

I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici: la funzione nomopoietica del consiglio di stato per un 'nuovo paradigma' di amministrazione*

Patrizia Marzaro

SOMMARIO: 1. Il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36: il Codice dei principi e del risultato. – 2. L'innovatività del sistema dei principi e il rapporto con la legge delega. – 3. Principi o clausole generali? La funzione nomogenetica dei principi del Codice e il valore 'assiomatico' del principio di risultato. – 4. La funzionalità dei principi all'esercizio della discrezionalità; il peso della legalità sostanziale. – 5. Principio del risultato e semplificazione come comune denominatore dell'azione amministrativa secondo il giudice amministrativo. – 6. Nuovo Codice dei contratti pubblici e rifiuto della cd. burocrazia della trasparenza. – 7. Sulle radici giuridico-culturali del nuovo Codice: il ruolo della funzione *latu sensu* consultiva del Consiglio di Stato per un nuovo paradigma di amministrazione. – 8. Incertezza del diritto e ruolo del giudice amministrativo nella genesi e nell'applicazione del Codice dei principi n. 36 del 2023; per una dottrina dei precedenti.

1. *Il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36: il Codice dei principi e del risultato*

Che la disciplina dei contratti pubblici possa dirsi materia "tormentata"¹ non costituisce solo narrazione consolidata ma dato oggettivo che caratterizza la storia del nostro ordinamento.

* Il presente lavoro è frutto della rielaborazione della relazione su "I principi generali del nuovo Codice e la disciplina anticorruzione" tenuta nel convegno su "Il nuovo Codice dei contratti pubblici e i relativi impatti sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza", Giornata della Trasparenza 2023, Università Ca' Foscari Venezia, 23 novembre 2023, e destinato ad essere raccolto nel volume "Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo Codice dei contratti pubblici", a cura di G. Fonderico, ed. Ca' Foscari.

¹ Così Vetrò, Lombardo, Petrachi, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Dir. Econ.*, 2023, 1, 34, a cui si rinvia anche per un'ampia lettura critica dell'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici; particolarmente significativa anche l'analisi compiuta da Massera, Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Pubbl.*, 2022, 587 ss., e da M.A. Sandulli, *Il contenzioso dei contratti pubblici*, in Contessa, Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Napoli 2023.

A partire dalla legge Merloni n. 109 del 1994 – che nel dopo Tangentopoli si caratterizza per la chiara impronta anti-corruttiva – alla legge cd. obiettivo n. 443 del 2001 – con i corridoi accelerati e semplificati per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti di interesse strategico e di interesse nazionale – passando al D.Lgs. n. 163 del 2006 – il primo Codice dei contratti pubblici in cui diventa centrale la prospettiva europea pro-concorrenziale – per arrivare infine al D.lgs. n. 50 del 2016, il secondo Codice dei contratti pubblici, nel quale ritorna forte la matrice anticorruttiva – con la concentrazione in capo all'ANAC tanto della funzione di prevenzione della corruzione, quanto della regolazione e vigilanza del mercato dei contratti pubblici, proseguendo sulla strada aperta dalla legge cd. Severino n. 190 del 2012² – si può certamente convenire sul fatto che «dagli anni '90 in poi non si è mai smesso di cercare un equilibrio tra esigenze di celerità ed efficienza e garanzie di correttezza e legalità», in un quadro regolatorio in continua evoluzione e alla ricerca della semplificazione delle procedure, e in una materia di per sé «permeabile agli agenti esterni»³.

Il D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, rappresenta dunque una nuova tappa di questo processo evolutivo – il terzo Codice – nella stagione del PNRR, della post pandemia e dei conflitti bellici in Europa o ai suoi confini.

È la tappa del Codice dei principi e del risultato, come in fondo può essere icasticamente rappresentata.

Certo, è anche il Codice della fiducia e dell'accesso al mercato, e del Libro I, Parte I, Titolo I, sui principi, ma pare essere anzitutto, anche se non solo, il Codice dei principi e del risultato, posto all'apice di quell' 'albero dei principi', sul quale il legislatore – *sub specie* del giudice amministrativo, come avviene sempre più spesso nel nostro tempo – ha voluto poggiare il nuovo regime dei contratti pubblici.

Sono certamente molti, e diversi, i profili che caratterizzano la disciplina, ma non vi è dubbio che si debba riservare una specifica attenzione anche a questa 'struttura apicale' voluta dal legislatore, per chiedersi che natura abbiano le disposizioni che contiene, quale sia la loro funzione, da dove ne origini la necessità, in quale rapporto si pongano tra loro e con il resto del Codice, e ancora, e soprattutto, quale sia il significato profondo della scelta di poggiare la disciplina dei contratti pubblici su di un sistema di principi che si accompagni al complesso delle

² Cfr. a questo proposito Fracchia, *Il principio di risultato*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici, Un mosaico da ricomporre*, Napoli, 2024, 13 ss., il quale fa riferimento ad una "torsione funzionale della disciplina molto forte, ora superata" e sottolinea che "anche da tale trasfigurazione funzionale è derivata una sorta di ostilità nei confronti della discrezionalità". Su questi aspetti cfr. inoltre, tra gli altri, Delsignore, Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 61 ss.; e Massera, Merloni, *op. cit.*, 622 ss.

³ Cfr. ancora Vetrò, Lombardo, Petrachi, *op. cit.*, 60.

disposizioni puntuali con le quali il riformatore ha voluto rivedere la disciplina precedente, cercando per quanto possibile di chiarirla e semplificarla.

La forza di questa scelta – su ciò si concentrerà questo lavoro – sta nel fatto che essa è capace di ‘parlare’, di ‘orientare’ anche andando oltre la normativa di settore sui contratti pubblici, e di costituire un segnale di un più ampio processo di cambiamento – o, forse sarebbe meglio dire, di una ineludibile esigenza di maturazione di un cambiamento faticosamente in atto da tempo nell’ordinamento amministrativo – a cui pare proprio opportuno riservare una specifica attenzione e al quale del resto fa riferimento in vari passaggi anche la stessa Relazione illustrativa al Codice⁴.

2. *L’innovatività del sistema dei principi e il rapporto con la legge delega*

In realtà i principi del nuovo Codice in loro stessi non paiono così profondamente innovativi, hanno certamente radici nel passato⁵; ciò che sicuramente però è innovativa è la loro sistematizzazione e in ciò sta la forza che sono in grado di sprigionare. È la creazione del sistema dei principi e la collocazione in apertura al Codice di settore – e soprattutto il loro ruotare attorno alla discrezionalità dell’Amministrazione, quasi avvolgendola – ad assumere un significato sicuramente innovativo, o, quantomeno, ad aprire una porta verso una prospettiva innovativa, di cambiamento⁶.

⁴ In www.giustizia-amministrativa.it; sul punto interessanti anche le osservazioni di Tulumello, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7 giugno 2023; secondo il quale «perché storicamente il diritto dei contratti pubblici è un ‘diritto precursore’ rispetto al diritto amministrativo generale... decodificare la nuova disciplina dell’affidamento e della tutela per equivalente può essere interessante anche per comprendere le tendenze ordinarie al di là della disciplina di settore».

⁵ Un’interessante ricognizione delle “finalità pubbliche avute di mira dal legislatore che ha disciplinato la materia negli ultimi anni” e che indirettamente o direttamente hanno influenzato anche la costruzione dell’attuale sistema è compiuta da Fracchia, *op. cit.*, 13 ss., il quale conclude con una suggestione importante: “L’esperienza della pandemia, infine, ha portato alla luce un ulteriore e primario interesse, forse non sufficientemente messo a tema dalla dottrina, quello relativo alla dignità dell’uomo. Prima ancora che uno strumento finalizzato a garantire la concorrenza, l’ambiente, il corretto utilizzo delle risorse pubbliche, l’esigenza di contrastare la corruzione, il contratto deve essere utile all’uomo”. Sul tema dell’innovatività dei principi cfr. anche tra gli altri Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. Econ.*, 1/2023, 145; Perfetti, *Art. 1*, in Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, 2023, 5, Milano; Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti*, in www.giustiziainsieme.it; Spasiano, *Dall’amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi*, 9/2024.

⁶ Secondo Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn.dir.amm.*, 2023, 287, che «il D.lgs. n. 36/2023, ha deciso di aprire il nuovo Codice con l’affermazione di principi che riguardano l’intera materia dei contratti pubblici in coerenza con la naturale vocazione di un codice a costruire un sistema normativo organico. In questo modo, i principi mirano a esprimere la ‘visione’ complessiva della regolamentazione della materia che, in quanto tale, orienta l’interpretazione e l’applicazione delle singole disposizioni. Può dunque ben dirsi che i principi esprimono una sorta di ‘plusvalore’ giuridico rispetto alle singole norme».

A questo proposito non va sottovalutato anche il rapporto in cui il Codice si pone rispetto alla legge delega, la n. 78 del 2022, che, all'art. 1, comma 1, apre individuando le finalità da assicurare – l'adeguamento della disciplina «al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e dalle giurisdizioni superiori interne e sovranazionali» – ma poi, al comma successivo, prosegue senza fare riferimento alcuno, all'interno dei principi e criteri direttivi su cui si regge la delega, all'individuazione o, ancor più, alla definizione dei principi che apriranno il Codice⁷.

La lett. a) del comma 2, sempre dell'art. 1, fa riferimento in generale alla «inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo». All'interno delle trentuno lettere che contengono principi e criteri direttivi compare invece spesso e non senza significato, come si potrà vedere nel prosieguo, la finalità della “semplificazione”, che, anche in attuazione della cd. riforma abilitante del PNRR, sembra risultare l'oggetto vivo della delega, ‘illuminato’ dal sistema dei principi, mentre è sì presente un generale riferimento a principi della disciplina dei contratti pubblici ben noti, a un insieme classico di principi⁸, ma nominati nel loro complesso: «pubblicità, trasparenza, concorrenzialità, non discriminazione, proporzionalità, economicità, efficacia, imparzialità” (lett. e), principi taluno dei quali compare talora anche in altre previsioni, ma senza alcuna specificazione ulteriore⁹. I vari criteri direttivi, invece, presentano generalmente un carattere articolato e puntuale, in modo da assicurare un esercizio adeguato ed esaustivo della delega, in grado di rispondere, o almeno di cercare di farlo, alle tante questioni aperte dalla disciplina precedente.

Il quadro naturalmente non sarebbe completo se non si ricordasse l'investitura compiuta dal legislatore nei confronti del Consiglio di Stato dal successivo comma 4, dell'art. 1, che attribuiva al Governo la facoltà di attivare la funzione di ausilio all'amministrazione prevista dall'art. 14, n. 2, del r.d. n. 1054 del 1924, secondo cui il Consiglio di Stato «formula quei progetti di legge ed i

⁷ Parla di “principi e criteri direttivi della legge delega invero formulati in modo tale da lasciare molto spazio al lavoro dei redattori” Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 1° giugno 2023.

⁸ “I soliti noti” come sono icasticamente definiti da Caranta, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur.it.*, 2023, 1955.

⁹ Cfr. L'art. 1, comma 2, lettera e), «semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali, nonché previsione del divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate»; ma alla semplificazione, sotto profili diversi si riferiscono espressamente anche le successive lettere f), m), n), o), q) r), s) aa), dd), ii).

regolamenti che gli vengono commessi dal Governo», funzione poi effettivamente esercitata con la redazione del progetto del Codice ad opera della Commissione del Consiglio di Stato, nella composizione integrata riportata nella relazione illustrativa al Codice¹⁰.

3. *Principi o clausole generali? La funzione nomogenetica dei principi del Codice e il valore 'assiomatico' del principio di risultato*

La creazione del sistema della disciplina dei contratti pubblici a partire dalla elaborazione di quello che può essere rappresentato come una sorta di 'albero dei principi', è quindi frutto del lavoro e della scelta autonoma della Commissione¹¹, ed essi paiono estremamente significativi non soltanto nel contesto del Codice di cui si sta trattando, ma anche in una prospettiva più ampia e rilevante – sulla quale si tornerà più oltre – i cui contorni era tuttavia opportuno tracciare fin dall'inizio, perché in realtà anch'essi non rivestono i caratteri della novità assoluta, non nascono con il nuovo Codice, ma affondano in modo essenziale le proprie radici quanto meno nelle esperienze delle riforme originate dalla cd. legge Madia, n. 142 del 2015, che hanno interessato in modo sistematico il Consiglio di Stato in sede consultiva.

In ogni caso, giunti a questo punto, è evidente che la prima domanda che ci si deve porre è se con principi si abbia effettivamente a che fare – così essi vengono definiti dal Codice e dalla relazione illustrativa, che per questa loro natura fa riferimento ad una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del 2013, la n. 13¹² – o, invece, si tratti di clausole generali¹³.

¹⁰ In www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Del resto, tra i "due importanti valori aggiunti" che presentano i Codici di settore, vi è che «essi sono più delle altre leggi, fucine di principi», così Carbone, *Quali rimedi per l'inflazione legislativa. Abrogazioni e codificazioni in Italia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 1 febbraio 2022; osserva Montedoro, *op. cit.*, che «in questo caso... non è stata la politica a formulare i principi generali del codice ma la politica ha formulato solo i principi e i criteri direttivi della legge delega lasciando al Consiglio di Stato la formulazione dei principi che sono stati estratti dalla filosofia complessiva che si voleva imprimere alla disciplina».

¹² Sempre in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³ Osserva Nivarra, "Dentro" e "fuori". *Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Europa e Dir. Privato*, 2022, 59, che «il tema delle clausole e quello dei principi generali... continua a richiamare l'attenzione degli interpreti, e su di essi si è stratificata una letteratura davvero cospicua». A tale proposito ci si limita qui a ricordare tra gli altri M. Luciani, *Certezza del diritto e clausole generali*, in www.questionegiustizia.it, secondo cui «clausole generali e principi generali sono formule utilizzate sinonimicamente, ma non è affatto detto che sia così e non a caso vi sono molti che le distinguono»; mentre secondo Sala, *Le clausole generali nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 1193, «la giurisprudenza tende a confondere principi e clausole generali. Pur se dal punto di vista materiale possono essere (in quanto l'individuazione del contenuto è rimessa per entrambi all'interprete e non senza valutazioni assiologiche) all'apparenza analoghe, si tratta di realtà giuridiche ben diverse». Alpa parla invece di «ambiguità del termine principio», in *Il dialogo sui principi generali tra legislazione, dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 2013, 4, 86, e prosegue sempre sottolineando la frequenza della

La questione, infatti, si pone tipicamente quando si affronta questo modo di legiferare, tanto che dottrina che molto se ne è occupata ne sottolinea anzitutto la comune natura di «enunciati normativi connotati da un certo grado di vaghezza»¹⁴. Mentre, però, si osserva, le clausole generali «operano attraverso il rinvio a standard di giudizio (es. buona fede, correttezza professionale...)» e sono rappresentate attraverso «sintagmi contenuti in enunciati normativi», i principi sono congegnati in modo tale da «incorporare le linee guida, i valori, di un dato sistema giuridico»¹⁵, e costituiscono i «punti di partenza dai quali è possibile generare per via interpretativa nuove norme»¹⁶. Essi si presentano come «norme senza disposizione, ... la loro applicazione attiene al legale processo di produzione del diritto... [e] la loro individuazione in via giurisprudenziale incide... sul momento della definizione dell'ordinamento», laddove invece «l'applicazione dello standard appartiene alla qualificazione del fatto e alla valutazione del comportamento, alla luce di modelli costruiti su criteri di comune esperienza»¹⁷.

I principi esprimono quindi una funzione cd. nomogenetica – che è stata richiamata anche nella relazione illustrativa – e in questa loro essenza paiono meglio adattarsi alla struttura e ai contenuti delle disposizioni del Libro I, Parte I, Titolo I, del Codice dei Contratti, anche se naturalmente quest'opera di individuazione e di definizione dovrebbe essere poi condotta caso per caso all'interno dei primi dodici articoli del D.lgs. n. 36 del 2023, né si può escludere che in qualche caso essi possano contenere al loro interno anche sintagmi riconducibili alle clausole generali, o essere ricondotti *in toto* a questa categoria. Ciò parrebbe proprio essere per l'art. 5, Principio di buona fede e di tutela dell'affidamento.

Vale la pena, tuttavia, soffermarsi ancora un momento sull'interrogativo che ci si è posti e cercare di compiere un passo in più, richiamando la dottrina di un Autore che, pur nella vastità dei contributi che si registrano sul tema, rimane

«confusione tra principi generali e clausole generali», in una «panoplia di riferimenti», nella quale «l'espressione 'principio' assume molteplici significati, che si moltiplicano ancor più se si considerano i contesti in cui la parola è impiegata...»; mentre particolarmente pregnanti sono le riflessioni relative alla storia dell'analisi giuridica sul tema dei principi generali, di Montedoro, *op. cit.*, «per ricordare da dove veniamo, di fronte ad una mentalità che promuove ormai la 'mistica dei principi' sottovalutando le regole».

¹⁴ Così Nivarra, *op. cit.*, 59.

¹⁵ Così sempre Nivarra, *op. cit.*, 78; cfr. sul punto tra gli altri anche Massera, *I principi generali*, in *Dir. amm.*, 2017, 438 ss.

¹⁶ Così Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 2018, 537. Morbidelli, *Introduzione ad un dibattito sui principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in Morbidelli (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Collana Cesifin, *Percorsi e prospettive*, Firenze, 2023, 10, fa riferimento alla distinzione tra principi «valore» e principi «regole», elaborata da Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 93, per evidenziare la «virtualità indefinita» del principio «che richiede di essere specificata in sede applicativa, con riguardo alle circostanze che assumono rilevanza nel contesto di applicazione (cd. concretizzazione)», considerata la loro «eccedenza di contenuto deontologico o assiologico che dir si voglia».

¹⁷ Così Sala, *op. cit.*, 1194 ss.

ancora un riferimento imprescindibile per chi se ne occupi approfonditamente¹⁸; le osservazioni di Luigi Mengoni – per quanto qui non si possa che ricordarle senza soffermarsi in modo approfondito sulle riflessioni che ne scaturiscono – possono infatti aiutare a meglio comprendere la forza e il ruolo della struttura valoriale disegnata dal Codice.

Ci si riferisce in particolare alla distinzione dei principi in due *species*: i principi cd. dogmatici e quelli cd. problematici¹⁹, per quanto essa “non deve essere intesa in funzione di una rigida contrapposizione tra pensiero sistematico e pensiero problematico”, come avverte lo stesso Autore²⁰.

I primi “sono *principia demonstrandi*, hanno valore assiomatico... possono essere espressi, cioè formulati dallo stesso legislatore nella veste di norme di principio, oppure inespressi... cioè indotti da un insieme di norme particolari e condensati in formule dottrinali, dette dai giuristi romani *regulae iuris*”²¹. Essi, quindi, individuano sostanzialmente la premessa maggiore del sillogismo interpretativo operato in sede applicativa: se posti «in rapporto con il sistema, come organismo storico, oltre che logico linguistico... individuano e rideclinano... i valori fondamentali ai quali quel dato ordinamento giuridico si ispira»²².

I principi cd. problematici, invece, «forniscono premesse verosimili, punti di partenza accettabili di argomentazioni di tipo dialettico, che concludono con un giudizio di preferenza fra più ipotesi possibili di soluzione di un caso concreto»²³; essi «si ricollegano ad opzioni di politica del diritto certamente rilevanti, ma non di portata tale da assurgere al rango di infrastrutture del sistema» – com'è per i principi dogmatici – ma offrono comunque dei luoghi, dei «punti di vista interpretativi, necessari ai fini dell'integrazione delle lacune e di ausilio all'interpretazione propriamente intesa»²⁴.

Ai fini di cui qui si tratta, proprio per rappresentare la forza della nuova visione del Codice, e senza che questo naturalmente possa esaurire la riflessione sul significato e sulla portata del sistema dei principi adottato dal Codice, pare

¹⁸ Cfr. anche Ramajoli, in Clarich, Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 43, secondo la quale in questa materia «il pensiero di Mengoni ha rappresentato un importante spartiacque, quasi un punto di non ritorno», eppure, prosegue, «ancor oggi la sistematica in materia è ben lungi dal ritenersi raggiunta».

¹⁹ Così Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in “*I principi generali del diritto*”, Roma, 1992, e ora in Mengoni, *Scritti I, Metodo e scienza giuridica*, a cura di Castronovo, Albanese, Nicolussi, Milano 2011, dal quale provengono le citazioni nel testo; dello stesso Autore cfr. anche *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1986.

²⁰ Così Mengoni, *op. cit.*, 246.

²¹ Così Mengoni, *op. cit.*, 241.

²² Secondo le osservazioni di Nivarra, *op. cit.*, 81.

²³ Così Mengoni, *op. cit.*, 244.

²⁴ Così ancora Nivarra, *op. cit.*, 81.

però che ai principi cd. dogmatici si possa avvicinare almeno il principio del risultato (di affidamento e di esecuzione del contratto) di cui all'art. 1.

Per quanto asseguibile a bilanciamento – «nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza»(comma 1)²⁵ – non può essere senza significato che (unico tra gli undici) esso si presenti come espressa «attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità», come «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto», oltre che per la valutazione della responsabilità e l'attribuzione degli incentivi ai funzionari (comma 4); e, ancora depone in questo senso la funzione strumentale al raggiungimento del risultato affidata anche al principio della fiducia (art. 2, comma 2) oltre che a quello di concorrenza, «funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti» (art. 1, comma 2)²⁶.

È vero che, giustamente, e molto attentamente, il legislatore, preoccupato dall'esigenza di assicurare loro effettività, non si è limitato a nominare i principi nella più parte dei casi ma ne ha voluto tracciare l'essenza, per cercare di con-

²⁵ Nella costruzione di Mengoni, *op. cit.*, 242 ss., «i principi dogmatici non sono soggetti a bilanciamento...una volta formulato il principio il suo modo di applicazione è la sussunzione...», ma ciò non sembra porsi in contrasto con la lettura proposta nel testo; tali principi, infatti, «incontrano un limite quando si verificano i presupposti di eccezioni derivanti da altri principi o da norme particolari. Le eccezioni fanno parte della definizione concettuale del principio, non lo contraddicono, ma ne delimitano l'ambito applicativo».

²⁶ Ad un ruolo assiomatico di questo genere sembra ispirarsi anche la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che ritiene di richiamare il ruolo del principio del risultato, anche con riguardo a controversie soggette al regime precedente del Codice del 2016. In particolare, pare emblematica sotto questo profilo Cons. Stato, III, 15 novembre 2023, n. 9812, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «il 'principio del risultato', reso di recente esplicito dal nuovo codice dei contratti pubblici del 2023, ma già immanente nel sistema, in base al quale la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, costituiti «dall'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza», come recita l'attuale art. 1 del nuovo codice di cui al decreto legislativo n. 36 del 2023, in quanto 'la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti'. Il principio del risultato costituisce, peraltro, attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa e chiarisce che la procedura e la forma sono un mezzo, non il fine della disciplina». Cfr. nello stesso senso anche Cons. Stato, V, 27 febbraio 2024, n. 1924, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «L'art. 1 è collocato in testa alla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri. Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto». Riconosce al principio del risultato «il ruolo di stella polare che deve guidare l'interprete alla scoperta del nuovo impianto normativo», Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, *Ius*, in *www.ius.giuffrefl.it*.

tenerne l'indeterminatezza²⁷ – fatto da cui è possibile trarre argomenti ulteriori anche per non ricondurli alla categorie delle mere clausole generali – e soprattutto si è posto il problema del rapporto in cui stanno tra di loro, fornendo direttive per la loro 'convivenza'²⁸. Allo stesso modo, sono stati distinti giustamente anche i primi tre 'articoli-principi' – risultato, fiducia, accesso al mercato – rispetto agli altri, facendone l'asse interpretativo portante, illuminante, di tutto il Codice²⁹; ma, se si va a guardare nel suo insieme la rete del bilanciamento tra principi disegnata dai primi dodici articoli del Codice – certamente complessa – non possono non spiccare gli elementi sopra messi in evidenza, che depongono a favore di una differenziazione del principio del risultato rispetto ai rimanenti principi.

E, del resto, è anche la stessa relazione illustrativa al Codice a qualificare il principio del risultato come «interesse pubblico primario del Codice»³⁰, mentre in dottrina si è sottolineato che «in una logica di gerarchia, al momento di tracciare il regime dell'azione delle stazioni appaltanti, il Codice colloca il risultato in funzione prioritaria rispetto ad altri principi»³¹.

²⁷ Sul "campo semantico del principio" cfr. anche Fracchia, *op. cit.*, 13 ss. Cfr. inoltre Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb.App.*, 2023, secondo cui «Lo schema del Codice dei contratti in corso di approvazione... ha l'enorme merito di fornire una precisazione legislativa dei principi, non solo una loro enunciazione generica e così astratta da rappresentare null'altro che clausole generali. Finalmente disponiamo di enunciati normativi non solo suscettibili di diretta applicazione, ma in grado – come proprio dei principi – di comporre le singole fattispecie puntuali, di entrare a far parte delle regole del caso e, quindi, di ordinare il sistema»; sul punto anche Ramajoli, *Articoli 1-11, I principi generali*, in Contessa, Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Napoli, 2023, 47, sottolinea che «il ricorso ai principi generali presenta alcune criticità di cui è conscia la stessa relazione al codice. Infatti, quando si fa un "uso inappropriato e ripetitivo" dei principi generali, tale da sconfinare in un vero e proprio abuso, si rischia di attribuire al giudice un eccessivo potere interpretativo e, conseguentemente, di erodere certezza del diritto e prevedibilità delle soluzioni giudiziali delle controversie. Proprio per scongiurare questi pericoli il codice ha voluto specificare il contenuto concreto e puntuale di alcuni principi, oltremodo elastici...».

²⁸ Osserva Pino, *op. cit.*, 537, che «i principi sono norme generiche e indeterminate, con un campo di applicazione (fattispecie) molto ampio, e che pertanto tendono a confliggere reciprocamente: la loro applicazione richiede attività di bilanciamento (talvolta caso per caso) e concretizzazione...».

²⁹ Parla di «differenziata funzione» dei principi sanciti dal Codice dei contratti pubblici, con riguardo a questi primi tre articoli, in quanto presentano un «carattere ampiamente orientante e nomofilattico», Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi*, 9/2024, 219; mentre Saitta, *op. cit.*, li definisce «principi cardine»; Morbidelli, *op. cit.*, ascrive alla categoria dei cd. principi "Valore" (vd. supra nota 17) l'art. 1, commi 1, 2 e 3, l'art. 2, commi 1 e 2, e l'art. 3; mentre Napolitano, *Il nuovo Codice*, cit., ritiene che essi si «atteggiano a principi-valori».

³⁰ Secondo la relazione al comma 1 codifica il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività: l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati (p. 13).

³¹ Così Fracchia, *op. cit.*, 13 ss.; cfr. inoltre Napolitano, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *www.astrid.it*, rassegna 6/2023, che rileva un «ribaltamento della gerarchia degli interessi in precedenza improntato sulla tutela della concorrenza e la libertà di circolazione, rispetto ai quali buon andamento e conseguimento del risultato risultavano postergati»; e Saitta, *op. cit.*, che parla di «deciso ridimensionamento del dogma della tutela della concorrenza».

4. *La funzionalità dei principi all'esercizio della discrezionalità; il peso della legalità sostanziale*

Ancora più al fondo – al di là delle riflessioni sulla portata di ciascun principio – vi è però una coerenza recondita nel ricondurre questo primo insieme di disposizioni alla categoria dei principi; esso infatti ruota nettamente attorno all'esercizio del potere discrezionale della p.a., spazio di scelta all'interno del quale essa è chiamata a raggiungere il miglior risultato possibile, e spazio che per sua natura si nutre di principi, e si muove sotto il governo del principio di legalità sostanziale, ciò che illumina anche la portata del rinvio al principio di legalità, contenuto già nell'art. 1 comma 1, del Codice³². «Evidente è il cambio di paradigma – si osserva in dottrina – rispetto a letture orientate a ridurre gli spazi di scelta dell'amministrazione e ad imbrigliarne l'azione: la stazione appaltante, indirizzata al 'fare', può e deve agire per il risultato e tale stella polare consente di guidare la scelta discrezionale senza eccessivi vincoli *ex ante* ordinando in una scala decrescente gli altri interessi e principi coinvolti»³³.

In particolare, questo sistema 'ad albero', i principi nel loro insieme e i primi due in particolare, costituiscono l'espressione di una vera e propria volontà del legislatore di 'liberare la discrezionalità', in vista dell'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, attingendo a quella «inesauribile riserva di senso»³⁴ offerta dai principi costituzionali, e qui nello specifico dall'art. 97 Cost., cui il principio del risultato viene legato espressamente³⁵.

Ma, ancora più allargando la visuale, un ulteriore tassello di questa nuova visione della disciplina dei contratti pubblici e dei compiti della p.a. può venire anche da due ulteriori elementi, uno interno al Codice, legato ai principi di trasparenza e digitalizzazione, e uno esterno, ma non estraneo, legato alla finalità di semplificazione e al principio di semplificazione come elaborato dalla giurisprudenza amministrativa.

³² Sottolinea lo stretto legame tra risultato amministrativo e legalità, Spasiano, *op. cit.*, 211, essendo «ormai ampiamente positivo che la legalità non coincide (più) con il puro formalismo, svincolato da qualsiasi considerazione sostanziale; essa invece induce l'amministrazione e il giudice amministrativo ad andare oltre il mero riscontro della illegittimità formale dal momento che 'la qualificazione di invalidità dipende più che dalla difformità rispetto ad un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere dell'autorità'; in questo senso, peraltro, sembra andare anche l'argomentazione del giudice amministrativo in Cons. Stato n. 9812 del 2023, *supra* alla nota 25.

³³ Così Fracchia, *op. cit.*, 13 ss.

³⁴ Cfr. Nivarra, *op. cit.*, 74, secondo il quale «i principi costituzionali offrono una pressoché inesauribile riserva di senso grazie alla quale il sistema giuridico riesce o, quanto meno, prova a intercettare e incanalare tutti gli input che, con intensità crescente, l'ambiente ad esso esterno gli trasmette».

³⁵ Non a caso si è ritenuto che «il senso ultimo di queste disposizioni va ravvisato tenendo presente l'obiettivo prioritario del codice, che è quello di incoraggiare e valorizzare – anche simbolicamente – le stazioni appaltanti a ricorrere alla discrezionalità e allo spazio valutativo di tipo tecnico abbandonando una mentalità obbediente alla sola legalità formale»: così Ramajoli, *op. cit.*, 47.

Una trasparenza «funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto» (art. 1, comma 2), dovrebbe essere ispirata a un rifiuto per quella ‘burocrazia della trasparenza’ che aveva oltremodo appesantito la disciplina precedente dei contratti pubblici – anche in uno con l’esercizio del potere normativo vincolante dell’ANAC, oggi soppresso dal Codice – e per ciò stesso dovrebbe essere diretta in primo luogo a permettere la piena conoscibilità dell’esercizio della discrezionalità, rafforzando la fiducia nella e dell’amministrazione³⁶. A ciò si dovrebbero peraltro affiancare gli effetti positivi derivanti dalla cd. digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, tanto per quanto riguarda la trasparenza, «funzionale alla massima semplicità e celerità», quanto per una possibile riduzione del tasso di opinabilità delle valutazioni tecniche che possono venire dall’utilizzo dei dati a disposizione delle Amministrazioni.

5. *Principio del risultato e semplificazione come comune denominatore dell’azione amministrativa secondo il giudice amministrativo*

A ben vedere, però, ci si rende conto che questo disegno del Codice, di rafforzamento della discrezionalità – e della fiducia nell’amministrazione, e dell’amministrazione, nell’esercizio della discrezionalità – trova una propria ragione d’essere anche su un diverso fronte che ha occupato dottrina e giurisprudenza a partire dalla legge sul procedimento, per divenire nel tempo (con vizi e virtù) una sorta di ‘*mainstream*’ dell’ordinamento amministrativo³⁷, e che è stato chiamato espressamente in causa anche per la disciplina dei contratti pubblici, dal momento che la legge delega – come si è visto – nel lungo elenco di principi e criteri direttivi, richiama soprattutto finalità di semplificazione³⁸.

Non è senza significato anche in questa materia – perché riporta tutto (e tutto tiene legato) ad una visione generale dell’azione amministrativa e dei compiti ricadenti sulla pubblica Amministrazione – la considerazione che il giudice amministrativo riserva in via generale alla semplificazione come «un palpabile

³⁶ Cfr. sul punto tra gli altri Caranta, *op. cit.*, 1960; Pagliarin, *Brevi osservazioni sul principio della fiducia nel Codice dei contratti*, in Manganaro, Paolantonio, Tigano (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*, Messina, 2024, 11; Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell’amministrazione e dell’amministrazione: riflessioni intorno all’articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi*, 2023, 17.

³⁷ Su questi aspetti, senza pretesa di esaustività, ma per la visione di insieme sullo stato della questione e l’ampiezza dei rinvii dottrinali e giurisprudenziali, sia consentito rinviare a Marzaro, *Silenzio assenso tra Amministrazioni; dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento ‘orizzontale’ all’interno della ‘nuova amministrazione’ disegnata dal Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it, 2016, e *Il silenzio assenso e l’‘infinito’ della semplificazione. La scomposizione dell’ordinamento nella giurisprudenza sui procedimenti autorizzatori semplificati*, in *Riv. Giur.urb.*, 2022, 558 ss.

³⁸ Cfr. *supra* nota 9.

comune denominatore teleologicamente orientato ad un preciso obiettivo: la ravvisata opportunità e la pressante necessità di dequotare e ridurre gli aspetti puramente formali [della suddetta attività] in funzione della più pronta tutela e valorizzazione dell'interesse sostanziale, quale risultato finale, sia sul versante dell'amministrazione (tenuta alla più sollecita gestione dell'interesse attribuito dalla legge), sia sul versante del cittadino»³⁹.

Se, ad avviso del giudice, è «innegabile il connubio» del principio di semplificazione con il principio di efficienza dell'attività amministrativa, «il perseguimento della semplificazione quale principio cardine dell'attività amministrativa»⁴⁰ mira ancora una volta ad assicurare il risultato finale secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità⁴¹ in ogni settore in cui deve operare l'Amministrazione, in nome di quello che secondo il giudice costituzionale costituisce «livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.⁴², e che nella giurisprudenza amministrativa più recente viene elevato espressamente al rango di «bene o valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati»⁴³. Ora, a prescindere dalle perplessità che può sollevare una tale 'celebrazione' della semplificazione, con la quale il giudice sembra ormai sancire apertamente la definitiva perdita di senso del procedimento amministrativo come luogo di valutazione e composizione degli interessi nell'eser-

³⁹ Così Cons. Stato, IV, 15 aprile 2021, n. 3106, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Così Cons. Stato, IV, 15 aprile 2021, n. 3112, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ Ritieni la semplificazione «strumento di contrasto alla corruzione» Patroni Griffi, *Il contrasto alla corruzione a dieci anni dalla legge 190/2012 (cd. legge Severino)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 3 gennaio 2023: «più sono complesse e farraginose le procedure, più trova spazio la corruzione», mentre si osserva che «la compressione della discrezionalità amministrativa ha portato ad un irrigidimento per norma delle procedure che si è tradotto più in un aumento del costo della corruzione che in una diminuzione del fenomeno. Più consoni con un'organizzazione che funzioni è procedere nella logica dell'amministrazione di risultato, in cui il prodotto finale deve assicurare standard di qualità e di costi non compatibili con passaggi corruttivi». Allo stesso modo, Vetrò, Lombardo, Petrachi, *op. cit.*, 61, mettono l'accento sulle finalità semplificatorie perseguite dal Codice, sottolineando la necessità «che la semplificazione sia presa sul serio: di questa esigenza, per le novità sul piano dell'impostazione e dei contenuti, sembra farsi carico il nuovo Codice».

⁴² Cfr. tra le altre Corte cost., 25 gennaio 2019, n. 9 e 25 novembre 2020, n. 247, in www.cortecostituzionale.it.

⁴³ Così Cons. Stato, IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, www.giustizia-amministrativa.it, su una delle questioni 'semplificatorie' più controverse degli ultimi anni, relativa all'ambito di applicazione dell'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990, sul cd. silenzio assenso orizzontale tra amministrazioni, laddove il giudice sottolinea: «1) la trasformazione del ruolo della semplificazione, da valore strumentale (ossia come principio generale da collegare all'esigenza di migliorare l'efficienza amministrativa nel valutare tutti gli interessi che si confrontano nel procedimento e di aumentare l'efficacia nella cura degli interessi pubblici al contempo garantendo una più agevole tutela delle pretese del cittadino) a bene o valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati; 2) l'attenuazione della valenza forte e assolutizzante dell'attributo di primarietà associato agli interessi sensibili, nella misura in cui viene ammesso un loro bilanciamento in concreto con altri valori e principi».

cizio dell'attività autoritativa della p.a.⁴⁴, vi è però da osservare che, nella disciplina dell'attività contrattuale della p.a. il ruolo assegnato alla semplificazione pare più meditato ed equilibrato; a partire dal fatto che non la si è compresa in qualità di principio nella struttura di vertice del Codice⁴⁵ – e ciò non può che essere ritenuto una scelta consapevole dei redattori, considerata la genesi della normativa – per essere invece finalità assoggettata alla prova dell'applicazione delle norme in concreto, nel gioco del bilanciamento dei principi su cui si regge tutta la disciplina. Non è possibile in questa sede soffermarsi oltre su questo tema, ma non pare un caso che, da questo punto di vista, la giurisprudenza più attenta, dopo avere riconosciuto al principio di risultato il ruolo ispiratore del sistema – laddove, invece, «procedura e ... forma sono un mezzo, non il fine della disciplina» – si preoccupi però anche di chiarire che: «Ciò non significa, naturalmente, che la tutela della concorrenza e del mercato possa essere trascurata o non debba essere adeguatamente perseguita. Il “formalismo” delle procedure di gara, infatti, si impone e prevale ogni qual volta sia in discussione la partecipazione delle imprese del settore ad armi pari al concorso per conseguire le commesse pubbliche»⁴⁶.

6. *Nuovo Codice dei contratti pubblici e rifiuto della cd. burocrazia della trasparenza*

Peraltro, da un punto di vista ancora diverso, il legislatore – ma qui è necessario dire meglio il Consiglio di Stato – è consapevole del disegno del cambiamento culturale che sta tracciando, e sceglie di compiere questo passo avanti anche perché può contare da un lato sulla riforma dell'abuso d'ufficio operata dal D.L. n. 76 del 2020, e, dall'altro, sulla presenza di una nuova disciplina della responsabilità erariale sempre riformata dallo stesso decreto legge cd. semplificazioni uno.

Non solo, proprio per assicurare effettività al potere discrezionale, nel Codice ci si preoccupa di perimetrare ulteriormente l'azione discrezionale ispirata al miglior risultato nella fiducia reciproca (art. 2), definendo la fattispecie della colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa – qui munita della carattere della specialità – offrendo ai funzionari 'paralizzati dalla paura della firma' anche la gui-

⁴⁴ Su questi profili, Marzaro, *Il silenzio assenso*, cit.

⁴⁵ Appare singolare, ma certamente significativo, che il termine “semplificazione”, presente innumerevoli volte nelle disposizioni della legge delega che dettano i principi e i criteri direttivi, non compaia mai all'interno dei primi undici articoli del Codice, a prova del fatto che la semplificazione è rimasta finalità incorporata sì nel principio del risultato ma attuata attraverso le disposizioni puntuali dettate nelle varie parti del Codice, strumento volto ad assicurare in concreto il raggiungimento del risultato in modo efficiente ed efficace.

⁴⁶ Così Cons. Stato, III, n. 9812 del 2023, cit.

da dell'esonero da responsabilità nel caso in cui si sia fatto riferimento ad «indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti» (oltre al sostegno delle azioni per la copertura assicurativa). Naturalmente qui ci si riferisce sempre alle assi portanti del sistema, fermi restando i problemi interpretativi posti da queste disposizioni, anche se non si può negare che la discrezionalità fisiologicamente propria dell'azione per principi protegga dalla responsabilità penale.

D'altra parte, poco più di un anno fa la Corte costituzionale con la sentenza n. 8 del 2022⁴⁷, rigettava la questione di legittimità costituzionale della riforma dell'abuso d'ufficio, si riferiva espressamente a «disposizioni volte a tranquillizzare i pubblici amministratori», ritenendo la tutela penale «*extrema ratio* cui il legislatore ricorre quando nel suo discrezionale apprezzamento lo ritenga necessario per l'assenza e l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela».

È innegabile, peraltro – e ciò a mio avviso costituisce un altro tassello fondamentale delle ragioni da cui origina la scelta del Codice dei principi – che la percezione del rischio della responsabilità non abbia fatto altro che aumentare in questi anni, oltre che per lo stato 'disastrato' dell'ordinamento amministrativo, per l'impatto di una giurisprudenza penale e contabile particolarmente pervasiva, in un quadro di decenni di trascuratezza e disattenzione del legislatore per i profili organizzativi della pubblica Amministrazione.

Tullio Padovani, in uno scritto recente⁴⁸, sempre relativo all'abuso d'ufficio, pur critico nei confronti della riforma del 2020, usa parole sicuramente accese dall'enfasi tipica del penalista, ma che lo studioso di diritto amministrativo non può che condividere con una ferita nell'animo: «... per quanto si possa (e si debba) assicurare alla fattispecie incriminatrice un contenuto rigorosamente determinato, la garanzia così attuata resterà fatalmente incompleta, se non si provvederà nel contempo a definire modi, finalità e limiti delle diverse funzioni amministrative in forma meno contorta, confusa e slabbrata di quanto non sia sinora accaduto, lungo la china di un processo di disgregazione, di atomizzazione e di scoordinamento che ha portato il diritto amministrativo a rappresentare in forma paradigmatica la patologia dell'ordinamento giuridico [nel] sommo disordine che caratterizza il nostro sistema amministrativo, nel tumultuoso accavallarsi delle competenze, nel viluppo inestricabile delle procedure, nell'aleatorietà degli strumenti normativi, della formidabile carenza di efficaci controlli interni».

⁴⁷ Corte cost. 18 gennaio 2022, n. 8, in www.cortecostituzionale.it.

⁴⁸ T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in www.giurisprudenzapenale.com, 7 agosto 2020.

7. *Sulle radici giuridico-culturali del nuovo Codice: il ruolo della funzione latu sensu consultiva del Consiglio di Stato per un nuovo paradigma di amministrazione*

Ma il percorso sin qui compiuto non può ancora considerarsi concluso, se – come si accennava in apertura di questo scritto – attraverso le riflessioni indotte dalle novità del sistema dei principi del Codice dei contratti pubblici, non si compie un altro passo e non si scende ancora più in profondità, alle radici del lavoro compiuto dalla Commissione che ha redatto il Codice, la quale – non a caso per prima – nella relazione illustrativa ha parlato di «segno di svolta», di «cambio di passo rispetto al passato», di un «segnale di cambiamento profondo» e fa riferimento alla scelta di «esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico» (lì riferendosi nello specifico al principio della fiducia).

Non è un caso, perché il Consiglio di Stato (qui nella composizione integrata della Commissione) si è trovato a percorrere una via che già aveva aperto; nell'esercizio della sua funzione di consulenza giuridico amministrativa da tempo, infatti, si è posto apertamente come portatore di un'istanza di cambiamento culturale dell'amministrazione o, comunque ha propugnato una forte presa di consapevolezza della necessità di questo cambiamento.

Già negli svariati pareri che hanno accompagnato l'attuazione della riforma Madia questi concetti – ma forse sarebbe meglio dire valori – accompagnano l'esercizio della funzione consultiva.

Così, per ciò che riguarda la valutazione della performance appare «necessario un vero e proprio cambiamento culturale all'interno e all'esterno dell'amministrazione»⁴⁹; nel parere sullo schema di decreto legislativo sulla revisione e semplificazione in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, si fa riferimento ad una «rinnovata visione della p.a. che il Consiglio di Stato sostiene e incoraggia», si invita ad una «riconsiderazione delle politiche di semplificazione» e alla necessità di «valorizzare ulteriormente il ruolo consultivo del Consiglio di Stato in questa fase di riforme strutturali», anche richiamando ad un'«evoluzione del modello da tempo presente all'art. 14 n. 2, RD 1054/1924»⁵⁰.

Più volte nei pareri si fa riferimento al «principio di buon andamento letto in un'ottica moderna»⁵¹, o ad una «moderna concezione del canone di buon andamento e del diritto ad una buona amministrazione», alla necessità di un «cambio di paradigma» nell'atteggiamento dei regolatori⁵². Nella stessa relazio-

⁴⁹ Così Cons. Stato, Comm. Spec., parere 11 aprile 2017, n. 917, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ Così Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., parere 18 febbraio 2016, n. 515, www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹ Così Cons. Stato, Comm. Spec., parere 23 giugno 2016, n. 1640, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵² Così Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., parere 7 giugno 2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

ne illustrativa al Codice, si ritiene che questo cambiamento passi anche attraverso l'attestazione espressa della «fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione: 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»⁵³.

Ma, spingendosi ancora più avanti, di fronte ad un fenomeno definito di «consumismo normativo» il Consiglio di Stato sottolinea una «fallacia logica purtroppo ricorrente nel concepire il rapporto ... tra normazione e soluzione dei problemi», con riguardo a «quella sorta di illusione normativa che conduce sovente i regolatori, specialmente quelli appartenenti a culture come la nostra, ancora condizionate da un 'astratto idealismo giuridico', a riposare sull'errato convincimento ... che le parole della legge posseggano un'intima forza quasi trascendente e demiurgica che le renda in grado, da sole, di modificare il reale», ponendo in luce invece la necessità dell'introduzione e del continuo affinamento «di una combinazione di rimedi normativi, organizzativi e formativi»⁵⁴, che non a caso vengono richiamati anche in chiusura della relazione al Codice dei contratti, e poi codificati all'art. 2, comma 4, del D.lgs. n. 36 del 2023. in cui si fa riferimento ad «azioni ... per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'art. 15, comma 7».

L'«albero dei principi» del Codice radica, dunque, in una riflessione ormai consolidata e affinata in nome della quale la funzione consultiva del Consiglio di Stato si pone come una sorta di «sostegno *in progress* riferito ad una *policy*, ad un progetto, piuttosto che esclusivamente a singoli provvedimenti individuati»⁵⁵.

Che, peraltro, questo habitat 'virtuale e virtuoso' di fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione – e nella sua efficienza ispirata al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. – debba confrontarsi con la realtà di un'Amministrazione per molto tempo trascurata e chiusa all'interno di quello che è stato ben definito un «paradigma sfiduciario»⁵⁶, per passare attraverso un insieme di misure, soprattutto organizzative, che ne permettano la graduale realizzazione, è di tutta evidenza, anche se di non semplice attuazione. Il rischio derivante dal disegno di un sistema astratto e colto quale quello perseguito dal Consiglio di Stato, altrimenti, è quello segnalato anche da attenta dottrina che guardando in generale al tema della cd. burocrazia difensiva – in quella prospettiva ampia in cui è maturata anche l'esperienza della redazione del nuovo Codice dei contratti pubblici – sottolinea che «sia le autorevoli indicazioni della Corte costituzionale, che

⁵³ Cfr. Relazione illustrativa, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 15.

⁵⁴ Cons. Stato, parere n. 1458 del 2017, cit.

⁵⁵ Cons. Stato, parere n. 1640 del 2016, cit.

⁵⁶ Così Pagliarin, *op. cit.*, 11.

nel censurare le leggi provvedimento, ha dato ‘rilevanza costituzionale’ al procedimento amministrativo...sia quelle dell’Unione europea, che con il principio di ‘libera amministrazione’ indica la strada verso un’amministrazione che costruisce il suo modello di organizzazione e di funzionamento entro il perimetro dei principi generali (direttiva n. 23/2014 in tema di concessioni) possono apparire illuministiche forse utopistiche se non segue la realizzazione di un nuovo ‘ambiente’ amministrativo in cui possano farsi realtà»⁵⁷.

Va da sé che, ben consapevole della delicatezza del ruolo che va assumendo in questa veste, il Consiglio di Stato si premura di sottolineare che la funzione consultiva costituisce espressione di «un’attività neutrale di garanzia svolta secondo canoni di assoluta indipendenza» in cui agisce «a servizio dello Stato-Comunità» e non dello Stato-Apparato, laddove però la «concentrazione organica delle funzioni consultive e giurisdizionali voluta dal Costituente, aumenta la resistenza in sede contenziosa delle norme, riducendo i rischi di instabilità ed incertezza del diritto dovuti all’eventuale invalidazione giurisdizionale delle norme medesime»⁵⁸.

8. *Incertezza del diritto e ruolo del giudice amministrativo nella genesi e nell’applicazione del Codice dei principi n. 36 del 2023; per una dottrina dei precedenti*

Da tempo ormai lo stato di incertezza che pervade l’ordinamento amministrativo, la mancanza di ‘sicurezza giuridica’ per il cittadino e gli operatori, l’inciviltà di un sistema che ormai non è più in grado di assicurare questa sicurezza, e il ruolo suppletivo nei confronti del legislatore che il giudice amministrativo è venuto assumendo nel corso del tempo, occupano (e preoccupano) le riflessioni dei giuristi⁵⁹.

Lo stesso giudice amministrativo osserva che il «legislatore non sa più formulare regole e pone principi, il giudice prescinde dalle regole perché coperto e abbacinato dal principio»⁶⁰; tra i costituzionalisti si manifesta «delusione per una legislazione dilettesca» e si sottolinea il «rischio di cadere nell’abisso del soggettivismo più spinto»⁶¹; i filosofi del diritto⁶², affrontando il tema della certez-

⁵⁷ Così M.P. Chiti, “Burocrazia difensiva”: cause, indicatori e rimedi, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2021, 1999 ss.

⁵⁸ Cons- Stato, parere n. 1458 del 2017, cit.

⁵⁹ Su questi aspetti, anche per l’ampiezza dei riferimenti bibliografici, si rinvia a Marzaro, *Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (in)sostenibile leggerezza degli interessi sensibili (a proposito di principi, giudici e legislatori)*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2021, 432 ss.

⁶⁰ Così Montedoro, *op. cit.*

⁶¹ Cfr. tra gli altri, M. Luciani, *op. cit.*

⁶² Cfr. tra gli altri Pino, *op. cit.*, 524.

za del diritto manifestano una «tendenziale preferenza per una normazione per regole anziché per principi, standards e clausole generali», sottolineando che un «diritto certo opera come fattore di riduzione della discrezionalità interpretativa e applicativa», ma registrano il fatto obiettivo che il diritto dello Stato costituzionale presenta una dimensione assiologica pervasiva⁶³.

«La Costituzione – si osserva – è un insieme di principi/valori che funzionano come fondamento dell'intero ordinamento giuridico e hanno la funzione di guidare un processo di profonda trasformazione sociale», in cui «la pratica dell'interpretazione conforme a Costituzione tende a trasformare il giudizio di costituzionalità in un giudizio diffuso, attraverso giudizi di valore». Ne viene dunque naturale, fisiologico, che il «diritto dello Stato costituzionale [sia] un diritto prevalentemente giurisprudenziale»; lo Stato costituzionale «innesca ... una diffusione e forse una prevalenza del momento giurisprudenziale a scapito di quello legislativo...»⁶⁴.

Paolo Grossi⁶⁵ – non è possibile definirlo solo storico del diritto – osserva che «noi giuristi italiani... crediamo di trovarci all'estremo di una lunga strada che corre assolutamente liscia dal Settecento al 2019, una strada connotata da una perfetta continuità, tanto che grazie ad essa ci arrivano da allora messaggi con dei contenuti originari ritenuti tranquillamente, pianamente, applicabili nel contesto attuale. Ma non è così» e ci invita a «guardare l'oggi con gli occhi di oggi», e a prendere atto dello «spostamento progressivo dell'asse portante dell'ordine giuridico dai produttori di leggi agli interpreti, connotando sempre più il diritto italiano come giurisprudenziale», definendolo «una provvida valvola che permette un più congruo respiro al diritto positivo italiano», nel «momento di transizione e di crisi che stiamo tuttora vivendo, quando è tangibile l'incapacità del legislatore a ordinare tutto il tessuto dell'esperienza...».

Guardando dunque oggi il Codice 'con gli occhi dell'oggi', forse non si può che concludere allo stesso modo: in origine fu il giudice amministrativo (a rinvenire i principi)⁶⁶, in fine sarà ancora il giudice amministrativo (a sindacare l'applicazione).

⁶³ Ma da questo punto di vista, osserva G. Zaccaria, *Postdiritto, Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna 2022, 225, i principi «si presentano come uno strumento ormai irrinunciabile al fine di fronteggiare e governare la complessità giuridica contemporanea. Non vi è più la possibilità di un ritorno ad una giurisprudenza esclusivamente 'per regole', anche se i principi non si presentano come un catalogo chiuso, ma piuttosto come un repertorio aperto, che varia da epoca ad epoca e da settore a settore del diritto... Tutto ciò in una nuova prospettiva del diritto, che attenua la verticalità di un diritto imposto dall'alto verso il basso e ne accentua l'orizzontalità ricorrendo a modelli di orientamento che si formano poco alla volta...».

⁶⁴ Così Pino, *op. cit.*, 538.

⁶⁵ Cfr. P. Grossi, *A proposito del diritto giurisprudenziale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, 7 ss.

⁶⁶ Osserva ancora Montedoro, *op. cit.*, che «la radice politica della funzione nomofilattica va sempre tenuta presente, anche nell'esame dei principi forse non casualmente leggibili, come prima impressione, come un vero e proprio manifesto politico destinato ad acquistare la sua pregnanza giuridica proprio se e in quanto si leghi alla funzione nomofilattica. Il punto però è che, nel tempo presente, l'intreccio – sotteso al codice dei

cazione dei principi)...in attesa di un legislatore...e sempre con la consapevolezza della estrema delicatezza di questo assetto⁶⁷: per loro natura, infatti, «i principi soggetti a bilanciamento richiedono una teoria che circoscriva rigorosamente la discrezionalità del giudice connessa a questo modo di applicazione del diritto»⁶⁸.

contratti pubblici – fra volontà politica leggibile nella trama dei principi e funzione nomofilattica, è un intreccio ambiguo, sfuggente per la natura elastica dei principi e l'eccesso di frammentazione delle regole, con la conseguenza di definire un assetto normativo che contiene direttive meramente orientative, sulle quali è facile ipotizzare che possano risultare enfatizzate – con eterogenesi dei fini – piuttosto che ridotte le attività interpretative connotate da alta discrezionalità dei giudici.

⁶⁷ Qui soccorrendo «la forza dei precedenti però: l'ordinamento essendo inevitabilmente un farsi dinamico nella concretizzazione normativa per opera della giurisprudenza, deve fondarsi sulla forza del precedente giurisprudenziale per conseguire quantomeno stabilità», così Montedoro, *op. cit.*; su questi aspetti si veda anche Severini, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in *www.federalismi.it*, editoriale, 10 ottobre 2018, secondo il quale «alla nomofilachia propria della giurisprudenza di ultima istanza si aprono spazi di compensazione dell'incapacità di ordinata produzione normativa da parte delle giuste fonti e ... questi possono facilmente prendere il sopravvento sul conclamato obiettivo di rassicurazione mediante la stabilità. È ben eloquente l'assunto che si arrivi a immaginare di così generare dettagli prescrittivi sulla sola base dei generici e lati 'valori emergenti dalla Costituzione, dalla CEDU o dal diritto comunitario'. Sembrerebbe quasi trattarsi di specchi che si riflettono tra loro per lasciare integra la latitudine interpretativa del giudice: ma il costrutto del sistema costituzionale vuole il giudice sottoposto alla legge (art. 101 Cost.), cioè esclude che la sua funzione possa atteggiarsi a fonte del diritto», avvertendo del rischio di giustificare «una produzione giurisprudenziale di diritto non preceduta da attribuzione espressa e da confronti autenticamente rappresentativi e si indebolisce l'idea autentica di precedente, che incorpora la stabilità dell'impronta del passato. Una via breve per creare, al di fuori del circuito della rappresentanza, nuovi "precedenti", che in realtà precedono solo il futuro, e che sono irrettrabili se non con un difficile *contrarius actus* o mediante improbabili leggi. Il significato stesso di "precedente", in questi casi, può dunque arrivare a mutare: non più antecedente traccia del passato che guida il presente, ma creazione del presente che precede solo e regola il futuro. Prevedibilità e stabilità – le componenti essenziali della sicurezza giuridica – ne sono evidentemente compromesse».

⁶⁸ Così Mengoni, in chiusura del suo saggio sui principi generali del diritto, *op. cit.*, 253, concludendo che «la riflessione sui principi generali del diritto finisce col mettere in rilievo l'urgenza di una dottrina del precedente giudiziario compatibile con gli ordinamenti di *civil law*. Essa è uno strumento indispensabile di semplificazione della crescente complessità del sistema giuridico». Peraltro, si è osservato in dottrina, ciò potrebbe anche ulteriormente acuire la delicatezza della situazione, perché «l'innesto della regola dello *stare decisis* nel sistema di *civil law*, da un lato vincolerebbe il precedente, originando un vero e proprio obbligo di osservanza, dall'altro, legittimando l'introduzione di una nuova fonte del diritto, contribuirebbe 'alla rottura della certezza del diritto che solo la legge può dare'... Ciò di cui nondimeno si discute non è un obbligo legale assoluto» si rileva, «bensì una presunzione di vincolo al precedente che in quanto tale può a certe condizioni venire superata e proprio per questo non può equivalere alla surrettizia introduzione di una fonte del diritto alternativa alla legge»; così Pinelli, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. Pubbl.*, 2019, 563, il quale ravvisa le ragioni che giustificano un tale superamento, nella «comprovata esigenza di tutela di un diritto fondamentale, in ipotesi prevalente anche su un 'assetto interpretativo' stabilmente raggiunto».

Patrizia Marzaro - Abstract

I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici: la funzione nomopoietica del consiglio di stato per un 'nuovo paradigma' di amministrazione

Il lavoro analizza il sistema dei principi previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e il ruolo che essi assumono nelle dinamiche decisionali del Giudice amministrativo.

The general principles of the new public contracts code: the nomopoietic function of the state council for a 'new paradigm' of administration

This work analyses the system of principles envisaged by the new Public Contracts Code, Legislative Decree no. 36 of 31 March 2023, and the role they play in the decision-making dynamics of the administrative judge.