

*Oggi il termine liberalismo ha assunto un significato completamente diverso, quello che Charles Larmore ha definito neoliberalismo, una dottrina che elimina ogni potere fuorché quello dell'economia.*

*Da questo punto di vista, esso è più simile al totalitarismo che abbiamo conosciuto all'inizio del Novecento che al vecchio liberalismo.*

*(Tzvetan Todorov*

*La vita e i libri).*

## **La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici**

Giancarlo Montedoro

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

### **Sommario**

**1. Perimetrazione dell'argomento 2. Generalia sui principi 3. Enumerazione ed individuazione dei caratteri dei principi del codice dei contratti pubblici 4. Scavo sui significati (anche politici). 5 Valori principi e regole 6. Incidenza sulla nomofilachia. 7. Adelante con juicio.**

### **1. Perimetrazione dell'argomento**

Questo saggio è dedicato all'analisi dei principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici (spesso denominato codice degli appalti obliterando le concessioni ed i partenariati) ed alla loro probabile futura incidenza sulla funzione nomofilattica.

L'ordine impone di iniziare dalla perimetrazione dell'argomento, dalla precisa individuazione delle fonti, dalla novità costituita dalla disciplina dei principi, dalla definizione del campo di indagine per garantire la tecnicità dell'analisi.

La disciplina che esamineremo è contenuta nel d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36.

Nei primi dieci articoli del codice dei contratti pubblici come è ormai noto - articoli che attirano l'attenzione degli esegeti ambiziosi e desiderosi di cogliere il senso (anche politico) del nuovo codice, mediante un riferimento sintetico ai criteri ispiratori che lo regolano - sono dettati principi che non precedono per così la trama normativa, si sovrappongono ad essa, orientano l'interpretazione di essa.

Il tema così perimetrato consente di affrontare subito l'interrogativo principale quello relativo alla portata ed all'efficacia dei principi generali ossia se si tratti di (meta) norme manifesto di carattere politico o declamatorio o di principi che hanno una precisa valenza giuridica.

Questa domanda incrocia quindi inevitabilmente il tema della nomofilachia come terreno sul quale è da verificare la concreta efficacia della normazione sui principi generali dei contratti pubblici.

L'argomento dei principi generali non può quindi non essere trattato – per la logica che lo connota - in funzione della verifica della sua incidenza sui poteri nomofilattici del Consiglio di Stato ma anche della Cassazione.

La funzione nomofilattica nell'ordinamento italiano è descritta dall'articolo 65 della legge sull'ordinamento giudiziario italiano, Regio Decreto 30 gennaio 1941 n. 12:

“La Corte suprema di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni, regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge.

La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione sull'intero territorio del regno, dell'impero e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato”.

Una funzione – quella nomofilattica che il Regio Decreto del 1941 attribuisce alla Suprema Corte di Cassazione nel suo complesso.<sup>1</sup>

Ma che non è estranea al Consiglio di Stato come è – indirettamente - provato dall'esistenza dell'art. 99 del codice del processo amministrativo.

Disposizione che si occupa di disciplinare il deferimento all'Adunanza Plenaria, che è l'organo cui è attribuita la funzione di composizione dei conflitti giurisprudenziali nel campo del diritto amministrativo. La Plenaria, pertanto, nel campo del diritto amministrativo, ha un ruolo analogo a quello rivestito dalle Sezioni Unite per il diritto civile.

---

<sup>1</sup> Come sappiamo all'interno della Corte di Cassazione operano le Sezioni Unite alle quali è devoluta la soluzione dei conflitti giurisprudenziali ai sensi dell'art. 374 comma 2 c.p.c..

La funzione della nomofilachia mira a garantire indirizzi interpretativi “uniformi” per mantenere, nei limiti del possibile, l’unità dell’ordinamento giuridico, attraverso una sostanziale uniformazione della giurisprudenza.

Il controllo degli indirizzi interpretativi obbedisce all’elementare esigenza di garantire la certezza del diritto, però stante la grande complessità della materia giuridica, la naturale mutazione dei tempi, delle idee e dei giudici persone fisiche chiamati a ricoprire incarichi nella magistratura di legittimità, non è infrequente osservare mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato, che per la loro rapidità e drasticità, inducono scetticismo o per altro verso aprono prospettive problematiche in ordine alla stessa collocazione costituzionale della funzione giudiziaria<sup>2</sup>.

La funzione nomofilattica appartiene a tutta la Cassazione ed a tutto il Consiglio di Stato, solo prevedendosi la competenza delle Sezioni Unite e dell’Adunanza Plenaria per la composizione dei conflitti giurisprudenziali (così dovendosi distinguere la nomofilachia e la nomofilachia compositiva).

Ciò si dimentica ed è invece importante ricordarlo perché i giudici delle Sezioni semplici sono – sia pure nell’ambito di un sistema a precedente non vincolante - i primi ed i principali responsabili del corretto esercizio della funzione nomofilattica nel dovere tenere conto dei precedenti, sia della propria che delle altre Sezioni, dovere che è esercitabile convenientemente solo in presenza di un contenzioso dimensionato in modo appropriato<sup>3</sup>.

Ma posto che i conflitti giurisprudenziali dovrebbero essere l’eccezione non la regola, la loro eccessiva frequenza induce erroneamente a pensare che la funzione nomofilattica spetti alle Sezioni

---

<sup>2</sup> M. Cecili G. Vosa *La funzione normativa dell’ordine giudiziario* in Riv. trim. dir. pubbl. fasc. 1, 2023 pag. 255 e ss. ivi si legge che “il peso via via soverchiante dei giudici nel definire il diritto applicabile induce a riconoscere loro una funzione normativa che travalica la mera (ri-)lettura applicativa del diritto positivo per abbeverarsi alle categorie dell’invenzione. Una traiettoria siffatta apre le porte ad approdi inediti per l’età contemporanea, finanche suscettibili di stravolgere le categorie del diritto come sin qui conosciuto, o almeno percepito, negli Stati costituzionali di democrazia pluralista. Il «diritto», infatti, come oggetto di conoscenza, verrebbe ad acquisire connotati peculiari rispetto al passato più recente: un diritto prevalentemente «non scritto», ma «letto» e quindi «detto» dalle sole corti, che, in guisa del giudice-legislatore tardo-medievale, manipolano a tal fine un magma di strumenti giuridici di varia natura, interna e internazionale, per estrapolarne principi da cui arguire l’esistenza di determinati «diritti» .

<sup>3</sup> Ha giustamente notato S. Claudiani, *Dubbi di costituzionalità sulla disciplina dell’obbligo di rinvio fra Sezioni semplici e Sezioni Unite* in Giur. cost., 2021, 1011 e ss, con nettezza, che “un troppo rigido rapporto fra Sezioni Semplici e Sezioni Unite (o Plenaria) è suscettibile di sollevare dubbi di costituzionalità ai sensi dell’art. 101 comma 2 della Cost. “Infatti se il giudice è sottoposto solo alla legge ed è indipendente, il divieto di discostarsi liberamente dai precedenti principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione o dall’Adunanza Plenaria sembrerebbe incostituzionale, in quanto da una parte priverebbe il giudice di quella libertà interpretativa che il principio della soggezione esclusiva alla legge gli attribuisce, dall’altra determinerebbe una sorta di gerarchia all’interno della Corte stessa, al cui vertice si troverebbero le Sezioni unite. Le sezioni semplici sarebbero obbligate a seguire un’interpretazione etero-determinata, non potendo decidere la questione in modo difforme dal precedente principio di diritto, se non investendo nuovamente le Sezioni unite.

Tuttavia, a ben vedere, i giudici delle sezioni singole non sono vincolati al rispetto dei precedenti delle Sezioni unite, e anzi lo stesso meccanismo descritto (in *materia penalistica ma con valenza estensibile in via generale NT dello scrivente*) dall’art. 618 comma 1-bis c.p.p. presuppone la possibilità per le sezioni semplici di dissentire e discostarsi dal principio di diritto precedentemente enunciato (escludendo che il precedente costituisca per loro un vincolo assoluto). Come osservato in dottrina, significativa in tal senso è l’assenza della previsione di una sanzione nel caso di violazione dell’obbligo di rimessione.”

L’obbligo di rimessione – a giudizio dello scrivente – sussiste e non è incostituzionale alla luce del principio di soggezione del giudice alla legge se ed in quanto si ritenga non possibile alcun *distinguishing* che porti il caso al di fuori del campo di operatività del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite o dalla Plenaria.

Va considerato anche che il meccanismo dei Tribunali di Babele – l’esistenza di una nomofilachia delle Corti sovranazionali – consente agili scavalcamenti degli organi di vertice di composizione nomofilattica delle diverse giurisdizioni, chiamando in causa terzi organismi giudicanti.

Unite ed alla Plenaria mentre nell'ottica dell'autentico rapporto fra giudice e società civile è evidente che sono le Corti supreme nel loro complesso titolari del potere-dovere di garantire l'uniforme applicazione del diritto, dovendosi riservare alle pronunce delle Sezioni Unite o della Plenaria solo casi che realmente siano di massima importanza o importino lo scioglimento di nodi interpretativi non risolti dalle Sezioni semplici.<sup>4</sup>

Quanto alla spettanza della nomofilachia in tema di contratti pubblici al giudice amministrativo non vi possono essere soverchi dubbi basterà ricordare che nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rientrano, ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1 c.p.a., anche le controversie concernenti la fase di svolgimento delle procedure dirette all'aggiudicazione di contratti pubblici.

In questo settore occorre distinguere, ai fini del corretto riparto di giurisdizione tra GA e GO, tra una fase antecedente la stipulazione del contratto ed una fase successiva alla stessa. Più correttamente, il momento esatto che determina la fine dell'estensione della giurisdizione amministrativa esclusiva ed il "ritorno" all'ordinario riparto basato sulla causa petendi, è rappresentato dal provvedimento di aggiudicazione.

Nel momento in cui la stazione appaltante individua in via definitiva il futuro contraente, ogni controversia incentrata su provvedimenti, atti o comportamenti riconducibili alla pubblica amministrazione verrà correttamente incardinata sulla base della situazione giuridica soggettiva fatta valere (o meglio sull'esistenza di una norma di azione la cui dinamica funziona sulla direttrice norma potere effetto e non norma fatto effetto).

Tornando alle radici della funzione nomofilattica esse sono profonde come il pozzo del passato (per dirla con il Thomas Mann dell'incipit di Giuseppe e i suoi fratelli).

Esse affondano nella questione dell'interpretazione, del giudice bouche de la loi, della pretesa dei codificatori di ogni epoca (pensiamo a Giustiniano nella Constitutio Tanta ed a Napoleone di cui Victor Hugo fa dire a Marius nei Miserabili che "faceva dei codici come Giustiniano e li dettava come Cesare") di chiuderla con la discrezionalità degli interpreti.

In Francia nella storia del lento emergere dello Stato di diritto dallo Stato assoluto, dal conflitto tra il sovrano (che tentava di mantenere il potere assoluto) e i parlements (che invece miravano a imporre un controllo anche sugli atti regi), emerse il diritto del re di annullare le sentenze dei tribunali, ad esempio quando, con le lettres d'évocation, il re avesse ordinato a un tribunale di non decidere e, nonostante ciò, il giudice lo avesse fatto.

Così si giunse alla possibilità per il sovrano di operare la cassation di una sentenza anche «per ragioni di indole politica», tanto che nel 1557 fu costituito, sostituendo il Requête de l'Hostel du Roy, il Conseil des parties (o Consiglio privato), il più importante collegio giudiziario che coadiuvò il re nell'attività di «fornire giustizia».

---

<sup>4</sup> Un tale orientamento rigoroso è implicito nella recente notevole ordinanza CdS ad. Plen. 19 aprile 2023 n. 13 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) nella quale l'Adunanza Plenaria ha ordinato la restituzione degli atti alla Sezione semplice osservando che, in considerazione dei principi enunciati con la sentenza 27 aprile 2015, n. 5, la Sezione nel caso di specie si sarebbe dovuta porre il dubbio sul rilievo da attribuire alle questioni concernenti la compatibilità con le regole unionali oggetto del rinvio alla Plenaria, sotto un profilo logico-sistematico, solo dopo aver scrutinato – in ipotesi, negativamente - il secondo e il terzo motivo, perché se anche uno di questi motivi fosse risultato fondato non si sarebbe neppure prospettato il rilievo concernente il dedotto contrasto col diritto dell'Unione europea, con conseguente superfluità del rinvio pregiudiziale.

Poiché ciò non è avvenuto, si rende necessaria la restituzione degli atti alla Sezione competente affinché – nel rispetto della consolidata giurisprudenza già richiamata nel decreto del Presidente del Consiglio di Stato 23 marzo 2022, n. 124 – essa esamini prioritariamente il secondo e il terzo motivo di ricorso per revocazione.

Il nuovo ordinamento, sorto a seguito della rivoluzione francese, doveva essere fornito, però, di un organo che potesse garantire sull'operato dei giudici. Cosicché, il 27 novembre 1790, iniziò la propria attività il Tribunal de cassation, con l'obiettivo di operare un controllo su tutta l'amministrazione della giustizia — non dissimilmente dai tentativi in tal senso che si sono susseguiti nell'ancien régime. Ma fu necessario incardinare tale organo non più presso il re, antica trave della sovranità nello Stato assoluto, ma presso l'Assemblea nazionale, che doveva essere il cuore del nuovo ordinamento e depositario della volontà generale e, quindi, della sovranità.<sup>5</sup>

Tale 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 ed in quanto si leghi alla funzione nomofilattica.

Il punto però è che, nel tempo presente, l'intreccio – sotteso al codice dei 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

---

<sup>5</sup> Ricorda A. Pajno *Nomofilachia e giustizia amministrativa* in Riv. it.dir. pubbl. com. 2015, 345 che il Tribunal de Cassation fu costituito, “come ci ricorda Salvatore Satta, per far fronte ai rischi della ribellione dal potere giudiziario al potere legislativo, sicché la stessa istituzione (il Tribunal) rivelava un potenziale antagonismo tra questi ultimi e quella legge, della quale occorre ristabilire il primato. È, appunto, questo modo di pensare che giustifica la nota ricostruzione della Cassazione civile operata da Piero Calamandrei in chiave tutta pubblicistica. Alla Cassazione veniva riconosciuto il ruolo di vero e proprio organo costituzionale.”

Ruolo peraltro – secondo A. Pajno - ormai riconosciuto dall'art. 111 ult. comma Cost. ma invero limitatamente al sindacato sulla giurisdizione delle sentenze dei giudici amministrativi.”

Infatti lo stesso art. 111 Cost. è interpretato da A. Pajno come fondamento della funzione nomofilattica con un complesso ragionamento che ricava implicitamente dall'art. 111 Cost. la garanzia della funzione nomofilattica ma solo per i giudici del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti: “le funzioni di cui all'art. 65 dell'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941 n. 12) devono ritenersi attribuite alla Corte di cassazione non in quanto organizzato come giudice di sola legittimità, ma in quanto organismo posto in apicibus nell'ordo iudiciorum. Un tal modo di pensare — che configura espressamente la funzione nomofilattica come funzione di indirizzo dell'ordinamento — consente di riconoscere funzioni del genere anche a giudici — come il Consiglio di Stato e la Corte dei conti — che, pur organizzati secondo il modulo proprio del giudice di appello, appaiono tuttavia collocati al vertice dei rispettivi ordinamenti sezionali. Risulta, così, evidente che, con riferimento ai diversi ordini (non di giurisdizione ma) di giudici la norma attributiva della funzione nomofilattica a giudici diversi dalla Corte di cassazione — e cioè al Consiglio di Stato ed alla Corte dei conti — è costituita dall'art. 111, ultimo comma Cost., che, sottraendo al ricorso per cassazione per violazione di legge (ordinario o straordinario) le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, chiaramente attribuisce ai due istituti, nei rispettivi ordini, la funzione di unificazione della giurisprudenza. La disposizione di cui all'art. 111, ultimo comma, Cost., che costituisce una palese eccezione alla regola che prevede l'impugnabilità in cassazione delle sentenze dei giudici ordinari o speciali, enunciata nell'art. 111, settimo comma, Cost., non si limita infatti a prevedere il ricorso in Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, ma positivamente esclude (il ricorso per cassazione è ammesso per soli motivi attinenti alla giurisdizione) la ricorribilità delle medesime per violazione di legge, con la conseguenza di attribuire ai medesimi, nel rispettivo ordine di competenze, il compito di stabilire quale sia l'esatta osservanza della legge.”

Invero potrebbe ritenersi che il silenzio della Costituzione sulla funzione nomofilattica sia significativo della volontà di garantire la massima estensione della libertà interpretativa dei giudici concepiti, tutti e ciascuno, nell'esercizio delle funzioni, come soggetti soltanto alla legge (e non ai vertici delle giurisdizioni o agli Organi di amministrazione della giustizia che — sia detto per inciso - si dovrebbero occupare solo delle carriere stroncando i carrierismi di ogni sorta per garantire un giudice libero da ogni speranza e da ogni timore).

La nomofilachia non è costituzionalizzata essa deriva dalla posizione di vertice di alcune Corti nel pluralismo degli organi giurisdizionali, l'obbligo di rimettere le questioni già decise dalle Sezioni Unite e dalla Plenaria alle stesse Sezioni Unite ed alla Plenaria si spiega proprio come regola organizzativa interna inevitabile poiché le Corti supreme sono nella loro totalità titolari della funzione nomofilattica che ha come tale anche un aspetto doveroso.

E' la soggezione alla legge che deve far considerare la certezza del diritto come un valore e quindi deve portare i giudici di civil law che operano in un sistema di precedenti non vincolanti a garantire la coerenza dei precedenti con i meccanismi di soluzione dei conflitti affidati alle Sezioni Unite ed all'Adunanza Plenaria sullo sfondo ove fallisca l'opera dei giudici comuni e ferma la possibilità di rimettere nuovamente una questione al giudice deputato a dirimere i conflitti ove il precedente dello stesso non sia ritenuto persuasivo ( ma di questa “ribellione” deve farsi un uso parco ).

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.

## 2. Generalia sui principi

E' tradizione nell'analisi dei principi generali dell'ordinamento giuridico richiamare due convegni quello pisano del 1940 e quello dell'Accademia dei lincei del 1991.<sup>6</sup>

Grandi fu il promotore del Convegno pisano, nell'intento, in occasione del Rapporto tenuto il 31 gennaio 1940 dal Duce alle Commissioni per la riforma dei codici di portare all'approvazione del Gran Consiglio i principi generali dell'ordinamento giuridico fascista.

Ciò determinò perplessità di Vezio Crisafulli<sup>7</sup> che qualificava come principi soltanto quelli inespressi e, quindi, vedeva l'idea di un documento scritto di principi espressi con un qualche disagio. Ovviamente il disegno politico finiva per avere la prevalenza sulle ragioni della sistematica dottrinale, ed è perciò che a Pisa il dibattito ebbe immediati riflessi operazionali de iure condendo, in rapporto diretto con l'adozione del nuovo codice civile, ma anche in una prospettiva che investiva l'identikit complessivo dello Stato fascista.

Dico questo tanto per ricordare da dove veniamo, di fronte ad una mentalità che promuove ormai la "mistica dei principi" sottovalutando le regole.

I principi sono cose diverse quando – inespressi - vengono ricavati liberamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito della loro opera di costruzione del diritto vivente, sono altra cosa quando sono fissati – in luogo di precise regole – nelle tavole della legge.

Ricorda S. Bartole che prevalse a larga maggioranza l'orientamento favorevole ad una espressa formulazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico fascista.

In effetti, vi fu chi, con molto realismo, diede per scontata la stretta dipendenza della dottrina giuridica «quale elaborazione di secondo grado» dai «pronunziati dell'organo massimo in cui si concentra e si esprime tutto il pensiero, non solo quello legislativo, del movimento, il Gran Consiglio del Fascismo». Se «il diritto, per sua natura, è determinatezza e certezza», la ragion d'essere, l'utilità e la funzione pratica della enunciazione dei principi generali sembrano a quegli autori evidenti.

Il giuspositivismo usa i principi per ragioni ideologico politiche.

La fissazione dei principi per legge è sempre il frutto di una certa malcelata diffidenza della politica verso il potere giudiziario che, come abbiamo visto ha radici antiche ed accompagna ogni grande codificazione ( e, per tornare alla nostra più modesta attualità, se alcuni momenti di degrado dei meccanismi costituzionali di autogoverno delle magistrature o dell'invasione del giure penale o

---

<sup>6</sup> S Bartole *I principi generali fra due Convegni (1940-1991), dall'ordinamento statutario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovranazionali* [www.rivistaitalianaperlescienzeigiuridiche.it](http://www.rivistaitalianaperlescienzeigiuridiche.it), 2014, numero speciale *I principi nell'esperienza giuridica* Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Roma, 14-15 novembre 2014.

<sup>7</sup> V. Crisafulli *Per la determinazione del concetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, 175 e ss.

contabile ossia dei poteri repressivi nell'attività discrezionale prodromica alla stipula dei contratti pubblici possono indurre un atteggiamento critico occorre però guardarsi dall'investire di diffidenza il ruolo del giudice come interprete potendo derivare da questo atteggiamento irrigidimenti autoritari e non deve deflettersi dalla salvaguardia di un punto di equilibrio fra trasparenza ed efficienza ).

Vi furono anche i difensori del ruolo del giudice.

Non tutti infatti – ricorda Bartole - “condividevano l'idea che i principi potessero essere qualificati come norme giuridiche. Maggiore,<sup>8</sup> ad esempio, rinnovando la diffidenza non solo operativa per le enunciazioni di principio, che già aveva ispirato la dottrina nei confronti delle analoghe dichiarazioni dello Statuto trattate alla stregua di enunciati di mero rilievo politico, sosteneva che un principio generale non può essere una norma di diritto positivo scritta o estraibile dalla vigente legislazione con un processo di crescente generalizzazione. Ne potevano risultare soltanto «nozioni universali sì ma vuote e vaghe».

Sempre Maggiore, sottoscrittore del Manifesto della razza, tuttavia rivelava una forte e criticabile – anche essa illiberale – tendenza all'investitura politica nel giudice, al si direbbe oggi, creazionismo giudiziario.

Secondo Maggiore non contrastava con i principi di uno Stato assoluto, quale quello fascista, il riconoscimento al giudice del compito di interpretare la coscienza del popolo, posizione, questa, che, in contraddizione con scelte dell'ordinamento giuridico italiano dell'epoca, richiamava tratti del folklore giuridico del regime tedesco nazista, ove tuttavia l'osservanza del Führerprinzip si interponeva fra giudici e popolo.

Possiamo quindi dire che la questione dei principi si muove tra due eccessi da evitare quello della loro codificazione autoritaria e quello del creazionismo giudiziario, due tentazioni illiberali entrambe.

Brilla – va ricordato nel convegno pisano – la posizione di Emilio Betti Emilio Betti, che pur rivendicando alla scienza giuridica (ed alla giurisprudenza che dovrebbe esserne ancella) l'individuazione dei principi immanenti alla legislazione assegnava al legislatore l'identificazione dei principi programmatici.

I principi – in questa chiave – sono norme ma programmatiche (e qui sentiamo l'eco della cultura liberale che diffidava delle costituzioni eccessivamente intrise di valori da costruire in modo indeterminato nel domani e si pensi alla mancanza di principi dello Statuto albertino ed al carico valoriale contenuto nei principi della Costituzione del 1948).

I principi sono connotati da una certa dismisura, da una eccedenza, da uno squilibrio dovuto al loro carico deontologico.

Essi sempre – mi vien fatto di dire - partecipano della natura delle utopie umane e costituiscono un momento di rilassamento e distensione dello spirito giuridico dei paesi di civil law (spirito che non avendo le stesse gabbie normativiste nei paesi di common law vive più liberamente l'esperienza giuridica).

Va ascritto ad imperituro merito di Emilio Betti in quel dibattito di aver cercato un punto di equilibrio fra politica e tecnica ed a quell'equilibrio possiamo riportarci oggi quando ci accingiamo

---

<sup>8</sup> G. Maggiore *Sui principi generali del diritto*, in Studi, cit., 83 ss., 86

ad analizzare le nuove codificazioni settoriali che ambiscono ad attingere il cielo degli universali dettando principi generali.

In realtà aprendo la via al concepimento dell'esistenza di principi espressi e principi inespressi si svolgevano già allora prove di costruzione di una scienza costituzionalistica più avanzata.

Spesso il tempo della crisi dello Stato è il tempo dell'incubazione delle nuove forme del giuridico.

Ben sapevano personalità come Crisafulli e Betti che anche ove il legislatore voglia fissare dei principi per limitare l'interprete sussisterà sempre uno iato fra la generalità dei principi e la concretezza della vita reale, iato che è compito del giudice colmare.

Questo equilibrio va preservato ed approfondito, alla luce della lezione dell'ordinamento costituzionale multilivello, ma senza dimenticarne le radici (come abbiamo cercato di fare per promuovere la consapevolezza che il campo dei principi non è mistico ma piuttosto "minato").

Il tema dei principi si risolve allora nel tema dell'interpretazione, del suo carattere creativo, dei limiti che l'ordinamento le assegna (limiti che sono ben definiti ormai e senza dubbio con qualche eccesso dalla legge sulla responsabilità civile dei giudici), del rapporto fra diritto e funzione giurisdizionale, della giurisprudenza come formante dell'ordinamento.

La concezione realista ed istituzionalista del diritto di Santi Romano già conteneva in nuce la necessità di definire i principi delle istituzioni e quindi faceva emergere inevitabilmente il ruolo rilevante dell'interpretazione a contatto con ed in riferimento alla viva e vibrante realtà dei gruppi sociali e delle organizzazioni pubbliche e private che producono norme da interpretare alla luce degli assetti organizzativi e dei concreti mondi vitali che ne sono destinatari.

In quanto teoria del diritto, il realismo sostiene che il diritto è non già un insieme di norme, bensì un insieme di comportamenti: i comportamenti dei legislatori, dei giudici, dei giuristi, ecc. In quanto teoria della scienza giuridica, il realismo sostiene che questa scienza verte non su norme, ma su fatti (non diversamente da ogni altra scienza sociale). Compito della scienza giuridica è descrivere, per l'appunto, gli atti linguistici del legislatore, le decisioni giurisdizionali, le dottrine dei giuristi ed in questo senso il diritto amministrativo nel suo padre fondatore rinviene una indicazione di metodo che ci aiuta nell'indagine e ci consente fin d'ora di affermare che il ruolo del giudice è potenziato non limitato dall'esistenza di principi espressi di codificazione in una prospettiva giusrealista.

Le norme sono il risultato dell'interpretazione e non sono poste dal legislatore.

Il legislatore pone le leggi, le leggi sono insiemi di parole polisense, a volte vaghe (come i principi) l'attribuzione di senso alle parole polisense, come uscita dal labirinto segnico dell'ordinamento, è atto di giustizia che vive nel concreto e giammai prescinde dalla trama istituzionale nella quale è calato.

Nessun diritto scritto è in grado di risolvere i problemi legati all'ambito di incertezza della disposizione normativa facendo a meno dell'interprete.

Nessuna dettatura di principi – che come vuole Bobbio sono disposizioni normative - può risolversi in un condizionamento ultimativo del mondo giudiziario, anche se può orientarne la funzione nomofilattica, da intendersi nel senso ampio prima definito.

Alla luce di questo ampio uso dei principi – visti come norme sovraordinate alle altre - si deve riconoscere che è divenuta di uso corrente l'argomentazione per principi, cioè la giustificazione di una certa soluzione giuridica, di solito (anche se non necessariamente) risultante da una certa

interpretazione di un testo normativo di rango legale o regolamentare, in base alla coerenza con una proposizione giuridica di rango superiore, chiamata "principio". Un punto fermo, generalmente riconosciuto, è che principi giuridici possono trarsi sia da norme (a contenuto indeterminato) costituenti disposizioni di principio, cioè da testi normativi espressi (p.e., la disposizione dell'art. 9 Cost., per cui "La Repubblica tutela il paesaggio") o anche, in via induttiva, dall'interpretazione sistematica di disposizioni particolari

Però, anche in questo secondo caso, i principi di cui si tratta devono essere verificati, in termini di compatibilità e di coerenza, con i principi di carattere più generale (oggi anche di carattere costituzionale od europeo).<sup>9</sup>

Questo orientamento della cultura giuridica contemporanea dev'essere non solo constatato, ma anche approvato secondo Mario Libertini e chi scrive non può che consentire con l'illustre autore<sup>10</sup>: l'argomentazione per principi nella giurisprudenza impone (o almeno dovrebbe imporre) ai giuristi-interpreti di rendersi consapevoli e di esplicitare i giudizi di valore presenti nel ragionamento, e quindi consente di dare all'insieme di decisioni giuridiche costituenti diritto applicato una coerenza assiologica superiore a quella che può essere data da metodi puramente esegetici o concettualistici di interpretazione. Tutto ciò vale, naturalmente, "in linea di principio"; ci sono però diversi modi di esprimere l'argomentazione per principi, e per ciò è giunto il tempo di formulare - come è stato felicemente detto - una "dogmatica dei principi" proposta in dottrina<sup>11</sup>.

I punti fondamentali di questa dogmatica sono stati così indicati:

I) i principi giuridici sono norme giuridiche, in quanto contengono regole vincolanti di azione, destinate ai produttori di ulteriori regole; e sono norme di diritto positivo di grado superiore anche se non sono norme costituzionali o comunitarie che devono essere rispettate dai principi posti da leggi ordinarie;

II) questo punto di partenza potrebbe avere, come diretta conseguenza, l'invalidità della norma di rango inferiore che si ponga in collisione irrimediabile con un principio giuridico (e non si possa legittimare come deroga giustificata da un altro principio);

III) altra conseguenza (che dovrebbe essere) scontata è che i principi operano come ratio interpretativa delle norme di rango inferiore: l'interpretazione filocostituzionale (o filoeuropea) dev'essere sempre preferita, fino a quando non entri in conflitto insuperabile con il testo normativo; quando questo conflitto si verifichi, il giudice ha l'onere di sollevare la questione di legittimità costituzionale;

IV) ogni regola giuridica (i.e. ogni regola di soluzione di concreti conflitti di interessi) può essere ricondotta a un determinato principio; ciò vale anche quando, in relazione ad un determinato problema, si ritiene preferibile adottare una interpretazione strettamente letterale del disposto

---

<sup>9</sup> G. Pino, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2011, 75 ss.

<sup>10</sup> M. Libertini *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale* in <http://www.rivistaodc.eu/principi-generalis-esperienza-del-diritto-commerciale#79>

<sup>11</sup> G. D'amico, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in G. D'amico, S. Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Torino, 2018, 1 ss.

legislativo (p.e. di fronte ai tanti testi normativi che contengono elementi numerici): è implicito che, in tal caso, si ritiene di dover dare prevalenza - per ragioni di interesse generale - ad un criterio di certezza rispetto ad una contrapposta esigenza di giustizia del caso concreto;

V) i principi si realizzano mediante regole di rango inferiore: essi sono norme rivolte ai produttori di norme di livello più basso tra i quali, secondo la dottrina più plausibile, si pongono anche gli autori di atti di autonomia privata (partecipano della natura degli atti di autonomia privata alla fine per certi versi, dopo l'aggiudicazione, anche i contratti pubblici);

VI) il ragionamento per principi richiede normalmente un'operazione di bilanciamento fra principi diversi, interferenti nelle medesime vicende umane, e - abbastanza spesso - anche una determinazione di diverso rango gerarchico fra principi dotati di diverso livello di generalità.

Ne emerge il ruolo della giurisprudenza e della dottrina che esaminando la casistica la sistematizza e la organizza.

Va anche ricordato che per Bobbio i principi hanno quattro funzioni: interpretativa (ausiliano nell'interpretazione delle disposizioni che contengono regole), integrativa (integrano la normazione nei casi in cui ai sensi dell'art. 12 delle preleggi le liti non siano risolvibili con il ricorso all'analogia), direttiva (impongono certi significati come norme sovraordinate alle altre norme) e limitativa (escludono attribuzioni di significati a norme sotto-ordinate perché non espressive di principio).

Tutte e quattro le funzioni - a ben vedere - sono inerenti l'atto interpretativo e ne definiscono il carattere creativo anche nell'ottica di un giuspositivismo temperato.

Vengono così a scaricarsi in capo ai poteri giurisdizionale ed esecutivo le responsabilità di assicurare una prima osservanza delle norme di principio espressamente poste dalla politica per ragioni di efficienza come vedremo, in attesa di interventi correttivi della politica.

Nel convegno dei Lincei<sup>12</sup> ovviamente fu al centro la Costituzione.

Molti ormai si interrogano sulla necessaria riconducibilità di tutti i principi dell'ordinamento ad una qualche copertura costituzionale, che li renderebbe resistenti a modificazioni legislative.

La mancanza di copertura costituzionale o comunitaria del principio lo indebolisce o lo condanna ad essere recessivo rispetto a principi riportabili al sistema - non sistema (perché caotico<sup>13</sup>) delle Carte fondamentali.

Quando si procede a bilanciamenti, che sono le modalità tipiche di utilizzo dei principi, non si tratta di una ponderazione di valori di sempre discutibile individuazione, ma di verificare empiricamente la diversa estensione, nell'ambito di una determinata materia o fattispecie, dei vari interessi coperti dai principi e dalle norme messi a confronto, con inevitabile dilatazione dei poteri del giudice.

Dell'esigenza di circoscrivere la discrezionalità del giudice ragionò ai Lincei Luigi Mengoni<sup>14</sup> mentre Pietro Rescigno lucidamente segnalò ciò che si era già evidenziato - come prima da noi

---

<sup>12</sup> AAVV *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in Atti dei Convegni Lincei - I principi generali del diritto, Roma, 1992

<sup>13</sup> Sia lecito rinviare al nostro lavoro G. Montedoro *Il diritto pubblico fra ordine e caos*, Bari, 2018.

segnalato - nel convegno di Pisa ossia il timore del giudice legislatore, per un verso, e le doglianze del ceto dei giuristi per essere scavalcati da una formulazione espressa dei principi, per l'altro<sup>15</sup>.

Va segnalato che nulla esclude che i pericoli si assommino.

La legislazione per principi è insidiosa perché nasconde opzioni normative degli interpreti per giunta politicamente orientate dal fatto che i principi non sono ricavati dalle regole ma direttamente posti (ma in modo vago ed incerto) dal legislatore: quando i due pericoli segnalati si assommano si verifica una saldatura non felice per lo Stato di diritto e non c'è sistematica che sia recuperabile nella frantumazione del sistema.

Il legislatore non sa più formulare regole e pone principi, il giudice prescinde dalle regole perché coperto ed abbacinato dal principio.

Due cattive discrezionalità (quella dell'amministrazione e del giudice a valle e quella del legislatore a monte) non fanno una certezza.

Qui soccorre 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.

Common law e civile law si incontrano sulla forza del precedente<sup>16</sup>, nello Stato di diritto la forza del precedente garantisce – nel tramonto della regola come argine al potere e del giudizio di sussunzione quale portato classico dello Stato multilivello connotato dal pluralismo degli interessi - che lo spazio di libertà interpretativa del giudice a fronte di ogni principio o regola non trasmodi in arbitrio<sup>17</sup> e non sia stabilito a danno della certezza del diritto, ormai identificabile nella ricorsività delle decisioni.

Peraltro per altre più ottimistiche e classiche letture il costituzionalismo contemporaneo è basato sulla forza emancipatrice dei principi che vincono il potere superando concezioni legalistiche del diritto con la forza della giurisprudenza costituzionale ed il paradigma del giudizio che integra il paradigma della politica.<sup>18</sup>

### **3. Enumerazione ed individuazione dei caratteri dei principi del codice dei contratti pubblici**

Vediamo ora quali sono i principi del codice.

All'art. 1 è disciplinato il principio del risultato, all'art. 2 il principio della fiducia, all'art. 3 il principio dell'accesso al mercato, all'art. 4 si detta un principio applicativo. All'art. 5 spetta la definizione dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, all'art. 6 i principi di solidarietà e

---

<sup>14</sup> L. Mangoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, cit., 328.

<sup>15</sup> P. Rescigno, *Relazione conclusiva*, in *I principi generali del diritto*, op. cit., 333 ss., 338p. cit.

<sup>16</sup> G. Radbruch *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962. Per Radbruch il diritto inglese deve la sua peculiarità al fatto che in Inghilterra l'epoca moderna non è separata dal Medioevo, ma ormai è tutto il diritto globale che ha tratti che ricordano il diritto dell'Evo medio. Un diritto consuetudinario prodotto dalla lex mercatoria, sconfinato. L'esperienza giuridica viene colta quindi meglio da un metodo casistico problematico. Sul valore del precedente AAVV *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti* a cura di A. Carleo, Bologna 2018.

<sup>17</sup> Sul tema della debolezza del diritto nell'età globale M. Protto *Il diritto debole*, Torino, 2019 e M. Borrello *Diritto e forza. La questione della regola come limite all'arbitrio giuridico*, Torino, 2006 e soprattutto N. Irti *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016 ove si evidenzia la c.d. crisi della fattispecie.

<sup>18</sup> G. Silvestri *Dal potere ai principi, Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009.

di sussidiarietà orizzontale ed i rapporti con gli enti del Terzo settore, all'art. 7 il principio di auto-organizzazione amministrativa, all'art. 8 si disciplina il principio di autonomia contrattuale e si stabilisce un divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito. All'art. 9 troviamo il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale ed in ultimo all'art. 10 sono dettati i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.

Il novero di questi principi è il frutto – come è noto – del lavoro della Commissione speciale costituita presso il Consiglio di Stato sulla base della legge delega (legge n. 78 del 2022) che prevedeva la facoltà poi esercitata dal Governo, di cui all'articolo 14, numero 2°, del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, di affidare un compito redazionale dello schema di articolato del decreto legislativo all'organo consultivo.

Il Consiglio di Stato in tal caso si sarebbe dovuto avvalere, e così è stato, al fine della stesura dell'articolato normativo, di magistrati di tribunale amministrativo regionale, di esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali hanno prestato la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese.

La struttura aperta del lavoro consultivo ha consentito l'acquisizione di qualificati apporti della società civile.

Sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non è stato acquisito il parere dello stesso.

Resta fermo che entro due anni dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi (per ora si tratta di un solo decreto legislativo) di cui al comma 1, il Governo può apportarvi le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune, con la stessa procedura e nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi di cui alla legge delega. Qualora il termine per l'espressione del parere parlamentare scada nei trenta giorni che precedono la scadenza dei termini di delega previsti dal presente articolo o successivamente, questi ultimi sono prorogati di tre mesi.

Naturalmente si è data molta importanza alla cura della lingua.

L'iter legis evidenzia che i principi del codice sono in questo caso – un distillato dei principi generali della disciplina posta dal codice in ossequio ai principi e criteri direttivi della legge delega, invero formulati in modo tale da lasciare molto spazio al lavoro dei redattori.

In questo caso quindi non è stata la politica a formulare i principi generali del codice ma la politica ha formulato solo i principi e 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.

Un caso singolare di principi creati dai giudici per i giudici, connotati da estrema finezza e tecnicità tanto è vero che sono stati unanimemente lodati come esempio paradigmatico della chiarezza e della eleganza del codice.

Cionondimeno il contenuto dei principi appare anche innovativo, non solo riproduttivo di assiologie già note, ispirato come è ai criteri di semplificazione massima dei procedimenti di evidenza pubblica ed alla aderenza costante alle ragioni economiche sottese alle regole.

Il codice dei contratti pubblici ha il compito di creare un mercato dove il mercato non c'è e questo avviene mediante le regole dell'evidenza pubblica.

Le regole del mercato tuttavia smettono – con questo codice - di essere un fine e vengono intese come un semplice mezzo per l'individuazione del miglior contraente per la pubblica amministrazione.

Fra tutti campeggia il principio del risultato ad evidenziare questo intento.

Di quale risultato si parla nel codice?

Direi dell'interesse ad un buon contratto, essendo evidente che la concorrenza è un mezzo non un fine.

Il codice ristabilisce (ovvero ha l'ambizione di ristabilire) un equilibrio liberale dopo anni di eccessi neoliberisti (richiamati dal pensiero di Torodov citato in epigrafe). Un equilibrio fondato sull'interesse generale, sull'interesse dell'amministrazione, come espressione dello Stato comunità.

Si tratta del risultato dell'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.

Una regola di efficacia già insita nel sistema della legge n. 241 del 1990.

Ma esso assume una pregnanza dichiaratamente più ampia perché il codice precisa che il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

Da quanto precede scaturisce naturalmente la previsione del quarto e ultimo comma della disposizione, ovvero il fatto che il principio del risultato “costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto” e dunque anche criterio per valutare la responsabilità dei funzionari e dei tecnici coinvolti in ogni fase del ciclo di Procurement, dalla programmazione all'esecuzione, nonché per l'attribuzione degli incentivi, che non saranno quindi disgiunti dal conseguimento degli obiettivi posti.

Questa previsione è estremamente importante e si collega strettamente ad altre disposizioni del Codice (anche relative ai compiti e alle responsabilità del nuovo RUP), facendo riemergere prepotentemente *il valore della discrezionalità amministrativa* – ormai da lungo tempo temuta e sostanzialmente osteggiata dalla normativa sui contratti pubblici – che, ovviamente, è la sola bussola a poter guidare, nella fattispecie concreta, verso il conseguimento del risultato.

In sostanza la disciplina dei contratti pubblici è volta a concluderli presto e bene e nel rispetto delle leggi e con metodi competitivi e a vederli eseguiti correttamente ossia assicurandosi il miglior rapporto possibile fra qualità e prezzo (concetto molto semplice che vale astrattamente anche per qualsiasi soggetto privato che faccia il giudice dei propri interessi solo che in tal caso è possibile che si verifichino anche condotte diseconomiche, non efficienti, inammissibili per la p.a. se non a pena di eventualmente trasmodare, nei casi più gravi, sul piano dell'illecito amministrativo e contabile).

Si tratta del piano che rivela la connessione fra risultato e fiducia (in particolare evincibile dall'art. 2 comma 2).

Il principio della fiducia – cui è dedicato l'art. 2 – vuole rifondare radicalmente il rapporto tra i funzionari pubblici e gli operatori privati, ma anche e, forse, soprattutto ricostruire la fiducia del sistema nei propri funzionari.

Esso recita (art. 2 comma 1 e 2):

“1. 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.

2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza 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.”

La fiducia tuttavia non si costruisce per legge, ma sul campo.

La legge può solo imporre una direttiva volta ad improntare a fiducia ed a leale collaborazione i rapporti fra p.a. e mondo delle imprese interessate ai contratti pubblici.

Ciò significa superamento degli sterili formalismi che connotano talvolta le scelte della p.a. e ostensione chiara e trasparente delle informazioni richieste da parte dei privati e loro corretta partecipazione alle procedure di gara (ad es. evitando intese illecite o parallelismi vietati dalla legislazione antitrust).

Il tutto funzionale al miglior esercizio della discrezionalità amministrativa.

Come specifica il già citato secondo comma della disposizione, difatti, “il principio della fiducia favorisce e valorizza 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”.

Qui si incontra il tema della c.d. “paura della firma” che proprio questa norma mira a superare.

Per l’art. 2 che disciplina la fiducia un riflesso del principio stabilito al comma 1 è al comma 2 della disposizione - la definizione di colpa grave che integra l’illecito amministrativo.

Rilevano a questi fini la *violazione di 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*, in quanto *esigibili* nei confronti dell’agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l’omissione determinata dal riferimento a *indirizzi giurisprudenziali prevalenti* o a pareri delle autorità competenti.

Senza una proporzionata e misurata concezione della colpa grave come colpa concretamente esigibile la paura della firma non potrà essere vinta.

Questa disciplina naturalmente riguarda la responsabilità del funzionario e non la responsabilità della p.a. che continuerà ad essere disciplinata dall’art. 2043 cod. civ. secondo la complessa evoluzione partita dalla Cass. Sez. Unite n. 500 del 1999.

Il funzionario pubblico guarda al risultato e, per conseguirlo nel caso concreto, esercita la discrezionalità amministrativa e la propria autonomia decisionale, in un clima di fiducia del sistema.

Non vi è dubbio, difatti, che proprio l’aura di sospetto e la malcelata sfiducia nella correttezza dell’azione amministrativa, uniti alla paura dei funzionari di sbagliare seppure perseguendo in buona fede un risultato utile per la p.a., abbiano generato la c.d. burocrazia difensiva che tanta parte ha avuto e ha nella paralisi di molti interventi e iniziative.

Ireniche intenzioni destinate a naufragare sugli scogli di una conflittualità endemica nel paese e in quella che Houellebecq chiama “l’estensione del dominio della lotta” nelle società capitalistiche contemporanee?

Come si può ottenere una riduzione della conflittualità fra p.a. ed imprese ed una diminuzione significativa del contenzioso?

Un’unica risposta appare razionale : attraverso la restaurazione della certezza del diritto.

Quindi con *l’uniformità degli indirizzi giurisprudenziali* citata all’art. 2 comma 2 come scriminante dell’illecito contabile insieme ai pareri delle autorità competenti.

In relazione a quest’ultima previsione, seppure evidentemente lodevole è l’intento che la anima, è stato segnalato che potrebbero sorgere criticità, da un lato perché non è sempre facile avere oggettiva certezza di quale sia “*l’indirizzo giurisprudenziale prevalente*” soprattutto nella iniziale fase di “rodaggio” delle nuove norme, tenuto anche conto di una certa mutevolezza delle posizioni espresse dalla magistratura nel corso del tempo, dall’altro neppure l’individuazione di quali siano le “autorità competenti” si presenta agevole, fermo restando che seppure venissero individuate il rischio della “*corsa al parere*” (peraltro magari non dato o dato in modo criptico o con ritardo) potrebbe costituire un inaspettato freno all’azione.<sup>19</sup>

La costruzione del clima di fiducia potrebbe avvenire per opera di un lavoro culturale ma la forza dell’egoismo delle nostre società è tale da lasciare poche illusioni.<sup>20</sup>

Va rilevato che mentre il principio del risultato appare avere una sicura copertura costituzionale il principio della fiducia sembra esprimere una più generica – anche se del tutto condivisibile intenzione politica – che potrebbe farne un principio recessivo per effetto della “dommatica dei principi” prima faticosamente ricostruita.

Solo postulando la più stretta connessione fra l’art. 1 e l’art. 2 del codice entrambi i principi, uno funzionale all’altro, possono essere ricondotti nell’alveo dell’art. 97 Cost.

Va anche considerato che il principio della fiducia – strettamente connesso al principio del risultato essendo l’ambito valoriale che ispira lo strumentario che ne facilita il conseguimento superando formalismi amministrativi e imponendo una cultura solidaristica dei doveri alle imprese – si inverte poi nell’art. 5 che disciplinando buona fede ed affidamento recita ai commi 1 e 2:

“1. Gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell’affidamento.

2. Nell’ambito del procedimento di gara, 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 fede”.

La concreta rilevanza di tale principio e quindi la sua pregnanza giuridica è destinata a rilevarsi nel caso di annullamento dell’aggiudicazione.

L’art. 5 comma 3 infatti recita:

---

<sup>19</sup> Così 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>.

<sup>20</sup> Cfr. su tema il dialogo fra C. Castoriadis e C. Lasch *La cultura dell’egoismo* Milano 2023.

“In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.”

L'affidamento incolpevole esclude responsabilità patrimoniale risarcitoria verso i terzi (rectius: verso gli altri operatori di mercato) nei casi in cui un operatore normalmente diligente non poteva non ritenersi in buona fede rispetto alla legittimità dell'aggiudicazione mentre l'affidamento comunque tutelato (in assenza di fatti specifici che costituiscano un comportamento illecito fonda possibilità di risarcimento verso la p.a. nel caso di violazione nel corso della procedura di gara).

Nel caso di comportamento illecito del privato nel corso della gara sarà sempre esercitabile un'azione di rivalsa, nei confronti dei funzionari per omissioni o altre condotte colpevoli ma anche nei confronti dell'operatore economico che vi abbia dato causa.

Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito.

Peraltro i funzionari sono coperti dall'art. 2 comma 4 ai sensi del quale:

“Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano *azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti*, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7”.

La piena e corretta attuazione dell'art. 2 comma 4 potrà molto contribuire al pieno invero delle potenzialità legate al principio della fiducia.

Art. 3. (Principio dell'accesso al mercato)

L'art. 3 del codice contiene il principio di accesso al mercato.

Il principio dell'accesso al mercato è espresso: “le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”.

E' stato notato che nel codice il principio di accesso al mercato svolge una funzione complementare per l'uso del verbo “favoriscono” anziché altri maggiormente assertivi come attuano, garantiscono, assicurano e così via, testimonia il ruolo di “mezzo a fine” che già l'art. 1 aveva assegnato alla concorrenza, come strumento per raggiungere il miglior risultato possibile e non come valore in se stesso.<sup>21</sup>

In effetti il risultato (un contratto al migliore livello qualità prezzo) è il fine la concorrenza è il mezzo.

---

<sup>21</sup> Così P. Conio op. ult, cit.

In questo senso nulla che non sia aderente alla realtà; è dai tempi della giurisprudenza degli interessi che è importante lo scopo del diritto.

L'accesso al mercato è principio – articolato e plurivalente – di derivazione comunitaria quindi anche esso gode di una copertura costituzionale sia pure implicita ed indiretta ai sensi degli art.11 e 117 della Costituzione.

Va segnalato che il codice in materia di equilibrio fra concorrenza e risultato fa una scelta precisa ancorata al sotto soglia.

Giova qui richiamare l'art. 50 del codice che detta regole per gli affidamenti dei contratti sotto soglia:

alvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità:

a) affidamento diretto per *lavori* di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

b) affidamento diretto dei *servizi e forniture*, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno *cinque operatori economici*, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per *lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro*;

d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno *dieci operatori economici*, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per *lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14*, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro;

e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno *cinque operatori economici*, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di *servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14*.

Alla luce dell'elasticità stabilita per le aggiudicazioni di contratti sotto soglia si deve concludere che esista *una precisa gerarchia fra il principio del risultato e quello della concorrenza* e che il cuore della disciplina sia nella valorizzazione della discrezionalità amministrativa - che comunque sarà sindacabile - dilatata nel caso di contratti che – per il loro importo economico – non abbiano centrale interesse transfrontaliero.

Gli altri principi appaiono ancillari ma non sono meno importanti.

I principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale – di sicuro radicamento costituzionale e comunitario - consentono la cooperazione con gli enti del Terzo Settore. Il principio di auto-

organizzazione amministrativa descrive il modello di autoproduzione in-house. Con il principio di autonomia contrattuale si ribadisce che le pubbliche amministrazioni possono concludere qualsiasi contratto che non sia vietato da altre disposizioni e si pone un argine – seppure non invalicabile – alla richiesta di prestazioni d’opera intellettuale gratuite ai professionisti.

Il principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale – radicabile costituzionalmente nel principio di buon andamento - introduce l’obbligo di conservare nel tempo le condizioni originariamente pattuite laddove siano intervenute delle circostanze straordinarie e imprevedibili che le abbiano alterate. Esulano dalla previsione i rischi volontariamente assunti, quali ad esempio i rischi connessi alle operazioni di partenariato. È favorito l’inserimento di opportune clausole di rinegoziazione.

Con i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione – radicabili classicamente nel diritto comunitario della concorrenza che ispira ormai le procedure di evidenza pubblica - si prevede espressamente la nullità delle clausole di esclusione dalle gare ulteriori rispetto a quelle previste dagli artt. 94 e 95 del Codice e la facoltà per le stazioni appaltanti di introdurre requisiti speciali di qualificazione che siano attinenti e proporzionati all’oggetto del contratto, tenendo sì presente l’interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo l’accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese, ma sempre che questo risulti compatibile con le prestazioni da acquisire e con l’esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica. Anche nell’enunciare questo principio “classico”, il legislatore avverte quindi l’esigenza di filtrarlo espressamente attraverso il principio, immanente, del risultato in coerenza con il rapporto individuato fra l’art. 1 e l’art. 3 del codice dei contratti (ed alla gerarchia valoriale ivi stabilita).

L’art. 11 enuncia il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore e detta disposizioni in materia di inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti. Il CCNL di riferimento andrà indicato nei bandi e costituirà il benchmark di riferimento per gli eventuali diversi contratti collettivi applicati dai concorrenti, i quali non potranno prevedere tutele inferiori.

Come si vede si tratta di una disciplina di forte concretezza al di là della sua intitolazione come disciplina di principi generali, essa rivela la sua origine tecnica, solo accogliendo una impostazione che riequilibra del tutto e divisibilmente il rapporto fra mezzi (concorrenza) e fini (risultato).

#### **4. Scavo sui significati (anche politici).**

Naturalmente occorrerà un lungo e diuturno lavoro di scavo interpretativo sul significato dei principi analizzati.

Per ora si può cogliere il senso complessivo dell’operazione.

Vorrei qui ricordare – in punto di gerarchia degli interessi – quanto brillantemente detto da G. Napolitano :

“L’affermazione del principio del risultato determina un ribaltamento della gerarchia degli interessi affermatasi negli ultimi quindici anni. Si riconosce così il necessario primato logico della funzione di committenza pubblica, perché le amministrazioni si rivolgono al mercato e più in generale stipulano contratti con il fine di approvvigionarsi di beni, servizi e opere: dunque, non per altri

obiettivi, sebbene questi, naturalmente, possono far parte di un più ampio quadro di finalità dell'azione pubblica e della disciplina di regolamentazione.

Eppure questo primato logico della funzione di committenza pubblica a un certo punto si era smarrito nell'ordinamento italiano. L'errore è stato forse inconsapevolmente commesso nel momento in cui si è recepito con il massimo di ambizione riformatrice il corpo normativo sempre più pervasivo e analitico proveniente dal diritto europeo con l'obiettivo di assicurare il funzionamento del mercato e di tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione".<sup>22</sup>

Un ribaltamento in grado di produrre effetti profondi che fanno naturalmente discutere anche sul piano politico (confrontandosi da tempo la linea che vuole agganciare strettamente la fisiologia delle regole amministrative dei contratti pubblici all'anticorruzione e la linea opposta che tendenzialmente rifiuta di condizionare la costruzione delle regole – ossia di un corretto sistema di incentivi alla patologia).

Al di là di questo nodo va rilevato che effettivamente il complesso delle regole che disciplinano gli appalti ed i contratti pubblici nel tempo precedente la promulgazione di questo codice non si è segnalato per snellezza e per semplicità applicativa.

Nemmeno per stabilità.

Il pensiero corre a Bisanzio prima della codificazione giustiniana quando si pone mente al coacervo di regole che disciplinano i contratti pubblici, meandri disciplinari nei quali rischia di perdere l'orientamento anche il giurista più smaliziato e che sono un certo attentato al principio della certezza del diritto, in altri tempi vera e propria stella polare dell'ordinamento.

Tale complessità è figlia di molti padri ( fra cui l'ansia regolatoria della postmodernità, la diffidenza verso la discrezionalità dei funzionari, la paura delle occasioni di corruzione insite nella materia degli appalti ) ma merita una menzione anche una causa meno nota il c.d. costituzionalismo multilivello, ossia di una struttura articolata e plurale del sistema delle fonti che parte dal livello sovranazionale ed intreccia regole nazionali e regionali a cascata componendo un paesaggio che costringe l'interprete ad una navigazione perigliosa ed alla ricostruzione del contenuto della regola a partire da plurimi testi.

A chi scrive in tempi passati è accaduto di segnalare che la disciplina degli appalti è occasione di esercizi di riformismo estenuato e tardivo ( nel senso che le regole nascono spesso già vecchie ), in una continua rincorsa fra i livelli ed i formanti dell'ordinamento, specie fra il legislatore e la giurisprudenza; rincorsa per via della quale non fa in tempo a stabilizzarsi un orientamento giurisprudenziale senza che si susseguano interventi normativi che costringono poi le Corti a giochi ricombinatori in una fuga senza fine.

Sarebbe forse stato il caso di invocare una tregua normativa.

Tuttavia a fronte delle emergenze pandemiche e postpandemiche il codice attualmente vigente il d.lgs. n. 50 del 2016 non è stato giudicato funzionale per la spendita dei fondi del PNRR tanto da aver portato a deroghe applicative (rinvenibili nei DL 76 del 2020 e 77 del 2022) giudicate favorevolmente dalle amministrazioni e dagli organi comunitari.

---

<sup>22</sup> G. Napolitano *Committenza pubblica e principio del risultato* Relazione al Convegno Il Nuovo Codice degli Appalti Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023. In corso di pubblicazione. Sono grato alla cortesia dell'autore che mi ha consentito di leggere in anteprima lo scritto.

Occorreva per tali motivi andare oltre la disciplina derogatoria, stabilizzare la logica delle nuove semplificazioni e renderla strutturale mediante l'adozione di un novo codice.

Un compito improbo quindi quello di semplificare il quadro con un nuovo codice; un compito ad alto rischio di fallimento.

Il codice è un lavoro importante, ovviamente imperfetto come ogni opera umana e nonostante l'apprezzamento che lo circonda – non deve essere visto come l'unico passo da compiere per arrivare al risultato del rilancio di una spesa pubblica in grado di determinare la ripresa del Paese mediante un innalzamento dei volumi, della rapidità di attuazione e dell'efficacia economica della spesa in conto capitale.

La variabile normativa è – con evidenza – una sola delle complesse variabili in gioco.

Occorre mettere in campo validi progetti, occorre una capacità di direzione politica complessiva, nella selezione di tali progetti e nella loro attuazione individuando priorità strategiche e sperando che non si arenino nei frequenti conflitti Stato – Regioni ( va semplificata in proposito la governance del PNRR ), occorre qualificare e accorpare le stazioni appaltanti, condurre una seria lotta ai cartelli che inquinano le gare, e, last but not least, realizzare una digitalizzazione efficiente ( perché può esserci anche una digitalizzazione inefficiente ).

Vaste programme, ma non si può sbagliare.

## **5 Valori principi e regole**

Non c'è riflessione sui principi che non evochi anche i valori.

I valori – è stato detto – sono “preferenze intersoggettivamente condivise” su un piano essenzialmente pre-giuridico, etico o morale, in essi quindi, e nei principi che ne sono espressione, v'è un senso assiologico o teleologico, mentre le norme, le regole, hanno un significato deontologico.<sup>23</sup>

Essendo il diritto dover essere connotato dalla esistenza della sanzione (anche promozionale secondo la lettura bobbiana) i principi appaiono una realtà sfuggente, perché slegati dalle sanzioni e connessi ad un mondo valoriale che li fonda e li trascende.

Fra valori e regole, il ponte sono i principi.

Una delle più penetranti critiche alla teoria dei valori è contenuta come è noto nella celebre conferenza di Max Weber “La scienza come professione” che va letta insieme al testo “La politica come professione” come dittico educativo alla modernità del grande pensatore tedesco.

Oltre al ricordo delle delusioni alle quali va incontro ogni uomo di scienza per i meccanismi di reclutamento accademico che favoriscono obiettivamente chi è più dotato di mezzi economici (prima occasione dello scritto) , Weber critica una politica ed una filosofia dei principi ritenuta dai suoi contemporanei più capace di cogliere la vita di una politica della responsabilità razionale.

---

<sup>23</sup> J. Habermas *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996.

Dietro questi testi c'è la volontà di non seguire l'eccezionalismo tedesco, il suo irrazionalismo, la distruzione della ragione mantenendo ferma la distinzione humeana fra giudizi di fatto e giudizi di valore.

Nella consapevolezza della molteplicità dei valori e dei principi di una società pluralistica, ci si deve orientare seguendo la *lectio* di Weber per delinearne le condizioni di coesistenza, non di esasperazione dei motivi di conflitto.

Si tratta di far dipendere le decisioni (sin dalle modalità di reclutamento degli studiosi e degli scienziati) da motivi il più possibile oggettivi, senza cedimenti "alle mode", alla logica del successo, alla presenza di un uditorio plaudente o di coperture politiche.

La stessa oggettività deve ispirare la ricerca scientifica e la professione del giurista.

La scienza non è un affare democratico ricorda Weber (ed è stato del tutto chiaro in periodo pandemico) ma il frutto di una disciplina interiore e di una grande specializzazione, incentrata sulla capacità di calcolo.

Il processo di intellettualizzazione del mondo ad opera della scienza è costitutivo della modernità. Dominare tutte le cose mediante un calcolo razionale questo è il Moderno secondo Weber. Ma ciò significa disincantamento del mondo (quella condizione per cui c'è sempre un altrove da raggiungere e nessuno muore più sazio del mondo ma solo stanco del mondo).

La scienza è calcolo. La vita capitalistica lo presuppone.

Dobbiamo mutuare queste considerazioni sul piano della vita del diritto.

Il "diritto calcolabile", lasciato di Weber alla modernità, anche secondo l'insegnamento irtiano<sup>24</sup> è parte del lavoro scientifico che, se si basa sulla dedizione alla causa della scienza, cionondimeno si giova della fantasia umana come ogni sapere di una soluzione dovuta all'estro ed al genio non disgiunto dall'applicazione.

La scienza giuridica dice Weber "non risponde alla domanda se debba esservi il diritto e se si debbano stabilire proprio quelle regole", ma può indicare soltanto che se si vuole ottenere un risultato, certe regole costituiscono un "mezzo appropriato" per conseguirlo.

Il risultato orienta il diritto come scienza.

Per Weber i valori sono estranei alla scienza – ed anche alla scienza giuridica – specie i valori politici ma anche gli altri valori per il loro nesso con le simpatie soggettive, essendo la scienza tenuta a riconoscere sempre "i fatti scomodi" evitando le prese di posizione personali.

I diversi valori che esistono al mondo stanno in posizione inconciliabili, partendo dall'esperienza – dice Weber citando Mill – si perviene al politeismo (per quanto qui interessa al pluralismo ed alla coesistenza dei valori).

Critica quella di Weber alla mistica dei valori fatta in nome della scienza.

I principi sono il frutto di scelte politiche – basate su valori – destinati ad orientare la dinamica giuridica.

I principi del codice hanno questo valore orientativo.

---

<sup>24</sup> "Ogni decisione giuridica concreta è l'applicazione di un principio giuridico astratto a una 'fattispecie' concreta" cfr. M. Weber *Economia e società* II, 1974, 17. Cfr- N.Irti *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

All'opposto – non casualmente – troviamo il C. Schmitt de “La tirannia dei valori”. Ogni valore nella prospettiva schmittiana si erge a dominatore nei confronti dell'altro e non appare così evitabile la lite perenne di coloro che valutano, svalutano, innalzano di valore,valorizzano.

La tirannia dei valori (e dei principi) annuncia un pcreat mundus.

L'ordinamento che valorizzi troppo i valori è condannato all'annientamento della logica amico-nemico.

Il decisionismo è l'atto che pone l'ordine nel marasma valoriale perennemente conflittuale.

Sono riflessioni “alte” che non si devono dimenticare approcciando lo studio dei principi giuridici anche di un ( modesto ) codice di settore.

Potrebbe pensarsi che per sua natura un codice dei contratti pubblici altro non sia che un codice di regole, nemmeno tutte aventi buona reputazione poiché spesso sono vissute come infernali, dettagliate, ossessive, connotate da horror vacui.

Regole destinate a guidare l'azione amministrativa conferendole certezza e, ove mal concepite o coordinate, a bloccarla.

Potremmo pensare che non potrebbe essere altro che così.

Potremmo pensare che molte delle regole del codice siano solo regole meccanicamente applicabili secondo una logica, “all or nothing fashion”, si applica o non si applica.

Eppure anche da una norma transitoria può trarsi una filosofia, ben lo sanno tutti coloro i quali operano ogni giorno nelle Corti, avvocati e giudici e professori, al fine di cercare caso per caso la soluzione giusta.

L'importanza dell'applicazione meccanica delle regole non va mai esagerata.

Da sempre l'interprete è costretto a muoversi su piani diversi, guidato dalla regola, nel suo cammino deve essere illuminato dai principi.

Importante è anche il contesto.

Le circostanze di fatto.

Ed il senso di giustizia, il desiderio costante di tener conto della singolarità nell'applicazione degli universali.

In questo la nomofilachia del giudice amministrativo si rivela equilibrata poiché essa è sempre legata al fatto.

Anche la cultura umanistica e scientifica fanno parte del bagaglio necessario ad adempiere ai compiti di giustizia.

Ed oggi più che mai anche la confidenza con le trasformazioni indotte dalla digitalizzazione - che non vanno viste solo in termini critici - avendo anche elevate potenzialità emancipatorie e di razionalizzazione delle attività umane.

Per questo il codice giustamente investe nelle disposizioni dedicate alla digitalizzazione.

Alla fine occorre osservare che il codice dei contratti pubblici non è e non poteva essere solo un codice tecnico.

Ha un'anima – magari innervata di principi giuridici costituzionali ed europei (buon andamento, efficienza, parità di trattamento, concorrenza) costituita dai suoi principi stabiliti nella normazione ordinaria.

Abbiamo già visto e va qui sottolineato ancora che il codice non è solo regole.

Esso contiene - e non poteva non contenere - una robusta e solida e ben scritta cornice di principi che il legislatore politico non ha avuto il timore di emanare (a differenza di quanto accadde nei lavori preparatori del codice del processo amministrativo).

I principi svolgono una essenziale funzione argomentativa richiamata dall'art. 4. Che detta un criterio interpretativo e applicativo ai sensi del quale:

“1. Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.”

Una vera e propria cerniera o un ponte fra principi e regole.

Non è una novità.

Il diritto amministrativo non è altro che diritto costituzionale applicato.

Il diritto costituzionale non è la causa della crisi della fattispecie ma il rimedio, poiché consente di far respirare un ordinamento inevitabilmente complesso e frammentario, a volte tendente anche al nichilismo.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Il nichilismo giuridico è un tratto inevitabile della modernità o della post-modernità. N. Irti, Nichilismo giuridico, Roma-Bari 2004, 2005.

Leggiamo nella voce dell'enciclopedia giuridica Treccani dedicata al Nichilismo giuridico :

Per modernità giuridica vogliamo intendere che la posizione di norme è consegnata, sempre e soltanto, alla volontà dell'uomo; e che nessun criterio esterno è legittimato a guidare e valutare le scelte così compiute. La decisione della volontà sta a sé e nulla riconosce dietro o sopra di sé. Non già che la volontà intuisca o interpreti un ordine cosmico e prenda luogo nella totalità delle cose; non già che la singola scelta rifletta una sapienza eterna o un consiglio divino: la norma è posta nella solitaria nudità della decisione umana.

Alla modernità sono estranei sia l'originaria adesione a un ordine cosmico, che stringa insieme divinità, natura, storia degli uomini, sia il più tardo dualismo tra *physis* e *nomos*. Questo dualismo - risalente alla sofistica greca e perpetuatosi, con varianti sia laiche sia religiose, fino all'inizio del 21° sec. - rompe l'unità tra volere umano e legge dell'universo e lascia emergere, al di sopra o contro il diritto positivo, un criterio di giudizio capace di conferire o di negare validità alle norme decise dall'uomo.

L'interrogarsi sulla validità del diritto positivo, poiché sottintende che positività non coincide necessariamente con la validità, apre la strada ai tormentosi e drammatici dualismi da cui è segnata l'intera storia del diritto. Allorché sorge la domanda sulla validità del diritto positivo - e, dunque, circa la questione se esso è come deve essere -, si frange infatti l'originaria unità e si apre un dualismo interno alla stessa posizione di norme, le quali non sono lasciate in sé sole a misurarsi dentro il loro proprio congegno e organismo, ma vengono tratte dinanzi a un criterio valutativo che le approva o disapprova, riconosce o rifiuta, convalida o invalida. Si moltiplicano così distinzioni e antitesi: norme valide e ingiuste; norme valide e giuste; e così via.

I dualismi, generati dalla rottura dell'unità originaria, esprimono, a loro volta, il bisogno di unità, dove si costruisca e dove si placino le tensioni interne al diritto.”

Un diritto autonomamente fondato solo sulla libertà umana è un diritto tragicamente infondato.

Sul tema ha riflettuto - nel mezzo della crisi dello Stato moderno - Carl Schmitt il cui pensiero – non solo nostalgico e reazionario ma radicalmente critico circa l'infondatezza religiosa e metafisica della modernità e si pensi alla famosa

Ed è il diritto costituzionale multilivello a fondare la trama dei principi scritti nel codice.

L'interrogativo più pressante è piuttosto quello sull'adeguatezza delle regole alla luce dei principi.

Ma qui comincia il lavoro della giurisprudenza.

## **6. Incidenza sulla nomofilachia.**

L'art. 4 del codice stabilisce una precisa direttiva secondo la quale tutta la trama delle regole codicistiche va interpretata alla luce dei principi.

Naturalmente in una materia come quella degli appalti e delle concessioni e dei partenariati, essendo, di norma, in giuoco valori economici e non valori non negoziabili o inviolabili (come ad es. la dignità umana) i principi hanno uno scarso valore meta-normativo ed hanno più la caratteristica di presentarsi come espressioni riassuntive di una determinata normativa (quella del codice appunto) utili al fine di effettuare i bilanciamenti necessari nell'applicazione delle norme in caso di conflitto o antinomia fra le medesime sempre in quanto siano riconducibili a principi costituzionali.

Ma non di tutti i principi, ma con evidenza, alla luce degli articoli 1, 2 e 3 che si configurano quindi come super- principi ossia principi aventi una portata orientativa generale – riferibile a tutti i libri del codice - e tali da dover essere sempre tenuti presente nello svolgimento delle funzioni argomentative e decisorie. Gli altri articoli contengono dei principi regolativi più prossimi alle regole dei principi di secondo grado.

Il codice ha stabilito una gerarchia relativa fra i principi ( e quindi anche fra i valori ).

E' un codice ispirato ad un decisionismo "temperato".

Risultato, fiducia ed accesso al mercato, la sfida per la nomofilachia è tutta qui.

Nell'equilibrio fra queste forze ordinanti.

Gli esiti non sono predeterminabili.

Da tempo non abbiamo alcuna fiducia nelle filosofie della storia e nelle "magnifiche sorti e progressive".

Cionondimeno è bello sentirsi – come giuristi – impegnati in nuove sfide.

Lo spazio sovranazionale dei mercati squilibrati ed il caldo involucro delle democrazie nazionali in crisi, sono lo sfondo del lavoro nomofilattico che guiderà le trasformazioni dell'amministrazione.

Il segno del codice è una sottolineatura forte dei valori solidaristici della Carta fondamentale.

Principi che rimandano a valori, valori plurali che coesistono, sempre nuovi bilanciamenti che la società propone, conflitti da superare, liti da risolvere, rotture da ricucire, soluzioni di continuità da evitare o da imporre.

La democrazia pluralista e costituzionale non è una passeggiata.

L'amministrazione – con il suo lavoro a rete – deve avere un efficace strumentario per la realizzazione delle infrastrutture e l'acquisizione dei beni e dei servizi che sono necessari al suo operare.

I principi sono la traduzione di esigenze superiori al diritto positivo denominati valori (quasi di stampo giusnaturalistico ma non è questo il caso tranne forse che per la fiducia), ma da esso derivate, costruzioni di diritto positivo effettuate con un processo di astrazione generalizzante, a partire dal diritto positivo per trascenderlo.

Senza una dimensione trascendente (anche in senso laico intesa come cielo stellato sopra di noi) la funzione umanistica del diritto si esaurisce.

Dobbiamo rallegrarci che una materia così tecnica come il codice dei contratti pubblici sia stata vivificata da un lavoro intellettuale così alto ed ambizioso di redazione dei principi che potranno fungere da guida al lavoro del Consiglio di Stato tutto e, ove sorgano conflitti interpretativi, della Adunanza Plenaria.

## **7. Adelante con juicio.**

Una chiusura avvertita impone di far presente che i principi, per la loro natura, sono ambivalenti.

Stanno dentro lo *ius positum* e lo oltrepassano.

Possono indurre rischi di creazionismo giudiziario, indagato a fondo negli ultimi lavori di P. Portaluri.<sup>26</sup>

Il risultato – principio innovativo ed importante legato alla dominanza della imprescindibile sfera dell'economico nel mondo contemporaneo - non deve obliterare il ruolo di garanzia della giurisdizione.

M. A. Sandulli ha scritto proprio trattando dei principi del codice dei contratti pubblici e del rischio di eccessiva (aggiungerei cattiva) enfaticizzazione del principio del risultato:

“In uno Stato di diritto la certezza e la prevedibilità delle regole è invero un principio e un canone ermeneutico irrinunciabile, che non può essere sacrificato in nome della rapidità ad ogni costo dell'affidamento e dell'esecuzione di prestazioni che, deviando dal rispetto delle regole, non assicurino la qualità soggettiva del contraente e contenutistica dell'offerta.”<sup>27</sup>

Non possiamo non essere d'accordo.

---

<sup>26</sup> P. Portaluri *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

<sup>27</sup> M. A. Sandulli *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici* in [ww.giustiziainsieme.it](http://ww.giustiziainsieme.it)

Adelante Pedro, con juicio, si puedes.

**Giancarlo Montedoro**

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Publicato il 1° giugno 2023