LA "TRAPPOLA DELLA FIDUCIA" NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI*

Posted on 27 Febbraio 2024 by Riccardo Ursi

Tags: amministrazioni aggiudicatrici, appalti, appalto, contratti, contratti pubblici, contratto pubblico, gara

Anticipazione di Bilancio Comunità Persona 1/2024

di Riccardo Ursi

Prof. Ordinario di Diritto Amministrativo

Sommario: 1. Lo *storytelling* della fiducia nel nuovo codice dei contratti; 2. Quale fiducia?; 3. L'auto-rappresentazione sociale dell'amministrazione e la reputazione "cartolare"; 4. Fiducia vs. burocrazia difensiva; 5. Considerazioni prospettiche.

Abstract: *Il nuovo Codice dei Contratti pubblici ha introdotto nella prima parte un elenco di principi che hanno lo scopo di fornire criteri di interpretazione degli articoli contenuti nel codice stesso, ma anche per coprire vuoti normativi e frammentazioni in sede applicativa. Il principio di fiducia ha l'obiettivo di promuovere la capacità di scelta delle pubbliche amministrazioni e dei suoi funzionari incoraggiando le stazioni appaltanti a ricorrere alla discrezionalità e allo spazio valutativo di tipo tecnico. Il saggio muovendo da una disamina sul concetto di fiducia, analizza il significato della norma evidenziandone il carattere apodittico a causa delle incongruenze sistematiche e delle permanenti aporie ordinamentali. In particolare, si mette in luce il pericolo di una sorta di "trappola della fiducia" per la quale si possano prefigurare temibili forme di legalismo oppure inopinate pratiche di moral hazard.*

The new regulation of public procurement has introduced in its first part a list of principles that serve the purpose of having criteria for the interpretation of the articles contained in the code itself, but also to cover regulatory gaps and fragmentations in its application. The purpose of the principle of trust is to promote the ability of public administrations and their officials to make choices by encouraging contracting stations to use discretionary and technical evaluation space. The essay, starting from an examination of the concept of trust, analyses the meaning of the rule, highlighting its apodictic character due to systematic inconsistencies and permanent systemic aporias. In particular, it highlights the danger of a sort of 'trust trap' whereby fearful forms of legalism or unexpected moral hazard practices may be foreshadowed.

1. *Lo storytelling della fiducia nel nuovo codice dei contratti*

Nel definire le coordinate generali di un nuovo strumento regolativo del settore dei contratti pubblici mediante un decalogo di principi il legislatore ha inteso individuare nella fiducia verso un'azione amministrativa efficace il fulcro della funzionalità del sistema.

La genesi di un intervento normativo, che si pone quale riforma sistemica necessaria per sorreggere una stagione di ripresa e resilienza promossa da un inopinato protagonismo finanziario

europeo, non poteva che passare attraverso una rivisitazione/revisione del paradigma che ha contrassegnato la legislazione degli ultimi dieci anni: il primato della legalità rispetto alla funzionalità della committenza pubblica.

Si trattava di una evidente necessità in presenza di politiche pubbliche particolarmente attente alla *spending review* e al rispetto dei parametri finanziari europei. La riduzione obbligata dei margini di spesa pubblica consentita, una compressione delle prestazioni erogate, un'*austerity* amministrativa, più subita che voluta, costituivano fattori che rendevano intollerabile per l'opinione pubblica ogni tipo di corruzione, vera o percepita che fosse.

La narrazione era quella di un settore pubblico in cui albergavano forme, nemmeno mal celate, di *maladministration* e di carenza di integrità: una pessima reputazione che andava ricostruita mediante un sapiente utilizzo di strumenti preventivi e repressivi, tesi ad imporre il rispetto delle regole, nonché ad inibire, non il pericolo potenziale, ma il rischio di ogni possibile utilizzo delle risorse pubbliche non eticamente corretto.

In altri termini, all'insegna di un fisiologico "sospetto" verso il gestore pubblico si era costruito per i contratti pubblici un sistema stringente di regole formali e dettagliate, la cui applicazione era sorvegliata dallo sguardo occhiuto e pervasivo dell'"eforato" dell'ANAC.

Non stupisce che la contestuale compressione organizzativa e la rigidità normativa del settore alimentassero, oltre misura, uno dei tratti che più contraddistinguono tradizionalmente l'amministrazione italiana: il legalismo[1]. Un legalismo che si rivelava quale epifenomeno della c.d. "amministrazione difensiva" ossia di quella prassi consolidata in cui «il funzionario amministrativo non assume decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possano derivare disutilità individuali» e forme variegate di responsabilità[2].

Tale stato di fatto risultava incompatibile con le strategie che presiedono al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), il quale, come è noto, veicola gli investimenti europei del *Next Generation EU* disegnando un composito quadro di obiettivi da raggiungere e risultati da conseguire in un termine molto ravvicinato. Il "governo dei numeri"[3], quello imposto dai vincoli europei e vocato esclusivamente ad un risultato di gestione coerente con la dimensione auspicata, o tendenzialmente auspicata, del livello di indebitamento pubblico, lascia (o dovrebbe lasciare) spazio alla "politica dei numeri", quelli relativi alle risorse efficacemente impiegate per implementare scelte strategiche economiche quali-quantitative socialmente *accountables*. La quasi totalità di tale implementazione passa per la committenza pubblica e, inevitabilmente, è condizionata dalle sue regole, nonché dall'organizzazione che quelle regole deve applicare.

Un'amministrazione, come quella italiana, che si presenta strutturalmente emaciata in ragione d politiche di austerità, ma anche emotivamente timorosa a causa delle politiche anticorruzione, allorquando viene chiamata all'improba fatica di realizzare un inedito programma di spesa pubblica in un tempo ristretto, innanzitutto necessita di una nuova narrazione basata sul rafforzamento della sua capacità e sulla fiducia sul suo operato. Una nuova narrazione che, muovendo dal primato del risultato, cioè dal conseguenziale ruolo strumentale della legalità e, soprattutto, della concorrenza, perviene, alla centralità della funzione di committenza pubblica e dell'utilità concretamente perseguita[4], nonché alla valorizzazione della discrezionalità amministrativa[5].

Quest'ultima viene intesa come scelta responsabile della soluzione concreta più adeguata allo scopo, più coerente con il quadro normativo generale e adottata nel rispetto degli interessi degli attori coinvolti.

Testimonianza di tale nuova narrazione è quanto riferito al riguardo nella Relazione al Codice, nella quale si afferma che «ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone. Ciò presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere».

La fiducia, evocata dal Codice, come fattore assiologicamente sovraordinato, rappresenta il necessario requisito del contesto organizzativo, prima, e ambientale, dopo, su cui incardinare il primato del risultato. Insomma, sembra corretto ritenere che risultato e fiducia costituiscano un'endiadi, la quale contraddistingue l'assetto valoriale prevalente del sistema regolativo tracciato dal Codice. Una narrazione per la quale, tutto sommato, anche il principio dell'accesso al mercato (art. 3), risulta funzionale, seppur nel quadro della piena cogenza dei principi del diritto eurounitario.

In questo senso, se l'accentuazione della logica del risultato aveva già costituito una delle cifre della managerializzazione del sistema amministrativo prodotta dalle riforme degli anni Novanta[6] (per poi subire una forte dequotazione durante gli anni delle crisi finanziarie degli anni Dieci), il richiamo alla fiducia, positivizzato con forte enfasi nell'art. 2, comma 1, del Codice rappresenta certamente una novità. E non di un semplice richiamo si tratta, bensì di una statuizione elevata al rango di principio generale dotato di valenza, non solo "nomogenetica" rispetto alle singole disposizioni che regolano la disciplina dei contratti pubblici, ma soprattutto simbolica[7]. Infatti - come si legge nella citata Relazione - 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: «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».

Una svolta culturale, prima che giuridica: la fiducia veicolo di legittimazione di scelte autonome, e dunque responsabili, da parte dell'amministrazione in vista del conseguimento di un risultato utile per la collettività. Il decisore pubblico, sostenuto dalla fiducia conferita dal legislatore, viene liberato dalle catene di un acritico, quanto sterile, rispetto di regole pedisseque, e assume la veste di curatore effettivo dell'interesse pubblico in un reciproco rapporto di collaborazione con gli operatori economici. In altre parole, la nuova narrazione ci racconta che è finita la stagione dell'amministrazione difensiva e del legalismo giustizialista e si apre una nuova era.

Tuttavia, come già accaduto per la c.d. amministrazione di risultato, occorre evitare che la dottrina giuridica, sempre alla ricerca di una facile sineddoche del cambiamento, utilizzi il tema della fiducia, adeguatamente caratterizzato, per avventurarsi nella descrizione di mondi futuribili, ovvero nell'adozione di denominazioni *à la page*.

A ben vedere, l'idea che la fiducia su un'azione amministrativa legittima ed efficace sia assiologicamente sovraordinata alle regole che presiedono alla stessa appare affermazione tanto scontata da fare apparire la dichiarazione dell'art. 2 una evidente superfetazione[8]. La fiducia nell'azione legittima del potere pubblico va ascritta certamente nel novero di quegli elementi pre-contrattuali che secondo Durkheim sono basilari per la coesione sociale[9]. La fiducia è certamente un "fatto" senza il quale non si può dare un ordine sociale[10].

Inoltre, preconizzare la fine del legalismo praticato perché adesso è affermata per legge la fiducia sull'operato dei funzionari sembra ricordare il discorso del Dittatore dello Stato di Bananas per il quale «i ragazzi sotto il sedicesimo anno di età a partire da ora hanno tutti sedici anni!».

Il richiamo alla fiducia, al contrario, sembra porsi quale succedaneo rispetto ad un *deficit* di credibilità dell'amministrazione e delle sue capacità realizzative[11]. Infatti, un dato appare difficilmente contestabile: la fiducia è complementare alla credibilità, nel senso che maggiore è la credibilità, minore è la necessità di avere fiducia e viceversa.

Ciò posto, al di là dello *storytelling* propalato, occorre domandarsi quale sia la funzione che il principio di fiducia è chiamato a svolgere e quale siano gli ostacoli alla sua concreta effettività. Bisogna chiedersi se, per incongruenze sistematiche ovvero per permanenti aporie ordinamentali, la misura della sfiducia sia talmente prevalente da rendere l'affermazione del principio priva di reale portata generalizzata. Risulta necessario verificare se, per una eterogenesi dei fini, non si corra il pericolo di una sorta di "trappola della fiducia" per la quale si possano prefigurare ancora temibili forme di legalismo oppure inopinate pratiche di *moral hazard*.

2. *Quale fiducia?*

La fiducia è un concetto polisenso e polivalente: si intreccia con quello di legittimità, consenso, cooperazione, solidarietà. Difficile non rimanere disorientati allorquando ci si accosta alla molteplicità di significati attribuiti al termine fiducia nell'ambito delle scienze sociali. Dunque, occorre intendersi a quale concetto di fiducia l'art. 2, comma 1, del Codice abbia riconosciuto dignità di principio giuridico.

Al riguardo, non si può fare a meno di guardare ai risultati delle analisi sociologiche, che più di altre discipline, hanno dedicato al tema analisi approfondita. Questa si pone come una scelta di metodo: trovare un significato sufficientemente stabile e condiviso ad un termine multidimensionale per testarne la giuridicità nel contesto di riferimento. Si tratta di collocare la scelta del legislatore in un quadro prospettico la cui cornice sia tracciata chiaramente, o almeno risulti tendenzialmente definita.

Secondo l'analisi sociologica la fiducia ha prevalentemente una dimensione relazionale[12] correlata all'aspettativa in ordine alla condotta di un *alter*; un'aspettativa di esperienze con valenza positiva per l'attore, maturata sotto condizioni di incertezza, ma in presenza di un carico cognitivo e emotivo tale da permettere di superare la soglia della mera speranza[13]. Così, la fiducia riduce la complessità decisionale attraverso la generalizzazione delle aspettative attese ottenendo un accrescimento della tolleranza alle incognite dell'ambiente di riferimento. In questo senso, la fiducia si qualifica come una forma debole di conoscenza induttiva basata su una "sospensione del giudizio" relativo alle

incertezze e alle contraddizioni che concernono l'anticipazione delle conseguenze dell'agire: si attenua l'incertezza rispetto al calcolo razionale[14]. Infatti, come osserva la dottrina sociologica, «*trust allows social interactions to proceed on a simple and confident basis, where, in the absence of trust, the monstrous complexity posed by contingent futures would again return to paralyse action*»[15]. E le aspettative vengono plasmate socialmente sulla base del ruolo rivestito dal soggetto cui viene concessa fiducia, della sua conformità rispetto a quello in considerazione di stati di fatto, comportamenti e situazioni[16]. La fiducia, pertanto, è un'aspettativa di regolarità del mondo che consente di comprendere, e quindi prevedere, i processi con i quali gli individui potrebbero conformarsi ad un determinato ordine di eventi e alle sue regole.

Distinguendo la fiducia personale dalla fiducia sistemica, a seconda che essa si innesti su rapporti basati sulla conoscenza reciproca, ovvero si basi sulla funzionalità di un sistema in conseguenza di ripetute interconnessioni con esso[17], sembra corretto ritenere che il principio di cui all'art. 2, comma 1, del Codice evochi un concetto di fiducia che rimanda prevalentemente ad un sistema complesso; la fiducia personale, rinvenibile certamente nel tenore della disposizione, risulta comunque mediata dallo svolgimento di una funzione amministrativa.

Ciò posto è possibile formulare due considerazioni.

In primo luogo, la fiducia dovrebbe dare sicurezza al sistema presupponendo la sua capacità di corretto funzionamento. Secondo Luhmann, però, la fiducia non determina un aumento della sicurezza di un sistema, quanto piuttosto un aumento dell'insicurezza sostenibile a spese della sicurezza, poiché «è solo perché la sicurezza del sistema è strutturalmente garantita che è possibile sbarazzarsi delle precauzioni per le singole azioni in situazioni specifiche»[18]. La tollerabilità dell'insicurezza che consente l'investimento di rischio rimanda a sua volta ad una fiducia sulla capacità di funzionamento dei controlli interni e sulla assunzione di responsabilità di chi vuole ottenere fiducia: «la propensione al rischio deve essere tenuta sotto controllo all'interno degli stessi sistemi»[19].

In secondo luogo, la fiducia consentirebbe nel caso in esame di superare il problema tipico dei "sistemi esperti", cioé di quei contesti di realizzazione tecnica o di competenza professionale che organizzano ampie aree negli ambienti materiali e sociali. I sistemi esperti sono caratterizzati, infatti, non dalla fiducia accordata agli individui, sulla base di un reciproco consolidamento dell'affidabilità e delle garanzie personali (*Trust*), bensì dalle astratte capacità sistemiche, le quali vengono accettate come forma di *fede* su un probabile esito positivo delle operazioni del sistema valutato sotto un profilo funzionale (*Trustworthiness*). Quest'ultima si fonda, non su pregresse esperienze, bensì su principi impersonali. Come osserva Giddens, «l'affidamento che gli attori comuni fanno sui sistemi esperti non è solo questione di generare un senso di sicurezza riguardo a un universo di eventi indipendentemente definito, come invece avveniva nel mondo premoderno. È una questione di calcolo dei vantaggi e dei rischi in circostanze in cui il sapere esperto non solo rende questo calcolo possibile ma effettivamente crea (o riproduce) l'universo degli eventi come risultato di una continua applicazione riflessiva di questo stesso sapere»[20].

La *trustworthiness* è generata nei c.d. nodi di accesso al sistema, ossia le occasioni di contatto con i responsabili delle operazioni sistemiche. Questi momenti di confronto, tuttavia, rappresentano a

loro volta punti di vulnerabilità dei sistemi esperti poiché i singoli eventi possono assumere un significato decisivo per il tutto: «una semplice menzogna può fare crollare completamente la fiducia, e persino gli errori più irrilevanti e le rappresentazioni erronee possono in virtù del loro valore simbolico e spesso inesorabile forza, smascherare il vero carattere di qualcuno o di qualcosa»[21].

Così, l'esplicitazione del principio di fiducia ha inteso imporre una sorta di "sospensione del giudizio" e, quindi un'assunzione di rischio vincolato, non in ragione di un calcolo razionale, quanto piuttosto per una sorta di atto di fede nella correttezza della azione amministrativa qualificata dalla professionalità e dalla competenza del suo attore. Il Codice, con un'affermazione di principio ha, infatti, deciso unilateralmente quali misure di ignoranza e di conoscenza rendano possibile il rapporto amministrativo, o meglio, lo rendano sostenibile ai fini della funzionalità il sistema. Si è compiuta una scelta normativa *a priori* che, invece, nella prassi è sempre condizionata da fattori di contesto spazio-temporale: si supera la valutazione individuale su ciò che si conosce - o si presume di conoscere – dando una connotazione legale di affidabilità all'amministrazione e conseguentemente dei rischi che devono essere assunti.

Occorre precisare, però, che non si è in presenza di un'aspettativa di regolarità, basata su orientamenti valoriali, ma di un orientamento valoriale in sé: la assunta regolarità dell'amministrazione. Non si tratta di una sorta di "messa alla prova" delle istituzioni amministrative poiché la fiducia si configura come un meta-principio che ha una portata conformativa *a valle*. In questo senso, più che di fiducia, la quale, come dice Luhumann, può essere unicamente offerta e accettata, non normativamente disciplinata[22], si è in presenza di una forma rigida di *trustworthiness* in cui i nodi di accesso sono limitati in via radicale da una prescrizione di principio di portata generale: quasi un muro di certezze, basato sulla credibilità legale dell'amministrazione, dal quale legittimare un ampliamento della sua capacità decisoria.

Al riguardo, risulta agevole osservare come nel testo del primo comma dell'art. 2 del Codice si riscontrino due momenti della fiducia: uno che guarda al processo comunicativo, la trasparenza, ed uno che guarda alla *performance* operativa, la credibilità (*rectius* la reputazione) in ordine al rispetto delle regole. Se la trasparenza ha un sistema prescrittivo ormai definito ed imperniato sulla massima circolazione delle informazioni, nella dinamica delle relazioni tra amministrazione ed operatore economico la "rassicurazione", idonea a semplificare la complessità della decisione, viene riconosciuta principalmente ad una assunta credibilità, ossia una assiologica caratterizzazione sul piano reputazionale dell'agire pubblico in quanto tale. In ciò il legislatore ha individuato una soglia di passaggio dalla speranza, alla fiducia.

Tale "rassicurazione" permette di operare una "curvatura"[23] del processo decisionale nel settore degli appalti: si passa da una normazione stringente e dettagliata alla "regola del caso concreto". Per realizzare tale passaggio, però, si assume ciò che dovrebbe essere verificato, vale a dire la regolarità dell'amministrazione. Così, nel processo decisionale della committenza pubblica, più che un principio regolatore, il richiamo alla fiducia rivela, invece, una clamorosa "petizione di principio".

Si potrebbe obiettare che il baricentro dell'affermazione contenuta nella disposizione in esame vada individuato nel richiamo alla necessaria reciprocità della fiducia risposta (o meglio imposta). Con ciò si prefigurerebbe, a ben vedere, non tanto un atto di fede, quanto piuttosto un invito alla collaborazione responsabile, espressione della capacità o della volontà di adempiere ai propri

doveri nel modo prescritto[24].

Senonché la fiducia evocata dall'art. 2 guarda ad un settore di attività amministrativa contrassegnato fisiologicamente dalla competizione (in senso teleologico o strumentale poco importa). La conflittualità tra gli interessi è un tratto endemico del gioco competitivo. Il paradigma tradizionale, fondato sulla sfiducia, e la correlata fitta regolazione dei rapporti, sia selettivi, sia operativi, sono, da sempre, gli strumenti di garanzia rispetto all'azione del pubblico potere. Affermare la fiducia come meta-principio significa indebolire questa garanzia sostituendola con un atto di fede. D'altra parte, come insegna la migliore dottrina «ciò che accomuna tutte le garanzie è infatti la loro predisposizione in vista del pericolo che in loro assenza il diritto che ne è oggetto sarebbe violato e perciò ineffettivo: una sorta di sfiducia nella spontanea soddisfazione o nello spontaneo rispetto dei diritti e specificamente, per quanto riguarda i diritti fondamentali, nell'esercizio spontaneamente legittimo del potere»[25].

La reciprocità affermata è sconfessata, di fatto, dalle norme che impongono tutta una serie di requisiti di onorabilità e di affidabilità che gli operatori devono, non solo dichiarare, ma dimostrare fornendone prova (ad esempio vedi quanto previsto dall'art. 96, comma 6). Parimenti, una forma di reputazione di impresa "certificata" (art. 109) appare difficilmente compatibile con la fiducia reciproca. A parti invertite, la nuova disciplina sul conflitto di interessi richiede che la percepita minaccia all'imparzialità e all'indipendenza debba essere provata da chi invoca il conflitto «sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro», e ciò sulla base della esigenza di preservare la funzionalità dell'azione amministrativa (art. 16, comma 2). In altri termini, la fiducia reciproca significa che gli operatori, non solo devono dimostrare la propria "onestà", ma devono anche provare la eventuale "disonestà" dell'amministrazione.

Inoltre, il rafforzamento del soccorso istruttorio ovvero le disposizioni sul *self cleaning*, evocate come espressione della nuova narrazione collaborativa basata sulla fiducia, sembrano più correttamente espressione del principio di buona fede e di tutela dell'affidamento[26]. Quest'ultimi, sebbene per scelta del Codice, subordinati a quello di fiducia, non ne costituiscono affatto, né applicazione, né declinazione[27], poiché sono principi derivanti dal diritto europeo e considerati dalla Corte costituzionale principi fondamentali[28], cioè sovraordinati per definizione. D'altronde la buona fede ha una propria autonomia ed una propria conformazione che è centrale nelle dinamiche precontrattuali delle procedure di evidenza pubblica[29]. Ed in queste dinamiche, ma non solo, si scorge la portata bilaterale del dovere di collaborazione che perfeziona una reciprocità responsabile[30] fondata su obblighi comportamentali o di protezione[31].

Dunque, si può ritenere che nel richiamo dell'art. 2 alla reciprocità non si riscontri una reale portata cogente, almeno sul lato dell'amministrazione, la quale continua a muoversi su una direttrice ancora largamente "sfiduciaria" nei confronti degli operatori, nonché secondo una prospettiva del processo decisionale prevalentemente asimmetrico.

In questa ottica, la fiducia riguarda pressocché esclusivamente l'amministrazione, e segnatamente la condotta dei suoi funzionari, in vista del fisiologico agire conforme e funzionale nella cura degli interessi della collettività[32]. Il principio di fiducia, pertanto, si configura come un'induzione forzata

all'auto-coscienza[33].

Conferma questa ricostruzione, quanto nitidamente affermato nella Relazione secondo la quale: «ogni conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone, infatti, la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione». Insomma, al pari dell'infallibilità papale, si deve ritenere che per gli *stakeholder* la fiducia nell'amministrazione, nonché nella correttezza e capacità dei suoi funzionari, sia un dogma al quale bisogna credere; così come la fiducia che l'amministrazione, e soprattutto i suoi funzionari, devono nutrire in sé stessi e nel loro operato legittimo non può che essere una verità rivelata dall'art. 2 del Codice.

3. *L'auto-rappresentazione sociale dell'amministrazione e la reputazione "cartolare"*

Secondo la ricostruzione di Luhmann nei sistemi complessi, posta la lontananza di una relazione emotiva, il fattore sul quale si costruisce la fiducia è innanzitutto l'autorappresentazione sociale, nel senso che per costruire aspettative fidate nel contesto di riferimento i sistemi sociali tendono a delineare un ritratto di se stessi in tutto e per tutto soddisfacente, nonché a fare in modo che questo sia accettato dal punto di vista sociale in quanto espressione, anche sul piano simbolico, del loro "Io". Per i sistemi «l'auto-rappresentazione è difficile, minacciata com'è da contraddizioni interne, errori, fatti ed informazioni non rappresentabili, da una parte ha bisogno di una notevole prudenza espressiva, e dall'altra di un'oculata cooperazione da parte degli spettatori»[34].

Quindi, in coerenza con tale ordine di considerazioni, si poterebbe dire che la fiducia dipende da due fattori: l'immagine e la reputazione. Infatti, questi due fattori, nella loro dimensione giuridica, contrassegnano l'esatta individuazione della prospettazione della fiducia che il Codice dei contratti pubblici ha elevato principio ermeneutico dell'agire della committenza pubblica.

La Corte costituzionale nella sentenza n. 335/2010 aveva affermato che se è vero che l'art. 97 Cost. rinvia ad un modello di pubblica amministrazione e di azione amministrativa conformato dal rispetto dei principi generali di efficacia, efficienza e imparzialità, allora, si deve ritenere che «l'autorità pubblica sia titolare di un diritto "personale" rappresentato dall'immagine che i consociati abbiano delle modalità di azione conforme ai canoni del buon andamento e dell'imparzialità». In questo senso, l'immagine, ossia l'auto-rappresentazione sociale, della committenza pubblica è quella di un'amministrazione che agisce legittimamente, nonché in maniera corretta e trasparente, allo scopo di conseguire il risultato nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

Tale immagine è consacrata nei primi due articoli del Codice dei contratti. Occorre però che tale immagine assunta a valore primario quale manifestazione della credibilità dell'amministrazione sia percepita come tale, e pertanto che tale immagine sia conforme alla reputazione.

In termini generali, la reputazione è un riassunto delle azioni passate rilevanti di un soggetto nel contesto di una specifica comunità, presentato in modo tale da aiutare gli altri membri della comunità a decidere se e come relazionarsi con quello. Essa rivela la capacità anticipatoria dei possibili comportamenti tenuti dalle organizzazioni, rendendosi garante del loro saper fare, nel rispetto delle istanze dei soggetti che si interfacciano con esse[35].

In alcuni casi si formalizza il meccanismo di verifica attraverso la creazione di sistemi reputazionali, sistemi informativi che mediano e facilitano il processo di misurazione della reputazione all'interno

del contesto di una specifica comunità di riferimento[36]. In questo senso si colloca ad esempio la qualificazione delle Stazioni appaltante, disciplinata oggi dall'art. 63 del Codice, in cui attraverso un'analisi dei requisiti da parte di un soggetto terzo si certifica l'abilità a svolgere una funzione e, pertanto, se ne formalizza la reputazione.

In assenza di un sistema reputazionale la valutazione si forma sulla dinamica delle relazioni. Infatti, la reputazione organizzativa è definita come un insieme di credenze sulle capacità, le intenzioni, la storia e la missione di un'organizzazione, le sue intenzioni, la sua storia che sono incorporate in una rete di una molteplicità di relazioni pubbliche[37]. La reputazione, quindi, riguarda «*the outcome of the history and the sum of stories told about the organization among its stakeholder*»[38].

Con riferimento alle amministrazioni pubbliche si possono individuare quattro dimensioni critiche della reputazione generale della pubblica amministrazione che sono in grado di plasmare e definire le reazioni degli *stakeholder* di riferimento e il comportamento dei propri membri. Si può quindi distinguere tra: *i*) *Performative reputation*, correlata alla percezione che gli *stakeholders* hanno della capacità della P.A. di portare avanti le proprie funzioni in modo competente ed efficiente; *ii*) *Moral reputation*, che attiene all'integrità e quindi all'onestà rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico; *iii*) *Procedural reputation* connessa alla valutazione di conformità dell'agire della P.A. rispetto alle norme che regolano la sua attività; *iv*) *Technical reputation*, la quale riguarda la considerazione del grado di competenza e professionalità della struttura pubblica in relazione ai compiti che è chiamata a svolgere[39].

La creazione di una reputazione pubblica coerente con l'immagine che l'amministrazione pubblica istituzionalmente deve proiettare di sé, è stata l'obiettivo mediato delle riforme amministrative negli ultimi quindici anni. Attraverso interventi normativi indirizzati a promuovere, se non proprio ad imporre, una gestione efficiente, ovvero a valorizzare l'integrità mediante politiche tese a prevenire i fenomeni corruttivi e la *maladministration*[40], il legislatore intendeva perseguire un modello di amministrazione che fosse, non solo maggiormente efficace ed efficiente, ma soprattutto eticamente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, un'organizzazione «al servizio della Nazione»[41]. Utilizzando il linguaggio della semiotica si potrebbe dire che le riforme così finalizzate, influenzando le credenze tradizionali, avrebbero contribuito a generare formalmente i "segnali", agevolmente interpretabili, dell'onestà, dell'affidabilità, dell'efficienza dell'azione amministrativa: insomma avrebbero prefigurato i dispositivi reputazionali necessari a sostenere l'immagine della amministrazione pubblica disegnata dalla Costituzione. Ma tali segnali per un processo di eterogenesi dei fini si sono tradotti in "segni", ossia messaggi non intenzionali, completamenti differenti. Perché come osservava Hobbes, negli Elements of Law, Natural and Politic, mentre «i segni attraverso i quali conosciamo il nostro potere sono gli atti che ne discendono, i segni attraverso i quali gli altri lo apprendono sono gli atti, le gesta, i comportamenti e le parole che quel potere produce comunemente»[42].

Ma quali sono questi "segni" reputazionali che le riforme ci hanno consegnato.

Dal punto di vista della *Performative reputation*, si è registrata la sostanziale adesione alle teorie del *Neo-Weberian State*[43]: un modello di produttività imposta che si fonda sulla centralità dell'affidabilità e della *predictability* e, quindi, sull'adozione di regole formali che assicurino l'esercizio appropriato

della discrezionalità amministrativa, la correttezza procedurale e l'integrità professionale. Infatti, rivedendo il profilo della managerialità della dirigenza così come disegnato negli anni Novanta[44], la "riforma Brunetta" – operata dalla legge 4 marzo 2009, n. 15 e dal conseguenziale D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 – ha irrigidito il sistema delle prescrizioni ritenendo che l'osservanza di queste, definite in modo accentrato, rappresenti il meccanismo di garanzia del miglioramento dell'azione pubblica. Si impone un'idea di efficienza focalizzata sulla nozione di *performance*, organizzativa e individuale[45]. Le prerogative manageriali vengono potenziate nei metodi operativi, ma risultano incastonate in un disegno predefinito di *perfomance* attesa, misurata *a priori* e riscontrabile *a posteriori*.

La riforma Brunetta configura un sistema di valutazione quale strumento obbligatorio e generale di misurazione del funzionamento delle pubbliche amministrazioni e del personale. Esso è indirizzato ad operare nei confronti della *performance* delle strutture amministrative[46], e il corretto funzionamento degli uffici si fonda sulla garanzia delle migliori prestazioni da parte del personale, le quali devono essere oggetto di attenta programmazione, monitoraggio e valutazione. La *predictability* si costruisce sul c.d. *Ciclo di gestione della performance*, nell'ambito del quale individuare gli obiettivi che si intendono raggiungere, nonché i valori attesi di risultato ed i rispettivi indicatori, che devono essere specifici, misurabili in termini concreti in relazione ad un arco di tempo predeterminato e commisurati a valori di riferimento derivanti da standard riconosciuti. Il sistema di misurazione e valutazione è preventivamente fissato sulla base di criteri rigidi, inerenti alle fasi, ai tempi, alle modalità, ai soggetti coinvolti ed al raccordo con i documenti di programmazione finanziaria[47]. La valutazione della *performance* riguarda tanto l'assetto organizzativo, quanto la prestazione individuale e la dirigenza, nell'ambito delle rispettive competenze, ne è chiamata a rispondere dei relativi risultati. Tuttavia, la rigidità del quadro prescrittivo, indirizzato ad un'efficienza preconfezionata sulla base di *standard* di produttività attesa dischiude una prospettiva caratterizzata dal legalismo dell'efficienza.

Dunque, il "segnale" del perseguimento dell'efficienza diventa un "segno" che si traduce in un dispositivo reputazionale di tipo cartolare basato sull'adempimento acritico di regole prescrittive e in valutazioni documentali della gestione[48].

Nella stessa prospettiva può essere guardata la legislazione tesa alla prevenzione della corruzione amministrativa, inaugurata dalla legge n. 190/2012. Si tratta una disciplina tesa a prevenire situazioni e condotte che in sé non costituiscono corruzione in senso criminale, ma possono favorirne l'emersione[49], innervando «un ambiente favorevole alla commissione di fatti corruttivi in senso proprio»[50]. Le strategie preventive muovono dal dato relativo alla percezione del fenomeno[51] per costruire, attraverso interventi regolatori, un disegno organizzativo teso a minimizzare il rischio e a promuovere un sistema di monitoraggio, controllo, ed eventualmente di sanzione, per assicurare l'integrità dei funzionari pubblici nello svolgimento dei loro compiti istituzionali. In questa prospettiva, la regolazione ha riguardato *i*) una disciplina sulla trasparenza amministrativa (D.lgs. n. 33/2013) indirizzata a raggiungere attraverso l'accessibilità totale delle informazioni sull'organizzazione e sull'attività, presidiata da strumenti controllo diffuso, un modello di "*Open Government*"; *ii*) una rivisitazione delle regole del conflitto di interessi, nonché una riscrittura delle norme in tema di incompatibilità ed inconferibilità degli incarichi pubblici (D.lgs. n.

39/2013); *iii*) una nuova veste giuridica dei codici di comportamento dei pubblici dipendenti (D.p.r. n. 62/2013). La complessità degli interventi operativi di prevenzione è stata affidata ad una pianificazione "a cascata" che muove dal Piano Nazionale Anticorruzione e arriva a schemi di pianificazione decentrata e localizzata. Gli strumenti operativi si traducono in azioni di prevenzione del rischio attraverso un monitoraggio ciclico dei fattori corruttivi e degli ambienti in cui il fenomeno potenzialmente poterebbe essere più incidente.

L'implementazione della strategia si è incentrata sull'adeguamento delle strutture amministrative, procedimentali e organizzative, agli obblighi anticorruzione e sull'ulteriore riconoscimento all'Autorità anticorruzione di una funzione di vigilanza e controllo[52].

Nel complesso, però, si può ritenere che il risultato finale sia, al pari di quello evidenziato per l'efficienza, uno schema di *predictability* affidato all'applicazione di modelli normativi e schemi operativi in larga misura predefiniti che conducono inevitabilmente ad una logica di adempimento. Logica che è incentivata dalla configurazione dell'anticorruzione e della trasparenza come una funzione aggiuntiva, sebbene generale, e peraltro prevalentemente svolta "a costo zero" da strutture organizzative che spesso si occupano anche di altro[53].

Non è questa la sede per compiere una valutazione dell'incidenza del sistema italiano anticorruzione, la quale ha certamente raggiunto l'obiettivo di un miglioramento degli indicatori[54], ma sembra corretto ritenere che esso non si sia tradotto ancora in un mutamento culturale, quanto piuttosto sia stato vissuto nella prassi come uno schema operativo dovuto, all'esito del quale l'applicazione pedissequa delle "regole dell'onestà"[55], le dichiarazioni, spesso rutinarie, in ordine alla sussistenza di un conflitto di interessi, la redazione di piani e la previsione di azioni di prevenzione del rischio, l'adempimento degli obblighi di pubblicazione stabiliti dalla legge costituiscono da soli dispositivi reputazionali di successo.

Sul piano della *Technical reputation* le cose non sembrano andare diversamente. Con il PNRR si è riproposto il tema della c.d. capacità amministrativa. Per vent'anni l'*austerity* imposta dal rispetto dei parametri finanziari europei ha determinato un congelamento degli investimenti e la rinnovazione della dotazione organica e logistica dell'amministrazione pubblica. Adesso, la necessità di avviare un percorso contrassegnato, al contrario, da una politica di impiego di risorse e da un piano di spesa pubblica - straordinario per dimensioni ed obiettivi da conseguire in tempi limitati - ha rivelato un'organizzazione amministrativa in cui gli operatori che ne assicurano la funzionalità risultano prevalentemente inadeguati allo scopo. Per rispondere efficacemente alle sfide del PNRR occorre, quindi, rafforzare la capacità amministrativa. Questa costituisce una sorta di sublimazione del managerialismo, poiché declina la funzionalità dell'organizzazione, intesa quale necessaria adeguatezza a svolgere i compiti istituzionalmente assegnati, in termini di dimensionamento quali-quantitativo della stessa, al fine di consentire l'adempimento di obiettivi specifici in contesti operativi cangianti. In altre parole, l'esercizio delle funzioni amministrative deve essere efficace, non nella semplice ottica del conseguimento di un risultato di gestione genericamente considerato, quanto piuttosto nel senso dell'incremento dei livelli di esternalità positive aggregate perseguite dal decisore politico. In termini ancora più sintetici, e correlati all'attualità del contesto, si può ritenere che rafforzare la capacità amministrativa, nel breve periodo, significa, in larghissima misura, spendere le ingenti risorse destinate a promuovere e sviluppare la resilienza del sistema economico-sociale post-pandemico.

Se è vero che il concetto di capacità amministrativa rinvia ad una serie di elementi, quali la strumentazione procedimentale, la gestione finanziaria ed il rafforzamento delle risorse umane, il decisore politico italiano ne ha dato, fino adesso, una declinazione prevalentemente, se non esclusivamente, quantitativa, focalizzando l'attenzione sul reclutamento di nuovo personale[56]. In tal senso, già il Piano per il Sud del febbraio 2020 ha sottolineato come il *deficit* di capacità amministrativa fosse molto influenzato dalla significativa riduzione degli organici già registrata e, in prospettiva, aggravata dal collocamento in quiescenza del personale qualificato[57]. Nella medesima ottica sembra porsi anche il PNRR. Sebbene si focalizzi l'attenzione sul processo di digitalizzazione e sulla rivisitazione delle dinamiche operative della gestione amministrativa, l'azione più significativa, in considerazione dei tempi ristretti di realizzazione del Piano, sembra essere quella legata all'aumento del personale.

Il rafforzamento della capacità amministrativa, in altre parole, si è tradotto in larga misura nel reclutamento senza una preventiva analisi tipo qualitativo - inerente alle figure professionali necessarie e all'assetto logistico in cui esse devono operare - e senza una preventiva determinazione dei compiti funzionali da svolgere in relazione agli obiettivi. Infatti, nonostante l'obiettivo sia il rafforzamento della capacità amministrativa, il D.l. 9 giugno 2021, n. 80 ha inaugurato una stagione di assunzioni basata su una strategia di stampo quantitativo, senza una particolare attenzione sui profili professionali richiesti e sui bisogni da fronteggiare[58]. Tale approccio che è stato successivamente amplificato su tutta l'amministrazione centrale dal D.l. 22 aprile 2023, n. 44, che si configura come «una vera e propria sagra di assunzioni di personale»[59].

Pertanto, in una logica cartolare, anche un quadro organizzativo caratterizzato da un ampliamento di personale è considerato un dispositivo reputazionale in ordine alla capacità tecnica del medesimo, non solo di svolgere adeguatamente i compiti assegnati, ma anche di affrontare le sfide del piano di resilienza. Tuttavia, come è stato osservato, il mero aumento dei dipendenti pubblici non sembra essere il mezzo adeguato a perseguire l'obiettivo di rafforzare la capacità amministrativa perché colmare le carenze di organico senza preoccuparsi di razionalizzare le strutture e dislocare il personale in base ai carichi di lavoro rischia di generare l'effetto paradossale di appesantire l'azione delle pubbliche amministrazioni[60].

Ad onor del vero, si tratta di una criticità di cui è conscio anche il legislatore che nello stesso Codice dei contratti all'art. 2, comma 4, tra le azioni necessarie per promuovere la fiducia in una azione legittima, corretta e trasparente individua la formazione professionale del personale; esigenza che, peraltro, è ritenuta fondamentale per quel personale adibito a funzioni di RUP (art. 15, comma 7). Se basterà la formazione per colmare le eventuali lacune qualitative del reclutamento, come dice la canzone, lo si scoprirà solo vivendo. Ad oggi bisogna solo credere in un'amministrazione adeguata.

Per concludere sul punto, si può sostenere che i dispositivi reputazionali costruiti dal legislatore per rendere l'immagine dell'amministrazione pubblica credibile sono tutti basati, in punto di fatto, su meccanismi di tipo formale, idonei solo a conferire un'astratta affidabilità al sistema complesso. Ciò è confermato anche dalla quarta tipologia di reputazione, ossia quella procedurale, relativa alla valutazione di conformità dell'agire rispetto alle norme che regolano la sua attività, perché proprio su questa si innesta la questione del legalismo protettivo e della burocrazia difensiva che proprio il principio di fiducia vorrebbe scardinare.

4. *Fiducia vs. burocrazia difensiva*

Il comma 2 dell'art. 2 rivela l'obiettivo strategico perseguito dal legislatore: promuovere la capacità decisionale dell'amministrazione allo scopo di conseguire il risultato utile nella committenza pubblica. Quest'ultimo necessita, infatti, di scelte che, superando gli stringenti limiti delle pervasive prescrizioni legali, conducano a realizzare effettivamente l'opera pubblica o ad acquisire servizi e forniture nel modo più rispondente agli interessi della collettività[61]. Liberata finalmente dal sospetto grazie agli *standard* di integrità imposti, l'amministrazione adesso può, e deve, scegliere in un clima di fiducia "legale". Questa potrebbe avere una portata talmente ampia da ingenerare l'idea che sussista una riserva di amministrazione nei confronti, non solo dell'ipertrofia regolatoria del legislatore, ma anche rispetto a tutte le forme di controllo, giurisdizionale o amministrativo che sia[62].

Si tratta di una lettura che si ascrive ad un'idea di fiducia fondata sul nesso tra autonomia e responsabilità. In questa ottica, chi è chiamato ad applicare le norme dovrebbe avere, da un lato, la possibilità di accertare la sussistenza delle condizioni che richiederebbero di derogare alla stessa superandone la meccanica esecuzione, e dall'altro, essere sottoposto ad un controllo, che certamente eviti arbitri o abusi, ma che non si traduca sempre in una sanzione vanificando gli obiettivi della regola[63]. In caso contrario è facile ritenere che il funzionario pubblico si difenda, cioè proceda ad un'applicazione della regola funzionalizzandola, non all'obiettivo perseguito dalla stessa, bensì alla limitazione del rischio derivante dalla possibile sanzione a suo carico.

Pertanto, l'ansia di curare la patologica prassi della c.d. burocrazia difensiva a favore di forme ampie di autonomia decisionale, e quindi responsabile, ha palesato la necessità di creare comunque una "rete di protezione"[64].

Si tratta di generalizzare, o portare a regime, scelte normative che di recente hanno inteso valorizzare la capacità discrezionale del funzionario pubblico[65]. Infatti, la prospettiva della rassicurazione rispetto alla c.d. "paura della firma" è riscontrabile nella nuova formulazione dell'art. 323 c.p. (modificato dall'art. 23 del D.l. n. 76 del 2020), che ai fini dell'integrazione del reato di abuso d'ufficio richiede che l'atto sia adottato in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità. Secondo la Relazione, la novella alla disposizione del Codice penale ha consentito «il definitivo superamento di quell'orientamento giurisprudenziale che, attraverso la valorizzazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità, aveva in passato ricondotto nel campo di applicazione dell'abuso d'ufficio anche l'eccesso di potere, con conseguente sindacato da parte del giudice penale delle scelte discrezionali del pubblico ufficiale». Parimenti, nell'ottica di una fuoriuscita del decisionismo amministrativo dalla trincea del legalismo protettivo va certamente guardata quella disposizione di carattere transitorio – originariamente prevista dall'art. 21 del D.l. n. 76/2020, e di recente prorogata sino al 31 dicembre 2024 – che ha limitato la responsabilità erariale ai soli casi di dolo, conservando la colpa grave solo alle ipotesi di condotte omissive[66].

Nell'esigenza della promozione del risultato utile gli antagonisti dell'agire discrezionale vanno rinvenuti nell'ampiezza del sindacato del giudice penale e nella responsabilità amministrativa. Se la riscrittura del reato di abuso d'ufficio - del quale, peraltro, si sta prefigurando addirittura

l'abolizione[67] - intende arginare la portata repressiva derivante da una ambigua compenetrazione tra azione amministrativa e condotte penalmente rilevanti[68], il richiamo alla fiducia vorrebbe contenere la cognizione della giurisdizione contabile in un perimetro prestabilito.

In questo senso, il comma 3, dell'art. 2, ha precisato con portata generale i contenuti della rete di protezione, disciplinando puntualmente i parametri che integrano la colpa grave nelle fattispecie di illecito erariale in materia dei contratti pubblici[69]. Non inseguendo le derive estreme della legislazione emergenziale[70], il nuovo Codice dei contratti sembra mantenere saldo il principio elaborato dalla Corte costituzionale ormai venticinque anni fa, ossia che «nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, la limitazione della responsabilità amministrativa alla sola colpa grave risponde alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente»[71].

Al riguardo, occorre registrare un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza della Corte dei conti, la quale si è attestata su una concezione c.d. normativa della colpevolezza[72]. Secondo il giudice contabile la colpa grave si integra tutte le volte che si riscontri la inescusabile negligenza o la previsione dell'evento dannoso, con marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta conoscibili *ex ante*[73]. In questa prospettiva, la prevedibilità e l'evitabilità finiscono per rilevare ai fini della valutazione del comportamento del soggetto come diligente, e caratterizzato da perizia e prudenza. Infatti, non essendo possibile configurare un generale criterio della colpa grave, non è sufficiente ad integrarla la semplice violazione di legge o la violazione di regole di buona amministrazione, ma è necessario che questa violazione sia connotata da inescusabile negligenza o dalla previsione dell'evento dannoso. In sostanza, la colpa grave consiste nella evidente e marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta che siano *ex ante* ravvisabili e riconoscibili per dovere d'ufficio, e che, in assenza di oggettive ed eccezionali difficoltà, si materializzano nell'inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto ovvero in una marchiana imperizia o in una irrazionale imprudenza[74]. Pertanto, il giudizio sulla colpa grave muove innanzitutto dalla individuazione del fondamento normativo della regola a contenuto cautelare che esprime in termini di prevedibilità, prevedibilità ed evitabilità, la misura della condotta — diligente, perita e prudente — sulla quale il legislatore ha riposto affidamento per prevenire ed evitare il rischio di conseguenze negative per l'Erario. Successivamente si procede alla verifica della conoscenza o la conoscibilità (prevedibilità) da parte dell'agente e le condizioni di operatività (prevedibilità, evitabilità) nelle quali sono state poste in essere le condotte. Definito in questo modo il parametro oggettivo di riferimento del titolo soggettivo della colpa grave, occorrerà accertare in concreto il grado di esigibilità della condotta normativamente prevista in ragione delle condizioni concrete della gestione. In tal senso, si dovrà riscontrare la corretta individuazione da parte dell'agente della situazione gestionale tipica che richiede l'adempimento degli obblighi di servizio a contenuto cautelare (prudenza, diligenza e perizia), la sussistenza delle condizioni operative per il loro adempimento, l'inesistenza di circostanze anomale dell'agire che ne impediscano l'osservanza o falsino la percezione dell'agente circa il necessario adempimento degli obblighi a contenuto cautelare[75].

Queste coordinate giurisprudenziali sono agevolmente riscontrabili nella disposizione contenuta

nel terzo comma dell'art. 2 del Codice[76] secondo la quale nel settore dei contratti pubblici la colpa grave si integra con la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché con la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza ovvero 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». A tale pedissequa adesione al diritto pretorio del giudice contabile si è, però, aggiunta una scriminante, secondo la quale «non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti»[77].

Se, da un lato, la prima parte della disposizione, codificando il diritto vivente formatosi nelle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti, risponde all'esigenza di «rasserenare coloro che, all'interno delle pubbliche amministrazioni, per necessità spesso si trovano, soprattutto nelle realtà meno strutturate, a dover svolgere compiti oggettivamente superiori alle proprie competenze»[78], dall'altra, la previsione di una scriminante rivela la volontà di non creare situazioni di *impasse* in presenza di casi dubbi o incerti[79].

Nonostante l'assunto riconoscimento di discrezionalità decisoria nella migliore tradizione legalista si spinge nuovamente l'operatore ad applicare pedissequamente la legge, nonché ad adeguarsi ai precedenti giurisprudenziali ed ai pareri[80]. Ed in ragione di ciò che si evidenzia quella che si potrebbe definire come "la trappola della fiducia".

Infatti, evitando l'illegittimità attraverso l'adozione di un atteggiamento improntato alla cautela e alla prevenzione del rischio, e quindi, ad una condotta quanto più possibile predeterminata e conforme al dettato normativo, si aggira il pericolo di incorrere in colpa grave, vale a dire nel principale e temibile criterio di imputazione della responsabilità amministrativa. Sarebbe stato parzialmente diverso se il legislatore non avesse evocato «la violazione delle norme di diritto» (sic!) e «gli auto-vincoli amministrativi»: perché in quel caso la parametrizzazione della condotta colposa ai fini della responsabilità amministrativa avrebbe riguardato solo la componente relativa alla prudenza, alla negligenza e nell'adempimento dei doveri professionali correlati alla costruzione della decisione. Invece, in ultima analisi, si incentiva l'applicazione pedissequa delle norme di azione, poiché risulta agevole immaginare che, in assenza di efficaci politiche premiali, un funzionario continuerà a preoccuparsi prima delle potenziali sanzioni e, solo dopo, dei possibili vantaggi diffusi delle proprie decisioni, peraltro molto spesso non immediatamente misurabili[81].

In fondo ciò che conta rimane, infatti, sempre il percepito. Come è stato correttamente osservato, «ai fini dell'amministrazione difensiva non è tanto rilevante il dato oggettivo del rischio di subire perdite o incorrere in responsabilità nell'assumere decisioni difficili, ad esempio a fronte alla complessità di un quadro normativo, quanto il dato oggettivo del rischio percepito da chi quelle decisioni è chiamato ad adottare»[82]. In altri termini, al di là delle valutazioni in ordine all'osservanza esigibile nel caso concreto, appare difficilmente controvertibile che applicando le norme il funzionario non incorre in responsabilità.

La questione è, invece, la chiarezza del quadro normativo[83], la quale impone il ricorso a letture ermeneutiche qualificate. In questo senso, la scriminate della colpa grave ancorata a orientamenti

giurisprudenziali prevalenti condurrà a medesimi risultati visto il carattere indeterminato di cosa sia un «indirizzo giurisprudenziale prevalente»[84]. Se, come sembra corretto ritenere, tale locuzione rinvii alla funzione nomofilattica del giudice amministrativo[85], per qualsiasi decisione che presenta dubbi interpretativi, lungi dall'assumere una posizione propria, si continuerà la prassi di affidarsi integralmente a quello che dice il Consiglio di Stato ovvero l'ANAC[86]. Dunque, si deve immaginare che poco spazio sarà riservato alla "rischiosa" autonomia decisionale e, per una eterogenesi dei fini, sia assisterà a pratiche legaliste di tipo difensivo.

In questa prospettiva, potrebbe costituire un incentivo a superare tale prassi, assumendo il rischio di maggiori spazi di autonomia, la previsione di una copertura assicurativa per il personale che, peraltro, il comma 4 dell'art. 2 del Codice, forse in maniera un può troppo enfatica, colloca tra le azioni per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione.

Tuttavia, tale previsione presenta criticità applicative.

In primo luogo, tale copertura assicurativa riguarderebbe solo la responsabilità civile verso terzi, posto, che ai sensi dell'art. 3, comma 59, della legge n. 244 del 2007, prescrive la nullità dei contratti di assicurazione con i quali gli enti pubblici assicurino i propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati alla Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile[87].

In secondo luogo, non risulta chiaro in che cosa si consustanzino «le azioni per la copertura assicurativa del personale». Si potrebbero prefigurare due ipotesi: la stazione appaltante e gli enti concedenti stipulano polizze per il proprio personale che svolge ad esempio le funzioni di RUP oppure siglano delle convenzioni per agevolare la sottoscrizione di tale copertura da parte dei propri dipendenti. Nel primo caso, salvi i casi eccezionali in cui la copertura assicurativa a carico della stazione appaltante sia prevista dalla legge[88], occorre segnalare come ormai pacificamente la giurisprudenza contabile ritenga che l'assunzione da parte dell'ente pubblico dell'onere della tutela assicurativa dei propri amministratori o dipendenti, determinerebbe un effetto di deresponsabilizzazione dei pubblici amministratori e dipendenti[89]. Nel secondo caso, si tratterebbe necessariamente di strumenti di agevolazione con abbattimento dei costi dei premi pagati dagli stessi funzionari.

In terzo luogo, un funzionario ammantato di una "fiducia legale" e coperto da un'assicurazione per i danni verso i terzi (che comunque non libererebbe integralmente l'amministrazione dal pagamento degli stessi) potrebbe dare luogo a forme più o meno significative di *moral hazard.* Infatti, i dirigenti amministrativi potrebbero sentirsi incentivati a intraprendere comportamenti eccessivamente rischiosi, contando su una significativa probabilità che i costi associati a un eventuale esito negativo delle loro azioni ricadano sulla collettività, o su altri operatori economici[90]. Ciò, ad esempio, in un sistema basato sulla distinzione tra politica e amministrazione, avrebbe lo scopo di rafforzare la propria posizione "fiduciaria" rispetto agli organi di indirizzo politico che, direttamente o indirettamente, gli conferiscono l'incarico.

5. *Considerazioni prospettiche*

Se è vero che la positivizzazione del principio di fiducia nel corpo del Codice dei Contratti pubblici

risponda ad una strategia legislativa tesa a promuovere l'autonomia decisionale dell'amministrazione, la sua discrezionalità quindi, in relazione ad valorizzazione del risultato amministrativo rispetto alla pura legalità, allora, si possono formulare alcune considerazioni conclusive facendo riferimento ad una matrice S.W.O.T., ossia analizzando succintamente i punti di forza (*Strengths*), le debolezze (*Weaknesses*), le opportunità (*Opportunities*) e le minacce (*Threats*).

Il suo punto di forza risiede, non tanto nella sua capacità prescrittiva, quanto piuttosto nel suo porsi quale parametro ermeneutico per il giudice amministrativo: l'endiadi risultato-fiducia, con il loro valore di assiologico riconosciuto dal legislatore[91], costituirà un facile rimedio per "leggere" il vincolo legale attraverso la regola del caso concreto. In sostanza, attraverso il richiamo alla fiducia si vuole valorizzare il sindacato sulla discrezionalità, il quale inevitabilmente comporta il primato del diritto pretorio, contrassegnato dalla funzione nomofilattica del Consiglio di Stato.

Il punto di debolezza è che il principio disegnato dall'art. 2 del Codice individua un *prius* logico, una precondizione, laddove, al contrario, la fiducia è più correttamente un prodotto[92], una situazione di fatto che connota un'ambiente relazionale. Infatti, nonostante sia qualificato come strumento forte di cooperazione tra amministrazione, funzionari e operatori economici nelle dinamiche del *procurement* pubblico, si tratta di un postulato affermato per sostenere l'autonomia decisionale, contenendone la responsabilità entro parametri limitati, e per fornire sicurezza alle relazioni infra-organizzative correlate ai processi decisionali. Il richiamo alla reciprocità appare poco significativo per conformare un ambiente esterno nei confronti del quale l'amministrazione rimane saldamente ancorata a parametri fortemente "sfiduciari".

Sul piano delle minacce possibili, in primo luogo, va individuata "la trappola della fiducia" derivante dalla formulazione della norma. Con la sua particolare attenzione ai modi con cui fornire una rete di protezione alla decisione discrezionale non esclude anzi, controintuitivamente, la norma incentiva il mantenimento delle logiche legaliste anche se temperate dal filtro giurisprudenziale. Infatti, la rete di protezione della colpa grave, con il richiamo, peraltro bizzarro, alle "norme di diritto" (verrebbe da chiedere se per il legislatore esistono anche norme di altra natura!), agli auto-vincoli, ai pareri e agli orientamenti giurisprudenziali prevalenti sembra indirizzata a rassicurare sul piano del percepito piuttosto che sulla dimensione di oggettiva sicurezza che dovrebbe animare il decisore pubblico in questo settore. È presumibile che giudice contabile continuerà a muoversi secondo la direttrice ormai consolidata di valutazione dell'elemento soggettivo nel caso concreto, anzi senza più la necessità di avventurarsi in ardite ricostruzioni sistematiche dovute alla sussistenza del limite del dolo[93]. Mentre è facile immaginare che il giudice amministrativo, per quanto detto prima, allargherà lo "spazio regolatorio pro futuro" delle sue sentenze, alle quali l'amministrazione inevitabilmente farà riferimento nelle decisioni successive: insomma un legalismo giurisprudenziale, piuttosto che normativo.

In secondo luogo, il riconoscimento del principio di fiducia non appare sufficiente per raggiungere gli effetti voluti perché ancorato ancora a dispositivi reputazionali legali di tipo cartolare, dominati dalla logica dell'adempimento[94]. Per superarla occorrerebbero maggiori investimenti in termini di capacità amministrativa e di capitale culturale[95], fino ad oggi scarsamente incidenti, nonché uno "sguardo lungo" nelle politiche sull'amministrazione purtroppo non riscontrabile nella attuale prassi legislativa desiderosa solo di risultati immediati[96].

Per quanto riguarda le opportunità si potrebbe cogliere l'occasione offerta dalle affermazioni del legislatore per una generale rivisitazione della teoria dell'immedesimazione organica valorizzando finalmente le spinte verso la personalizzazione, anche in chiave professionale del rapporto di ufficio[97].

In questa dimensione, anche la componente soggettiva del funzionario che decide, assume rilevanza, non soltanto quanto si tratta di fare valere la sua colpevolezza davanti alla Corte dei conti, ma come qualificazione, anche giuridica, delle sue decisioni in relazione alle sue competenze tecniche. In fondo questo è il vero portato dell'art. 28 Cost. che, come è noto, ha inteso scardinare quello che Giovanni Marongiu definiva lo "schermo weberiano"[98]. Al riguardo, si potrebbero valorizzare aspetti che ancora sono consegnati all'irrilevanza, quali lo stato emotivo del decisore pubblico. Infatti, come è stato attentamente osservato, «la fiducia è un'emozione: la fiducia è un modello neurale che combina rappresentazioni della situazione di cui tratta l'emozione, valutazioni della rilevanza della situazione rispetto agli obiettivi, percezioni di cambiamenti fisiologici e rappresentazioni della persona che prova l'emozione. Se l'amministrazione pubblica deve poter fare affidamento, e quindi avere fiducia, nei confronti di un'altra amministrazione pubblica, o di un privato, nell'ambito di una relazione presieduta dal principio di buona fede, essa non può prescindere dalla sistemazione di questo stato emotivo, a sua volta indissolubile dalla natura umana in quanto dotata di circuiti neurali»[99].

Si tratta di uno sviluppo che dal principio di fiducia provocherebbe una reale rivoluzione culturale: se ciò supererebbe, ovvero rinforzerebbe, la pratica dell'amministrazione difensiva è difficile immaginarlo, anche se, senza una adeguata politica di incentivi, la prefigurazione di una responsabilità personale indurrebbe a pensare il peggio. Ma questa, come si usa dire, è un'altra storia.

1. In proposito sia consentito rinviare all'ampia analisi fornita in R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Sant'Angelo di Romagna, 2016.
2. Cfr. S. Battini, F. De Carolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, n. 1, 293.
3. La formula è di A. Supiot, *La Gouvernance par le nombres*, Paris, 2015, 223, il quale sottolinea che il Patto di Stabilità «*révèle le fétichisme du chiffre dont usent nos gouvernants*».
4. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2023, n. 3, 290
5. R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 55.
6. Così, M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato* cit. 249 ss., spec. 253-254, il quale rileva che «la gestione delle odierne, complesse realtà amministrative, pur nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento delle garanzie di procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, sempre meno si presti al rispetto di asfittiche ed astratte regole allorché queste ultime si rivelino, a chi è tenuto ad applicarle ed interpretarle, di sostanziale ostacola al conseguimento del risultato. Secondo A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, II, 813 ss., spec., 823, «se l'interesse sociale è rivolto verso un'attività amministrativa economicamente efficiente nel suo complesso, non sarà più possibile valutare giuridicamente sotto l'aspetto della pura

conformità alla legge neanche i singoli momenti in cui questa attività si esprime autoritativamente, perché diverrà rilevante (e ben presto prevalente) anche il profilo della loro tendenziale congruenza rispetto a tale fine (e dunque la loro capacità di realizzare, anche nel singolo episodio gli interessi in gioco». In proposito, si può rammentare quanto osservato da M. Cammelli, *Amministrazione di risultato* in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 110, secondo il quale «emerge la fisionomia di un'amministrazione il cui compito non è (solo) di applicare la legge ma, nel rispetto di quest'ultima e del principio di imparzialità, anche quello di essere responsabile dei risultati e per ciò stesso in grado di operare e di sapersi adattare, sia in termini di organizzazione che di modalità operative, al contesto in cui opera e alla comunità interessata in modo di realizzare al meglio gli obiettivi che le sono assegnati secondo il canone del buon andamento, cioè con il migliore uso possibile dei mezzi disponibili (efficienza) e con il grado maggiore di soddisfazione della domanda della società (efficacia)». In senso critico, S. Cassese, *Cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941, secondo il quale, in termini giuridici, dal richiamo al risultato non traspare altro che la necessità di una misurazione del fenomeno amministrativo.

7. M. Ramajoli, *I principi generali*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici* cit., 48.
8. «La fiducia intesa come attribuzione "convinta" di poteri pubblici non sembra proprio un nuovo principio generale; si tratta di una ovvia declinazione di altri principi quali quelli costituzionali, espressi o impliciti, come il principio di legalità oppure del principio pubblicistico del rapporto organico in base al quale il funzionario quando agisce incarna lui stesso il potere amministrativo e quindi non può esservi a livello ordinamentale sfiducia nel potere amministrativo» Cfr. D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e acceso al mercato*, in G.F. Cartei, D. Iaria (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti*, Napoli, 2023, 20.
9. E. Durkheim, *La divisione sociale del lavoro*, trad. it., Milano, 1971.
10. T. Greco, *La legge della fiducia*, Bari-Roma, 2021, 99. Infatti, la fiducia è rilevante perché cruciale per l'effettività delle regole e delle decisioni amministrative, essendo normalmente associata a un più alto grado di comportamento conforme (*compliance*) da parte dei cittadini, delle imprese nonché dei funzionari pubblici incaricati dell'attuazione (Cfr. M. De Benedetto, *Fiducia ed Istituzioni: un punto di vista giuspubblicistico*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2020, 2, 26).
11. In proposito, si può richiamare quanto osservato da D. Iaria, *op. cit.*, 19 secondo il quale dalla lettura del tenore disposizione contenuta nell'art. 2 «Francamente si rimane sconcertati nel venire a sapere che fino ad ora l'ordinamento giuridico (e cioè chi? Il legislatore? Il Consiglio di Stato?) ha ritenuto che i funzionari pubblici non meritassero fiducia»
12. In proposito, sulla scia delle riflessioni di G. Simmel, *Sociologia* (1908), trad. it, Bologna, 1989, 323, è stato osservato che «l'atto fiduciario comporta, dunque, il coinvolgimento non solo di colui che dà fiducia, ma anche di colui che la riceve, il quale deve dimostrare di essere degno della fiducia ottenuta. Entrambe le parti entrano in relazione sia nel momento dell'azione che nel momento dell'aspettativa. Entrambe sviluppano meccanismi autoriflessivi e cioè, da un lato, aspettative di validità delle proprie aspettative fiduciarie (fiducia nella fiducia concessa), dall'altro, aspettative che la fiducia ricevuta non risulti fittizia (fiducia nella fiducia ricevuta). La fiducia, dopo che è stata concessa, cerca perciò una qualche conferma nella realtà e produce anche delle pressioni perché ciò avvenga» (A. Mutti, *Fiducia*, in *Enc. Scienze Sociali*, 1994, *www.treccani.it.*).

13. Cfr. A. Mutti, *La fiducia. Un concetto fragile, una solida realtà*, in *Rass. it. sociologia*, 1987, 230.
14. G. Moellering, *The Nature of Trust: from Georg Simmel to a Theory of Expectations*, in *Sociology*, 2001, n. 2, 409 secondo il quale «*trust is inherently reflexive, because for every favourable "good reason" there exists probably another unfavourable "good reason". The trick is not just to be able to live with weak interpretative knowledge of one kind or another, but to suspend contradiction and ignorance as well*». (414-145).
15. J.D. Lewis, A. Weigert, *Trust as a Social Reality*, in *Social Forces*, 1985, 63, 969.
16. R. K. Merton, *Socially Expected Durations*, in R. K. Merton, *On Social Structure and Science*, Chicago, 1996, 162.
17. N. Luhmann, *La fiducia*, trad. it., Bologna, 2002.
18. N. Luhmann, *op cit.*, 130.
19. N. Luhmann, *op cit.*, 89.
20. A. Giddens, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, trad. it., Bologna, 1994, 89.
21. N. Luhmann, *op cit.*, 42. Secondo questa ricostruzione nei sistemi esperti, individui ed istituzioni sociali assurgono al rango di rappresentazioni simboliche che si suppongono capaci di offrire sintesi e generalizzazioni della complessità del reale. Vedi al riguardo la disamina di A. Maceratini, *Trust an Power. Potere, fiducia, sistemi*, in *Riv. scienza comunicazione e arg. giur.*, 2018, 1, 81.
22. N. Luhmann, *op cit.*, 66-67, il quale rileva come la formulazione di norme non farebbe altro che spostare il problema su un latro piano, senza fornire alcuna garanzia di formazione della fiducia.
23. Il riferimento alla curva è di A. Predieri, *La curva ed il diritto. La linearità del potere e l'eversione barocca*, Milano, 2003, 35-36 efficacemente riportata da T. Greco, *op. cit.,* 123.
24. T. Greco, *op. cit.,* 91-92.
25. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia.* 1 *Teoria del diritto*, Bari-Roma, 2007, 195-197.
26. B. N. Romano, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, in *Nuove Autonomie*, 2023, n. 2, 765 ss. Al riguardo, occorre precisare come nella Relazione si affermi, invero in maniera alquanto generica, che questi istituti presuppongono la fiducia dell'ordinamento giuridico verso i soggetti privati che si relazione con la pubblica amministrazione. Verrebbe da obiettare che il problema non è la fiducia dell'ordinamento giuridico, ma la fiducia dell'amministrazione, correlata alla reciprocità dei rapporti, la quale non può che ascriversi alla buona fede e alla tutela dell'affidamento.
27. Si ritiene di dovere dissentire da quanto affermato da A. M. Chiarello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 1, 154 ss., spec. 158-159, la quale ritiene che la buona fede non sia che un'evoluzione di una specificazione della fiducia, tale che tra il principio di fiducia è origine e categoria più generale e ampia rispetto ai secondi.
28. Corte cost., 27 gennaio 2023, n. 8.
29. D. Iaria, *op. cit.*, 22.
30. In proposito vedi N. Paolantonio, *Buona fede e affidamento delle parti,* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 105 ss.; G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica,* in *www.giustizia-amministrativa.it*, n. 5/2022.
31. Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21.

32. R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'art. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 17, 275. ↩
33. In tal senso A. Bianconi, *Fiducia*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2019, 72, osserva come «usare in modo proficuo il potere discrezionale che l'ordinamento conferisce a chi amministra richiede competenza e coraggio». ↩
34. N. Luhmann, *op cit.*, 127-128 il quale aggiunge che «la sicurezza interiore che deriva dall'essere in tutte le situazioni all'altezza dell'esigenze di autorappresentazione e dal sapere sempre trovare una via di uscita percorribile nel caso di situazioni di pericolo è una di quelle risorse interiori che servono come fondamento per la disponibilità di fiducia». ↩
35. M. T. Cuomo, G. Metallo, D. Tortora, Prefazione, *Corporate Reputation Management, Analisi e modelli di misurazione*, Torino, II ed., 2014. ↩
36. G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e diritto privato*, 2016, n.1, 207, il quale sottolinea che affinché «un sistema reputazionale possa inviare segnali affidabili e giocare un ruolo nel funzionamento del mercato deve essere in grado di stabilire un flusso informativo che rispetti una serie di condizioni stringenti: fornire informazioni accurate — tanto positive quanto negative—e capaci di dare indicazioni sul comportamento futuro del soggetto in questione; consentire all'utilizzatore finale di distinguere le informazioni affidabili da quelle inaffidabili (30); funzionare a costi ragionevoli, cosicché la ricerca dei dati risulti una scelta efficiente nel maggior numero di casi. Infine, il mercato deve offrire alternative sufficienti per operare scelte in conseguenza delle informazioni ricevute». ↩
37. D. P. Carpenter, G. A. Krause, *Reputation and Public administration*, in *Public Administration Review*, 2012, n.1, 26 ss. ↩
38. V. Luoma-Aho, *Neutral Reputation and Public Sector Organization*, in *Corporate Reputation Review*, Vol. 10, n. 2, pp. 124-143 ↩
39. D. P. Carpenter, G. A. Krause, *op cit.*, 27. ↩
40. Per un'analisi generale vedi E. Carloni, *Anticorruzione*, Bologna, 2023; B. Neri, *Manuale di diritto dell'anticorruzione e della trasparenza*, Napoli, 2021; R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020; M. D'Alberti (a cura di), Combattere la corruzione, Soveria Mannelli, 2016. ↩
41. R. Cavallo Perin, F. Merloni (a cura di), *Al Servizio della Nazione*, Milano, 2009; L. Vandelli (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione*, Milano, 2009; B.G. Mattarella, *Le regola dell'onestà*, Bologna, 2007. ↩
42. T. Hobbes, *Elementi di legge naturale e politica,* (trad. it. a cura di A. Pacchi), Milano 2004, VII, 5. ↩
43. Secondo questa impostazione l'imperativo dell'efficienza si sostanzia sull'affidabilità e sulla *predictability* delle norme, ossia sull'adozione di regole formali che assicurino l'esercizio appropriato della discrezionalità amministrativa, la correttezza procedurale e l'integrità professionale. L'obiettivo dichiarato è perseguire efficacia ed efficienza tramite il contenimento dell'arbitrarietà del dirigente e la determinazione di un sistema di prescrizioni formali indirizzate verso la produttività. In tal modo il management, nelle mani della pubblica amministrazione, diventa un mezzo per innervarne la razionalità giuridica attraverso un rinnovamento delle modalità e delle norme di espressione. L'esigenza manageriale dell'efficienza favorisce, altresì, un processo di adeguamento del contenuto della norma che contribuisce a rafforzarne la pertinenza ad uno schema di legittimità fondata sull'efficacia degli interventi e sulla capacità dell'organizzazione pubblica di raggiungere obiettivi prefissati.

C. Pollitt, *Convergence or divergence: What has been happening in Europe*, in C. Pollitt, S. Van Thiel, V. Homburg, *New public management in Europe*, London, 2007, 19 ss.; W.N.Dunn, D.Y. Miller, *A critique of the new public management and the neo-weberian state: advancing a critical theory of administrative reform*, in *Public organization review*, 2004, 345 ss.; L. E. Lynn, *What is a Neo-Weberian state? Relection on a concept and its implications*, in *Journal of public administration and policy*, 2008, 17 ss.; J. Pierre, B. Rothstein, *Contending models of administrative reform. The New public management versus the new Weberianism*, in J.M. Eymeri-Douzans, J. Pierre, *Administrative reforms and democratic governance*, New York, 2011, 130 ss.

44. Per una disamina critica si rinvia a quanto osservato in R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza* cit., 317 ss.
45. In proposito vedi le osservazioni di L. Torchia, *Valutazione e amministrazione pubblica*, in G. Gardini (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Bologna, 2012, 214.
46. In proposito vedi le interessanti ed acute osservazioni critiche di F. Fracchia, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta*, Napoli, 2012.
47. Per un giudizio critico sull'iper-regolazione del sistema S. Battini, B. Cimino, *La valutazione della* performance *nella riforma Brunetta*, in G. Gardini (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta* cit., 255 ss.
48. In questo senso, secondo F. Fracchia, *op.cit.*, 24, «sfuma la volontà di allontanarsi dalla vecchia logica dell'adempimento e poco rimane di un vero potere di datore di lavoro, anche tenendo conto che il dirigente non gestisce la leva delle assunzioni; per altro verso, pur se permane intatta la previsione secondo cui i poteri del dirigente-datore di lavoro sono di indole privatistica e non viene compressa l'area della giurisdizione del giudice ordinario, la regolamentazione (...) pare introdurre significativi elementi di forte procedimentalizzazione – in senso pubblicistico – nell'esercizio dei suoi poteri, soprattutto in ordine alla differenziazione delle retribuzioni».
49. E. Carloni, *op. cit*., 37.
50. ANAC, *Piano Nazionale Anticorruzione*, 2019, 13.
51. L'indice di Percezione della Corruzione (CPI) di Transparency International misura la percezione della corruzione nel settore pubblico e nella politica in numerosi Paesi di tutto il mondo, nel 2010 l'Italia figurava al 69 posto su 181 paesi a pari merito con il Ghana e la Macedonia.

52. **R. Perongini, Le politiche italiane anticorruzione: analisi giuridica, analisi di policy e analisi economica, in www.ildirittoamministrativo.it.**

53. Come è stato osservato «l'esperienza di questi anni ha dimostrato che molte pubbliche amministrazioni, specie quelle piccole e sprovviste di risorse materiali e umane adeguate, non sono state in grado di adempiere alla funzione loro affidata. La maggior parte di piani e codici appaiono come mere riproduzioni del piano nazionale anticorruzione e del codice di comportamento generale. In altri casi invece, le misure e le regole adottate non sembrano affatto in linea con le evidenze emerse dai rispettivi processi di gestione del rischio. Le conseguenze derivanti da questa disfunzione esistente tra il piano regolatorio e l'esperienza concreta. quella di "annacquare" l'efficacia del sistema preventivo sin dalle sue fondamenta,

ovvero la funzione di co-definizione della politica delle pubbliche amministrazioni». Cfr. F. Merenda, *Il sistema anticorruzione italiano nella prospettiva dell'integrità pubblica. Considerazioni e possibili sviluppi a oltre dieci anni dall'adozione della legge n. 190/2012*, in *Ceridap-Riv. interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2023, n. 4, 47 ss.

54. Sebbene ancora largamente al di sotto della media europea secondo i dati dell'Indice della percezione della corruzione 2022, diffusi il 31 gennaio 2023, l'Italia si pone al 41° posto, guadagnando ben 18 posizioni rispetto al 2010.
55. «L'esperienza di codificazione di doveri da parte delle singole amministrazioni mostra ancora la distanza tra potenzialità ed effettiva implementazione dell'istituto: è ricorrente la constatazione di una limitata differenziazione dei codici di comportamento delle amministrazioni, con soluzioni, che ancora ricorrono, di *compliance* puramente formale tramite la mera riproduzione del codice nazionale o mediante approcci «mimetici» tra amministrazioni diverse» (Cfr. E. Carloni, *op. cit.*, 193).
56. Al riguardo, non può che rinviarsi alla interessante e puntuale analisi fornita da F. Di Mascio, A. Natalini, *La capacità amministrativa e il PNRR*, in *Giorn dir. amm*., 4, 2023, 436 ss.
57. In particolare, si rileva «una riduzione notevole della capacità delle pubbliche amministrazioni di progettare e realizzare gli interventi, anche a causa della riduzione dei dipendenti pubblici e all'aumento dell'età media: si passa dai 3.436.688 dipendenti pubblici del 2008 ai 3.243.435 del 2017, che diventano 3.179.172 a parità di enti considerati. I dati sono ancora più preoccupanti se si concentra l'attenzione sui dipendenti degli enti locali e delle regioni del Mezzogiorno (ad esclusione del personale del SSN) che sono i principali destinatari della maggior parte delle risorse della coesione: nel periodo 2007-2017 in questi enti l'occupazione è passata dalle 189.839 unità a 167.352 con una riduzione di circa il 12% (ben al di sopra della media nazionale). Tuttavia, dato ancor più significativo, è l'età media che, alla fine del 2017, sale a 55,45 anni; dei 167.352 dipendenti totali, ben 100.208 avevano più di 55 anni». Ministro per il Sud e la Coesione sociale, *Piano Sud 2030. Sviluppo e coesione per l'Italia*, 14 febbraio 2020, in *www.agenziacoesione.gov.it*, 60.
58. Al riguardo si pensi al reclutamento di migliaia di unità di area economica F1 destinata ai c.d. Uffici del processo presso il Ministero della Giustizia; al contrario, per supportare le regioni e gli enti locali nell'attuazione delle misure dei Piano di Resilienza sono prefigurate solo 1000 unità per tutto il territorio nazionale.
59. S. Cassese, *Uno stato poco frugale*, in *Corriere della Sera*, 27 maggio 2023, il quale pone in luce come si tratta di un intervento normativo che, allo scopo dichiarato di aumentare la capacità amministrativa dello Stato, non fa altro che aprire le porte dei ministeri a nuovo personale, mentre per le regioni ed enti locali poco o niente è previsto.
60. F. Di Mascio, A. Natalini, *op. cit*., 442.
61. G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti, in www.giustizia-amministrativa.it.*
62. R. Caranta, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, art. 1-12*, in *Giur. it.*, 2023, 1953.
63. T. Greco, *op. cit.*, 136.
64. Si tratta di una questione antica e non certo ingenerata dalla narrazione anticorruzione. Tale assunto trova conferma nelle parole di Vincenzo Tango che, 125 anni fa, aveva sottolineato la necessità di una limitazione della colpa per i funzionari pubblici. «Finché la legislazione amministrativa – scriveva con parole di un'attualità disarmante – non sarà resa più semplice ed informata a principi filosofici e costanti per quanto si può, è quasi una crudeltà il

sottoporre gli impiegati ad azione di danno per pura colpa", in quanto "v'ha uffizi nei quali la paura di uscire dai confini, di errore e di dovere rispondere del danno può paralizzare l'azione» (Cfr. V. Tango, *Della responsabilità negli ordini costituzionali ed in ispecie di quella degli ufficiali pubblici verso lo Stato e le amministrazioni per colpa e danno*, Roma, 1899, 205).

65. C. Pagliarin, *Brevi osservazioni sul principio di fiducia*, in F. Manganaro, N. Paolantonio, F. Tigano (a cura di), La riforma dei contratti pubblici, Messina, 2024, 16.

66. **IN SENSO CRITICO RISPETTO ALLA LIMITAZIONE DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO DELLA RESPONSABILITÀ ERARIALE VEDI L. TORCHIA, *LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA, IN GIORN DIR. AMM.*, 2020, N. 6, 763 SS.; G. BOTTINO, *LE AZIONI ED OMISSIONI NELLA RESPONSABILITÀ ERARIALE*, IN *BILANCIO COMUNITÀ PERSONA*, N. 1, 2021, 86 SS.; F. ALBO, *LIMITAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA E ANTICORRUZIONE: IL PNRR È ADEGUATAMENTE PROTETTO?*, IN *DIRITTO &CONTI*, 2021.**

67. Il 13 febbraio 2024 il Senato ha approvato in prima lettura il disegno di legge n. 808-AS-A intitolato "Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare", c.d. DDL Nordio, che sancisce all'art. 1 l'abrogazione dell'art. 323 cod. pen.
68. In tema si deve rammentare quanto evidenziato dalla Corte costituzionale, secondo la quale «La figura criminosa dell'abuso d'ufficio, assolvendo una funzione "di chiusura" del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, rappresenta il punto saliente di emersione della spigolosa tematica del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, percorsa da una perenne tensione tra istanze legalitarie, che spingono verso un controllo a tutto tondo, atto a fungere da freno alla *mala gestio* della cosa pubblica, e l'esigenza di evitare un'ingerenza pervasiva del giudice penale sull'operato dei pubblici amministratori, lesiva della sfera di autonomia ad essi spettante. Al tempo stesso, si tratta di fattispecie caratterizzata da congeniti margini di elasticità, generatori di persistenti problemi di compatibilità con il principio di determinatezza» (Cfr. Corte cost.,18 gennaio 2022, n. 8).
69. In proposito vedi G. Terracciano, *Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia*, in *Amministrativ@mente*, 2023, n. 3.
70. Al riguardo G. Bottino, *op. cit.*, 88 ha messo in luce che la *ratio legis* dell'art. 21 della d.l. 76/2000 sia quella di superare la burocrazia difensiva, «differenziando il grado di colpevolezza richiesto per la sussistenza della responsabilità erariale (soltanto dolo, ovvero dolo e colpa grave), in ragione della diversa tipologia della condotta degli agenti pubblici (attiva o passiva), questi ultimi dovrebbero percepire un rapporto tra rischio decisionale e responsabilità erariale del tutto sbilanciato – in termini di minore rischio, e minore responsabilità – a favore

delle condotte attive e per conseguenza, innanzi alla decisione tra agire e non agire, decidere sempre di agire». Orbene, come osservato dalla Corte dei Conti, la corretta non riproposizione nell'impianto del Codice della limitazione al solo dolo si spiega considerando che « il principio della fiducia, che si basa sul presupposto del riconoscimento di capacità e professionalità in capo al funzionario responsabile, non può conciliarsi con l'esclusone della responsabilità per colpa grave laddove, come noto, detta soglia minima di punibilità attiene, per costante giurisprudenza, ai casi quali l'"intensa negligenza", la "sprezzante trascuratezza dei propri doveri", l'"atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni", la "macroscopica violazione delle norme", il "comportamento che denoti dispregio delle comuni regole di prudenza"» (Corte Conti, *Contributo scritto su atto del governo n. 19. Codice dei Contratti pubblici*, in *www.corteconti.it*).

71. Corte cost. 20 novembre 1998, n. 371.
72. Come è noto, la concezione normativa della colpevolezza si risolve in un giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso, inteso come contrasto tra la volontà dell'agente ed il comando o divieto contenuto nella norma. Il soggetto non ha adeguato la propria volontà all'esigenza normativa, nel dolo, perché non ha voluto ciò che non doveva volere, nella colpa, perché non ha previsto ciò che doveva prevedere. Dolo e colpa diventano, allora, elementi della colpevolezza costituendo al pari del fatto illecito oggetto del rimprovero. In questa maniera ai fini dell'imputazione assumono rilevanza le circostanze concomitanti, nonché del processo di motivazione dell'azione. Così, si consente la possibilità di giudizi "graduati" in rapporto alla qualità dell'elemento psicologico che lega li fatto all'azione, essendo la volontà diversamente rimproverabile in ragione della sua maggiore o minore antidoverosità. Tutto ciò al fine di soddisfare quelle esigenze di individualizzare la colpevolezza, di rapportarla alla varietà delle situazioni umane attraverso la valutazione dei processi interni di motivazione: «colpevolezza è in ogni caso non essersi determinati come l'ordinamento voleva ed era in grado di pretendere, di esigere nel caso concreto». Cfr. G. Vassalli, *Colpevolezza*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, vol. VI, 17.
73. Corte Conti, Sez. Riun., 21 maggio 1998, n. 23/A.
74. Quindi non ogni comportamento censurabile può configurare gli estremi della colpa grave, ma solo quelli contraddistinti da precisi elementi qualificanti che, nella inconfigurabilità di un criterio generale, vanno accertati caso per caso dal giudice in relazione alle modalità del fatto, l'atteggiamento soggettivo dell'autore, nonché al rapporto tra tale atteggiamento e l'evento dannoso (Corte conti, sez. III, 12 febbraio 2010, n. 75; 5 ottobre 2015, n. 77).
75. *Ex plurimis* cfr. Corte conti, sez.giur. reg. Sicilia, 29 giugno 2023, n. 37/A/2023.
76. C. Pagliarin, *op. cit.*, 17
77. Tale profilo risulta in coerenza con quanto previsto dall'art. 69, comma 2, del Codice della giustizia contabile secondo il quale «il pubblico ministero dispone altresì l'archiviazione per assenza di colpa grave ove valuti che l'azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi».
78. F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia insieme*, 8 giugno 2023, che riporta quanto osservato da P. Conio, *Codice dei contratti pubblici: i nuovi principi del procurement*, in *www.forumpa.it*, 14 aprile 2023.
79. G. Napolitano, *op. cit.*, 293.
80. R. Caranta, *op. cit.*, 1954.

81. Così M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 79, il quale, in tale senso, prende ad esempio la scelta discrezionale in ordine all'adozione di forme flessibili di interazione negoziale, come il partenariato per l'innovazione, la procedura competitiva negoziata, le consultazioni preliminari di mercato.
82. Cfr. S. Battini, F. De Carolis, *L'amministrazione si difende* cit., 295.
83. Al riguardo, la Corte dei conti ha stigmatizzato «come l'assunto secondo il quale l'azione amministrativa sarebbe bloccata dalla paura del processo contabile sia del tutto indimostrato, laddove, invece, è acclarato che la cosiddetta "paralisi del fare" derivi dalla complessità e farraginosità delle regole» (Corte Conti, *Contributo scritto su atto del governo n. 19* cit.).
84. Al riguardo, D. Iaria, *op. cit.*, 23, secondo il quale «il funzionario dovrebbe trasformarsi in esperto giurista e ricercare l'orientamento giurisprudenziale prevalente in quello specifico momento e cioè a fare un'operazione spesso ardua persino per l'avvocato specialista ed il giudice (..) E poi, come si pesano gli indirizzi interpretativi: vale più una sentenza del Consiglio di Stato o dieci di diversi TAR? Vale più una sentenza del Consiglio di Stato o una della Corte dei Conti? E quanto vale un parere ANAC? Ed ancora per un funzionario fiorentino, deve prevalere l'indirizzo del TAR Toscana, in ipotesi minoritario, oppure quello maggioritario espresso da altri TAR?».
85. Al riguardo, vedi l'interessante analisi di G. Montedoro, *La funzione nomofilattica* cit.
86. In tal senso, il Servizio supporto giuridico del Ministero dell'infrastrutture con risposta al quesito n. 2159 del 19 luglio 2023, ribadendo che «le risposte fornite dal Servizio, riguardante esclusivamente la disciplina relativa ai contratti pubblici e l'interpretazione della stessa, hanno natura di atti meramente consultivi e non vincolanti per le stazioni appaltanti e rappresentano valutazioni di tipo ermeneutico circa le disposizioni in materia di contratti pubblici, ferma restando l'autonomia e responsabilità gestionale delle medesime stazioni appaltanti», ha evidenziato che, nonostante il superamento di regolazione basato sulle Linee guida previsto dal precedente codice, «l'Autorità nazionale anticorruzione continua a fornire indirizzi applicativi sotto molteplici forme, tra cui l'adozione di atti-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali (art. 222, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023) e con i pareri di precontenzioso (art. 220 del D.lgs. n. 26/2023).
87. C. Pagliarin, *op. cit.*, 20.
88. Corte Conti, Piemonte, sez. contr., 20 novembre 2023, n. 89/2023/PAR, ha sottolineato come le stazioni appalti, in ossequio alla prescrizione generale di cui all'art. 2, comma 4, del D.lgs. n. 36/2023, siano tenute obbligatoriamente all'adozione a proprio carico di polizze assicurative per responsabilità civile e professionale del personale incaricato dell'attività di verifica della progettazione. Ciò risulta in particolare confermato da fattispecie normative di carattere eccezionale disciplinate dal nuovo codice appalti, secondo quanto prospettato dal relativo allegato I.7 nel combinato disposto di cui agli artt. 34 co.2 lett. c)-d) e 37 co. 3 e secondo quanto prescritto dall'art. 45 commi 5 e 7 in combinato disposto con l'Allegato I.10 del Codice.
89. Corte Conti, Sez. Riun., 5 aprile 1991, n. 707/A.
90. In tema vedi, P. Milgrom, J. Roberts, *Economia, organizzazione e management*, trad it., Bologna, 1994, 257 ss.
91. G. Rovelli, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in *www.giustizia-amministrativa.it*

92. D. Gambetta, *Possiamo fidarci della fiducia?* in D. Gambetta (a cura di), *Le strategie della fiducia*, Torino, 1988, 275.

93. **Si pensi alla possibilità di all'allargare l'area del perseguibile attraverso il rifermento alla figura del dolo eventuale. In proposito, v. Corte conti, sez. giur. Sicilia, 22 marzo 2023, n. 147, che ha chiarito i presupposti per la corretta applicazione del dolo eventuale quale prefigurazione e accettazione del possibile verificarsi dell'evento lesivo da parte del soggetto agente, certamente ricavabile dalle modalità e dalle circostanze della condotta, all'interno della cornice degli elementi fondanti la c.d. responsabilità amministrativa.**

94. In proposito, si condividono pienamente le perplessità manifestate da M. Renna, *op. cit.*, 2-3, il quale pone in rilevo come la legislazione anticorruzione concepisca l'uso della discrezionalità come fattore di rischio, la quale imporrebbe la predisposizione di auto-vincoli in grado di contenerne la pericolosità rispetto a condotte penalmente o amministrativamente illecite. Tale previsione potrebbe neutralizzare il *favor* per verso la discrezionalità di cui il nuovo codice dovrebbe essere espressione.
95. L. Torchia, *La nuova direttiva in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm*., 2015, n. 2/3, 343. In proposito non si può non condividere l'opinione di chi ritiene che «più di tutto, c'è da lavorare sulla valorizzazione del prestigio sociale del pubblico dipendente e, in particolare, di talune categorie di dipendenti. Tra fine Ottocento e primi del Novecento e fino al secondo dopoguerra, lo *status* sociale dell'insegnante di scuola o del medico condotto era altissimo nella comunità locale. Tradizionalmente, il trattamento economico del dipendente pubblico non è mai stato elevato, ma vi erano altre ragioni – di riconoscimento sociale, per l'appunto – che facevano sì che lavorare per finalità pubbliche, per il perseguimento di interessi generali della comunità, per il benessere delle future generazioni fosse considerato gratificante. Oggi non è più così: bisognerebbe operare, sotto questo profilo, per un ritorno alle origini (Cfr. A. Sandulli, *Le riforme necessarie per migliorare la pubblica amministrazione*, in *LuissOpen*, 2020).
96. R. Spagnuolo Vigorita, *Il principio di fiducia nell'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 54-55.
97. In proposito vedi le interessanti riflessioni di M. Monteduro, *Il funzionario persona e l'organo*, in *P.A. Persona e amministrazione,* 2021, n. 1, 50 ss.
98. G. Marongiu, *L'ufficio come professione*, in *La democrazia come problema*, Bologna, 1994, I, t. 2, 71 ss.
99. N. Paolantonio, *Buona fede* cit., 126-127, il quale aggiunge che «di affidamento della pubblica amministrazione quale manifestazione soggettiva della buona fede e della fiducia della stessa in fatti, situazioni, persone, rapporti, e quindi come elemento cognitivo alla base di processi decisionali da adottarsi nel perseguimento di scopi pubblici tipizzati, non possa neppure parlarsi senza rivedere profondamente la teoria della immedesimazione organica».