

FRANCESCO FOLLIERI
Professore ordinario di diritto amministrativo – LUM “Giuseppe Degennaro”
follieri@lum.it

FIDUCIA E PATERNALISMO AMMINISTRATIVO

TRUST AND ADMINISTRATIVE PARTERNALISM

SINTESI

Analizzato il concetto di “fiducia” nella teoria e nella dogmatica giuridica, lo scritto esamina l’art. 2 del Codice dei contratti pubblici del 2023, evidenziando come esso si inserisca nel solco di un più ampio orientamento paternalistico nei confronti dell’amministrazione, da parte della giurisprudenza, di una parte della dottrina e (oggi) del legislatore. Tale atteggiamento, si conclude, è tuttavia incompatibile con la posizione ordinamentale dell’amministrazione nello Stato di diritto.

ABSTRACT

After analysing the concept of "trust" in legal theory and dogmatics, the paper examines Article 2 of the Italian Public Procurement Code of 2023 and shows how it fits into the groove of a broader paternalistic attitude towards the administration on the part of case law, part of doctrine and (today) the legislature. Such an attitude, in conclusion, is incompatible with the position of the administration within a legal system under the Rule of Law.

PAROLE CHIAVE: Contratti pubblici – Principi – Fiducia.

KEYWORDS: Public Contracts and tender procedure – Principles – Trust.

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Dimensioni della fiducia. – 3. L’art. 2 del d.lgs. n. 36/2023 e le dimensioni della “fiducia”. L’assenza di normatività dell’art. 2, co. 1 e 2. – 4. Il “paradigma fiduciario” come alfiere del paternalismo amministrativo.

1. Introduzione

Il Codice dei contratti pubblici del 2023 annovera anche la fiducia tra i principi “fondamentali”, in base ai quali tutte le disposizioni del codice devono essere interpretate.

Mentre del risultato, quale interesse pubblico che l'amministrazione persegue con il singolo affidamento (cioè l'esecuzione dell'opera, del servizio o della fornitura), e dell'accesso al mercato, il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza (italiana ed europea) si erano a più riprese già occupati prima del d.lgs. n. 36/2023 e in molteplici applicazioni della disciplina dei contratti pubblici, la "fiducia" (come lemma) non era mai apparsa nel diritto amministrativo positivo, né era mai stata citata dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, né tantomeno indagata in studi di diritto amministrativo¹. Da qui, oltre che dall'enfasi che il legislatore vi ha posto, probabilmente sorge l'attenzione suscitata dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023 allo scopo di comprendere se e come questa previsione possa innovare la disciplina giuridica dell'amministrazione pubblica, sia nell'aggiudicazione e nell'esecuzione di appalti e concessioni, sia più in generale – grazie alla *vis expansiva* che principi e soluzioni del diritto dei contratti pubblici hanno spesso sul diritto amministrativo generale.

Proprio la novità del concetto (o almeno della sua formulazione, come si vedrà) rende imprescindibile un approccio analitico: prima di tutto si deve capire che cosa si intende per "fiducia". Sulla base dei risultati di questa analisi, poi, si proverà a fornire indicazioni di carattere ermeneutico e sistematico della fiducia per come prevista nel Codice dei contratti pubblici del 2023.

2. Dimensioni della fiducia

(A) La fiducia è, in primo luogo, un tema della discussione filosofica e sociologica intorno al fondamento del diritto o, per meglio dire, dell'effettività delle norme giuridiche. In una lettura più comune, il diritto è opposto alla fiducia, entra in gioco o quando la fiducia viene tradita, oppure quando i consociati richiedono di costruire i loro rapporti su qualcosa di più solido rispetto alla fi-

¹ È probabile che il concetto della "fiducia", nel senso ampio sotteso all'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, non sia mai stata oggetto di attenzione da parte degli studiosi del diritto positivo. Prova ne è l'assenza di voci nelle principali enciclopedie giuridiche e nelle varie "versioni" del Digesto. In queste opere, al più, si trovano voci relative alla fiducia testamentaria o alla fiducia parlamentare, ma non alla fiducia di cui qui si discorre.

ducia: la norma giuridica è il fondamento alternativo dei rapporti tra consociati, in grado di operare anche in assenza di fiducia tra le parti². In altre parole, il diritto prende il posto della fiducia, garantendo con il timore della sanzione negativa e/o con l'aspettativa della sanzione positiva che i consociati rispettino gli impegni³. Secondo un'opinione alternativa (e di recente tornata alla ribalta nel dibattito gius-filosofico e non solo), invece, l'effettività delle norme giuridiche sarebbe invece nella maggior parte dei casi frutto proprio della fiducia, del volontario tener fede agli impegni⁴. E questa impostazione alternativa permetterebbe di rileggere il fenomeno giuridico in un'ottica cooperativa, anziché di contrapposizione e conflitto.

Sempre sul piano sociologico e filosofico, come pure è stato notato, quando l'ordinamento lascia discrezionalità al decisore (pubblico o privato) per l'attuazione del proprio programma assiologico fa leva sulla fiducia, riposta nel funzionario chiamato ad esercitare il potere discrezionale: sarebbe il grado di fiducia che ripone nei funzionari o nei giudici a spingere il legislatore a disciplinare una determinata materia in maniera più o meno vaga, utilizzando principi o regole; e di conseguenza, disciplinare in un modo o in altro una materia sottintendendo una fiducia maggiore o minore del legislatore nei confronti dei "funzionari" (in senso lato)⁵. Si tratta di un ruolo della fiducia diverso dal precedente: non come ragione per osservare le norme giuridiche, ma come ragione della struttura semantica e sintattica delle norme vigenti in un dato ordinamento.

La fiducia come spiegazione dell'effettività delle norme giuridiche si fonda sulla reciprocità: se tutti i consociati non si fidassero dell'altrui osservanza degli impegni, non sarebbero inclini ad osservare i propri, perché prevarrebbe il timore di rimanere sorpresi dall'altrui inadempimento; se manca la reciprocità

2 Cfr., in questo senso, senza pretesa di completezza e con accenti diversi tra loro, F. RICCOBONO, *Fiducia, fede, diritto*, in *Parolechiave*, 2009, 2, 134; E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, 2009, 8; N. LUHMANN, *La fiducia* (1968), trad. it. a cura di R. DE GIORGI, Bologna, 2002, 54.

3 M. MARZANO, *Avere fiducia*, Milano, 2012, 91.

4 T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma – Bari, 2021, 39 ss.

5 T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 114 ss.

della fiducia e, tuttavia, i consociati rispettano gli impegni, allora la fiducia è una spiegazione quantomeno insufficiente dell'effettività delle norme giuridiche. La fiducia come spiegazione della struttura delle norme giuridiche (o, se si vuole, come spiegazione della concessione della discrezionalità) è, invece, unilaterale: è la fiducia riposta dall'ordinamento nei propri agenti, indipendentemente dal se questi ripongono fiducia nell'ordinamento.

(B) La fiducia non solo è una possibile spiegazione dell'effettività delle norme giuridiche e della loro struttura, ma è anche un prodotto del diritto, apprezzabile in due dimensioni.

In primo luogo, le norme giuridiche producono in ciascun consociato la ragionevole aspettativa che gli altri consociati le rispettino: producono la fiducia che gli altri terranno o non terranno determinate condotte⁶. Non si tratta, si badi, della fiducia come motore delle condotte conformi al diritto (alternativo al timore delle sanzioni), ma di una conseguenza dell'efficacia (e dell'effettività) della norma giuridica: rispetto ad una norma vigente, ciascuno si attende che gli altri la rispettino, indipendentemente dalla ragione per cui la rispettino. È una fiducia "orizzontale", prodotta dal diritto nelle relazioni tra i consociati: ciascuno può ragionevolmente fidarsi che l'altro rispetti le norme giuridiche. La fiducia orizzontale è l'aspettativa nell'altrui onestà, lealtà o correttezza.

In secondo luogo, il diritto produce la ragionevole aspettativa in ciascun consociato che le norme siano stabili nel tempo e che vengano effettivamente attuate dal potere esecutivo (quando la norma richiede un'intermediazione del potere amministrativo per la produzione degli effetti giuridici) e comunque garantite dal potere giudiziario. È una fiducia "verticale", nelle relazioni tra i cittadini e gli organi che amministrano la sovranità: ciascun cittadino può ragionevolmente fidarsi che le decisioni pubbliche che lo riguardano siano stabili nel

⁶ Cfr. N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981, trad. it. a cura di R. DE GIORGI, M. SILBERNAGL, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, 1990; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 1961, trad. it. a cura di 1961, trad. it. a cura di M. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, 161.

tempo ed effettive o, se si vuole, che le norme prodotte da quelle decisioni siano stabili ed effettive.

La fiducia “orizzontale” è caratterizzata dalla reciprocità: nelle relazioni tra consociati, ciascuno ripone fiducia nel comportamento altrui e viceversa (un contraente ripone fiducia nell'esecuzione dell'obbligo da parte dell'altro contraente e viceversa; ad un incrocio, un'automobilista ripone fiducia nel rispetto del divieto di svolta a sinistra imposto all'automobilista che viene in senso opposto e così fa l'altro automobilista ed entrambi ripongono fiducia nel rispetto del semaforo rosso da parte dei pedoni). La fiducia “verticale” è invece priva di reciprocità: la fiducia verticale è riposta dai cittadini nell'operato dei decisori pubblici (legislatore, amministrazione, giudici), senza che possa darsi l'inverso: solo il cittadino può aspettarsi la stabilità delle decisioni pubbliche.

Queste due dimensioni della fiducia prodotta dall'ordinamento condividono, però, due caratteri. Da un lato, si intrecciano con qualche significato di certezza del diritto. La fiducia orizzontale e quella verticale si intersecano con la certezza del diritto in senso oggettivo (la prevedibilità delle condotte e delle decisioni) e con la certezza del diritto in senso soggettivo (la sicurezza dei rapporti giuridici)⁷: la soddisfazione della fiducia orizzontale provoca prevedibilità delle condotte, la soddisfazione della fiducia verticale provoca prevedibilità delle decisioni e sicurezza dei rapporti giuridici. Dall'altro lato, fiducia orizzontale e verticale sono entrambe “aspettative” che possono risultare insoddisfatte o tradite; perciò, avanzano la candidatura alla loro protezione da parte dell'ordinamento.

(C) In questo modo, emerge che non solo la fiducia può essere il fondamento dell'effettività e della struttura delle norme giuridiche, nonché un prodotto delle norme giuridiche, ma può esserne anche l'oggetto: il diritto proteg-

⁷ Su questa distinzione, cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv. – sez. cin.*, Torino, 1988, 275 ss., nonché, se si vuole, F. FOLLIERI, *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione della giurisprudenza al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, 325 ss.

ge (*recte*, può proteggere) la fiducia. E lo fa secondo le stesse dimensioni di fiducia che produce.

Così facendo, la fiducia transita dal piano teorico, filosofico e sociologico in quello della dogmatica giuridica, cioè della riflessione giuridica che si occupa del diritto vigente: ci si occupa di quando, come e in che misura un determinato ordinamento vigente protegge la fiducia che le sue norme producono.

Tenendoci ancora lontani dal diritto amministrativo, nel nostro diritto vigente vi sono garanzie primarie e secondarie⁸ della fiducia orizzontale: ovviamente pretese⁹ relative a condotte specifiche, ma anche pretese a che in via più generale (e forse generica) i consociati con cui veniamo in qualche maniera in “contatto” tengano condotte comunque oneste, corrette e leali (nelle modalità di esecuzione delle condotte obbligatorie, nell’interpretazione dei contratti e dei negozi giuridici, nelle trattative etc.). E in entrambi i casi vi sono rimedi all’insoddisfazione di quelle pretese (o, se si vuole, all’inadempimento dei correlativi obblighi).

Nel nostro ordinamento, poi, sono ormai accolte garanzie primarie e secondarie della fiducia verticale rispetto alla legislazione: la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale italiana hanno riconosciuto a determinate condizioni una pretesa alla stabilità delle norme giuridiche, ad esempio contro le norme retroattive o contro le norme che modificano la disciplina di rapporti di durata (c.d. retroattività impropria) e una garanzia secondaria di invalidazione della norma che viola tale pretesa¹⁰.

8 Secondo la distinzione di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, I ed., 2001, 11, ossia (semplificando) protezioni di diritto sostanziale (primarie) e in giudizio (secondarie).

9 In senso hohfeldiano, cioè permessi ad esigere l’adempimento di un obbligo - o il rispetto di un divieto - imposto ad altri: W. N. HOHFELD, *Some Fundamental Judicial Conceptions as applied in Legal Reasoning. I*, già in *Yale Law Journal*, 1913, 16, ora in *Hohfeld’s Contribution to the Science of Law*, a cura di W.W. COOK, New Haven, 1923, trad. it. a cura di M.G. LOSANO, *Alcuni concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziario*, in *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969, 17 ss.

10 Per la ricostruzione di questa giurisprudenza, si veda G. MANNUCCI, *L’affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, 58 ss.

Che si tratti di dimensioni della fiducia, ma di dimensioni della fiducia da tenere distinte, emerge anche sul piano semantico. A proposito della garanzia della fiducia orizzontale, la dogmatica civilistica e il legislatore parlano di “buona fede” (in senso oggettivo, quando ne si fa oggetto di un obbligo altrui e di una correlativa pretesa). La dogmatica pubblicistica (e talvolta il legislatore) discorrono della fiducia verticale in termini di “affidamento”. La comune radice di “fiducia”, “buona fede” e “affidamento” è evidente. Tuttavia, mentre la buona fede si apre alla possibilità (anche semantica) della reciprocità, l’“affidamento” è semanticamente unilaterale: riporre affidamento significa “dare in consegna”, “dare in cura” i propri interessi all’autorità.

3. L’art. 2 del d.lgs. n. 36/2023 e le dimensioni della “fiducia”. L’assenza di normatività dell’art. 2, co. 1 e 2

L’art. 2 del d.lgs. n. 36/2023 è una disposizione ambigua¹¹: il co. 1 individua la “reciproca fiducia” tra amministrazione e operatori economici come fondamento della “attribuzione e [dell’] esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici”, il co. 2 la indica come strumento di promozione della “iniziativa e dell’autonomia decisionale dei funzionari pubblici” e il co. 4 ne fa uno scopo della copertura assicurativa apprestata dalle stazioni appaltanti ai funzionari e della formazione dei medesimi; il co. 3, invece, definisce la colpa grave dell’illecito erariale dei funzionari pubblici in relazione all’attività soggetta al Codice dei contratti pubblici, senza neanche citare la fiducia.

In questa congerie di disposizioni, è arduo individuare in quale senso il legislatore abbia inteso la “fiducia”. La relazione di accompagnamento al Codice, per quanto rechi esclusivamente l’intenzione del legislatore storico¹², fornì-

11 L.R. PERFETTI, *Articolo 2*, in *ID.* (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2023, 14 s., che parla anche di norma «pericolosa».

12 E quindi non sia un argomento decisivo ai fini dell’interpretazione della disposizione. Infatti, che il significato di una disposizione sia quanto voluto dal legislatore è un orientamento tipico del positivismo “autoritario”: la legge è ciò che vuole il legislatore. In questo senso, ad esempio, M.S. GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione*, Milano, 1939, 63 ss.

Il dogma della volontà, però, non regge dinanzi alla realtà di un legislatore collegiale, la cui volontà (psicologica) è la somma delle volontà di ciascun componente del collegio. Ed è molto

sce una chiara indicazione sulle ascendenze della disposizione: «ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone. Ciò *presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere. Ogni conferimento di potere* (specie se di natura discrezionale) *presuppone, infatti, la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione*: esplicitare a livello normativo questo *presupposto culturale e giuridico* promuove il senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale»¹³. E tale impostazione è vista come «un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul “sospetto”) per l'azione dei pubblici funzionari»¹⁴.

probabile che i componenti del collegio abbiano volontà difformi l'uno dall'altro e che intendano produrre norme diverse con la disposizione approvata – cfr. W. TWINING - D. MEIERS, *How To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation*, London, 1982, II ed., trad. it. a cura di C. GARBINO, *Come fare cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Milano, 1990, 377 ss., nonché 423 ss.; R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008, 39. Sempre che l'intenzionalismo, combinandosi con la dottrina dinamica dell'interpretazione, non presenti la volontà delle autorità normative come volontà mutevole nel tempo al cambiamento delle condizioni sociali, con un evidente mascheramento di ben altra teoria/dottrina dell'interpretazione dietro l'intenzionalismo: cfr. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 43 s. Manca, poi, qualsivoglia elemento propriamente volontaristico o psicologico nella formazione della legge (E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 163 ss.). Sul versante semiotico, infine, il significato non coincide con l'intenzione del parlante: la capacità comunicativa del linguaggio è delimitata da convenzioni (regole costitutive) che prescindono dall'intenzione del parlante J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, trad. it. a cura di G. R. CARDONA, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, 1976, rist. 2000, pp. 73 e ss. Ad es., se si pronuncia “Io vorrei andare al mare”, per intendere “Io vorrei andare in montagna”, l'intenzione del parlante non trova riscontro nella capacità comunicativa dell'enunciato proferito.

13 Così la *Relazione agli articoli e agli allegati* allo schema definitivo dell'attuale Codice dei contratti pubblici, del 7 novembre 2022, 15, enfasi aggiunta.

14 Ancora la *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., 14.

In sostanza, il “principio” di fiducia del Codice dei contratti pubblici del 2023 è l'esternazione del perché il legislatore ha deciso di concedere margini di decisione ai funzionari: individua, cioè, la fiducia dell'ordinamento nei confronti dei funzionari, quale «presupposto culturale e giuridico» dell'attribuzione del potere – per usare le parole della relazione di accompagnamento. È una dichiarazione di intenti del legislatore, quasi un tentativo di rinsaldare un patto tra legislatore e amministrazione, allo scopo di alleggerire i funzionari il timore di soffrire conseguenze personali nell'esercizio della propria attività (la c.d. paura della firma). Da qui, cioè dalla fiducia esternata dal legislatore ai funzionari, la valorizzazione dell'iniziativa dei funzionari (co. 2), la delimitazione della colpa grave dell'illecito erariale¹⁵ (co. 3), la “promessa” di formazione e copertura assicurativa (co. 4).

Così inteso l'art. 2, sancire la fiducia è del tutto influente. Al di là della delimitazione della colpa grave e della previsione della copertura assicurativa e della formazione dei funzionari (che sono regole che disciplinano la responsabilità erariale e l'organizzazione degli uffici), la fiducia di cui ai co. 1 e 2 dell'art. 2 non è una norma, né come principio, né come regola. La ragione dell'attribuzione del potere discrezionale, infatti, che venga ricostruita come bilanciamento da parte del legislatore tra principio di buon andamento e di legalità dell'attività, o come incapacità del legislatore di prevedere con precisione gli avvenimenti futuri o di gestire le vicende particolari¹⁶, o ancora in termini di concessione di fiducia del legislatore ai funzionari, non modifica né la configurazione e il regime del potere discrezionale, né la responsabilità dei funzionari nell'esercizio di quel potere, né la sindacabilità delle decisioni discrezionali (ed i relativi

¹⁵ Che, comunque, per le condotte commissive (ma non omissive) consumatesi dal 17 luglio 2020 fino al 31 dicembre 2024 (e salve ulteriori proroghe) rimarrà punibile solo per dolo, in base all'art. 21, co. 2, d.l. n. 76/2020, su cui la Corte costituzionale ha pure rigettato la questione di legittimità costituzionale con la sentenza n. 132 del 16 luglio 2024.

¹⁶ Come si fa più tradizionalmente: cfr. per tutti, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 397 s.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, IV ed., 2013, 70 ss.

limiti)¹⁷. Del resto, quella ragione è più una questione di teoria o sociologia del diritto, a seconda della prospettiva che si voglia privilegiare (se quella di descrizione del dover essere degli ordinamenti o dell'essere di un determinato ordinamento). E, in quanto tale, la sua positivizzazione è del tutto influente, perché non è una prescrizione, ma una descrizione o al più una rassicurazione, del legislatore nei confronti dei funzionari pubblici. In altre parole, l'art. 2, co. 1 e 2, del Codice dei contratti pubblici del 2023 non contengono neanche una norma.

4. Il “paradigma fiduciario” come alfiere del paternalismo amministrativo

Quanto sin qui esposto sarebbe sufficiente a “sgonfiare” la portata della fiducia nel Codice dei contratti pubblici. Tuttavia, l'art. 2 del Codice non si limita ad evocare il “paradigma fiduciario”¹⁸ come ragione dell'attribuzione della discrezionalità. Il co. 1 dell'art. 2 del Codice individua la ragione di quell'attribuzione nella «reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici». Al di là di un malcelato buonismo, questa parte dell'art. 2, co. 1, del Codice smentisce il fondamento culturale cui fa eco, innescando un'ibridazione particolarmente pericolosa.

Come si è detto, infatti, sia sul piano teorico sia sul piano dogmatico si devono tenere distinte la fiducia reciproca e quella non reciproca: la prima è ragione dell'effettività della norma giuridica (alternativa o concorrente al timore della sanzione o al desiderio dell'incentivo), aspettativa a che gli altri tengano condotte conformi al diritto e, sul piano dogmatico, buona fede in senso oggettivo; la seconda è ragione dell'attribuzione del potere discrezionale (alternativa o concorrente all'incapacità del legislatore di prevedere tutto o al bilancia-

¹⁷ Del resto, espressamente fatta salva sia dall'impostazione teorica che vede la fiducia alla base della delega della decisione ai funzionari (T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., 140 s.), sia dalla *Relazione*, cit., 15 (ove si legge che «non si tratta [...] di incidere sull'intensità del sindacato giurisdizionale»).

¹⁸ Come lo chiama T. GRECO, *La legge della fiducia*, *passim*.

mento tra buon andamento e legalità), aspettativa nella stabilità delle decisioni pubbliche e, sul piano dogmatico, affidamento. Sicché la dimensione della fiducia che giustifica l'attribuzione di potere discrezionale è quella tra legislatore e amministratori, priva di reciprocità. Al più, se si vuole, gli amministratori possono entrare in questa relazione fiduciaria nel senso che l'attribuzione di un potere discrezionale è giustificata anche dalla fiducia che gli amministratori ripongono nell'amministrazione o negli amministratori cui quel potere è conferito dal legislatore. Tuttavia, l'attribuzione del potere discrezionale non può essere giustificata dalla reciprocità di quella fiducia, ossia dal fatto che anche gli amministratori confidano «nell'azione legittima, trasparente e corretta» dei destinatari del potere (per parafrasare l'art. 2, co. 1, del Codice).

Questo grave errore concettuale, tuttavia, non può essere sottovalutato, perché sottintende un lento, quanto pericoloso slittamento delle responsabilità e delle garanzie dell'amministrazione a carico del cittadino, sul piano dogmatico e non solo teorico. Slittamento che si rintraccia in tutti i campi del diritto amministrativo.

Fino a tempi molto recenti, infatti, nel rapporto tra amministrazione e cittadino la fiducia è stata considerata solo in termini verticali, come affidamento del cittadino nell'attività dell'amministrazione, principalmente nella stabilità di un certo assetto di interessi prodotto dal provvedimento¹⁹. Sulla scorta di questa impostazione, infatti, la dottrina²⁰ e la giurisprudenza (poi seguite dal legislatore) hanno ricostruito i limiti all'esercizio del potere di riesame dei provvedimenti già adottati: la revoca impone all'amministrazione di indennizzare chi ritrae un beneficio dal provvedimento revocato; l'annullamento d'ufficio può essere disposto solo tenendo conto dell'interesse dei destinatari e dei controinteressati, cioè dell'assetto degli interessi prodotto dal provvedimento da annullare.

¹⁹ Per una compiuta esposizione di questa posizione (con anche giustificazioni assiologiche), M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321 ss., part. 356 ss.

²⁰ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

lare, ed entro un termine ragionevole (non superiore a 12 mesi se il provvedimento da annullare attribuisce vantaggi al destinatario – un provvedimento ampliativo)²¹. Espressione di tale modo di intendere la fiducia possono essere considerate anche altre norme molto recenti, come la decadenza dal potere in caso di silenzio assenso (art. 2, co. 8 bis, l.n. 241/1990).

Più di recente, invece, anche grazie alla compiuta “giuridificazione” del procedimento amministrativo (culminata nella legge n. 241/1990), è emersa pure la fiducia orizzontale: l'amministrazione è tenuta ad una serie di obblighi di condotta (cui si fanno corrispondere pretese in senso stretto, almeno sul piano procedimentale) e viceversa; e nell'ambito di tale relazione (quasi-)paritetica tra cittadino e amministrazione si innesta l'aspettativa reciproca alla correttezza e alla buona fede, oggi sancita all'art. 1, co. 2 bis, l.n. 241/1990²².

Queste due dimensioni sono, però, spesso confuse.

Esemplare è l'approccio del Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 19, 20 e 21 del 2021. L'Adunanza plenaria era chiamata a pronunciarsi sull'affidamento tradito, riposto nel provvedimento dal destinatario di un provvedimento favorevole, poi annullato in via giurisdizionale su iniziativa del controinteressato (ad es., il permesso di costruire annullato su domanda del vicino) e, in particolare, se rientrasse nella giurisdizione del g.a. la domanda di risarcimento del danno derivato al beneficiario del provvedimento annullato e, aspetto qui più interessante, su quando tale tutela risarcitoria potesse essere accordata. In queste sentenze, affermata la giurisdizione del g.a., l'Adunanza plenaria pone una serie di limiti molto stringenti alla risarcibilità dell'affidamento tradito, tanto da sancire questo principio di diritto: “la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto un ragionevo-

21 Cfr. l'esposizione che di questa tesi fanno F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss., part. §2; nonché G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, 19 ss. (ancorché entrambe le autrici poi propendano per una diversa ricostruzione dell'affidamento tutelabile, come si vedrà).

22 Su questa disposizione, si veda il dibattito ospitato in questa Rivista, fascicolo 2/2022.

le convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento”²³.

L'Adunanza plenaria matura questo convincimento sulla base della considerazione che “la tutela dell'affidamento si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere ma anche la posizione del privato, con la conseguenza che tale tutela postula che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità ottenuta sia sorretta da circostanze che obiettivamente la giustificano”. In altre parole, la tutela dell'affidamento (fiducia verticale) si fonda sulla buona fede nei rapporti tra cittadino e amministrazione (fiducia orizzontale). E poiché quest'ultima è reciproca, grava sul cittadino non solo l'obbligo di partecipare al procedimento in maniera corretta (ad es., senza dichiarare il falso all'amministrazione), ma anche l'onere di valutare la legittimità del provvedimento favorevole rilasciato dall'amministrazione, per ammettere che quel provvedimento possa radicare un affidamento protetto dall'ordinamento. In sostanza, la reciprocità viene evocata non solo nel rapporto procedimentale, ma anche in relazione al provvedimento, cioè all'esercizio del potere amministrativo, unilaterale per eccellenza.

Questo capovolgimento della prospettiva arriva al punto che, secondo una parte della dottrina²⁴, l'affidamento non sarebbe tutelato di per sé, come fiducia nella stabilità del provvedimento, ma solo se legittimo, ossia solo se il provvedimento in cui si ripone fiducia è legittimo. Tale posizione si fonda principalmente sul seguente argomento. L'affidamento è una prospettiva della buona fede, dunque trova tutela nel rapporto giuridico tra amministrazione e cittadino, tra potere e interesse legittimo. In questo rapporto, il cittadino trova soddisfazione del suo interesse materiale solo se ricorrono le condizioni di validità per l'esercizio del

23 Il che (incidentalmente) equivale ad escludere la risarcibilità del danno da affidamento riposto su un provvedimento favorevole annullato in giudizio (giacché il ricorso, se non è notificato al destinatario del provvedimento, è inammissibile e dunque non può condurre all'annullamento del provvedimento).

24 F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit.; G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit.

potere, cioè solo se il provvedimento necessario per soddisfare quell'interesse è legittimo. Sicché, anche l'affidamento può essere tutelato solo in questo caso, quale profilo dell'interesse legittimo. Ogni volta che il privato riponga il proprio affidamento in un provvedimento illegittimo, l'interesse alla conservazione di quel provvedimento è un interesse giuridicamente irrilevante – tanto da non dover neanche entrare nel bilanciamento che l'amministrazione deve condurre per l'annullamento d'ufficio²⁵.

25 Questi ragionamenti si sommano, poi, ad argomenti connessi alla legalità, sintetizzabili nella massima che la legalità dell'azione amministrativa non può trovare limitazioni in esigenze di stabilità di assetti di interessi diversi da quelli ammessi dall'ordinamento.

Su questo ordine di idee si fondano anche altri approdi della giurisprudenza.

Ad es., come si è detto, l'art. 21 *nonies* della l.n. 241/1990, prevede che l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti favorevoli per il destinatario debba intervenire entro un termine ragionevole non superiore a 12 mesi e che tale termine possa essere derogato solo qualora vi sia una condanna penale, passata in giudicato, che abbia accertato la falsità delle dichiarazioni rese dal privato. Secondo la giurisprudenza (per tutti, Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017 n. 8), il termine può essere derogato ogni volta che il privato abbia reso una dichiarazione "non conforme alla realtà preesistente" – deroga che trova un limite (anch'esso tutto giurisprudenziale) nel fatto che la p.a. deve intervenire entro un termine di 12 mesi dalla conoscenza di questa dichiarazione non conforme. Ancora, fatica a trovare spazio in giurisprudenza il pieno riconoscimento della formazione del silenzio-assenso per il mero decorso del termine di conclusione del procedimento (nonostante siano rari casi in cui questo istituto trova applicazione nel nostro ordinamento): una parte della giurisprudenza (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. III, 2 luglio 2024 n. 4074), nonostante i plurimi indici testuali presenti nell'art. 2, nell'art. 20 e nell'art. 21 della l.n. 241/1990, continua a sostenere che il silenzio assenso si formi non per effetto del mero decorso del termine, ma solo se vi siano pure i presupposti per il rilascio del provvedimento favorevole (c.d. concezione sostanziale del silenzio-assenso) – ossia solo se gli effetti prodotti dal silenzio siano legittimi. E, di conseguenza, questa parte della giurisprudenza continua ad ammettere il semplice diniego tardivo in questi casi.

In entrambi i casi, queste conclusioni si fondano (più o meno esplicitamente) sulla premessa che l'unico affidamento tutelato nel nostro ordinamento è quello legittimo.

Quest'impostazione, tuttavia, si espone ad una serie di obiezioni, oltre quelle relative alla distorsione del ruolo della fiducia e della buona fede su cui si tornerà nel testo.

In primo luogo, che la legalità dell'azione amministrativa non possa essere in taluni casi accantonata per esigenze di stabilità è un argomento facilmente smentito da molteplici istituti del diritto amministrativo, primo fra tutti l'inoppugnabilità.

D'altro canto, tali prospettive "legaliste" e fondate sulla buona fede non tengono conto del diritto positivo. L'art. 21 *nonies* della l.n. 241/1990 espressamente impone all'amministrazione di tener conto dell'interesse dei destinatari e dei controinteressati e vieta di adottare i provvedimenti oltre un termine ragionevole dalla loro adozione. Tali norme presuppongono che l'affidamento tutelato dal legislatore sia quello nella mera stabilità degli effetti del provvedimento, indipendentemente dalla legittimità di questo: se il provvedimento è illegittimo, visto che può meritare l'annullamento d'ufficio, l'interesse del destinatario e del controinteressato e il loro consolidamento per effetto del tempo trascorso che il legislatore impone di considerare sono evidentemente interessi alla stabilità dell'efficacia del provvedimento. In altre parole, come in molti altri settori dell'ordinamento, anche nell'art. 21 *nonies* l.n. 241/1990 il legislatore ha apprestato tutela alla c.d. apparenza, anche se

Il culmine di questa tendenza è l'art. 2, co. 1, del Codice dei contratti pubblici: sancisce che attribuzione ed esercizio del potere si fondano (anche) sulla fiducia reciproca. Dall'ibridazione tra dimensioni diverse della fiducia sul piano dogmatico si passa all'ibridazione sul piano teorico. Con inevitabili ed immediate ulteriori e circolari ricadute sul piano dogmatico: come quella di ritenere che il concorrente debba segnalare alla stazione appaltante le omissioni della *lex specialis* che, tramite l'eterointegrazione da parte di altre fonti, possano tenere nascoste cause di esclusione di altri concorrenti, pena la non spendibilità (sembrerebbe) di tali argomenti in giudizio²⁶; come l'art. 5 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui “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 tutela dell'affidamento”²⁷.

La penetrazione del modello della fiducia reciproca ed orizzontale non tiene però conto che la distinzione tra buona fede e affidamento, tra fiducia orizzontale e verticale, dipende dalla struttura dei rapporti in cui il diritto produce e protegge la fiducia: la reciprocità della buona fede è inconciliabile con l'unilateralità del potere. L'unica eccezione a questa radicale prospettiva può aversi laddove il cittadino si sostituisca (anche solo parzialmente) all'amministrazione – come nella SCIA – o fino a che l'amministrazione non abbia esercitato il potere. Ma quando l'amministrazione conserva integralmente la responsabilità dell'attività istruttoria e dell'esercizio del potere, anche solo per la verifica delle dichiarazioni rese dal cittadino nel corso del procedimento, la buona fede non può trovare posto per valutare la posizione del cittadino in relazione al provvedimento già adottato.

Valorizzare la reciprocità degli obblighi invece dell'unilateralità della responsabilità dell'amministrazione implica una de-responsabilizzazione

antigiuridica. Lo stesso può dirsi per la decadenza del potere per effetto del silenzio-assenso.

²⁶ TAR Marche, Sez. I, 12 ottobre 2024 n. 799.

²⁷ Su questa disposizione, si veda L.R. PERFETTI, Articolo 5, in ID. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., 33 ss., che rileva la grande confusione della giurisprudenza in materia di “applicazione” della buona fede nei rapporti con l'amministrazione (34 ss.).

dell'amministrazione e correlativamente una responsabilizzazione del privato. È un atteggiamento paternalistico nei confronti dell'amministrazione, che travalica spesso anche i casi in cui discute di affidamenti traditi²⁸.

Tuttavia, questo atteggiamento sovverte la posizione ordinamentale della p.a.: è come se l'amministrazione non fosse l'unica autrice del provvedimento, come se il potere amministrativo non fosse unilaterale, come se l'amministrazione non fosse gravata da obblighi/doveri/oneri istruttori indipendenti dalla rappresentazione del privato o dall'obbligo di concludere il procedimento entro il termine. Come se l'amministrazione condividesse con il privato la responsabilità dell'esercizio del potere, come se l'amministrazione fosse la parte debole del rapporto, tanto da dover meritare che il cittadino venga gravato da obblighi "di protezione" a favore dell'amministrazione – da un dovere di buona fede non solo nell'adempimento degli obblighi procedurali, ma anche in relazione al provvedimento.

Così facendo, tuttavia, si permette all'amministrazione di violare impunemente le norme che regolano il potere amministrativo, finanche le più banali (come l'obbligo di concludere tempestivamente il procedimento), si legittimano gravi disfunzioni ed inefficienze dell'amministrazione pubblica e si sovvertono il principio di legalità e lo Stato di diritto. Alla prova dei fatti, cioè, l'idea della fiducia reciproca si traduce in un paternalismo ammantato di falso legalismo. E mina in radice il rapporto di fiducia tra cittadino e amministrazione, intesa sia in senso sociologico (come riconoscimento dell'amministrazione) sia in senso politico (come legittimazione dell'amministrazione). Esso è, infatti, fondato sull'affidabilità dell'amministrazione come operatore razionale e rispettoso dell'ordinamento.

²⁸ Si pensi, a mero titolo d'esempio, alla giurisprudenza sul risarcimento dei danni da ritardo, laddove onera il danneggiato a provare la colpa dell'amministrazione nella violazione del termine, richiedendogli di non aver tenuto un atteggiamento a sua volta inerte (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. VII, 11 dicembre 2023 n.10664).