

L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni

di Bianca Nicla Romano

SOMMARIO: 1. Il principio della fiducia tra profili innovativi e di discontinuità del nuovo Codice dei contratti rispetto al precedente. – 2. Il principio di buona fede nella Legge sul procedimento amministrativo e nel Codice dei contratti. – 3. "Luci" e "ombre" sul nuovo principio della fiducia. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Il principio della fiducia tra profili innovativi e di discontinuità del nuovo Codice dei contratti rispetto al precedente*

Il 31 marzo 2023 è stato pubblicato il Decreto Legislativo n. 36, contenente il nuovo Codice dei contratti pubblici¹, entrato in vigore il 1° aprile e destinato a trovare applicazione agli affidamenti pubblici di lavori, servizi e forniture a partire dal 1° luglio 2023.

Si tratta di un *corpus* normativo che appare innovativo rispetto a quello precedente – Decreto Legislativo 50/2016² – non perché "rivoluzioni" il settore dei contratti pubblici, bensì perché – nel rispetto delle indicazioni contenute all'interno del PNRR³ – persegue l'obiettivo di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente, costituita da norme stratificate e, a volte, troppo rigide e dettagliate che, sebbene opportune al fine di porre rimedio e prevenire fenomeni corruttivi, hanno, tuttavia, determinato il risultato di rendere incerto e poco concreto l'operato dei pubblici funzionari, a discapito della tempestività e dell'efficienza della Pubblica

¹ "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici"; esso è stato pubblicato sul supplemento Ordinario n. 12 alla Gazzetta Ufficiale n. 77. Al pari del Codice precedente esso è volto ad attuare le direttive europee del 2014 in materia di appalti e concessioni, e cioè le direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

² Il Decreto Legislativo 50/2016 resterà ancora in vigore fino al 31 dicembre 2023.

³ La modifica della disciplina dei contratti pubblici è conseguenza della necessità di semplificazione rientrante tra gli obiettivi del PNRR, la quale è stata perseguita attraverso l'adozione di misure urgenti (ad es. decreto legge 76/2020) e misure cd. a regime. Tra queste ultime rientra, appunto, la riforma complessiva del Codice dei contratti pubblici.

Amministrazione⁴. Il Consiglio di Stato che ne ha redatto il progetto⁵ ha, pertanto, precisato, nella relazione illustrativa al testo predisposto, che l'intenzione perseguita è stata quella «di scrivere un codice che racconti la storia delle procedure di gara, quale strumento che vuole guidare le amministrazioni e gli operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione, sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto»⁶. Dunque, coerentemente anche con la recente normativa emergenziale, si è voluta introdurre una disciplina più flessibile – grazie a regole più generali, quali criteri guida – che, contrariamente alla precedente, consenta di aumentare la discrezionalità delle amministrazioni, lasciando più spazio ai funzionari pubblici i

⁴ La disciplina italiana dei contratti pubblici, come evidenziato in dottrina, è sorta, fin dal compiersi dell'unità nazionale, e si è sviluppata «nella direzione della moltiplicazione – e frequente modificazione – di un reticolo minuscolo di regole (...) Si è spesso trattato di disposizioni dirette ad una minuscola, se non maniacale, disciplina del dettaglio, diretto, primariamente, ad assicurare l'imparzialità dell'amministrazione ed il controllo della spesa». Il risultato che ne è derivato è stato che la rigida disciplina dettata al fine di conseguire la massima imparzialità ha, invece, condotto alla «protrazione di termini, alla rigidità di progetti e regole contrattuali, (...), con fatale effetto sui prezzi finali», destinati inevitabilmente ad aumentare. cfr. L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, su *Urbanistica e appalti*, 1/2023, 7.

⁵ Molte previsioni del nuovo Codice hanno suscitato polemiche giornalistiche ed interpretazioni, alimentate anche da dichiarazioni critiche che hanno trovato ampia risonanza mediatica. Innanzitutto è stata discussa la sua autoesecutività attraverso il meccanismo di delegificazione, su cui si tornerà più avanti; ma si è obiettato anche che lo schema è incompleto e pieno di vistose contraddizioni, e questo dato sarebbe la conseguenza inevitabile dell'attività di un giudice amministrativo che «aspira a divenire legislatore» e che finisce con l'indicare esso stesso le norme e le violazioni che ritiene siano, rispettivamente, da seguire e sanzionare determinando, in tal modo, la violazione del principio di divisione dei poteri. Tali critiche sono evidenziate ma non condivise da S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, gennaio 2023, che le considera «infondate e ingiuste», rilevando che vi è una profonda differenza fra il giudice amministrativo che decide una controversia e il giudice amministrativo che elabora uno schema normativo, quale quello del Codice in esame. Quest'ultimo, come rappresentato da altra dottrina, presenta, in realtà, profili fortemente innovativi, sia sul piano dell'impostazione che su quello dei contenuti e tocca questioni rilevanti non solo in termini economici, ma anche per lo sviluppo e la crescita del Paese; cfr. M. A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2023.

⁶ Cfr. Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19, XIX Legislatura, «Schema di decreto legislativo recante Codice dei contratti pubblici (Parere ai sensi dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78) trasmesso il 5.1.23 e reperibile su www.senato.it.

quali, in tal modo, possono individuare la regola specifica più opportuna per il caso concreto e vedere, al contempo, valorizzato il proprio operato.

In risposta a tale esigenza il nuovo Codice denota profili di innovatività e di discontinuità rispetto al precedente che appaiono evidenti sin da subito, in quanto, nella Parte I del Libro I, sono codificati dodici articoli dedicati specificamente ai principi⁷, ma non a quelli più generali e che sono già desumibili dalla Costituzione e dalla Legge n. 241/1990, quanto, piuttosto, ad alcuni principi “preceattivi”, dotati di immediata valenza operativa, grazie ai quali soppiantare la struttura normativa rigida, dettagliata (e a volte contraddittoria) attraverso cui essi hanno finora trovato spazio nel tessuto normativo⁸ e che, in tale rinnovato contesto, sembrano, invece, delineare la materia dei contratti come un autonomo settore – con una propria specificità e dei propri valori – e non solo quale branca del diritto amministrativo⁹.

⁷ Sul tema, si rinvia, tra gli altri, a G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, giugno 2023; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *diritto e processo amministrativo*, 8 giugno 2023; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 16 gennaio 2023; C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023.

⁸ Come espresso, dal Consiglio di Stato, a pag. 11 della Relazione allo Schema di decreto la codificazione dei principi mira a realizzare, in particolare, fra gli altri, i seguenti obiettivi: a) ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. art. 1, comma 2); b) accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. “burocrazia difensiva”, che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (cfr. art. 2, comma 2).

⁹ Più nel dettaglio, la codificazione dei principi si articola in due titoli distinti: il Titolo I, dedicato ai principi generali veri e propri (risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro); e il Titolo II che, invece, codifica principi comuni a tutti i Libri del Codice relativamente al campo di applicazione, al responsabile unico dell'intervento e alle fasi della procedura di affidamento. Si veda F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *diritto e processo amministrativo*, cit. in cui l'A. evidenzia che nell'ambito della contrattualistica pubblica i principi, rimanendo immutati pur al verificarsi di un eccesso di normazione, hanno svolto molteplici ruoli, tra cui la funzione stabilizzatrice che, grazie alla loro «forza

Le riflessioni del presente scritto verteranno principalmente su uno di tali principi, quello della fiducia – introdotto dall’art. 2, mai codificato esplicitamente finora e, a sua volta, strettamente connesso con quello del risultato – soffermandosi, in particolare, sulla nuova prospettiva che il Legislatore sembra voler concretizzare attraverso la creazione di un legame tra questo ed un principio che, invece, era già codificato all’interno del nostro ordinamento, quale quello della buona fede.

Preliminarmente si deve evidenziare che il principio della fiducia introdotto dal nuovo Codice non è stato considerato unanimemente “nuovo” in dottrina¹⁰. Del resto, la fiducia rappresenta uno stato emotivo, che preesiste e prescinde dalla norma, appartiene alla sfera intima dell’individuo e può connotare, in misura maggiore o minore, innanzitutto i suoi rapporti interpersonali e poi anche quelli con le istituzioni.

Tanto premesso, seppure sia condivisibile che la fiducia non possa essere imposta dall’esterno¹¹, a chi scrive appare, tuttavia, innovativa

espansiva» ha, innanzitutto, contribuito a far sì che «l’ordinamento sovranazionale, pur in mancanza di disposizioni specificamente rivolte al diritto dei contratti pubblici nei Trattati, avesse una forte incidenza sulla materia, “europèizzandola” intensamente».

¹⁰ F. SAIITA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit. e A. M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, cit., 155, evidenziano che esso era già declinato nell’art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, che menziona la buona fede quale principio cui devono essere improntati i rapporti tra cittadino e Pubblica Amministrazione; M. L. L. MORRA e R. MURINO, *Appalti: nuove regole del gioco con la carta imprevisti non si passa dal via*, in www.federalismi.it, cit., nell’evidenziare che l’art. 2 è una norma che, più di ogni altra, segna una svolta rispetto alla disciplina previgente, la ritengono «la disposizione più “politica” del nuovo articolato, con la quale si è voluto codificare un principio di civiltà giuridica ed imprimere – nero su bianco – un cambiamento culturale al Paese». Con essa si è, in buona sostanza, positivizzato un dogma – morale, prima ancora che giuridico, non tanto per innovare l’ordinamento, ma, piuttosto, per porre un freno a quegli atteggiamenti di diffidenza e di sospetto nei confronti degli amministratori pubblici, «sovente tacciati di curare interessi personali piuttosto che quelli della collettività»; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell’amministrazione e dell’amministrazione: riflessioni intorno all’articolo 2 del nuovo codice dei contratti Pubblici*, in www.federalismi.it, 17/2023, 274, ritiene che «la disposizione in commento non si distingue quanto a portata innovativa» in quanto la fiducia è precondizione di ogni forma di collaborazione e ad essa devono ritenersi ispirate anche altre disposizioni già esistenti. Al contrario, A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, cit., § 1, ritiene che il principio della fiducia sia «nuovo».

¹¹ Cfr. C. VOLPE, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: dall’emergenza del modello Genova a nuove procedure di ordinaria efficienza per la competitività sul mercato*, in www.giustizia-amministrativa.it, luglio 2023, in cui l’A. critica l’introduzione del principio in quanto sostiene che la fiducia non possa essere imposta ma vada, invece, «conquistata sul campo». Nello stesso

la scelta di averla codificata puntualmente quale principio giuridico cui improntare l'azione dei pubblici funzionari – che, specie nel delicato e complesso settore dei contratti pubblici, si dimostra, spesso, rallentata e poco efficiente – a vantaggio anche di un miglioramento del rapporto tra pubblico e privato, funzionale alla rinascita economica del Paese. Spetta, infatti, ai pubblici funzionari agire per conto dell'amministrazione a cui appartengono e porre in essere l'azione amministrativa che consenta la soddisfazione dell'interesse pubblico prioritario alla realizzazione di un'opera, all'esecuzione di un servizio o al conseguimento di una fornitura ed è, dunque, innanzitutto a costoro che la fiducia deve appartenere affinché, conseguenzialmente, possa esserne connotato anche il rapporto con i consociati. In pratica, la fiducia dovrebbe essere reciproca «tra le azioni dei governanti e quelle dei governati» e potersi sostanziare nel principio di affidamento che l'ordinamento garantisce¹². Infatti, se la si riuscisse a recuperare in maniera reciproca¹³ ne conseguirebbe che lo stesso ordinamento verrebbe ad essere riconosciuto come giusto ed efficiente, e quanto maggiore si dimostri tale riconoscimento, tanto più si potrebbe continuare ad alimentare la fiducia, in maniera quasi circolare, a vantaggio anche di un recupero di discrezionalità in capo al funzionario agente¹⁴.

Codificata, come è stata, in un principio e non in una regola, la fiducia può rappresentare, dunque, un criterio ispiratore dell'azione ammi-

senso anche G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., § 2.

¹² T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Editori Laterza, 2021. L'A. sostiene che dove la fiducia manca entra in gioco la sanzione, la coercizione o, peggio ancora, l'ingabbiamento dell'attività in regole asfittiche e sovrabbondanti; essa deve consistere però nella comune e spontanea accettazione delle regole. Pertanto, «quanto più le norme corrispondono a standard di ragionevolezza, tanto più ci si può aspettare che i cittadini le seguano e le attuino nei loro rapporti reciproci». Al contrario, di fronte all'imprevedibilità dei comportamenti normativi si indebolisce la stessa consistenza e credibilità della legge, pp. 82-83.

¹³ La reciprocità della fiducia comporta che ad una amministrazione trasparente e corretta debba corrispondere un cittadino/operatore economico altrettanto trasparente e corretto. Si veda, al riguardo, F. SAIITA, *op. cit.*

¹⁴ In merito al citato lavoro di T. Greco, si veda F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Sulla complessa relazione tra diritto e fiducia*, in *Etica & Politica*, XXV, 2023, 1, pp. 84-97, che evidenzia la rilevanza che T. Greco attribuisce alla fiducia nell'organizzazione politica (e giuridica) ottimale, in cui si stabilisce un collegamento diretto con la questione della legittimità e della sua capacità di generare fiducia nelle istituzioni, in quanto «la legittimità implica la fiducia e, allo stesso tempo, la genera».

nistrativa e non un'imposizione cui bisogna necessariamente aderire¹⁵, e siccome la sua assenza può compromettere la stessa effettività delle regole, è importante che sia recuperata e rivalutata perché possa, da un lato, caratterizzare la vita sociale e, dall'altro, al contempo, essere componente essenziale della vita giuridica.

Attraverso la codificazione di tale principio il Legislatore sembra, insomma, voler ripristinare un valore che dovrebbe già di per sé connotare il concetto stesso di amministrare¹⁶ ed essere ravvisabile non solo nelle relazioni interpersonali, ma anche con riferimento alle istituzioni, superando quel senso di sfiducia che ha finora prevalentemente caratterizzato l'attività dei pubblici funzionari, specie nella materia dei contratti pubblici. Sotto tale aspetto, vale a dire quello della contrapposizione alla sfiducia, la fiducia, come si vedrà di seguito, può, dunque, rappresentare un segno di svolta rispetto al passato nello stretto legame che il legislatore ha voluto evidenziare con la buona fede.

Se, però, il fine per cui la fiducia è stata codificata è quello di creare le condizioni perché l'azione amministrativa sia esercitata più "fluidamente", ci si chiede se non possa costituire un primo ostacolo ad esso innanzitutto il meccanismo innovativo attraverso cui il nuovo Codice è entrato in vigore, ovvero quello della sua autoesecutività¹⁷. Infatti, il Legislatore ha previsto l'emanazione di regolamenti ministeriali da adottarsi attraverso

¹⁵ T. GRECO, *op.cit.*, 104. Richiamando G. ZAGREBELSKY (in *Diritto allo specchio*, Einaudi, 2018, p. 233) l'A. afferma che «alle regole si ubbidisce» mentre «ai principi si aderisce». Si veda, al riguardo, anche A. TAURELLI, *Recensione a T. Greco, La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 1-192, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022, che si sofferma sulla distinzione fatta da T. Greco circa il funzionamento di regole – che immettono un grado minimo di fiducia nel sistema giuridico – e principi, che comportano un maggiore grado di discrezionalità e, quindi, di fiducia.

¹⁶ IDEM. Come evidenziato da C. DEL BÒ, *Diritto e fiducia. Discutendo la proposta di Tommaso Greco*, in *Etica & Politica*, XXV, 2023, 1, pp. 98-104, T. Greco conferisce alla fiducia un ruolo essenziale, ponendola alla base dell'esperienza giuridica.

¹⁷ Il nuovo Codice è entrato in vigore già (quasi) completo e corredato della disciplina applicativa, normalmente lasciata alla normazione di livello secondario. Esso, come precisato a pag. 9 della Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, contiene 35 allegati (molti consistono in poche pagine). Si precisa che essi assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010, risalente addirittura all'attuazione del Codice del 2006).

un originale meccanismo di “delegificazione”¹⁸ che si sostituisce al rinvio ad ulteriori provvedimenti attuativi che era stato, invece, previsto per il Codice del 2016, sì da potere avere una immediata conoscenza dell'intera disciplina da attuare, conservando, di quella precedente, le norme che hanno avuto un impatto ed una applicazione positivi in sede di attuazione¹⁹.

In altri termini, attraverso quello che è stato definito un «*meccanismo di delegificazione speciale*», costruito sulla base di «*quella straordinaria best practice mondiale costituita dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988*»²⁰, si è inteso risolvere una delle maggiori criticità del D. Lgs. 50/2016, e cioè la lunghezza di molti articoli – spesso, tra l'altro, difficilmente comprensibili – senza rinviare ad una normativa secondaria o a linee guida da approvare successivamente, conseguendo il duplice risultato di superare il precedente sistema delle linee guida ANAC quale fonte normativa e di ridurre le norme vincolanti delle stesse, adeguate e trasfuse nel testo normativo del Codice o negli allegati²¹. In tal modo si è voluto ottenere non solo l'effetto

¹⁸ Gli allegati sono richiamati dagli articoli del Codice, per cui vanno considerati quando, nella disposizione di interesse, si rinvia ad essi, con la sola eccezione dell'allegato 1 al libro I che, recando le definizioni “dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti”, è da consultarsi prima di accingersi ad applicare il Codice, quale sua chiave di lettura. Essi sono stati denominati con un numero romano, che indica il libro del Codice, e con un numero arabo progressivo, per quelli riguardanti lo stesso libro. Cfr. E. FOLLIERI, *La completezza del documento normativo del codice dei contratti pubblici*, in www.ntplusdiritto.ilsole24ore.com.

¹⁹ Segnatamente, come esplicitato nel Dossier sul Codice dei contratti pubblici A.G. 19, del 16 gennaio 2023, 11, attraverso l'adozione della “tecnica degli allegati”, ciascuna disposizione che richieda di essere integrata da norme di dettaglio rinvia ad uno o più specifici allegati al Codice (aventi, dunque, un iniziale valore di legge); in sede di prima applicazione, l'allegato in questione è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento ministeriale. È, inoltre precisato che, essendo autorizzata l'abrogazione e la sostituzione integrale degli allegati a decorrere dall'entrata in vigore dei corrispondenti regolamenti ministeriali, è da escludersi che tali regolamenti si limitino ad intervenire esclusivamente su singole parti dei contenuti degli allegati comportandone una delegificazione solo parziale (la quale darebbe vita ad atti in cui conviverebbero norme di valore legislativo e norme di rango regolamentare).

²⁰ L. CARBONE, *La scommessa del “codice dei contratti pubblici” e il suo futuro*, in giustizia-amministrativa.it, gennaio 2023, p. 8. L'A. evidenzia che tale scelta è stata fatta *con temerarietà*, per ovviare all'assenza di una norma che autorizzasse espressamente l'esercizio del potere regolamentare.

²¹ Le indicazioni delle linee guida non vincolanti – spesso scambiate per ulteriori atti

di una consultazione più completa e semplificata delle norme, ma anche l'eliminazione della diversità delle fonti normative di integrazione e di attuazione: infatti, gli allegati al Codice che hanno sostituito regolamenti e linee guida precedenti hanno la forza propria del decreto legislativo²².

Nonostante debba considerarsi positiva l'eliminazione delle tante fonti secondarie attraverso cui si era data attuazione al D.Lgs. n. 50/2016, tuttavia, tale meccanismo è stato oggetto di critiche in quanto è apparso piuttosto complesso ed anche problematico innanzitutto perché sono state inserite negli allegati al Codice disposizioni previste in atti di rango diverso (regolamenti, decreti ministeriali, linee guida), per cui ciò che è attualmente disciplinato dalla legge potrebbe risultare disciplinato da un regolamento ministeriale²³ a seguito della abrogazione che ne deriverebbe a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento stesso²⁴. A ciò deve aggiungersi che la fonte regolamentare, seppure più agile di quella legislativa, è, però, anche più facilmente modificabile²⁵ e tale circostanza, ad avviso di chi scrive, potrebbe determinare l'effetto che, a seguito di

normativi – sono state collocate nella relazione illustrativa, non concepita come la solita “versione in prosa” dell'articolato, ma come un vero *Gesetzmaterial*, un “materiale della legge”, un manuale per l'applicazione pratica, una *guideline*, IDEM, p. 23. Ciascuno di tali allegati, escluso il primo che contiene le definizioni con valore legislativo, potrà essere delegificato e sostituito da un regolamento governativo che, dopo che sarà stato adottato, sostituirà l'allegato legislativo e acquisirà valore regolamentare, divenendo allegato al Codice. Cfr. anche M. L. L. MORRA e R. MURINO, *Appalti: nuove regole del gioco con la carta imprevisti non si passa dal via*, in www.federalismi.it, n. 12/2023, p. 82.

²² E. FOLLIERI, *La completezza del documento normativo del codice dei contratti pubblici*, cit. L'A. valuta positivamente l'eliminazione delle tante fonti secondarie attraverso cui si era data attuazione al D.Lgs. n. 50/2016 le quali, con il nuovo Codice, sono state ridotte, per lo più, al regolamento di cui all'art. 17, comma 3, della Legge 400/1988.

²³ Tale regolamento rimane allegato al Codice ma con forza e regime diversi.

²⁴ In dottrina si è, a tal proposito, obiettato che dal meccanismo in questione potrebbe derivare «la disintegrazione asincrona della natura giuridica del codice, che da legge diviene un misto di legge e regolamenti ministeriali, che saranno necessariamente adottati in tempi differenti e man mano, con diverse decorrenze, si inseriranno nello stesso ma con una natura diversa. Si va verso un corpus normativo misto, composto da legge + regolamenti de futuro». Cfr. C. VOLPE, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: dall'emergenza del modello Genova a nuove procedure di ordinaria efficienza per la competitività sul mercato*, cit.

²⁵ La scelta di avvalersi della fonte regolamentare ha, tuttavia, il «pregio di valere comunque solo per il futuro e superare la confusione derivante dall'incertezza dell'inquadramento e della natura delle linee guida ANAC», cfr. M. A. SANDULLI, *Riflessioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it, febbraio 2023.

eventuali e, magari, frequenti modifiche, la disciplina possa trasformarsi in una regola che crea incertezza al momento dell'applicazione da parte del funzionario pubblico, a discapito della fiducia nel sistema con cui, invece, lo si invita ad agire.

Inoltre va evidenziato che il Codice non è del tutto *self-executing* come precisato nella Relazione, in quanto è comunque prevista l'emanazione di successivi provvedimenti per la definizione di alcuni aspetti di dettaglio (a testimonianza di una certa minuziosità anche nel nuovo Codice). Ad esempio, infatti, l'AgID deve definire le regole tecniche per la digitalizzazione ed i requisiti tecnici delle piattaforme di approvvigionamento digitale; l'ANAC deve attivarsi entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto per definire alcuni aspetti specifici in materia di pubblicità e trasparenza, individuando, con apposito provvedimento, le tipologie di dati concernenti la partecipazione alle procedure di affidamento da inserire nel fascicolo virtuale dell'operatore economico²⁶; saranno, inoltre, affidate ad un regolamento del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero²⁷.

L'emanazione di tali nuove regole potrebbe rappresentare un'altra difficoltà per i funzionari che, per applicarle efficacemente, necessiterebbero di una formazione specifica che non appare consentita dai tempi stretti (tre mesi) che devono intercorrere tra l'entrata in vigore e l'efficacia del Codice²⁸. Ci sarebbe, allora, da chiedersi se non ci sia il rischio che anche tale ultima circostanza si ripercuota sulla fiducia e, di conseguenza, sull'efficienza dell'azione amministrativa.

²⁶ Il Fascicolo virtuale dell'Operatore Economico (FVOE) nel nuovo Codice (D. Lgs. 36/2023) è disciplinato dall'art. 24; si tratta di un servizio che fa capo alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'ANAC e che, in base a quanto previsto dalla norma transitoria dell'art. 225, comma 2 dello stesso D. Lgs. 36/2023, sarà interoperabile con le banche dati delle amministrazioni certificanti a decorrere dal primo gennaio 2024.

²⁷ Tale regolamento sarà adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentita l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

²⁸ C. VOLPE, *op. ult. cit.*, parla di un possibile «*shock regolatorio*» che potrebbe verificarsi nei primi mesi di applicazione; inoltre, l'A. evidenzia l'ulteriore criticità relativa alla disciplina transitoria: infatti, sono state previste due date differenti, una per l'entrata in vigore del Codice (al 1° aprile 2023) ed un'altra per l'inizio della sua efficacia (dal 1° luglio 2023) che, per alcune (quali, ad es. quelle sulla digitalizzazione) sarà solo dal 1° gennaio 2024. Ciò significa che, in via transitoria, fino al 31 dicembre 2023, continueranno ad applicarsi alcune norme del D.Lgs. n. 50/2016, con tutte le prevedibili conseguenze in termini di applicazione della disciplina.

Appare evidente che solo la piena entrata a regime del Codice potrà smentire tali perplessità e consentire di verificare se attraverso il meccanismo in questione saranno effettivamente perseguibili gli obiettivi previsti di semplificazione e razionalizzazione della materia senza che sia, da un lato, inficiato l'auspicato recupero della fiducia da parte del funzionario e, dall'altro, intaccato l'obbligo di risultato cui l'amministrazione è tenuta ai sensi dell'art. 1²⁹.

Tale ultima norma, infatti, rappresenta un'altra delle novità del Codice, perché in essa il Legislatore codifica il principio del risultato connettendolo all'affidamento del contratto relativo alla realizzazione dell'opera pubblica, ovvero all'espletamento del servizio e al conseguimento della fornitura e della sua esecuzione da parte delle stazioni appaltanti, le quali devono conseguirlo con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo³⁰.

Come è noto, quello del risultato è un tema che ha molto interessato la dottrina in particolare tra la seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso e i primi anni del nuovo millennio³¹, quando, rilevandosi la scarsa

²⁹ In dottrina si è sostenuto che il principio di risultato «proietta» su quello della concorrenza «la sua ombra» piegandolo «all'esigenza di conseguire un esito rappresentato da un risultato ottimale»; quest'ultima è finalizzata a conseguire tale risultato attraverso il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, da un lato, e la tempestività dall'altro. Cfr. S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit. Ma sul principio di risultato nel nuovo Codice dei contratti si veda anche F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, su www.giustizia-amministrativa.it, maggio 2023, che definisce l'introduzione di tale principio «una delle più significative novità» del nuovo Codice dei contratti pubblici, testimoniata anche dalla sua centrale collocazione all'articolo 1.

³⁰ Si ritiene che la nozione di risultato amministrativo abbia natura relazionale; essa «muta con il modificarsi del termine di riferimento e dell'iter dal quale esso scaturisce, di cui lo stesso costituisce, appunto risultato». Cfr. S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit.; ma si veda anche M. R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 2020, 4845 ss.

³¹ *Ex multis*, L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, 299 ss.; ID., *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, I, 1999, 57 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003. Ma si rinviengono anche altri contributi, pubblicati in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. IMMORDINO – A. POLICE, Torino, 2004, tra cui si citano, *ex multis*, M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, 15 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'ammi-*

efficienza dell'azione amministrativa, si è ritenuto di attribuire al risultato, forte dell'ormai piena consapevolezza del carattere precettivo del principio costituzionale di buon andamento, una nuova importanza grazie alla quale esso potesse e dovesse divenire, al contempo, parametro idoneo a misurare la responsabilità dei funzionari e strumento per la valutazione della legittimità dell'atto amministrativo, armonizzando, in tal modo, il principio di legalità con quello di buon andamento³².

Nell'ambito del nuovo Codice il Legislatore ha tenuto conto di tale impostazione individuando il risultato quale «*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*» e per «*l'individuazione, da parte delle stesse stazioni appaltanti, della regola del caso concreto*»; ma, soprattutto, considerandolo necessario per «*valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti*» ed anche per «*attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva*»³³. L'esigenza di raggiungere il risultato, insomma, può fungere da ulteriore stimolo per la Pubblica Amministrazione ad un esercizio più proficuo della propria azione nella realizzazione di un'opera o nel conseguimento di un bene o servizio in quanto consente di elevare «*ad un ruolo di primazia il principio del perseguimento e della attuazione dell'inte-*

nistrazione del mercato, 36 ss.; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, 39 ss.; G. CORSO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, 96 ss.; A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, 101 ss.; F. DE LEONARDIS, *Responsabilità dell'amministrazione e risultati*, 166 ss.; M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, 230 ss.; A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*, 279 ss.; L. GIANI, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*, 307 ss.; N. PAOLANTONIO, *Controllo di gestione e amministrazione di risultati*, 378 ss.

³² Come sostenuto da M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico. Report annuale – 2011- Italia*, in www.ius-publicum.com, Aprile 2011, 33, il risultato è una nozione di buona amministrazione «*che è qualcosa di ben diverso dal perseguimento "a tutti i costi" di un risultato celere ed economicamente vantaggioso, che ha invece piuttosto a che fare con il grado di soddisfazione del cittadino-utente (o come si suole ormai affermare con una terminologia diversa ma equivalente con la "qualità della prestazione")*», stante la prioritaria e insopprimibile esigenza dell'amministrazione di tutela di diritti, di situazioni giuridiche soggettive – a cominciare dalle più deboli – di concreti beni della vita, di imparzialità e di trasparenza».

³³ La codificazione di tale principio consente di enucleare, come evidenziato in dottrina, un «*sistema di regole*» grazie alle quali si conferma che il principio del risultato, nelle intenzioni del Legislatore, costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale. Cfr. L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio, su Urbistica e appalti*, 1/2023.

resse pubblico all'esecuzione del contratto»³⁴. In ragione di ciò, il principio *de quo* appare destinato ad operare sia come criterio di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto, sia come criterio interpretativo delle singole disposizioni, insieme con quello della "fiducia nell'azione amministrativa", sancito all'art. 2 e introdotto dal Legislatore al fine di favorire l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, conferendo ad esse un nuovo valore.

Affinché possa effettivamente rispondere a tale fine e rappresentare un segno di svolta rispetto al passato, come detto, è, però, necessario che la fiducia sia recuperata in maniera reciproca. Solo in tal modo, infatti, essa può essere contrapposta in maniera decisa alla logica fondata sulla "sfiducia" (se non addirittura sul "sospetto") per l'azione dei pubblici funzionari che si è sviluppata negli ultimi anni anche a causa di una normazione di estremo dettaglio che, soventemente, ha finito con il mortificare l'esercizio della discrezionalità, ostacolando, spesso, la stessa efficienza dell'attività amministrativa.

La sfiducia cui si fa riferimento e da doversi superare è, difatti, "bilaterale", in quanto connota sia il rapporto tra cittadini e Pubblica Amministrazione, sia quello tra Pubblica Amministrazione e soggetti controllori (in particolare Magistratura e Corte dei conti). Nel primo rapporto i cittadini nutrono sfiducia nei confronti dell'operato dell'amministrazione perché troppo spesso si sono trovati di fronte alla cd. "burocrazia difensiva" adottata da parte dei funzionari e che, di fatto, ha impedito la soddisfazione dell'interesse pubblico cui la loro azione dovrebbe essere indirizzata; nel secondo rapporto, invece, la sfiducia è quella dei pubblici funzionari nei confronti dei controllori, perché, altrettanto spesso, sono state automaticamente avviate, da parte di questi ultimi nei loro confronti, procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali, a volte anche prive di effettivo fondamento, che hanno sostanzialmente paralizzato la loro azione generando la cd. "paura della firma"³⁵.

³⁴ S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit., 9.

³⁵ La "paura della firma" cui si fa riferimento altro non è che la conseguenza della elevata complessità del dato normativo, che ha reso, spesso, difficile non soltanto il coordinamento tra le norme e la possibilità di una loro lettura sistematica, ma anche la stessa individuazione dell'articolo o del comma pertinente alla soluzione del caso concreto, con la conseguenza di giungere a preferire una scelta di tipo "etico", grazie alla quale il funzionario, per proteggersi dalle varie forme di responsabilità, specie contabile e penale,

Sotto questo aspetto si dovrebbe, dunque, considerare necessaria, se non addirittura inevitabile, l'introduzione di un principio che agisca per "sbloccare" i funzionari pubblici, con una funzione quasi energizzante che li alleggerisca dal peso del timore delle conseguenze che possano derivare dal loro operato, pure se agiscono, in buona fede, nell'interesse della Pubblica Amministrazione. Tuttavia, al contempo, non si può non osservare che la consapevolezza della necessità di tale principio denota, purtroppo, una patologia insita nell'agire amministrativo e che è venuta prepotentemente in evidenza quando si è dovuto dare attuazione alle azioni previste dal PNRR, in quanto di fronte ad esse i pubblici funzionari sono apparsi rallentati fino quasi alla paralisi, in particolare proprio nel settore dei contratti pubblici, perché costretti a districarsi tra troppe normative di dettaglio, ulteriori rispetto alla legge generale (si pensi alle tante linee guida dell'Anac e ai pareri del MIT) e spesso anche difficili da adattare ai singoli casi concreti.

La formula con cui esordisce l'art. 2, pertanto, dà risalto, molto efficacemente, a qualcosa che, evidentemente, non era affatto scontato, e cioè che *«l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici»*³⁶. Il Legislatore, insomma, ha voluto "spronare" ad agire tutti i soggetti coinvolti nel settore dei contratti pubblici sul presupposto che si debba avere fiducia nella legittimità della loro azione; in considerazione di tale presupposto l'iniziativa e la possibilità di assumere decisioni in autonomia – in particolare da parte del funzionario – devono essere funzionali *«al risultato»* da conseguirsi e da realizzarsi in concreto attraverso l'esercizio di una discrezionalità rinnovata proprio dal ripristino del *«clima di fiducia del sistema»*³⁷.

Così posta, a modesto avviso di chi scrive, la fiducia rappresenta "l'evoluzione" della buona fede³⁸, la quale, a sua volta, la completa, intro-

che avrebbero potuto incombere sulle sue scelte, si allontanava dall'obiettivo dell'affidamento e della efficace attuazione del contratto pubblico. Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit. 4.

³⁶ Art. 2, comma 1.

³⁷ Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 5.

³⁸ A. M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, cit., 157 ss. ritiene che tra il principio della fiducia e i principi di buona fede e tutela dell'affidamento si instauri un rapporto di *genus a species*, «in cui il primo è origine e categoria più generale e ampia rispetto ai secondi».

ducendo, di fatto, delle limitazioni alla tutela dell'affidamento, che deve essere necessariamente incolpevole³⁹.

Dal legame tra tali due principi può derivare e definirsi, dunque, un “nuovo patto collaborativo”, una alleanza fondata sulla correttezza e sulla buona fede tra la Pubblica Amministrazione e l'operatore economico, il quale deve sentirsi anch'egli invogliato ad interagire con l'amministrazione, non rappresentando un semplice privato cittadino, bensì un soggetto dotato di professionalità spesso anche più elevate di quelle dell'amministrazione pubblica con cui si rapporta⁴⁰.

Tuttavia, se da un lato è auspicabile un rinnovato patto collaborativo, dall'altro non si possono nascondere timori rispetto ai possibili nuovi scenari che la disciplina in questione può aprire e che, per certi aspetti, possono palesarsi, forse, più preoccupanti della paralisi dalla quale si vuole uscire, perché determinati proprio dalla rinnovata discrezionalità conferita ai funzionari nell'esercizio dei loro poteri e che, se non adeguatamente bilanciata, potrebbe sconfinare in azioni che vanno oltre i limiti previsti dalla Costituzione.

Tale bilanciamento può e deve derivare, ad avviso di chi scrive, proprio dal principio della buona fede – che pure è contenuto tra i dodici inseriti nel nuovo Codice – oltre che da quelli dell'imparzialità e della responsabilità.

2. *Il principio di buona fede nella Legge sul procedimento amministrativo e nel Codice dei contratti*

Il Legislatore ha ritenuto di introdurre espressamente nel nuovo Codice anche il principio della buona fede, per cui esso è disciplinato, insieme con la tutela dell'affidamento, all'art. 5; ma, com'è noto, la sua presenza, nel nostro ordinamento, era già consolidata.

³⁹ Come evidenziato in dottrina, «l'affidamento designa la situazione di chi ripone ragionevolmente fiducia in un certo stato di cose, atteggiando la sua condotta conseguenza; nella disciplina dei rapporti fra privati questa situazione assume rilevanza in contesti assai variegati, sicché le tecniche di tutela sono anch'esse differenziate»; in particolare, l'affidamento sull'altrui comportamento si correla all'obbligo di buona fede, con la conseguenza della tutela risarcitoria in caso di lesione. Cfr. L. R. PERFETTI, *La diafora della buona fede: Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 2/2022, 227-282.

⁴⁰ G. M. RACCA, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, in P.A. persona e amministrazione, Vol. XI, Fascicolo 2, 2022, 201-226.

Infatti, esso è codificato nell'art. 1375 del codice civile ed è stato di recente inserito anche nella legge sul procedimento amministrativo, all'art. 1, a cui è stato aggiunto, dal Decreto Semplificazioni⁴¹, il comma 2 *bis*, norma che prevede che “*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*” e che è stata, evidentemente, codificata per la necessità, ancora più avvertita a seguito dell'esperienza pandemica, di un rinnovato rapporto di fiducia e di collaborazione reciproca tra amministrazione e privati, basato, a sua volta, su obblighi di cooperazione e buona fede⁴².

Se si guarda al codice civile, la qualificazione del principio di buona fede (non sempre facile) appare innanzitutto quale regola di condotta nelle trattative precontrattuali, ma è ravvisabile anche nell'ignoranza di ledere il diritto altrui, così come nell'obbligo di interpretazione del contratto (secondo buona fede)⁴³.

Pur nella difficoltà di fornirne una nozione unitaria, all'interno del procedimento amministrativo essa può, invece, essere intesa come una clausola generale che impedisce la formazione di lacune nell'ordinamento,

⁴¹ Art. 12, comma 1, lett. a), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

⁴² Sul principio di buona fede dopo l'introduzione dell'art. 1, comma 2 *bis*, L. 241/1990, si rinvia, tra gli altri, a M. C. CAVALLARO, *La buona fede e legittimità de provvedimento amministrativo*, in *PA persona e amministrazione*, Vol. XI, Fascicolo 2, 2022, 131-150; S. CIMINI, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, a cura di G. CORSO, F.G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE, Napoli, 2022; G. M. RACCA, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, cit.; S. TORRICELLI, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel Rapporto procedimentale*, in *PA persona e amministrazione*, Vol. XI, Fascicolo 2, 2022, 29-58.

⁴³ La letteratura civilistica in materia di buona fede nei contratti è, ovviamente, vastissima; essa rappresenta il «*principio cui devono ispirarsi le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (1337 c.c.)*» e rileva come «*regola di condotta, e cioè come buona fede in senso oggettivo*», cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, vol. 3, Milano, Giuffrè, 1987, 166. Sul tema, in maniera assolutamente non esaustiva, si citano, *ex multis*, A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, Cedam, 1943; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, Giuffrè, 1966; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 962; Id., *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto*, in *Giurisprudenza italiana*, 1978; G. ALPA, *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede (Nota a Cass., 29 ottobre 1975, n. 3677, Badiani c. Gheri)*, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 698; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto Civile*, Torino, Utet, 2004; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, Giuffrè, 2012.

integrando e colmando quelle eventualmente formatesi e concorrendo, di tal guisa, a garantire l'efficienza e la flessibilità del sistema.

In realtà, si faceva ricorso alla natura integrativa della buona fede come clausola generale nei riguardi dell'agire amministrativo anche prima che venisse codificata nella legge sul procedimento, in particolare nella sua accezione di buona fede oggettiva⁴⁴, cioè di regola di condotta che si traduce in un dovere di “comportamento secondo correttezza” ai sensi dell'art. 1175 c.c. Infatti, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno sempre riconosciuto la prevalenza dell'impostazione che riconduce il principio del legittimo affidamento (situazione soggettiva di colui il quale confidi nell'altrui comportamento secondo buona fede⁴⁵) al principio di buona fede oggettiva⁴⁶: in particolare, la giurisprudenza ha ancorato tale

⁴⁴ La buona fede oggettiva si distingue dalla buona fede soggettiva per la condizione psicologica che caratterizza quest'ultima e non appartiene, invece, alla prima. Sulla distinzione tra buona fede oggettiva e soggettiva si vedano, *ex aliis*, M. G. PULVIRENTI, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2023, 107 ss.; M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica Amministrazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, – Vol. XI, Fascicolo 2, 2022, 60 ss.

⁴⁵ Il parametro della buona fede è divenuto applicabile anche al diritto amministrativo come canone da considerarsi parte integrante dello statuto giuridico dell'agire amministrativo. Fondamentali punti di riferimento sul tema, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, 1970; ma anche ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001. Ancora, si vedano F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. MACCHIA, *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 4, 403 ss.; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012 e, più di recente, M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, Torino, 2022, in cui l'A. si occupa della interdisciplinarietà o multidisciplinarietà della responsabilità civile della P.A., tema che coniuga il diritto privato con il diritto amministrativo che non sempre riescono a comunicare tra loro, seguendo regole e principi che, spesso, si pongono in una posizione di alterità.

⁴⁶ In particolare, si evidenzia che F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, cit., 28, ritiene che il principio della tutela dell'affidamento non sia figura autonoma, ma solo una delle figure dell'applicazione del principio della buona fede oggettiva e che nulla vieti che il principio di buona fede venga applicato ad ipotesi che esulano dalla tutela dell'affidamento. Considera, inoltre, riduttiva ed impropria la ricerca del fondamento costituzionale della buona fede in quanto quest'ultima è «un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti [...] uno dei principi cardine del pensiero giuridico occidentale, creazione del diritto romano [...]», (8). Al contrario, F.

impostazione a «ragioni eminentemente pratiche poiché in tal modo è più agevole collegare la tutela del relativo principio a precise disposizioni, tra cui, le più importanti, sono rappresentate dagli artt. 1337 e 1338 c.c.»⁴⁷.

Nel corso dell'intero arco delle trattative negoziali, l'amministrazione deve, dunque, orientare il proprio comportamento ai precetti della buona fede oggettiva potendo, altrimenti, incorrere in responsabilità precontrattuale⁴⁸ dalla quale, però, non deriva necessariamente l'illegittimità del

MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 113, individua il suddetto fondamento della buona fede nella «solidarietà politica, economica e sociale» di cui all'art. 2 Cost. Secondo tale Autore, la buona fede è un principio generale dell'attività amministrativa che opera non solo in funzione di tutela dell'affidamento generato nel cittadino da un precedente provvedimento dell'amministrazione, ma anche come regola sulla formazione della decisione (64). In questa veste la buona fede consente al giudice di controllare le scelte compiute dall'amministrazione, in particolare sotto il profilo della completa acquisizione degli interessi coinvolti nella decisione, a fronte della (supposta) insufficienza del riferimento ai principi costituzionali e della legge quali parametri del sindacato sulla discrezionalità (169). Infine, L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit., soffermandosi sull'applicabilità del principio di buona fede al diritto amministrativo e quindi nei rapporti con la p.a., avvicina la buona fede al comportamento (122) e la distingue dalla tutela dell'affidamento che riferisce, invece, all'aspettativa di ottenere un determinato risultato. Nella valutazione della sussistenza di un affidamento ritiene che si debbano considerare sia gli elementi oggettivi (come il comportamento della p.a.) sia quelli soggettivi (come il patrimonio conoscitivo del soggetto che lamenta una lesione del proprio affidamento), 187 s. e *passim*.

⁴⁷ Cfr. S. VILLAMENA, *Legittimo affidamento e contratti pubblici. Osservazioni su serietà e pigrizia amministrativa*, in *Gazzetta amministrativa*, n. 1/2013, 75. L'A. evidenzia che, in merito al riconoscimento positivo del principio del legittimo affidamento all'interno della L. 241/1990, molte speranze furono riposte nel processo di riforma che, nel 2005, interessò la stessa legge in quanto si ipotizzò di introdurlo in via espressa fra i "principi generali" dell'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 1 della legge citata. Ma, nonostante le intenzioni, non si giunse, poi, ad una specifica previsione in tal senso, preferendosi, invece, modificare l'art. 1 tramite l'aggiunta di un generico richiamo ai *principi comunitari*.

⁴⁸ Sulla responsabilità precontrattuale si rinvia, *ex multis*, a F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1963; G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000; Id, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, n. 2/2002, 199 ss.; F. CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007; ma anche a M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione a) Profili sostanziali*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 800 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, I, 1 ss.

provvedimento⁴⁹, presupponendosi, invece, la legittimità di esso, giacché si attua sul piano delle regole di condotta e non su quello delle regole di validità⁵⁰.

In altri termini, la buona fede, in quanto regola di condotta dell'amministrazione, non opera quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa ma, semmai, come fonte di responsabilità della stessa amministrazione nei confronti del privato e si lega al principio della tutela dell'affidamento del cittadino/operatore economico nei riguardi della Pubblica Amministrazione⁵¹.

Così correlati, tali due principi costituiscono un limite all'esercizio del potere amministrativo, in particolare nell'ambito dei contratti pubblici, relativamente al quale è necessario accertare che la parte pubblica, più che un corretto amministratore, sia un corretto contraente⁵², che esercita il suo potere certamente secondo correttezza, ma, prima ancora, nel rispetto del principio del "giusto procedimento", che rappresenta la forma obbligata di tale esercizio, così come richiesto dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.⁵³.

⁴⁹ Cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 gennaio 2019, n. 79. In dottrina, però, è stato evidenziato come la giurisprudenza abbia, talvolta, affermato l'invocabilità della responsabilità precontrattuale anche a fronte di provvedimenti illegittimi; essa si configurerebbe nei casi in cui, oltre ad essere illegittimo, il comportamento della P.A. sia anche contrario ai principi di correttezza e buona fede e il danneggiato non chieda il risarcimento per lesione del bene della vita, cfr. E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, University Press, 2022, 214.

⁵⁰ Nei casi di responsabilità precontrattuale, infatti, i danni sono da comportamento illecito e non da provvedimento illegittimo, «nel qual caso si disquisirebbe invece della responsabilità precontrattuale "spuria" o anche responsabilità da lesione di interessi legittimi solo ambientalmente connessa alle trattative precontrattuali», cfr. E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., nota 79, 214.

⁵¹ Già a partire dagli anni Sessanta il principio della tutela dell'affidamento è stato ravvisato quale limite all'esercizio del potere che impone all'amministrazione l'obbligo di bilanciare l'interesse da perseguire attraverso l'adozione del provvedimento finale con l'affidamento del destinatario dell'atto. Sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità per violazione della buona fede si rinvia alla efficace ricostruzione di M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica Amministrazione*, cit., 80-81.

⁵² La Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 12 luglio 1963, n. 1142 in *Foro it.*, 1963, I, 1699), infatti, ha sostenuto che il compito del giudice non fosse quello di valutare se la parte pubblica fosse stata un corretto amministratore, ma un corretto contraente. Cfr. anche R. SACCO, *Trattativa*, in *D. Disc. Prin., sez. cin., Agg.*, 2012, 1087 e ss.

⁵³ Infatti, «le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti,

Pertanto, grazie anche a consolidati orientamenti giurisprudenziali⁵⁴, oggi si può sostenere che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi e che può inerire anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere⁵⁵. In considerazione di ciò⁵⁶, l'art. 5 del nuovo Codice prevede che, nelle procedure di gara, le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici devono comportarsi reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento e che, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede⁵⁷. Pertanto, se nelle trattative precontrattuali ci si trova di fronte ad un recesso ingiustificato, l'effetto che ne consegue non è quello di un recesso

uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte», Cons. St. Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21.

⁵⁴ In particolare si veda Ad. Plen. del Cons. Stato n. 5 del 4 maggio 2018, in cui si afferma che «il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) sia configurabile in capo all'amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva» e che «tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara».

⁵⁵ «Nello svolgimento dell'attività autoritativa, la p.a. è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto che incide sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali». Cfr. Cons. St. sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2265. Nello stesso senso Cons. St., V, 10 agosto 2018, n. 4912; Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 15 aprile 2019, n. 236.

⁵⁶ L'art. 5 recepisce, inoltre, i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole (anche con riferimento al danno da provvedimento favorevole poi annullato) enunciati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 5 del 2018 e – soprattutto – nn. 19 e 20 del 2021. Cfr. G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, in *www.giustizia amministrativa.it*, giugno 2023, § 4.

⁵⁷ Si è evidenziato che, sul piano sostanziale, quello contenuto nell'art. 5 non è un principio, ma una regola, o un insieme di regole, in quanto il principale profilo di interesse contenuto in tale norma consiste «non già nell'aver semplicemente esteso la generale previsione della tutela della buona fede e del principio di affidamento – contenuta nella legge generale sul procedimento amministrativo dopo la riforma dell'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...] – dal diritto amministrativo generale alla materia della contrattualistica pubblica, ma nell'aver riempito di contenuti tale specifica disciplina». Cfr. IDEM, § 2.

invalido, inidoneo a liberare la parte dal vincolo contrattuale, bensì quello di esporre il suo autore alla responsabilità precontrattuale e, dunque, in applicazione del principio della buona fede in senso oggettivo quale regola di condotta, la tutela dell'affidamento del privato viene realizzata attraverso la corresponsione di un equivalente pecuniario.

Sulla scorta di quanto fin qui detto, così come nei rapporti di diritto comune la buona fede, intesa come regola di condotta, costituisce un limite all'autonomia privata, analogamente, nei rapporti con l'amministrazione, quest'ultima, nell'esercizio del suo potere, incontra il limite dell'affidamento del privato. Ciò significa che anche nel diritto amministrativo la violazione del principio di buona fede non implica necessariamente l'invalidità dell'atto adottato e, di conseguenza, l'inidoneità dello stesso alla produzione dell'effetto giuridico; e proprio in conseguenza degli effetti prodotti dall'atto lesivo del principio della buona fede (a tutela dell'affidamento del suo destinatario) scaturisce l'obbligo del ristoro economico del pregiudizio eventualmente sofferto⁵⁸.

Va, però, evidenziato che la responsabilità dell'amministrazione che nasce dalla lesione dell'affidamento del privato ha natura relazionale e deve essere qualificata come responsabilità "da contatto sociale" perché origina dal rapporto procedimentale tra il privato e la Pubblica Amministrazione⁵⁹: in pratica, «*il contatto, o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta l'art. 1175 c.c. (correttezza), art. 1176 c.c. (diligenza) e art. 137 c.c. (buona fede)*»⁶⁰.

⁵⁸ Sez. Un. Cass. civ. 3 marzo 2011, n. 6594 (una delle tre ordinanze cd. gemelle, le altre due sono le nn. 6595/2011 e 6596/2011) ritiene che, laddove si accerti che il privato aveva confidato nella legittimità dell'originario provvedimento, l'amministrazione resta esposta ad una responsabilità risarcitoria per violazione del principio di affidamento. Nel caso in cui essa revochi il provvedimento ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, invece, si esclude la necessità del ricorso alla clausola generale della (violazione dell'obbligo di) buona fede, in funzione integrativa della fattispecie in quanto la stessa norma ammette la corresponsione di un indennizzo a ristoro del pregiudizio patito dal privato e, dunque, una forma di responsabilità dell'amministrazione da atto lecito. Sulle tre ordinanze cd. gemelle delle Sezioni Unite della Cassazione si vedano, in particolare, M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica Amministrazione*, cit., 89 ss.; M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, cit., 76 e ss.

⁵⁹ Cass. sez. un. civ., 15 gennaio 2021, n. 615.

⁶⁰ Cass. civ. sez. un., 28/04/2020, n. 8236.

In altri termini, il principio di buona fede introduce uno specifico vincolo non tanto o, meglio, non solo, per l'amministrazione – che già deve rispettare le regole di condotta tipizzate nel procedimento ed il cui esercizio del potere è limitato dalla necessità di tutelare l'affidamento⁶¹ – quanto, piuttosto, per il privato che deve comportarsi secondo buona fede nei rapporti con essa⁶². Al riguardo, infatti, il Consiglio di Stato⁶³ ha sostenuto che il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha «una portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata» e si rivolge non solo all'amministrazione ma anche ai soggetti che intervengono nel procedimento (e cioè i privati/operatori economici) traducendosi non in veri e propri obblighi di prestazione, ma in obblighi comportamentali o di protezione⁶⁴.

⁶¹ A proposito delle regole di condotta, S. DETTORI, *Doveri amministrativi di risultato e doveri amministrativi di comportamento (a proposito di un recente saggio di Massimo Monteduro)*, in *P.A. Persona e Amministrazione* – Vol. VIII, Fascicolo 1, 2021 449-469 ha evidenziato che la doverosità comportamentale è «consustanziale al dovere d'ufficio del funzionario pubblico» e, quindi, presupposto necessitato nell'ambito di qualsiasi manifestazione dell'agire amministrativo, assumendo una posizione prioritaria rispetto alla doverosità di risultato; essa costituisce garanzia del buon andamento amministrativo e, dunque, di una buona amministrazione. Sulla componente di doverosità che connota l'agire amministrativo, lo stesso Autore si è soffermato precedentemente anche in *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *dir. amm.* 4/2017, nel quale puntualizza che, accanto alla componente di doverosità del comportamento del funzionario, presupposto di ogni obbligo o dovere, si ritrova anche una componente etica. Ciò che viene in considerazione, dunque, è il *modus operandi* del funzionario che nell'esercizio del dovere spende la propria razionalità e che, al fine di adottare la migliore decisione possibile, dovrà tenere conto di tutte le variabili o invarianti che possono rilevare nella fattispecie; si vedano 892-893 e *passim*.

⁶² Recentemente Corte Cost. 27 gennaio 2023, n. 8 ha confermato che la buona fede e l'affidamento sono principi fondamentali anche nel diritto pubblico, precisando il rilievo della tutela dell'affidamento e della buona fede nella condotta della Pubblica Amministrazione sulla scia di reiterate sentenze della Corte EDU. Sul punto, G. VETTORI, *La buona fede nella 'nuova' legalità plurale*, in *P.A. Persona e Amministrazione* – Vol. XI, Fascicolo 2, 2022, 7 e s.

⁶³ Il giudice amministrativo è fermo sulla tesi della natura extracontrattuale. Sulla posizione di tale giudice nelle sentenze Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 6/2005, 5/2018 e 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021 (queste ultime in dichiarato contrasto con l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione, sent. 28 aprile 2020, n. 8236) si vedano N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *P.A. Persona e Amministrazione* – Vol. XI, Fascicolo 2, 2022; G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in www.giustizia-amministrativa.it, n. 5/2022 e M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica Amministrazione*, cit., 100.

⁶⁴ Ad. Plen. 29 novembre 2021, n. 21, cit.

I privati/operatori economici, partecipando ad affidamenti e a gare pubbliche assumono, pertanto, un peculiare obbligo di “collaborazione e buona fede” e la loro mancata collaborazione (magari nel non seguire le indicazioni delle procedure attuate su piattaforme digitali, o nel presentare offerte anomale, occultando costi obbligatori) sarà considerata scorretta, con conseguente condanna al risarcimento del danno precontrattuale⁶⁵.

Ad avviso di chi scrive, tale collaborazione da parte del privato è ravvisabile (anche) nel comma 3 dell’art. 5, il quale disciplina le “condizioni” di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato: infatti, il Legislatore esclude che sussista un affidamento incolpevole da parte di costui laddove avrebbe potuto rilevare il profilo di illegittimità del provvedimento in base alla diligenza professionale che gli è richiesta in qualità di concorrente⁶⁶. Questo significa che la collaborazione, in tali casi, si manifesta nell’attuare un comportamento corretto perché diligente e se, ciononostante, si verifica ugualmente un danno (che deve essere effettivo e provato) il risarcimento sarà correlato alle conseguenze negative che la scorrettezza della Pubblica Amministrazione abbia avuto sulle scelte contrattuali dell’operatore economico; il *quantum* dipenderà dall’interesse negativo, ossia dai costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e alla c.d. *chance* contrattuale alternativa.

L’ultimo comma dell’art. 5, infine, conferisce un fondamento normativo all’azione di rivalsa da parte dell’amministrazione nei confronti dell’operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una (sua) condotta illecita⁶⁷, nei casi in cui l’amministrazione stessa sia stata condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso dalla procedura di gara: in tali casi resta ferma la concorrente responsabilità dell’operatore economico che abbia conseguito l’aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito. La norma trova giustifi-

⁶⁵ La giurisdizione resta, anche in tali casi, incardinata nel giudice amministrativo poiché segue la connessione con l’esercizio del potere, oltre alla giurisdizione esclusiva e per il principio della concentrazione delle tutele (*ex* art. 1, comma 1, D. Lgs. 104/2010). Cfr. G. M. RACCA, *L’evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, cit.

⁶⁶ La seconda parte del terzo comma dell’art. 5 è una norma sulla quantificazione del danno. Sul punto si rinvia a G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, cit. § 4.

⁶⁷ Il comma 4 dell’art. 5, così come la prima parte del comma 3, vuole delimitare l’efficacia causale delle condotte che hanno concorso a produrre il danno. *Id.*, cit., § 5.

cazione anche in criteri di giustizia sostanziale, specie se si considera che, in materia di appalti, la responsabilità della Pubblica Amministrazione è oggettiva e, talvolta, prescinde anche dall'originaria adozione di un provvedimento illegittimo: da qui la necessità di esplicitare un rimedio – quale, appunto, l'azione di rivalsa – che consenta di ritrasferire, almeno in parte, il danno risarcito dall'amministrazione sull'impresa che ha illegittimamente ottenuto l'aggiudicazione e che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto.

Il principio della buona fede così delineato e, dunque, incumbente sia sulla Pubblica Amministrazione che sul privato/operatore economico è richiamato, ovviamente, in varie norme del Codice ed applicato attraverso diversi istituti giuridici.

Si pensi, ad esempio, al “soccorso istruttorio”⁶⁸, disciplinato dall'art. 101 del nuovo Codice⁶⁹; tale norma riprende la disciplina previgente, semplificandone e chiarendone i profili che hanno dato luogo a difficoltà applicative, tendendo ad evitare, nei limiti del possibile e nel rispetto del principio della *par condicio*, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da eccessivo formalismo da cui possa derivare pregiudizio sia alla qualità dell'offerta che al pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara. Chiave interpretativa della norma è, pertanto, la leale collaborazione delle parti (amministrazione appaltante e operatori economici), ispirata alla “fiducia” nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo il principio di buona fede e nel rispetto di quello della *par condicio*⁷⁰.

⁶⁸ Le regole procedurali del soccorso istruttorio previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990 possono essere considerate espressioni o implicazioni della buona fede. Cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 147 ss.

⁶⁹ Nel vecchio Codice l'istituto era disciplinato dall'art. 83. Su tale istituto si rinvia, tra gli altri, a E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016; Id., *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 660 ss.; F. APERIOBELLA, S. CALDARELLI, E.M. SANTORO, S. TRANQUILLI, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 1468 e ss.; F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, in *Dir. amm.*, 2019, I, p. 29 e ss.; e, più di recente, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 1° marzo 2023, pag. 183 ss.

⁷⁰ Si evidenzia che Cons. Stato, sez. III, 19 maggio 2022, n. 5825; Id., 19 maggio

La stazione appaltante ha l'obbligo di attivare il soccorso istruttorio per integrare la documentazione trasmessa, ma pure per sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità⁷¹: se l'operatore economico non adempie alle sue richieste viene escluso dalla gara, ma tale sanzione non dipende dal fatto che questi sia stato inadempiente, quanto, piuttosto, dal fatto che non è stata superata l'inidoneità dell'offerta presentata⁷². La richiesta di integrazione, infatti, non costituisce una facoltà che il responsabile del procedimento esercita discrezionalmente, in quanto non è prevista una scelta sul se intervenire o meno in forma collaborativa; si tratta, invece, di "prendere in carico" l'interesse dell'operatore economico in attuazione del principio di buona fede. Quest'ultimo, dal canto suo, non è sollevato dai suoi oneri istruttori e, di fronte alla segnalazione di carenze che possano portare al rigetto dell'istanza, deve attivarsi per documentare fatti che aveva omesso di documentare o che aveva mal documentato.

Sembra ragionevole, allora, concludere, in tale contesto, che il dovere collaborativo, o, come definito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, gli "*oneri minimi di cooperazione*"⁷³, connotati da un profilo di fiducia reciproca tra le parti, siano espressione di un principio di autoresponsabilità che investe l'istruttoria, imponendo al privato un onere di allegazione e prova dei fatti il cui mancato assolvimento importa l'impossibilità della valutazione dell'offerta⁷⁴.

2022, n. 5801 ha inteso l'istituto del soccorso istruttorio procedimentale e la corretta comunicazione del preavviso di rigetto come applicazioni dei principi di buona fede e collaborazione nell'ambito dell'attività autoritativa dell'amministrazione. Cfr. sul punto M. G. PULVIRENTI, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, cit., 117.

⁷¹ Eliminando la distinzione – foriera di dubbi – tra irregolarità essenziali e non essenziali.

⁷² Tale norma, recependo indicazioni provenienti dalla giurisprudenza euro-unitaria, prevede, al comma 3, che la stazione appaltante possa sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta, a condizione che gli stessi non portino a modificare il contenuto dell'offerta tecnica ed economica. Mentre, al comma 4, prevede, per la prima volta, che l'operatore economico possa emendare un proprio errore materiale in cui sia incorso nella elaborazione dell'offerta prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta. La rettifica va chiesta in busta chiusa (con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica) e va aperta insieme all'offerta.

⁷³ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014 n. 9.

⁷⁴ Anche relativamente alla disciplina della reputazione dell'impresa (art. 109) la buona fede deve essere rispettata; tale norma prevede, infatti, che, nell'ambito del siste-

La buona fede è richiesta anche con riguardo al principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale sancito dall'art. 9, per cui eventuali circostanze sopravvenute ed imprevedibili – verificatesi nel corso dell'esecuzione del contratto⁷⁵, estranee alla normale alea e tali da determinare una sostanziale alterazione nell'equilibrio contrattuale⁷⁶ – vanno gestite in maniera tale che la parte svantaggiata e che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio abbia diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. A tale diritto corrisponde un obbligo della controparte grazie al quale ripristinare l'originario equilibrio del contratto senza che, per questo, vengano eluse le regole della procedura ad evidenza pubblica.

Nell'ambito della disciplina delle fasi delle procedure di affidamento dei contratti pubblici⁷⁷ il richiamo alla buona fede è presente, inoltre, laddove si evidenzia che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione nei termini specifici⁷⁸ e che il superamento di tali termini costituisce silenzio inadempimento che rileva al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso⁷⁹. Tale dovere sarebbe violato, con le relative conseguenze in tema di responsabilità per lesione dell'affidamento, nei casi in cui la stazione appaltante superi il termine previsto, consentendo la formazione di un silenzio inadempimento che legittima gli operatori economici ad incardinare, in sede giudiziaria, la relativa azione.

Costituisce, poi, violazione del dovere di buona fede, anche in pen-

ma digitale di monitoraggio, essa sia bilanciata, insieme al principio del risultato, «con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori».

⁷⁵ Nell'esecuzione del contratto, Corte Cass. n. 7543 del 2002 ha ritenuto che la buona fede sia un «dovere di solidarietà, a prescindere dagli obblighi contrattualmente previsti, in ossequio al principio del *neminem laedere*. La buona fede è violata non solo se la parte agisce in danno dell'altra (con il proposito, cioè, di recare pregiudizio), ma è sufficiente che il comportamento tenuto sia oggettivamente contrario a buona fede e correttezza», cfr. sul punto, tra gli altri, M. G. PULVIRENTI, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, cit., p. 111.

⁷⁶ Gli effetti della eventuale alterazione nell'equilibrio contrattuale sono stati resi, di recente, ancora più evidenti dalla congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina.

⁷⁷ Art. 17.

⁷⁸ Indicati nell'allegato I.3.

⁷⁹ Comma 3 dell'art. 17.

denza di contenzioso⁸⁰, la mancata o tardiva stipula del contratto (art. 18). Tale violazione non si verifica in due casi, e cioè quando la stipula stessa non avvenga entro i termini per fatto che possa attribuirsi alla stazione appaltante o all'ente concedente, mettendo, dunque, l'aggiudicatario nella condizione di farne constatare il silenzio inadempimento o, in alternativa, di sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato, senza che gli spetti alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali⁸¹; ed anche quando la mancata stipula del contratto nel termine fissato per fatto dell'aggiudicatario costituisca motivo di revoca dell'aggiudicazione⁸².

Ovviamente la buona fede viene richiamata anche in tema di offerte anormalmente basse, nell'ambito del quale è particolarmente evidente il legame tra il principio della buona fede e quelli della fiducia e del risultato: infatti, l'art. 110 (che semplifica la materia *de qua* rispetto a quella contenuta nel Codice del 2016), responsabilizzando le stazioni appaltanti nella scelta del sistema di anomalia e nella sua applicazione e tenendo in considerazione l'eterogeneità delle situazioni concrete, restituisce alle stazioni appaltanti la propria discrezionalità amministrativa e tecnica, attraverso il conferimento ad esse del potere e del dovere di compiere le scelte amministrative di loro pertinenza, in coerenza con i principi del risultato, della fiducia e di buona fede e affidamento⁸³.

La buona fede è, da ultimo, rinvenibile nella norma che reca modifiche al Codice del processo amministrativo, e cioè l'art. 209⁸⁴ che introduce, al comma 1 dell'art. 124, l'estensione della cognizione del giudice anche alle azioni risarcitorie e all'azione di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico il quale, violando i doveri di buona fede e correttezza, abbia concorso a determinare un esito della gara illegittimo. L'innovazione punta a rafforzare la tutela risarcitoria sia del terzo pretermesso che della stazione appaltante: il primo, nel caso in cui sia stato leso dall'aggiudicazione illegittima, può agire direttamente nei confronti non solo della stazione appaltante ma anche dell'operatore economico che, contravvenendo ai doveri di buona fede, abbia conseguito una aggiudicazione illegittima; la seconda, invece, può agire in rivalsa nei

⁸⁰ Art. 18, comma 7.

⁸¹ Art. 18, comma 5.

⁸² Art. 18, comma 6.

⁸³ Rispettivamente artt. 1, 2 e 5 del nuovo Codice.

⁸⁴ Tale norma modifica gli artt. 120, 121, 123 e 124 del Codice del processo amministrativo.

confronti del terzo pretermesso o dell'eventuale terzo concorrente che abbia concorso, con la sua condotta scorretta, a determinare un esito della gara illegittimo.

La rapida disamina condotta su tali norme ha lo scopo di evidenziare il legame che Legislatore ha inteso determinare tra la buona fede e la fiducia: se la prima è un presupposto che deve necessariamente sussistere sin dalla pubblicazione del bando (e non solo dopo l'aggiudicazione del contratto) e che si riferisce, insieme con la tutela dell'affidamento, alle stazioni appaltanti, agli enti concedenti e, in particolare, agli operatori economici, la seconda, che si riferisce all'amministrazione, agli operatori economici e, in particolare, ai suoi funzionari, deve essere presente sicuramente nella fase dell'esecuzione del contratto, ma anche in quella dell'affidamento⁸⁵. Dunque, la buona fede deve connotare l'operato delle parti in modo che tra di esse possa rilevarsi la "reciproca fiducia" per cui, da un lato, si pone il rapporto tra amministrazione e privato, ispirato alla buona fede reciproca, dall'altro si pone la fiducia del sistema attribuita al funzionario il cui operato viene "alleggerito" dalla delimitazione della colpa grave per contrastare la c.d. "paura della firma".

3. "Luci" e "ombre" sul nuovo principio della fiducia

Alla luce di quanto fin qui detto, il legame tra il principio della buona fede e quello della fiducia è finalizzato a favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici «con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato»⁸⁶, obiettivo primario, quest'ultimo, dell'attività della Pubblica Amministrazione.

In tale ottica, la scelta di introdurre la fiducia come principio precettivo nell'ambito della disciplina dei contratti, seppure, come detto, non del tutto condivisa in dottrina⁸⁷, appare, invece, a chi scrive, condivisibile,

⁸⁵ Infatti, l'affidamento rappresenta il momento genetico del rapporto contrattuale tra la pubblica amministrazione e l'operatore economico, nella quale essa è chiamata ad assicurare la sussistenza dell'elemento fiduciario necessario nella successiva fase contrattuale. Cfr. A. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, cit. 156.

⁸⁶ Art. 2, comma 2.

⁸⁷ G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., § 2.

ancorché quasi necessaria; essa deve essere generata e costruita attraverso un rapporto di leale collaborazione «*tra persone prima che tra uffici*»⁸⁸ e promossa in maniera incisiva nei confronti dell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, e orientato a tale fine deve essere letto anche il quarto e ultimo comma dell'articolo 2 in questione che introduce proprio una sorta di chiosa finale, funzionale a dare ulteriore forza a tutto quanto previsto nei tre commi precedenti. Infatti, chiarito cosa debba intendersi per fiducia, quale ne sia il fine e specificato in quali casi effettivamente si possa incorrere in ipotesi di responsabilità per colpa grave (sebbene, come si evidenzierà di seguito, la norma non chiarisca quando esista la responsabilità per colpa), il Legislatore ha voluto mettere a disposizione del funzionario due ulteriori incentivi affinché questi possa svolgere la propria attività “serenamente”, e cioè quello della valorizzazione delle sue capacità e competenze⁸⁹ da parte delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, e quello del supporto di una copertura assicurativa dei rischi per eventuali e possibili errori (tematica, quest'ultima, molto sensibile e avvertita soprattutto nel settore pubblico).

In tal modo la fiducia potrebbe costituire un importante (ed anche innovativo) presupposto che si rifletta in maniera positiva sull'azione amministrativa complessivamente intesa; in tale veste essa è rinvenibile anche in altre norme del Codice quali, ad esempio, quella sul conflitto di interessi e quella sul processo di digitalizzazione.

In particolare, infatti, nella norma che definisce il conflitto di interessi⁹⁰ si richiama espressamente la fiducia laddove si richiede che, in coeren-

⁸⁸ N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, cit. 129.

⁸⁹ A questo riguardo un ruolo fondamentale giocano la formazione e i relativi piani che stazioni appaltanti ed enti concedenti saranno tenuti ad adottare ai sensi dell'art. 15 comma 7 dello stesso Codice.

⁹⁰ La norma che disciplina il conflitto di interessi nel nuovo Codice è l'art. 16. Tale condizione si verifica quando un qualsiasi soggetto, anche non formalmente lavoratore dipendente della stazione appaltante o dell'ente concedente, intervenga nella procedura di aggiudicazione e di esecuzione «*avendo direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale*» che possa essere percepito come una «*minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione*» influenzandone il risultato, gli esiti e la gestione. Data la notevole rilevanza che situazioni di tal genere assumono nei confronti del soggetto pubblico a causa delle gravi conseguenze giuridiche che derivano dalla omissione della dichiarazione di esse, non se ne può accettare una definizione generica e indeterminata che non renda possibile inquadrare precisamente l'oggetto della omissione, considerando le ricadute disciplinari, ma soprattutto penali – ai

za con essa e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati debba provare la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza relativamente ad interessi effettivi, i quali possono essere soddisfatti solo subordinando un interesse all'altro⁹¹. La *ratio* della disposizione è, evidentemente, quella di non volere ingenerare allarmismi che avrebbero come unico effetto quello di paralizzare o, comunque, di rendere impossibile la prosecuzione dell'attività procedimentale. È evidentemente richiesto proprio a tale fine, dunque, che il personale che versa in tali ipotesi ne dia comunicazione alla stazione appaltante o all'ente concedente e che, conseguenzialmente, si astenga dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione; dal canto loro, le stazioni appaltanti devono adottare misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e delle concessioni, vigilando affinché siano rispettati tutti gli adempimenti relativi alle comunicazioni da farsi.

Ma la rinnovata fiducia verso l'azione amministrativa è contemplata anche tra i principi e i diritti digitali disciplinati dall'art. 19, ed in tale settore essa assume una rilevanza ancora maggiore in quanto rappresenta l'obiettivo posto alla base del processo di digitalizzazione che deve essere conseguito attraverso la neutralità tecnologica e la trasparenza, assolutamente centrali, in materia di contratti, per preservare le scelte consapevoli degli operatori economici (che si coniugano con le garanzie di certezza) e, al contempo, assicurare una piena conoscibilità dei processi decisionali. Il filo conduttore che lega la trama dei principi richiamati è rappresentato dalla considerazione che l'utilizzo della tecnologia assume sempre un ruolo servente al fine di accrescere l'efficacia e l'efficienza dei processi decisionali, senza potere, dunque, implicare un arretramento né delle garanzie o dei diritti degli operatori economici né, tantomeno, dei doveri gravanti sulle pubbliche amministrazioni, e gli strumenti tecnologici che il nuovo Codice prende in considerazione potranno essere correttamente utilizzati solo se si abbia fiducia in essi e nella loro possibile intrinseca autonomia⁹².

sensi dell'art. 323 c.p. – che possono determinarsi. Tale ultima norma, in particolare, è una sorta di norma penale in bianco, completata dal richiamo alle varie ipotesi di astensione contemplate dalle leggi speciali, e indipendentemente dall'avverarsi del fatto dannoso. Cfr., *ex multis*, Cass. Pen. Sez. 6, 15 marzo 2013, n.14457, 19 ottobre 2004, n. 7992.

⁹¹ Art. 16, co. 2.

⁹² Al riguardo, cfr. D. DIACO, *Fidarsi è bene, non fidarsi è...? L'Intelligenza Artificiale entra*

Quelle fin qui evidenziate possono definirsi le “luci” della fiducia la quale, grazie ad esse, rappresenta un indubbio nuovo stimolo all’esercizio discrezionale dell’attività dei pubblici funzionari; tuttavia, non si può non osservare – e, a questo punto, si viene alle “ombre” – che la sua applicazione potrebbe incontrare alcune problematiche, anche a causa della poca chiarezza di alcune previsioni contenute nell’unico comma dell’art. 2 finora non ancora trattato, e cioè il comma 3.

Segnatamente, infatti, tale norma stabilisce in quali casi è configurabile la responsabilità amministrativa per colpa grave in capo al funzionario nell’ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti: in pratica, si incorre in essa quando vi sia la *«violazione delle norme “di diritto” e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l’omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell’attività amministrativa»* ma solo *«in quanto esigibili nei confronti dell’agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto»*. La stessa norma, poi, contiene una clausola di esonero, in quanto esclude che costituisca colpa grave *«la violazione o l’omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti»*.

Preliminarmente, in tema di responsabilità va evidenziato che, fino al 30 giugno 2023, l’art. 21 del d.l. 76/2020⁹³, come prorogato dal PNRR, ha limitato la responsabilità erariale dei funzionari pubblici ai casi di dolo, limitando, altresì, quella per colpa grave ai casi di condotte omissive. All’interno del nuovo Codice scompare, quindi, il riferimento alle forme di responsabilità erariale e disciplinare⁹⁴ (contenuto, invece, nell’art. 32 nel D.Lgs. n. 50/2016): gli unici riferimenti alla responsabilità del soggetto agente per danno erariale sono quelli contenuti nell’art. 215, il cui comma 3 prevede che l’inosservanza dei pareri e delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico *«è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi*

nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in www.federalismi.it, 17/2023.

⁹³ Si tratta della norma che modifica l’art. 1, co. 1, della L. 14 gennaio 1994, n. 20 e che reca “Responsabilità erariale”.

⁹⁴ Del resto, il citato art. 17 dispone semplicemente che il superamento dei termini della procedura di affidamento *«costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso»*, e analogamente dispone il comma 7 dell’art. 18 nel caso di mancata o tardiva stipula del contratto.

*contrattualis*⁹⁵. Invece, non si rileva alcuna disposizione relativa alla responsabilità disciplinare⁹⁶.

Il comma 3 dell'art. 2 potrebbe essere inteso come una sorta di temperamento del principio della fiducia, in quanto, pur dettando la regola del “caso concreto” che deve sempre guidare ogni valutazione del comportamento tenuto dai pubblici funzionari, al contempo vuole creare un clima di maggiore “serenità” specie per quelli che, operando in realtà meno strutturate, si trovano spesso a dovere assumere decisioni che esulano dalle loro specifiche competenze. Tuttavia, la formula utilizzata nella norma *de qua* potrebbe dar luogo a difficoltà applicative legate alla sua interpretazione: infatti, non appare chiaro a quale tipo di norma si contrappongano *le norme “di diritto”* (se, cioè, ad una norma tecnica o, invece, ad una norma di rango secondario); inoltre, non è chiaro a quali “*auto-vincoli*” si faccia riferimento, se a quelli contenuti nei bandi di gara o ad altri che, però, non sono meglio precisati. Forse il Legislatore avrebbe dovuto specificare che la norma la cui violazione darebbe luogo a responsabilità è solo la norma giuridica, dalla quale deriva un precetto sanzionabile chiaro e a cui si potrebbero contrapporre le norme interne e le linee guida, contenenti i relativi autolimiti dell'amministrazione, di natura non normativa, evitando, dunque, il riferimento – contenuto nel testo – ad “*auto-vincoli*” dell'amministrazione.

Non solo. Si rileva che anche rispetto alla clausola di esonero potrebbero, in realtà, configurarsi delle criticità, in quanto non è sempre semplice né determinabile a priori quale sia “l'indirizzo giurisprudenziale prevalente”, soprattutto nella fase iniziale di attuazione delle nuove norme, tenuto anche conto del fatto che le posizioni della magistratura non restano immutate, ma possono cambiare nel corso del tempo; così come non è agevole neppure individuare quali siano le “autorità competenti” a rilasciare pareri, e non è detto che questi ultimi, se espressi, possano effettivamente costituire un freno all'azione amministrativa⁹⁷.

Evidentemente, allora, bisognerà lasciare alla giurisprudenza il tem-

⁹⁵ Lo stesso art. 215 prevede, però, che tale responsabilità viene ad essere esclusa nel caso in cui siano osservate le determinazioni del suddetto collegio «*salva l'ipotesi di condotta dolosa*».

⁹⁶ M. A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.lamministrativista, Dicembre 2022.

⁹⁷ Cfr. P. CONIO *Codice dei contratti pubblici: i nuovi principi del Procurement* in <https://www.forumpa.it/riforma-pa/codice-dei-contratti-pubblici-i-nuovi-principidelprocurement>.

peramento tra la celerità – che porterebbe a ridurre le “cautele, verifiche ed informazioni preventive” – e la violazione delle regole di “prudenza, perizia e diligenza” – che richiederebbero, invece, una attività istruttoria più complessa.

4. *Considerazioni conclusive*

Le riflessioni fin qui svolte sulla base dell'analisi del dato normativo in merito al principio della fiducia evidenziano che, per quanto si auspichi che tale codificazione possa contribuire ad un rinnovato esercizio dell'azione amministrativa, tuttavia non può bastare una previsione normativa a modificare un *modus agendi* fatto, oltre che di azioni, anche di stati emotivi; a ciò si aggiunga che potrebbe non essere semplice trovare il giusto equilibrio tra rapidità, da un lato, e correttezza e qualità, dall'altro.

La fiducia, come detto, è innanzitutto uno stato emotivo che, inevitabilmente, influenza l'approccio del funzionario alle situazioni da gestire, orientandolo in una direzione piuttosto che in un'altra. Tale stato è il punto di partenza dell'operato che costui pone in essere per conto della Pubblica Amministrazione alla quale appartiene sulla base di un rapporto che, pertanto, non può certo definirsi spersonalizzato. Ci si chiede, allora se avere trasformato in principio uno stato emotivo non possa costituire un *incipit* nella revisione del rapporto tra funzionario e Pubblica Amministrazione, attribuendo, nell'ottica della buona amministrazione, un peso diverso agli stati emozionali dei funzionari, primo fra tutti la c.d. paura della firma⁹⁸.

Certo, come precisato dal Consiglio di Stato, la *ratio* sottesa a tale principio non vuole essere quella di «regalare la fiducia a funzionari che non la meritano, né tanto meno di incidere sull'intensità del sindacato giurisdizionale». Al contrario, la fiducia è necessaria a chiarire che ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare che deve svolgere sicuramente nel rispetto della

⁹⁸N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, cit., 126 ss. auspica una revisione della teoria della immedesimazione organica, la quale, invece, tende proprio a spersonalizzare l'apparato e a non tenere conto dei processi volitivi ed emozionali che influenzano il pubblico funzionario il quale, oltre che amministratore, è, a sua volta, un amministrato. A tal fine sostiene che [...] «perseverare diabolicamente nella spersonalizzazione dell'apparato (ignorando i processi non solo volitivi ma, prima e necessariamente, quelli emozionali) può risultare assai nocivo per sorreggere le tesi di quanti guardano ad un'amministrazione effettivamente paritaria».

legalità formale, ma anche tenendo presente che le gare sono funzionali a realizzare un'opera pubblica o ad acquisire servizi e forniture rispondendo quanto più possibile agli interessi della collettività⁹⁹.

Per ottenere tale risultato è necessario superare ogni forma di inerzia e consentire alla Pubblica Amministrazione l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui dispone; e se, fino ad ora, quest'ultima è stata sostanzialmente limitata dai tanti fattori evidenziati, sarebbe, invece, auspicabile restituire la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dall'amministrazione affinché questa possa esercitare il potere che le viene conferito (specie se di natura discrezionale). Esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico «*promuove il senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale*»¹⁰⁰, ed in tale direzione dovrebbe agire, in particolare, il comma 3 dell'art. 2, norma che crea un nuovo confine al concetto di "colpa grave".

Il segnale di cambiamento che il nuovo Codice vuole dare sin dalle sue disposizioni di principio appare, dunque, oltre che evidente, anche positivo, perché ha lo scopo precipuo di valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una sorta di rinnovata "protezione" rispetto all'alto rischio che accompagna il loro operato. I nuovi scenari che esso apre, inoltre, vorrebbero creare una discontinuità significativa rispetto al precedente quadro sistemico-normativo, soprattutto sul piano culturale: da troppo tempo, infatti, si era diffusa una presunzione di illiceità dell'operato delle pubbliche amministrazioni che necessitava di un cambiamento di rotta grazie al quale rilanciare il settore dei contratti pubblici, in un'ottica di ripresa economico-sociale e morale dell'intero Paese.

Ma, forse, tutto questo potrebbe non essere sufficiente. Le criticità e le perplessità evidenziate non sono poche, così come gli interrogativi che ne derivano, primo fra tutti se l'aver esplicitato la fiducia a livello normativo possa effettivamente contribuire all'obiettivo principale sotteso alla emanazione di un nuovo Codice, vale a dire il rilancio economico del Paese.

Perché non sia vano il lavoro fatto dal Legislatore appare, allora,

⁹⁹ Cfr. III – Relazione agli articoli e agli allegati del Consiglio di Stato allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, p. 15.

¹⁰⁰ Idem.

necessario un contributo sinergico da parte di tutti gli attori (Legislatore, Pubblica Amministrazione, Magistratura), orientato a garantire l'effettività dei nuovi ambiziosi obiettivi e traguardi delineati, nella consapevolezza che avere configurato come "super-principio" l'autonomia amministrativa di risultato è una scelta che necessita di un adeguato bilanciamento con gli altri principi, in particolare con quelli di imparzialità e di responsabilità dell'amministrazione, nel rispetto dei cui limiti deve sempre essere esercitato il potere amministrativo se si vogliono evitare conseguenze legate ad un (possibile) uso distorto ed eccessivo della discrezionalità che finirebbero con il vanificare la *ratio* positiva sottesa a quello di risultato.

In altri termini, l'amministrazione si troverà spesso di fronte alla scelta tra risultato ed imparzialità e, dunque, tra un principio sancito dal Codice dei contratti ed un principio costituzionale (art. 97 Cost.). Ma, a ben vedere, poiché il principio del risultato è proiettato verso il buon andamento, fine preminente dell'attività amministrativa, il Codice, in definitiva, anche attraverso una nuova scrittura della responsabilità, finisce col tracciare proprio la direzione verso un'auspicata ricerca di armonizzazione e di sintesi tra imparzialità e buon andamento¹⁰¹.

¹⁰¹ Imparzialità e buon andamento sono due valori intesi come facenti parte di un unico principio all'interno del quale veniva dedicato al principio di imparzialità attenzione maggiore rispetto al buon andamento. Per un'attenta disamina sul punto si rinvia a R. MARRAMA, *L'esercizio della funzione di organizzazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, Milano 1993, pp. 391 ss.

Abstract

Lo scritto si propone di analizzare i principi della buona fede e della fiducia nel contesto del nuovo Codice dei contratti pubblici, come disciplinati dal Decreto Legislativo 36/2023. Attraverso un'indagine giuridica che ne ricostruisce la *ratio* ed i contenuti, verranno esplorate le implicazioni di tali principi nella sfera dei contratti pubblici, con particolare attenzione alle conseguenze per le amministrazioni pubbliche e per i privati che con essa interagiscono.

The unexpected evolution of good faith: the “trust”
in the new Code of Contracts. First reflections

The paper aims to analyse the principles of good faith and trust in the context of the new Code of public contracts, as regulated by Legislative Decree 36/2023. Through a legal investigation that reconstructs their ratio and content, the implications of these principles in the field of public contracts will be explored, with a particular focus on the consequences for public administrations and private individuals interacting with such contracts.