

# Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici

a cura di  
Giuliano Fonderico

con scritti di  
Patrizia Marzaro, Enrico Carloni,  
Elisabetta Midenà, Hadrian Simonetti,  
Maria De Benedetto



**Edizioni**  
Ca' Foscari



Trasparenza e prevenzione della corruzione  
nel nuovo codice dei contratti pubblici

## **Studi e ricerche**

37



**Edizioni**  
Ca' Foscari

# Studi e ricerche

## **Comitato editoriale | Editorial board**

Antonio Rigopoulos (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Stefania De Vido (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Franz Fischer (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

María del Valle Ojeda Calvo (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Pietro Daniel Omodeo (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Andrea Pontiggja (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Silvia Vesco (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Alessandra Zanardo (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

e-ISSN 2610-9123

ISSN 2610-993X



URL <http://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni/collane/studi-e-ricerche/>

# **Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici**

a cura di  
Giuliano Fonderico

Venezia

**Edizioni Ca' Foscari** - Venice University Press

2024

Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici  
a cura di Giuliano Fonderico

© 2024 Giuliano Fonderico per il testo

© 2024 Edizioni Ca' Foscari per la presente edizione



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License  
Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale



Any part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted  
in any form or by any means without permission provided that the source is fully credited.

Qualunque parte di questa pubblicazione può essere riprodotta, memorizzata in un sistema di  
recupero dati o trasmessa in qualsiasi forma o con qualsiasi mezzo, elettronico o meccanico,  
senza autorizzazione, a condizione che se ne citi la fonte.



Scientific certification of the Works published by Edizioni Ca' Foscari: the essay here published  
has received a favourable evaluation by subject-matter experts, through a double-blind peer  
review process under the responsibility of the Editorial board of the series. The evaluations were  
conducted in adherence to the scientific and editorial criteria established by Edizioni Ca' Foscari,  
using a dedicated platform.

Certificazione scientifica delle Opere pubblicate da Edizioni Ca' Foscari: il saggio qui pubblicato  
ha ottenuto il parere favorevole da parte di valutatori esperti della materia, attraverso un processo  
di revisione doppia anonima, sotto la responsabilità del Comitato editoriale della collana. La  
valutazione è stata condotta in aderenza ai criteri scientifici ed editoriali di Edizioni Ca' Foscari,  
ricorrendo all'utilizzo di apposita piattaforma.

Edizioni Ca' Foscari | Fondazione Università Ca' Foscari  
Dorsoduro 3246 | 30123 Venezia  
edizionicafoscari.unive.it | [ecf@unive.it](mailto:ecf@unive.it)

1a edizione agosto 2024

ISBN 978-88-6969-823-1 [ebook]

ISBN 978-88-6969-824-8 [print]

Cover design: Lorenzo Toso

Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici / a cura di  
Giuliano Fonderico — 1. ed. — Venezia: Edizioni Ca' Foscari, 2024. — viii + 102 p.; 23 cm. — (Studi e  
ricerche; 37). — ISBN 978-88-6969-823-1.

URL <https://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni4/libri/978-88-6969-824-8/>

DOI <http://doi.org/10.14277/10.14277/978-88-6969-823-1>

## **Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici**

a cura di Giuliano Fonderico

### **Abstract**

The essays collected in this volume deal with the new Public Contracts Code (legislative decree no. 36/2023) from the perspective of transparency and anti-corruption rules. The essays reconstruct the system of principles defined by the Code and the relationships between them, they examine in particular the principle of trust and how it affects the transparency and accountability of administrations, the impact of the new Code on transparency in public contracts and its rationalisation, the evolution of the conflict of interest regulation, and the improvement of administrative efficiency and capacity as a tool to fight corruption.

**Keywords** Administrative efficiency. Administrative simplification. Anti-corruption. Conflict of interest. General principles of law. Public procurement. Regulation. Transparency. Trust.





# **Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici**

a cura di Giuliano Fonderico

## **Sommario**

### **Introduzione**

Giuliano Fonderico

3

### **I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici**

Una nuova visione di insieme per una nuova visione  
dell'amministrazione

Patrizia Marzaro

7

### **La fiducia 'in trasparenza' nel nuovo codice dei contratti pubblici**

Enrico Carloni

27

### **Per una trasparenza semplificata nei contratti pubblici: il codice dei contratti e le iniziative dell'Anac**

Elisabetta Midena

41

### **La disciplina del conflitto di interessi nella prospettiva del nuovo codice dei contratti**

Hadrian Simonetti

57

### **Disciplina dei contratti pubblici, prevenzione della corruzione ed effettività delle funzioni amministrative**

Maria De Benedetto

75



**Trasparenza e prevenzione  
della corruzione nel nuovo codice  
dei contratti pubblici**



# Introduzione

Giuliano Fonderico

Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Gli studi contenuti in questo volume sviluppano relazioni che gli Autori hanno tenuto nel corso della settimana *Giornata della Trasparenza*, svoltasi presso Ca' Foscari il 23 novembre 2023. L'evento è organizzato annualmente dalle Università del Veneto: Università Ca' Foscari Venezia, IUAV, Università degli Studi di Padova e Università degli Studi di Verona. È una forma di cooperazione tra gli Atenei veneti che si è ormai consolidata e che ha dimostrato negli anni una particolare vitalità. Basti scorrere i temi via via affrontati e la loro capacità di seguire da vicino le vicende delle discipline anticorruzione e sulla trasparenza.

Per quest'ultima edizione, la scelta del tema poteva apparire quasi scontata vista la recente adozione di un nuovo codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 36/2023.

La materia dei contratti pubblici, pur con tutte le difficoltà che si incontrano nella misurazione di fenomeni del genere, è storicamente considerata un'area ad alto rischio per la corruzione ed è così formalmente qualificata dal Piano nazionale anticorruzione.

In questo ambito, la trasparenza svolge usualmente due ruoli. Da un lato, essa può rappresentare uno strumento di prevenzione e di emersione dei fenomeni di corruzione, secondo il motto per cui la «luce del sole è un ottimo disinfettante». Dall'altro, la trasparenza è stata sempre una componente, per così dire, naturale, della disciplina dei contratti pubblici e delle sue procedure di affidamento, una delle cui misure distintive sta proprio nel grado di pubblicità che viene garantito.

Se quindi, lo si ripete, poteva essere naturale che nell'anno di approvazione di un nuovo codice dei contratti pubblici, questo fosse il tema di elezione per una *Giornata della Trasparenza*, sta di fatto che il legame tra tali due corpi normativi ha caratteri molto particolari e non del tutto lineari.

Ci si può limitare a due richiami. Il primo va alle vicende dell'Autorità nazionale anticorruzione, all'approssimarsi del precedente codice del 2016. L'Autorità è stata istituita in sostituzione della CiVIT, accorpando le competenze della trasparenza con rafforzate funzioni anticorruzione e assorbendo quella che era l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Questa scelta organizzativa aveva riflessi funzionali, che alcuni commentatori dell'epoca osservarono anche con accenti critici. Sembrava quasi che vi fosse un'identificazione tra i contratti pubblici, nel loro insieme, e i fenomeni corruttivi, al punto da far sì che l'Autorità dei contratti pubblici fosse proprio l'Autorità anticorruzione. Il secondo tema è più ampio e trascende il diritto nazionale. Ci si riferisce al rapporto tra discrezionalità amministrativa e legalità che si incontra nella disciplina dei contratti pubblici. Si è osservato un fenomeno singolare nella storia di questa disciplina, quasi a parte invertite. Il legislatore nazionale puntava a stringere la legalità intorno alle decisioni di affidamento delle amministrazioni aggiudicatrici, introducendo meccanismi automatici e criteri vincolati di decisione e, all'opposto, il diritto dell'Unione europea promuoveva la discrezionalità. È accaduto per temi nevralgici, basti rammentare la scelta del criterio di aggiudicazione, la verifica delle offerte anomale, la disciplina del subappalto - la cui modifica per il nostro diritto ha rappresentato un salto culturale, con implicazioni diffuse - e quella sugli illeciti professionali come causa di esclusione dalle procedure.

In questo quadro, quali scelte ha compiuto il nuovo codice? Nelle sue norme si trovano alcune soluzioni oggettivamente innovative, la cui tenuta andrà verificata nel tempo ma la cui rilevanza non può essere negata. Il codice si apre con un'elencazione di principi, la cui stessa collocazione nell'articolato ne vuole esprimere la priorità concettuale. I primi e più rilevanti di questi principi paiono voler ribaltare l'impostazione sospettosa, antropologicamente pessimistica che caratterizzava la normativa precedente e, per molti aspetti, la giurisprudenza che la applicava. Si fa riferimento, in particolare, al principio del risultato e al principio della fiducia, l'idea che i contratti pubblici servano anzitutto per raggiungere un risultato e che si possa nutrire fiducia non solo nei confronti delle amministrazioni ma anche degli operatori che partecipano alle procedure di affidamento. Ciò ha portato, in vari istituti puntuali, al riconoscimento di nuovi spazi di discrezionalità.

La scelta è in controtendenza rispetto al passato e non è stata compiuta con ingenuità, senza consapevolezza dei punti critici da affrontare. Le contropunte che il legislatore ha cercato di approntare sono legate a meccanismi innovativi: la trasparenza intesa in un senso originale, la trasparenza collegata alla digitalizzazione e dunque alle tecniche dell'intelligenza artificiale. Emerge la convinzione che non sia necessario sottoporre tutti i contratti pubblici a regole

molto stringenti, che possono pregiudicare il risultato voluto, ma che ci si possa dotare di sistemi di allarme e di verifica che consentano, in modo più chirurgico, di intervenire sui casi di illegalità o comunque di cattiva amministrazione.

I saggi che compongono questo volume riflettono su queste innovazioni da più punti di visuale. Essi ricostruiscono i principi generali del codice, il loro ruolo, il rapporto con la trasparenza e come questa operi, il funzionamento di un istituto di snodo come il conflitto di interessi, e prospettano un modello di 'regolazione' della corruzione capace di tenere in equilibrio la prevenzione dei fenomeni illeciti con l'efficienza delle attività contrattuali pubbliche.

Gli Autori sono tra coloro che, in ruoli diversi, hanno dato i più alti contributi alla formazione, interpretazione e applicazione di queste discipline e dei temi che esse coinvolgono. L'Università Ca' Foscari è stata particolarmente lieta di potere ospitare i loro interventi nella *Giornata della Trasparenza* e lo è oggi di poter raccogliere i loro scritti in un volume delle sue Edizioni.





# I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici

## Una nuova visione di insieme per una nuova visione dell'amministrazione

Patrizia Marzaro

Università degli Studi di Padova, Italia

**Abstract** The paper reflects the structure of general principles upon which the entire framework of the new Code of Public Contracts is built; this set of principles implies an innovative general vision of the public administration and its tasks, even beyond the public procurement sector. In particular, the Author dwells on the nomogenetic function of the principles and on the reciprocal relations between them, on the basis of which the principle of result is emphasized. Lastly, the paper reflects on the advisory function of the Consiglio di Stato, which is intended to guide the administrative system in times of uncertainty.

**Keywords** Code of public contracts . General principles. Principle of the result. Administrative discretion. Advisory function of the Consiglio di Stato.

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

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

Che la disciplina dei contratti pubblici possa dirsi materia «tormentata»<sup>1</sup> non costituisce solo narrazione consolidata ma dato oggettivo che caratterizza la storia del nostro ordinamento.

A partire dalla legge Merloni n. 109 del 1994 - che nel dopo Tangentopoli si caratterizza per la chiara impronta anticorruptiva -, alla legge cd. obiettivo n. 443 del 2001 - con i corridoi accelerati e semplificati per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti di interesse strategico e di interesse nazionale -, passando al d.lgs. n. 163 del 2006 - il primo codice dei contratti pubblici in cui diventa centrale la prospettiva europea proconcorrenziale -, per arrivare infine al d.lgs. n. 50 del 2016, il secondo codice dei contratti pubblici, nel quale ritorna forte la matrice anticorruptiva - con la concentrazione in capo all'Anac tanto della funzione di prevenzione della corruzione, quanto della regolazione e vigilanza del mercato dei contratti pubblici, proseguendo sulla strada aperta dalla legge cd. Severino n. 190 del 2012 -,<sup>2</sup> si può certamente convenire sul fatto che «dagli anni '90 in poi non si è mai smesso di cercare un equilibrio tra esigenze di celerità ed efficienza e garanzie di correttezza e legalità», in un quadro regolatorio in continua evoluzione e alla ricerca della semplificazione delle procedure, e in un materia di per sé «permeabile agli agenti esterni».<sup>3</sup>

Il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, rappresenta dunque una nuova tappa di questo processo evolutivo - il terzo codice - nella stagione del PNRR, della postpandemia e dei conflitti bellici in Europa o ai suoi confini.

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

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

**1** Così Vetrò, Lombardo, Petrachi, «L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione», 34, a cui si rinvia anche per un'ampia lettura critica dell'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici; particolarmente significativa anche l'analisi compiuta da Massera, Merloni, «L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici», 587 ss., e da Sandulli, «Il contenzioso dei contratti pubblici».

**2** Su cui vedi diffusamente, tra gli altri, Delsignore, Ramajoli, «La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia», 61 ss.; e Massera, Merloni, «L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici», 622 ss.

**3** Cf. ancora Vetrò, Lombardo, Petrachi, «L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione», 60.

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

La forza di questa scelta - su ciò si concentrerà questo lavoro - sta nel fatto che essa è capace di 'parlare', di 'orientare' anche andando oltre la normativa di settore sui contratti pubblici, e di costituire un segnale di un più ampio processo di cambiamento - o, forse sarebbe meglio dire, di una ineludibile esigenza di maturazione di un cambiamento faticosamente in atto da tempo nell'ordinamento amministrativo -, a cui pare proprio opportuno riservare una specifica attenzione e al quale del resto fa riferimento in vari passaggi anche la stessa Relazione illustrativa al codice.<sup>4</sup>

## 2 L'innovatività del sistema dei principi e la legge delega

In realtà i principi del nuovo codice in sé non paiono così profondamente innovativi, hanno certamente radici nel passato;<sup>5</sup> ciò che sicuramente però è innovativa è la loro sistematizzazione e in ciò sta la forza che sono in grado di sprigionare. È la creazione del sistema dei principi e la collocazione in apertura al codice di settore - e soprattutto il loro ruotare attorno alla discrezionalità dell'Amministrazione, quasi avvolgendola - ad assumere un significato sicuramente innovativo, o, quantomeno, ad aprire una porta verso una prospettiva innovativa, di cambiamento.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> <https://www.giustizia-amministrativa.it/schema-del-codice-dei-contratti-pubblici-elaborato-dal-consiglio-di-stato>; sul punto interessanti anche le osservazioni di Tulumello, «Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità»; secondo il quale «perché storicamente il diritto dei contratti pubblici è un 'diritto precursore' rispetto al diritto amministrativo generale [...] decodificare la nuova disciplina dell'affidamento e della tutela per equivalente può essere interessante anche per comprendere le tendenze ordinamentali al di là della disciplina di settore».

<sup>5</sup> Su questi aspetti cf. tra gli altri Chiariello, «Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici», 145; Perfetti, «Art. 1», 5; Saitta, «I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici»; Spasiano, «Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici».

<sup>6</sup> Secondo Napolitano («Il nuovo Codice dei contratti pubblici», 287), «il d.lgs. n. 36/2023, ha deciso di aprire il nuovo codice con l'affermazione di principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici in coerenza con la naturale vocazione di un codice a

A questo proposito non va sottovalutato anche il rapporto in cui il codice si pone rispetto alla legge delega, la n. 78 del 2022, che, all'art. 1, comma 1, apre individuando le finalità da assicurare – l'adeguamento della disciplina «al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e dalle giurisdizioni superiori interne e sovranazionali» – ma poi, al comma successivo, prosegue senza fare riferimento alcuno, all'interno dei principi e criteri direttivi su cui si regge la delega, all'individuazione o, ancor più, alla definizione dei principi che apriranno il codice.<sup>7</sup>

La lett. a) del comma 2, sempre dell'art. 1, fa riferimento in generale alla «inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo». All'interno delle 31 lettere che contengono principi e criteri direttivi compare invece spesso e non senza significato, come si potrà vedere nel prosieguo, la finalità della 'semplificazione', che, anche in attuazione della cd. riforma abilitante del PNRR, sembra risultare l'oggetto vivo della delega, 'illuminato' dal sistema dei principi, mentre è sì presente un generale riferimento a principi della disciplina dei contratti pubblici ben noti, a un insieme classico di principi,<sup>8</sup> ma nominati nel loro complesso: «pubblicità, trasparenza, concorrenzialità, non discriminazione, proporzionalità, economicità, efficacia, imparzialità» (lett. e), principi taluno dei quali compare talora anche in altre previsioni, ma senza alcuna specificazione ulteriore.<sup>9</sup> I vari criteri direttivi, invece, presentano generalmente un carattere articolato e puntuale, in modo da assicurare un esercizio adeguato ed esaustivo della delega, in grado di rispondere, o almeno di cercare di farlo, alle tante questioni aperte dalla disciplina precedente.

---

costruire un sistema normativo organico. In questo modo, i principi mirano a esprimere la 'visione' complessiva della regolamentazione della materia che, in quanto tale, orienta l'interpretazione e l'applicazione delle singole disposizioni. Può dunque ben dirsi che i principi esprimono una sorta di 'plusvalore' giuridico rispetto alle singole norme.

**7** Parla di «principi e criteri direttivi della legge delega invero formulati in modo tale da lasciare molto spazio al lavoro dei redattori» Montedoro, «La funzione nomofilattica e ordinante».

**8** «I soliti noti» come sono icasticamente definiti da Caranta, «I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12», 1955.

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

Il quadro naturalmente non sarebbe completo se non si ricordasse l'investitura compiuta dal legislatore nei confronti del Consiglio di Stato dal successivo comma 4, dell'art. 1, che attribuiva al Governo la facoltà di attivare la funzione di ausilio all'amministrazione prevista dall'art. 14, n. 2, del r.d.n. 1054 del 1924, secondo cui il Consiglio di Stato «formula quei progetti di legge e i regolamenti che gli vengono commessi dal Governo», funzione poi effettivamente esercitata con la redazione del progetto del codice a opera della Commissione del Consiglio di Stato, nella composizione integrata riportata nella relazione illustrativa al codice.

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

La creazione del sistema della disciplina dei contratti pubblici a partire dalla elaborazione di quello che può essere rappresentato come una sorta di 'albero dei principi', è quindi frutto del lavoro e della scelta autonoma della Commissione,<sup>10</sup> ed essi paiono estremamente significativi non soltanto nel contesto del codice di cui si sta trattando, ma anche in una prospettiva più ampia e rilevante - sulla quale si tornerà più oltre - i cui contorni era tuttavia opportuno tracciare fin dall'inizio, perché in realtà anch'essi non rivestono i caratteri della novità assoluta, non nascono con il nuovo codice, ma affondano in modo essenziale le proprie radici quanto meno nelle esperienze delle riforme originate dalla cd. legge Madia, n. 142 del 2015, che hanno interessato in modo sistematico il Consiglio di Stato in sede consultiva.

In ogni caso, giunti a questo punto, è evidente che la prima domanda che ci si deve porre è se con principi si abbia effettivamente a che fare - così essi vengono definiti dal codice e dalla relazione illustrativa, che per questa loro natura fa riferimento a una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del 2013, la n. 13 - o, invece, si tratti di clausole generali.<sup>11</sup>

**10** Del resto, tra i «due importanti valori aggiunti» che presentano i Codici di settore, vi è che «essi sono più delle altre leggi, fucine di principi», così Carbone, «Quali rimedi per l'inflazione legislativa»; osserva Montedoro che «in questo caso [...] non è stata la politica a formulare i principi generali del codice ma la politica ha formulato solo i principi e i criteri direttivi della legge delega lasciando al Consiglio di Stato la formulazione dei principi che sono stati estratti dalla filosofia complessiva che si voleva imprimere alla disciplina» (Montedoro, «La funzione nomofilattica e ordinante»).

**11** Osserva Nivarra, «'Dentro' e 'fuori'. Lo strano caso delle clausole e dei principi generali», 59, che «il tema delle clausole e quello dei principi generali [...] continua a richiamare l'attenzione degli interpreti, e su di essi si è stratificata una letteratura davvero cospicua». A tale proposito ci si limita qui a ricordare tra gli altri Luciani, «Certezza del diritto e clausole generali», secondo cui «clausole generali e principi generali sono formule

La questione infatti si pone tipicamente quando si affronta questo modo di legiferare, tanto che dottrina che molto se ne è occupata ne sottolinea anzitutto la comune natura di «enunciati normativi connotati da un certo grado di vaghezza».<sup>12</sup> Mentre, però, si osserva, le clausole generali «operano attraverso il rinvio a standard di giudizio (es. buona fede, correttezza professionale)» e sono rappresentate attraverso «sintagmi contenuti in enunciati normativi», i principi sono congegnati in modo tale da «incorporare le linee guida, i valori, di un dato sistema giuridico»,<sup>13</sup> e costituiscono i «punti di partenza dai quali è possibile generare per via interpretativa nuove norme».<sup>14</sup> Essi si presentano come «norme senza disposizione, [...] la loro applicazione attiene al legale processo di produzione del diritto [...] [e] la loro individuazione in via giurisprudenziale incide [...] sul momento della definizione dell'ordinamento», laddove invece «l'applicazione dello standard appartiene alla qualificazione del fatto e alla valutazione del comportamento, alla luce di modelli costruiti su criteri di comune esperienza».<sup>15</sup>

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

---

utilizzate sinonimicamente, ma non è affatto detto che sia così e non a caso vi sono molti che le distinguono»; mentre secondo Sala, «Le clausole generali nell'età della codificazione», 1193: «la giurisprudenza tende a confondere principi e clausole generali. Pur se dal punto di vista materiale possono essere (in quanto l'individuazione del contenuto è rimessa per entrambi all'interprete e non senza valutazioni assiologiche) all'apparenza analoghe, si tratta di realtà giuridiche ben diverse». Alpa parla invece di «ambiguità del termine principio», in «Il dialogo sui principi generali tra legislazione, dottrina e giurisprudenza», 86, e prosegue sempre sottolineando la frequenza della «confusione tra principi generali e clausole generali», in una «panopia di riferimenti», nella quale «l'espressione 'principio' assume molteplici significati, che si moltiplicano ancor più se si considerano i contesti in cui la parola è impiegata...»; mentre particolarmente pregnanti sono le riflessioni relative alla storia dell'analisi giuridica sul tema dei principi generali, di Montedoro, «La funzione nomofilattica e ordinante», «per ricordare da dove veniamo, di fronte ad una mentalità che promuove ormai la 'mistica dei principi' sottovalutando le regole».

**12** Così Nivarra, «'Dentro' e 'fuori'. Lo strano caso delle clausole e dei principi generali», 59.

**13** Così sempre Nivarra, «'Dentro' e 'fuori'. Lo strano caso delle clausole e dei principi generali», 78; cf. sul punto tra gli altri anche Massera, «I principi generali», 438 ss.

**14** Così Pino, «La certezza del diritto e lo Stato costituzionale», 537.

**15** Così Sala, «Le clausole generali nell'età della codificazione», 1194 ss.

Vale la pena, tuttavia, soffermarsi ancora un momento sull'interrogativo che ci si è posti e cercare di compiere un passo in più, richiamando la dottrina di un Autore che, pur nella vastità dei contributi che si registrano sul tema, rimane ancora un riferimento imprescindibile per chi se ne occupi approfonditamente; le osservazioni di Luigi Mengoni - per quanto qui non si possa che ricordarle senza soffermarsi in modo approfondito sulle riflessioni che ne scaturiscono - possono infatti aiutare a meglio comprendere la forza e il ruolo della struttura valoriale disegnata dal codice.

Ci si riferisce in particolare alla distinzione dei principi in due *species*: i principi cd. dogmatici e quelli cd. problematici,<sup>16</sup> per quanto essa «non deve essere intesa in funzione di una rigida contrapposizione tra pensiero sistematico e pensiero problematico», come avverte lo stesso Autore.<sup>17</sup> I primi

sono *principia demonstrandi*, hanno valore assiomatico [...] possono essere espressi, cioè formulati dallo stesso legislatore nella veste di norme di principio, oppure inespressi...cioè indotti da un insieme di norme particolari e condensati in formule dottrinali, dette dai giuristi rimani *regulae iuris*.<sup>18</sup>

Essi quindi individuano sostanzialmente la premessa maggiore del sillogismo interpretativo operato in sede applicativa: se posti «in rapporto con il sistema, come organismo storico, oltre che logico linguistico [...] individuano e rideclinano [...] i valori fondamentali ai quali quel dato ordinamento giuridico si ispira».<sup>19</sup>

I principi cd. problematici, invece, «forniscono premesse verosimili, punti di partenza accettabili di argomentazioni di tipo dialettico, che concludono con un giudizio di preferenza fra più ipotesi possibili di soluzione di un caso concreto»;<sup>20</sup> essi «si ricollegano a opzioni di politica del diritto certamente rilevanti, ma non di portata tale da assurgere al rango di infrastrutture del sistema» - com'è per i principi dogmatici -, ma offrono comunque dei luoghi, dei «punti di vista interpretativi, necessari ai fini dell'integrazione delle lacune e di ausilio all'interpretazione propriamente intesa».<sup>21</sup>

**16** Così Mengoni, «I principi generali del diritto e della scienza giuridica»; dello stesso Autore cf. anche «Spunti per una teoria delle clausole generali».

**17** Così Mengoni, «I principi generali del diritto e della scienza giuridica», 246.

**18** Così Mengoni, «I principi generali del diritto e della scienza giuridica», 241.

**19** Secondo le osservazioni di Nivarra, «'Dentro' e 'fuori'. Lo strano caso delle clausole e dei principi generali», 81.

**20** Così Mengoni, «I principi generali del diritto e della scienza giuridica», 244.

**21** Così ancora Nivarra, «'Dentro' e 'fuori'. Lo strano caso delle clausole e dei principi generali», 81.

Ai fini di cui qui si tratta, proprio per rappresentare la forza della nuova visione del codice, e senza che questo naturalmente possa esaurire la riflessione sul significato e sulla portata del sistema dei principi adottato dal codice, pare però che ai principi cd. dogmatici si possa avvicinare almeno il principio del risultato (di affidamento e di esecuzione del contratto) di cui all'art. 1.

Per quanto assoggettabile a bilanciamento - «nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza» (comma 1)<sup>22</sup> - non può essere senza significato che (unico tra gli undici) esso si presenti come espressa «attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità», come «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto», oltre che per la valutazione della responsabilità e l'attribuzione degli incentivi ai funzionari (comma 4); e, ancora depone in questo senso la funzione strumentale al raggiungimento del risultato affidata anche al principio della fiducia (art. 2, comma 2) oltre che a quello di concorrenza, «funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti» (art. 1, comma 2).<sup>23</sup>

**22** Nella costruzione di Mengoni («I principi generali del diritto e della scienza giuridica», 242 ss.), «i principi dogmatici non sono soggetti a bilanciamento [...] una volta formulato il principio il suo modo di applicazione è la sussunzione», ma ciò non sembra porsi in contrasto con quanto proposto nel testo, in quanto tali principi «incontrano un limite quando si verificano i presupposti di eccezioni derivanti da altri principi o da norme particolari. Le eccezioni fanno parte della definizione concettuale del principio, non lo contraddicono, ma ne delimitano l'ambito applicativo».

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



È vero che, giustamente, e molto attentamente, il legislatore, preoccupato dall'esigenza di assicurare loro effettività, non si è limitato a nominare i principi nella più parte dei casi ma ne ha voluto tracciare l'essenza, per cercare di contenerne l'indeterminatezza<sup>24</sup> - fatto da cui è possibile trarre argomenti ulteriori anche per non ricondurre alla categoria delle mere clausole generali - e soprattutto si è posto il problema del rapporto in cui stanno tra di loro, fornendo direttive per la loro 'convivenza'.<sup>25</sup> Allo stesso modo, sono stati distinti giustamente anche i primi tre 'articoli-principi' - risultato, fiducia, accesso al mercato - rispetto agli altri, facendone l'asse interpretativo portante, illuminante, di tutto il codice;<sup>26</sup> ma, se si va a guardare nel suo insieme la rete del bilanciamento tra principi disegnata dai primi dodici articoli del codice - certamente complessa - non possono non spiccare gli elementi sopra messi in evidenza, che depongono a favore di una differenziazione del principio del risultato rispetto ai rimanenti principi.

E, del resto, è anche la stessa relazione illustrativa al codice a qualificare il principio del risultato come «interesse pubblico primario del Codice»,<sup>27</sup> mentre in dottrina si è sottolineato proprio un

---

(quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto». Riconosce al principio del risultato «il ruolo di stella polare che deve guidare l'interprete alla scoperta del nuovo impianto normativo», Perongini, «Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici».

**24** Cf. Perfetti, «Sul nuovo codice dei contratti pubblici», 7, secondo cui «[l]o schema del codice dei contratti in corso di approvazione [...] ha l'enorme merito di fornire una precisazione legislativa dei principi, non solo una loro enunciazione generica e così astratta da rappresentare null'altro che clausole generali. Finalmente disponiamo di enunciati normativi non solo suscettibili di diretta applicazione, ma in grado - come proprio dei principi - di comporre le singole fattispecie puntuali, di entrare a far parte delle regole del caso e, quindi, di ordinare il sistema».

**25** Osserva Pino («La certezza del diritto e lo Stato costituzionale», 537), che «i principi sono norme generiche e indeterminate, con un campo di applicazione (fattispecie) molto ampio, e che pertanto tendono a confliggere reciprocamente: la loro applicazione richiede attività di bilanciamento (talvolta caso per caso) e concretizzazione».

**26** Spasiano («Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici», 219) parla di «differenziata funzione» dei principi sanciti dal codice dei contratti pubblici, con riguardo a questi primi tre articoli, in quanto presentano un «carattere ampiamente orientante e nomofilattico»; mentre Saitta («I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici»), li definisce «principi cardine»; e Napolitano, («Il nuovo Codice dei contratti pubblici»), ritiene che essi si «atteggiano a principi-valori».

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

ribaltamento della gerarchia degli interessi in precedenza improntato sulla tutela della concorrenza e la libertà di circolazione, rispetto ai quali buon andamento e conseguimento del risultato risultavano postergati.<sup>28</sup>

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

Ancora più al fondo – al di là delle riflessioni sulla portata di ciascun principio – vi è però una coerenza recondita nel ricondurre questo primo insieme di disposizioni alla categoria dei principi; esso infatti ruota nettamente attorno all'esercizio del potere discrezionale della p.a., spazio di scelta all'interno del quale essa è chiamata a raggiungere il miglior risultato possibile, e spazio che per sua natura si nutre di principi, e si muove sotto il governo del principio di legalità sostanziale, ciò che illumina anche la portata del rinvio al principio di legalità, contenuto già nell'art. 1 comma 1, del codice.<sup>29</sup>

In particolare questo sistema 'ad albero', i principi nel loro insieme e i primi due in particolare, costituiscono l'espressione di una vera e propria volontà del legislatore di 'liberare la discrezionalità', in vista dell'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, attingendo a quella «inesauribile riserva di senso»<sup>30</sup> offerta dai principi costituzionali, in questo caso dall'art. 97 Cost. cui il principio del risultato viene legato espressamente.

E, ancora più al fondo, un ulteriore tassello di questa nuova visione della disciplina dei contratti pubblici e dei compiti della p.a. può venire anche da due ulteriori elementi, uno interno al codice, legato ai principi di trasparenza e digitalizzazione, e uno esterno, ma non

**28** Così Napolitano, «Committenza pubblica e principio del risultato»; cf. anche Saitta, «I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici», che parla di «deciso ridimensionamento del dogma della tutela della concorrenza».

**29** Sottolinea lo stretto legame tra risultato amministrativo e legalità Spasiano («Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici», 211), essendo «ormai ampiamente positivo che la legalità non coincide (più) con il puro formalismo, svincolato da qualsiasi considerazione sostanziale; essa invece induce l'amministrazione e il giudice amministrativo ad andare oltre il mero riscontro della illegittimità formale dal momento che "la qualificazione di invalidità dipende più che dalla difformità rispetto a un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere dell'autorità"»; in questo senso, peraltro, sembra andare anche l'argomentazione del giudice amministrativo in Cons. Stato n. 9812 del 2023, *supra* alla nota 23.

**30** Cf. Nivarra, «'Dentro' e 'fuori'. Lo strano caso delle clausole e dei principi generali», 74, secondo il quale «i principi costituzionali offrono una pressoché inesauribile riserva di senso grazie alla quale il sistema giuridico riesce o, quanto meno, prova a intercettare e incanalare tutti gli input che, con intensità crescente, l'ambiente ad esso esterno gli trasmette».

estraneo, legato alla finalità di semplificazione e al principio di semplificazione come elaborato dalla giurisprudenza amministrativa.

Una trasparenza «funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto» (art. 1, comma 2), dovrebbe essere ispirata a un rifiuto per quella 'burocrazia della trasparenza' che aveva oltremodo appesantito la disciplina precedente dei contratti pubblici - anche in uno con l'esercizio del potere normativo vincolante dell'Anac, oggi soppresso dal codice - e per ciò stesso dovrebbe essere diretta in primo luogo a permettere la piena conoscibilità dell'esercizio della discrezionalità, rafforzando la fiducia nella e dell'amministrazione.<sup>31</sup> A ciò si dovrebbero peraltro affiancare gli effetti positivi derivanti dalla cd. digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, tanto per quanto riguarda la trasparenza, «funzionale alla massima semplicità e celerità», quanto per una possibile riduzione del tasso di opinabilità delle valutazioni tecniche che possono venire dall'utilizzo dei dati a disposizione delle Amministrazioni.

## 5 Principio del risultato e semplificazione come comune denominatore dell'azione amministrativa

Ma, a ben vedere, ci si rende conto che questo disegno del codice, di rafforzamento della discrezionalità - e della fiducia nell'amministrazione, e dell'amministrazione, nell'esercizio della discrezionalità - trova una propria ragione d'essere anche su un diverso fronte che ha occupato dottrina e giurisprudenza a partire dalla legge sul procedimento, per divenire nel tempo (con vizi e virtù) una sorta di *mainstream* dell'ordinamento amministrativo,<sup>32</sup> e che è chiamato espressamente in causa anche per la disciplina dei contratti pubblici, dal momento che la legge delega - come si è visto - nel lungo elenco di principi e criteri direttivi, richiama soprattutto finalità di semplificazione.<sup>33</sup>

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

---

**31** Cf. sul punto tra gli altri Caranta, «I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12», 1960; Pagliarin, «Brevi osservazioni sul principio della fiducia nel Codice dei contratti», 11; Spagnuolo Vigorita, «La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione».

**32** Su questi aspetti, senza pretesa di esaustività, ma per la visione di insieme e l'ampiezza dei rinvii dottrinali e giurisprudenziali, sia consentito il rinvio a Marzaro, «Silenzio assenso tra Amministrazioni»; «Il silenzio assenso», 558 ss.

**33** Cf. *supra* nota 9.

un palpabile comune denominatore teleologicamente orientato ad un preciso obiettivo: la ravvisata opportunità e la pressante necessità di dequotare e ridurre gli aspetti puramente formali [della suddetta attività] in funzione della più pronta tutela e valorizzazione dell'interesse sostanziale, quale risultato finale, sia sul versante dell'amministrazione (tenuta alla più sollecita gestione dell'interesse attribuito dalla legge), sia sul versante del cittadino.<sup>34</sup>

Se, ad avviso del giudice, è «innegabile il connubio» del principio di semplificazione con il principio di efficienza dell'attività amministrativa, «il perseguimento della semplificazione quale principio cardine dell'attività amministrativa»<sup>35</sup> mira ancora una volta ad assicurare il risultato finale secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità<sup>36</sup> in ogni settore in cui deve operare l'Amministrazione, in nome di quello che secondo il giudice costituzionale costituisce «livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» ai sensi dell'art. 117, secondo comma, Cost.,<sup>37</sup> e che nella giurisprudenza amministrativa più recente viene elevato espressamente al rango di «bene o valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati».<sup>38</sup> Ora, a prescindere dalle perplessità che può sollevare

**34** Così Cons. Stato, IV, 15 aprile 2021, n. 3106.

**35** Così Cons. Stato, IV, 15 aprile 2021, n. 3112.

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

**37** Cf. tra le altre Corte cost., 25 gennaio 2019, n. 9 e 25 novembre 2020, n. 247.

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

una tale ‘celebrazione’ della semplificazione, con la quale il giudice sembra ormai sancire apertamente la definitiva perdita di senso del procedimento amministrativo come luogo di valutazione e composizione degli interessi nell’esercizio dell’attività autoritativa della p.a.,<sup>39</sup> vi è però da osservare che, nella disciplina dell’attività contrattuale della p.a., il ruolo assegnato alla semplificazione pare più meditato ed equilibrato; a partire dal fatto che non la si è compresa in qualità di principio nella struttura di vertice del codice<sup>40</sup> – e ciò non può che essere ritenuto una scelta consapevole dei redattori, considerata la genesi della normativa – per essere invece finalità assoggettata alla prova dell’applicazione delle norme in concreto, nel gioco del bilanciamento dei principi su cui si regge tutta la disciplina. Non è possibile in questa sede soffermarsi oltre su questo tema, ma non pare un caso che, da questo punto di vista, la giurisprudenza più attenta, dopo avere riconosciuto al principio di risultato il ruolo ispiratore del sistema – laddove, invece, «procedura e [...] forma sono un mezzo, non il fine della disciplina» – si preoccupi però di chiarire che:

ciò non significa, naturalmente, che la tutela della concorrenza e del mercato possa essere trascurata o non debba essere adeguatamente perseguita. Il ‘formalismo’ delle procedure di gara, infatti, si impone e prevale ogni qual volta sia in discussione la partecipazione delle imprese del settore ad armi pari al concorso per conseguire le commesse pubbliche.<sup>41</sup>

## 6 Nuovo codice dei contratti pubblici e rifiuto della cd. burocrazia della trasparenza

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

---

<sup>39</sup> Su questi profili sia consentito ancora il rinvio a Marzaro, «Il silenzio assenso».

<sup>40</sup> Appare singolare, ma certamente significativo, che il termine ‘semplificazione’, presente innumerevoli volte nelle disposizioni della legge delega che dettano i principi e i criteri direttivi, non compaia mai all’interno dei primi undici articoli del codice, a prova del fatto che la semplificazione è rimasta finalità incorporata nelle disposizioni puntuali dettate nelle varie parti del codice, strumento volto ad assicurare il raggiungimento del risultato in modo efficiente.

<sup>41</sup> Così Cons. Stato, III, n. 9812 del 2023.

discrezionale, nel codice ci si preoccupa di perimetrare ulteriormente l'azione discrezionale ispirata al miglior risultato nella fiducia reciproca (art. 2), definendo la fattispecie della colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa - qui munita della carattere della specialità - offrendo ai funzionari 'paralizzati dalla paura della firma' anche la guida dell'esonerazione da responsabilità nel caso in cui si sia fatto riferimento a «indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti» (oltre al sostegno delle azioni per la copertura assicurativa). Naturalmente qui ci si riferisce sempre alle assi portanti del sistema, fermi restando i problemi interpretativi posti da queste disposizioni, anche se non si può negare che la discrezionalità fisiologicamente propria dell'azione per principi protegga dalla responsabilità penale.

D'altra parte poco più di un anno fa la Corte costituzionale con la sentenza n. 8 del 2022,<sup>42</sup> rigettava la questione di legittimità costituzionale della riforma dell'abuso d'ufficio, si riferiva espressamente a «disposizioni volte a tranquillizzare i pubblici amministratori», ritenendo la tutela penale «*extrema ratio* cui il legislatore ricorre quando nel suo discrezionale apprezzamento lo ritenga necessario per l'assenza e l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela».

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

Tullio Padovani, in uno scritto recente,<sup>43</sup> sempre relativo all'abuso d'ufficio, pur critico nei confronti della riforma del 2020, usa parole sicuramente accese dall'enfasi tipica del penalista, ma che lo studioso di diritto amministrativo non può che condividere con una ferita nell'animo:

per quanto si possa (e si debba) assicurare alla fattispecie incriminatrice un contenuto rigorosamente determinato, la garanzia così attuata resterà fatalmente incompleta, se non si provvederà nel contempo a definire modi, finalità e limiti delle diverse funzioni amministrative in forma meno contorta, confusa e slabbrata di quanto non sia sinora accaduto, lungo la china di un processo di disgregazione, di atomizzazione e di scoordinamento che ha portato il diritto amministrativo a rappresentare in forma paradigmatica

<sup>42</sup> Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8.

<sup>43</sup> Padovani, «Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio».

la patologia dell'ordinamento giuridico [nel] sommo disordine che caratterizza il nostro sistema amministrativo, nel tumultuoso accavallarsi delle competenze, nel viluppo inestricabile delle procedure, nell'aleatorietà degli strumenti normativi, della formidabile carenza di efficaci controlli interni.

## **7      Sulle radici giuridico culturali del nuovo codice dei contratti pubblici: il ruolo della funzione consultiva del Consiglio di Stato verso un nuovo paradigma di amministrazione**

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

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

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

Così, per ciò che riguarda la valutazione della performance appare «necessario un vero e proprio cambiamento culturale all'interno e all'esterno dell'amministrazione»;<sup>44</sup> nel parere sullo schema di d.lgs. sulla revisione e semplificazione in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, si fa riferimento a una «rinnovata visione della p.a. che il Consiglio di Stato sostiene e incoraggia», si invita a una «riconsiderazione delle politiche di semplificazione» e alla necessità di «valorizzare ulteriormente il ruolo consultivo del Consiglio di Stato in questa fase di riforme

---

<sup>44</sup> Così Cons. Stato, Comm. Spec., parere 11 aprile 2017, n. 917.

strutturali», anche richiamando «evoluzione del modello da tempo presente all'art. 14 n. 2, RD 1054/1924».<sup>45</sup>

Più volte si fa riferimento al «principio di buon andamento letto in un'ottica moderna»,<sup>46</sup> o a una «moderna concezione del canone di buon andamento e del diritto ad una buona amministrazione», alla necessità di un «cambio di paradigma» nell'atteggiamento dei regolatori.<sup>47</sup> Di fronte a un fenomeno definito di «consumismo normativo» si richiama a una «fallacia logica purtroppo ricorrente nel concepire il rapporto [...] tra normazione e soluzione dei problemi», con riguardo a

quella sorta di illusione normativa che conduce sovente i regolatori, specialmente quelli appartenenti a culture come la nostra, ancora condizionate da un 'astratto idealismo giuridico', a riposare sull'errato convincimento [...] che le parole della legge posseggano un'intima forza quasi trascendente e demiurgica che le renda in grado, da sole, di modificare il reale.

Sottolineando invece la necessità dell'introduzione e del continuo affinamento «di una combinazione di rimedi normativi, organizzativi e formativi»,<sup>48</sup> che non a caso vengono richiamati non solo in chiusura della relazione al codice dei contratti, ma anche all'art. 2, comma 4, in cui si fa riferimento ad «azioni [...] per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'art. 15, comma 7».

L'«albero dei principi» del codice radica dunque in una riflessione ormai consolidata e affinata in nome della quale la funzione consultiva del Consiglio di Stato si pone come una sorta di «sostegno *in progress* riferito a una *policy*, ad un progetto, piuttosto che esclusivamente a singoli provvedimenti individuati».<sup>49</sup> Allo stesso modo, ben consapevole della delicatezza del ruolo che va assumendo in questa veste, il Consiglio di Stato si premura di sottolineare che la funzione consultiva costituisce espressione di «un'attività neutrale di garanzia svolta secondo canoni di assoluta indipendenza» in cui agisce «a servizio dello Stato-Comunità» e non dello Stato-Apparato, laddove però la

concentrazione organica delle funzioni consultive e giurisdizionali voluta dal Costituente, aumenta la resistenza in sede contenziosa delle norme, riducendo i rischi di instabilità e incertezza

<sup>45</sup> Così Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., parere 18 febbraio 2016, n. 515.

<sup>46</sup> Così Cons. Stato, Comm. Spec., parere 23 giugno 2016, n. 1640.

<sup>47</sup> Così Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., parere 7 giugno 2017.

<sup>48</sup> Cons. Stato, parere n. 1458 del 2017.

<sup>49</sup> Cons. Stato, parere n. 1640 del 2016.



del diritto dovuti all'eventuale invalidazione giurisdizionale delle norme medesime.<sup>50</sup>

## **8 Incertezza del diritto e ruolo del giudice amministrativo nella genesi e nell'applicazione del codice dei principi n. 36 del 2023**

Da tempo ormai lo stato di incertezza che pervade l'ordinamento amministrativo, la mancanza di 'sicurezza giuridica' per il cittadino e gli operatori, l'inciviltà di un sistema che ormai non è più in grado di assicurare questa sicurezza, e il ruolo suppletivo nei confronti del legislatore che il giudice amministrativo è venuto assumendo nel corso del tempo, occupa (e preoccupa) le riflessioni dei giuristi.<sup>51</sup>

Lo stesso giudice amministrativo osserva che il «legislatore non sa più formulare regole e pone principi, il giudice prescinde dalle regole perché coperto e abbacinato dal principio»;<sup>52</sup> tra i costituzionalisti si manifesta «delusione per una legislazione dilettantesca» e si sottolinea il «rischio di cadere nell'abisso del soggettivismo più spinto»;<sup>53</sup> i filosofi del diritto,<sup>54</sup> affrontando il tema della certezza del diritto manifestano una «tendenziale preferenza per una normazione per regole anziché per principi, standard e clausole generali», sottolineando che un «diritto certo opera come fattore di riduzione della discrezionalità interpretativa e applicativa», ma registrano il fatto obiettivo che il diritto dello Stato costituzionale presenta una dimensione assiologica pervasiva.

«La Costituzione - si osserva - è un insieme di principi/valori che funzionano come fondamento dell'intero ordinamento giuridico e hanno la funzione di guidare un processo di profonda trasformazione sociale», in cui «la pratica dell'interpretazione conforme a Costituzione tende a trasformare il giudizio di costituzionalità in un giudizio diffuso, attraverso giudizi di valore». Ne viene dunque naturale, fisiologico, che il «diritto dello Stato costituzionale [sia] un diritto prevalentemente giurisprudenziale»; lo Stato costituzionale «innesca [...] una diffusione e forse una prevalenza del momento giurisprudenziale a scapito di quello legislativo».<sup>55</sup>

---

**50** Cons. Stato, parere n. 1458 del 2017.

**51** Su questi aspetti, anche per l'ampiezza dei riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a Marzaro, «Silenzio assenso tra Amministrazioni», 432 ss.

**52** Così Montedoro, «La funzione nomofilattica e ordinante».

**53** Cf. tra gli altri, Luciani, «Certeza del diritto e clausole generali».

**54** Cf. tra gli altri Pino, «La certezza del diritto e lo Stato costituzionale», 524.

**55** Così Pino, «La certezza del diritto e lo Stato costituzionale», 538.

Paolo Grossi<sup>56</sup> - non è possibile definirlo solo storico del diritto - osserva che

noi giuristi italiani [...] crediamo di trovarci all'estremo di una lunga strada che corre assolutamente liscia dal Settecento al 2019, una strada connotata da una perfetta continuità, tanto che grazie ad essa ci arrivano da allora messaggi con dei contenuti originari ritenuti tranquillamente, pianamente, applicabili nel contesto attuale. Ma non è così.

E li invita a «guardare l'oggi con gli occhi di oggi», e a prendere atto dello «spostamento progressivo dell'asse portante dell'ordine giuridico dai produttori di leggi agli interpreti, connotando sempre più il diritto italiano come giurisprudenziale», definendolo «una provvida valvola che permette un più congruo respiro al diritto positivo italiano», nel «momento di transizione e di crisi che stiamo tuttora vivendo, quando è tangibile l'incapacità del legislatore a ordinare tutto il tessuto dell'esperienza».

Forse guardando oggi il codice con gli occhi dell'oggi, potremmo concludere allo stesso modo: in origine fu il giudice amministrativo (a rinvenire i principi),<sup>57</sup> in fine sarà ancora il giudice amministrativo (a sindacare l'applicazione dei principi), in attesa di un legislatore,<sup>58</sup> e sempre con la consapevolezza della estrema delicatezza di questo assetto.

---

**56** Cf. Grossi, «A proposito del diritto giurisprudenziale», 7 ss.

**57** Osserva ancora Montedoro, «La funzione nomofilattica e ordinante», che «la radice politica della funzione nomofilattica va sempre tenuta presente, anche nell'esame dei principi forse non casualmente leggibili, come prima impressione, come un vero e proprio manifesto politico destinato ad acquistare la sua pregnanza giuridica proprio se e in quanto si leghi alla funzione nomofilattica. Il punto però è che, nel tempo presente, l'intreccio - sotteso al codice dei contratti pubblici - fra volontà politica leggibile nella trama dei principi e funzione nomofilattica, è un intreccio ambiguo, sfuggente per la natura elastica dei principi e l'eccesso di frammentazione delle regole, con la conseguenza di definire un assetto normativo che contiene direttive meramente orientative, sulle quali è facile ipotizzare che possano risultare enfatizzate - con eterogenesi dei fini - piuttosto che ridotte le attività interpretative connotate da alta discrezionalità dei giudici».

**58** Qui soccorrendo «la forza dei precedenti però: l'ordinamento essendo inevitabilmente un farsi dinamico nella concretizzazione normativa per opera della giurisprudenza, deve fondarsi sulla forza del precedente giurisprudenziale per conseguire quantomeno stabilità», così Montedoro, «La funzione nomofilattica e ordinante», del resto Mengoni, in chiusura del suo saggio sui principi generali del diritto («I principi generali del diritto e la scienza giuridica», 251) sottolinea che «i principi soggetti a bilanciamento richiedano una teoria che circoscriva rigorosamente la discrezionalità del giudice connessa a questo modo di applicazione del diritto», e conclude che «la riflessione sui principi generali del diritto finisce col mettere in rilievo l'urgenza di una dottrina del precedente giudiziario compatibile con gli ordinamenti di *civil law*. Essa è uno strumento indispensabile di semplificazione della crescente complessità del sistema giuridico» (253).

## Bibliografia

- Alpa, G. «Il dialogo sui principi generali tra legislazione, dottrina e giurisprudenza». *Rivista italiana scienze giuridiche*, 4, 2013, 85 ss.
- Caranta, R. «I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12». *Giurisprudenza italiana*, agosto-settembre, 2023, 1950-60.
- Carbone, L. «Quali rimedi per l'inflazione legislativa. Abrogazioni e codificazioni in Italia». *Giustizia amministrativa*, 1 febbraio 2022.
- Chiariello, A.M. «Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici». *Il diritto dell'economia*, 1, 2023.
- Delsignore, M.; Ramajoli, M. «La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia». *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 2019, 141 ss.
- Grossi, P. «A proposito del diritto giurisprudenziale». *RTDPC*, 1, 2019, 61-75.
- Luciani, M. «Certezza del diritto e clausole generali». *Questione giustizia*, 1, 2020, 67 ss.
- Marzaro, P. «Il silenzio assenso e l'«infinito» della semplificazione. La scomposizione dell'ordinamento nella giurisprudenza sui procedimenti autorizzatori semplificati». *Rivista giuridica di urbanistica*, 3, 2022, 558 ss.
- Marzaro, P. «Silenzio assenso tra Amministrazioni; dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento «orizzontale» all'interno della «nuova amministrazione» designata dal Consiglio di Stato». *Federalismi*, 19, 2016, 2 ss.
- Massera, A. «I principi generali». *Diritto amministrativo*, 2017, 427 ss.
- Massera, A.; Merloni, F. «L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici». *Diritto pubblico*, 2, 2021, 587 ss.
- Mengoni, L. «I principi generali del diritto e la scienza giuridica». *Atti dei convegni Lincei = I principi generali del diritto e la scienza giuridica* (Roma, 1992). [ora in Mengoni, L., *Scritti I – Metodo e scienza giuridica*. A cura di A. Castronovo, C. Albanese, A. Nicolussi. Milano: Giuffrè, 2011].
- Mengoni, L. «Spunti per una teoria delle clausole generali». *Rivista critica del diritto privato*, 1, 1986, 5 ss.
- Montedoro, G. «La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici». *Giustizia amministrativa*, 1 giugno 2023.
- Napolitano, G. «Committenza pubblica e principio del risultato». *Convegno Il Nuovo Codice degli Appalti* (Roma, Avvocatura dello Stato, 27 gennaio 2023).
- Napolitano, G. «Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali». *Gior-nale diritto amministrativo*, 3, 2023, 287 ss.
- Nivarra, L. «'Dentro' e 'fuori'. Lo strano caso delle clausole e dei principi generali». *Europa e Diritto Privato*, 1, 2022, 59 ss.
- Padovani, T. «Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio». *Giurisprudenza penale*, 7 agosto 2020.
- Pagliarin, C. «Brevi osservazioni sul principio della fiducia nel Codice dei contratti». Manganaro, F.; Paolantonio, N.; Tigano, F. (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*. Messina: Messina University Press, 2024, 11 ss.
- Patroni Griffi, F. «Il contrasto alla corruzione a dieci anni dalla legge 190/2012 (cd. legge Severino)». *Giustizia amministrativa*, 3 gennaio 2023.
- Perfetti, L.R. «Art. 1». Perfetti, L.R. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: IPSOA, 2023, 5 ss.
- Perfetti, L.R. «Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio». *Urbanistica e Appalti*, 1, 2023, 5 ss.

- Perongini, S. «Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici». *Diritto e società*, 3, 2022, 551 ss.
- Pino, G. «La certezza del diritto e lo Stato costituzionale». *Diritto Pubblico*, 2, 2018, 517 ss.
- Saitta, F. «I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici». *Giustizia insieme*, 8 giugno 2023.
- Sala, G. «Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo». *Giurisprudenza Italiana*, 2012, 1191 ss.
- Sandulli, M.A. «Il contenzioso dei contratti pubblici». Contessa, C.; Del Vecchio, P. (a cura di), *Codice dei contratti commentato*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2023, 15 ss.
- Spagnuolo Vigorita, R. «La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici». *Federalismi*, 17, 2023.
- Spasiano, M.R. «Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere». *Federalismi*, 9, 2024, 206 ss.
- Spasiano, M.R. «Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere». *Federalismi*, 9, 2024.
- Tulumello, G. «Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato». *Giustizia amministrativa*, 7 giugno 2023.
- Vetrò, F.; Lombardo, G.; Petrachi, M. «L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici». *Il diritto dell'economia*, 1, 2023, 31 ss.

# La fiducia ‘in trasparenza’ nel nuovo codice dei contratti pubblici

Enrico Carloni

Università degli Studi di Perugia, Italia

**Abstract** The essay reflects on the principle of trust in the new Italian Public Contracts Code and its implications. In particular, it seeks to analyse the repercussions of the new principle, and the new ‘paradigm of trust’, and therefore questions the forms of transparency, accountability, and control consistent with the new model of public administration.

**Keywords** Public contracts. Principle of Trust. Transparency. Accountability. Responsibility. Controls.

**Sommario** 1 Premessa. – 2 La ‘novità’ del principio di fiducia. – 3 Oltre il paradigma sfiduciario. – 4 Fiducia, discrezionalità, risultato. – 5 La fiducia tra responsabilità e *accountability*. – 6 La fiducia ‘in trasparenza’ nel nuovo codice. – 7 Quale trasparenza e quale controllo.

## 1 Premessa

Riflettere sul principio della fiducia, che il nuovo codice pone tra i criteri portanti della nuova disciplina<sup>1</sup> e che riveste un ruolo strategico nelle coordinate di rilancio del *procurement* pubblico (che a

---

**1** Specificamente sui principi del nuovo codice, si veda ora l’ampio studio della scuola napoletana, Calabrò et al., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*. Cf. tra gli altri Macchia, «Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti», specialmente pp. 5-12; Giustiniani, Paccione, «I principi della nuova contrattualistica pubblica: una riforma per un cambio di prospettiva»; Caranta, «I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici»; Ramajoli, «I principi generali».

sua volta è la sfida e la scommessa decisiva della riforma del 2023), è centrale per comprendere le traiettorie di sviluppo del sistema amministrativo. E lo è tanto più se ci poniamo dal punto di osservazione delle esigenze di anticorruzione e trasparenza che sono state il baricentro delle riforme di pochi anni addietro.<sup>2</sup>

In effetti questo discorso si colloca precisamente al mutare delle maree, e il passaggio da un codice 'guardiano' a un codice 'volano'<sup>3</sup> è una delle chiavi di lettura proposte per interpretare questa transizione. Un approccio che tradisce un rinnegamento (quello del 'vecchio' codice del 2016, criticato oramai apertamente al di là dei suoi demeriti),<sup>4</sup> e forse un eccesso di ottimismo nei confronti di un'amministrazione che non è, oggi, diversa da quella di ieri.

Pure in assenza di un convinto intervento sulla qualità delle amministrazioni, che forse era il presupposto necessario e preliminare, il codice dei contratti del 2023 ci propone, con una prospettiva che va anche al di là del solo campo degli appalti pubblici ma che interessa l'amministrazione nel suo complesso, un'idea diversa di pubblica amministrazione. Un'amministrazione meritevole di fiducia, e grazie a questa fiducia in grado di uscire dalla spirale viziosa della responsabilizzazione e della connessa 'paura della firma'.

L'investimento che il sistema fa sulla nuova disciplina e non meno il bisogno di stabilizzare un quadro normativo il cui incessante cambiamento è stato di per sé uno dei principali problemi del sistema,<sup>5</sup> impongono di prendere sul serio la 'scommessa' del nuovo codice: si tratta allora di riflettere a fondo sulla portata di affermazioni come quelle che ricaviamo dai primi articoli del codice dei contratti, e che ritroviamo nella trama complessiva della nuova disciplina. È dunque 'con fiducia', che è un atteggiamento positivo di attesa e di presa sul serio del nuovo codice dei contratti (il secondo nell'arco di sette anni, il terzo in meno di un ventennio), che ci confrontiamo con un impianto normativo che auspichiamo possa dispiegare appieno le sue potenzialità e consentire di sviluppare l'attività delle amministrazioni in un arco di tempo ragionevole e senza costanti cambiamenti.

---

**2** Più diffusamente, ci sia consentito rinviare, per uno sviluppo più articolato di queste riflessioni, a Carloni, «Verso il paradigma fiduciario? Il principio di fiducia nel nuovo Codice dei contratti e le sue implicazioni». Cf. Spagnuolo Vigorita, «La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici», 271 ss.; Ursi, «La 'trappola della fiducia' nel Codice dei contratti pubblici».

**3** Così in Istituto Jemolo, *Il nuovo Codice degli appalti*.

**4** Si veda Carloni, «L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR», 641 ss.; cf. Massera, Merloni, «L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici», 587 ss.

**5** Cf. ad esempio Massera, Merloni, «L'eterno cantiere del codice dei contratti pubblici», 587 ss.

Questo atteggiamento di attesa e apertura, con il quale ci poniamo di fronte alla riforma mostra una fiducia che, utilizzando i termini anglosassoni, potremmo tradurre come *trust*, a intendere un atteggiamento positivo nell'incertezza. Una diversa espressione può essere utilizzata per tradurre lo stesso termine, *confidence*, cioè la fiducia che riponiamo su qualcosa avendola apprezzata nell'esperienza. La fiducia è infatti un atteggiamento ottimistico aperto al futuro, ma già ponendoci di fronte alla disciplina dei contratti pubblici ci è chiaro che questo atteggiamento dipende più da *trust* che da *confidence*.<sup>6</sup>

Detto in altri termini, la fiducia rischia, con la sua affermazione per via legislativa, di proporsi come una sorta di 'succedaneo della credibilità': «la fiducia è complementare alla credibilità, nel senso che maggiore è la credibilità, minore è la necessità di avere fiducia e viceversa».<sup>7</sup> La fiducia non può però ridursi a una affermazione normativa: deve essere una condizione effettiva, anche se intesa nei termini soggettivi del *trust*; deve essere una fiducia che trova conferma nell'esperienza e diventa *confidence*. Deve essere legata a condizioni complessive, organizzative e di contesto, di sistema, che lo rendono meritevole di fiducia in quanto affidabile.<sup>8</sup>

Queste sfumature terminologiche sono interessanti, in ogni caso, perché ci consentono di cominciare ad apprezzare la complessità intrinseca del principio di fiducia, e qualche possibile controindicazione.

## 2 La 'novità' del principio di fiducia

Il tema della fiducia è un tema centrale nel diritto che, tutto sommato, pratichiamo e conosciamo poco, tanto che alcuni commentatori, nel porsi di fronte al nuovo codice dei contratti, affermano che il principio di fiducia è 'nuovo', persino 'ignoto',<sup>9</sup> per il sistema.<sup>10</sup> Più

---

<sup>6</sup> Si veda Noteboom, *Trust*, specialmente pp. 55-6, che evidenziano come quella nelle istituzioni sia più spesso *confidence* (aspettativa frutto dell'esperienza) che *trust* (come atteggiamento positivo legato alle aspettative formulate in condizioni di incertezza).

<sup>7</sup> Cf. Ursi, «La 'trappola della fiducia' nel Codice dei contratti pubblici».

<sup>8</sup> Si veda di nuovo Ursi, «La 'trappola della fiducia' nel Codice dei contratti pubblici», che nel cercare le radici della nozione di fiducia riflette sulla differenza tra *trust* e *trustworthiness*, un concetto presente negli studi sui sistemi esperti (a intendere con questo termine le «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»).

<sup>9</sup> Per Napolitano, «Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali», 287, 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».

<sup>10</sup> Originale non solo dal punto di vista del *procurement* pubblico: sin qui, in effetti, «nella progettazione, disciplina e attuazione delle riforme è mancato un ingrediente fondamentale: la 'fiducia'» (Pioggia, Alici, «Prefazione», 10).

spesso declinata nella diversa forma dell'affidamento (che troviamo richiamato come distinto principio generale nel codice dei contratti<sup>11</sup> e ora anche nella legge sul procedimento,<sup>12</sup> ma che soprattutto regge come principio generale di diritto civile l'azione negoziale anche dell'amministrazione e lo stesso rapporto amministrativo),<sup>13</sup> l'esigenza di riconoscere valore alla *fides* è in ogni caso ampiamente presente nelle trame dell'ordinamento.

Quelle della fiducia sono radici meritano di essere ricercate anche perché mostrano la profondità e l'immanenza di principio nello stesso disegno costituzionale; è però vero che il nuovo codice ci pone di fronte a un principio che è sicuramente originale rispetto alla tradizione della materia, che delinea un paradigma non solo diverso ma addirittura opposto rispetto a quello che ha sin qui accompagnato il campo dei contratti pubblici. E questo non solo nella più recente stagione aperta dalla legge anticorruzione e dalla riforma del 2014 che ha collegato intimamente, anzitutto in termini organizzativi, anticorruzione e *procurement* pubblico.

In base al 'principio della fiducia', sancito dall'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, «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».<sup>14</sup> Ed è la fiducia, come spazio di manovra riservato al funzionario e all'amministrazione nella prospettiva del risultato, a legittimare dunque l'accresciuta discrezionalità, che è una delle scelte fondamentali del nuovo codice. Ai sensi del successivo comma 2, infatti, 'il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato'.

---

**11** Art. 5, recante Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. Si veda in particolare il c. 1, «nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento».

**12** Cf. art. 1, c. 2-bis, l. 241/1990: «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede» (comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge n. 120 del 2020). Sul punto cf. specialmente Bartolini, Fantini, «I principi di buona fede e collaborazione nella legge sul procedimento amministrativo», 12 ss.; Torricelli, «Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale», 29 ss.

**13** Si veda in questo senso, per tutti, da ultimo Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*; si veda anche, con riflessioni che precedono il codice ma ne anticipano, riflettendo anzitutto sui principi e criteri della delega, alcune traiettorie, Racca, «L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici», 201 ss.

**14** Così il c. 1 dell'art. 2, d.lgs. n. 36 del 2023.



Nel suo libro sulla legge della fiducia, Tommaso Greco ci segnala che la fiducia 'attende un suo spazio all'interno del diritto e nel farlo reclama un suo diritto'.<sup>15</sup> Ed è uno spunto del quale sembra voler tenere conto il Consiglio di Stato nell'elaborare la nuova disciplina della materia dei contratti pubblici: il codice del 2023, innovando rispetto alla tradizione e muovendosi con ampia libertà rispetto alla delega che ne è all'origine e allo spartito sancito dalle direttive del 2014, ci propone una nuova idea del diritto dei contratti pubblici appunto come diritto della fiducia. Si tratta di provare ad accogliere questo approccio, e quindi riflettere sulle implicazioni che derivano dal modello che ci propone il codice del 2023 rispetto alla tradizione.

### 3 Oltre il paradigma sfiduciario

Una tradizione nella quale, utilizzando di nuovo l'espressione di Greco, il «paradigma fiduciario», cioè l'atteggiamento positivo (come dice il codice dei contratti: il fatto di riporre fiducia sull'azione corretta e legittima dell'amministrazione e degli operatori economici) è assente, perché l'impianto normativo italiano del *procurement* vive piuttosto, per almeno un secolo, nell'opposto paradigma sfiduciario. Una sfiducia che si legava non solo all'idea di un'amministrazione suscettibile di essere corrotta, o più spesso ritenuta incapace, ma anche a quella (collegata alla prima) di operatori economici in grado di far prevalere i propri interessi su quelli pubblici, non adeguatamente tutelati dall'amministrazione vista come parte debole nella contrattazione (e questo a fronte de «il ceto degli appaltatori, sempre astutissimo»<sup>16</sup> da cui andava protetta).

Nella costruzione dell'impianto normativo, secondo coordinate diffuse ma specificamente presenti nel campo dei contratti pubblici, nel quale la sfiducia non discende solo dalla cattiva amministrazione, ma anche dalla limitata capacità dell'amministrazione, la densità del quadro regolatorio assume la funzione specifica di proteggere l'amministrazione e gli interessi (alla qualità della spesa pubblica, all'integrità, alla concorrenza tra gli operatori economici) via via assunti come rilevanti. Il codice del 2016 (superato forse troppo presto, senza consentirgli di essere adeguatamente testato e implementato: vale la pena di ricordare che già a inizio 2019 si è avviata la stagione di messa in discussione di quell'impianto normativo) era un codice che

<sup>15</sup> Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, VII. Su questo volume, cf. ad esempio Piroso, «Le ragioni della fiducia».

<sup>16</sup> Cf. in questo senso i passi citati in Fantini, Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, 7; Racca, *La responsabilità pre-contrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, specialmente p. 180.

provava a sviluppare una via intermedia, cioè una via di discrezionalità guidata, con funzione tutoria dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac): in un approccio nel quale un'amministrazione ancora vista con sfiducia poteva essere guidata (attraverso, in particolare, la soluzione delle linee guida non vincolanti). Una strategia che intendeva condurre progressivamente l'amministrazione ad acquisire maggiore capacità nella gestione di procedure anche complesse, guidandola attraverso buone pratiche, con linee guida che però sono state interpretate in modo formalistico e prescrittivo da tutti gli attori del sistema: autorità, giudice amministrativo e amministrazione.

In esito a questo percorso, il codice del 2016 si è rapidamente irrigidito e ossificato: questo anzitutto perché nessuno degli operatori e degli attori del settore ha creduto in questa strategia, presto superata, e ha dato fiducia all'amministrazione e alla sua capacità. La stessa amministrazione non si è presa gli spazi di discrezionalità che il modello pure le consentiva di esplorare, preferendo farsi guidare minuziosamente dalle indicazioni dell'Anac. Ecco allora il mutare della strategia, e l'ambizione del nuovo codice dei contratti, la sua scommessa, di passare dalla logica della sfiducia a quella, opposta, di una fiducia orientata al risultato.

Si tratta, è evidente, di una scelta sfidante, per il legislatore e per la stessa amministrazione. Si propone infatti un modello radicalmente diverso, che si orienta a riconoscere una apertura di fiducia ad amministrazioni molto diverse, con standard di efficienza e condizioni di integrità molto diverse, in un Paese molto lungo che presenta (ad esempio, e stando alle indagini dell'Università di Göteborg) la maggiore varianza in termini di corruzione (con aree territoriali che presentano dati in linea con Paesi scandinavi, e aree con dati tra i peggiori nel complessivo panorama europeo). Se consideriamo anche il fatto che ci troviamo in un momento di particolare intensità di investimenti, è chiara la portata della scommessa del codice. Pur non sottacendo questi possibili risvolti problematici, la scelta obbligata resta quella di accompagnare, e vedere, questa scommessa, immaginando che possa essere un modello destinato a durare e quindi da prendere sul serio.

#### **4      Fiducia, discrezionalità, risultato**

Il riconoscimento di maggiori spazi di discrezionalità ai funzionari e alle amministrazioni è d'altra parte coerente con l'approccio europeo, così come disegnato dalle direttive del 2014. Quella prospettata dal codice è però una discrezionalità in parte diversa: non si tratta tanto di costruire le condizioni di flessibilità che consentano alle amministrazioni di perseguire finalità multiple e complesse e quindi non predefinibili a priori, quanto piuttosto di riconoscere uno spazio di manovra orientato al raggiungimento del risultato.

L'atteggiamento complessivo della disciplina del *procurement* rispetto alla discrezionalità muta dunque profondamente: da una discrezionalità vista con sospetto,<sup>17</sup> se non rigidamente contenuta, a una discrezionalità vista come necessario e utile corollario del principio di risultato.

Risultato,<sup>18</sup> fiducia (e apertura al mercato) sono i criteri interpretativi che guidano il sistema. Rispetto a un testo che era difficile leggere e per interpretare il quale non era semplice trovare chiavi complessive,<sup>19</sup> possibili piuttosto per singoli istituti, il nuovo codice offre criteri generali posti in gerarchia.

La gerarchia dei principi,<sup>20</sup> non una serie di principi affastellati uno all'altro e a volte in contraddizione tra loro, ma principi che riescono ad avere una portata precettiva, si pongono infatti come guida per interpretare i diversi istituti e si pongono tra di loro in un ordine gerarchico.

Risultato e fiducia non solo si pongono al vertice del nuovo sistema, ma si supportano l'un l'altra, trattandosi di principi non antitetici ma complementari; mentre il principio di accesso al mercato (*rectius* di concorrenza)<sup>21</sup> potrebbe entrare in contraddizione con i primi principi e in particolare con il principio del risultato (si potrebbero, in altri termini, percorrere soluzioni che limitano la concorrenza in quanto più funzionali al risultato), questa possibile contraddizione non

**17** In particolare, sulla discrezionalità come 'problema' cf. Vannucci, «Il lato oscuro della discrezionalità», 265 ss.; cf. anche a Mattarella, «Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione»; Fidone, «La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici», 325 ss.

**18** Spasiano, «Codificazione di principio e rilevanza del risultato», 49 ss.; Perongini, «Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici»; Cintioli, «Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici».

**19** Cf., sul vecchio impianto, ad esempio Cafagno, Fari, «I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici (artt. 29, 30, 34, 50, 51)», 202 ss.

**20** Specificamente sui principi del nuovo codice, si veda ora l'ampio studio della scuola napoletana, Calabrò et al., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*. Tra i commentari che analizzano il nuovo codice, si veda in materia ad esempio Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*; Caringella, Giustiniani, Napoleone, *I nuovi contratti pubblici*; Corradino, *La riforma dei contratti pubblici*; Fantini, Simonetti, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*. Cf. in questo senso, e in particolare sull'assenza di una gerarchia nel vecchio impianto, ad esempio, Perfetti, «Sul nuovo Codice dei contratti pubblici», 7: «i principi che dovrebbero ordinare la materia sono (non occasionalmente) in conflitto tra di loro»; Caranta, «I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici», 1950, evidenzia come nel vecchio Codice l'elencazione di principi fosse presente, ma come «mera elencazione di principi, a mo' di litania».

**21** Concorrenza che esce quindi, secondo lo stesso Consiglio di Stato (*Relazione agli articoli e agli allegati*, si veda in particolare p. 13), 'demitizzata': una prospettiva che emerge dal testo del nuovo codice ed è esplicitata nella relazione e dallo stesso testo del codice, ma è chiaramente un aspetto critico rispetto ai principi di matrice europea che continuano a disciplinare l'intero sistema del *procurement* pubblico.

emerge tra fiducia e risultato. La fiducia, infatti, come bene evidenzia Ursi, «rappresenta il necessario requisito del contesto organizzativo, prima, e ambientale, dopo, su cui incardinare il primato del risultato».<sup>22</sup>

Alla luce di questi principi saranno da interpretare i diversi istituti e sarà da osservare come il giudice amministrativo darà seguito a questi principi nell'interpretare istituti come il *favor participationis*; la *par condicio* dei concorrenti; il soccorso istruttorio; il peso da riconoscere al bando come *lex specialis* e così via... in un'ottica orientata al risultato. Si tratta quindi di nuovi principi in cui l'idea fondamentale è che l'amministrazione deve produrre un risultato che attiene all'affidamento ma soprattutto all'esecuzione del contratto, in una logica di amministrazione di risultato proiettata più sull'*output* che non sulla procedura: un'idea radicalmente nuova ma che l'ordinamento percorre da tempo.

Ci sono tante riforme che possiamo osservare in passato, che hanno cercato di introdurre una logica di risultato e abbiamo l'esperienza sufficiente per dire che molto spesso le amministrazioni hanno riletto in termini formalistici la tensione al risultato. Pensiamo al tema delle performance e alla valutazione della dirigenza, per riflettere su come sia difficile che, una volta affidata all'amministrazione, la prospettiva del risultato diventi davvero premiante rispetto alla logica di tipo procedurale.<sup>23</sup>

## 5 La fiducia tra responsabilità e accountability

Il concetto di fiducia, seppure originale nel campo del *procurement* e contro-paradigmatico rispetto alla tradizione della materia, non può dirsi un principio nuovo in termini complessivi, cosicché la sua novità va circoscritta al campo degli appalti e forse, in termini più complessivi, all'azione dei funzionari e delle amministrazioni pubbliche. Quella di fiducia è in effetti una nozione, non ultimo, implicitamente presente nell'idea costituzionale di un'amministrazione che attraverso la ripartizione di competenze assicura la cura effettiva tramite i suoi funzionari dei bisogni e degli interessi a essa affidati dalla legge.<sup>24</sup> La nozione di 'affidamento' di cui parla l'art. 54 Cost., in ef-

---

<sup>22</sup> Ursi, «La 'trappola della fiducia' nel Codice dei contratti pubblici», 14.

<sup>23</sup> Cf. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza, passim*.

<sup>24</sup> Cf. in questo senso ad esempio Iaria, «I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato», 20: «[L]a 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».

fetti, rimanda a un'accezione di *fides* che è particolarmente ampia e coinvolge l'idea di una apertura di fiducia cui corrisponde un impegno personale. Nel parlare dell'esercizio di funzioni pubbliche, non sembra dunque fare riferimento tanto al principio di tutela dell'affidamento (e quindi di 'legittimo affidamento'), quanto piuttosto alla costruzione di un rapporto che va dalla fiducia alla responsabilità. Alla *fides* si lega dunque il dovere di esercitare la fiducia attribuita con disciplina e onore.

In termini più complessivi, da queste indicazioni possiamo ricavare l'idea (che peraltro è l'unica coerente con il disegno costituzionale di amministrazione) che la fiducia non è il cieco affidamento, ma è qualcosa che impegna colui il quale si vede affidata fiducia. In altri termini, la fiducia (è da intendersi) come dice l'espressione anglosassone «public office is public trust»: l'attribuzione di un potere comporta il dovere di esercitare quel potere nell'interesse del cittadino, cioè la fiducia è qualcosa che va mantenuto, confermato ed è quindi qualcosa che l'amministrazione e il funzionario devono curare e cui devono prestare attenzione. In termini complessivi possiamo dire che disporre di fiducia non significa disporre di uno spazio libero entro cui si fa ciò che si vuole, ma significa dover corrispondere a questa fiducia confermando il rapporto di fiducia e in questo senso la trasparenza emerge come condizione che permette il mantenimento del rapporto di fiducia.

Anche a tenore della formulazione contenuta nell'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, si può dire che la fiducia fonda il potere ed è condizione per l'esercizio del potere, un potere che non è quindi irresponsabile, ma proprio perché fiduciario deve essere esercitato nell'interesse dei cittadini.

La questione non va posta quindi tanto all'interno delle coordinate della responsabilità personali come conseguenze che derivano da violazioni o da danni: per quanto il codice dei contratti si soffermi su questa prospettiva, nel definire una sorta di ribaltamento dell'onere della prova e nel tentare di ammorbidire, in modo però poco convincente, le responsabilità che gravano sul funzionario pubblico (in particolare di fronte al giudice contabile), la questione rischia di essere contraddittoria e controproducente se colta in questa prospettiva.

La fiducia, va colta piuttosto nelle coordinate della *accountability*: si coniuga con un dovere di rendere conto, come spiega bene di nuovo l'art. 2 quando collega fiducia e *trasparenza*. Ed è su questo piano, quello della responsabilità-*accountability*, che va posto il discorso intorno alle conseguenze del paradigma fiduciario.

## 6 La fiducia 'in trasparenza' nel nuovo codice

La questione può essere colta riflettendo sul rapporto con la trasparenza.

Il disegno che ci consegna la riforma è quello di un'amministrazione che dispone di maggiori spazi di discrezionalità ed è, meno di prima, regolata da una prospettiva procedurale. Un'amministrazione maggiormente orientata al risultato e meno vincolata, ma anche meno garantita, dalle procedure. Un'amministrazione che opera in modo più discrezionale ma che nel farlo è inevitabilmente più esposta, in quanto meno guidata da riferimenti (siano essi legislativi, regolamentari, o contenuti in linee guida).

Non è buono ciò che è frutto di una procedura costruita per essere buona, ma è buono ciò che è frutto di un'amministrazione capace di esercitare bene la sua discrezionalità, e quindi di ben orientandosi alla cura del bene comune. Dobbiamo quindi uscire da una logica tipicamente procedurale per orientarci a una logica maggiormente sostanziale, e in questo ci sfidano tante riforme, non ultima quella sul piano integrato con orizzonte di valore pubblico.

In questa prospettiva, allora, come assicurare che questa libertà che riconosciamo all'amministrazione non divenga, da un lato, arbitrio e dall'altro non possa spaventare l'amministrazione e farla rifugiare di nuovo nelle procedure e nel formalismo? La prospettiva è quella di un ruolo centrale della trasparenza e di una, connessa, diversa declinazione dell'idea stessa di controllo sull'amministrazione.

A prendere sul serio il nuovo codice dei contratti deve cambiare, in questo specifico contesto e forse con ricadute più ampie, il nostro rapporto con la trasparenza. La trasparenza delle riforme del decennio che abbiamo alle spalle è orientata al controllo diffuso sull'amministrazione, un controllo intanto di cattiva amministrazione<sup>25</sup> e un controllo che forse si inseriva ancora dentro un paradigma sfiduciario.

Byung Chul Han sostiene che la trasparenza è di per sé contrario della fiducia, perché presuppone un controllo, mentre la fiducia presupporrebbe il fatto di non dover controllare. Questo vale sicuramente nei rapporti personali, ma nel sistema pubblico la trasparenza è qualcosa di cui abbiamo assoluto bisogno per confermare quotidianamente la fiducia che riponiamo nelle istituzioni e l'amministrazione non può pensare di non agire in modo trasparente quando opera nello spazio apertole dal principio fiduciario, come riconosce lo stesso art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023.

La fiducia richiede trasparenza, ma la trasparenza non può però essere controllo costante e puntuale, continuo monitoraggio e messa

---

**25** Cf. ad esempio Carloni, «Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione», 497 ss.

in discussione di ogni movimento. È dunque forse una trasparenza diversa quella che suggerisce il paradigma della fiducia: una trasparenza che è sempre meno controllo sulla singola vicenda, sempre più controllo sull'andamento nel suo complesso, sull'attività del funzionario, dell'ufficio, dell'organo, dell'amministrazione. Secondo le categorizzazioni proposte da Abazi e Tauschinsky,<sup>26</sup> si può distinguere tra trasparenza *control-based* e trasparenza *trust-based*, operata quest'ultima in una logica di collaborazione, miglioramento continuo, confronto, più che non di diretta responsabilizzazione.

Da un lato, quindi, un approccio *control-based*, coerente con una limitazione della discrezionalità di amministrazioni chiamate essenzialmente a eseguire leggi dettagliate e vincolanti (e, quindi, si può dire, coerente con il vecchio codice); dall'altro un approccio fondato sul convincimento della bontà delle intenzioni delle amministrazioni e dei funzionari. Un approccio, quest'ultimo, che include «the tacit acceptance of vulnerability [in fact] trust relations are not about vulnerability, instead they are about cooperation, community and building strenght».<sup>27</sup>

In diverso contesto Antonio Brancasi,<sup>28</sup> nel parlare sulla trasparenza della contabilità pubblica, spiegava la trasparenza qui è rivolta non a contestare la singola spesa, ma a comprendere l'andamento dei costi e dei conti. Cioè di avere il controllo di come va la macchina.

I meccanismi di trasparenza e *accountability* non sono dunque, nel paradigma fiduciario, da intendere, in altri termini, come strumenti rivolti alla scoperta dell'errore, ma piuttosto vanno visti come condizione che favorisce la cooperazione, la collaborazione, il rafforzamento dell'azione pubblica.

## 7 Quale trasparenza e quale controllo

Una trasparenza di questo tipo può trovare, nel nuovo codice dei contratti, condizioni di contesto in grado di favorirla.

La piena digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici,<sup>29</sup> nei termini pure problematici di coinvolgere solo in parte gli affidamenti diretti (che coinvolgono ora la parte quantitativamente

---

<sup>26</sup> Abazi, Tauschinsky, «Reasons of Control and Trust: Grounding the Public Need for Transparency in the European Union», 78 ss.

<sup>27</sup> Abazi, Tauschinsky, «Reasons of Control and Trust: Grounding the Public Need for Transparency in the European Union», 85.

<sup>28</sup> Brancasi, «La contabilità come fonte di conoscibilità dei dati e preconditione di trasparenza».

<sup>29</sup> Sul rapporto tra (piena) digitalizzazione e buona amministrazione nella cornice del PNRR, cf. Ponti, «Le diverse declinazioni della 'Buona amministrazione' nel PNRR», 404 ss.

prevalente dei contratti pubblici), favorisce evidentemente una trasparenza come tracciabilità, attraverso la raccolta di dati conoscitivi relativamente a tutte le procedure di appalto. Attraverso questi elementi diviene possibile comprendere gli andamenti e capire quindi i tempi medi, gli scostamenti di costo, in una parola l'efficienza, delle diverse stazioni appaltanti. E attraverso questi dati diviene possibile confermare la fiducia in un certo ufficio, in una certa amministrazione, in un certo funzionario. La piena tracciabilità legata alla digitalizzazione permette di comprendere l'andamento dell'attività di *procurement*: è il vecchio discorso tra controllo come possibilità di individuare violazioni e quindi le necessarie risposte anche in termini di sanzione, o come fonte di conoscenza che permette di meglio indirizzare l'andamento.

Questa trasparenza fatta di indicatori, statistiche, verifica e valutazione degli andamenti, è diversa dalla trasparenza come controllo, ammette la discrezionalità, permette una verifica a distanza, assicura all'amministrazione la possibilità di dispiegare la propria azione e sviluppare le sue procedure rivolte al risultato.

Questa trasparenza, non verificando e controllando le singole attività, significa anche accettazione dell'errore, che è naturale precipitato di sperimentazioni e innovazione, ma è anche occasione di apprendimento e di miglioramento. In questi termini, può dirsi che il rapporto di fiducia non è smentito dall'errore, ma piuttosto reiterarsi dell'errore. In questo senso il paradigma fiduciario ci impone un diverso ragionamento sui paradigmi di trasparenza, nel senso che la trasparenza non può che continuare a essere trasparenza puntuale a tutela dell'interessato, non può che essere puntuale nelle forme dell'accesso civico e generalizzato in particolare, ma la nuova digitalizzazione ci consente una trasparenza che ora dovrà essere molto più di prima basata su indicatori, andamenti e sulla complessità dell'attività.

Questo ci permetterà di osservare l'amministrazione, osservarla alla giusta distanza e dare fiducia all'ente e al funzionario, trovando conferma giorno per giorno nel fatto che l'amministrazione sta corrispondendo con disciplina e onore alla fiducia affidata, e questo anche se una specifica vicenda contrattuale non è stata ottimale. Anche l'ossessione del risultato, d'altra parte, va riletta alla luce del principio di fiducia: accettare il paradigma fiduciario significa accettare anche che l'amministrazione possa mancare nel raggiungere il risultato.



## Bibliografia

- Abazi, V.; Tauschinsky, A. «Reasons of Control and Trust: Grounding the Public Need for Transparency in the European Union». *Utrecht Law Review*, 2, 2015, 78 ss.
- Bartolini, A.; Fantini, S. «I principi di buona fede e collaborazione nella legge sul procedimento amministrativo». *Rivista giuridica di urbanistica*, 1, 2022, 12 ss.
- Brancasi, A. «La contabilità come fonte di conoscibilità dei dati e precondizione di trasparenza». Merloni, F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2008, 69 ss.
- Cafagno, M.; Farì, A. «I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici (artt. 29, 30, 34, 50, 51)». Clarich, M. (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, 2019, 201 ss.
- Calabrò, M. et al. *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2023.
- Caranta, R. «I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici». *Giurisprudenza Italiana*, 8-9, 2023, 1950 ss.
- Caringella, F.; Giustiniani, M.; Napoleone, A. *I nuovi contratti pubblici. Analisi ragionata del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)*. Roma: Dike, 2023.
- Carloni, E. «Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione». *Diritto amministrativo*, 3, 2019, 497 ss.
- Carloni, E. «L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR». *Diritto amministrativo*, 3, 2022, 631 ss.
- Carloni, E. «Verso il paradigma fiduciario? Il principio di fiducia nel nuovo Codice dei contratti e le sue implicazioni». *Diritto pubblico*, 1, 2024, 131 ss.
- Cintioli, F. «Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici». *Giustizia-amministrativa*, 2023. <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/cintioli-il-principio-del-risultato-nel-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici>.
- Contessa, C.; Del Vecchio, P. *Codice dei contratti pubblici*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2023.
- Corradino, M. *La riforma dei contratti pubblici*. Milano: Giuffrè, 2023.
- Fantini, S.; Simonetti, H. (a cura di). *Il nuovo corso dei contratti pubblici*. Piacenza: La Tribuna, 2023.
- Fantini, S.; Simonetti, H. *Le basi del diritto dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, 2024.
- Fidone, G. «La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici». *Giornale Diritto amministrativo*, 3, 2015, 325 ss.
- Giustiniani, M.; Paccione, A. «I principi della nuova contrattualistica pubblica: una riforma per un cambio di prospettiva». Caringella, F.; Giustiniani, M.; Napoleone, A., *I nuovi contratti pubblici*. Roma: Dike, 2024, 1 ss.
- Greco, T. *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma; Bari, Laterza, 2021.
- Iaria, D. «I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato». Cartei, G.F.; Iaria, D. (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2023, 19 ss.
- Istituto Jemolo, *Il nuovo Codice degli appalti. La scommessa di un cambio di paradigma: dal Codice guardiano al Codice volano? = Atti di Convegno* (Roma, 27 gennaio 2023) [ora in Pellegrino, G. (a cura di), *Il nuovo Codice degli*

- appalti. La scommessa di un cambio di paradigma: dal Codice guardiano al Codice volano?*. Rimini: Maggioli, 2023].
- Macchia, M. «Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti». Macchia, M. (a cura di), *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, 2024, 1 ss.
- Manucci, G. *L'affidamento nel rapporto amministrativo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2023.
- Massera, A.; Merloni, F. «L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici». *Diritto pubblico*, 2, 2021, 587 ss.
- Mattarella, B.G. «Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione». *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*. Milano: Giuffrè, 2016, 337 ss.
- Napolitano, G. «Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali». *Giornale Diritto amministrativo*, 3, 2023, 287 ss.
- Noteboom, B. *Trust. Forms, Foundations, Functions, Failures and Figures*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2002.
- Perfetti, L.R. «Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio». *Urbanistica e appalti*, 1, 2023, 1 ss.
- Perfetti, L.R. (a cura di). *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: Wolter Kluwers, 2023.
- Perongini, S. «Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici». Corso, G.; Immordino, M. (a cura di), *Studi in onore di Filippo Salvia = Atti de Convegno 'Quale piano per il futuro dell'urbanistica?'* (Palermo, 30 novembre 2021). Napoli: Editoriale Scientifica, 2023, 517 ss.
- Pioggia, A.; Alici, L. «Prefazione». Bianconi, A. *Fiducia. Il senso della funzione pubblica tra etica e competenza*. Rimini: Maggioli, 2019, 1 ss.
- Pirosa, R. «Le ragioni della fiducia. Notazioni su un libro controcorrente». *Nomos*, 2, 2022, 1 ss.
- Ponti, B. «Le diverse declinazioni della 'Buona amministrazione' nel PNRR». *Istituzioni del federalismo*, 2, 2022, 401 ss.
- Racca, G.M. «L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici». *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2022, 201 ss.
- Racca, G.M. *La responsabilità pre-contrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*. Napoli: Jovene, 2000.
- Ramajoli, M. «I principi generali». Contessa, Del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, 41 ss.
- Spagnuolo Vigorita, R. «La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici». *Federalismi*, 17, 2023, 271 ss.
- Spasiano, M.R. «Codificazione di principio e rilevanza del risultato». Contessa, Del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, 49-78.
- Toricelli, S. «Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale». *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2022, 29 ss.
- Ursi, R. «La 'trappola della fiducia' nel Codice dei contratti pubblici». *Bilancio comunità persona*, 1, 2024, 12 ss.
- Ursi, R. *Le stagioni dell'efficienza, I paradigmi giuridici della buona amministrazione*. Rimini: Maggioli, 2016.
- Vannucci, A. «Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione». Comperti, G.D., *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011, 265 ss.

# Per una trasparenza semplificata nei contratti pubblici: il codice dei contratti e le iniziative dell'Anac

Elisabetta Midena

Autorità nazionale anticorruzione, Italia

**Abstract** The intervention will focus on the transparency of public contracts as required by Legislative Decree 33/2013, and in particular on publication obligations, in light of the rules of the new Code, also drawing inspiration from the experience gained in Anac. In the new Contract Code, transparency is closely linked to the digitalisation of procedures up to the execution phase of contracts. With specific regulations, the Anac has given substance to the *once only* principle, guaranteeing the publication of data and information through the national database of public contracts. For an effective application of transparency and digitalisation, it is necessary that rules that are not coordinated with the new regime are not introduced and that public administration systems are strengthened.

**Keywords** Transparency. Simplification. Digitalisation. National database of public contracts. National anticorruption authority.

**Sommario** 1 Oggetto dell'intervento. – 2 Il ruolo e la domanda di trasparenza nel settore dei contratti pubblici. – 3 Per una trasparenza semplificata. – 4 Le semplificazioni della trasparenza nel d.lgs. 36/2026 e i regolamenti dell'Anac. – 5 Considerazioni conclusive.

## 1 Oggetto dell'intervento

Il principio di trasparenza è richiamato più volte nell'ultimo codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 36/2023. La trasparenza è presente nei principi generali – risultato, fiducia e accesso al mercato – costituendo sia un 'limite' da rispettare, sia un mezzo per garantire obiettivi

previsti nel codice,<sup>1</sup> sia uno dei connotati ontologici dell'attività delle pubbliche amministrazioni cui si lega il principio di fiducia.

Di trasparenza, poi, il codice tratta, in particolare, in due importanti norme, l'art. 20 e l'art. 28 in cui si afferma il principio del *once only* e dell'unicità del luogo di pubblicazione, nonché la stretta connessione fra digitalizzazione dei contratti pubblici e trasparenza (connessione, come precisa il Consiglio di Stato nella Relazione al codice, volta anche a prevenire fenomeni corruttivi) e si rinvia al d.lgs. 33/2013 (cd. codice della trasparenza). Più volte il legislatore ha tentato di saldare e coordinare la disciplina della trasparenza ai sensi della legge 190/2012 e del d.lgs. 33/2013 con quanto previsto dal codice dei contratti. Esempio ne sia l'art. 29 del d.lgs. 50/2016 più volte modificato. Come si illustrerà di seguito, alla base vi sono state esigenze di semplificazione ma anche di garanzia di trasparenza effettiva in un settore ritenuto particolarmente esposto a fenomeni corruttivi.

Di grande rilievo è anche la disposizione del nuovo codice dei contratti sull'accesso agli atti, l'art. 35, in cui vengono trattati congiuntamente accesso documentale ai sensi della legge 241/1990 e accesso civico semplice e generalizzato (art. 5 e 5 bis del d.lgs. 33/2013), recependo i più recenti orientamenti della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Nel prosieguo, ci si concentrerà sulla trasparenza dei contratti pubblici come prevista dal d.lgs. 33/2013, e in particolare sugli obblighi di pubblicazione, alla luce delle norme del nuovo codice traendo anche spunto dall'esperienza avuta in Anac.

L'importanza del riferimento al d.lgs. 33/2013 nel codice dei contratti, sia preminente che attuale, consente di ricordare che il principio di trasparenza ha un significato davvero molto ampio.

Solo, in sintesi, la trasparenza è considerata

---

L'intervento è stato svolto nel novembre 2023 come dirigente dell'Ufficio regolazione anticorruzione, trasparenza e PNA dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac).

<sup>1</sup> Cf. ad esempio art. 1 c. 2 d.lgs. 36/2023 «La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, ed è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto [...], e ne assicura la piena verificabilità». In proposito, nella relazione al codice, il Consiglio di Stato afferma che la trasparenza è «tutelata non come fine ma come mezzo in vista del raggiungimento del risultato». Inoltre, che «La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità. Il riferimento espresso alla 'verificabilità' evoca il concetto di accountability, inteso come responsabilità per i risultati conseguiti. In quest'ottica, la logica del risultato, attraverso la definizione degli obiettivi e il controllo trasparente sull'attività amministrativa, costituisce un mezzo per assicurare l'accountability, in un'ottica di crescente efficienza e responsabilizzazione delle amministrazioni pubbliche». Cons. Stato, *Relazione del Consiglio di Stato al Codice dei contratti*. [https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3\\_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670936691000](https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670936691000).

caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale 'casa di vetro' improntata ad imparzialità, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione.<sup>2</sup>

Essa può diventare un

'punto di confluenza' dei principi giuridici, costituzionalmente posti, dell'azione amministrativa (dal buon andamento all'imparzialità, al rispetto del cd. principio di legalità sostanziale, al metodo di partecipazione democratico.

Ciò al fine di realizzare «l'aspirazione a una democrazia intesa come regime del potere visibile (secondo la definizione di Norberto Bobbio)».<sup>3</sup>

La stessa Anac ha più volte ribadito negli anni l'importanza della trasparenza come strumento di prevenzione di fenomeni di cattiva amministrazione, di situazioni di conflitti di interesse e misura volta a garantire diritti di partecipazione democratica dei cittadini alla costruzione del bene del Paese.

## 2 Il ruolo e la domanda di trasparenza nel settore dei contratti pubblici

Come è noto, quella dei contratti pubblici è ritenuta dalla Convenzione ONU contro la corruzione, la Convenzione di Merida,<sup>4</sup> e dalla legge 190/2012, una delle principali aree a rischio corruttivo (art. 1 c. 10) e proprio la trasparenza è considerata un pilastro fra le misure utili a prevenire la corruzione in questo ambito.

Già ormai quasi 30 anni fa, nel rapporto del Comitato di studio istituito con provvedimento del presidente della Camera dei deputati del 27 settembre 1996, presieduto dal prof. Sabino Cassese, si indicava opportuno «favorire la massima visibilità delle gare d'appalto tramite la diffusione centralizzata e la facilità di accesso alle informazioni sulle gare (anche con il supporto di strumenti informatici) e garantire la massima trasparenza decisionale».<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Cons. Stato Ad. Plen. n. 10/2020. [https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3\\_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fd c-4be4-e9632c641eb8?t=1670936691000](https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fd c-4be4-e9632c641eb8?t=1670936691000).

<sup>3</sup> Cons. Stato, Sez. consultiva atti normativi, Parere n. 515/2016. <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=31534>.

<sup>4</sup> La Convenzione è del 2003. L'Italia l'ha ratificata nel 2009 con la legge 116/2009.

<sup>5</sup> Rapporto finale del Comitato di studio. [https://leg13.camera.it/\\_dati/leg13/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/cxi/001/pdf002.pdf](https://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/cxi/001/pdf002.pdf).

La traduzione nella realtà amministrativa delle ancora attuali indicazioni del predetto Comitato ha richiesto un lungo percorso ancora non concluso. Basti ricordare che la legge 190/2012, che per la prima volta disciplina organicamente le misure di prevenzione della corruzione tra cui la trasparenza sui contratti, è intervenuta dopo 16 anni e che la digitalizzazione dei contratti pubblici è stata resa operativa dall'inizio del 2024.

Anche il Consiglio di Stato ha più volte rimarcato l'importanza della trasparenza nell'ambito della contrattualistica pubblica. L'Adunanza Plenaria, nella sentenza 10/2020, afferma che

la configurazione di una trasparenza che risponda ad 'un controllo diffuso' della collettività sull'azione amministrativa è particolarmente avvertita nella materia dei contratti pubblici e delle concessioni e, in particolare, nell'esecuzione di tali rapporti, dove spesso si annidano fenomeni di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e aree di malgoverno per le opere costruite o i servizi forniti dalla pubblica amministrazione e gravi carenze organizzative.

Nella Relazione<sup>6</sup> al nuovo codice dei contratti, il Consiglio di Stato ribadisce che

nella materia dei contratti pubblici la trasparenza è tra i principi cardine dell'agere amministrativo, consentendo attraverso norme e adempimenti proprio la conoscibilità delle procedure e assicurando partecipazione, concorrenza, efficienza.

E che il rischio di fenomeni corruttivi è prevenuto, tra l'altro, da una più ampio ricorso alla trasparenza.

Come anticipato, la legge 190/2012 e il d.lgs. 33/2013, sin dalle loro prime versioni, hanno dedicato apposite norme alla pubblicazione dei dati sui contratti pubblici sui siti delle amministrazioni in Amministrazione trasparente.

La legge 190/2012, con l'art. 1 c. 32, ha da subito disciplinato un primo livello di trasparenza dei contratti pubblici, rinviando, invece, al legislatore delegato la definizione degli obblighi di pubblicazione in altri ambiti dell'attività amministrativa.<sup>7</sup> Era previsto che fosse pubblicato un set di dati specifico (struttura proponente, oggetto del bando, invitati a presentare le offerte, aggiudicatario, importo di aggiudicazione, tempi di completamento, somme liquidate) che è rimasto immutato sino all'entrata in vigore dell'ultimo codice sugli

---

<sup>6</sup> Cons. Stato, *Relazione del Consiglio di Stato al Codice dei contratti*, 42.

<sup>7</sup> Art. 35 l. 190/2012.

appalti. Sulla corretta pubblicazione di tali dati si articolava un complesso meccanismo di controllo (da Anac alla Corte dei conti) che, in realtà, non è mai decollato veramente.

Un ulteriore rafforzamento della trasparenza, in questo ambito, nel d.lgs. 33/2013, è stata introdotta una norma, l'art. 37, in cui, per la specificazione di ulteriori obblighi di pubblicazione, si è utilizzata la tecnica del rinvio al codice dei contratti.<sup>8</sup> Ciò ha comportato, considerate le modifiche intervenute negli anni nel settore degli appalti, una progressiva estensione dei dati da rendere in Amministrazione trasparente (AT): dalle sole procedure di affidamento fino ad abbracciare l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, dalla programmazione alla fase di esecuzione del contratto. Proprio su quest'ultima fase, l'Autorità nazionale anticorruzione ha nel tempo posto particolare attenzione, anche anticipando alcune conclusioni cui è pervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e lo stesso legislatore.<sup>9</sup>

L'Autorità anticorruzione ha anche fortemente rimarcato l'importanza della trasparenza nel momento in cui sono state introdotte deroghe rilevanti nelle procedure di affidamento degli appalti in considerazione dell'emergenza sanitaria e per favorire il raggiungimento degli interventi del PNRR. Nel PNA 2022 - la cui parte speciale è focalizzata sui contratti pubblici in relazione all'attuazione del PNRR - l'Autorità ribadisce che va

valorizzato il ruolo della trasparenza come misura cardine per assicurare un importante presidio in funzione di anticorruzione, oltre che di controllo sociale sull'operato e sui risultati ottenuti dalle stazioni appaltanti, sia nell'aggiudicazione che nell'esecuzione di opere, di servizi e forniture.<sup>10</sup>

La trasparenza nei contratti pubblici risponde anche a una specifica domanda della società civile e degli operatori economici. Secondo uno studio dell'Anac del 2020-21<sup>11</sup> risulta una sicura e forte «domanda di trasparenza» su questi dati: la sottosezione «Bandi di gara e contratti» è una di quelle che riscuote maggiore attenzione da parte

<sup>8</sup> Nel d.lgs. 50/2016, il rinvio era all'art. 29, modificato più di una volta e da ultimo dal d.l. 77/2021 convertito, con modifiche, nella legge 108/2021.

<sup>9</sup> Si veda Ad. Plen. Cons. Stato n. 10/2020 e la l. 108/2021 di conversione in l. del d.l. n. 77/2021. In particolare, l'art. 53 c. 5, modificando l'art. 29 del d.lgs. 50/2016, aveva certamente esteso la pubblicazione dei dati della fase esecutiva.

<sup>10</sup> <https://www.anticorruzione.it/-/pna-2022-deLibera-n.7-deL-17.01.2023>.

<sup>11</sup> *Monitoraggio conoscitivo sulla 'esperienza della trasparenza'. Survey strutturate rivolte ai RPCT di un campione qualificato di Amministrazioni*. <https://www.anticorruzione.it/-/monitoraggio-conoscitivo-sulla-esperienza-della-trasparenza.-survey-strutturate-rivolte-ai-rpct-di-un-campione-qualificato-di-amministrazioni>.

dei cittadini/utenti e al contempo è anche una di quelle in cui si registra un elevato livello di investimento sia in termini di attenzione sia in termini di realizzazione di adeguate strutture ICT da parte anche delle amministrazioni.

L'esigenza di trasparenza in questo settore, accresciuta con l'approvazione del PNRR,<sup>12</sup> trova pieno riscontro nelle circolari del Ministero dell'economia e finanze (MEF) sugli interventi finanziati con fondi PNRR. Nel documento *Istruzioni tecniche per la redazione dei sistemi di gestione e controllo delle amministrazioni centrali titolari di interventi PNRR* allegato alla circolare n. 9 del 10 febbraio 2022<sup>13</sup> sono stati previsti obblighi di pubblicazione e iniziative sul piano della comunicazione e informazione.

### 3 Per una trasparenza semplificata

La normativa del d.lgs. 33/2013 è stata sottoposta ad analisi e opinioni critiche in relazione agli oneri che pone in capo alle amministrazioni e agli altri soggetti cui la stessa si applica.<sup>14</sup>

A legislazione invariata, l'Anac è più volte intervenuta per provare, nei limiti dei poteri a essa attribuiti, a semplificare, razionalizzare e favorire l'attuazione ragionevole ed effettiva degli obblighi di pubblicazione, nell'intento di rendere utile la trasparenza rispetto alla domanda registrata nell'ottica di «realizzare un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino».<sup>15</sup>

In generale, il tema della semplificazione della trasparenza, e del d.lgs. 33/2013 in particolare, richiede una combinazione di interventi legislativi e amministrativi, questi ultimi in termini di indicazioni e linee guida anche di tipo organizzativo.

Innanzitutto, a livello legislativo si ricorda che il d.lgs. 97/2016, che ha modificato il d.lgs. 33/2013, doveva, tra l'altro, attuare principi di semplificazione degli oneri di pubblicazione per le p.a. Effettivamente, alcuni obblighi di pubblicazione sono stati eliminati o meglio calibrati; tuttavia altri ne sono stati introdotti.<sup>16</sup> In una logica di

<sup>12</sup> Non risultano studi sulla domanda di trasparenza sugli interventi finanziati con il PNRR, ma la domanda esiste certamente da parte della società civile. In proposito si veda <https://www.openpolis.it/perche-abbiamo-inviato-il-quarto-foia-al-governo-sul-pnrr/>.

<sup>13</sup> Cf. § 10 «Informazione e pubblicità» del documento *Istruzioni tecniche per la redazione dei sistemi di gestione e controllo delle amministrazioni centrali titolari di interventi del PNRR*, allegato alla Circolare MEF n. 9 del 10 febbraio 2022.

<sup>14</sup> Art. 2 bis del d.lgs. 33/2013 sull'ambito soggettivo della disciplina.

<sup>15</sup> Art. 1 c. 1 d.lgs. 33/2013.

<sup>16</sup> Si consideri, ad esempio, l'art. 14 sulla trasparenza reddituale per i dirigenti pubblici, oppure l'art. 15 bis sulle consulenze nelle società controllate.



semplificazione, è stato anche inserito l'art. 9 bis del d.lgs. 33/2013 secondo cui, laddove le pubbliche amministrazioni siano tenute a inviare dati atti e informazioni a banche dati pubbliche, la trasparenza in Amministrazione trasparente (AT) è assicurata tramite un collegamento ipertestuale alla banca dati ricevente. Si tratta, pur con diversi limiti evidenziati dall'Autorità in un atto di segnalazione al Governo e al Parlamento,<sup>17</sup> dell'applicazione dell'importante principio del *once only* in virtù del quale i dati sono trasmessi una volta sola a una banca dati e non possono essere richiesti da altri sistemi o banche dati ma sono resi disponibili dal sistema informativo che per primo li riceve.

Un ulteriore passo per la riduzione di oneri era stato avviato nel novembre 2019. L'allora ministro della funzione pubblica aveva istituito un'apposita Commissione di studio per la revisione e la semplificazione della normativa di prevenzione della corruzione e della trasparenza presieduta dal prof. Bernardo Mattarella. Alla Commissione avevano preso parte rappresentanti dell'Accademia, delle amministrazioni, sia centrali che territoriali, e delle autorità di regolazione (Anac e Garante della protezione dei dati personali). I lavori della Commissione si sono conclusi alla fine del 2020 con la consegna al ministro di un rapporto accompagnato da schemi di legge delega e di decreti legislativi attuativi, in cui era stato fatto un significativo sforzo di sfoltimento di obblighi di pubblicazione e di razionalizzazione e coordinamento della normativa, anche in maniera di accesso. Non risulta, però, che siano seguite iniziative legislative che hanno tradotto le proposte in interventi legislativi.

Ancora. Nella versione iniziale del PNRR dell'Italia, pubblicato sul sito *Italia domani*, l'intento di semplificazione della trasparenza amministrativa era stato previsto come un obiettivo da raggiungere con l'adozione di appositi atti legislativi. Anche in tal caso, tuttavia, il riferimento a questo obiettivo non appare più nei documenti finali approvati dalla Commissione europea.

Conclusivamente si può affermare che a fronte delle esigenze di semplificazione espresse dalle amministrazioni non vi sono state risposte compiute da parte del legislatore.

In materia di contratti pubblici, un forte impulso alla semplificazione delle norme e delle procedure si è avuto in occasione della crisi pandemica e dell'approvazione del PNRR cui sono seguiti i decreti-legge 76 e 77<sup>18</sup> rispettivamente del 2020 e del 2021 e poi la legge

---

<sup>17</sup> Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento n. 6 del 20/12/2017. <https://www.anticorruzione.it/-/atto-di-segnalazione-al-governo-e-al-parlamento-n.-6-del-20/12/2017-rif.-1>.

<sup>18</sup> Massera e Merloni parlano di «virus della semplificazione» «per complicazione», «per sospensione» e «per deroga» già inoculati dal decreto 'Sblocca cantieri' e si ravvisa poi prevalente la «variante della semplificazione 'per deroga'» in Massera, Merloni, «L'eterno cantiere dei contratti pubblici», 587 e ss, in particolare 612.

delega sul codice dei contratti, la n. 78/2022 e lo stesso nuovo codice dei contratti. Come si vedrà, questi interventi normativi hanno inciso anche sul tema della trasparenza amministrativa.

Come anticipato, in considerazione delle semplificazioni e delle numerose deroghe introdotte alla normativa vigente per accelerare le procedure, l'Anac ha, in diverse occasioni, ribadito la centralità della trasparenza in tutte le fasi contrattuali. Allo stesso tempo ha comunque posto attenzione alle richieste di semplificazione, specie per gli enti di piccole dimensioni.<sup>19</sup>

Nel PNA 2022, l'Autorità ha dedicato ampi spazi volti a fornire un quadro complessivo e coordinato degli obblighi di pubblicazione sui contratti pubblici.

Nella parte speciale del PNA 2022, come anticipato dedicata agli appalti proprio in considerazione delle riforme del PNRR, le direzioni in cui l'Autorità si è mossa sono diverse.

Innanzitutto, l'Anac ha cercato di chiarire il quadro normativo, molto complicato dalla introduzione parcellizzata, nel tempo, di norme non coordinate fra loro che hanno dato vita a una legislazione 'speciale', complessa e non sempre di facile comprensione, con il conseguente rischio di amplificare rischi corruttivi e cattiva amministrazione. L'obiettivo è stato quello di orientare al meglio le amministrazioni nell'attuazione della normativa e, soprattutto, nella progettazione di misure di prevenzione della corruzione - di cui sono stati date alcune esemplificazioni - nei Piani di attività e organizzazione (PIAO) o nei Piani triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT).

In secondo luogo, sono stati razionalizzati e riorganizzati gli obblighi di pubblicazione, tenendo conto delle modifiche normative intervenute fino ad allora (in particolare dei d.l. 76/2020 e 77/2021) e degli orientamenti della giurisprudenza amministrativa.<sup>20</sup> Per andare incontro alle esigenze di conoscenza della società civile, come si è anticipato, particolarmente elevate in questo ambito, le stazioni appaltanti sono state invitate a pubblicare i dati in Amministrazione trasparente in modo da far comprendere l'evoluzione della storia di ogni singolo contratto, dalle fasi della programmazione a quella dell'esecuzione. Con ciò evitando la pubblicazione cronologica e separata per singole categorie di atti (tutti i bandi, tutte le Commissioni,

---

**19** In alcuni comunicati del Presidente, l'Anac ha fortemente ribadito, rispetto alle semplificazioni procedurali e allo stesso innalzamento delle soglie che consentono il ricorso all'affidamento diretto e alle procedure negoziate che «semplificazione e rapidità sono importanti, ma non possono andare a discapito di principi altrettanto importanti come trasparenza, controllabilità e libera concorrenza». <https://www.anticorruzione.it/-/codice-appalti-i-dubbi-dell-anticorruzione#p1>.

**20** PNA 2022, allegato nr. 9.

tutti i resoconti della gestione finanziaria, ecc.) non in grado di rappresentare l'unitario ciclo di vita di ogni singolo contratto.

Sempre nel PNA 2022, è stata rimarcata l'importanza della trasparenza nella fase di esecuzione, ricordando che, oltre agli atti, ai dati e alle informazioni da pubblicare ai sensi del d.lgs. 33/2013, trova applicazione anche l'istituto dell'accesso civico generalizzato, riconosciuto espressamente ammissibile dal Consiglio di Stato anche con riguardo agli atti della fase esecutiva.<sup>21</sup>

Considerate le circolari del MEF sulla pubblicazione dei dati sugli interventi del PNRR, sono state fornite indicazioni per coordinare quanto richiesto dal MEF con quanto previsto dal d.lgs. 33/2013, onde evitare sovrapposizioni, duplicazioni e, così, ridurre gli oneri per le stazioni appaltanti.

Infine, poiché anche la trasparenza, come le altre misure di prevenzione della corruzione richiede un monitoraggio sulla corretta attuazione, oltre ad aver dato indicazioni su un monitoraggio efficiente della trasparenza, si è anche previsto un monitoraggio 'semplificato' degli obblighi di pubblicazione per agevolare gli enti di piccole dimensioni.

#### **4 Le semplificazioni della trasparenza nel d.lgs. 36/2026 e i regolamenti dell'Anac**

La legge delega 78/2022 contiene principi di semplificazione normativa e procedimentale cui il legislatore delegato ha dovuto attenersi in attuazione degli impegni presi dall'Italia nel PNRR. Principi che riprendono anche quanto scritto dall'Anac in un documento del 2020<sup>22</sup> con cui si anticipavano molte delle soluzioni rilanciate nel nuovo codice dei contratti.

Come ha scritto il Consiglio di Stato nella Relazione al codice, si è inteso dare un «senso effettivo ad alcune parole chiave» spesso utilizzate in tema di contratti pubblici e la semplificazione è ottenuta «aumentando la discrezionalità delle SA e rimuovendo il *gold plating* ovunque possibile. Il rischio di fenomeni corruttivi è prevenuto da un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione».<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Ad. Plen. Cons. Stato 10/2020.

<sup>22</sup> *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione*: le proposte dell'Autorità, 27 Maggio 2020. <https://www.anticorruzione.it/-/appalti-digitali-verifiche-dei-requisiti-semplificate-ed-estensione-dello-stato-di-emergenza-le-proposte-anac-per-agevolare-la-ripresa-economica>.

<sup>23</sup> Cons. Stato, *Relazione del Consiglio di Stato al Codice dei contratti*, 6.

Proprio la digitalizzazione risulta fondamentale alleata della semplificazione della trasparenza,<sup>24</sup> come anche previsto nell'impianto dell'ultima versione dell'art. 29 del codice del 2016.

Le disposizioni del d.lgs. 36/2023, da 19 a 36, coordinano e sistematizzano previsioni legislative per la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici in linea con gli obiettivi del PNRR. Viene potenziato e rafforzato il ruolo della Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), istituita presso l'Anac che, dialogando con le piattaforme interoperabili delle stazioni appaltanti, diventa il fulcro di un ecosistema digitale attraverso cui si gestiscono le procedure di gara. Alla digitalizzazione sono associabili numerosi vantaggi tra cui: la semplificazione e la velocizzazione di tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti; l'incremento della qualità e della tempestività dei dati raccolti; l'aumento del livello di trasparenza e della circolarità delle informazioni; l'attuazione del principio dell'unico invio e dell'unicità del luogo di prima pubblicazione; il monitoraggio tempestivo del mercato volto anche alla prevenzione di fenomeni distorsivi.

L'attuazione della disciplina della trasparenza può effettivamente risultare semplificata grazie alla digitalizzazione. Le norme di riferimento sono, in particolare, sono gli artt. 20 e 28. In base all'art. 23, centrale per le semplificazioni è la BDNCP che è tenuta a rendere disponibili, mediante interoperabilità con le piattaforme digitali dei committenti pubblici, i servizi e le informazioni necessarie allo svolgimento dell'intero ciclo dei contratti pubblici anche per dare attuazione agli obblighi di pubblicazione. Si prevede anche che tramite le piattaforme digitali delle stazioni appaltanti (SA) che verrà data attuazione alla disciplina dell'accesso sia documentale (l. 241/1990) che civico e generalizzato. L'art. 35 prevede, infatti, che le SA devono assicurare l'accesso alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici in modalità digitale, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme. È abrogato poi l'art. 1 c. 32 della legge 190/2012 in quanto il set dei dati ivi contenuto è stato assorbito, di fatto, fra quelli da inviare alla BDNCP.

Il codice ha rimesso ad Anac, insieme ad altri soggetti pubblici (tra cui MIT e AGID), la regolamentazione del funzionamento dell'ecosistema digitale e l'individuazione di dati e informazioni da trasmettere alla BDNCP per la gestione dei contratti e per l'attuazione sia della trasparenza del d.lgs. 33/2013 sia della pubblicità legale.

L'Autorità ha adottato alcuni regolamenti attuativi fra loro strettamente collegati.

---

**24** Si veda in proposito Carlotti, «I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione», in cui è dato spazio anche a riflessioni sul binomio digitalizzazione e trasparenza. Sulla digitalizzazione e le sue prospettive, tra gli altri, Corrado, «I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro», 128 ss; Clarizia, «La digitalizzazione», 302 ss.

Ci si riferisce, per quanto di interesse, in primo luogo, al Regolamento contenuto nella delibera 'madre' la n. 261 del 20 giugno 2023 adottata ai sensi dell'art. 23 c. 5 del nuovo codice. Vi sono indicate le sezioni in cui è articolata la BDNCP (tra cui la Piattaforma Contratti Pubblici - PCC, all'art. 4) e individuate le informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla BDNCP, attraverso le piattaforme telematiche, per la gestione di ogni fase del ciclo di vita dei contratti, dagli avvisi iniziali all'esecuzione (art. 10).<sup>25</sup> È chiarito che mediante le piattaforme digitali le SA assolvono agli obblighi di trasparenza di cui al d.lgs. 33/2013 e di pubblicità legale (art. 8).

Contestualmente sono state adottate la delibera n. 263 del 20 giugno 2023, d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sulle modalità di attuazione della pubblicità legale degli atti tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, ottimizzando l'uso dei dati inseriti anche ai fini di pubblicità legale; e la delibera n. 264 del 20 giugno 2023, modificata e integrata con la delibera 601 del 19 dicembre 2023, sull'individuazione delle informazioni e dei dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici che rilevano ai fini dell'assolvimento degli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. 33/2013.

Quest'ultima delibera dà piena attuazione al principio del *once only* garantendo una significativa riduzione di oneri per le SA.

Infatti, la trasmissione di dati, come individuati nella delibera 261/2023 sopra ricordata, alla BDNCP sostituisce la pubblicazione degli stessi dati in AT. Le SA e gli enti concedenti devono limitarsi a inserire in AT un collegamento ipertestuale alla BDNCP che rinvia direttamente alla sezione della banca dati dove sono inserite e pubblicate, per ogni procedura di affidamento associata a un codice identificativo gara (CIG), tutte le informazioni che la SA abbia trasmesso alla banca dati medesima per la gestione delle procedure di gara e dell'esecuzione. Per la realizzazione di questa importante semplificazione, l'Anac ha passato al setaccio tutti i dati che le stazioni appaltanti devono trasmettere, tramite le piattaforme digitali, alla BDNCP in formulari standard informatizzati (*e.forms*) al fine di individuare quali di essi potessero sovrapporsi a dati e informazioni la cui pubblicazione è prevista dal d.lgs. 33/2013 in modo da evitare anche l'ulteriore pubblicazione in AT. La delibera interviene anche sull'accesso civico semplice e generalizzato, e sulle relative responsabilità, secondo quanto previsto dall'art. 35 del codice (artt. 6-7).

Se questo sistema consente un rilevante abbattimento degli oneri di pubblicazione in capo ai committenti pubblici in AT, va, tuttavia,

<sup>25</sup> <https://www.anticorruzione.it/-/delibera-n.-261-del-20-giugno-2023-provvedimento-art-23-bdncp>.

evidenziato che il nuovo codice non ne ha fatto 'tabula rasa'. Alcune norme del d.lgs. 36/2023 continuano a prevedere obblighi di pubblicazione che le SA sono tenute a pubblicare autonomamente in Amministrazione trasparente e che Anac ha individuato in un apposito allegato alla delibera 264/2023 (come modificata dalla delibera 601/2023). Alcuni di essi riguardano singole procedure di gara, come i dati sulla composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione (art. 28 c. 2); altri attengono, invece, alla tutte le procedure, come l'Elenco delle soluzioni tecnologiche adottate dalle SA e enti concedenti per l'automatizzazione delle proprie attività (art. 30).

Infine, nel codice, all'art. 23, si dice che la BDNCP si integra con la Piattaforma unica per la trasparenza istituita presso Anac. Si tratta di una piattaforma, in fase di predisposizione, che dovrà centralizzare la raccolta dei dati che le p.a. devono pubblicare su siti in AT, rendendone uniforme sia il contenuto che la visualizzazione, garantendo la comparabilità dei dati. Al momento la piattaforma non è ancora completata e, pertanto, non è ancora delineato il sistema di 'dialogo' con la BDNCP.<sup>26</sup>

Nell'aggiornamento del PNA del 2023, adottato successivamente all'adozione del d.lgs. 36/2023, l'Autorità ha chiarito la disciplina transitoria applicabile alla trasparenza in vista dell'entrata in vigore delle norme sulla digitalizzazione dei contratti operativa dal primo gennaio 2024 rinviando, per gli obblighi di pubblicazione, ai predetti regolamenti dell'Autorità, nonché al Comunicato dell'Anac e del Ministero delle infrastrutture relativo avvio processo digitalizzazione adottato con delibera n. 582 del 13 dicembre 2023.

## 5 Considerazioni conclusive

La trasparenza nei contratti pubblici è sempre stata ritenuta di grande importanza per tutti gli attori del mercato dei contratti e per i cittadini che, proprio in questo ambito, esprimono un'elevata domanda di trasparenza. Attraverso la trasparenza si possono anche limitare fenomeni corruttivi e di cattiva amministrazione.

---

<sup>26</sup> Anac ritiene che siano molti i vantaggi della istituzione della Piattaforma della trasparenza: sia in termini di agevolazione nell'assolvimento degli obblighi di pubblicazione da parte delle amministrazioni o enti interessati, sia in termini di facilitazione nella consultazione e analisi dei dati da parte dei cittadini che potrebbero interpretare più facilmente i dati pubblicati in maniera uniforme e comparabile. In attuazione del principio del *once only*, l'intenzione è anche quella di rendere interoperabili le banche dati che contengono i dati previsti dal d.lgs. 33/2013 con la piattaforma in attuazione delle indicazioni dell'art. 9 bis del decreto. Si rinvia alla Relazione annuale dell'Anac per il 2024: Anac, *Relazione annuale 2024*. <https://www.anticorruzione.it/-/relazione.annuale.2024>.

Perché vi sia una trasparenza di valore e semplificata nei contratti pubblici occorre che la normativa sulla trasparenza e sui contratti si stabilizzi. Vanno evitati innesti o modifiche normative non coordinate che generano incertezze e contraddizioni. Cosa, per esempio, che è stata fatta in materia di servizi pubblici locali. Con riferimento alla trasparenza, coesistono la disciplina prevista dal nuovo codice per gli affidamenti e quella introdotta dal d.lgs. 201/2022 «Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica». In quest'ultimo decreto si prevede la pubblicazione di una serie di dati in AT, la loro trasmissione a un nuovo portale presso Anac denominato «Trasparenza dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - Trasparenza SPL» e la loro messa a disposizione anche attraverso la costituenda Piattaforma unica della trasparenza (art. 31). Ci si può anche chiedere se il previsto ed esplicito 'rafforzamento' della trasparenza in questo settore - con la pubblicazione di dati online da parte degli enti locali degli altri soggetti competenti a regolare o organizzare i servizi di interesse economico generale di livello locale - non denoti un atteggiamento di sfiducia nelle pubbliche amministrazioni, in controtendenza con il principio di fiducia nell'azione legittima e trasparente delle amministrazioni pubbliche che permea il nuovo codice dei contratti.

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti sostiene certamente il percorso di accrescimento dei livelli di trasparenza e di *accountability* delle pubbliche amministrazioni favorendo la concorrenza e il migliore utilizzo delle risorse pubbliche. Anche il codice previgente prevedeva disposizioni in materia di digitalizzazione degli affidamenti mai attuate compiutamente. Una delle sfide del d.lgs. 36/2023 è, innanzitutto, quella di dare attuazione a questa grande riforma per la gestione degli affidamenti pubblici, unitamente a quella della qualificazione delle stazioni appaltanti.<sup>27</sup> Ciò implica un parallelo, ineludibile processo di revisione degli assetti organizzativi delle amministrazioni nonché delle norme, delle procedure e degli strumenti a loro disposizione.<sup>28</sup>

Come più volte ricordato da numerosi osservatori, le cose complesse come le procedure di gara non si semplificano solo con le norme,<sup>29</sup> si semplificano nel concreto: occorre quindi rafforzare le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti, avere 'corpi tecnici' qualificati e organizzare bene la formazione, innalzare la cultura della

<sup>27</sup> Al 30 aprile 2024 risultano 4.353 stazioni appaltanti qualificate (da un totale di circa 26.500 SA. Cf. Anac, *Relazione annuale 2024*, 19. <https://www.anticorruzione.it/-/relazione.annuale.2024>.

<sup>28</sup> Cf. tra gli altri, Clarizia, «La digitalizzazione», 310.

<sup>29</sup> Si veda, tra gli altri, Vetrò, Lombardo, Petrachi, «L'avvio del nuovo codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazioni: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici», 33.

qualità nella pubblica amministrazione e nella gestione dei contratti pubblici.<sup>30</sup> Al contempo sarebbe anche necessario colmare gap digitali di cittadini e imprese, soprattutto quelli più vulnerabili e delle imprese, specie quelle di ridotte dimensioni.

Per quanto riguarda la trasparenza di cui al d.lgs. 33/2013, sarà poi necessario: mettere a sistema nel tempo ciò che va in BDNCP e quel che ancora le SA pubblicano in AT in modo che si riducano sempre più i documenti non nativi digitali che devono essere pubblicati in AT; monitorare e prestare attenzione alla domanda di trasparenza nella consapevolezza che garantendo una buona trasparenza si rende un servizio alla società civile e al mercato.

Per una buona trasparenza è necessario curare la qualità dei dati pubblicati secondo i criteri indicati dall'art. 6 del d.lgs. 33/2013, sia che ciò avvenga in Amministrazione trasparente sia che avvenga tramite la BDNCP o le piattaforme digitali delle SA.<sup>31</sup>

In quest'ottica, almeno fino a quando vi saranno documenti non nativi digitali, occorre che, con riferimento ai singoli contatti, sia coordinata la pubblicazione dei dati in AT con quelli inseriti nella BDNCP. Questo per facilitare la consultabilità e la comprensibilità di quanto pubblicato anche per i non addetti ai lavori. Ad esempio, che sia chiaro a quale procedura di gara (i cui dati sono resi pubblici attraverso il link alla BDNCP) si riferiscono i dati sulle commissioni giudicatrici, che il d.lgs 36/2023 prevede siano pubblicati, invece, in AT.

Infine, ci si può chiedere se gli stessi PTPCT o le sezioni del PIAO sulla prevenzione della corruzione e della trasparenza, adeguatamente predisposti, possano contribuire alla migliore trasparenza delle p.a., in generale, e nel settore dei contratti in particolare. Le mappature dei processi, l'individuazione dei rischi corruttivi e delle misure di contenimento, la sezione trasparenza in cui sono indicati i flussi informativi per la pubblicazione dei dati possono essere essi stessi una fonte importante di trasparenza di ciò che accade nelle amministrazioni nella gestione dei contratti. Ciò richiederebbe, tuttavia, una maggiore snellezza di questi programmi, da centrare più su aspetti operativi e organizzativi, e una loro più facile accessibilità da parte di chiunque sia interessato.

---

**30** Cf. anche Donato, «Quaderno di ricerca giuridica 2020»; Cons. Stato, *Relazione del Consiglio di Stato al Codice dei contratti*, 10; si veda anche Carloni, «I contratti pubblici tra semplificazione e anticorruzione», 628; Vetrò, Lombardo, Petrachi, «L'avvio del nuovo Codice», 53

**31** L'ipotesi di rendere pubblici i documenti e dati presenti nelle piattaforme digitali delle SA è espressamente prevista nella delibera 601/2023 che ha modificato la delibera 624/2024.



## Bibliografia

- Carlone, E. «I contratti pubblici tra semplificazione e anticorruzione». *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. 1. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, 617 ss.
- Carlotti, G. «I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione». *Giustizia amministrativa*, 2023. <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/carlotti-i-principi-nel-codice-dei-contratti-pubblici-la-digitalizzazione>.
- Clarizia, P. «La digitalizzazione». *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, 302 ss.
- Corrado, A. «I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro». *Federalismi*, 19, 2023, 128 ss.
- Donato, L. (a cura di). *Quaderno di ricerca giuridica 2020. Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione*, nr. 89. Roma: Banca d'Italia, 2021. <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2020-0089/qrg-89.pdf>.
- Massera, A.; Merloni, F. «L'eterno cantiere dei contratti pubblici». *Diritto Pubblico*, 2, 2021, 587 ss.
- Vetrò, F.; Lombardo, G.; Petrachi, M. «L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazioni: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici». *Il diritto dell'economia*, 1, 2023, 31 ss.



# La disciplina del conflitto di interessi nella prospettiva del nuovo codice dei contratti

Hadrian Simonetti

Consiglio di Stato, Italia

**Abstract** Conflict of interest is a classical topic in Italian law, well known in different fields, in civil law as well as in public law, including administrative law. In recent years the matter has been strongly influenced by the international and the European law, as part of a broader agenda to promote transparency and competition and to contrast corruption and frauds. Starting from this general context, the essay is focused on the regulation of the conflict of interest by the last Code of public contracts – a code based upon an approach that encourages the confidence and the achievements of objectives – underlying the similarities and differences with the past and the main questions that can arise.

**Keywords** Interest. Transparency. Competition. Corruption. Frauds.

**Sommario** 1 Premessa. La nozione e la rilevanza del conflitto di interessi nel diritto italiano. – 2 Il conflitto di interessi nel diritto civile e nel diritto societario. – 3 Il conflitto di interessi nel diritto costituzionale. – 4 Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo. – 5 Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti pubblici. – 6 Il nuovo art. 16 del codice del 2023.

## 1 **Premessa. La nozione e la rilevanza del conflitto di interessi nel diritto italiano**

‘Conflitto di interessi’ è un’espressione sfuggente di cui si parla in ambiti e settori diversi del nostro ordinamento: nel diritto civile e in quello commerciale; nel diritto processuale, civile e penale; nel diritto pubblico, costituzionale e amministrativo.<sup>1</sup>

Come, ancora prima, la stessa nozione di interesse è sfuggente.<sup>2</sup>

Si vedrà nel prosieguo di questa relazione come il conflitto di interessi possa tradursi tanto in una situazione statica quanto in un comportamento dinamico e come i rimedi per fronteggiarlo siano diversi.

## 2 **Il conflitto di interessi nel diritto civile e nel diritto societario**

Nel diritto privato, parlando di conflitto di interessi, la legge si riferisce alle situazioni in cui la persona è portatrice, da un lato, dell’interesse proprio e, dall’altro, di un interesse altrui, individuale o collettivo, di cui le incombe la cura o del quale è partecipe.<sup>3</sup> Sono noti gli esempi del conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato e del contratto con se stesso (per i quali è dato il rimedio dell’annullabilità del contratto, ma nei limiti in cui il conflitto fosse conosciuto o conoscibile dal terzo - artt. 1394 e 1395), per la rappresentanza dei figli (320) e in caso di tutela dei fratelli (347), degli amministratori di società per azioni in conflitto di interessi (sui quali gravano obblighi dichiarativi e di astensione, con il possibile annullamento delle delibere - art. 2391), dei soci in assemblea (2373).

Si può cogliere una vicinanza tra il conflitto di interessi e l’abuso del diritto (la prima figura tende da ultimo a essere ricompresa nella seconda), e se ne tratta frequentemente nel discorso delle delibere assembleari e degli altri organi collegiali. Quanto alle tecniche di tutela, talune di esse sono ‘vicine’ a quelle pubblicitiche (l’eccesso

<sup>1</sup> Il tema assegnatomi è naturalmente quello dell’incidenza del conflitto di interessi sul piano giuridico, riferito alla medesima persona laddove portatrice di interessi appunto in conflitto; perché di conflitto di interessi si parla in diverse accezioni e direzioni, sia sempre in ambito giuridico, ma tra soggetti diversi, sia a livello politico e prima ancora sul terreno economico, come conflitto di interessi economici tra classi o gruppi sociali diversi tra di loro e al loro interno. Per restare all’ambito del diritto, per uno sguardo d’insieme si veda Lalli, «Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna», 155.

<sup>2</sup> Definito, ad esempio, da Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 69, come «il valore relativo che un determinato bene ha per un certo soggetto»; e da Kaiser, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, 37, come «una sostanza quasi indistruttibile, nonostante il cambiamento dei suoi oggetti e direzioni».

<sup>3</sup> Rescigno, *Manuale di diritto privato italiano*, 205.

di potere è una di quelle), altre all'inverso dal campo privatistico nel tempo sono passate anche a quello pubblicistico (la regola di buona fede). Si registra quindi un'osmosi reciproca, a conferma delle possibili somiglianze (e interferenze) tra poteri privati e pubblici, nei modi in cui manifestano la loro forza e nei mezzi impiegabili per difendersi da essi.

Nella riforma del diritto societario del 2003 si prevedono rimedi preventivi successivi e, relativamente a questi ultimi, si cerca di non paralizzare la vita e il funzionamento della compagine sociale: nel nuovo art. 2373 non basta il conflitto di interessi ma occorre anche che il voto del socio in conflitto sia stato determinante e possa derivarne un danno alla società. Ancora più marcata è questa tendenza nella disciplina dell'art. 2391 sugli amministratori in conflitto, dove sono prescritti obblighi informativi; è rafforzato l'obbligo di motivazione della delibera; l'impugnazione è subordinata anche qui al carattere determinante del voto; alla possibilità di un danno e gioca un ruolo anche l'aver o non avere adempiuto agli obblighi informativi di cui sopra.

Un cenno anche all'art. 2497 e alla disciplina dei gruppi e in particolare all'abuso di direzione (e coordinamento): qui il conflitto si direbbe connaturato alla fattispecie, se è vero che la società madre approfitta per definizione delle società figlie per realizzare, nella migliore delle ipotesi, l'interesse del gruppo; ma qui la teoria dei vantaggi compensativi può servire a neutralizzare, ovvero a bilanciare, il pregiudizio.

La disciplina è più severa nell'ambito dell'attività di intermediazione finanziaria, dove la fiducia del mercato e dei risparmiatori è prioritaria e dove rilevano interessi anche meramente potenziali e di natura non patrimoniale. I rimedi sono di vario genere: organizzativi, informativi, sanzionatori.

La regolazione del conflitto di interessi non è affidata solo alla legge (dello Stato, sebbene in molti ambiti le disposizioni siano di derivazione sovranazionale), ma anche a codici di condotta o deontologici, quindi a fonti di origine privatistica delle quali è da sempre discussa la natura e la rilevanza sul piano dell'ordinamento generale.<sup>4</sup> Si possono richiamare, nella cornice della 'formazione negoziale del diritto' e seguendo le suggestioni di un 'diritto senza Stato', le vicende e gli esempi più noti degli ordini professionali, delle società quotate in borsa, dell'autodisciplina pubblicitaria. Sovente ci si muove all'interno di gruppi e di comunità ristrette, di quelle che Guido Rossi, mutuando una distinzione elaborata dagli antropologi, chiamava le società della 'vergogna' per contrapporle alle società della 'colpa':

<sup>4</sup> In argomento si veda, volendo, Simonetti, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*.

sottolineando come la principale e più temuta sanzione irrogata nelle prime, quando se ne violano i precetti, è la disistima sociale, l'infamia, ben più grave di una qualunque altra sanzione, e che può condurre sino all'espulsione dal gruppo.<sup>5</sup>

### 3 Il conflitto di interessi nel diritto costituzionale

Nella Costituzione non c'è un riferimento diretto al tema del conflitto di interessi.

Ci sono articoli che nell'insieme compongono una base di lavoro necessaria e probabilmente già più che sufficiente (a volerne trarre le conseguenze): gli articoli 97 sull'imparzialità, 98 sui pubblici impiegati al servizio della nazione, 54 sul dovere di fedeltà alla Repubblica. Vi aggiungerei anche i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 e il dovere di concorrere al progresso materiale e spirituale della società di cui all'art. 4, comma 2.

Il discorso sul conflitto di interessi investe soprattutto il capitolo dei doveri costituzionali. In quanto tale può piacere di meno rispetto al più frequente discorso sui diritti.

Esula dal mio compito odierno dare conto di come, e fino a che punto, questi articoli siano stati tradotti nella legislazione statale. Ma almeno un cenno meritano le vicende legate alle invocate e avversate incompatibilità tra cariche pubbliche e determinate attività economiche. Un piano inclinato nel quale si è intervenuti per lo più escludendo la soluzione, il rimedio, più radicale dell'ineleggibilità del tipo di quelle di cui all'art. 10 del d.p.r. 361 del 1957; ma vale ricordare, prima ancora, la legge n. 60 del 1953, cd. legge Sturzo, si disse approvata all'epoca per impedire che Enrico Mattei, presidente dell'ENI, fosse contemporaneamente anche membro del Parlamento.<sup>6</sup>

Gli esempi più vicini ai giorni nostri, riferiti soprattutto alle attività di governo, in particolare la legge n. 215 del 2004 sulla titolarità di cariche pubbliche e sulle incompatibilità,<sup>7</sup> offrono soluzioni più blande e attribuiscono la competenza a vigilare sulla loro applicazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato i cui compiti sarebbero, però, altri.

<sup>5</sup> Cf. Rossi, *Il conflitto epidemico*.

<sup>6</sup> Lo ricorda da ultimo Cassese, *Le strutture del potere*, 16.

<sup>7</sup> Preceduta, al tempo della prima 'discesa in campo' di Silvio Berlusconi, dal disegno di legge n. 1082 del 2 novembre 1994 - lasciato poi cadere dalle forze politiche che avrebbero governato negli anni avvenire - che era il frutto dell'elaborazione di un comitato di saggi e che si ispirava a soluzioni già sperimentate nel diritto statunitense. La legge del 2004 configura peraltro il conflitto di interessi come una fattispecie di danno, e non come una situazione di pericolo, il che ha contribuito indubbiamente a renderla molto poco applicabile e, dunque, applicata.

Non vi sono, invece, previsioni relative ai parlamentari.

Nell'ambito della disciplina del conflitto di interessi dei pubblici funzionari in generale, presentano profili di particolare interesse talune categorie quali i magistrati (cui sono dedicati da sempre le regole dell'astensione e della ricusazione, nella dimensione processuale, e gli artt. 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario in quella più organizzativa), i professori universitari (con le previsioni dettate nella legge Gelmini del 2010), i componenti delle Autorità amministrative indipendenti.

#### 4 Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo

Il tema fa il suo ingresso già nelle legislazioni speciali, al principio del Novecento, sui servizi pubblici locali, gli enti locali, le opere pie:<sup>8</sup> si direbbe dove la vicinanza con il territorio era maggiore. Per la stessa ragione l'altro ambito da sempre sensibile, e non di rado 'attraversato' dall'ombra del conflitto, è quello dell'adozione degli strumenti urbanistici.

Questo spiega probabilmente l'attenzione che l'argomento ha sempre suscitato in dottrina e in giurisprudenza.<sup>9</sup>

Nella dottrina amministrativistica si ricorda la distinzione a suo tempo tracciata da Enrico Guicciardi tra le incompatibilità permanenti e quelle accidentali ovvero occasionali, dove le prime imporrebbero una regola di incandidabilità o di decadenza mentre le seconde potrebbero essere governate con il più semplice rimedio dell'astensione.<sup>10</sup>

Mario Nigro è stato tra i primi a ricondurre il conflitto di interessi a un vizio di legittimazione del soggetto che si trova in tale situazione.<sup>11</sup>

Con Umberto Allegretti viene riconosciuto, una volta per tutte, il nesso tra conflitto di interessi e principio di imparzialità.<sup>12</sup>

Aldo M. Sandulli ha approfondito il tema della ricusazione nel procedimento amministrativo, previsto con riferimento ai procedimenti disciplinari già nel testo unico sugli impiegati civili del 1957,

<sup>8</sup> Si veda, ad esempio, l'art. 290 del t.u. su comuni e province del 1915, l'art. 15 della l. 6972 del 1890.

<sup>9</sup> Per un'ampia ricostruzione del dibattito, e dei vari interventi passati in rassegna nel testo, si rinvia a Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*; D'Angelo, *Conflitto di interesse ed esercizio della funzione amministrativa*.

<sup>10</sup> Guicciardi, «Esercizio di pubbliche funzioni e interesse personale nei collegi amministrativi», 129 ss.

<sup>11</sup> Nigro, «Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi», 74 ss.

<sup>12</sup> Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, 20 ss.

interrogandosi se sia un onere procedimentale, la cui mancata attivazione precluderebbe al privato di far valere in seguito il vizio del conflitto di interessi nel giudizio, potendosi tuttavia pur sempre dedurre l'eccesso di potere per disparità di trattamento.<sup>13</sup>

Sabino Cassese ha distinto l'imparzialità del giudice da quella del funzionario: nel primo l'imparzialità è scopo, nel secondo è mezzo.<sup>14</sup>

In giurisprudenza, l'Adunanza plenaria n. 6 del 1958 fu chiamata a scegliere tra due orientamenti differenti che sempre si fronteggiano: per uno il vizio di incompatibilità non è causa automatica di illegittimità del provvedimento ma occorre allegare e dimostrare se e quanto abbia inciso sul contenuto del provvedimento; per l'altro il vizio inficia il provvedimento in modo pressoché automatico.

La Plenaria di allora scelse il secondo orientamento.<sup>15</sup>

Il problema si poneva, e ancora si pone, più spesso all'interno degli organi collegiali, dove l'invalidità del singolo voto espresso in conflitto di interessi a determinate condizioni si riflette sulla deliberazione del collegio. Con la precisazione che in tali ambiti, secondo un indizzo più rigoroso, l'obbligo di astensione è riferito non solo alla partecipazione alla votazione ma anche alla discussione che la precede.<sup>16</sup>

Nei casi dell'astensione può sorgere, ove la legge taccia, il problema di come (e se) includere l'astenuito nel computo del quorum, sia in quello strutturale che in quello funzionale.

Avvicinandosi ai giorni nostri, l'art. 6 bis della l. 241/1990, introdotto dalla l. 190/2012 per dare attuazione alla Convenzione di Merida in ambito ONU e a raccomandazioni del Consiglio d'Europa, individua un obbligo di astensione a carico del responsabile unico del procedimento e dei titolari degli uffici, con riferimento non solo al provvedimento finale ma anche agli atti interno al procedimento (fa espressa menzione di pareri e valutazioni tecniche).

Di qui la rilevanza dell'art. 6 bis sul piano, prima ancora, dell'organizzazione amministrativa e la ricerca di soluzioni e modelli organizzativi che possano garantire integrità<sup>17</sup> e fiducia.<sup>18</sup> Nella convin-

**13** Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 568-9.

**14** Cassese, *Imparzialità e sindacato giurisdizionale*, 85 ss; «Il conflitto di interessi. Il fiume di Eraclito», 235 ss.

**15** In favore della soluzione più netta, nella dottrina più risalente, Orlando, «Consiglio comunale», 134.

**16** Galateria, s.v. «Astensione», 941.

**17** Il che richiama una prospettiva di etica del (e nel) diritto sviluppata particolarmente da Merloni, Pirni, *Etica per le istituzioni*.

**18** Di fiducia, anche nel diritto, si parla sempre più spesso, specie tra i sociologi e i filosofi del diritto; ne sono testimonianza gli scritti, tra gli altri, di Resta, *Le regole della fiducia*; Greco, *La legge della fiducia*.



zione diffusa che conti non solo essere ma anche apparire distaccati da altri interessi che non siano la cura dell'interesse pubblico.<sup>19</sup>

La disciplina dell'art. 6 bis si traduce in un obbligo di segnalazione preventiva, quando il conflitto è ancora potenziale; e poi in un obbligo di astensione, quando diventa attuale.

Nella sua vaghezza l'art. 6 bis rimanda a un'idea di atipicità del conflitto di interessi. Spazi considerevoli sono lasciati quindi alle fonti secondarie o alle regole interne (tra di esse vale ricordare il Piano Triennale di Prevenzione della corruzione di cui all'art. 1, comma 9, l. 190 del 2012).

Nulla è detto, nella legge sul procedimento, sulla possibilità di ricusazione del funzionario, né sulla sorte del provvedimento ove adottato in una situazione di conflitto, ossia violando l'obbligo di astensione.

Su questo secondo profilo si registrano tesi differenti: da quella che legge l'art. 6 bis come norma solo sull'organizzazione e quindi esclude che vi possano essere riflessi sull'atto, a quella che all'opposto ne teorizza la nullità; nel mezzo le tesi intermedie sull'annullabilità ma con idee molto diverse quanto alla natura del vizio: se sia un vizio assimilabile a quello di competenza, oppure un vizio procedimentale, o ancora una figura dell'eccesso di potere.<sup>20</sup>

Avvicinare o ricondurre il conflitto di interessi all'incompetenza può avere conseguenze rilevanti sul piano processuale: il vizio potrebbe essere di quelli che impongono l'assorbimento obbligatorio degli altri motivi, limitando così l'accertamento del rapporto amministrativo in contestazione.

In senso del tutto diverso, la natura procedimentale del vizio ne permetterebbe la sanabilità nei casi e nei modi di cui all'art. 21 octies, comma 2, in nome del 'risultato'. Ma anche la ricostruzione come figura dell'eccesso di potere lascerebbe degli spazi di 'salvezza', tutte le volte in cui all'indizio, al sospetto, non faccia seguito la prova che vi sia stata una lesione in senso proprio.

C'è una indubbia matrice sovranazionale, si diceva, che si è tradotta nel caso dell'art. 6 bis in una previsione piuttosto generica e di cui l'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) ha dato una lettura estensiva. Quasi ad avvalorare uno slittamento dal conflitto, anche potenziale, al conflitto (anche solo) apparente, con il rischio di (assecondare) una fuga dalla responsabilità.

L'innesto dell'art. 6 bis nella legge 241/1990 è parte di una serie di interventi realizzati tra il 2012 e il 2013 (la legge di delega 190/2012,

**19** Il tema del conflitto di interessi ripropone l'interrogativo di sempre su cosa sia davvero l'interesse pubblico, e sulle sue molteplici declinazioni, come sottolinea Cioffi, «Moralità amministrativa e conflitto di interessi», 685 ss.

**20** Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, 51 ss.

il d.lgs. 33/2013 sulla trasparenza, il d.lgs. 39/2013 sull'inconferibilità e incompatibilità rispetto agli incarichi amministrativi, il d.lgs. 235/2012 sull'incandidabilità rispetto a incarichi di natura politica) da cui sono derivati, oltre all'art. 6 bis ricordato, tra gli altri, gli artt. 35 bis e 54 bis del d.lgs. 165/2001. Su questa scia si colloca anche il testo unico sulle società pubbliche del 2016, che prevede talune regole di incompatibilità.

L'art. 6 bis, che enuncia ma non definisce il conflitto di interessi,<sup>21</sup> è completato, come già accennato, dagli articoli 6 e 7 del d.p.r. 62 del 2013, regolamento che reca il codice di comportamento dei dipendenti pubblici e dei quali credo sia utile riportare il testo integrale:

### **Art. 6 Comunicazione degli interessi finanziari e conflitti d'interesse**

1. Fermi restando gli obblighi di trasparenza previsti da leggi o regolamenti, il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando:
  - 1.a se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione;
  - 1.b se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate.
2. Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici.

### **Art. 7 Obbligo di astensione**

1. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri,

<sup>21</sup> Come sottolineato da Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, 151, al quale si rimanda per l'esame delle diverse misure volte a prevenire i conflitti.

ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza.

## 5 Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti pubblici

Veniamo ora alla disciplina sul conflitto di interessi nel diritto dei contratti pubblici.

Nel codice del 2006 mancava una previsione generale sul punto. Il tema era affrontato per lo più dal lato delle commissioni giudicatrici e dei progettisti (vedi artt. 84 e 90 del d.lgs. 163/2006). L'art. 84, comma 4, vietava la nomina di commissari che avessero svolto altra funzione o incarico relativamente al contratto del cui affidamento si tratta(va) e, al comma 7, richiamava l'art. 51 c.p.c. sulle cause di astensione.<sup>22</sup> L'art. 90, comma 8, che vietava sempre agli affidatari di incarichi di progettazione (ma anche a soggetti controllati o collegati a essi) di essere affidatari di appalti e di concessioni per i quali avessero svolto attività di progettazione, fu stigmatizzato dalla Commissione europea per la sua assolutezza e automaticità e per questo la regola fu mitigata nel 2014 introducendo il comma 8 bis (che dava modo di provare che dall'espletamento dell'incarico di progettazione non derivava un vantaggio tale da falsare la concorrenza con gli altri operatori). Agli articoli citati si aggiungeva, inoltre, il 141 sui collaudatori.

Il cambio di rotta segnato dalla legge 190/2012 è stato già ricordato, come anche la sua origine internazionale. Dal lato più specificamente del diritto dell'Unione europea, debbono ora richiamarsi le previsioni delle direttive del 2014 sui contratti pubblici (art. 35 della direttiva 23, art. 24 della direttiva 24, articolo 42 della direttiva 25). E con esse anche l'art. 94 del regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2002 del Consiglio, del 25 giugno 2002, recante il *Regolamento finanziario*

---

<sup>22</sup> Ma già in precedenza la giurisprudenza riteneva che l'art. 51 trovasse applicazione ai commissari di gara.

applicabile al bilancio generale delle Comunità europee, per gli appalti finanziati esclusivamente dal bilancio dell'Unione.<sup>23</sup>

Nella direttiva 23 del 2014, sui servizi, è reso più esplicito, sin nella rubrica, il nesso tra prevenzione dei conflitti di interesse e lotta alla corruzione (e alle frodi). I conflitti di interesse sono considerati come fattori di possibile distorsione della concorrenza e di lesione della trasparenza e della parità di trattamento tra tutti i candidati e gli offerenti.

Già prima delle direttive del 2014, vi erano stati peraltro indirizzi del Giudice europeo su due aspetti fondamentali quali la qualificazione del conflitto di interessi, in particolare il suo livello di concretezza, e su come distribuire l'onere della prova.<sup>24</sup> La Corte di giustizia sotto il primo profilo aveva rimesso la scelta - tra conflitto statico o dinamico - agli Stati membri e, quanto all'onere della prova, raccomandava che l'operatore economico che denuncia il conflitto di interessi non fosse esposto a una *probatio* diabolica.

Le direttive del 2014, coerentemente con tali indicazioni, hanno in seguito fissato un contenuto minimo, o meglio una casistica minima, che coincide con le ipotesi nelle quali il personale amministrativo della stazione appaltante, che può influenzare il risultato della procedura (ossia l'esito), abbia direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o personale tale da minacciarne l'imparzialità e l'indipendenza; per il resto rinviando (e delegando) agli Stati membri il compito sia di prevenire, che di individuare (le tipologie di conflitti e le modalità per il loro accertamento), che di porre rimedio ai conflitti di interesse.

L'obiettivo è soprattutto quello di evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

Si distingue il conflitto di interessi potenziale da quello identificato ovvero effettivo; si segue un criterio di proporzionalità nell'adozione

---

**23** La Guida pratica OLAF citata richiama la definizione di corruzione elaborata dall'OCSE: «Un 'conflitto di interessi' implica un conflitto tra la missione pubblica e gli interessi privati di un funzionario pubblico, in cui quest'ultimo possiede a titolo privato interessi che potrebbero influire indebitamente sull'assolvimento dei suoi obblighi e delle sue responsabilità pubblici». L'OLAF richiama anche la posizione della UE, la quale, dal canto suo, all'art 57, paragrafo 2, del regolamento finanziario applicabile al bilancio generale dell'Unione europea (regolamento n. 966/2012), chiarisce che: «esiste un conflitto d'interessi quando l'esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni di un agente finanziario o di un'altra persona di cui al paragrafo 1, è compromesso da motivi familiari, affettivi, da affinità politica o nazionale, da interesse economico o da qualsiasi altra comunanza d'interessi con il destinatario».

**24** Si veda, già alla luce delle direttive del 2004, Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis e Ypourgos Epikrateias*, punto 45; Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, 12 marzo 2015, C538/13 *eVigilo Ltd c. Priešgaisrines apsaugos ir gelbejimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*.

delle misure conseguenti e dei rimedi. Si coglie, al fondo, un'attenzione alla continuità e all'efficacia dell'azione amministrativa, nel senso che la disciplina del conflitto di interessi non dovrebbe rallentare l'azione amministrativa o finire per impedirne il buon andamento; necessità, quindi, di un punto di equilibrio tra imparzialità e buon andamento.

Gli articoli delle direttive del 2014 erano stati già recepiti con il codice del 2016 attraverso l'art. 42 (del d.lgs. 50), riferendo tuttavia il conflitto di interessi sia alla fase della procedura di aggiudicazione che a quella dell'esecuzione.

La previsione per il resto ricalcava quelle delle direttive e poggiava su obblighi di prevenzione, di segnalazione/astensione, di vigilanza.<sup>25</sup> La mancata astensione poteva comportare responsabilità disciplinare, oltre alla possibile responsabilità amministrativa e a quella penale (l'art. 323 punisce espressamente l'omessa astensione in presenza di un interesse proprio, purché tale condotta procuri intenzionalmente un vantaggio patrimoniale ovvero un danno ingiusto).

Ai fini della responsabilità amministrativa, trattandosi di una condotta omissiva, non dovrebbe applicarsi la limitazione di responsabilità introdotta (a seguito della disciplina temporanea introdotta con il d.l. 76 del 2020, ma già più di una volta prorogata).

Nella vigenza del vecchio codice dei contratti erano state approvate le Linee Guida Anac, con delibera 494 del 2019, sulla «individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici».

Su di esse è intervenuto il parere del Consiglio di Stato, sezione atti normativi, n. 667 del 5 marzo 2019, precisando come

occorra distinguere situazioni di conflitto di interessi da un lato conclamate, palesi e soprattutto tipizzate (quali ad esempio i rapporti di parentela o coniugio) che sono poi quelle individuate dall'art. 7 del D.P.R. n. 62 del 2013 citato; dall'altro non conosciute o non conoscibili, e soprattutto non tipizzate (che si identificano con le 'gravi ragioni di convenienza' di cui al penultimo periodo del detto art. 7 e dell'art. 51 c.p.c.).

Per poi aggiungere che

rilevano sia palesi situazioni di conflitto di interessi, sia situazioni di conflitto di interessi (in questo senso) potenziali, perché tale

---

**25** L'esigenza dell'obbligo dichiarativo di assenza di conflitti di interessi era stata evidenziata anche a livello europeo già nella Guida pratica per i dirigenti «Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali» formulata dalla Commissione europea - Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), § 2.2.

nozione include non soltanto le ipotesi di conflitto attuale e concreto, ma anche quelle che potrebbero derivare da una condizione non tipizzata ma ugualmente idonea a determinare il rischio.

L'art. 42 guardava solo alle sanzioni nei confronti del soggetto che non si fosse astenuto, non considerava le conseguenze suscettibili di determinarsi sulla sorte dell'atto compiuto (l'annullamento potrebbe essere, alle volte, una conseguenza eccessiva).

L'orientamento giurisprudenziale più recente, formatosi peraltro più sull'art. 6 bis della l. 241 che sull'art. 42 del codice dei contratti del 2016, non considera l'annullamento dell'atto come un esito inevitabile:

Sul versante delle conseguenze giuridiche del mancato rispetto di questo obbligo, si ritiene che la mancata astensione del funzionario comporta una illegittimità procedimentale che incide sulla legittimità dell'atto finale, a meno che non venga rigorosamente dimostrato che la situazione d'incompatibilità del funzionario non ha in alcun modo influenzato il contenuto del provvedimento facendolo divergere con il fine di interesse pubblico.<sup>26</sup>

Anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale si segue una linea di prudenza, che fa leva soprattutto sul criterio di proporzionalità,<sup>27</sup> quando non opera un bilanciamento con altri principi o altri valori, talvolta anche con esiti singolari.<sup>28</sup>

Nel codice del 2016 oltre all'art. 42 vi erano poi disposizioni di dettaglio quali gli artt. 24, commi 3 e 7, sulla progettazione; l'art. 77, commi 4 e ss, sulle commissioni di gara; l'art. 102 a proposito del collaudo. Nell'insieme si abbracciavano i tre momenti della progettazione, della gara e dell'esecuzione.

Un punto sul quale la giurisprudenza si è soffermata più volte è stato quello del rapporto tra l'art. 42 e, a proposito delle cause di esclusione, l'art. 80, comma 5, lettera d). Sono disposizioni autonome che hanno però in comune l'elemento oggettivo del conflitto di interesse, sebbene perseguano finalità non del tutto coincidenti: l'art. 42 tutela l'imparzialità e il prestigio della stazione appaltante, l'art. 80, comma 5, lettera d), sempre l'imparzialità e in aggiunta anche la *par condicio* tra gli operatori. Differenti sono anche i rimedi per ovviare al problema: nel primo caso l'astensione del dipendente, nel secondo

---

**26** Cons. Stato, IV, 24 marzo 2023, n. 4129.

**27** Corte cost., 2 luglio 2008, n. 240, in materia di incompatibilità elettive.

**28** Corte cost., 9 aprile 2019, n. 78, sull'art. 18, comma 1, lettera b), della l. n. 240 del 2010 in tema di procedimenti di chiamata dei professori universitari di prima e seconda fascia con specifico riferimento alla posizione del coniuge.

caso, quando manchino soluzioni meno drastiche, l'esclusione del concorrente. Se però guardiamo al diritto UE le differenze si riducono: l'esclusione è l'altra faccia della medaglia del conflitto di interessi, laddove non siano possibili misure meno forti.<sup>29</sup>

La casistica giurisprudenziale rivela approcci differenti, spesso dovuti anche alle differenti fattispecie, in primo luogo in ordine alle caratteristiche del conflitto, se basti che sia potenziale o debba essere anche effettivo, e poi se sia sufficiente un accertamento in astratto oppure occorra procedervi in concreto.<sup>30</sup>

Quanto all'ambito soggettivo, il conflitto è riferito al personale della stazione appaltante, al funzionario pubblico *uti singulis*, e non alla stazione appaltante in quanto tale, intesa come apparato. Non si guarda, cioè, alla stazione appaltante nel suo insieme neppure laddove la stessa si trovi a essere socio controllante di una società che partecipa alla gara indetta dall'amministrazione. È il caso della società partecipata che concorre per l'aggiudicazione di un contratto messo a gara dalla sua controllante e che suscita, non da oggi, una serie di domande: è forse, la società, in questo modo favorita nella competizione? La stazione appaltante ha un interesse proprio ad aggiudicare in suo favore? Il dipendente della stazione appaltante può dirsi condizionato (dal vertice politico della stazione appaltante) in tal senso, nelle sue valutazioni? Alcuni precedenti giurisprudenziali escludono questa terza ipotesi, ma per lo più sul rilievo che non vi sarebbe la base normativa per ritenere il contrario.<sup>31</sup> Che vi possa essere tuttavia un conflitto di interessi lo riconosceva già AGCM nella sua segnalazione del 28 dicembre 2006, a proposito

dell'obiettiva situazione di conflitto d'interesse che tale modalità di affidamento (l'in house) - allo stesso modo, del resto, di quella nei confronti di società costituite secondo le modalità del c.d. partenariato pubblico-privato - determina in capo agli enti pubblici locali, i quali risultano essere al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima.<sup>32</sup>

**29** Si veda Presutti, «Il conflitto di interessi come causa di esclusione del nuovo codice», 548 ss.; Cioffi, «Il conflitto di interessi negli appalti pubblici», 457 ss.

**30** Per il secondo approccio vedi Cons. Stato, V, 17 aprile 2019, n. 2511; Cgars, 30 settembre 2022, n. 972.

**31** Cons. Stato V, 7 settembre 2020, n. 5370, richiamando il parere della sezione atti normativi 5 marzo 2019, n. 667, e 17 aprile 2019, n. 2511.

**32** AGCM, AS 3075 del 28 dicembre 2006. Per un cenno al problema, anche nei casi di società mista, Clarich, «Comunicazione», 165.

## 6 Il nuovo art. 16 del codice del 2023

Il comma 1 è in parte fedele al testo delle direttive e riproduce parzialmente il testo del vecchio art. 42, comma 2. Rispetto al codice previgente, è venuta meno la previsione introduttiva, di principio, sul contrasto alle frodi e alla corruzione.

Nella nuova disciplina il perimetro soggettivo parrebbe potenzialmente più ampio, laddove si parla di «un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura»; in realtà la formulazione codifica opportunamente la giurisprudenza già formata sul codice precedente. Quanto al perimetro oggettivo, il mancato richiamo all'art. 7 del d.p.r. 62 del 2013, facendo venir meno la formula di chiusura delle 'gravi ragioni di convenienza', ne ha ridotto l'estensione. A meno di non valorizzare, in chiave sostitutiva, l'espressione 'altro interesse personale'. Di qui il dubbio se il conflitto di interessi resti ancora atipico come prima.

In effetti il secondo comma del nuovo art. 16 sembra riorientare la disciplina esigendo che - in coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa (e quindi, in un certo senso, in omaggio al 'nuovo' principio del risultato):<sup>33</sup>

la percepita minaccia all'indipendenza e all'imparzialità sia provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui subordinazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.

Tutto questo attiene al regime degli atti e dei comportamenti posti in essere e vale in una certa misura a contenere illegittimità e illiceità. Sembra soprattutto una regola di giudizio, sull'onere della prova (e prima ancora sull'onere delle allegazioni). Ed è una regola non del tutto coincidente con quella che da sempre governa l'istruzione del giudizio impugnatorio (che è retta, sappiamo, dal principio dispositivo con metodo acquisitivo). Ancor meno si concilia con la regola probatoria nel procedimento, dove vige il principio inquisitorio. Soprattutto rischia di non essere coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (la sentenza del 2015 già ricordata).

È una regola all'apparenza non del tutto in linea neppure con quella generale, di cui all'art. 6 bis della l. 241/1990, che pure si applica in relazione ai procedimenti di gara sulla base del rinvio esterno operato dall'art. 12 del codice. A ben vedere il comma 1 dell'art. 16 è compatibile con l'art. 6 bis nella parte in cui disciplina il presupposto

---

**33** Su questi due principi, con i quali si apre il codice del 2023 e sui quali si sono concentrate le maggiori attenzioni nei primi commenti, si rinvia, per chi volesse, a Fantini, Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, 40-3.



dell'obbligo di segnalazione e di astensione. Dove, invece, potrebbe non essere compatibile è relativamente al regime delle conseguenze, che peraltro l'art. 16 contempla e sul quale l'art. 6 bis, come si è visto, tace del tutto.

Il conflitto di interessi, non di meno, rimane una situazione di pericolo, sebbene di pericolo concreto.

La nuova formulazione ha sollevato alcune critiche da parte dell'Anac, espresse con particolare riferimento al caso degli affidamenti diretti, dove la questione rischia di diventare cruciale. L'art. 16 ha subito un intervento correttivo (in conversione al d.l. 132 del 2023) con l'eliminazione, per l'elemento della minaccia indicato al comma 1, della necessità che la stessa sia (e debba quindi essere provata come) concreta ed effettiva.

Vale, anche nel nuovo codice, quanto già sottolineato in precedenza sul collegamento tra la norma generale (ora all'art. 16) e la disciplina sulla possibile esclusione dell'operatore economico la cui partecipazione alla procedura determini una situazione di conflitto di interessi (ora art. 95, comma 1, lettera b).

Nel codice del 2023 il conflitto di interessi riceve una collocazione diversa rispetto a quella che aveva nel codice del 2016. In questo, essendo subito dopo gli articoli sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, si poteva dire che fosse un tassello del più ampio programma di rafforzamento delle stesse.

Nel nuovo codice trova spazio nella prima parte del Libro I, ma è separato dalla disciplina sulla parte pubblica e ricollocato in una zona per così dire di passaggio, incastonato tra il RUP e gli artt. 17 e 18 che disegnano le fasi della procedura e il contratto.<sup>34</sup>

Viene da pensare che l'investimento sull'istituto sia stato minore, condividendo un po' la stessa sorte, declinante, del dibattito pubblico.

Eppure – si potrebbe osservare, anche a mo' di chiusura – la maggiore discrezionalità, consentita ovvero richiesta ora alle stazioni appaltanti e ai loro funzionari, parrebbe presupporre o comunque necessitare di una più forte credibilità delle stesse stazioni appaltanti e dei loro funzionari. Per scegliere, e perché la scelta sia poi accettata, specie quando presenta margini di opinabilità, bisogna essere credibili.

---

**34** La collocazione, nella prima parte del codice, dovrebbe indurre a dare risposta positiva alla domanda se la disciplina sul conflitto di interessi si applichi a tutti i contratti pubblici. In particolare, per quanto riguarda i sotto soglia vale la previsione di cui all'art. 48, comma 1, del codice che fa rinvio al Libro I, parti I e II (l'art. 16 si trova nella parte II). Per i settori speciali ci sarebbe comunque l'art. 42 della direttiva 25, come anche per le concessioni l'art. 35 della direttiva 23. Quanto ai contratti esclusi (in house compreso), anche per loro la risposta dovrebbe essere positiva nella misura in cui la disciplina del conflitto di interessi sia considerata espressione del principio di imparzialità e di quello di concorrenza e quindi tra i principi del nuovo codice e sul presupposto che tali principi trovino applicazione anche ai contratti esclusi.

Va dunque ribadito il nesso tra la disciplina del conflitto di interessi e quella dell'aggregazione e qualificazione, in sintesi della maggiore professionalità, delle stazioni appaltanti.<sup>35</sup> Come anche tra il conflitto di interessi e la lotta alla corruzione,<sup>36</sup> sebbene nel codice manchi un raccordo tra i due ambiti, probabilmente perché quest'ultimo, forse ispirandosi al personaggio di Pangloss che credeva di vivere nel migliore dei mondi possibili, mostra di avere un po' in uggia la seconda.

## Bibliografia

- Allegretti, U. *L'imparzialità amministrativa*. Padova: Cedam, 1965.
- Carloni, E. *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*. Bologna: il Mulino, 2023, 151 ss.
- Cassese, S. «Il conflitto di interessi. Il fiume di Eraclito». *Rivista diritto privato*, 2004, 235 ss.
- Cassese, S. *Imparzialità e sindacato giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1973.
- Cassese, S. *Le strutture del potere*. Roma; Bari: Laterza, 2023, 16 ss.
- Cioffi, A. «Il conflitto di interessi negli appalti pubblici. A proposito dell'art. 42 del codice». *Nuove Autonomie*, 2018, 457 ss.
- Cioffi, A. «Moralità amministrativa e conflitto di interessi». *Diritto amministrativo*, 2017, 685 ss.
- Clarich, M. «Comunicazione». Domenichelli, V. (a cura di), *La società 'pubblica' tra diritto privato e diritto amministrativo*. Padova: Cedam, 2008, 163 ss.
- D'Angelo, G. *Conflitto di interesse ed esercizio della funzione amministrativa*. Torino: Giappichelli, 2020.
- Fantini, S.; Simonetti, H. *Le basi del diritto dei contratti pubblici*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2024.
- Fonderico, G. «I soggetti: le stazioni appaltanti e gli operatori economici». Fantini, S.; Simonetti, H. (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*. Piacenza: La Tribuna – Il Foro italiano, 2023, 9 ss.
- Galateria, L. s.v. «Astensione». *Enc. dir., III*. Milano: Giuffrè, 1958, 941.
- Greco, T. *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*. Roma; Bari: Laterza, 2021.
- Guicciardi, E. «Esercizio di pubbliche funzioni e interesse personale nei collegi amministrativi». *Rivista amministrativa*, 1948, 129 ss.
- Iudica, G. *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli, 2016.
- Kaiser, J. *La rappresentanza degli interessi organizzati*. Milano: Giuffrè: 1993.
- Lalli, A. «Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna». *Rivista trimestrale di diritto pubblico – IRPA*, 1, 2016, 155 ss.
- Merloni, F.; Pirni, A. *Etica per le istituzioni. Un lessico*. Roma: Donzelli Editore, 2021.

**35** Che resta uno dei punti chiave anche del nuovo codice, sul quale si veda Fonderico, «I soggetti: le stazioni appaltanti e gli operatori economici», 77 ss.

**36** Cf. ancora, Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*.

- Nigro, M. «Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi». *Foro italiano*, 3, 1952, 74 ss.
- Orlando, V.E. «Consiglio comunale». *Digesto italiano*, vol. 8. Torino: Unione tipografica editrice, 1896, 134-5.
- Presutti, L. «Il conflitto di interessi come causa di esclusione del nuovo codice». *Urbanistica e appalti*, 4, 2018, 548 ss.
- Rescigno, P. *Manuale di diritto privato italiano*. A cura di P. Cirillo. Milano: Ipsoa, 2000.
- Resta, E. *Le regole della fiducia*. Roma; Bari: Laterza, 2009.
- Rossi, G. *Il conflitto epidemico*. Milano: Adelphi, 2003.
- Sandulli, A.M. *Manuale di diritto amministrativo*. 14a ed. Napoli, 1984.
- Santoro-Passarelli, F. *Dottrine generali del diritto civile*. 8a ed. Napoli: Jovene, 1964.
- Simonetti, H. *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*. Napoli: Jovene, 2009.
- Tarantino, L. «Conflitti di interesse». Sandulli, M.A.; Nictolis, R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. 2. Milano: Giuffrè, 2009, 305 ss.



# Disciplina dei contratti pubblici, prevenzione della corruzione ed effettività delle funzioni amministrative

Maria De Benedetto

Università degli Studi Roma Tre, Italia

**Abstract** Albeit public procurement is considered a sector at higher corruption risk, regulators have not always succeeded in developing rules to prevent corrupt transactions. Rather, the cost of anti-corruption procedural burdens on firms and administrations when negotiating, does not seem to be justified in terms of corruption prevention. The paper adopts a regulatory anti-corruption perspective and suggests to combat corruption in public procurements by strengthening the effectiveness of administrative functions looking not only at the life-cycle of the contract but also at the success of the administrative function to which the contract is related.

**Keywords** Corruption. Regulation. Public procurements. Public administration. Defensive administration.

**Sommario** 1 Premessa. – 2 Le regole come risposta alla corruzione, la corruzione come ineffettività delle regole. – 3 L'effettività dei contratti pubblici: dal ciclo del contratto al compimento della funzione. – 4 L'ineffettività dei contratti pubblici e il problema della discrezionalità. – 5 La qualità della codificazione dei contratti pubblici e l'effettività amministrativa. – 6 Come recuperare l'effettività dell'attività contrattuale della p.a.?

## 1 Premessa

Non vi è dubbio alcuno che i contratti pubblici rappresentino un *hot topic* nel discorso sulla corruzione amministrativa. Il nesso corruzione-contratti pubblici è da tempo all'attenzione di organizzazioni

internazionali come l'OCSE (che ne ha evidenziato gli alti costi, diretti e indiretti),<sup>1</sup> le Nazioni Unite (per cui «one of the most corruption prone government activities is public procurement»),<sup>2</sup> il Fondo Monetario Internazionale,<sup>3</sup> la Banca Mondiale.<sup>4</sup> L'argomento è centrale anche nell'azione delle istituzioni europee e del Group of States against Corruption - GRECO.<sup>5</sup>

L'argomento 'contratti pubblici' è, poi, trattato nell'attività di commissioni di studio nazionali che hanno prodotto importanti Rapporti sul tema della corruzione, come il Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione (presieduto da Cassese) nel 1996<sup>6</sup> e, più tardi (nel 2011-12), la Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione (la cd. Commissione Garofoli).<sup>7</sup> Una conferma della centralità del nesso corruzione-contratti pubblici viene anche dalla storia della nostra Autorità nazionale anticorruzione (Anac) la quale è stata costruita integrando il 'cervello' dell'anticorruzione nel corpo dell'Autorità precedentemente titolare dei compiti di vigilanza sui contratti pubblici.<sup>8</sup>

Se il settore del public procurement è quello a maggior rischio di transazioni corrotte, i regolatori hanno nel tempo sviluppato regole in grado di prevenire gli incidenti di corruzione? Il costo degli oneri procedurali imposti dalle norme anticorruzione a carico di imprese e amministrazioni che contrattano (e che comprende anche le attività amministrative necessarie ad applicarli e a controllarli) è giustificato in termini di produzione dell'effetto (cioè riduce veramente le occasioni di corruzione lungo il ciclo di vita del contratto)?

Per provare a ragionare intorno a queste domande occorre adottare una prospettiva poco consueta. Infatti, quando si affronta il tema della prevenzione della corruzione nell'ambito dei contratti pubblici

1 OECD, *Preventing Corruption in Public Procurement*, 7.

2 <https://www.unodc.org/e4j/zh/anti-corruption/module-4/key-issues/corruption-in-public-procurement.html>.

3 Abdou et al., *Assessing Vulnerabilities to Corruption*.

4 World Bank, *Combating Corruption*. Uno dei settori strategici per l'economia dei Paesi è rappresentato dal settore degli appalti pubblici, basti pensare che da uno studio condotto dalla World Bank nel 2018 il volume totale degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture relativo a 190 Paesi esaminati, ammontava in media al 12% del pil mondiale, pari a un valore di 11 trilioni di dollari (Bosio, Djankov, «How Large is Public Procurement»).

5 Popescu, «Public Procurement Corruption in the European Union».

6 Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, *Rapporto al Presidente della Camera dei deputati*, doc. CXI, n. 1, presentato al Presidente della Camera il 23 ottobre 1996.

7 Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia*, 107 ss.

8 Di Cristina, «La nuova vita dell'Anac», 1023.

si guarda prevalentemente alle attività amministrative (a valle) più che alle norme che le conformano (a monte). Così, mi occuperò, innanzi tutto, di rammentare che, se le regole sono una risposta alla corruzione, al contempo possono costituire occasione di transazioni illecite e corrotte (§ 2). Prospetterò in seguito il tema dell'effettività dei contratti pubblici, argomentando che questa andrebbe valutata guardando non solo al ciclo del contratto, ma alla prospettiva più ampia del compimento della funzione cui il contratto accede (§ 3). Cercherò ancora di dar conto dei possibili tipi di ineffettività dei contratti pubblici, con un cenno al problema della discrezionalità (§ 4). Ancora, richiamerò la questione della qualità della codificazione dei contratti pubblici come condizione della sua effettività, con uno sguardo all'Air sul codice dei contratti del 2016 e alla Relazione nel codice dei contratti del 2023 (§ 5). Concluderò svolgendo qualche considerazione su come contenere la corruzione nei contratti pubblici recuperando e custodendo l'effettività delle funzioni amministrative che della corruzione sono occasione (§ 6).

## 2 Le regole come risposta alla corruzione, la corruzione come ineffettività delle regole

La regolamentazione è considerata il primo, e probabilmente il più potente, strumento di prevenzione e lotta alla corruzione: in altre parole, l'adozione di regole (soprattutto quelle che prevedono sanzioni più severe) è percepita dai governi e dall'opinione pubblica come il modo corretto di reagire quando si verifica uno scandalo di corruzione.

Molte riforme istituzionali possono essere considerate come risposte a episodi di corruzione. In particolare, la corruzione è stata definita una giustificazione per la regolamentazione finanziaria;<sup>9</sup> spiega larga parte della disciplina del pubblico impiego; è alla base del disfavore (e della compressione legislativa) nei riguardi della discrezionalità (che normalmente segue a fatti di cronaca connessi a casi di corruzione). La corruzione rappresenta, poi, elettivamente, la *ratio* di tutta la legislazione nel campo dei contratti pubblici,<sup>10</sup> la quale peraltro persegue anche fini di trasparenza, di tutela della

<sup>9</sup> Moosa, «Financial Regulation as a Response to Corruption and Fraud», 49. Si ricorda lo scandalo della Banca Romana su cui Zamagni, *The Economic History of Italy*, 143.

<sup>10</sup> Sul punto, Søreide, *Corruption in Public Procurement*. Si veda anche OECD, *Preventing Corruption in Public Procurement*; Williams-Elegbe, *Fighting Corruption in Public Procurement*. Più in generale sull'argomento, cf. Laffont, Tirole, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Si vedano, infine, Fidone, «La corruzione e la discrezionalità amministrativa»; Di Lascio, «Anticorruzione e contratti pubblici»; Di Cristina, «La corruzione negli appalti pubblici».

concorrenza e di tutela dell'interesse finanziario pubblico (meglio, di qualità della spesa).<sup>11</sup>

La situazione è (però) più intricata e complessa di quanto appaia a prima vista. Le regole ci dicono cosa fare e non cosa faremo,<sup>12</sup> non basta adottarle, occorre sapere «come far cose con le regole». <sup>13</sup> Si pensi che, da un punto di vista meramente teorico, aumentare l'importo di una sanzione sembrerebbe dover accrescere il tasso di adempimento. Eppure, l'analisi economica ha evidenziato che nei casi in cui il rischio di incorrere nella sanzione rimane basso (perché il sistema dei controlli, ad esempio, è inefficace) potrebbe esservi il paradosso che accrescere la sanzione non produca maggiore conformità ma effetti collaterali, come un aumento nella misura della tangente necessaria per corrompere.<sup>14</sup>

Insomma, le regole sono medicina ma possono essere anche veleno, perché costituiscono una vera e propria determinante dello schema corruttivo, soprattutto quando vi è scarsa funzionalità dei controlli di tipo tradizionale, datati e controproducenti («outdated and counterproductive»),<sup>15</sup> come rilevato anche dalla Commissione europea proprio a proposito dei controlli nazionali in materia di contratti pubblici.<sup>16</sup>

In primo luogo, infatti, la corruzione amministrativa presuppone l'esistenza delle regole.

In uno stato di diritto, senza regole non si instaura alcun potere pubblico, non ci sono funzioni amministrative, nessun agente pubblico può essere titolare di competenze in qualsivoglia procedura amministrativa e, di conseguenza, nessuna corruzione potrebbe essere integrata.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, soprattutto pp. 231 ss. dove si parla del «procurement pubblico come parte di una strategia anticorruzione».

<sup>12</sup> Vedel, «Le hasard et la nécessité», 27.

<sup>13</sup> Twining, Miers, *How to Do Things with Rules*.

<sup>14</sup> Ogus, «Corruption and Regulatory Structures», 336.

<sup>15</sup> Anechiarico, Jacobs, *The Pursuit of Absolute Integrity*, 193.

<sup>16</sup> Cf. European Commission, *Annex Italy to the EU Anti-Corruption Report*, COM(2014)38 final, 3 February 2014, 12: «The Court of Audit concluded on several occasions that the public procurement process is proper, procedures are respected, and winning bids indeed seem to be the most advantageous, but in contrast, the quality of deliverables is intentionally compromised in the execution phase. While not necessarily indicating corrupt practices, such irregularities, and the Eurobarometer indicators above, illustrate the vulnerabilities of the current control mechanisms, notably as regards the implementation phase of public contracts».

<sup>17</sup> De Benedetto, «Regolazione e anticorruzione», 407.



La regola è parte dello schema che conduce all'illecito o alla corruzione, dal momento che consente di ottenere un profitto illecito (*rent-seeking*). Questo si può conseguire in diversi modi: violando un dovere, per evitare un costo (come nel caso dell'evasione fiscale ma anche quando si utilizzano materiali diversi e meno costosi da quelli indicati nell'offerta tecnica in un appalto di opera); ottenendo un beneficio non dovuto (ad esempio, l'aggiudicazione di un appalto grazie al condizionamento del comportamento di gara di altre imprese legate a quella vincitrice da rapporti di usura); ottenendo una regolazione che favorisca un certo interesse (si pensi al notissimo caso Mose);<sup>18</sup> infine eludendo la regolazione (*creative compliance*)<sup>19</sup> così da conseguire i vantaggi desiderati senza incorrere in violazioni frontali (si pensi alle pratiche elusive nel settore degli appalti pubblici, come il ricorso alla pratica di distacco del personale per aggirare le limitazioni del ricorso al subappalto).

In secondo luogo, la corruzione amministrativa presuppone l'ineffettività delle regole, anzi la corruzione costituisce proprio una delle possibili forme della ineffettività,<sup>20</sup> perché se le regole sono effettive (valide, osservate, attuate e foriere di risultati coerenti con gli obiettivi per cui sono state previste) lo spazio che resedia per violazioni e corruzione è limitato. La prospettiva può essere però rovesciata e letta a vantaggio della prevenzione della corruzione. Ad oggi, questa è la funzione che si rivolge prevalentemente all'attività amministrativa (a valle), ma dovrebbe svolgersi anche (a monte) guardando alle regole che disciplinano obblighi, divieti e permessi, così come a quelle che strutturano i poteri amministrativi, considerandole durante il loro intero ciclo di vita, dalla loro proposta alla loro attuazione. Infatti, il funzionamento efficace delle regole (*regulatory success*)<sup>21</sup> consente di prevenire la corruzione. L'anticorruzione cessa di essere un'attività per divenire un risultato correlato alla qualità delle regole, la strategia istruttoria che consente di regolare con la contezza degli incentivi/disincentivi messi in campo, in modo da rendere per i destinatari l'adempimento più conveniente dell'illecito o della corruzione.<sup>22</sup>

**18** Lo scandalo del Mose, è considerato un prototipo della cosiddetta 'corruzione a norma di legge', il metodo per ottenere un guadagno illecito corrompendo la legislazione piuttosto che infrangendola direttamente, Barbieri, Giavazzi, *Corruzione a norma di legge*.

**19** Sul punto, cf. Eng, «Legislative Inflation and the Quality of Law», 65 ss.

**20** Così, nel volume, Corso, De Benedetto, Rangone, *Diritto amministrativo effettivo*, 116-17.

**21** Sul punto, Baldwin, Cave, *Taming the Corporation*, 15: la *positive regulation* consiste nel *regulatory success* che «is achieved when a regulator delivers the right outcome (for businesses, consumers and society) by acceptable procedures at the lowest feasible cost».

**22** Rose-Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, 39: «corrupt incentives exist because state officials have the power to allocate scarce

Un terzo e relevantissimo aspetto del discorso sulle regole riguarda la fiducia, vero e proprio fattore intangibile dell'effettività regolatoria.<sup>23</sup> Questa è indispensabile per la cooperazione, sia nelle relazioni interpersonali che in quelle istituzionali e influenza i costi di transazione. Le regole invece operano alla stregua di un suo surrogato<sup>24</sup> poiché (con un buon grado di approssimazione) dove ci sono regole (magari di cattiva qualità) non c'è fiducia.<sup>25</sup> Insomma, la fiducia serve per mantenere vivo il coinvolgimento morale degli agenti, pubblici o privati.<sup>26</sup> I funzionari pubblici onesti ed esperti sono fortemente motivati dalla fiducia nelle loro competenze e nella loro integrità<sup>27</sup> poiché rispondono a una specifica struttura di incentivi, che si muove nel lungo periodo e si impernia sul prestigio professionale.<sup>28</sup> Se, come evidenziato in letteratura, la fiducia cresce con l'uso e si riduce quando non è usata,<sup>29</sup> un sistema di anticorruzione troppo stringente influenza negativamente la presenza di fiducia, rende più difficile reclutare «honest and competent people in Government», così come rende più difficile creare le condizioni per cui funzionari di valore possano lavorare agevolmente.<sup>30</sup> Proprio nella materia dei contratti pubblici (come ridisegnato dalla recente riforma del relativo codice) la questione è in qualche modo percepita ma, evidentemente, ancora malintesa, giacché non c'è principio di fiducia

---

benefits and impose onerous costs». Si vedano anche Gardiner, «Controlling Official Corruption and Fraud», 33; Gardiner, Lyman, «The Logic of Corruption Control», 833.

**23** Sull'argomento, per un quadro di sintesi, Greco, *La legge della fiducia*. Si vedano anche Luhmann, *Trust and Power*; Gambetta, *Trust. Making and breaking cooperative relations*, 49; Uslaner, *The Moral Foundations of Trust*.

**24** Warren, *Democracy and Trust*, 266.

**25** Warren, *Democracy and Trust*, 265

**26** Sul punto si veda un interessante esempio di standard intrusivi, definiti tra gli esempi riportati in coda al codice di condotta dei dipendenti dell'International Monetary Fund (IMF), *Code of Conduct for Staff*, July 31, 1998, VII: «Conduct within the IMF: 4. *I am taking orders for Girl Scout cookies on behalf of my daughter. May I ask colleagues whether they wish to place an order?* Yes, so long as there is no coercion or pressure placed on colleagues to make a purchase» (corsivo in originale). Si veda Care nelutti, «Morale e diritto», 41: «Sulla libertà in luogo che sul dovere la morale è fondata; né altro è la libertà che potere morale». Continua a p. 43: «i caratteri differenziali della morale in confronto col diritto sono veramente quelli che il senso comune intuisce: assenza della legge e assenza della coazione». Sul punto vedi Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, 190, dove - parlando di norme morali - le descrive come «norme la cui sanzione è puramente interiore». Vedi, anche, Von Hayek, *Studi di filosofia, politica ed economia*, 408: «La moralità e i valori morali crescono solo in un ambiente libero».

**27** Schoorman, Mayer, Davis, «An Integrative Model of Organizational Trust», 345.

**28** Sulla differente struttura dei sistemi d'incentivo per i burocrati e i politici cf. Alesina, Tabellini, «Bureaucrats or Politicians? Part I: A Single Policy Task», 169; «Bureaucrats or Politicians? Part II: Multiple Policy Tasks», 426.

**29** Sul punto, Hirschman, «Against Parsimony», 93.

**30** Si veda De Benedetto, «Regolazione e anticorruzione», 406.

normativamente imposto<sup>31</sup> che possa tener luogo della vera fiducia, quella che occorre a far funzionare il sistema istituzionale e a contenere i costi di transazione.

### 3 L'effettività dei contratti pubblici: dal ciclo del contratto al compimento della funzione

È ormai da tempo che – anche registrando le novità introdotte dalla legislazione nell'ultimo trentennio – la dottrina amministrativistica riconosce piena dignità agli strumenti privatistici e pubblicistici per la cura degli interessi pubblici. È pacifico che «gli interessi pubblici possono essere curati anche con strumenti di diritto privato»<sup>32</sup> ed è pacifico che le amministrazioni pubbliche «possono stipulare contratti per l'acquisto di beni e servizi e per l'esecuzione di lavori strumentali alle loro attività e necessari per il perseguimento delle finalità di interesse pubblico».<sup>33</sup> Insomma, «contratti, convenzioni e accordi hanno progressivamente ampliato il loro campo di operatività e oggi hanno dignità pari – e forse rilevanza superiore – a quella dei provvedimenti amministrativi unilaterali».<sup>34</sup>

Se così è, se cioè l'interesse pubblico affidato alle cure di una amministrazione viene perseguito anche attraverso lo strumento contrattuale, il contratto pubblico non può essere ragionato solo nella

**31** D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*, art. 2, *Principio della fiducia*: «1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. 3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. 4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7».

**32** Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, 431.

**33** Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 419.

**34** D'Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, 380.

chiave (pur relevantissima) della sua legittimità, né solo in quella funzionalmente limitata del ciclo di vita del contratto.<sup>35</sup>

Come richiesto anche dall'intera operazione di riforma del codice dei contratti (che non a caso esordisce affermando il principio del risultato)<sup>36</sup> occorre ragionare del contratto pubblico nella prospettiva del «risultato dell'attività in relazione ai suoi fini».<sup>37</sup> Meglio ancora occorre ragionare il contratto pubblico nella chiave dell'effettività, la quale impegna a considerare primariamente la funzione amministrativa rispetto a cui il contratto si pone in chiave strumentale: costruire un ponte che assicuri la circolazione stradale durevolmente e a condizioni accettabili di sicurezza (anche grazie a idonea manutenzione); acquisire una fornitura di banchi che siano realmente necessari e durevolmente adatti allo svolgimento della didattica; provvedere al servizio di ristorazione di un ospedale assicurando forniture di vitto di sufficiente qualità, sia adeguate ai regimi dietetici dei pazienti che a questi gradite.

Insomma, il contratto deve essere espressione del potere di produrre i risultati desiderati («the power to produce the desired result»)<sup>38</sup>. Di conseguenza, la «via elettiva dell'accordo o del contratto [...] dovrebbe invece essere abbandonata ove si dimostrasse inidonea al raggiungimento dell'interesse pubblico».<sup>39</sup>

A tale proposito, è bene rilevare che per guardare all'effettività dei contratti pubblici occorre considerare la 'catena di effettività'<sup>40</sup>

**35** D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici*, art. 21, *Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici*: "1. Il ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, di norma, si articola in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione".

**36** D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici*, art. 1, *Principio del risultato*: «1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato 'codice' e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

**37** Benvenuti, «Funzione amministrativa, procedimento, processo», 124.

**38** Wilson et al., «A Literature Review on the Effectiveness and Efficiency», 267.

**39** Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, 218.

**40** Herweijer, «Inquiries into the Quality of Administrative Decision-Making», 15: «in most cases the law is limited to defining the problem, stating the formal goals and

(o effettività di sistema), il grado di effettività di tutta l'attività contrattuale che accede a funzioni amministrative di un medesimo tipo, l'effettività complessiva della funzione disegnata dalla legge e concretizzata in un ordito amministrativo (eventualmente anche in esito all'azione del giudice) che contempla anche il contratto. Un singolo contratto può essere stato stipulato (o no) nel rispetto dei tempi, può aver dato luogo (o no) a contenzioso e anche essere stato eseguito più o meno regolarmente, può avere o meno conseguito il suo risultato. Ma quanto i contratti che afferiscono a funzioni di uno stesso tipo sono effettivi (nel loro complesso) e quanto questo grado di effettività assicura la tutela di interessi, la prevenzione di rischi e le prestazioni amministrative? Il dato aggregato (relativo all'effettività del complesso dei contratti che afferiscono a funzioni di un medesimo tipo) non costituisce, infatti, solo una mera sommatoria di risultati ma è un dato nuovo, utile a comprendere l'effettività della regola che disciplina (a monte) la funzione amministrativa e che muove l'attività amministrativa e contrattuale (a valle).

Certo, esistono difficoltà di misurazione dei fenomeni corruttivi correlati all'attività contrattuale.<sup>41</sup> Gli indicatori più noti in materia di corruzione sono indicatori di percezione mentre quelli più oggettivi sono difficili da sviluppare giacché la corruzione (come gli illeciti di natura non corruttiva) si produce nella segretezza. Ma questa prospettiva è comunque da percorrere anche perché l'Anac ha nel tempo svolto un grande lavoro di sviluppo di indicatori.<sup>42</sup>

### 3.1 Il caso del Servizio Giardini del Comune di Roma

Il ragionamento potrà forse risultare più chiaro grazie a un esempio. Si pensi al Servizio Giardini di una grande città, quale Roma, un servizio che ha visto gli appalti del verde al centro della vicenda Mafia Capitale nel 2014. Qui l'amministrazione locale ha, nel tempo, rinunciato a produrre direttamente il servizio, di fatto optando per una massiccia esternalizzazione come esito della scelta tra il fare e il comprare (*make or buy*), tra l'uso di risorse interne e il ricorso al mercato.<sup>43</sup> Oggi il relativo servizio è quasi esclusivamente gestito at-

---

conferring decision-making powers on administrative authorities. The administrative authorities then have ample leeway to make their own analyses of the determinants of the problem and the most promising ways to intervene».

<sup>41</sup> Sul punto, cf. Gnaldi, «Indicatori di corruzione e nuovi indicatori di prevenzione», 33.

<sup>42</sup> <https://www.anticorruzione.it/gli-indicatori>.

<sup>43</sup> Per una rassegna della letteratura sul tema, cf. Medina Serrano et al., «Should We Make or Buy?», 137.

traverso appalti del verde<sup>44</sup> come confermato dai numeri: a fronte di una necessità di 4.500 giardinieri, nel 2010 quelli dipendenti dall'amministrazione comunale erano 1.300, oggi sono 136.<sup>45</sup> Fino al 1975 i giardinieri venivano reclutati con un corso di formazione quadriennale presso la Scuola Giardinieri del Comune di Roma,<sup>46</sup> mentre oggi viene considerata la professionalità della ditta appaltatrice con un apposito criterio di valutazione dell'offerta tecnica.<sup>47</sup>

Ebbene, per contrastare l'ineffettività del servizio di manutenzione del verde pubblico (prevalentemente connessa alla scorretta gestione del patrimonio arboreo) sono state assunte alcune misure. In particolare, è stato adottato nel 2021 un Regolamento del Verde che ha tra l'altro definito linee guida per l'esecuzione delle potature.<sup>48</sup> L'attuazione degli indirizzi contenuti nel Regolamento è, però, spesso disattesa giacché molti cantieri stradali non hanno un tecnico qualificato che prevenga eventuali danni inferti dai lavori agli apparati radicali delle piante. Inoltre, nonostante sia vietata (per la sua natura di intervento drastico, distruttivo delle piante), è ancora diffusa la pratica della capitozzatura nell'esecuzione delle potature.

Nella chiave dell'effettività del servizio sarebbe assai utile che la città che vanta la maggiore estensione di verde d'Europa si ponga il

<sup>44</sup> Nell'aprile 2023 è stato aperto il bando per la manutenzione ordinaria, un accordo quadro da 100 milioni di euro destinati a 15 lotti integrati per 15 Municipi (relativi sia al verde orizzontale che al verde verticale). A luglio 2023 è stata poi deliberata una variazione di bilancio che prevede 53 milioni in più per il verde pubblico. Una ricognizione organica venne svolta nel 2004 dall'Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di Roma Capitale, *Studio sul verde pubblico nel Comune di Roma*. Si veda anche Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di Roma Capitale, *Laboratorio Roma. La gestione dell'emergenza. Verde pubblico*, 10 luglio 2020, con una specifica attenzione all'emergenza pandemica.

<sup>45</sup> Costantini, «Hanno ucciso il verde con la strage dei giardinieri».

<sup>46</sup> «Nata nel 1926, con l'obiettivo di formare giardinieri professionisti per il Comune di Roma, la Scuola Giardinieri organizzava corsi di quattro anni, al termine dei quali gli allievi idonei, dopo aver ricevuto una adeguata istruzione teorico-pratica e acquisito un'alta professionalità e una specifica preparazione tecnica nel settore giardinieristico, venivano direttamente assunti dall'Amministrazione Comunale andando a far parte dell'organico del Servizio Giardini. Dal 1975 le nuove leggi hanno impedito alle Pubbliche Amministrazioni la possibilità di assunzione diretta, obbligandole a bandire concorsi pubblici e da allora la Scuola Giardinieri ha trasformato la sua principale funzione di preparazione dei futuri giardinieri, in un Centro di Formazione e Aggiornamento, sia per i propri dipendenti sia per la cittadinanza». <https://www.comune.roma.it/web/it/scheda-servizi.page?contentId=INF91834&pagina=2>.

<sup>47</sup> Sul punto si veda, Decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 10 marzo 2020, *Criteri ambientali minimi per il servizio di gestione del verde pubblico e la fornitura di prodotti per la cura del verde*. Si veda anche Ragioneria Generale, *Direzione Sistemi informativi di pianificazione e controllo finanziario*; U.O. Statistica, *Il verde pubblico di Roma Capitale*: [https://www.comune.roma.it/web-resources/cms/documents/Verde\\_2016.pdf](https://www.comune.roma.it/web-resources/cms/documents/Verde_2016.pdf).

<sup>48</sup> Deliberazione dell'Assemblea Capitolina (DAC) 22 marzo 2021, n. 17, Regolamento Capitolino del verde pubblico e privato e del paesaggio urbano di Roma Capitale, 152.

problema dei risultati conseguiti e dei costi sostenuti con la forma di gestione prevalentemente esternalizzata. Non appare, infatti, sufficiente il decentramento gestionale ai municipi,<sup>49</sup> occorre proprio riconsiderare i vantaggi e gli svantaggi che deriverebbero dalla gestione diretta (almeno parziale) del servizio. Questa, infatti, meglio si presta ad assicurarne la continuità, certamente a ridurre le opportunità di corruzione (correlate fisiologicamente alla contrattazione pubblica), infine a superare i problemi gestionali legati ai ritardi e alle interruzioni delle prestazioni per i tempi e i contenziosi contrattuali.

Per la corretta gestione del verde è, così, necessario entrare nella logica del processo di produzione del relativo servizio, distinguendo lavorazioni ricorrenti e lavorazioni straordinarie, sempre alla luce dell'interazione con il contesto antropico. Il contratto - con l'alea del possibile contenzioso - ha tempistiche che non si addicono alla cura diurna del mondo vegetale, per cui molte lavorazioni devono essere programmate, mentre meglio si addice agli interventi periodici e straordinari. Dunque, andrebbe elaborata una strategia del verde urbano<sup>50</sup> che possa far perno su un mix di gestione diretta e di esternalizzazione, affrontando la questione dei limiti assunzionali per gli enti locali.<sup>51</sup> A tale riguardo, il recente piano di assunzioni del Comune di Roma (aprile 2023)<sup>52</sup> pur prevedendo 1.500 posti non sembra orientato né nella direzione dell'assunzione di giardinieri, né in quella dell'assunzione di figure tecniche in grado di gestire la specifica funzione di committenza e contrattazione per il verde urbano.

---

**49** Deliberazione di Giunta Capitolina 29 ottobre 2015, n. 362, *Indirizzi per il conferimento ai Municipi delle aree verdi di prossimità e delle conseguenti risorse per la loro gestione, in attuazione dell'art. 69 del Regolamento del Decentramento Amministrativo*.

**50** Si veda al riguardo Ministero dell'ambiente, Comitato per lo sviluppo del verde, *Strategia nazionale del verde urbano*, 2018. [https://www.mase.gov.it/sites/default/files/archivio/allegati/comitato%20verde%20pubblico/strategia\\_verde\\_urbano.pdf](https://www.mase.gov.it/sites/default/files/archivio/allegati/comitato%20verde%20pubblico/strategia_verde_urbano.pdf).

**51** Parametrati a specifiche condizioni di natura contabile-finanziaria, Dota, Bultrini, *Anci - Le regole ordinarie e straordinarie per le assunzioni di personale*.

**52** «60 funzionari economici, 400 tra insegnanti scuola dell'infanzia e educatori asilo nido, 30 funzionari servizi educativi, 150 funzionari amministrativi, 349 istruttori amministrativi, 14 assistenti sociali, 30 psicologi, 20 operatori Servizi Ambientali, 10 funzionari Archivio Storico, 5 autisti, 115 funzionari tecnici a tempo determinato per le attività legate al PNRR, altre figure professionali». <https://www.comune.roma.it/web/it/notizia.page?contentId=NWS1029265>.

#### 4 **L'ineffettività dei contratti pubblici e il problema della discrezionalità**

L'ineffettività delle funzioni amministrative ha diverse manifestazioni.

Nelle funzioni caratterizzate da una qualche discrezionalità, l'ineffettività può essere segnalata da alti livelli di contenzioso (relativo alla scelta discrezionale); è corruzione (quando «mercimonio è l'attività amministrativa discrezionale»);<sup>53</sup> è amministrazione difensiva (quando la scelta dell'alternativa decisionale internalizza un criterio selettore occulto, privilegiando il corso di azione-inazione che minimizza il regime di responsabilità); è, infine, *maladministration* (quando il potere discrezionale – magari oggetto di standard o protocolli – non riesce ad assicurare nella realtà la protezione degli interessi, la prevenzione dei rischi o l'erogazione delle prestazioni che giustificano la previsione del potere amministrativo).

Quando la discrezionalità è più circoscritta l'ineffettività si gioca in fase esecutiva e può assumere le forme della tolleranza amministrativa (ad esempio, perché l'amministrazione decide di non svolgere controlli o di non applicare le previste sanzioni); infine, può essere cattiva esecuzione, correlata al fatto che l'amministrazione non è stata provvista delle risorse umane o finanziarie necessarie a implementare la funzione (si pensi all'esecuzione degli ordini di demolizione).

Il settore dei contratti pubblici conosce, in grado diverso, tutte queste ineffettività:<sup>54</sup> eccessivo contenzioso, corruzione, *maladministration*, amministrazione difensiva, tolleranza amministrativa e altro ancora.

C'è però un problema di diagnosi che condiziona anche la dimensione della cura.

Da un lato, infatti, il legislatore va disciplinando in modo sempre più stringente il potere amministrativo, contraendo lo spazio della discrezionalità, per rispondere a un certo tipo di ineffettività, come nel caso delle limitazioni della discrezionalità amministrativa previste per rispondere alla corruzione proprio nella disciplina dei contratti pubblici.<sup>55</sup> Insomma, la carenza di effettività (specialmente quando diviene oggetto dell'attenzione dei media, magari per una indagine penale o per il crollo di un ponte) è stata un vero e proprio motore

**53** Corte di Cassazione, VI penale, sentenza 1 ottobre 2021, n. 35927, dove si afferma che il potere pubblico è «contaminato dall'interesse privato veicolato dall'intesa illecita» attraverso «la violazione di una delle regole sull'esercizio del corrispondente potere».

**54** Sull'argomento, in generale, cf. Racca, Yukins, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*; Joint Public Procurement and Innovation Lessons Across Borders.

**55** Sul punto, cf. Clarich, «Introduzione», XXXIX: «La discrezionalità, se esercitata in modo corretto, costituisce un valore, perché consente di individuare la soluzione contrattuale migliore tenendo conto delle circostanze del caso concreto».



dell'azione legislativa volta a imporre crescenti vincoli procedurali all'amministrazione che contratta.<sup>56</sup>

Dall'altro lato, però, la discrezionalità continua a essere necessaria, specialmente dove è più forte l'aspettativa di effettività della regolazione per l'incombente di un qualche tipo di rischio (nelle materie della sicurezza, dell'ordine pubblico, nella regolazione dell'emergenza, nella tutela della salute). Quando servono risposte amministrative effettive – spesso assicurate grazie all'attività di contrattazione delle amministrazioni – il legislatore torna a riesplorare la discrezionalità e/o a temperare i profili di responsabilità connessi all'esercizio di poteri discrezionali. Questi, infatti, operano *ab externo* rispetto allo schema normativo che struttura la discrezionalità ma influenzano nel concreto l'atteggiamento dei funzionari, contribuendo alla distorsione della discrezionalità in senso difensivo.<sup>57</sup> Insomma, la carenza di effettività è un vero e proprio motore dell'azione legislativa anche quando volta alla riduzione di vincoli procedurali.

## 5 La qualità della codificazione dei contratti pubblici e l'effettività amministrativa

In dottrina si è parlato di corruzione in senso oggettivo,<sup>58</sup> a intendere che un sistema in cui la corruzione prospera è spesso caratterizzato anche da inflazione legislativa. Insomma, meno regole e di migliore qualità sono richieste per combattere e prevenire illeciti e transazioni corrotte invertendo la direzione del circolo vizioso tra eccessiva regolamentazione e corruzione.<sup>59</sup>

L'anticorruzione regolatoria si fonda, così, sulla qualità della regolazione,<sup>60</sup> un quadro unitario di attività concernenti l'istruttoria normativa, da tempo conosciute e diffuse nei Paesi dell'area OCSE, anche se talvolta utilizzato in modo meramente formalistico. La qualità della regolazione è orientata alla produzione di regole

<sup>56</sup> Macchia, *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo codice dei contratti pubblici*.

<sup>57</sup> Mattarella, «Law and Discretion», 23.

<sup>58</sup> La corruzione oggettiva si riferisce a fattori come il sistema istituzionale, la sua organizzazione e le sue regole, cf. D'Alberti, *Combattere la corruzione*, 12 dove si richiama Jeremy Bentham che parla di una corruzione «inherent in the system of governance», distinguendola da quella personale. Peraltro, si veda già D'Alberti, Finocchi, *Corruzione e sistema istituzionale*.

<sup>59</sup> Si veda De Benedetto, «Regolazione e anticorruzione», 418.

<sup>60</sup> Essendo la regolazione un concetto risultante, cf. Coglianese, «Evaluating the Impact of Regulation and Regulatory Policy», 8, dove si definisce la regolazione come «collection of rules». Sul punto si veda Merloni, «Semplificazioni e discrezionalità», 465.

capaci di conseguire i loro scopi<sup>61</sup> perché ‘fabbricate’<sup>62</sup> con obiettivi chiari, istruttoria accurata, consultazioni dei destinatari, valutazione *ex ante* (Analisi d’impatto della regolazione - Air) ma anche *ex post* (Verifica dell’impatto della regolazione - Vir) degli impatti prodotti, valutazioni che tengano in conto anche del *regulatory delivery* (dell’attuazione della regolazione che si è avuta in sede amministrativa).

È appena il caso di ricordare che accanto a questo strumentario di qualità della regolazione in senso stretto, in alcuni Paesi è stato introdotto anche un nuovo strumento, con lo scopo specifico di valutare la legislazione/regolazione da una prospettiva anticorruzione (Valutazione d’impatto sulla corruzione o *corruption proofing*).<sup>63</sup>

Su questa premessa, la codificazione dei contratti pubblici può essere considerata una regolazione di qualità? Proviamo a gettare uno rapidissimo sguardo alle istruttorie normative che hanno condotto all’adozione degli ultimi due codici dei contratti pubblici, quello del 2016 e quello del 2023.<sup>64</sup>

## 5.1 L’Air nel codice dei contratti del 2016

L’adozione del codice dei contratti del 2016 è stata accompagnata dalla produzione di un’Air, modellata su quanto previsto dal relativo Regolamento del 2017.<sup>65</sup>

L’analisi è già *prima facie* più accurata rispetto alla media di quelle normalmente prodotte per gli atti normativi del Governo (non sono rare le Air ‘simboliche’). Le amministrazioni proponenti (la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) hanno lavorato un documento di 68 pagine.

La prima parte dell’analisi è ricca di riferimenti al contesto europeo (per quanto riguarda il mercato degli appalti pubblici in Europa, gli indicatori di qualità elaborati dalla Commissione europea, la ricognizione del rapporto tra appalti pubblici e corruzione). Viene qui

<sup>61</sup> Sul punto vedi Baldwin, Cave, Lodge, *Understanding Regulation*; Coglianese, Kagan, *Regulation and Regulatory Processes*. Sull’argomento, vedi Rangone, s.v. «Regolazione», 5057.

<sup>62</sup> Sul punto si veda Patroni Griffi, «La ‘fabbrica delle leggi’», 97. Si veda anche Vassalli, «La missione del giurista nell’elaborazione delle leggi», 494 dove si afferma che «fabbricare leggi è diventato come un servizio pubblico, forse il maggiore dei servizi pubblici». Parla di «fabbricare diritto» anche Carnelutti, «Eccesso di potere legislativo», 204.

<sup>63</sup> Cf. Di Donato, «The Quality of Regulation in the Service of Preventing Corruption», 2; «Better Regulation to Prevent Corruption», 101.

<sup>64</sup> Si veda De Benedetto, «Regolazione e anticorruzione», 415.

<sup>65</sup> D.p.c.m. 15 settembre 2017, n. 169, *Regolamento recante disciplina sull’analisi dell’impatto della regolamentazione, la verifica dell’impatto della regolamentazione e la consultazione*.

analizzata la spinta alla revisione e all'ammodernamento del quadro normativo del 2004 e la definizione dei nuovi obiettivi delle Direttive del 2014, orientate a perseguire contestualmente efficienza nell'uso dei fondi pubblici, semplificazione, flessibilità delle procedure, correttezza; concorrenza e parità di accesso a condizioni eque, non discriminatorie per tutte le imprese europee dell'Unione; l'uso strategico degli appalti, per favorire innovazione, uso responsabile delle risorse naturali, tutela ambientale e responsabilità sociale; infine, lotta alla corruzione, rendendo le procedure più trasparenti, più semplici, riducendo le zone grigie e le incertezze normative. Segue l'analisi delle specificità espresse dal mercato nazionale degli appalti di cui sono analizzate le principali criticità<sup>66</sup> molte delle quali si appuntano proprio sul *coté* della proliferazione e incertezza della normativa.<sup>67</sup>

L'Air pone così gli obiettivi perseguiti con l'intervento normativo (di breve, medio o lungo periodo; sia specifici che generali)<sup>68</sup> fornendo al contempo una lista di numerosi indicatori da utilizzarsi per la valutazione *ex post* circa il conseguimento degli obiettivi. Viene poi dato conto dello svolgimento delle consultazioni, sia da parte pubblica che da parte privata (imprese), riportando in tabelle la sintesi dei contenuti dei singoli contributi alla consultazione.

Seguono la valutazione dell'opzione di non intervento<sup>69</sup> e la descrizione delle opzioni regolatorie alternative relativamente ad alcuni aspetti di maggiore rilevanza della disciplina: sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, subappalto, contratti sotto-soglia, responsabile unico del procedimento, criteri di aggiudicazione, valorizzazione della fase di progettazione iniziale. Viene, infine, sviluppata la giustificazione dell'opzione regolatoria, valutandone

---

**66** Analisi d'impatto della regolazione, *D.lgs. di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*, 27.

**67** «Tra cui, l'eccessiva proliferazione normativa cui si aggiunge l'instabilità del quadro normativo di riferimento; la normativa disomogenea e poco chiara e la relativa interpretazione contrastante, con conseguenti incertezze applicative, rischio di contenzioso 'strutturale', ricorso eccessivo e ingiustificato all'*in-house*; eccessiva lunghezza dei tempi tecnici di conclusione delle procedure di aggiudicazione, spesso sproporzionata rispetto all'importo del contratto e alla stessa sua durata; eccesso di costo delle procedure, in particolare per le PMI e per i contratti di importo contenuto». Analisi d'impatto della regolazione, *D.lgs. di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*. [https://www.governo.it/sites/governo.it/files/AIR\\_CODICE\\_APPALTI.pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/AIR_CODICE_APPALTI.pdf).

**68** Analisi d'impatto della regolazione, *D.lgs. di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*, 29. Tra cui «promuovere l'apertura del mercato e la concorrenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione; accrescere l'efficacia e l'efficienza della spesa pubblica per l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, anche in termini di un miglior rapporto qualità/costi; prevenire e ridurre corruzione e comportamenti collusivi anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione».

**69** Analisi d'impatto della regolazione, *D.lgs. di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*, 46.

l'incidenza sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato e sulla competitività del Paese<sup>70</sup> e sono riportate le modalità attuative dell'intervento di regolamentazione.

In buona sostanza, non si può negare che vi sia stato un tentativo di organizzare un ragionamento utile all'istruttoria normativa. Stante però la complessità della disciplina e delle singole prescrizioni che impongono obblighi in capo ad amministrazioni e imprese (con effetti sui cittadini), questo tentativo ci appare oggi comunque non sufficiente a rendere l'analisi *ex ante* uno strumento per garantire l'effettività della regolazione: gli obiettivi sono riferiti alla regolazione complessiva, ma andrebbero specificati per ogni singola prescrizione che impone obblighi specifici in capo ai destinatari; gli indicatori sono molti ma la *baseline* (il dato di partenza) non è indicata chiaramente, così come non è indicata chiaramente la fonte cui riferirsi per il controllo dell'andamento dell'indicatore; le consultazioni non considerano il punto di vista dei cittadini (una delle categorie necessarie della consultazione), dando conto di una limitata visione della vicenda contrattuale che dovrebbe riguardare solo stazioni appaltanti e imprese; la valutazione relativa alla preferibilità di una alternativa regolatoria rispetto all'altra è debolmente giustificata.

Si consideri, poi, che questa codificazione è stato oggetto di numerosi rimaneggiamenti normativi. Insomma, per un codice dei contratti pubblici che intenda funzionare (conseguire l'effettività e prevenire la corruzione), un'Air di questo tipo è uno strumento apprezzabile ma ancora inadeguato.

## 5.2 La Relazione nel codice dei contratti del 2023

Il codice dei contratti vigente ha seguito un percorso istruttorio *ad hoc*. L'Air che era stata preparata per il disegno di legge delega (legge 21 giugno 2022, n. 78, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*) constava di dieci pagine complessive.<sup>71</sup>

In data 30 giugno 2022 il Presidente del Consiglio dei Ministri «ha comunicato al Presidente del Consiglio di Stato di voler affidare la formulazione del progetto di codice dei contratti pubblici al Consiglio di

---

<sup>70</sup> Analisi d'impatto della regolazione, *D.lgs. di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*, 58.

<sup>71</sup> Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Fascicolo Iter DDL S. 2330, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, 18 dicembre 2022, 18-28. <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/54280.pdf>.

Stato» ricordando che l'approvazione della riforma costituisce un importante obiettivo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).<sup>72</sup>

Così, il 4 luglio 2023 il Presidente Frattini ha istituito una Commissione speciale, da lui presieduta col supporto di una *board* di Consiglieri di Stato, composta anche da Consiglieri del TAR, Avvocati dello Stato, Consiglieri della Corte di Cassazione e della Corte dei Conti, professori universitari, avvocati, esperti. La redazione dello schema di codice si è avvalsa anche di «esperti esterni quali professori, avvocati, economisti, ingegneri, esperti di *drafting*, un informatico e un accademico della Crusca».

Il metodo seguito è stato informato alla «verifica di 'fattibilità tecnico/economica'», ossia a «una realistica simulazione applicativa da parte di esperti di altre discipline e non soltanto da giuristi». Sono state svolte forme di consultazione acquisendo «per iscritto, via mail, le istanze delle parti sociali, sollecitate con una consultazione pubblica pubblicata sul sito della Giustizia amministrativa, e sono state effettuate alcune audizioni in presenza».

Lo Schema definitivo di codice

ha un numero di articoli analogo a quelli del codice vigente, ma ne riduce di molto i commi, riduce di quasi un terzo le parole e i caratteri utilizzati e, con i suoi allegati, abbatte in modo rilevante il numero di norme e linee guida di attuazione.

Nello Schema, «in non pochi casi si è scelto di conservare - verificandone preventivamente il positivo impatto - le norme del codice vigente che, in sede applicativa, hanno dato buona prova di sé».

La relativa Relazione ha meritoriamente ricordato che accanto alla riforma del quadro normativo, per la riforma reale del settore

occorre averare, attraverso una intensa attività operativa, almeno tre condizioni essenziali 'non legislative', che costituiscono peraltro l'oggetto di impegni in sede di PNRR: i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice; ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche.

---

<sup>72</sup> Cons. Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, 7. [https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3\\_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670933091420](https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670933091420).

Dunque, anche se la Relazione non consiste in una Air, è indubbio che il livello delle competenze convogliate nell'istruttoria normativa del codice corrente abbia inteso operare in funzione surrogatoria della richiesta valutazione prognostica. Nondimeno, manca una ricognizione quantitativa o la definizione di indicatori utili alla valutazione *ex post* in fase attuativa della disciplina dei contratti. Insomma, anche in questo caso, se si considera che la disciplina del codice dei contratti pubblici è strumentale rispetto al conseguimento degli obiettivi delle funzioni cui i contratti accedono, impiantare un sistema di monitoraggio per valutare il successo della riforma non è semplice.

## 6 Come recuperare l'effettività dell'attività contrattuale della p.a.?

Per tirare qualche conclusione sul rapporto tra disciplina dei contratti pubblici, prevenzione della corruzione ed effettività delle funzioni amministrative occorre riportare al centro del ragionamento lo scopo ultimo del contratto pubblico, il quale è ricavabile dalla funzione amministrativa cui il contratto accede. Tre sono i principali momenti cui guardare per preparare l'effettività amministrativa e prevenire l'ineffettività, specialmente nella sua insidiosa forma di corruzione.

Primariamente, quando il contratto è regolato. La questione non riguarda solo la già richiamata prospettiva della qualità delle regolazione della codificazione dei contratti pubblici ma anche le funzioni di *advocacy* dell'Anac, interlocutore privilegiato del legislatore quanto alle materie sia dei contratti pubblici che della prevenzione della corruzione. Infatti, l'Anac ai sensi di puntuali previsioni del codice dei contratti pubblici<sup>73</sup> è intitolata del potere di segnalare a Governo e Parlamento «fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore [dei contratti pubblici]». Questo potere ad oggi non è espressamente orientato a evidenziare la portata corruttiva della normativa e perciò andrebbe rafforzato ed esteso ai casi di particolare rilevanza nei quali misure generali abbiano costituito occasione di illeciti e fatti di corruzione.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> L'Anac ha poteri di segnalazione in materia di contratti pubblici, già ai sensi del previgente codice (art. 6, comma 7, lettera e) e f), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), poi confermati dal codice del 2016 (art. 213, comma 3, lettere c) e d), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dove si richiama il potere di segnalare «al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore» e quello di formulare «al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore») e più di recente dal codice dei contratti pubblici del 2023 [d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, art. 222, comma 3, lettera c)].

<sup>74</sup> Sul punto vedi Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, *Relazione annuale sulla 'ndrangheta*, approvata dalla Commissione nella seduta del 19 febbraio 2008, 120, dove si fa riferimento all'aumento

È appena il caso di ricordare che questi poteri di *advocacy* orientati alla prevenzione della corruzione hanno trovato un primo accoglimento all'interno del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, dove tra le riforme abilitanti è stata prevista la «abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione».<sup>75</sup>

Per l'effettività amministrativa, poi, bisogna tornare allo scopo del contratto quando l'amministrazione sceglie se fare o se contrattare, sgombrando il campo da inutili generalizzazioni che postulino «la necessaria superiorità delle soluzioni consensuali anche quando si curano interessi pubblici».<sup>76</sup> Infatti, in molti casi «i costi di negoziazione sono elevati», «l'amministrazione non può certo attingere a risorse illimitate pur di raggiungere l'accordo con il privato», spesso «non dispone delle capacità negoziali necessarie per trattare efficacemente con i privati» e, infine «vi è il rischio che possa colludere con questi ultimi a danno dell'interesse pubblico».<sup>77</sup> Talvolta, ricorrere a un mix di contratti e gestione diretta di talune funzioni potrebbe rivelarsi la migliore misura per ridurre al contempo la corruzione, garantire l'effettività delle funzioni amministrative, assicurare un buon uso delle risorse umane e finanziarie.

Infine, per mantenere la prospettiva dell'effettività amministrativa, lo scopo funzionale del contratto deve tornare al centro quando si controlla. Sono rilevanti l'informazione (che consente un *targeting* mirato dei destinatari dell'attività di controllo);<sup>78</sup> la pianificazione dei controlli basata sul rischio;<sup>79</sup> lo stile collaborativo del controllo; la responsabilità delle sanzioni. A tale riguardo, il lavoro dell'Anac è già stato molto importante, nella definizione delle aree (e sub-aree) di

---

della «quantità di risorse pubbliche a disposizione del sistema delle imprese» con particolare riguardo alla legge n. 488/1992 e dove, in nota, si richiamano le numerose «operazioni della Guardia di Finanza relative a truffe nel conseguimento di tali erogazioni».

**75** Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 73: «La corruzione può trovare alimento nell'eccesso e nella complicazione delle leggi. La semplificazione normativa, dunque, è in via generale un rimedio efficace per evitare la moltiplicazione di fenomeni corruttivi. Vi sono, in particolare, alcune norme di legge che possono favorire più di altre la corruzione. Si rende, dunque, necessario individuare prioritariamente alcune di queste norme e procedere alla loro abrogazione o revisione. Ad esempio, vanno riviste e razionalizzate le norme sui controlli pubblici di attività private, come le ispezioni, che da antidoti alla corruzione sono divenute spesso occasione di corruzione. È necessario eliminare le duplicazioni e le interferenze tra le diverse tipologie di ispezioni».

**76** Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, 217.

**77** Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, 217.

**78** Un ruolo centrale è rivestito dalla banca dati nazionale dei contratti pubblici (prevista già dall'art. 6 bis del codice dei contratti, d.lgs. 163/2008), precedentemente gestita dalla Autorità di vigilanza AVCP e ora di competenza dell'Anac la quale fornisce gli elementi utili per una pianificazione che valorizzi la qualità della spesa. Sul punto cf. Blanc, *Inspection Reforms*, 72.

**79** Sul punto vedi OECD, *Risk and Regulatory Policy*, 51; *Comparison of Risk Management Policies in OECD Countries*.

rischio, a partire dalla scomposizione delle diverse fasi del ciclo di vita del contratto (programmazione, progettazione della gara, selezione del contraente, esecuzione, rendicontazione) nonché nello sviluppo di indicatori per le diverse fasi dell'appalto.<sup>80</sup>

Insomma, se non vogliamo rincorrere le violazioni a valle potrebbe essere utile prevenire il rischio di corruzione anche promuovendo l'effettività delle funzioni amministrative cui i contratti pubblici accedono<sup>81</sup> facendo divenire la ricerca dell'effettività un antecedente logico dell'anticorruzione. È la funzione amministrativa effettiva, questa sola, a giustificare la previsione di un potere amministrativo e a indicare il modo migliore per conseguirne i fini (per via contrattuale o per altra via). È la funzione amministrativa effettiva a costituire un argine per la corruzione. È la funzione amministrativa effettiva, infine, che ci consente di attivare meccanismi virtuosi di ricostruzione della fiducia, invocata e resa principio dal recente codice dei contratti pubblici ma che il codice (purtroppo) non ha alcun potere di generare nella fisiologia delle relazioni amministrative.

## Bibliografia

- Abdou, A.; Basdevant, O.; David, E.B.; Fazekas, M. *Assessing Vulnerabilities to Corruption in Public Procurement and Their Price Impact = IMF Working Papers*. International Monetary Fund, 2022.
- Alesina, A.; Tabellini, G. «Bureaucrats or Politicians? Part I: A Single Policy Task». *The American Economic Review*, 97, 2007, 169-79.
- Alesina, A.; Tabellini, G. «Bureaucrats or Politicians? Part II: Multiple Policy Tasks». *Journal of Public Economics*, 92, 2008, 426-47.
- Anechiarico, F.; J. Jacobs, B. *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.
- Baldwin, R.; Cave, M. *Taming the Corporation. How to Regulate for Success*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Baldwin, R.; Cave, M.; Lodge, M. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Barbieri, G.; Giavazzi, F. *Corruzione a norma di legge. La lobby delle grandi opere che affonda l'Italia*. Milano: Rizzoli, 2014.
- Benvenuti, F. «Funzione amministrativa, procedimento, processo». *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 1952, 118 ss.
- Blanc, F. *From Chasing Violations to Managing Risks*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.
- Blanc, F. *Inspection Reforms: Why, How and with what Results*. Paris: OECD, 2012.
- Bobbio, N. *Teoria della norma giuridica*. Torino: Giappichelli, 1958.

<sup>80</sup> Strambi, «Appalti pubblici e indicatori di corruzione», 151.

<sup>81</sup> Blanc, *From Chasing Violations to Managing Risks*.



- Bosio, E.; Djankov, S. «How Large is Public Procurement». *World Bank Blogs*, 5 febbraio 2020. <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/how-large-public-procurement>.
- Carloni, E. *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*. Bologna: il Mulino, 2023.
- Carnelutti, F. «Eccesso di potere legislativo». *Rivista di diritto processuale*, 4(2), 1947, 193 ss.
- Carnelutti, F. «Morale e diritto». *Discorsi intorno al diritto*, vol. 2. Padova: Cedam, 1953.
- Clarich, M. «Introduzione». Clarich, M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, 2019, XXXIII ss.
- Clarich, M. *Manuale di diritto amministrativo*. 5a ed. Bologna: il Mulino, 2013.
- Coglianesi, C. «Evaluating the Impact of Regulation and Regulatory Policy». *Measuring Regulatory Performance. OECD Expert Paper*, 1, 2012.
- Coglianesi, C.; Kagan, R.A. *Regulation and Regulatory Processes*. Farnham: Ashgate, 2007
- Corso, G. *Manuale di diritto amministrativo*. 9a ed. Torino: Giappichelli.
- Corso, G.; De Benedetto, M.; Rangone, N. *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*. Bologna: il Mulino, 2022.
- Costantini, V. «Hanno ucciso il verde con la strage dei giardinieri: uno ogni 30 ettari». *Il Corriere della sera*, 17 gennaio 2017. [https://roma.corriere.it/notizie/cronaca/17\\_gennaio\\_16/hanno-ucciso-verde-la-strage-giardinieri-d6b10c74-dc32-11e6-8880-a6b80bbeec765.shtml](https://roma.corriere.it/notizie/cronaca/17_gennaio_16/hanno-ucciso-verde-la-strage-giardinieri-d6b10c74-dc32-11e6-8880-a6b80bbeec765.shtml).
- D'Alberty, M. *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2016.
- D'Alberty, M. *Lezioni di diritto amministrativo*. 7a ed. Torino: Giappichelli, 2023.
- D'Alberty, M.; Finocchi, R. *Corruzione e sistema istituzionale*. Bologna: il Mulino, 1994.
- Di Cristina, F. «La corruzione negli appalti pubblici». *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2012, 177-216.
- Di Cristina, F. «La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione». *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2014, 1023-32.
- Di Donato, L. «Better Regulation to Prevent Corruption: The Corruption Impact Assessment (CIA)». Cerillo, A.; Martinez, I.; Ponce, J. (eds), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*. Bruxelles: Bruylant, 2017, 101 ss.
- Di Donato, L. «The Quality of Regulation in the Service of Preventing Corruption». *European Journal of Law Reform*, 2, 2016, 226-33.
- Di Lascio, F. «Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?». *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2019, 805 ss.
- Dota, S.; Bultrini, A. (a cura di). *Anci - Le regole ordinarie e straordinarie per le assunzioni di personale*. ANCI, 2022. <https://www.anci.it/wp-content/uploads/quaderno-le-regole-ordinarie-e-straordinarie-per-le-assunzioni-di-personale.pdf>.
- Eng, S. «Legislative Inflation and the Quality of Law». Wintgens, L. (ed.), *Legisprudence*. Hart Publishing, 2002, 65-80.
- Fidone, G. «La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici». *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2015, 325-44.

- Gambetta, D. (ed.). *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*. London: Blackwell, 1988.
- Gardiner, J.A. «Controlling official corruption and fraud: Bureaucratic incentives and disincentives». *Corruption and Reform*, 1, 1986, 33 ss.
- Gardiner, J.A.; Lyman, T.R. «The Logic of Corruption Control». Heidenheimer, A.J.; Johnston, M.; V. Levine, T. (eds), *Political Corruption. A Handbook*. 3rd ed. Transaction Publishers, 1993, 33-50.
- Gnaldi, M. «Indicatori di corruzione e nuovi indicatori di prevenzione della corruzione». Gnaldi, M.; Ponti, B. (a cura di), *Misurare la corruzione oggi, obiettivi, metodi, esperienze*. Milano: FrancoAngeli, 2018, 31-44.
- Greco, T. *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2021.
- Herweijer, M. «Inquiries into the Quality of Administrative Decision-making». De Graaf, K.J.; Jans, J.H.; Marseill, A.T.; De Ridder, J. (eds), *Quality of Decision-Making in Public Law. Studies in Administrative Decision-Making in the Netherlands*. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2007.
- Hirschman, A.O. «Against Parsimony: Three Easy Ways of Complicating Some Categories of Economic Discourse». *The American Economic Review*, 74(2), 1984, 89-96. [*Papers and Proceedings of the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Economic Association* (May 1984)].
- Laffont, J.; Tirole, J. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1993.
- Luhmann, N. *Trust and Power*. Cambridge: Polity Press, 2017.
- Macchia, M. (a cura di). *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, 2024.
- Mattarella, B.G. «Law and Discretion. A Public Law Perspective on the EU». Mendes, J. (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Medina Serrano, R.; González Ramírez Reyes, M.; Gascó, J. «Should We Make or Buy? an Update and Review». *European Research on Management and Business Economics*, 24, 2018, 137-47.
- Merloni, F. «Semplificazioni e discrezionalità. Qualità della normazione e qualità dell'amministrazione». *Liber Amicorum per Marco D'Alberty*. Torino: Giappichelli, 2022, 465-76.
- Moosa, I.A. «Financial Regulation as a Response to Corruption and Fraud». *Contemporary Issues in the Post-Crisis Regulatory Landscape*. Singapore: World Scientific, 2017, 49 ss.
- Napolitano, G. *La logica del diritto amministrativo*. 2a ed. Bologna: il Mulino, 2020.
- OECD. *Comparison of Risk Management Policies in OECD Countries*. Paris: OECD, 2006.
- OECD. *Preventing Corruption in Public Procurement*. Paris: OECD, 2016.
- OECD. *Risk and Regulatory Policy. Improving the Governance of Risk*. Paris: OECD, 2010.
- Ogus, A. «Corruption and Regulatory Structures». *Law & Policy*, 26, 2004.
- Patroni Griffi, F. «La 'fabbrica delle leggi' e la qualità della normazione in Italia». *Diritto amministrativo*, 1, 2000, 97-130.
- Popescu, A.I. «Public Procurement Corruption in the European Union». *Journal of Public Administration, Finance and Law*, Special issue, 1, 7-16, 2014.
- Racca, G.M.C.; Yukins, R. (eds). *Joint Public Procurement and Innovation Lessons Across Borders*. Bruxelles: Bruylant, 2019.

- Racca, G.M.; Yukins, C.R. (eds). *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*. Bruxelles: Bruylant, 2014.
- Rangone, N. s.v. «Regolazione». Cassese, S. (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2006, 5057.
- Rose-Ackerman, S. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Schoorman, F.D.; Mayer, R.C.; Davis, J.H. «An Integrative Model of Organizational Trust: Past, Present and Future». *The Academy of Management Review*, 32(2), 2007, 344-54.
- Sørreide, T. *Corruption in Public Procurement. Causes, Consequences and Cures*, Report. Bergen: Michelsen Institute, 2002.
- Strambi, S. «Appalti pubblici e indicatori di corruzione». *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, 208, 2020, 151-74.
- Twining, W.; Miers, D. *How to Do Things with Rules*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010 [1976].
- Uslaner, E.M. *The Moral Foundations of Trust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Vassalli, F. «La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi». *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. 1. Padova: Cedam, 1950, 492 ss.
- Vedel, G. «Le hasard et la nécessité». *Pouvoirs*, 50, 1989.
- Von Hayek, F. *Studi di filosofia, politica ed economia*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 1998.
- Warren, M.E. *Democracy and Trust*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Williams-Elegbe, S. *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*. Hart Publishing, 2012.
- Wilson, M.; Wnuk, K.; Silvander, J.; Gorsche, T. «A Literature Review on the Effectiveness and Efficiency of Business Modeling». *e-Informatica Software Engineering Journal*, 12(1), 2018, 265-302.
- World Bank. *Combating Corruption*, 15 March, 2023. <https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/combating-corruption>.
- Zamagni, V. *The Economic History of Italy – 1860-1990. Recovery After Decline*. Oxford: Clarendon Press, 1993.



## Studi e ricerche

1. Lippiello, Tiziana; Orsini, Raffaella; Pitingaro, Serafino; Piva, Antonella (a cura di) (2014). *Linea diretta con l'Asia. Fare business a Oriente*.
2. Zanin, Filippo; Bagnoli, Carlo (2016). *Lo "strategizing" in contesti complessi*.
3. Arpioni, Maria Pia; Ceschin, Arianna; Tomazzoli, Gaia (a cura di) (2016). *Nomina sunt...? L'onomastica tra ermeneutica, storia della lingua e comparatistica*.
4. Gelichi, Sauro; Negrelli, Claudio (a cura di) (2017). *Adriatico altomedievale (VI-XI secolo). Scambi, porti, produzioni*.
5. Panozzo, Fabrizio (a cura di) (2017). *Memoria e storia del Distretto dello Sporty-stem di Montebelluna*.
6. Massiani, Jérôme (2018). *I promessi soldi. L'impatto economico dei mega eventi in Italia: da Torino 2006 a Milano 2015*.
7. Fantuzzi, Fabio (a cura di) (2017). *Tales of Unfulfilled Times. Saggi critici in onore di Dario Calimani offerti dai suoi allievi*.
8. Bizzotto, Giampietro; Pezzato, Gianpaolo (2017). *Impavidi veneti. Imprese di coraggio e successo a Nord Est*.
9. Calzolaio, Francesco; Petrocchi, Erika; Valisano, Marco; Zubani, Alessia (a cura di) (2017). *In limine. Esplorazioni attorno all'idea di confine*.
10. Carraro, Carlo; Mazzai, Alessandra (a cura di) (2017). *Gli impatti dei cambiamenti climatici in Italia. Fotografie del presente per capire il futuro*.
11. Sperti, Luigi (a cura di) (2017). *Giornata dell'archeologia: scavi e ricerche del Dipartimento di Studi Umanistici*.
12. Brombal, Daniele (ed.) (2017). *Proceedings of the XV East Asia Net Research Workshop. Ca' Foscari University of Venice, May 14-15, 2015*.
13. Coonan, Carmel Mary; Bier, Ada; Ballarin, Elena (a cura di) (2018). *La didattica delle lingue nel nuovo millennio. Le sfide dell'internazionalizzazione*.
14. Bagnoli, Carlo; Bravin, Alessia; Massaro, Maurizio; Vignotto, Alessandra (2018). *Business Model 4.0. I modelli di business vincenti per le imprese italiane nella quarta rivoluzione industriale*.
15. Carpinato, Caterina (2018). *Teaching Modern Languages on Ancient Roots. Anche le pietre parlano*.
16. Newbold, David (ed.) (2018). *My Mobility. Students from Ca' Foscari Recount their Learning Experiences Abroad*.
17. Newbold, David (ed.) (2019). *Destination Ca' Foscari. International Students on Mobility Recount their Experiences in Venice*.

18. Volpato, Francesca (2019). *Relative Clauses, Phi Features, and Memory Skills. Evidence from Populations with Normal Hearing and Hearing Impairment*.
19. Cinquegrani, Alessandro (a cura di) (2019). *Imprese letterarie*.
20. Krapova, Iliyana; Nistratova, Svetlana; Ruvoletto, Luisa (a cura di) (2019). *Studi di linguistica slava. Nuove prospettive e metodologie di ricerca*.
21. Busacca, Maurizio; Caputo, Alessandro (2020). *Valutazione, apprendimento e innovazione nelle azioni di welfare territoriale. Lo SROI-Explore per i Piani Giovani in Veneto*.
22. Bagnoli, Carlo; Mirisola, Beniamino; Tabaglio, Veronica (2020). *Alla ricerca dell'impresa totale. Uno sguardo comparativo su arti, psicoanalisi, management*.
23. Ricorda, Ricciarda; Zava, Alberto (a cura di) (2020). *La 'detection' della critica. Studi in onore di Ilaria Crotti*.
24. Corrò, Elisa; Vinci, Giacomo (a cura di) (2021). *Palinsesti programmati nell'Alto Adriatico? Decifrare, conservare, pianificare e comunicare il paesaggio*. Atti della giornata di Studi (Venezia, 18 aprile 2019).
25. Bassi, Shaul; Chillington Rutter, Carol (eds) (2021). *The Merchant 'in' Venice: Shakespeare in the Ghetto*.
26. Carloni, Giovanna; Fotheringham, Christopher; Virga, Anita; Zuccala, Brian (eds) (2021). *Blended Learning and the Global South. Virtual Exchanges in Higher Education*.
27. Plevnik, Aljaž; Rye, Tom (eds) (2021). *Cross-Border Transport and Mobility in the EU. Issues and State of the Art*.
28. Bagnoli, Carlo; Masiero, Eleonora (2021). *L'impresa significante fra tradizione e innovazione*.
29. Nocera, Silvio; Pesenti, Raffaele; Rudan, Igor; Žuškin, Srđan (eds) (2022). *Priorities for the Sustainability of Maritime and Coastal Passenger Transport in Europe*.
30. Blaagaard, Bolette B.; Marchetti, Sabrina; Ponzanesi, Sandra; Bassi, Shaul (eds) (2023). *Postcolonial Publics: Art and Citizen Media in Europe*.
31. Vianello, Valerio; Zava, Alberto (a cura di) (2023). «L'umanesimo della parola». *Studi di italianistica in memoria di Attilio Bettinzoli*.
32. An, Jong-Chol; Perrin, Ariane (eds) (2023). *Cultural Exchanges Between Korea and the West Artifacts and Intangible Heritage*.
33. Ioannou, Manthos (2023). *Storia della sciagura e schiavitù della Morea. Testo, commento e glossario*. A cura di Eugenia Liosatou.
34. Campostrini, Stefano; Senigaglia, Roberto (a cura di) (2023). *L'esperienza Uni4Justice e le prospettive future. Le ricerche del team di Ca' Foscari*.

35. Froeliger, Nicolas; Larssonneur, Claire; Sofo, Giuseppe (eds) (2023). *Traduction humaine et traitement automatique des langues. Vers un nouveau consensus? / Human Translation and Natural Language Processing. Towards a New Consensus?*
36. Garofalo Geymonat, Giulia; Marchetti, Sabrina; Morino Baquette, Alice (a cura di) (2024). *Vulnerabilità in migrazione. Sguardi critici su asilo e protezione internazionale in Italia.*





Gli studi raccolti in questo volume sviluppano le relazioni che gli Autori hanno tenuto nel corso della settimana *Giornata della Trasparenza*, svoltasi presso Ca' Foscari il 23 novembre 2023. Il filo che li unisce è dato dal nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023). Gli studi ricostruiscono i principi generali del codice, il loro ruolo, il rapporto con la trasparenza e come questa operi, il funzionamento di un istituto di snodo come il conflitto di interessi, e prospettano un modello di 'regolazione' della corruzione capace di tenere in equilibrio la prevenzione dei fenomeni illeciti con l'efficienza delle attività contrattuali pubbliche.



Università  
Ca' Foscari  
Venezia