

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO
1 / 2026

GENNAIO - MARZO

Sul principio di fiducia, a due anni dall'entrata in vigore dell'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici

Stefano D'Ancona

DOI: 10.13130/2723-9195/2026-1-102

La fiducia è stata inserita dal legislatore tra i principi cardine del Codice dei contratti pubblici del 2023. Essa ha importanti implicazioni sui rapporti tra i soggetti che a vario titolo sono chiamati all'applicazione delle norme codicistiche: giudici, operatori economici, funzionari-decisori pubblici e vertici dell'Amministrazione. Dall'esame della giurisprudenza più recente, emerge come la fiducia sia diventata criterio prioritario di interpretazione utilizzato dai Giudici nei giudizi di legittimità e di responsabilità e sia stata assunta a elemento portante dei rapporti tra decisori pubblici e operatori economici nonché tra funzionari e vertici amministrativi. In quest'ultimo caso, la fiducia è considerata quale rimedio a fenomeni comportamentali quali la c.d. burocrazia difensiva che determinano un calo di efficienza amministrativa. L'assunzione della fiducia a principio pone tuttavia diverse criticità per le sue possibili ricadute in termini di minori garanzie per gli operatori economici nel contesto di tutela giurisdizionale. Dal punto di vista comportamentale, poi, il nuovo principio, specie se letto con la nuova normativa in tema di conflitto di interessi, può comportare il rischio di condotte opportunistiche da parte dei decisori pubblici.

On the principle of trust, two years after the entry into effect of Article 2 of the Public Contracts Code

Trust has been included by the legislator among the key principles of the 2023 Public Contracts Code. This has significant consequences for the relationships between the parties involved in adopting the code's provisions, including judges, economic operators, public officials and upper-level administrators. An examination of the most recent case law shows that trust has become a priority criterion of interpretation used by judges in judgments of legitimacy and liability and has been adopted as a key

element in relations between public decision-makers and economic operators, as well as between officials and their superiors. In the latter case, trust is considered a remedy for behavioural phenomena such as so-called defensive bureaucracy, which leads to a decline in administrative efficiency. However, the adoption of trust as a principle gives rise to several critical issues due to its possible repercussions in terms of reduced guarantees for economic operators in the context of judicial protection. From a behavioural perspective, the novel principle, particularly when interpreted in conjunction with the recent legislation on conflicts of interest, may potentially imply the risk of opportunistic behaviour on the part of public decision-makers.

Sommario: 1. Premessa.- 2.1. Il principio di fiducia tra legislatore e pubblica amministrazione e le implicazioni sul rapporto tra operatori economici e pubblica amministrazione.- 2.2. Il principio di fiducia nel rapporto funzionari e pubblica amministrazione.- 2.3. Il principio di fiducia nel rapporto tra giurisdizione e pubblica amministrazione.- 3. Conclusioni.

1. Premessa

Come noto, nell'ambito delle norme di portata generale, il Codice dei contratti pubblici ha introdotto, all'art. 2, il riferimento al c.d. principio di fiducia^[1]. A due anni dalla sua entrata in vigore, la norma, già oggetto di numerosissimi contributi, fa sorgere nuove e ulteriori riflessioni per le numerose questioni che lascia aperte.

Prima, fra tutte, l'elemento di ambiguità linguistica e semantica evidenziato già da parte della dottrina. Nonostante, infatti, la fiducia intesa come principio sia il fulcro della disposizione si evidenzia che il legislatore non ne fornisce una definizione.

Secondo aspetto, tutt'altro che secondario, è che rimangono non del tutto sondati gli effetti dell'inserimento della nozione tra i "principi" espressamente riconosciuti dal nuovo codice^[2].

A proposito del primo aspetto, e cioè quello lessicale, l'ipotesi che sembra condivisibile è che la nozione di "fiducia" normativa vada ricostruita rifacendosi al linguaggio comune^[3] e, dunque, essa sarebbe «*quell'atteggiamento, verso altri o*

verso sé stessi, che risulta da una valutazione positiva di fatti, circostanze, relazioni, per cui si confida nelle altrui o proprie possibilità, e che generalmente produce un sentimento di sicurezza e tranquillità»^[4].

In questo senso la “fiducia” è una nozione che evoca una relazione tra chi deve tenere un atteggiamento “fiducioso” e il destinatario dell’atteggiamento, il fiduciario^[5].

Con riferimento al secondo aspetto e cioè l’inclusione della nozione di fiducia tra i principi prioritari del Codice, la scelta del legislatore comporta alcune conseguenze importanti sui rapporti giuridici, che tuttavia non sono ancora del tutto chiare nonostante l’ampio dibattito apertosi e le pronunce giurisprudenziali attuative del disposto normativo. Innanzitutto, perché, differentemente dagli altri principi, l’art. 2 evoca ben più “relazioni” tra i soggetti che ruotano attorno al sistema appalti, e cioè quella tra decisori pubblici e operatori economici (comma 1), tra giudici, sia di legittimità che contabili e decisori pubblici (commi 2 e 3), nonché tra funzionari e vertici amministrativi (commi 2 e 4).

Un’autorevole dottrina, in questo senso, ha indicato che il principio assume rilievo come criterio che orienta una molteplicità di rapporti e relazioni e rapporti giuridici. La fiducia infatti *«deve intercorrere tra legislatore e amministrazione; tra la pubblica amministrazione e i suoi funzionari; tra amministrazione e operatori privati e viceversa; tra giudice, amministrazione e privati»^[6].*

Nel primo caso, la fiducia, riferendosi alla relazione “legislatore-amministrazione”, imporrebbe al legislatore un atteggiamento “fiducioso” nei confronti della Pubblica Amministrazione^[7].

Nel secondo caso, riguardo la relazione “operatore economico- funzionario”, sia il funzionario che l’operatore economico, nel corso della gara e nell’esecuzione, sarebbero tenuti ad un atteggiamento “fiducioso” l’uno verso l’altro. Ancora, la fiducia dovrebbe integrare il rapporto giuridico tra “vertice amministrativo/politico- funzionario” (ciò emerge soprattutto dall’ultimo comma). Ed infine, la disposizione imporrebbe sia ai giudici amministrativi che contabili un canone di interpretazione degli atti adottati dall’Amministrazione e delle condotte poste in essere dai funzionari: in questo senso, si leggano anche le disposizioni di cui al secondo e terzo comma ove si fa riferimento all’ampiezza della discrezionalità^[8].

Proprio seguendo quest’impostazione, il presente contributo proporrà un’analisi

del principio di fiducia differenziata per “coppie relazionali”, cercando di analizzare le reali implicazioni e le possibili ricadute del nuovo principio sui diversi rapporti. Particolare attenzione sarà riservata all’esame delle potenziali criticità rispetto al principio di legalità e alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive degli operatori economici coinvolti nel sistema degli appalti pubblici. Non potrà mancare una riflessione in ordine alle aspettative sulla funzione del principio di fiducia quale strumento di persuasione e incentivo verso i funzionari pubblici investiti delle decisioni pubbliche. In questo caso, si cercherà di trarre alcune conclusioni anche sulla base delle riflessioni delle scienze cognitive-comportamentali.

2.1. Il principio di fiducia tra legislatore e pubblica amministrazione e le implicazioni sul rapporto tra operatori economici e pubblica amministrazione

Il principio di fiducia rappresenta un elemento di controtendenza rispetto al dato di generale sfiducia dei cittadini verso le pubbliche amministrazioni e, in particolare, dagli operatori economici verso le Stazioni appaltanti, ove la percezione di possibili condotte “infedeli” dei funzionari pubblici è elevata^[9]. Nel corso degli anni il legislatore italiano ha agito di riflesso rispetto a questo sentimento promuovendo modelli di azione amministrativa caratterizzati da un alto tasso di formalismo o da spazi di discrezionalità ridotti. Il rimedio escogitato, tuttavia, secondo quanto osservato anche di recente dalla dottrina, ha contribuito – e contribuisce ancor oggi – a produrre un numero smisurato di regole estremamente inefficienti rispetto ai fini pubblici^[10]. Sintomo della sfiducia nel rapporto legislatore-pubblica amministrazione è stata poi l’adozione di norme auto-applicative, cui ha fatto da contraltare, ad avviso di una parte della dottrina, il fenomeno definito dell’amministrare per legge^[11], che indica quando le norme sono prodotte dai funzionari che, per il tramite del Ministro, le suggeriscono al Governo che le impone al Parlamento^[12].

L’introduzione del principio di fiducia nel Codice dei contratti pubblici del 2023, analizzata in termini positivi da una parte consistente della dottrina^[13], fa dunque registrare un cambio di passo sul versante del rapporto tra legislatore e pubblica amministrazione, in linea con altri interventi normativi che, in ambiti

diversi, hanno delineato discipline di “deresponsabilizzazione” degli agenti pubblici ^[14] .

Con favore è stato osservato che dal principio di fiducia dipende l’efficienza delle norme ^[15] : *«senza la fiducia è l’effettività delle regole ad essere compromessa. E dove la fiducia manca entra in gioco la sanzione, la coercizione o, peggio ancora, l’ingabbiamento dell’attività in regole asfittiche e, come detto, sovrabbondanti»* ^[16] .

Il nuovo principio, in giurisprudenza, ha trovato forza dalla correlazione con il principio di risultato ^[17] , contenuto all’art. 1 del Codice ^[18] e ciò proprio perché il fine pubblico sarebbe meglio raggiungibile, dando “fiducia” *«[al]l’iniziativa e [al]l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni [...]»* ^[19] . L’art. 2 rappresenta quindi un’apertura verso un nuovo modello decisionale caratterizzato da maggiori spazi per la discrezionalità ^[20] che da una parte, *«viene orientata (al risultato)»* dall’altra *«protetta e qualificata (dalla fiducia)»* ^[21] .

Se il principio di fiducia fa da una parte registrare un mutamento nel rapporto tra legislatore e pubblica amministrazione, dall’altra, esso, evidentemente, ha ricadute sul rapporto tra pubblica amministrazione ed operatori economici.

I più critici hanno osservato che l’art. 2 contiene una “pretesa” dal sapore paternalistico che impone agli operatori economici di riporre fiducia nel comando dell’autorità ^[22] e che non può essere riequilibrata dalla previsione della “reciprocità” ^[23] . È inoltre il caso di evidenziare che il principio di fiducia elimina quella conflittualità utile strumento di controllo dell’azione amministrativa. In questo senso, attenta dottrina ha evidenziato che proprio *«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»* ^[24] .

L’introduzione del principio, dunque, deve essere monitorato con cautela affinché non rappresenti, nel concreto, un arretramento delle tutele poste a presidio delle posizioni giuridiche soggettive degli operatori economici già poste in pericolo con l’avanzamento del principio di risultato a parametro cardine nei giudizi di legittimità ^[25] . Una tale evoluzione potrebbe essere in effetti favorita dal

ruolo ancillare oggi ricoperto dal principio di buona fede ed affidamento, collocato dal legislatore in una posizione subalterna rispetto ai principi di risultato e fiducia (all'art. 5 del Codice) e che se violato è oggetto di valutazione ai meri fini risarcitori^[26]. Senza contare il rischio che, proprio in sede risarcitoria, l'eventuale condotta lesiva possa essere considerata dal Giudice scriminata in quanto coerente con il più volte richiamato principio di risultato, perdendo così il carattere di anti-giuridicità.

Le perplessità sugli effetti del principio di fiducia rispetto alle posizioni giuridiche soggettive degli operatori economici sembrano assumere consistenza analizzando poi gli orientamenti giurisprudenziali che, proprio sulla scorta del nuovo principio, danno conto dell'esistenza di due nozioni di legalità, l'uno formale, l'altro sostanziale. Questa scissione, che dà evidenza di un rapporto difficile tra il principio di fiducia e quello di legalità^[27], comporta che alcune scelte anche se viziate, ove più funzionali di altre rispetto al risultato, possano passare indenni il vaglio di legittimità in sede giurisdizionale. Un tale passaggio evoca, come si dirà nel prosieguo, la previsione contenuta nell'art. 21-*octies* secondo comma L. 241/90^[28], con evidenti ricadute sul rapporto operatore economico/pubblica amministrazione e sui potenziali ostacoli ad una tutela giurisdizionale piena dei primi.

Esaminando altre pronunce si avverte poi la sensazione che il principio di fiducia dia luogo ad un'apertura di "credito" indefinita verso l'operato dell'amministrazione nell'ambito di norme che già attribuivano ampia discrezionalità ai funzionari; e ciò con evidente squilibrio nel rapporto con gli operatori economici in gara^[29].

Tale orientamento sembra alimentare le preoccupazioni di chi ha evidenziato come nell'art. 2 del Codice sembra cogliersi l'intonazione autoritaria «*tutta indaffarata a smantellare garanzie procedimentali, organizzative e processuali, a vantaggio dell'esecuzione sempre e comunque del comando dell'autorità*»^[30].

Sembra disinnescare i possibili effetti negativi di un disegno normativo quantomeno imperfetto, altra parte della giurisprudenza secondo cui il principio di fiducia e di risultato non devono far venir meno il ruolo degli altri principi dell'azione amministrativa quale quello di buon andamento e corretta istruttoria^[31], ma anche di legalità^[32]. Insomma, l'oscillazione degli orientamenti rende quantomai incerto il perimetro di tutela delle posizioni giuridiche

soggettive^[33] .

2.2. Il principio di fiducia nel rapporto funzionari e pubblica amministrazione

Il principio di fiducia esprime i suoi effetti anche nel rapporto tra funzionari, chiamati a gestire le procedure o i contratti, e amministrazione, nel senso dei soggetti che rappresentano il vertice organizzativo. È questo, secondo parte della dottrina, il rapporto principale a cui si riferisce l'art. 2 del Codice^[34] .

Il principio verrebbe ad avere una valenza latamente regolatoria dei rapporti organizzativi, poiché i vertici amministrativi, proprio in virtù di questo “obbligo” fiduciario, dovrebbero porre in essere mezzi adeguati ad incoraggiare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari, abbandonando la logica di stretto controllo sull'operato dei subordinati^[35] .

Anzi, nella prospettiva del legislatore, la fiducia normativa dovrebbe funzionare, già da sé, come *nudge* o incentivo, inducendo i funzionari ad attuare condotte desiderabili rispetto agli obiettivi di efficienza. La fiducia, se intesa in termini di *nudge*, limiterebbe la deviazione dall'utilità aspettata del funzionario (ne è un esempio l'avversione al rischio)^[36] ; se, invece, intesa in termini di incentivo essa eliminerebbe le potenziali condotte opportunistiche^[37] . Sicché, nel primo caso, esemplificando, il fattore fiduciario dovrebbe essere un rimedio rispetto alla condotta del responsabile del procedimento che, per il timore di sbagliare e di incorrere in responsabilità amministrativa, preferisca adottare procedure rigide e tuttavia più semplici rispetto a procedure elastiche più efficienti e tuttavia difficili da gestire^[38] .

L'ipotesi sopra avanzata della fiducia concepita dal legislatore come strumento di economia comportamentale è confermata dalla Relazione al Codice, che compie un espresso rinvio al fenomeno comportamentale della burocrazia difensiva^[39] o cosiddetta paura della firma foriero di inefficienza amministrativa^[40] .

Analizzando il quarto comma dell'art. 2 il legislatore introduce altri elementi interessanti imponendo in capo ai vertici amministrativi specifici “obblighi” connessi al principio di fiducia che vanno ad incidere in termini comportamentali sul funzionario. È infatti prevedibile che, l'esistenza di una copertura assicurativa dei rischi per il personale induca il funzionario ad attuare condotte che, seppure

rischiose, potrebbero risultare molto più efficienti per l'amministrazione di riferimento^[41]. In maniera analoga, l'attuazione di processi di professionalizzazione e formazione del proprio personale, "rinforzerebbe" la fiducia dei funzionari in sé stessi incoraggiandoli verso pratiche amministrative più complesse. Nello stesso tempo, i vertici amministrativi riporrebbero maggiore fiducia su subordinati preparati e competenti^[42].

2.3. Il principio di fiducia nel rapporto tra giurisdizione e pubblica amministrazione

L'ultimo rapporto che va analizzato è quello tra giudici e decisori pubblici.

Il principio di fiducia, come anticipato in premessa, si configura come criterio di interpretazione e valutazione di atti, comportamenti e condotte dei funzionari. In questo senso, il legislatore introduce un criterio di valutazione che i Giudici devono utilizzare sia nei giudizi che hanno ad oggetto il rapporto tra operatori economici e funzionari che in quelli aventi ad oggetto il rapporto tra pubblica amministrazione e funzionari.

È dunque evidente che quanto maggiore sarà il livello di incidenza di questo criterio di valutazione sull'azione giurisdizionale tanto maggiori saranno le ricadute concrete sui rapporti. È infatti nel giudizio di legittimità che il giudice definisce la posizione giuridica soggettiva del privato rispetto all'esercizio del potere pubblico, così come, in sede di giudizio contabile, il giudice delinea in maniera più o meno stretta l'area di responsabilità del funzionario rispetto alle proprie condotte.

Con riferimento al primo assetto, è utile il richiamo alla Relazione al Codice del Consiglio di Stato, i Giudici di Palazzo Spada avessero osservato che *«la fiducia è legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa»*^[43]. È evidente che il richiamo al controverso principio di presunzione di legittimità^[44] tenda a destabilizzare il rapporto tra privato e pubblica amministrazione, evocando un'inversione di onere probatorio con conseguente pregiudizio del principio di parità delle parti processuali^[45].

Il riferimento alla presunzione di legittimità è stato ripreso da alcune recenti pronunce della giurisprudenza amministrativa, in cui si è aggiunto che il

principio della fiducia «è valevole come criterio orientativo nell'interpretazione degli atti di gara [...]»^[46]. Sulla stessa “scia” è stato evidenziato che «alla stregua del principio della fiducia possono essere valutati e risolti i dubbi sulla legittimità della disciplina, in tutte le ipotesi di insorgenza di aspetti critici che, a ben vedere, non si sostanziano in vizi che abbiano avuto incidenza sostanziale e lesiva della posizione soggettiva della parte [...]. Correlativamente, il principio – per espressa menzione contenuta nell'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023 – pone una presunzione di legittimità dell'azione amministrativa (sentenza della sez. V di questo TAR del 6 maggio 2024 n. 2959, cit.), superabile con fondati elementi di segno opposto, da cui trarre in maniera adeguata il convincimento dell'opacità dell'operato della P.A., tale da aver precluso al privato di poter compiutamente svolgere la propria attività»^[47].

Dalla lettura degli stralci delle sentenze, sopra riportati anche in nota, pare, insomma, che il principio di fiducia, similmente a quanto avviene per l'art. 21-*octies* secondo comma L. 241/90, attribuisca al Giudice il potere di distinguere tra vizi invalidanti e non invalidanti. Con la differenza che non si tratta, come nel caso della norma richiamata, di un potere circoscritto dal diritto positivo a determinate fattispecie^[48] ma di una norma sostanzialmente in bianco che apre a pericolose derive pretorie.

In controtendenza rispetto alla giurisprudenza richiamata, in altri casi, i Giudici hanno tenuto a sottolineare che il principio del risultato, correlato strettamente, come esposto, al principio di fiducia «dev'essere sempre posto in rapporto con il principio di legalità, così come il principio della fiducia postula l'azione legittima della stazione appaltante»^[49]. Sicché «il principio di legalità – lungi dal venire “dequotato” dai richiamati articoli – costituisce pur sempre un espresso limite all'applicazione del principio del risultato, che non può essere ritenuto idoneo a sanare l'illegittimo esercizio del potere amministrativo da parte della stazione appaltante»^[50].

Si tratta tuttavia di un orientamento che, esaminando le fattispecie in concreto, appare riferirsi al caso di palesi lesioni delle norme e dei principi nonché ove entri in gioco la tutela di interessi ultrasensibili quali la tutela ambientale^[51]. Lo spazio lasciato dal principio di fiducia, così come connesso al principio di risultato, non pare neppure essere stato delineato in termini garantistici nella recente pronuncia della Corte costituzionale, che pone l'accento più che altro, sulla necessità di

ampliare la discrezionalità in un sistema in cui è sempre più prioritario «scegliere, entro un termine predeterminato, sovente tra un ventaglio ampio di possibilità e in un ambito non più integralmente tracciato dalla legge»^[52].

Sul versante dei giudizi di responsabilità davanti al giudice contabile, poi la stessa Corte Costituzionale, ha osservato che il principio di fiducia ha ridotto la quota di rischio a carico del dipendente pubblico. Infatti, da un lato, ha operato una tipizzazione della colpa grave rilevante in sede di responsabilità amministrativa (art. 2, comma 3), e, dall'altro, ha posto a carico dell'amministrazione una serie di obblighi, tra cui quello di adottare azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale (artt. 2, comma 4, e 15, comma 7)^[53].

L'osservazione è tuttavia ridimensionata dal fatto che le rigide ipotesi tracciate dall'art. 2 comma 3 sembrano essere in parte contraddittorie rispetto allo stesso principio di fiducia^[54]. Ed infatti, nonostante l'assunto riconoscimento della discrezionalità come elemento cardine della fiducia, la richiamata disposizione, nel delineare i presupposti della responsabilità amministrativa, spinge nuovamente l'operatore ad applicare pedissequamente la legge, gli auto-vincoli, nonché ad adeguarsi ai precedenti giurisprudenziali ed ai pareri^[55]. In ragione di ciò, allora, si configura, come acutamente rilevato, "la trappola della fiducia"^[56].

3. Conclusioni

Come evidenziato nei paragrafi che precedono, il principio di fiducia fa emergere diversi aspetti di rilievo.

In termini positivi, dal principio di fiducia potrebbero derivare ricadute positive. Esso, infatti, oltre a rappresentare un principio fondamentale per la coesione sociale^[57], va a rappresentare, come osservato nel corso dei paragrafi che precedono, supporto per i funzionari che agiscono nel contesto dei contratti pubblici con il superamento di fenomeni come la burocrazia difensiva.

L'obiettivo di incoraggiare le scelte discrezionali, tuttavia viene in parte "affossato" e contraddetto dalla disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 2, la quale prevede la necessità che i funzionari rispettino una serie di rigidi parametri^[58].

Sul versante opposto, nel corso del presente contributo, si è avuto modo di evidenziare i rischi che potrebbero derivare dall'introduzione del principio come

elemento “integrativo” dei rapporti tra operatori economici e amministrazioni ma anche tra funzionari e pubblica amministrazione nonché criterio interpretativo nel contesto dei giudizi sia di legittimità che contabili.

Con riferimento alla prima coppia relazionale, alcuni orientamenti, evocati nei paragrafi che precedono, hanno condivisibilmente manifestato perplessità, evidenziando che il principio di fiducia possa tradursi in una diminuzione delle garanzie di tutela degli operatori economici che partecipano alle gare pubbliche.

In questo senso, il principio di fiducia si pone in maniera antagonista rispetto al legittimo affidamento che responsabilizza il destinatario della fiducia. Dall'affidamento discendono, infatti, «*conseguenze in termini di doverosità, come necessaria integrità e capacità del funzionario in risposta a questa apertura di fiducia e al connesso riconoscimento di funzioni*»^[59]. Contrariamente, il principio di fiducia non implica conseguenze giuridiche sul fiduciario, se non in termini di diritti dei funzionari. Sotto questo punto di vista, dunque, la scelta di ricondurre la fiducia ad un principio solidaristico verso il decisore pubblico piuttosto che di garanzia degli operatori economici e della concorrenza^[60] si configura come una scelta del tutto nuova rispetto al passato ove i principi, anche al di fuori della normativa del settore appalti^[61], erano stati delineati come pilastri di garanzia per le posizioni dei privati destinatari delle decisioni pubbliche^[62].

Certo è che l'inedita opzione determina, specie se letta congiuntamente al tenore di alcune delle pronunce sopra evocate, un arretramento delle garanzie per i privati anche in virtù della collocazione del principio di buona fede e affidamento in una posizione subalterna rispetto ai principi di risultato e fiducia.

Un altro aspetto critico, che attiene anche al principio di fiducia quale chiave di lettura dei rapporti tra funzionari e vertici amministrativi, è riferito ad un quesito non meno importante anche se non meramente giuridico.

E cioè se effettivamente il principio di fiducia possa essere realmente uno strumento adeguato rispetto alla lotta contro l'inefficienza, quanto piuttosto possa potenzialmente incoraggiare condotte opportunistiche da parte dei funzionari.

Sul punto è utile fare un cenno, seppur circoscritto considerata la finalità del presente scritto, ai contributi dell'economia comportamentale e della sociologia sul tema della fiducia quale possibile strumento di lotta all'inefficienza. In un recente studio^[63], pur sottolineandosi l'importanza della fiducia quale fattore di

evoluzione della *performance* amministrativa^[64], gli autori osservano che un eccesso di fiducia possa essere dannoso per la pubblica amministrazione quanto una sua carenza^[65]. Sul punto si avverte della pericolosità di un atteggiamento che utilizzi la fiducia come «*mantra nella retorica della riforma del settore pubblico, potenzialmente velando e ostacolando un dibattito serio su meccanismi quali la supervisione, la responsabilità e l'organizzazione dei controlli e degli equilibri*»^[66]. Proprio questa visione eccessivamente “ottimistica” della fiducia fa constatare una assenza di analisi empiriche sui suoi effetti disfunzionali.

A questo proposito gli stessi autori osservano che «*sebbene alcuni studiosi abbiano già sottolineato questo “lato oscuro della fiducia”, poche ricerche empiriche lo hanno affrontato. Le meta-analisi della letteratura mostrano che la maggior parte delle ricerche empiriche si concentra prevalentemente sul ruolo positivo della fiducia e su quello negativo della sfiducia nelle relazioni interpersonali, intergruppo e interorganizzative*»^[67].

La conclusione a cui si perviene, dal punto di vista dell'analisi comportamentale, e che può essere condivisa in tale sede, è che se la combinazione di “fiducia come regola” con “sfiducia come eccezione ragionevole” potrebbe essere funzionale nelle interazioni interorganizzative, sicuramente la “fiducia come dogma” dà origine ad aspetti disfunzionali nelle relazioni sia tra funzionari pubblici e vertici amministrativi che tra operatori economici e pubblica amministrazione^[68].

Se, in termini positivi, dunque, la fiducia come parametro normativo può portare ad uno sviluppo della cooperazione e guadagni imprevedibili per l'amministrazione, in termini negativi, un utilizzo disinvolto della stessa come canone interpretativo (soprattutto in sede giudiziale) sconta il rischio di costi imprevedibili quando la vulnerabilità degli attori coinvolti (operatori economici e vertici amministrativi deleganti) viene abusata con comportamenti opportunistici e le Amministrazioni diventano cieche di fronte al fallimento^[69].

Un'evoluzione positiva, posto che il criterio di fiducia quale elemento integrativo dei rapporti porta con sé gli alti rischi sopra evidenziati, può essere raggiunta solamente ove ai predetti rischi si affianchi lo sviluppo di adeguati controlli interni^[70], l'introduzione nei contesti lavorativi di un'etica pubblica tale per cui venga avvertita, da parte di chi è il diretto beneficiario della fiducia, la responsabilità e il valore di una decisione depurata da ogni intento opportunistico, nonché una incentivazione, anche economica, che si basi sulla

verifica dell'effettivo raggiungimento di risultati ma anche sul rispetto del sistema di regole. E quest'ultimo elemento forse renderebbe meno "necessario" il ricorso alla leva della fiducia come alleato del principio di efficienza.

Un aspetto rilevante al fine di non trasformare il principio di fiducia in un fattore di "spinta" verso condotte opportunistiche riguarda il coordinamento con l'art. 16 relativo al conflitto di interessi. In questa disposizione^[71] il legislatore pone, infatti, in capo all'operatore economico che voglia dimostrare la sussistenza di un conflitto di interessi, riconducibile al funzionario che intervenga nella procedura aggiudicazione o nell'esecuzione dell'appalto pubblico, un onere probatorio particolarmente pesante^[72].

La disposizione è stata, peraltro, già oggetto di critica da parte di ANAC, nella relazione allegata alla bozza di Codice. L'Autorità, in quel contesto, ha notato che la nuova definizione di conflitto di interessi «*appare in contrasto rispetto alla definizione contenuta nelle Direttive europee (articolo 24 Dir. UE 24/2014 e articolo 35 Dir. UE 23/2014)*» dal momento che vengono inserite condizioni non previste che valgono a ridurre l'ambito applicativo^[73]. In questo senso, «*l'ambito applicativo del conflitto di interesse in relazione ai contratti pubblici, campo particolarmente soggetto a rischi di corruzione, risulta più ristretto di quello previsto per i procedimenti amministrativi ordinari (cfr. articolo 6-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e articoli 6 e 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62)*»^[74]. La supposta contrarietà al diritto europeo emerge, ad avviso di chi scrive, anche rispetto alla direttiva ricorsi (89/665/CEE), giacché la previsione nazionale limita, in maniera, come visto arbitraria, i mezzi di tutela degli operatori economici contro eventuali condotte degli agenti pubblici contrarie alle norme europee in materia di contratti pubblici.

Un'attenta dottrina ha recentemente osservato che il legislatore ha ritenuto – impropriamente – di perseguire gli obiettivi di equilibrio tra imparzialità e buon andamento, «*non attraverso la predisposizione di una disciplina più specifica e dettagliata delle ipotesi che determinano l'obbligo di astensione [...] ma attraverso un inedito quanto criticabile intervento volto a circoscrivere surrettiziamente la possibilità, per i partecipanti alla gara, di sollevare questioni relative alla compatibilità tra l'interesse funzionalizzato e l'interesse personale del decisore pubblico. A tale scopo, è stato imposto strumentalmente - con l'evidente intento di ridurre al minimo le segnalazioni*»^[75].

A conclusione di questa notazione va dunque evidenziato come, gli effetti del principio di fiducia sommati a quelli della disposizione sul conflitto di interessi rischino di creare, all'atto pratico, disparità di trattamento tra le due parti del rapporto operatore economico-pubblica amministrazione.

In tal senso, va presa con serietà l'ulteriore rilievo mosso da ANAC in ordine al secondo comma dell'art. 16 del Codice. Secondo l'Autorità, con l'appesantimento dell'onere probatorio, il principio di imparzialità è degradato da interesse generale a interesse specifico dell'impresa controinteressata^[76]. La possibilità che la norma suddetta contrasti con il diritto euro unitario, secondo ANAC, emerge peraltro dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia^[77].

In conclusione, l'ulteriore passaggio affinché il principio di fiducia non faciliti condotte opportunistiche dei funzionari piuttosto che incentivare condotte desiderabili, non può che essere la correzione della disposizione sul conflitto di interessi, ove il *favor* verso la posizione del decisore pubblico possa essere controbilanciato da necessarie garanzie di tutela per gli operatori economici^[78].

1. La letteratura che si è sviluppata sul principio è già piuttosto vasta. Tra gli altri si rinvia a E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici e le sue implicazioni*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2024, A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2023, pp. 141 ss.; L.R. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 1, 2023, p. 7 cit., pp. 5 ss.; R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 17, 2023, p. 274; M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, p. 222, A. Cioffi, *Commento all'art. 2 del Codice*, in S. Cimini, A. Giordano (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2025, pp. 20 ss.
2. Per una lettura in parte critica, oltre alla dottrina che si richiamerà L. R. Perfetti, *Commento all'art. 2*, in L. R. Perfetti (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Wolters Kluwer, 2023; R. Ursi, *La trappola della fiducia nel Codice dei contratti pubblici*, in *www.dirittoeconomi.it*, 27 febbraio 2024, p. 4-5.
3. In questo senso, G. Napolitano che ha affermato: si tratta di un «*termine ignoto (e fondamentalmente estraneo) alla tradizione del diritto amministrativo e qui impiegato non in senso tecnico, ma nel significato suggerito dal linguaggio comune*» (G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, pp. 287 ss.). Il rinvio ad una nozione extra-giuridica evoca ciò che avviene nelle ipotesi di norme che contengono "clausole generali". Secondo la teoria generale di

diritto le clausole generali sono quei termini o sintagmi collocati all'interno di norme giuridiche (C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, pp. 21-30) caratterizzati da una vaghezza derivante da un rinvio extragiuridico (V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 64 ss., C. Luttazzi, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990). In quest'ultimo caso il legislatore demanda al giudice la «ricerca di "valori" fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo» per applicare quella norma che contiene la c.d. clausola generale.

Ne sono un esempio le disposizioni che richiamano i concetti di "buon costume", "danno grave", "ordine pubblico": la determinazione delle condizioni per cui possa dirsi un danno "grave" oppure una condotta contraria all'"ordine pubblico" o al "buon costume", richiede un'operazione valutativa da parte del giudice del tutto particolare poiché lo stesso dovrà attingere a qualcosa di estraneo alla formula legislativa (V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010 p. 7. Cfr. P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1998, pp. 1-2).

La clausola generale se da una parte vincola l'interprete «a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale» (L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, p. 10 e 13) o a un concetto extragiuridico, dall'altra amplia la discrezionalità giudiziale nel compimento dell'attività integrativa (M. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 313).

4. <https://www.treccani.it/vocabolario/fiducia>.
5. Sotto altro punto di vista, che ci riporta ai vantaggi della fiducia in termini di riduzione dell'incertezza, «la fiducia 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». Va comunque distinta «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, 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» (R. Ursi, *La trappola della fiducia nel Codice dei contratti pubblici*, in www.dirittoconti.it, 27 febbraio 2024, p. 4-5).
6. R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi*, 17, 2023, p. 274. In maniera più semplificata A.M. Chiariello: «Il principio della fiducia indica una relazione, la quale deve svolgersi in via "reciproca", tra l'amministrazione e i suoi funzionari, da una parte, e gli operatori economici, dall'altra» (A.M. Chiariello, *op. cit.*, p. 154). E. Carloni, che collega il principio di fiducia alla Carta costituzionale, afferma che «d'altra parte la riserva di funzione amministrativa non può che legarsi alla fiducia

nell'esercizio di un potere discrezionale» (p. 136). Per riflessioni ampie sulla fiducia come principio-base anche dal punto di vista sociologico nel rapporto cittadini-istituzioni E. Carloni, op. cit., p. 134 con richiami a F.P. Cerase, *La fiducia nelle relazioni tra cittadini e istituzioni pubbliche*, in *Amministrare*, 1, 2018, pp. 91 ss. Come evidenzia C. Pinelli: «*di fiducia si parla spesso come di una "risorsa scarsa" [...]; gli istituti di sondaggi si mobilitano frequentemente per accertarla, e i commentatori si diffondono sulla progressiva riduzione di tutti gli indicatori, che riguardano la fiducia fra cittadini non meno che di costoro nei confronti del potere pubblico»* (C. Pinelli, T. Greco. *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 13, 2022, p. 377).

7. È osservato che l'art. 2 rappresenta lo spirito dell'assetto costituzionale, ove la riserva di funzione amministrativa non può che legarsi alla fiducia nell'esercizio di un potere discrezionale (E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario*, cit., p. 135-136, che rinvia a Consiglio di Stato, *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 15).

In questo senso, secondo l'Autore, è da leggersi l'art. 53 cost. quando tratta dell'affidamento di funzioni pubbliche da esercitare con disciplina ed onore da parte dei funzionari pubblici, cui è richiesta una fedeltà più qualificata di quella del comune cittadino.

8. R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione*, cit., p. 271, L.R. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 1, 2023, p. 5
9. Da una recente indagine ISTAT, risulta che «*secondo il 38,5% degli imprenditori, liberi professionisti e lavoratori in proprio (circa 2milioni e 900mila nel 2022-2023) capita di essere obbligati (sempre o spesso) a pagare per ottenere licenze e concessioni o contratti con la P.A., permessi per l'import e l'export, oppure per agevolare pratiche fiscali o velocizzare procedure giudiziarie. La percezione della diffusione della corruzione risulta, dunque, in crescita rispetto a quella, già rilevante, stimata nell'Indagine precedente (32,4%) [...omissis...]. Secondo i lavoratori autonomi risulta di particolare rilevanza la percezione relativa all'ambito dei contratti con la PA, per i quali per oltre un rispondente su quattro (il 25,2%, circa 1milione e 897mila) dichiara che in genere si è obbligati a pagare sempre o spesso»* (p. 7-8 report ISTAT, rinvenibile al link <https://www.istat.it/wp-content/uploads/2024/06/Report-CORRUZIONE-21-giugno-2024.pdf>).
10. «*Proprio la scarsa fiducia nell'amministrazione, perché incapace o perché corrotta senza che fosse poi spesso possibile distinguere i confini delle due patologie, ha giustificato un modello che, senza particolari meriti, attraversa gran parte del '900: un modello nel quale la discrezionalità dell'amministrazione è circoscritta per garantire [...al tempo stesso l'interesse pubblico al corretto impiego delle risorse e la protezione dell'integrità dell'amministrazione»* (E. Carloni, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Dir. Amm.*, 3, 2002, p. 641).

La Commissione Europea ha criticato l'impostazione collegando la rinuncia a modelli di scelta caratterizzati da maggiore discrezionalità alla poca efficienza del settore: «*Il 55 %*

delle procedure d'appalto utilizza ancora il prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione. Le direttive sugli appalti pubblici lasciano agli acquirenti pubblici la piena libertà di effettuare acquisti sulla base di criteri costo/efficacia e basati sulla qualità. Eppure le gare d'appalto economicamente più vantaggiose secondo un approccio costo/efficacia che può includere criteri sociali, ambientali, innovativi, di accessibilità o altri criteri qualitativi sono ancora troppo poco utilizzate» (p. 5, Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, COM 3.10.2017, reperibile al [link](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0572)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0572>.

Per una critica ai modelli formalistici, cfr. M. Cafagno: «*La logica che ha più spesso guidato la lettura della remota normativa di contabilità e che tutt'oggi anima il filone istituzionale dedito alla prevenzione della corruzione intende le procedure di affidamento come strutture di contenimento che, date le difficoltà di un controllo postumo sulle scelte degli organi che popolano l'apparato pubblico, limitano preventivamente la loro discrezionalità, nell'interesse dell'organizzazione [...]. Recependo quelle prime direttive il nostro ordinamento si è crogiolato a lungo nell'erroneo convincimento che fosse vietato al legislatore nazionale allentare le imposizioni europee, ma che fosse lecito inasprirle e dunque moltiplicare i vincoli, così da sottoporre amministrazione e funzionari a controlli più intransigenti*» (M. Cafagno, *Principio di risultato e affidamento delle concessioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2, 2024, pp. 227-229, con richiami alla fondamentale monografia dello stesso Autore, *Lo Stato banditore*, Giuffrè, Milano, 2001).

11. S. Spuntarelli, *Il Parlamento legislatore*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2023, p. 293.
12. A. Police, *Il potere, il coraggio e il tempo di decidere. Corpi tecnici e loro valutazione nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, p. 461. R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia*, cit., p. 274.
13. In termini positivi verso l'introduzione del principio di fiducia per un'assonanza con i principi costituzionali e ordinamentali si osserva che le stesse direttive europee sembrano animate da un approccio orientato alla fiducia anziché alla sfiducia (L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto amministrativo*, 2-3, 2015, pp. 342-343); v. anche G. Arena, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni*, in *Rapporto 2022 Italiadecide. La fiducia cresce nelle pratiche di comunità. Modelli ed esperienze di partecipazione condivisa tra cittadini, amministrazioni e imprese*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 168. Rivolti del principio di fiducia anche nei patti di collaborazione, G. Marletta, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Dir. Amm.*, 2, 2023, p. 441 ss. Secondo una parte della dottrina, il principio di fiducia potrebbe trovare un appiglio nell'art. 54 Cost. il quale prevede che i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche devono esercitarle con disciplina e onore (E. Carloni, *op. cit.*, p. 134). Infine, va osservato che la fiducia, in termini ordinamentali, si traduce nel principio di leale collaborazione che sta alla base dei rapporti tra istituzioni locali, nazionali ed europee (*ibidem*). In giurisprudenza sul legame tra fiducia e leale

- collaborazione tra Istituzioni dell'UE e Stati membri, Corte Giust. 6 dicembre 2018, causa C-675/17, *Hannes Preindl*; Corte Giust. 19 giugno 2003, causa C110/01, *Tennah Durez*.
14. Ci si riferisce naturalmente al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (il cosiddetto “decreto semplificazioni 2020”) che ha circoscritto la responsabilità amministrativo-contabile dei pubblici ufficiali e ha modificato la norma sul reato di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.). Sul punto, peraltro, la dottrina è critica, tra gli altri v. S. Perongini, *L’abuso d’ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge 120/2020*, Torino, 2020, A. Cioffi, *Abuso d’ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti, tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Dir. Amm.*, 2023, pp. 285 ss. Oltre a ciò, merita segnalazione la soppressione della norma in tema di responsabilità erariale contenuta nel decreto “*semplificazioni*” n. 76/2020 con riferimento alla mancata stipula del contratto nei termini di legge: soppressione implicita derivata dalla non ripetizione della disposizione nel decreto “*semplificazioni-bis*” n. 77/2021, né nell’art. 12-*bis* del D.L. n. 68/2022, di accelerazione delle procedure di realizzazione degli interventi finanziati da risorse PNRR, e neppure nel Codice dei contratti del 2023. Nell’emergenza Covid spicca poi la norma che limita la responsabilità amministrativa per la gestione dei fondi PNRR; e oltre l’emergenza Covid una norma successiva posticipa al 30 giugno 2024 la limitazione di responsabilità amministrativa (art. 21 co. 2 D.L. 16 luglio 2020 n. 76 ed ancora art. 12-*quinquies* allegato alla legge n. 74/2023); su questa linea viene adottata la norma che elimina il controllo concomitante della Corte dei Conti sui progetti del PNRR (allegato all’art. 1 L. 74/2023). Sul punto A. Cioffi, *Commento, cit.*, p. 20-21.
15. Si intende per efficienza o efficacia delle regole «*far funzionarle bene ossia evitarne gli effetti perversi e catalizzare invece effetti che siano compatibili con i loro obiettivi*» M. De Benedetto, N. Rangone, *La questione amministrativa dell’effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2019, pp. 754-755. Parla di efficacia, e non efficienza, in termini analoghi, riferendosi direttamente alle norme N. Rangone in un altro contributo. Secondo l’Autrice tali previsioni andrebbero implementate tenendo conto dei possibili errori cognitivi dei regolati. N. Rangone, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 1, 2012, pp. 1 ss. Si rinvia inoltre all’essenziale contributo di F. Denozza, *Norme efficienti*, Milano 2002. Nel diritto amministrativo oltre ai contributi richiamati, da ultimo A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, S. Valaguzza, *Nudging pubblico vs pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 1, 2017, pp. 91-121. F. Di Porto, N. Rangone, *Behavioural Science in practise: lessons for EU Rulemakers*, in A. Alemanno, A-L. Sibony, *Nudge and the law. A European perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 29-59. In ambito non giuridico R. Viale, *Oltre il nudging*, Il Mulino, 2018.
16. R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell’amministrazione e dell’amministrazione: riflessioni intorno all’articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi*, 17, 2023, p. 272). Si osserva, inoltre, che la “legge della fiducia” torna nella sua dimensione

- inevitabile della vita sociale e componente essenziale della vita giuridica (D. Gambetta, *Premesse*, in D. Gambetta (a cura di) *La strategia della fiducia. Indagini sulla razionalità della cooperazione*, Torino, 1989. In questo senso, scontato è il richiamo al saggio di T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021.
17. Consiglio di Stato, Sez. V, 27.02.2024 n. 1924, ove si afferma che il principio del risultato e quello della fiducia sono «*avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo*»; cfr. Cons. Stato, sez. VII, n. 5789 del 2024, Cons. St. Sez. V, 13 settembre 2024 n. 7573.
 18. Il principio di risultato è prioritario rispetto agli altri principi codicistici: sul punto in giurisprudenza si è osservato che «*il principio del risultato, previsto dall'art.1 del D.lgs. n. 36 del 2023, costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, traducendosi nel dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare*» (TAR Campania, Napoli, sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959).
 19. Testualmente il comma 2 dell'art. 2. Su questo aspetto, E. Carloni, *op. cit.*, p. 147.
 20. E. Carloni, *op. cit.*, p. 140. In giurisprudenza i diversi istituti e fattispecie sono interpretate alla luce del principio di fiducia: «*L'ampia discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione nel valutare se, a fronte di situazioni astrattamente rientranti nella nozione di "grave illecito professionale", escludere o meno un operatore economico, già affermata nella vigenza del precedente codice, è ancor più rafforzata nell'ambito del D.Lgs. 36/2023, che afferma il principio della fiducia quale cardine e criterio ermeneutico dell'intera materia dei contratti pubblici*» T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. I, 10 febbraio 2025 n. 104. Attenta dottrina ha osservato che «*se la parola chiave della messa in discussione del codice del 2016 è stata semplificazione [...] la parola chiave del nuovo codice sembra essere piuttosto quella della discrezionalità*» E. Carloni, *op. cit.*, p. 139, cfr. L. Carbone, *La genesi del nuovo Codice*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di) *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, ES, 2023 pp. 12 ss. Il legislatore ha traslato in termini applicativi del principio di fiducia nella nuova disciplina delle offerte anomale ove si restituisce alle stazioni appaltanti il potere discrezionale di individuare la regola del caso concreto.
 21. E. Carloni, *op. cit.*, p. 140.
 22. In questi termini è l'analisi di L. R. Perfetti, *Commento all'art. 2*, in L. R. Perfetti (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Wolters Kluwer, 2023, p. 15.
 23. L'art. 2 del Codice prevede una reciproca "fiducia" imponendo il principio anche all'amministrazione nella valutazione dei comportamenti degli operatori che partecipano alla gara e dell'appaltatore che esegue la partita pubblica. L'effetto del principio a beneficio degli operatori viene tuttavia limitato dal principio di *par condicio* tra concorrenti e dal principio di concorrenza. In questo senso, si consideri TAR Lazio Roma, Sez. II, 26 giugno 2025 n. 12690, che ha affermato: «*la presenza di una clausola di lex specialis che*

legittimamente introduce una disposizione a pena di esclusione determina inoltre l'impossibilità di sanatoria in supposta applicazione dei principi del risultato e della fiducia, di cui agli artt.1 e 2 D.Lgs.n.36/2023, atteso che: - si concretizzerebbe un'evidente lesione del principio di par condicio [...]».

Dal punto di vista normativo, poi, le disposizioni – a parte alcuni istituti già collaudati anche al di fuori delle gare come il soccorso istruttorio – incentivano ad un comportamento tutt'altro che fiducioso verso gli operatori economici. Sul punto, è stato osservato come «*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*» (R. Ursi, *op. cit.*, p. 7).

Unica eccezione rispetto alle previsioni sopra richiamate, l'art. 101 del codice dei contratti sul soccorso istruttorio che «*non è altro che una esplicitazione della fiducia tra le parti, con il risultato di evitare che formalismi diventino ostacoli superabili unicamente con il ricorso al giudice e con il rallentamento dell'attività decisionale della pubblica amministrazione*» R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi*, 17, 2023, p. 276. Sulla correlazione tra fiducia e soccorso istruttorio in giurisprudenza, da ultimo Cons. St., Sez. III, 3 aprile 2025 n. 2890. Così ancora, «*alla fiducia sono ispirate le disposizioni sul c.d. self cleaning*» (*ibidem*).

24. R. Ursi, *La trappola*, *cit.*, p. 6.
25. Come già osservato, il sistema codicistico, con l'avallo giurisprudenziale, hanno assunto il principio del risultato a valore dominante: il correlato principio della fiducia amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della P.A., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile (di recente, Consiglio di Stato sez. VII, 4 novembre 2024, n. 8746, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924).
26. L'art. 5 configura il principio di buona fede in termini residuali, come elemento per la valutazione di eventuali pretese risarcitorie. Ciò è confermato in termini testuali dalla norma stessa ai commi 3 e 4. Si riprende in questo senso l'impostazione di una parte consistente della dottrina che riduce l'effetto del legittimo affidamento nella dinamica decisionale: per tutti si richiama l'importante saggio di F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 4, 2005, p. 850. Proponeva invece la buona fede come principio integrativo dell'azione amministrativa, e dunque elemento di valutazione della legittimità dell'azione amministrativa, F. Merusi, nella sua fondamentale monografia *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico (L'affidamento del cittadino 1970)*, Milano, 2001 e *idem*, voce *Affidamento*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, p. 146. Cfr. anche M.S. Giannini nella sua definizione di discrezionalità amministrativa quale "ponderazione dell'interesse primario", in una «*scelta della soluzione più opportuna richiesta dalle esigenze pratiche risultanti anche dalla compresenza nella fattispecie concreta di interessi secondari*

*idonei a far variare il valore dell'interesse essenziale fino a paralizzarne eventualmente la realizzazione» (M.S. Giannini, Lezioni di diritto amministrativo, Milano, 1950, p. 98). Sulla crisi del principio di buona fede e legittimo affidamento come elemento cardine del sistema valoriale, D-U. Galetta che analizza l'arretramento di tutela determinato dalle clausole di retroattività contenute in alcune leggi finanziarie in *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro Amm. TAR*, 6, 2008, pp. 1899 ss.*

27. In dottrina è stato acutamente evidenziato che «*il tema del rapporto fra formalismo e sostanzialismo è emblematico di questo rischio incombente perché è su questo crinale che, al di là dei pur condivisibili richiami all'uso strategico dei contratti pubblici, l'uso di quella che sta diventando l'endiadi antiformalista ("risultato e fiducia") nella migliore delle ipotesi fa da argomento retorico-rafforzativo di decisioni giudiziarie per più solide ragioni assunte, nella peggiore – e ne sussistono – diviene principio-argomento utile a disapplicare la regola della gara. In questo caso non mi pare che vi sia un ragionevole bilanciamento col soccombente principio di concorrenza» (G. Tropea, *Un nuovo super-principio?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2025, p. 472).*

28. Su questa distinzione sembra assestarsi TAR Sicilia, Catania, 12 dicembre 2023 n. 3738. Il principio del risultato e l'intimamente connesso "principio della fiducia" attribuiscono prevalenza agli aspetti sostanziali, rispetto a quelli puramente formali, minuziosi e tuzioristici delle disposizioni di gara e guidano l'interprete nella lettura e nell'applicazione della disciplina, rendendosi funzionali a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti (T.R.G.A. Trento, 3 luglio 2025 n. 115. cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254; Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2024, n. 7875). Per rafforzare l'impostazione viene osservato che «*il principio del risultato "non deve essere posto in chiave antagonista rispetto al principio di legalità. Al contrario, come chiarito dalla terza Sezione (Cons. Stato, sez. III, 26.03.2024 n. 2866), il valore del risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento» (T.R.G.A. Trento., cit.).*

Sul principio di fiducia come principio "sanante" le carenze di un bando di gara, si segnala l'orientamento del TAR Campania Napoli, in cui si afferma «*il principio della fiducia opera in favore di un positivo coordinamento tra i soggetti, rendendo il concorrente "corresponsabile" del perseguimento del fine a cui è preordinata l'azione amministrativa, "compenetrato" nel ruolo di soggetto fattivamente operante verso l'obiettivo da raggiungere [...] appare che la formulazione "aperta" ed elastica dell'art. 24 del disciplinare sia stata ben intesa e applicata dalla ricorrente, che con la propria offerta ha "riempito" i supposti vuoti della prescrizione medesima [...]*» (TAR Campania, Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2025 n. 427).

In termini analoghi si osserva che «*un contrasto tra il dato formale, conseguente al pedissequo rispetto del disciplinare di gara, e il dato sostanziale, costituito dall'acclarata sussistenza degli elementi essenziali dell'offerta economica - dev'essere privilegiato dalla stazione appaltante il dato sostanziale, in modo da affidare il servizio "con la massima*

tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza» (art. 1, comma 1, D.lgs. n. 36/2023)» (T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. III, 3 giugno 2025 n. 879). Ed ancora, «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. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile» (TAR Veneto, cit., cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9255; T.A.R. Veneto, Sez. III, 14 maggio 2025, n. 735).

29. In questo senso, ad esempio, riguardo la valutazione delle cause di esclusione non automatiche, T.A.R. Sicilia Palermo, sez. IV, 9 aprile 2025 n. 781.
30. L. R. Perfetti, *Commento all'art. 2, cit.* In questo senso l'introduzione della fiducia risulta problematico se calato nell'ambito di rapporti asimmetrici, ove l'una parte sia titolare di poteri estranei all'altra. Sul punto è stato condivisibilmente notato che: «*Se nel diritto privato l'elemento fiduciario caratterizza quel rapporto intuitu personae tra le parti private, nel diritto dei contratti pubblici tale elemento può suscitare alcune perplessità [...]. L'amministrazione e i funzionari agiscono seguendo i canoni del potere rispetto al quale gli operatori economici sono in posizione di subordinazione, e non di parità. Gli operatori economici, dall'altra parte, godono del legittimo affidamento, sufficiente per generare quella "fiducia" nel diritto innanzitutto e nell'azione corretta e legittima della pubblica amministrazione. Se dunque il principio della fiducia potrebbe non apparire conforme al modello prescelto per la fase dell'affidamento (potere e interesse legittimo) in quanto nel rapporto tra stazione appaltante e privati concorrenti manca quella relazione paritaria di cui il principio stesso sembra necessitare, diverso invece può ritenersi riguardo alla fase dell'esecuzione. A conferma di quanto precede, come visto, la bozza del Codice, non diversamente dalle edizioni precedenti, prevede che, per quanto dallo stesso non espressamente previsto, l'attività contrattuale si svolge nel rispetto delle disposizioni stabilite dal Codice civile (e non dalla legge n. 241/1990, applicata invece per la fase dell'affidamento)» (A.M. Chiariello, *op. cit.*, p. 156).*

Tuttavia, in dottrina si sostiene che, anche nel contesto di rapporti paritari – lo è quello tra amministrazione e appaltatore – il principio di fiducia sembra costituire una pericolosa deroga al principio di paritarietà; come notato da L.R. Perfetti l'art. 2 presuppone che la stazione appaltante eserciti ordinariamente potere pubblico nell'attività contrattuale.

31. In questo senso, è stato osservato che «*né i principi di autoresponsabilità, efficienza, risultato e par condicio, o l'esigenza di massima celerità della conclusione delle singole fasi della procedura, possono giustificare la totale pretermissione [invece avvenuta nella specie] di ogni confronto preventivo finalizzato a formare il giudizio della stazione appaltante nell'esercizio della discrezionalità tecnica che connatura la valutazione di anomalia dell'offerta. "Anzi, proprio in omaggio ai principi del buon andamento, del risultato e dell'economicità non è ammissibile che la migliore offerta espressa dal mercato*

venga esclusa in ragione di rilievi che non hanno formato oggetto di adeguata istruttoria” (Consiglio di Stato sez. V, 18 novembre 2024, n.9214)» T.A.R. Lazio, Roma II[^] Sez. ter, 9 luglio 2025 n. 13506).

32. Corte Costituzionale, 16 luglio 2024, n.132.
33. Sembra che la tutela degli operatori economici vada per così dire “ritagliata” caso per caso. In questo senso, interessante una pronuncia del TAR Venezia ove pare che il principio di legalità a confronto con quello di fiducia e risultato assuma una portata, in un certo senso, elastica, e dunque, condotte analoghe oggetto della valutazione giurisdizionale possono dare, nel concreto, esiti opposti. Sul punto i giudici veneti affermano: «*si osserva che applicando i predetti principi il Collegio ritiene che – laddove sussista, come nel caso oggetto del presente giudizio, un contrasto tra il dato formale, conseguente al pedissequo rispetto del disciplinare di gara, e il dato sostanziale, costituito dall’acclarata sussistenza degli elementi essenziali dell’offerta economica – dev’essere privilegiato dalla stazione appaltante il dato sostanziale, in modo da affidare il servizio “con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”*» (art. 1, comma 1, D.lgs. n. 36/2023). È ben vero che – come affermato da questa stessa Sezione in altra occasione – «*il principio del risultato [...] non può essere utilizzato come un passepartout idoneo ad aprire, sempre e comunque, l’area della legalità ad atti e provvedimenti illegittimi*» (T.A.R. Veneto, Sez. III, 28 maggio 2025, n. 836, e in termini ancora più incisivi T.A.R. Toscana, Sez. III, 20 maggio 2025, n. 900).
Tuttavia, tali considerazioni devono essere intese nel senso che «*la ricerca della “regola del caso concreto” emerge all’esito di una concreta ponderazione dei contrapposti interessi in gioco, che l’Amministrazione deve effettuare alla luce dei principi del risultato e della fiducia, con il limite costituito dal rispetto dei principi di legalità e di concorrenza, con i connessi principi di parità di trattamento e di non discriminazione*» (TAR Veneto, 3 giugno 2025 n. 879).
34. R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia*, p. 275. Il principio di fiducia riprende alcuni studi che impongono nelle organizzazioni pubbliche, in specifico ai “vertici”, un “tributo” di fiducia verso i dipendenti. Nei termini dell’economia del diritto un sentimento del principale nei confronti dell’agente (G. Napolitano, *La delega alla pubblica amministrazione*, in G. Napolitano, M. Abrescia (a cura di), *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, p. 213).
35. Seguendo un illustre autore, infatti, la fiducia è tipicamente richiesta proprio quando altri mezzi per semplificare l’orientamento dell’azione e garantirla non funzionano e, contrariamente, in organizzazioni dove domina la sfiducia sono necessarie strategie costose ad alta intensità di controllo e applicazione. (N. Luhmann, *Fiducia e potere*, Chichester, UK, J. Wiley, 1979, p. 87).
36. Sulla ripartizione tra errori di giudizio (es. optimism bias, ancoraggio, conferma) e sviamenti dall’utilità aspettata (es. l’avversione alle perdite) si rinvia al contributo di C. Jolls-C.R. Sunstein, *Debiasing through law*, in *Journal of Legal Studies*, 35, 2006.
37. R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, trad. it., Milano, 2009 (tit. orig.

- Nudge. Improving decision about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008). Tra gli altri contributi si rinvia al fondamentale, C. Jolls – C.R. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1471-1550. Per un approccio che ponga attenzione alle scienze cognitive nell'analisi di diritto amministrativo, A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; S. D'Ancona, *Contributo allo studio della progettazione in materia di appalti e concessioni. Una prospettiva dalle scienze comportamentali e cognitive*, Giappichelli, 2021.
38. Per tutti, M. Cafagno, *Risorse decisionali*, cit., p. 45-46.
 39. La codificazione dei principi – tra cui la fiducia – mira a realizzare l'obiettivo di «accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (cfr. art. 2, comma 2)» (Relazione al nuovo Codice degli Appalti, Consiglio di Stato, 7 dicembre 2022, p. 12). Il termine "burocrazia difensiva", si usa per definire la situazione in cui dirigenti e funzionari pubblici adottano la decisione in grado di minimizzare il rischio di un'attribuzione di una responsabilità personale, invece di quella maggiormente efficace a tutelare l'interesse pubblico. Il termine richiama quello di medicina difensiva, emersa come un importante filone di ricerca, in primo luogo, negli Stati Uniti d'America e, in seguito, anche in Europa e in Italia. Sul tema G. Bottino, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi Economica*, 1, 2020, p. 117 ss.
 40. L'esistenza di un fenomeno di "fuga" dalle procedure elastiche verso procedure rigide più inefficienti ma semplici da gestire è confermata dal report annuale ANAC alla Camera dei Deputati in data 6 giugno 2019, p. 165-166. Per un raffronto con gli altri Paesi Europei, *idem*, p. 72 ss. Per un'indagine empirica sugli effetti della burocrazia difensiva, Forum PA, *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo? Una ricerca FPA*, Annual Report 2016, 23-25 maggio 2017, reperibile su <https://www.forumpa.it/riforma-pa/burocrazia-difensiva-come-ne-usciamo-una-ricerca-di-fpa/>.
 41. Sul collegamento tra principio di fiducia e assicurazione, G. Napolitano, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in Relazione al Convegno Il nuovo Codice degli Appalti, 27 gennaio 2023, p. 5 reperibile su <http://www.astrid-online.it/static/upload/fca1/fca19a43105e2b82a2cf9217edbf2cdd.pdf>.
 42. Solo un funzionario competente può meritare fiducia e può raggiungere effettivamente il risultato sperato (E. Quadri, *Il principio della fiducia alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle prime applicazioni della giurisprudenza*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 4, 2024, p. 3).
 43. *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 16. Per ridimensionare gli effetti di tale affermazione i relatori osservano che «non si tratta [...] di "regalare la fiducia"», piuttosto

«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 [...] nel modo più rispondente agli interessi della collettività».

44. Il principio di presunzione di legittimità è stato fin da tempi risalenti oggetto di ampio dibattito dottrinale. Per i rischi che esso comporta in termini di tutela del privato, M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 187 e nota che segue.
45. È stato di recente affermato che la prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi privati, sottesa alla teoria della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, non appare compatibile con gli sviluppi in senso democratico dell'ordinamento (G. Tropea, *Le presunzioni nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 3-4, 2019, pp. 732 ss., ivi ampi riferimenti dottrinali sul punto). Cfr. M. Golia, *Onere della prova e presunzioni giurisprudenziali*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1, 2023, pp. 243 ss. in particolare par. 9. Il principio assai risalente è riemerso in giurisprudenza negli anni 2000 e successivamente, Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in www.lexitalia.it; Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993, in www.lexitalia.it; Tar Veneto, sez. II, 26 marzo 2020, n. 289, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. IV, 4 novembre 2022, n. 9664, in www.giustizia-amministrativa.it.
46. TAR Campania Napoli, sez. V del 6 maggio 2024 n. 2959. T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2025 n. 427.
47. TAR Campania Napoli, sez. V del 6 maggio 2024 n. 2959. In questo senso, *«il risultato può essere adottato dal giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36/2023»* (ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, n. 4996/2024, con richiamo a Sez. V, n. 1924/2024; Sez. III, n. 286/2024 e n. 9812/2023). Ed ancora, più di recente un orientamento ha ammesso che *«i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione appaiono più ampi, con la conseguenza che si può ragionevolmente ritenere che un 'mero rigido e cavilloso formalismo' [...] non può che nuocere alla concorrenzialità, alla necessità di ampliare il contesto partecipativo dell'impresa, ma soprattutto all'esigenza della stazione appaltante di affidare la commessa all'operatore economico ritenuto più idoneo»* Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 2025, n. 1620.
48. Per una lettura critica dell'art. 21-octies, secondo comma L. 241/90 come elemento di arretramento delle tutele attribuite ai cittadini anche dal diritto europeo, per tutti D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2005, pp. 819 ss., *idem*, *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia: linee generali di sviluppo e critica di alcune recenti "involutioni"*, in *Foro amm. TAR*, 11, 2011, pp. 3779 ss., nonché P. Provenzano, *I vizi nella forma del procedimento*, Giuffrè, Milano 2015.
49. TAR Veneto Venezia, Sez. III, 3 giugno 2025 n. 879.
50. TAR Veneto Venezia, *cit.* Ciò in quanto *«il principio del risultato [...] non può comportare un'antinomia fra efficienza e legalità, posto che non si configura il buon andamento*

dell'amministrazione se non vi è al contempo rispetto del principio di legalità. In altre parole, se è vero che il principio del risultato costituisce il primario criterio orientativo dell'azione [...] è però altrettanto vero che tale esercizio dev'essere pur sempre legittimo[...] di talché il perseguimento del risultato non può giustificare il sovvertimento delle regole di gara alla cui osservanza la stazione appaltante si è auto-vincolata» TAR Veneto Venezia, cit., cfr. T.A.R. Veneto, Sez. III, 28 maggio 2025, n. 836, e in termini ancora più incisivi T.A.R. Toscana, Sez. III, 20 maggio 2025, n. 900, secondo la quale «il principio del risultato non può essere utilizzato come un passepartout idoneo ad aprire, sempre e comunque, l'area della legalità ad atti e provvedimenti illegittimi».

51. Sui limiti dell'applicazione del principio del risultato nel caso in cui una disciplina di gara sia priva della concreta declinazione dei criteri minimi ambientali Consiglio di Stato - sez. III del 27 maggio 2024 n. 4701. La pronuncia è richiamata in dottrina da G. Tropea, *Un nuovo super-principio?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2025, p. 470. Si noti che il caso oggetto CMA, tornato al giudice di primo grado, ha visto il prevalere del principio di fiducia come principio-fine attraverso il quale può essere sanata la carenza della legge di gara (TAR Campania, n. 427/2025). Parte della dottrina afferma che «*pur non essendo richiamato espressamente fra i principi, quindi, lo sviluppo sostenibile conforma qui la logica del risultato*» (A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *CERIDAP*, 3, 2023; cfr. E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 829 ss.).
52. Corte Costituzionale, 16 luglio 2024, n.132.
53. Corte Costituzionale, cit.
54. Secondo la disposizione costituisce colpa grave 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 norma, che recepisce la giurisprudenza del giudice contabile si è 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*».
55. R. Caranta, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, art. 1-12*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1954.
56. R. Ursi, *La trappola della fiducia nel Codice dei contratti pubblici*, in *www.dirittoconti.it*, 27 febbraio 2024.
57. R. Ursi, *La trappola*, cit., p. 4.
58. A questo proposito, la previsione che la colpa grave ricorrerebbe in caso di violazione degli auto-vincoli risulterebbe non comprensibile rispetto alla necessità di permettere ai decisori pubblici di correggere quegli atti dai quali, nel corso della procedura o dell'esecuzione contrattuale, possano derivare conseguenze non conformi ai principi codicistici.
59. E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario?*, cit., p. 134.

60. Come già esposto, non varrebbe l'osservazione secondo cui l'art. 2 prevede che il principio di "reciproca" fiducia e dunque anche a garanzia dell'operatore economico. Oltre a quanto spiegato, infatti, è evidente che un'interpretazione di favore verso un determinato operatore economico pregiudicherebbe concretamente gli interessi degli altri soggetti in competizione. In questo senso, parte della dottrina ha notato come il principio di fiducia sia di difficile coniugazione con i valori che ispirano la concorrenza (F. Saitta, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, giugno 2023).
61. Secondo quanto evidenziato da una parte della dottrina, i principi finora codificati, anche all'indomani della L. 241/90, sono andati a costituire nuclei di tutela dei diritti dei cittadini rispetto al potere amministrativo. In questo senso, si è affermato che essi hanno fatto emergere la necessità di «leggere l'attività amministrativa in chiave di tutela dell'amministrato e non solo in funzione del sovrano interesse pubblico di cui è portatrice l'amministrazione» (A. Bartolini, A. Pioggia *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 81). Oltre al principio di legalità, che assume una portata di primaria importanza garantendo da ogni abuso del potere (art. 1 co. 1 L. 241/90), sono diventati dunque fondamentali principi quali la semplificazione, la consensualità, la partecipazione, il contraddittorio, la pubblicità (*Idem*, 80-81).
62. Certamente va constatato che i principi presenti nel Codice siano posti a presidio di interessi pubblici differenziati tra loro, e non esclusivamente a garanzia degli operatori economici nell'ottica della corretta concorrenza. In vigenza del precedente Codice, era stato osservato che il legislatore ci ha consegnato «un codice sviluppato fra tre «poli concettuali», cioè tre esigenze diverse: tutela del mercato, salvaguardia della finanza pubblica e soddisfacimento delle istanze di matrice ambientale e sociale» (M. Giustiniani, *Art. 30*, in *Codice dei contratti pubblici*, diretto da F. Caringella, Milano, 2022, p. 262). Si denotava in questo senso un «sovraccarico assiologico», consistente nel fatto che, con le direttive di ultima generazione, le esigenze sociali, ambientali, di sviluppo sostenibile e di tutela della legalità avessero assunto un ruolo centrale, finendo per rendere la materia dei contratti pubblici «ricca, forse addirittura strabordante, di principi» (D. Capotorto, *Lo Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 2021, pp. 161-167). Si rinvia per un'analisi degli orientamenti a F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2799-i-principi-gener, 8 giugno 2023.
63. P. Oomsels, M. Callens, J. Vanschoenwinke, G. Bouckaert, *Functions and Dysfunctions of Interorganizational Trust and Distrust in the Public Sector*, in *Administration & Society*, Vol 51(4), 2019, pp. 516-544. Per completezza si fa presente che il quesito di ricerca contenuto nel contributo è riferito all'effetto della "fiducia" limitatamente alle relazioni interorganizzative tra uffici pubblici nei casi di interazioni interorganizzative ripetute e reciproche. Gli stessi Autori richiamano l'esigenza di sviluppare la ricerca empirica anche

nelle relazioni interorganizzative caratterizzate da interazioni mediate dal computer nelle reti virtuali, da interazioni “non ripetute” nelle reti mutevoli o da interazioni unidirezionali.

64. D’obbligo il richiamo a N. Luhmann il quale sostiene che la fiducia è tipicamente richiesta proprio laddove altri mezzi per semplificare l’orientamento dell’azione e garantirla non funzionano (N. Luhmann, *Trust and power*, 1979, Chichester, UK, John Wiley, p. 87). La fiducia interorganizzativa è quindi considerata funzionale per consentire l’azione e la cooperazione in contesti contingenti, poiché permette di “sospendere” la vulnerabilità (G. Möllering, *Trust: Reason, routine, reflexivity*. Amsterdam, The Netherlands: Elsevier, 2006) sulla base di contingenze probabili e consente agli attori di concentrarsi sul raggiungimento di obiettivi condivisi invece che sullo sviluppo dei dettagli della loro partnership (M. Shaw, *Successful collaboration between the nonprofit and public sectors*, in *Nonprofit Management & Leadership*, 14, 2003, pp. 107-120). Secondo gli Autori del contributo citato in apertura, la ricerca a livello di sistema, interorganizzativo, intergruppo e interpersonale ha dimostrato che tale sospensione della vulnerabilità basata sulla fiducia porta a una serie di conseguenze funzionali quali una maggiore innovazione, apprendimento, performance organizzativa e cooperazione efficace (P. Oomsels, M. Callens, J. Vanschoenwinke, G. Bouckaert, cit., p. 520; cfr. K. Dirks, D. Ferrin, *Trust in leadership: Meta-analytic findings and implications for research and practice*, in *Journal of Applied Psychology: An International Review*, 87, 2002, pp. 611-628; C. A. Fulmer, M. J. Gelfand, *At what level (and in whom) we trust: Trust across multiple organizational levels*, in *Journal of Management*, 38, 2012, pp. 1167-1230). In quanto tale, l’azione collettiva in un sistema complesso è resa possibile da costi di transazione notevolmente ridotti grazie alla maggiore disponibilità a sospendere la vulnerabilità implicita nella fiducia. Rinviando al pensiero di H. Simon, la principale funzionalità strumentale della fiducia interorganizzativa risiede quindi nel suo potenziale di collaborazione orientata agli obiettivi ed economicamente vantaggiosa tra le organizzazioni, che è una virtù importante nel settore pubblico, dove l’efficienza nella realizzazione degli obiettivi è considerata il criterio primario della razionalità amministrativa (H. Simon, *Administrative behavior*, New York, NY: Free Press, 1997).
65. G. Bouckaert, *Trust and public administration*, in *Administration*, 60(1), 2012, pp. 91-115.
66. P. Oomsels, M. Callens, J. Vanschoenwinke, G. Bouckaert, cit., p. 517 (la traduzione di cui al testo è dell’autore del presente contributo); cfr. C. Van Montfort, *Ontwikkelingen in toezicht en verantwoording bij instellingen op afstand [Developments in oversight and accountability of peripheral institutions]*, in *Tijdschrift voor Toezicht*, 1(1), 2010, pp. 6-20.
67. P. Oomsels, M. Callens, J. Vanschoenwinke, G. Bouckaert, cit., p. 517 (la traduzione di cui al testo è dell’autore del presente contributo); cfr. C.A. Fulmer, M.J. Gelfand, *At what level*, cit., p. 1201; D. Skinner, G. Dietz, A. Weibel, *The dark side of trust: When trust becomes a “poisoned chalice.”*, in *Organization*, 21, 2013, pp. 206-224.
68. P. Oomsels, M. Callens, J. Vanschoenwinke, G. Bouckaert, cit., p. 540.

69. Per contro, una preferenza normativa per la “sfiducia” si riflette in termini positivi sull’organizzazione per la relativa prevedibilità dei costi riferiti alle strategie di prevenzione delle condotte, e in termini negativi per gli elevati costi di transazione di tali strategie. Sul punto, sembra affine il pensiero di quella parte di dottrina che ha evidenziato come *«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»*. R. Ursi, *La trappola*, cit. p. 5-6. Ed ancora, *«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»* R. Ursi, *La trappola*, cit.
70. Come ben evidenziato, *«la propensione al rischio deve essere tenuta sotto controllo all’interno degli stessi sistemi»* R. Ursi, *La trappola*, cit. p. 5.
71. Per un’analisi della norma, F. Gaffuri, *La disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 10, 2025 e dottrina ivi richiamata.
72. La norma prevede infatti che *«in coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell’azione amministrativa, la percepita minaccia all’imparzialità e indipendenza deve 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»* (art. 16 co. 2 D.lgs. cit.).
Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione. Sul conflitto di interessi e sui mezzi predisposti per prevenire gli effetti dannosi S. Del Gatto, *La dimensione amministrativa del conflitto di interessi e il principio di buona amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2024, p. 309 ss.
73. Il par. 2 dell’art. 25 della Dir. 24/2014, in effetti prevede che il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un’amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell’amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, *«economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto»*.

74. Osservazioni ANAC allo Schema di codice dei contratti pubblici, p. 8.
75. F. Gaffuri, *La disciplina del conflitto di interessi, cit.*, p. 103. Cfr. H. Simonetti, *La disciplina del conflitto di interessi nella prospettiva del nuovo codice dei contratti*, in G. Fonderico (a cura di), *Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Edizioni Ca' Foscari, Venezia, 2024, p. 70.
76. Osservazioni ANAC, p. 9.
77. Il riferimento espresso è a Corte di Giustizia del 12 marzo 2015, causa C538/13. Secondo ANAC (Osservazioni, p. 9) la giurisprudenza richiamata stabilisce che l'amministrazione aggiudicatrice è responsabile della procedura di gara anche nel caso in cui nomini una commissione di esperti e assegna alla sua specifica ed esclusiva competenza la verifica dell'esistenza di eventuali conflitti di interesse tra questi ultimi e le imprese concorrenti. Per la Corte, non si può chiedere al ricorrente in giudizio «*di provare concretamente la parzialità del comportamento degli esperti*»: di conseguenza, se sussistono elementi oggettivi che mettono in dubbio l'imparzialità di un ausiliario dell'amministrazione aggiudicatrice, spetta poi a quest'ultima ogni ulteriore verifica sul punto, anche in funzione dell'eventuale prova contraria da fornire in sede processuale.
78. Il principio di fiducia si integrerebbe in maniera sicuramente meno critica nell'ambito degli istituti di natura collaborativa tipici del diritto dei contratti pubblici. G. Arena, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni*, in *Rapporto 2022 Italiadecide. La fiducia cresce nelle pratiche di comunità. Modelli ed esperienze di partecipazione condivisa tra cittadini, amministrazioni e imprese*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 168. Sui patti di collaborazione, G. Marletta, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Dir. Amm.*, 2, 2023, pp. 441 ss. Ci si deve tuttavia interrogare se l'effetto reale delle norme possa essere quello di incentivazione o se esse, piuttosto, possano, potenzialmente, dare origine a condotte opportunistiche dei decisori, dannose per gli interessi della pubblica amministrazione e dei cittadini.