d'indagine secondo l'assunto che "norma apre norma", il diverso tipo d'impostazione che sto caldeggiando impone di fissare l'attenzione sulla circostanza – se vogliamo lapalissiana, tuttavia molto sottovalutata dal lavoro teorico – che gli effetti reali del precetto giuridico sono sempre il prodotto di un'interazione, di rado lineare, tra contenuti della disciplina e variabili dalle quali dipende la genesi dei comportamenti.

Una letteratura ormai imponente spiega che queste variabili sono tutt'altro che intuitive.

<sup>25</sup> Cfr. artt. 3 e 39 del codice, sulla falsariga delle direttive europee del 2014.

<sup>26</sup> In tema S. Kelman, *Bring Back Share in Savings. The Innovative Approach to Services Contracting Could Help the Government Save Money*, FCW, The Business of Federal Technology, Oct 14, 2009; Id., *Show Off Share-In-Savings*, FCW, The Business of Federal Technology, Dec 12, 2004, ambedue reperibili all'indirizzo <https://fcw.com>.

La loro conoscenza può porgere un contributo efficace all'analisi funzionale delle norme<sup>27</sup>.

Riprendendo gli esempi impiegati sopra, i lavori di scienze comportamentali e di *behavioral economics* che si occupano delle distorsioni cognitive insite nei giudizi formulati “col senno di poi” – i quali tendono, a posteriori, ad attribuire agli eventi ormai verificatisi probabilità di accadimento superiori a quelle che sarebbe stato appropriato riconoscere, a priori – credo possano offrire un contributo utile alla comprensione degli effetti delle regole di responsabilità o delle loro correzioni<sup>28</sup>.

Eguale proficui potrebbero dimostrarsi i lavori che spiegano perché e sino a che punto gli individui siano di norma avversi alla possibilità di subire perdite assai più di quanto non siano turbati dall'eventualità di veder sfuggire guadagni di eguale ammontare, con la conseguenza che, al cospetto di rischi, tendono alla perpetuazione dello *status quo*<sup>29</sup>.

Una letteratura interdisciplinare a mio giudizio stimolante si occupa del nesso che lega queste distorsioni cognitive alle strategie “difensive”, in ambito sia pubblico che privato<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Tra le molte letture utili, D. Kahneman, *Pensieri lenti e pensieri veloci* (trad. it.), Milano, 2012; E. Angner, *Economia comportamentale*, Milano, 2016; R. H. Thaler, Cass R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile* (trad. it.), Milano, 2014; R. H. Thaler, *Misbehaving* (trad. it.), Torino, 2018; R. Viale, *Oltre il nudge*, Bologna, 2018; Aa.Vv., *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, a cura di Eyal Zamir, Doran Teichman, Oxford, 2014; Eyal Zamir, Doran Teichman, *Behavioral Law and Economics*, Oxford, 2018; C. Bona, R. Rumiati, *Psicologia cognitiva per il diritto*, Bologna, 2013; Id., *Dalla testimonianza alla sentenza*, Bologna, 2019; L.M. Friedman, *Impact. How Law Affects Behavior*, Cambridge, Massachusetts, London, 2016; L. Cominelli, *Cognizione del diritto. Per una sociologia cognitiva dell'agire giuridico*, Milano, 2015; A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017; OECD, *Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights*, 2017; CR. Sunstein, *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, London, 2017; sempre attuale H.A. Simon, *La ragione nelle vicende umane* (trad. it.), Bologna, 1984; Id., *Razionalità, causalità, organizzazione*, Bologna, 1985.

<sup>28</sup> Sugli strabismi valutativi provocati dai cosiddetti *hindsight bias* ed *outcome bias*, ad esempio, H.R. Arkes, C.A. Schipani, *Medical Malpractice v. the Business Judgement Rule: Differences in Hindsight Bias*, *Or. L. Rev.* 1994, 73, 587 ss.; K.A. Kamin, J. Rachlinski, *Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight*, *Law and Human Behavior*, 1995, 19, 89 ss.; J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, *University of Chicago Law Review*, 1998, 65, 571 ss.

<sup>29</sup> Trattasi della cosiddetta *prospect theory*, in merito alla quale si vedano D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, *Econometrica*, 1979, Vol. 47, No. 2. 263 ss.; D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*; cit.; C. Sunstein, R. Thaler, *Nudge*, cit.; E. Angner, *Economia comportamentale*, cit., 61 ss.; M. Piattelli Palmarini, *Psicologia ed economia delle scelte*, Torino, 2005, 51 ss.; N. Bellé, P. Cantarelli, P. Belardinelli, *Prospect Theory Goes Public: Experimental Evidence on Cognitive Biases in Public Policy and Management Decisions*, *Public Administration Review*, 2018; S. Nicholson-Crotty, J. Nicholson-Crotty, S. Webeck, *Are public managers more risk averse? Framing effects and status quo bias across the sectors*, in *Journal of Behavioral Public Administration* 2019, 2(1), 1 ss.

<sup>30</sup> In tema di amministrazione difensiva, di recente, S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 2019, fasc. 1, 293 ss.; F. Fracchia F., *L'amministrazione come ostacolo, Il diritto dell'economia*, 2013, vol. 26, n. 81, 357 ss.; M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.1, 2019, 61 ss.; M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, 35

La gamma di stimoli alla riflessione che possono desumere dalle scienze cognitive applicate alla pubblica amministrazione è piuttosto ricca, anche oltre l'ormai familiare terreno del *nudge*<sup>31</sup>.

Si aggiunga che, oltrepassata l'area della mera speculazione intellettuale, molti Paesi stanno sviluppando importanti progetti di traduzione degli insegnamenti delle scienze cognitive in formule operative e organizzative, nel settore pubblico.

È noto che il governo degli Stati Uniti è stato fra i primi ad avviare un processo di "istituzionalizzazione" delle scienze comportamentali nelle politiche pubbliche<sup>32</sup>. Tra gli sviluppi operativi di questa scelta ritroviamo la costituzione del *Social and Behavioural Sciences Team* (SBST), composto da scienziati comportamentali, funzionari e responsabili politici, col compito di fornire stabile consulenza ai decisori pubblici.

---

ss.; per una riflessione di fondo e generale, G. Pericu, *Funzione di deterrenza e funzione di garanzia della responsabilità amministrativa nell'esperienza dei pubblici amministratori*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, 99 ss.; con specifico riferimento all'influenza della normativa penale, A. Fiorella, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come 'spauracchio'?*, in Aa.Vv. *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A.R. Castaldo, Torino, 2018, 108 ss.. Tra gli scritti di autori stranieri, C. Argyris, *Superare le difese organizzative* (trad. it.), Cortina, 1993; F.M. Artinger, S. Artinger, G. Gigerenzer, *C.Y.A.: Frequency and Causes of Defensive Decisions in Public Administration*, *Business Research*, 2019, 12, 9 ss.; J. De Mot, M. Faure, *Discretion and the Economics of Defensive Behaviour by Public Bodies*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, Vol. 23, No. 4, 595 ss.; M. Kets de Vries, D. Miller, *L'organizzazione nevrotica* (trad. it.), Cortina ed., 1992; G. Gigerenzer, *Imparare a rischiare* (trad. it.), Milano, 2015, 51 ss.; D. Kahneman, D. Lovallo, *Timid Choices and Bold Forecasts: A Cognitive Perspective on Risk Taking*, *Management Science*, 1993, vol. 39, issue 1, 17 ss.; S. Kelman, *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, Washington, D.C., 1990.

<sup>31</sup> Tra i molti lavori, R. Viale, *Oltre il Nudge*, cit.; id., *Behavioral insights, nudging e politiche pubbliche europee*, in *Europa: un'utopia in costruzione*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana; id., *Introduzione: verso una behavioral public administration*, *Sistemi intelligenti*, 2009, fasc. 1; O. Dekel, A. Schurr, *Cognitive Biases in Government Procurement – An Experimental Study*, in *Rev. Law Econ.* 2014; 10(2), 169 ss.; A. Choueiki, *Behavioral Insights for Better Implementation in Government*, in *Public Administration Review*, 2016, Vol. 76, Issue 4, 540 ss.; M. Fabbri, M. Faure, *Toward a "constitution" for behavioral policy-making*, *Int. Rev. Econ.*, 2018, 65, 241 ss.; L.G. Tummies, A. Leth Olsen, S. Jilke, S. G. Grimmelikhuijsen, *Introduction to the Virtual Issue on Behavioral Public Administration*, *Journal of Public Administration Research And Theory*, 2016, 3, 1 ss.; B.D. Jones, *Behavioral Rationality as a Foundation for Public Policy Studies*, *Cognitive Systems Research*, 2017, 43, 63 ss.; D.O. Kasdan, *Toward a Theory of Behavioral Public Administration*, *International Review of Administrative Sciences*, 2018; Cass R. Sunstein, L.A. Reisch, *Behavioral Economics and Public Opinion*, *Intereconomics*, 2018, 53(1), 5 ss.; E. Thomann, N. van Engen, L. Tummies, *The Necessity of Discretion: A Behavioral Evaluation of Bottom-Up Implementation Theory*, *Journal of Public Administration Research And Theory*, 2018, 1 ss.

<sup>32</sup> Ordine esecutivo approvato dall'allora Presidente Obama, nel settembre 2015, che ha invitato le agenzie federali statunitensi a progettare politiche governative «usando le conoscenze scientifiche comportamentali per servire meglio il popolo americano», al momento visionabile qui: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american>.

Nel tempo iniziative affini sono andate moltiplicandosi un po' in tutto il mondo<sup>33</sup> e la casistica annovera centinaia di esperienze europee<sup>34</sup>.

Alcuni di questi esperimenti istituzionali sono ancora in via di assestamento e non è detto che meritino di essere replicati, tuttavia resta il fatto che una politica di riforma del settore dei contratti pubblici, lungi dal potersi risolvere nell'ennesima riscrittura delle norme, deve passare per un'opera di riconfigurazione del sistema degli incentivi e, ancora più a fondo, per un prevedente sforzo di ristrutturazione del piano stesso delle percezioni<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Per una panoramica generale delle esperienze, OECD, *Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from around the World*, 2017.

<sup>34</sup> Tra cui spicca il Behavioral Insight Team britannico (BIT), creato nel 2010 da David Cameron. Il Report curato dalla Commissione Europea, J. Dessart, J. Sousa Lourenço, S. Rafael Almeida, E. Ciriolo, *Behavioural Insights Applied to Policy - Application to specific policy issues and collaboration at EU level*, Workshop Report, Publications Office of the EU, 2016, [http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC100146/kjna27726enn\\_new.pdf](http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC100146/kjna27726enn_new.pdf), individua oltre duecento esempi di iniziative di politica comportamentale negli Stati membri dell'UE – in rapida crescita – nei settori più disparati, come concorrenza, protezione dei consumatori, occupazione, energia, ambiente, salute, finanza, fiscalità, trasporti. Si vedano ancora M. Hallsworth, M. Egan, J. Rutter, J. McCrae, *Behavioural Government Using Behavioural Science to Improve How Governments Make Decisions*, 2018; *The Behavioral economics Guide*, 2018; *An Exploration of Behavioural Biases in Project Delivery at the Department for Transport*, July 2017, al momento visionabili all'indirizzo <https://www.bi.team>.

<sup>35</sup> R. Sutherland, *Alchemy: The Surprising Power of Ideas that Don't Make Sense*, WH Allen, UK, 2019, *passim*; K.E. Weick, *Senso e significato nell'organizzazione* (trad. it.), Milano, 1997; S. Valaguzza, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, cit.; E. Picozza, *Problems About Enforcement*, in Aa.Vv., *NeuroLaw*, a cura di E. Picozza, Berlino, 2016, 80 ss.; S. Kelman, *Unleashing Change. A Study of Organizational Renewal in Government*, cit., *passim*

*Spunti per una riflessione empirica sulla disciplina degli appalti pubblici*

Il lavoro, adottando una prospettiva critica nei confronti dell'idea che per semplificare e risanare la disciplina dei contratti pubblici basti riscriverla meglio una volta di più, focalizza l'attenzione su tre questioni metodologiche: a) la revisione della disciplina dei contratti pubblici dovrebbe essere sobriamente guidata, con approccio empirico, dall'osservazione sistematica dei fatti e degli effetti via via prodotti dalle norme; b) l'attuale contingente stato di debolezza delle committenze pubbliche suggerisce la valorizzazione di istituti – come il ricorso alle “prestazioni di committenza ausiliaria” o a meccanismi di partenariato – capaci di mobilitare competenze private, all'insegna di un criterio di equa condivisione del rischio; c) tra i fatti che, con approccio interdisciplinare, ad esempio col supporto della *behavioral economics* e delle scienze cognitive, andrebbero studiati e compresi, oltre il piano delle regole, stanno le dinamiche dalle quali originano le risposte comportamentali ai vincoli giuridici.

*Idea for an empirical reasoning on the public procurement discipline*

The work – critical towards the idea that simplifying and restoring public contracts discipline means to rewrite rules once more – focuses attention on three questions: a) reform proposals of public contracts discipline should be guided, with empirical approach, by the systematic observation of facts and effects produced by the rules; b) current weakness of public administration suggests the enhancement of institutions – such as “ancillary purchasing activities” or PPP – capable of mobilizing private skills, under a risk-sharing criterion; c) behavioral responses to legal constraints are a class of facts that should be studied and understood, beyond the level of rules, through an interdisciplinary approach.

