



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



IL PROCESSO AMMINISTRATIVO E LE DINAMICHE ECONOMICHE

Il presente articolo investiga la relazione tra diritto amministrativo ed economia sottolineando i loro reciproci condizionamenti. Nel tentativo di analizzare le dinamiche economiche che convergono sulla disciplina processuale l'articolo esamina il processo in materia di contratti pubblici nella legislazione italiana come un caso studio.

di **Luigi Martini**

IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Alessio Giaquinto

Publicato, Mercoledì 28 Giugno 2023



Abstract ENG

The present article investigates the relationship between administrative right and economy enlightening their mutual condition. In attempts to analyze the economical dynamics which converge on the processual discipline the article examines the trial about public procurement in italian legislation as a case study.

Sommario: 1. Diritto ed economia; 1.1. Il processo amministrativo dell'economia; 1.2. Il dialogo tra processo ed economia alla luce del codice del processo amministrativo; 1.3. Il potere economico nel processo amministrativo; 2. Il rito in materia di contratti pubblici come caso studio del legame tra economia e processo amministrativo; 2.1. Eterna emergenza eterna riforma; 3. Conclusioni.

1. Diritto ed economia

Tra diritto ed economia sussiste un inscindibile legame dovuto al ruolo preminente del diritto nell'allocare le risorse scarse nel sistema economico^[1]. La nascita degli ordinamenti più antichi era essa stessa strettamente legata all'utilizzo delle risorse scarse come l'acqua^[2].

La necessità di una coerente distribuzione delle risorse è evidente in situazioni dove la corretta allocazione delle risorse fa la differenza tra il fallimento dello Stato e la sua sopravvivenza. L'origine stessa del diritto pubblico può essere considerata come la risposta alla crisi del debito dello Stato francese e alla conseguente rivoluzione^[3]. In questo senso i mutamenti e quindi la rottura degli equilibri economici richiedono una corretta risposta sul piano amministrativo^[4]. In questo senso «il diritto amministrativo nasce per far fronte alla limitatezza dei beni, per regolare l'accesso dei consociati a un bene scarso»^[5].

Il tramonto del Novecento è stato caratterizzato da un clima politico-giuridico in cui si è affermato il primato dell'economia sul diritto. La fine del Secolo breve, il diffondersi di organizzazioni sovranazionali, e la globalizzazione hanno ispirato una accezione liberista dell'economia e del diritto a cui è seguita una contrazione della sfera pubblica^[6]. La radice epistemologica di questo passaggio storico può essere rintracciata nella posizione liberal della scuola di Hayek secondo il quale: “in una società libera lo Stato non amministra gli affari dell'uomo”^[7]. In sostanza lo Stato sociale cede il passo allo Stato regolatore, in cui vengono meno le grandi conquiste sociali del diritto pubblico a favore di una reviviscenza della società del Codice civile del diritto privato^[8].

Il rapporto tra mercato-autoregolato ed economia-programmata non è ritornato alla dicotomia originaria dell'Ottocento: il loro rapporto è molto più complesso e vive di una forte compenetrazione. Non esiste in sostanza un'idea pura di mercato ma anzi un continuo modellarsi scandito dalle trasformazioni di un'epoca. La chiusura del secolo XX ha però disegnato “un rintracciamento del pendolo” in cui sembrava che “la secolare stagione dell'interventismo e dei diritti potesse essere azzerata, [...], fino alle soglie del XIX secolo”^[9].

Le crisi della globalizzazione del XXI secolo hanno messo in discussione il modello di sviluppo economico fino ad allora prevalente^[10]. La crisi del 2008 ha rappresentato una nuova “inversione del pendolo” nel rapporto tra Stato e Mercato rimettendo al centro del paradigma economico gli strumenti di diritto pubblico^[11]. In questo senso i diversi strumenti approntati dal diritto amministrativo per rispondere alle esigenze contingenti della società sono il frutto di una nuova dialettica tra diritto ed economia^[12].

La risposta del diritto amministrativo ai fenomeni di crisi, intesi in senso lato, dipende dal prevalere della funzione autoritativa che esalta la prospettiva statalista ovvero della funzione di garanzia per il cittadino che esalta la libertà individuale come elemento di sviluppo^[13]. La crisi del mercato amplifica la richiesta dell'intervento pubblico come è avvenuto negli anni Trenta del Novecento quando la crisi del sistema bancario-industriale fu risolto con un intervento pubblico di statalizzazione^[14].

In questa prospettiva il rapporto tra diritto ed economia è una formidabile lente attraverso la quale leggere il sistema capitalistico caratterizzato da ineguaglianze distributive delle risorse e percorso da tensioni strutturali. In questo senso un'economia ridotta a finanza si traduce in incomunicabilità tra diritto ed economia. L'homo economicus perfettamente razionale esclude ogni ragionevolezza nella “massimazione di interessi non individuali”^[15] e quindi genera un conflitto insanabile tra interesse personale e interesse generale^[16]. Per riequilibrare le storture prodotte dal modello economico si fa leva sull'intervento statale.

La prima linea nel conflitto tra esigenze della società e del mercato è il diritto amministrativo. Ogni mutamento nel mondo economico influisce sul diritto sostanziale amministrativo, riflettendosi sui modi di tutela del processo amministrativo. È un esempio chiaro di questo andamento il fenomeno della “privatizzazione” e la creazione delle autorità indipendenti. I mutamenti intervenuti sul diritto amministrativo sono inoltre il sintomo di un ricambio culturale nell'amministrazione^[17]. In questo senso la convergenza nel diritto amministrativo di strumenti di diritto privato e diritto pubblico si può giustificare alla luce di un adeguamento dell'amministrazione alle dinamiche economiche e dell'influenza dei modelli di analisi economica del diritto.

Il dibattito sul rapporto tra diritto ed economia è stato nuovamente rivoluzionato dalle conseguenze della pandemia da Covid-19. Questa ha avuto un effetto dirompente sugli equilibri economici e sociali senza risparmiare nessun aspetto della vita umana.

1.1. Il processo amministrativo dell'economia

La giustizia amministrativa non è stata esente da questo fenomeno a cui è seguito un ampio dibattito circa gli strumenti da approntare per migliorare il processo in funzione di volano della ripresa post-pandemica^[18].

La ricostruzione del paragrafo precedente permette di affermare che il rapporto tra diritto amministrativo e processo economico è uno dei formanti principali dell'esperienza statale. Soprattutto per quanto attiene alle scelte di politica economica nei rapporti con i privati, lo stato e gli ordinamenti in generale hanno storicamente avuto la funzione di regolare i conflitti economici^[19]. In questo contesto generale assume un ruolo di osservatorio privilegiato il processo amministrativo.

Lucidamente si è parlato della giustizia amministrativa come di un “Giano Bifronte” che coinvolge allo stesso tempo economia e diritto^[20].

A partire dal nuovo Millennio il processo amministrativo ha assunto un tono più liberale in linea con le richieste di un diritto amministrativo in grado di dare certezza alle scelte istituzionali, ma che eviti al contempo di irrigidire l'attività economica dei singoli. In questo senso il giudice amministrativo ha cominciato a esercitare il suo sindacato anche sul potere regolatorio dello Stato, divenendo giudice della regolazione economica^[21]. La conseguenza è che il g.a. è passato dall'assicurare la legalità dell'atto a quello di appagare le pretese del singolo, dando corposità all'interesse legittimo^[22].

Le scelte del giudice amministrativo sono in potenza capaci di incidere profondamente sugli equilibri macroeconomici^[23]. Il giudice amministrativo in quanto giudice dell'impugnazione degli atti pubblici è anche per sua natura competente a sciogliere i fenomeni microeconomici^[24].

Nonostante le critiche mosse in generale alla giustizia amministrativa, e più estesamente alla macchina amministrativa, rimane uno dei fattori fondamentali di un'economia globalizzata in cui anche il processo giurisdizionale deve essere tenuto in conto dai policy makers per attrarre investimenti, fungendo da volano del tessuto economico, dei diritti dei lavoratori e per esteso della libertà individuale che nell'economia si realizzano^[25].

La giustizia amministrativa viene additata come un fattore di freno dello sviluppo economico da parte della politica italiana, che manifesta un'insofferenza generale rispetto ad una amministrazione ritenuta infedele e d'intralcio. In questo senso la giurisdizione amministrativa viene considerata uno tra i principali fattori che pongono l'Italia in controtendenza con le dinamiche del mondo globalizzato. Segnatamente la giustizia amministrativa viene percepita come la confluenza di un «sistema politico frazionato che persegue il mantenimento di privilegi»^[26].

Si palesa quindi la richiesta di una «crescita a costo zero [...] prospettata come una politica che pone insieme misure di regolazione, di incentivazione e di smantellamento di vincoli formali e sostanziali»^[27], spingendo sul processo amministrativo aspettative apparentemente opposte. Sostanza di questo fenomeno è l'incontro tra novità e tradizione nel processo amministrativo compiuto con il nuovo codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010). La codificazione si ispira ad un avvicinamento tra l'esperienza del rito civile e del rito amministrativo, coerentemente con i principi dell'art. 44 della legge delega n. 66 del 2009. È rimasta evidente l'attenzione per materie particolarmente sensibili. Questo ha prodotto discipline fortemente derogatorie del rito «ordinario»^[28].

Se il diritto è la struttura che regola i conflitti, il processo è lo strumento attraverso il quale l'ordinamento cerca di risolverli. Il processo è lo specchio del sistema giuridico e riflette la relazione tra risorse scarse e società. In questo viene condizionato dalla conflittualità sul piano del diritto sostanziale e quindi per propagazione dai mutamenti della società ^[29].

Si può concludere che anche tra economia e processo vi sia una correlazione biunivoca. Il conflitto dal mondo economico entra nel processo e qui si arricchisce di ulteriori complessità. Il frutto del processo incide necessariamente sull'economia. Allo stesso tempo le forze economiche gravano sui meccanismi processuali modificandoli e plasmandoli secondo i propri bisogni.

Quanto detto sembra andare in senso contrario rispetto a chi vorrebbe abolire il rito amministrativo. Una moderna economia si fonda su una amministrazione efficiente per la quale è indispensabile ripristinare il dialogo tra economia e giustizia amministrativa. Eliminare la giustizia amministrativa costituirebbe un errore strategico, significherebbe sovraccaricare la, già appesantita, giustizia ordinaria, perdendo inoltre il bagaglio di esperienza del giudice amministrativo nella cura dell'interesse pubblici. Una visione antagonista tra amministrazione ed economia non può che essere «pericolosa», soprattutto quando nella situazione storica attuale la crisi sociale ed economica si stringe con la questione democratica^[30].

L'importanza del nesso tra processo ed economia si illumina nella prospettiva delle dinamiche istituzionali. Il processo giurisdizionale assurge sempre più a modello di governance che contribuisce a elaborare le regole giuridiche, in concorrenza con lo strumento legislativo. Così si manifesta la crisi della legge, come strumento di produzione legislativa, al posto del quale viene prediletta la governance giudiziaria con conseguenze stravolgenti delle dinamiche democratiche usuali, patrocinata inoltre dalla complessità del mondo economico e finanziario^[31].

La crisi della legislazione (rectius un'inflazione legislativa) si ripercuote sull'incapacità della pubblica amministrazione di assumersi le responsabilità della sua funzione. Da ciò deriva l'inidoneità della PA ad attuare il programma politico del paese in quanto rallentata dalla routine^[32]. Quest'ultima riflessione merita un approfondimento alla luce morfologia dell'economia italiana. Attenta dottrina ha ben definito l'economia nazionale come un'economia "autorizzata" in cui il legislatore gradualmente ha previsto forme di regolazione delle varie attività economiche^[33].

1.2. Il dialogo tra processo ed economia alla luce del codice del processo amministrativo

Il dialogo processo-economia viene tradotto in modo peculiare nella giustizia amministrativa, che è allo stesso tempo processo in cui il potere economico è soggetto, in quanto potere pubblico economico, e oggetto, in quanto attività economica in senso lato. Il sindacato amministrativo finisce sempre per incidere su scelte economiche dello Stato o dei privati^[34].

Tutto ciò deriva dalla duplicità ontologica del rito amministrativo, che è processo sull'esercizio del potere, ma anche strumento di tutela dal potere. Così nel diritto amministrativo si ritrovano diverse aspettative in cerca di soddisfazione: da un lato l'interesse generale; dall'altro la libertà dei singoli^[35].

Lo stretto legame con il potere pubblico rende il processo amministrativo sensibile a qualunque cambiamento della politica economica dello Stato. L'evoluzione dello Stato da imprenditore nella seconda metà del Novecento a Stato regolatore del nuovo Millennio fa sì che il bisogno di libertà nella modernità si leghi alle esigenze politiche e civili ma anche allo spazio delle libertà economica degli individui. Quest'ultima mal si intona con una struttura dirigistica dell'economia. Lo Stato regolatore improntato al principio di concorrenza sembra sicuramente più idoneo a svolgere un ruolo di mitigazione della distorsione del mercato^[36].

La dinamica presa in considerazione ha generato una trasformazione radicale del processo amministrativo che è diventato il luogo dove la libertà economica viene tutelata dal potere pubblico, e in cui il sindacato verte sulla correttezza degli strumenti che limitano la libertà economica in primis gli atti autorizzativi^[37].

Rispetto a questa analisi si può affermare che la giustizia amministrativa oggi può rivendicare il proprio naturale collegamento con l'economia come uno strumento virtuosa per lo studio del diritto. Il diritto amministrativo collabora con l'economia nell'analisi degli strumenti della politica economica per regolare l'allocazione delle risorse scarse.

La giustizia amministrativa argina i fallimenti del mercato e spinge verso un miglior grado di giustizia distributiva ed efficienza allocativa. Il mutamento del diritto amministrativo è quindi la risposta a un'esigenza indotta dalla globalizzazione delle economie^[38].

È inevitabile, dunque, che il giudizio amministrativo rimanga sospeso tra tre fuochi: l'attuazione del diritto, la protezione della situazione soggettiva e l'attivismo giudiziario.

L'analisi del diritto processuale amministrativo va condotta alla luce della relazione tra questo e l'economia. Il sistema di giustizia italiano è bipartito tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Questa differenziazione nasce da un bisogno concreto e non ideologico. Il sistema di giustizia amministrativa diventa la risposta dell'ordinamento a un paradosso: cerca di dare tutela a una situazione soggettiva dai pubblici poteri che però non si potrebbe realizzare senza l'intervento dei medesimi poteri. Invero, l'interesse del cittadino dipende dalla collaborazione con un potere pubblico^[39].

L'originaria differenziazione viene oggi superata dalle sfide della modernità. Da un lato si avverte l'esigenza di fornire un più ampio spettro di soluzioni al giudice amministrativo per attuare l'effettività della tutela, dall'altro il giudice ordinario va verso una forte specializzazione^[40]. Questa tendenza si spiega in una sorta di parificazione delle tutele.

In questo senso lo Stato può interagire con il processo in modo diverso: può limitarsi a impostare la cornice degli strumenti entro i quali i cittadini realizzano i propri scopi, oppure sviluppare una visione globale dei rapporti di vita, vincolandoli a programmi di miglioramento^[41].

Quanto detto permette di affermare che il processo è sia mediazione delle liti tra parti private, sia meccanismo di applicazione delle scelte di politica dello Stato. In particolare, costituisce lo strumento che il giudice amministrativo ha per operare il controllo sulle

scelte economiche della pubblica amministrazione^[42].

Nel processo amministrativo queste due prospettive si intrecciano in istituti che direttamente operano sul processo con l'ibridazione di modelli autoritativi e moduli paritari. Ai primi sono riconducibili i riti speciali che attuano la pretesa dello Stato di curare alcuni interessi sensibili. Ai secondi sono pertinenti tutti i principi scaturiti dal processo di parti^[43].

Seguendo questo itinerario si comprende la rafforzata influenza delle categorie e dei principi del processo civile sul processo amministrativo, come il principio del contraddittorio, del giusto processo e dell'onere di allegazione. Questi principi restituiscono centralità al principio del processo di parti e spingono le stesse ad un attento calcolo costi benefici dell'azione evitando l'instaurarsi di giudizi sterili^[44].

A livello processuale vengono approntati specifici meccanismi che permettono a tutti i grandi attori economici di essere protagonisti della vicenda giurisdizionale, ma anche meccanismi che suppliscono all'autonomia privata quando questa è incapace di realizzare un'efficiente allocazione delle risorse^[45].

È in quest'ottica che si spiega l'ampliamento dei poteri del giudice amministrativo, legato all'attribuzione del grande contenzioso economico. Il giudice diventa arbitro dei conflitti economici tra poteri pubblici e sistema imprenditoriale^[46].

Rispetto a questi fenomeni si può affermare che il giudizio amministrativo costituisca un vantaggio per l'economia. La durata media dei processi amministrativi è sensibilmente minore di quella dei processi civili^[47].

Si inserisce in questo contesto il Codice del processo amministrativo che nel modello di giustizia amministrativa sembra rappresentare un punto di equilibrio tra le diverse esigenze degli attori del mondo economico e i pubblici poteri costituendo esso stesso un apprezzabile valore^[48].

Non bisogna dimenticare però le criticità di questo modello di giustizia amministrativa rispetto alle esigenze del sistema economico. La principale complicazione va rintracciata nel criterio usato per effettuare il riparto di giurisdizione, che consiste nella tradizionale distinzione tra diritti soggettivi e interesse legittimo. Lo Stato ha usato in modo distorsivo questo paradigma per ritardare le pronunce relative alle proprie obbligazioni. Questo spiega perché la giurisdizione esclusiva sia vista con favore dagli operatori economici, essendo rimedio efficace per una certa attribuzione della giurisdizione^[49].

Un altro rischio consiste nel rendere il processo amministrativo una continuazione del conflitto intorno alle scelte di politica economica del paese attraverso l'ampiamiento della legittimazione ad accedere alla tutela giurisdizionale^[50].

Nuovi profili problematici provengono dalla previsione della tutela per equivalente contro l'esercizio o per il mancato esercizio del potere pubblico. Questo costringe l'amministrazione a considerare le conseguenze sia dell'annullamento sia del risarcimento degli interessi come eventi possibili del giudicato che incidono sulle scelte di programmazione economica. In questo contesto il giudice amministrativo è chiamato al delicato compito di assicurare la tutela risarcitoria per i cittadini e le imprese senza incentivare comportamenti opportunistici che pesano sulle casse pubbliche^[51].

Quanto esposto si manifesta a grandezze esponenziali nella materia dei contratti pubblici, che costituisce un settore nel quale si coniugano le incongruenze di una disciplina sostanziale ambigua e grandi opportunità di sviluppo economico.

Gli interventi sul processo devono essere guidati dall'analisi economica del contenzioso e per una corretta riuscita devono coinvolgere tutti i soggetti del processo^[52]. Un esempio di questa diversa cultura del processo è la ricostruzione dell'abuso del processo.

Nonostante alcuni legittimi dubbi sulla ricostruzione della figura di abuso del/nel processo, intesa come esercizio improprio dello strumento processuale alternandone i fini, la giurisprudenza civile prima e poi quella amministrativa hanno riconosciuto la categoria dell'abuso^[53].

Attraverso la figura dell'abuso del processo il giudice amministrativo riesce a regolare l'utilizzo del processo come risorsa a "disposizione della collettività"^[54]. Si struttura la consapevolezza che il processo è una risorsa economica e che deve essere organizzata in modo coerente con le ragioni della tutela del singolo e le aspettative del sistema economico.

Un altro fattore fondamentale per una corretta organizzazione della giustizia è legato all'uniformità della giurisprudenza. La questione è connessa al valore della prevedibilità e quindi della calcolabilità del diritto secondo modelli economici^[55]. Il controvalore di questa prospettiva è quello di idealizzare l'ordinamento congelando le dinamiche democratiche che lo attraversano^[56].

1.3. Il potere economico nel processo amministrativo

L'economia costituisce lo spazio delle libertà individuali e allo stesso tempo la manifestazione del potere pubblico oggetto del giudizio. Questo legame viene accentuato dalla rinuncia della politica al compito di intermediare tra sistema imprenditoriale e potere pubblico, che lascia quindi ai giudici il ruolo di protagonista nella gestione dei conflitti economici, con la conseguente “giuridicizzazione” dei rapporti conflittuali^[57].

La risposta alla crisi del mondo sostanziale deve avvenire agendo sulla legge attraverso una attenta opera di codificazione, prevenendo il conflitto attraverso la progettazione di regole coerenti. In questo senso il diritto amministrativo può patrocinare lo sviluppo economico, ma solo se l'azione amministrativa dà delle risposte certe sul piano sostanziale, entrando a pieno titolo nella formula del calcolo economico delle imprese sul mercato^[58].

I cambiamenti legati alla globalizzazione hanno radicato nella società un senso di insicurezza e sfiducia verso i processi di crescita e libertà individuale^[59]. La paura e l'incertezza del futuro sono state acuite dalla crisi economica e pandemica. Questo processo “ha piegato la fede nel progresso verso una ingannevole fiducia nel passato” che si è tradotto in un tradimento dei meccanismi di accrescimento collettivo in favore di modelli di soddisfazione individuale^[60].

In questo contesto così complesso, in cui il giudice amministrativo è posto all'incrocio tra tutte le contraddizioni della società occidentale, la vera sfida sta nel fondare un equilibrio alternativo ai facili proclami di un giudizio senza economia o di un'economia senza regole. Bisogna essere consapevoli che in questo percorso non ci può essere una miracolosa manna, ma è un processo di perfezionamento continuo della giustizia come risorsa della collettività^[61]: Il dialogo tra economia e processo e il nuovo codice del processo amministrativo possono essere considerati le prime pietre in questa direzione^[62]. La ricostruzione della fiducia è il compito fondamentale a cui sono chiamate le istituzioni e in primis i giudici^[63], attraverso la nomofilachia per riporre ordine e certezza nel sistema di diritto e con il patrocinio di una cultura giuridica consapevole dei diritti dei cittadini verso il potere^[64].

2. Il rito in materia di contratti pubblici come caso studio del legame tra economia e processo amministrativo

Il declinarsi in concreto delle modalità di esercizio degli strumenti consensuali della PA dipende strettamente dalle politiche economiche statali. Come si è provato a dimostrare, il mutamento del rapporto tra Stato e mercato ha inciso sulla disciplina dei contratti pubblici e di conseguenza sui modelli di tutela approntati^[65].

L'analisi del sistema dei contratti pubblici può essere usata come finestra per l'esame dei rapporti tra economia e diritto amministrativo sostanziale e processuale^[66]. In un contesto caratterizzato dall'unificazione del mercato europeo e dalla globalizzazione, il legislatore nazionale ha dovuto ricalibrare le finalità sottese alla disciplina dei contratti pubblici.

In generale, si potrebbe constatare che l'approccio del legislatore domestico alla normativa in materia di contratti pubblici sembra essere privo di una complessiva visione programmatica. Gli interventi normativi più recenti appaiono frammentari e condizionati da interessi contingenti più che da ponderate scelte di politica industriale. Se da un lato la normativa sostanziale appare contraddistinta da numerose incertezze, dall'altro il legislatore cerca di sciogliere i nodi sostanziali intervenendo principalmente sul piano processuale.

I principali tentativi di "riformare" la materia si concentrano sulla modificazione del modulo processuale^[68]. Si deve dire che questa politica normativa non può che scontrarsi con la funzione stessa del processo. Infatti, secondo la nota definizione, il giudice non può che intervenire successivamente rispetto al conflitto sul piano sostanziale^[69].

Per una corretta analisi dell'operato del legislatore nel settore si impone l'esame del modulo processuale speciale dei contratti pubblici. Questo per una duplice ragione: la prima è la convergenza nel modulo processuale di rilevanti interessi economici; la seconda è che il rito in esame costituisce il laboratorio prediletto per la sperimentazione di nuove soluzioni nel regno della giustizia amministrativa^[70].

Il fulcro intorno al quale ruota la disciplina processuale è la permanente tensione che sussiste tra interesse alla stabilità del contratto ed effettività della tutela dei ricorrenti^[71]. Il legislatore ha posto come arbitro dell'equilibrio giuridico-economico il giudice amministrativo, attribuendogli con gli artt. 121 e 122 c.p.a. specifici poteri di gestione del contratto. Il potere del giudice di decidere dell'efficacia del contratto si potrebbe potenzialmente porre in contrasto con il principio della domanda^[72].

Il regime impugnatorio degli atti e del contratto riflette il conflitto tra la stabilità dei rapporti negoziali e il diritto ad una tutela effettiva. Le soluzioni adottate dal legislatore sembrano andare nella direzione della prevalenza dell'interesse generale (o nazionale) all'esecuzione del contratto rispetto all'interesse del singolo ad ottenere una tutela giudiziale piena.

Uno dei sintomi principali di questa tendenza è la progressiva estensione della disciplina del rito speciale sulle infrastrutture strategiche a tutto il modulo processuale speciale^[73].

La contrazione della tutela dei non aggiudicatari non risulta essere totalmente incompatibile con l'assetto costituzionale del nostro ordinamento e con la normativa europea. La possibilità di anticipare il conflitto rispetto alla stipulazione del contratto, attraverso un adeguato sistema cautelare, sembra idonea a giustificare la contrazione della tutela cassatoria successiva.

Il tema da ultimo affrontato si presenta strettamente connesso con la rimodulazione delle tecniche rimediali. In particolare, il legislatore estende l'area della tutela risarcitoria a discapito della tutela in forma specifica^[74].

Seppur coerente con l'impostazione complessiva, eliminare completamente la possibilità di ottenere il bene della vita mediante la tutela giudiziale potrebbe portare a disincentivare, se non addirittura mortificare, le legittime pretese di giustizia dei singoli di fronte alla "superiorità" dell'interesse generale.

La logica che spinge al rafforzamento della stabilità del vincolo contrattuale appare muoversi anche nella direzione di un'accelerazione dei tempi processuali. Il legislatore per soddisfare le richieste di celerità scarica sui termini processuali ritardi e lunghezze che invece derivano soprattutto dai tempi di progettazione^[76].

Se da un lato deve dirsi meritevole di plauso l'intento di rendere il giudizio amministrativo un giudizio efficiente, dall'altro non si può ignorare che la complessità dei conflitti economici coinvolti in questo modello processuale necessitano di una fisiologica decantazione per ottenere un giudizio anche efficace ed effettivo. Sottrarre la decisione del giudice ad un'adeguata valutazione può costituire un danno peggiore di un giudizio eccessivamente lento.

La dinamica del processo sui contratti pubblici è strettamente influenzata dagli eventi contingenti. In particolare, oltre alle crisi economiche del nuovo millennio, la principale sfida delle nostre società è stata la crisi pandemica e i cambiamenti geopolitici che ne sono scaturiti.

Il Covid-19 e le sue conseguenze sul piano sociale ed economico sono state un elemento sconvolgente per lo Stato e per l'umanità nel suo complesso^[77]. Le difficoltà a livello planetario hanno reso necessaria una risposta collettiva di tutta l'Unione Europea. Questa si è concretizzata nel Next generation EU, il quale apre ad una politica solidaristica attenta non solo al profilo economico, ma anche ai temi sociali.

La declinazione domestica degli interventi in sede europea è stato il c.d. Piano Nazionale

di Ripresa e Resilienza. Il PNRR costituisce un programma di ristrutturazione complessiva e sistematica di alcune aree del sistema-Paese che passi attraverso il sistema dei contratti pubblici^[78].

2.1. Eterna emergenza eterna riforma

Segnatamente, lo stato di eterna emergenza^[79] in cui apparentemente versa la materia dei contratti pubblici ha spinto il legislatore ad un'affannosa rincorsa degli eventi senza una prospettiva programmatica.

La crisi economica dei primi anni del Secolo XXI ha imposto al legislatore di “semplificare” il procedimento e il processo sui contratti pubblici. In seguito, la crisi pandemica e lo stravolgimento degli assetti globali hanno richiesto modifiche normative di sussidio al mercato. Questi interventi legislativi consistono nella maggior parte dei casi in deroghe al regime ordinario del procedimento ad evidenza pubblica, in quanto questo viene percepito come un freno allo sviluppo economico del settore.

Sotto il profilo dell'economia processuale, il perdurare di un assetto derogatorio del sistema dei contratti pubblici incide sulle capacità di programmazione degli operatori economici. L'eterna riforma fa venire meno la calcolabilità del diritto e la prevedibilità del giudizio, che sono valori fondamentali per il sistema economico^[80]. La crisi della calcolabilità giuridica è stata ricondotta a una più ampia crisi delle fattispecie^[81].

La disciplina del nuovo codice avrà il compito di far convivere gli aspetti pro concorrenziali di matrice europea con la cura degli interessi nazionali e la tutela giurisdizionale dei concorrenti.

3. Conclusioni

Il rito dei contratti pubblici costituisce una cartina al tornasole del sistema di giustizia amministrativa. Attraverso l'analisi del rito speciale è possibile cogliere le tendenze principali del sistema di giustizia amministrativa alla luce del dialogo con i bisogni economici.

Il rito sui contratti pubblici si pone al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale perché costituisce un settore ipersensibile agli eventi storici e al mutamento degli approcci economici al diritto. Il processo dei contratti pubblici dimostra l'utilità di un approccio storicistico all'analisi del diritto^[82].

Sarebbe opportuno che la disciplina processuale dei contratti pubblici uscisse dalla condizione di incertezza e incalcolabilità a cui sembra relegata. In questo senso risulta auspicabile la predisposizione di un assetto normativo sufficientemente certo e sicuro, ma al contempo adattabile alle imprevedibilità dell'avvenire.

Il diritto deve poter essere un riferimento affidabile per gli operatori economici, almeno in una prospettiva di medio periodo^[83].

Note e riferimenti bibliografici

- [1] Si rinvia, sul punto a L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1985., p. 59; Sul ruolo della giustizia nei sistemi di common law si veda G. GILMORE, *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, 1988, p. 7 ss..
- [2] M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993, p. 22.
- [3] F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano: il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, p. 8 ss..
- [4] A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2013.
- [5] Cit. A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *giustiziamministrativa.it*, 2014.
- [6] B. SORDI, *Diritto pubblico*, op. cit., p. 211-213.
- [7] W. LIPPMANN, *La giusta società*, Roma, 1945, p. 334-335.
- [8] B. SORDI, *Diritto pubblico*, op. cit., p. 215.
- [9] Cit. *Ibidem*, p. 219.
- [10] F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, op. cit., p. 18.
- [11] A. ZOPPINI, *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, Relazione al Convegno "Il diritto civile e gli altri", Università di Roma la Sapienza, in *judicium.it*, 2011, p. 4.
- [12] In argomento si rimanda a G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2015.
- [13] A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1, 2020.
- [14] F. MERUSI, *Il sogno*, op. cit., p. 27-30.
- [15] Cit. A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, op. cit. p. 7.
- [16] Sul tema, si veda ampiamente G. ROSSI, *Capitalismo opaco*, Roma, 2005.
- [17] S. CASSESE, L. Torchia, *Diritto amministrativo: una conversazione*, Bologna, 2014
- [18] Senza pretesa di esaustività si rimanda G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, M. POLICE, M. RENNA, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, in *Il Foglio*, 2 aprile 2020. Prospettano nella materia dei contratti pubblici la limitazione della tutela del giudice amministrativo ai soli profili risarcitori così da evitare rallentamenti dei lavori nelle opere di interesse generale. In senso opposto G. CORSO, G. GRECO, F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, A. TRAVI, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il Foglio*, 8 aprile 2020. I quali hanno sollevato rilevanti dubbi di costituzionalità rispetto a questa proposta, ma anche una lucida critica del modello suggerito che incentiverebbe fenomeni di "burocrazia difensiva". Il dibattito ha poi avuto evoluzioni con L. TORCHIA, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della ricostruzione: responsabilità, controlli e tempestività*, in *IRPA.eu*, 1° aprile 2020; M. CLARICH, S. MICOSSI, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi da burocrazia*, in *Il Sole 24Ore*, 22 maggio 2020.
- [19] Si fa riferimento al fondamentale M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 21 ss..
- [20] Cit. A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, op. cit.; ID., *Giustizia amministrativa ed economia*, op. cit., 2014.; *Che riferendosi alla giustizia amministrativa la qualifica al contempo «emergenze e vantaggio strategico»*(p. 2).
- [21] Si rimanda sul tema a M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e*

l'economia, Bologna, 2020.

[22] Si rinvia in generale a M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021

[23] F. MERUSI, E. FREDIANI, *Itinerari di tutela del cittadino*, op. cit., p. 271 ss.. Qui è ricostruita con dovizia di dettagli l'ampia area di "economia pubblica" che ricade o ricadeva sotto la giurisdizione amministrativa. In particolare: il debito pubblico (272); le fidejussioni dello Stato (275); la finanza pubblica (281); il sistema creditizio-bancario (285); le autorità indipendenti e la regolazione del mercato (290).

[24] *Ibidem*, p. 291.

[25] Il tema viene affrontato da molti autori, tra cui si rinvia a G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 12-19.; G. CANZIO, P. GROSSI, A. PAJNO, *Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato: tre giurisdizioni apicali*, Bologna, 2017, p. 73.; S. CASSESE, *Cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2019.;

[26] Sul punto si vedano S. ROSSI, *Controtempo, L'Italia nella crisi mondiale*, Roma-Bari, 2009. Per saggiare il dibattito sviluppatosi nell'opinione pubblica si richiama A. PANEBIANCO, *La ragnatela del non fare*, in *Corriere della Sera*, 14 luglio 2013.; G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, M. POLICE, M. RENNA, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, op. cit..

[27] Cit. A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, op. cit., p. 223.

[28] A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, op. cit., p.19.

[29] Si rinvia sul punto V. FERRARI, *Diritto e società: elementi di sociologia del diritto*, Bari, 2004, p. 77.

[30] A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, op. cit., p. 224.

[31] Tema trattato con vasta bibliografia da M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010, p. 194.; In particolare sull'inflazione legislativa S. CASSESE, *Cosa resta*, op. cit., p. 6-10.

[32] A. PAJNO, *Insediamiento del Presidente del Consiglio di Stato Inaugurazione dell'anno giudiziario*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2016, p. 6.

[33] F. MERUSI, E. FREDIANI, *Itinerari di tutela del cittadino*, op. cit., p. 292 ss.

[34] A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, op. cit., p. 9. sottolinea come la giustizia amministrativa interseca con l'economia e il diritto, coinvolgendo la regolazione economica e la libertà privata.

[35] M. NOGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 18.

[36] Si veda sul punto M. DI BENEDETTO, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, p. 11, 34 ss.

[37] A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, op. cit., p. 16. Per cui mentre dallo "Stato interventore il cittadino desiderava ottenere il concreto godimento dei benefici sociali, dallo Stato regolatore il cittadino rivendica una coerente e non arbitraria regolazione".

[38] G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, op. cit., p. 311.

[39] A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, op. cit., p. 25.

[40] F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2020, I, p. 40.

[41] In argomento si veda il noto saggio M. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, p. 260.

[42] In argomento con vasta bibliografia G. NAPOLITANO, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico: teorie, applicazione e limiti*, Bologna, 2009, p. 274.

[43] A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, op. cit., p. 217.

[44] *Ibidem.*, p. 224.

[45] G. NAPOLIATO, M. ABRESCIA, op. cit., p. 280.

[46] Si rinvia sul tema a G. NAPOLITANO, Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo, in *Gior. Dir. Amm.*, 2011, p. 678.

[47] Si fa riferimento ai dati dei dossier: G. ROVIGATI, La realizzazione dei lavori pubblici in Italia: caratteristiche istituzionali e locali, per Banca d'Italia, in occasione del Workshop sulla "Misurazione e Valutazione del funzionamento della pubblica amministrazione", settembre 2021; F. DECAROLIS, Le riforme del sistema degli appalti: insegnamenti dall'evidenza empirica, per Università Bocconi; in occasione del Workshop sulla "Misurazione e Valutazione del funzionamento della pubblica amministrazione", settembre 2021; C. CARLUCCI, C. GIORGIOANTONIO, T. OORLANDO, Tempi di realizzazione delle opere pubbliche e loro determinanti, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 538, 2019, p. 8 ss.; G. VELTRI, Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018; L. CARBONE, Contenzioso sugli appalti: lo stato dell'arte e le sfide ancora aperte, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018; Ufficio studi della Giustizia amministrativa (a cura di), *Giustizia amministrativa ed economia: efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini*, Milano, Gruppo 24 ore, 2017; Ufficio studi della Giustizia amministrativa, *Analisi del rapporto tra giustizia amministrativa ed economia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2017. Si può constatare che il giudizio amministrativo dura molto di meno del giudizio civile e inoltre abbia un basso tasso di accoglimento dei ricorsi in appello, con la conseguenza di un'alta prevedibilità dei processi, soprattutto nel regime del processo sui contratti pubblici.

[48] A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, op. cit., p. 18.

[49] Sul tema si veda M. CLARICH, *Giustizia amministrativa e processi economici*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, n. 1, 2020.

[50] Si veda per ampi riferimenti in tal senso V. CERULLI IRELLI, Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 2, 2014.

[51] A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, op. cit., p. 20.

[52] A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, op. cit., p. 22.

[53] Senza pretesa di completezza si riportano alcune pronunce della suprema corte Cass. civ., sez. III, n. 20106 del 2009, con nota critica di C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010, 11, I, p. 2547: "... L'abuso del diritto, lungi dall'integrare una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, [...] nel collegamento tra il potere conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela a poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole..."; Cass. Sez. Un., n. 23726 del 2007, che ha esteso l'area applicativa dell'abuso del diritto al processo in quanto " [violazione del] generale dovere di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione"; Cass. Sez. III, n. 15476 del 2008; Cass. Sez. I, n. 1063 del 2010; Per quanto attiene al Supremo Consesso amministrativo si veda Cons. Stato Ad. Plen., n. 3 del 2011; Cons. St., sez. IV, n. 1209 del 2012; ID., n. 985 del 2012; ID., n. 1209 del 2012; Cons. St., V, n. 656 del 2013; Una cauta ricostruzione legata ai dubbi di una parte minoritaria di dottrina è presente in M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, n. 1, 2012, p. 136 ss. In particolare, la citata sentenza n. 656 del 2012 del Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile in appello l'eccezione del difetto di giurisdizione in quanto considerata "abuso degli strumenti processuali". In questo senso la giurisprudenza del massimo Consesso si è allacciata alle Sezioni Unite n. 23726/2007; M.A. SANDULLI, *L'abuso di processo*, in *Il libro dell'anno Treccani del diritto*, 2012, p. 4. Al di là dei profili problematici che questa categoria rappresenta per il diritto di difesa e per il rischio che il diniego di giustizia trovi un veicolo nell'abuso, la figura dell'abuso del processo è stata accolta, anche se con grande prudenza, positivamente dalla dottrina.

[54] Cit. A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, op. cit., p. 42

[55] M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1968.^[56] Sul punto, si rinvia a G. CANZIO., P. GROSSI, A. PAJNO, *Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato: tre giurisdizioni apicali*, op. cit., p. 99.

[57] M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, op. cit..

- [58] Si veda M. DI BENEDETTO, *La qualità delle regole*, op. cit., p. 14; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, op. cit., p. 36.
- [59] Si veda chiaramente su questo punto l'intervento di A. PAJNO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario*, in *Foro Italiano*, n. 3, 2017. Reperibile nel formato audio-video nell'archivio di Radio Radicale.
- [60] Cit. A. PAJNO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario*, in *Riv It. Dir. Pub. Com.*, n. 1, 2018, p. 4-5. Il quale sottolinea come le parole sono lo specchio del tempo, nell'epoca della crisi le parole dominanti sono: "contraddizione, smarrimento e crisi".
- [61] Cfr. A. PAJNO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario*, op. cit., 2016, p. 15.
- [62] M. CLARICH, *Giustizia amministrativa e processi economici*, op. cit.; A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, op. cit. mettono in guardia da una deriva populista che tende a delegittimare un approccio scientifico alle problematiche amministrative.
- [63] A. PAJNO, *Inaugurazione*, op. cit., 2017.
- [64] A. PAJNO, *Inaugurazione*, op. cit., 2018, p. 9.
- [65] A. PAJNO, *L'amministrazione per accordi*, in *AA.VV.*, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Napoli, 1997; ID., *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. Amm.*, n. 3, 2010.
- [66] S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 2002.; ID (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Laterza, 2021.
- [68] A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Astrid*, 2015.
- [69] F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2020.
- [70] M.A. SANDULLI, *Il rito speciale dei contratti pubblici nel primo decennio del cpa: tra progresso e involuzione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2021.
- [71] M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, Giuffrè, 2019; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2018.
- [72] M. SANINO, *Aggiudicazione e contratto nei contratti pubblici: un connubio complicato*, Padova, 2020
- [73] M. LIPARI, *Il rito appalti nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76: I limiti all'inefficacia del contratto. La pronuncia cautelare e la definizione immediata del merito. L'accelerazione della pubblicazione della sentenza*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.
- [74] Sulla costituzionalità del modello risarcitorio Corte Cost. n. 160/2019; ID. n. 49/2011.
- [76] C. CARLUCCI, C. GIORGIOANTONIO, T. ORALNDO, *Tempi di realizzazione delle opere pubbliche*, op. cit..
- [77] L. TORCHIA, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della ricostruzione: responsabilità, controlli, tempestività*, in *IRPA.eu*, 2020.
- [78] R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Bologna, 2021.
- [79] Segnatamente rispetto al rito sui contratti pubblici, il legislatore nazionale è dovuto intervenire con la disciplina derogatoria del d.l. 16 luglio 2020 n. 76. Quest'ultimo si inserisce in un quadro che già prima della pandemia, con il d.l. 109/2018 e il successivo d.l. 32/2019, conosceva forme derogatorie alla disciplina del Codice del 2016. In questo senso lo straordinario d.l. 76/2020 si pone in continuità con i precedenti interventi normativi.
- In seguito, il legislatore con il d.l. n. 77/2021 ha ribadito l'impostazione derogatoria al fine di meglio perseguire la realizzazione degli obiettivi del PNRR. In questa sequenza di interventi straordinari è da segnalare il recentissimo d.l. n. 68 del 16 giugno 2022, originariamente affiancato dal decreto legge n. 85 del 7 luglio 2022, convertito con modificazioni dalla legge n. 108 del 5 agosto 2022.

Gli interventi citati in loro complesso perseguono obiettivi di accelerazione processuale. La scelta di fondo sembra essere quella di estendere il più possibile l'area dell'art. 125 c.p.a. anche a opere non strategiche, elevando l'interesse nazionale a valore fondamentale della disciplina.

L'apice dell'opera riformativa sarà la promulgazione del nuovo Codice dei contratti pubblici. La frammentarietà della disciplina e il proliferare di sub-modelli processuali hanno spinto il legislatore ad adottare la legge n. 78/2022, che delega al governo la predisposizione un nuovo codice dei contratti pubblici adottato con d.lgs. 36 del 31 marzo 2023.

[80] M. WEBER, *Economia e società*, op. cit.. Per il quale “ogni potere, quale possibilità di specifici comandi di trovare obbedienza, può fondarsi sui più diversi motivi di disposizione a obbedire, cominciando dalla cieca abitudine fino a considerazioni puramente razionali rispetto allo scopo. [...] L'esperienza mostra che nessun potere può accontentarsi per sua volontà di fondare la propria permanenza su motivi esclusivamente affettivi o razionali rispetto al valore. Ogni potere cerca di coltivare la fede nella propria legittimità” (Cfr. p. 207). Per Weber la validità del potere legittimo può essere di tre tipi ideali: (i) di carattere tradizionale; (ii) di carattere carismatico; (iii) di carattere razionale. Nell'esperienza concreta della storia nessuno dei tre tipi si presenta in versione pura (p. 210). In particolare, il potere legale si fonda sulla possibilità che “qualsiasi diritto possa essere statuito razionalmente rispetto al valore o allo scopo” (Cfr. p. 212). Il diritto inteso come insieme di regole astratte deve essere osservato dai consociati. Questi non devono “obbedire” al detentore del potere in quanto tale, ma all'ordinamento impersonale nei limiti della competenza, razionalmente delimitata, di quest'ultimo. Sono elementi essenziali di un potere razionale: (i) l'esercizio continuativo di funzioni d'ufficio entro una competenza oggettiva individuata; (ii) una precisa delimitazione dei mezzi di coercizione. L'ordinamento nel suo complesso informa con precetti empiricamente validi l'agire dei consociati, che nel perseguire l'insieme delle norme considerate valide, poiché razionali, hanno come prospettiva il perseguimento del proprio interesse economico. Nella prospettiva delle scienze sociali questo forma “l'ordinamento economico” (p. 309). In conclusione, il diritto deve potersi “calcolare al pari di una macchina”.

[81] Paradossalmente nel mondo globalizzato sembra che la stabilità del diritto statale non sia più un valore preminente. In questa prospettiva è opportuno richiamare l'analisi di N. IRTI, *Calcolabilità “Weberiana” e crisi delle fattispecie*, in De Donno, Pernazza, Torino, Scarchillo, Benincasa (a cura di), *Persona e attività economica tra libertà e regola: studi dedicati a Diego Corapi*, Napoli, 2016. I rapporti giuridici che condizionano il calcolo dell'imprenditore sono di un duplice ordine: (i) i rapporti con l'apparato burocratico; (ii) i rapporti giuridici tra i privati. I primi sono retti da regole tendenzialmente impersonali e prevedibili, i secondi invece dipendono da una sistemazione razionale “dell'amministrazione della giustizia”. In chiave problematizzante l'Autore si pone la domanda di come possa il diritto stare al passo con il susseguirsi degli eventi, rectius come può “un principio di diritto astratto rincorrere e raggiungere la variabilità delle fattispecie concrete?” (p. 102). Per tornare alla famosa metafora di Weber il diritto calcolabile è un diritto stabile e non un diritto soggetto a un “vortice incessante” di mutamenti. L'Autore in senso provocatorio suggerisce che alla calcolabilità del diritto statale sia stata surrogata una calcolabilità nata dal diritto della finanza internazionale. In questo senso si prospetterebbe una rottura definitiva tra “occidente e capitalismo”.

[82] P. GROSSI, *La storicità del diritto*, Lezione magistrale tenuta presso l'Università Federico II di Napoli, Napoli, 2006. L'Autore critica il positivismo giuridico di matrice illuministica che avrebbe strappato la norma dal tempo e dallo spazio per rinchiuderla “nell'itinerario che va dal progetto parlamentare alla promulgazione della norma” (Cfr. p. 11). In contrapposizione al legalismo Grossi sostiene un'analisi del diritto a partire dalla sua impurità. Il diritto è impuro “perché carnale, perché è una dimensione della storia umana e in questa si inserisce; né può essere semplice [o “semplificistico” come affermato anche da Santi Romano, si veda in tal senso P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, p. 111 ss.], anzi complessa, perché complesso è il corpo vivente della società alla quale il diritto stesso incessantemente si riferisce” (p. 15).

[83] Ispirandoci alle parole di J.M. KEYNES, *La riforma monetaria*, Milano, 1975, “In the long run we all are dead”, dovremmo guardare con razionalità alle incertezze dell'avvenire.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9692>