

Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria¹.

Sommario: 1. Premessa. 2. Il ruolo dei principi. 3. Il dilemma della distinzione tra principi e regole. 4. I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici in quanto norme fondamentali. 5. Classificazioni dei principi. 6. I principi nella interpretazione del diritto. 7. L'uso dei principi nella integrazione del diritto. 8. Il "peso" dei principi del Codice dei contratti pubblici.

1. Premessa

Sentiamo usare il sostantivo "principio" con una certa frequenza. Si dice di una teoria che essa è fondata su saldi principi, più o meno tutti abbiamo sentito parlare dei tre principi della dinamica (le leggi di Newton), spesso sentiamo parlare di principi morali.

Nel campo del diritto, di frequente, si dice che una certa conclusione deriva dall'applicazione di un principio. Nella migliore delle ipotesi si dice quale principio ma non si dice come l'applicazione di quel principio possa fondare una determinata decisione.

Il ricorso ai principi è uno strumento pressoché routinario nell'argomentazione giuridica. Che il diritto possa contenere principi e che il giurista possa fare ricorso a principi in determinate circostanze (ad esempio in presenza di lacune nel diritto), sono affermazioni pacifiche nella cultura giuridica moderna, e recepite in molte codificazioni dell'Ottocento e del Novecento².

Oggi si fa sempre più ricorso ai principi per sostenere una tesi, per fondare una decisione, **per giustificare la prevalenza di una regola sull'altra.**

La crisi della legge come strumento di formulazione di regole stabili è sotto gli occhi di tutti.

Dalla tutela e disciplina di interessi quanto più possibile generali, si è passati a una vera e propria polverizzazione con un legislatore che ormai si prodiga in interventi di tipo sempre più settoriale e particolaristico.

La tendenza del regolatore a "regolare tutto" porta il giurista a cercare di orientarsi utilizzando i principi (generali e costituzionali) per ricomporre l'unità assiologica e la coerenza del sistema.

¹ Dedico questo saggio, scritto in occasione del **Corso di formazione per Magistrati amministrativi "I contratti pubblici", al mio Maestro Riccardo Guastini.**

² G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in "Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 2009, pp. 131-158.

E' storia ormai vecchia, tanto vecchia da essere già preconizzata da Natalino Irti che, nel suo celebre “*L'età della decodificazione*” descriveva la polverizzazione della legislazione civilistica, che ha messo in crisi la centralità stessa del codice.

Ecco perché oggi, più che mai, serve orientarsi con i principi laddove le regole sono diventate talmente tante da far perdere la bussola al migliore dei naviganti. **Ed ecco perché il nuovo Codice dei contratti pubblici si apre con i principi.**

2. Il ruolo dei principi.

Generalmente si dice “principio” ogni norma che presenti congiuntamente due caratteristiche:

- 1) **per un verso, abbia carattere fondamentale;**
- 2) per un altro verso, sia affetta da una peculiare forma di indeterminatezza.

Ma il concetto di principio è assai controverso in letteratura³.

Sfortunatamente, l'indeterminatezza non è un carattere sufficiente a distinguere i principi dalle altre norme.

La prima ragione è che, nel linguaggio corrente dei giuristi, l'uso del vocabolo “principio” ha una evidente componente assiologica, che il concetto di indeterminatezza non cattura in alcun modo⁴.

La realtà è che utilizzando questo vocabolo i giuristi si riferiscono ora a norme costituzionali, ora a norme di fonte primaria (di diritto civile, penale, amministrativo, tributario, commerciale, ecc.) che essi considerano in qualche senso “**fondamentali**”, vale a dire dotate di una importanza speciale. E quale importanza speciale può avere in una ipotetica scala di valori una norma rispetto ad un'altra se non, appunto, la sua componente assiologica?

L'idea, insomma, è che le norme giuridiche non siano tutte sullo stesso piano: alcune norme esprimono i valori etico-politici che caratterizzano la fisionomia dell'ordinamento, e in questo senso sono “sovraordinate” (assiologicamente sovraordinate) alle rimanenti.

La seconda ragione è che l'indeterminatezza, la vaghezza semantica, soprattutto nella legislazione di oggi, è un carattere proprio di ogni norma giuridica, dal momento che ogni norma è necessariamente formulata per mezzo di “termini generali classificatori” (predicati in senso logico, ossia termini che si riferiscono a classi)⁵.

³ La letteratura sui principi è vastissima. Segnalo solo alcune opere che per una mia personale visione hanno un interesse speciale: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, II ed., London, 1978; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993; G.B. RATTI, *Norme, principi e logica*, Roma, 2009, cap. III; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. III., R. GUASTINI *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, cap. V.

⁴ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.

⁵ Per un approfondimento del tema si rinvia a R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014.

Abbiamo quindi raggiunto un primo importantissimo risultato. Quello, intanto, di dire la verità e cioè che è una pura illusione l'idea (peraltro diffusamente sostenuta) che solo i principi siano indeterminati, e che invece le “regole” abbiano un contenuto chiaro e preciso, suscettibile di essere identificato per via d'interpretazione.

Semplicemente non è vero.

3. Il dilemma della distinzione tra principi e regole.

Sulla distinzione tra principi e regole si fronteggiano, in sostanza, due teorie⁶.

Da una parte vi sono i sostenitori della c.d. **distinzione forte** tra regole e principi. In base a questa teoria si dà una differenza categoriale: si tratta di cose diverse per il modo in cui vengono ad esistenza, o per il modo in cui funzionano in sede applicativa.

Dall'altra vi sono i sostenitori della c.d. **distinzione debole** tra regole e principi. In base a questa teoria la distinzione tra i due tipi di norme è, diciamo così, solo quantitativa, o di grado. Ciò che caratterizza i principi è il fatto di possedere in misura maggiore o minore certe proprietà o certe caratteristiche, le quali proprietà o caratteristiche sono però possedute (rispettivamente in misura minore o maggiore) anche dalle regole. La versione più radicale della concezione debole arriva a sostenere che, in sostanza, regole e principi sono la stessa cosa (così L. Ferrajoli⁷).

4. I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici in quanto norme fondamentali.

La prima, ed essenziale, caratteristica dei principi riguarda la loro “posizione” nell'ordinamento giuridico o in un suo sottosettore (un sottoinsieme di norme, come ad esempio il diritto costituzionale, il diritto civile, il diritto penale, il diritto amministrativo, o, ancora, il diritto dei contratti, il diritto elettorale, il diritto della locazione di immobili urbani ad uso abitativo, ecc.).

Ogni complesso di norme — accomunate da uno stesso oggetto di disciplina — presuppone e sottintende dei valori, delle scelte politiche caratterizzanti, delle idee di giustizia: per esempio, l'eguaglianza tra i cittadini, la pace tra le nazioni, la certezza del diritto, la libertà contrattuale (o autonomia privata), la tutela di chi agisce in buona fede, e così via esemplificando.

⁶ G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, cit. pagg. 3 e seguenti.

⁷ Alla teoria della distinzione forte, Ferrajoli oppone l'idea che tra regole e principi si dia unicamente una differenza stilistica, nella formulazione delle rispettive disposizioni: i principi sono norme formulate “*con riferimento al loro rispetto anziché, come le regole, alla loro violazione e alla loro conseguente applicazione*” (FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3, 2771 ss.)

Ebbene, dato un qualsivoglia complesso di norme (che può anche coincidere con l'intero ordinamento), si considerano principi quelle norme che incorporano tali valori, sentimenti di giustizia, decisioni politiche.

Facciamo alcuni esempi. Il principio di tutela della buona fede fonda e giustifica, tra le altre, le disposizioni sull'errore quale causa di annullamento del contratto (art. 1428 cod. civ.), le disposizioni sugli effetti della simulazione rispetto ai terzi ed ai creditori (artt. 1415 e 1416 cod. civ.), le disposizioni che limitano la opponibilità a terzi della modificazione o revoca della procura (art. 1396 cod. civ.). Il principio di divisione dei poteri giustifica l'attribuzione al Parlamento della funzione legislativa (art. 70 cost.) e alla magistratura della funzione giurisdizionale (art. 102, comma 1, Cost.). Il principio di conservazione degli atti negoziali viziati fonda e giustifica le disposizioni sulla conservazione del contratto (art. 1367 cod. civ.), sulla nullità parziale del contratto (art. 1419 cod. civ.), sulla conversione del contratto nullo (art. 1424 cod. civ.), sulla annullabilità e sulla risoluzione del contratto plurilaterale (art. 1446 e 1459 cod. civ.).

I principi sono insomma norme “fondamentali” nel senso che danno fondamento e/o giustificazione assiologica (etico-politica) ad altre norme: solitamente, ogni principio costituisce fondamento assiologico di una molteplicità di altre norme.

In altre parole, i principi sono norme che, agli occhi di chi parla, rivestono una speciale “importanza”, ovvero appaiono come norme “caratterizzanti” dell'ordinamento **o di una sua parte, essenziali alla sua identità o fisionomia assiologica**⁸.

Esattamente questo è il ruolo del Titolo I, Parte I del nuovo Codice dei contratti.

Le discussioni in ordine alla struttura logica degli artt. da 1 a 12 del Codice sono tanto legittime (di tutto si può discutere) quanto stucchevoli. La critica che spesso si sente è che questi articoli conterrebbero principi ma anche regole e che quindi la loro posizione all'interno del Codice sarebbe discutibile. Si tratta di un dibattito ben poco utile. Lo spiego venendo alla seconda caratteristica che tradizionalmente si pensa di poter individuare nei principi oltre al loro essere fondamentali.

Non si tratta della loro posizione nel sistema giuridico, ma del loro contenuto. Si tratta della loro **struttura logica**.

Un principio sarebbe, molto semplicemente, una norma “indeterminata”.

Ma in realtà, qualunque norma giuridica è indeterminata, vaga (lo ricorda magistralmente anche PINO nel già citato “*I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*”). I sostenitori della distinzione “forte” tra regole e principi basano la loro idea sull'assunto che esistano determinate caratteristiche costantemente esibite dai principi tra i quali un notevole grado di generalità, vaghezza, indeterminatezza (sarebbero norme con fattispecie

⁸ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit.

“apertissima”, o addirittura “norme senza fattispecie). Le teorie della distinzione forte, nelle versioni più radicali arrivano a negare che i principi siano norme giuridiche⁹.

Il Codice dei contratti pubblici, com'è evidente, non è stato pensato in questo modo dato che vi sono ottime ragioni per ritenere che tutti i tentativi di tracciare una distinzione netta, qualitativa, tra regole e principi siano falliti¹⁰.

C'è un particolare che, a ben vedere, caratterizza tutti i principi: la loro “forza espansiva”.

Già, i principi chiedono di essere applicati nella misura maggiore possibile. Questo è il disegno del Codice dei contratti, in cui l'individuazione di disposizioni di principio ha l'effetto di richiedere normalmente l'interpretazione estensiva e di non tollerare l'interpretazione restrittiva di quelle stesse disposizioni.

Il diritto, nella crescente confusione moderna, è affollato di norme con antecedente aperto e/o defettibili e/o generiche, **che tuttavia sono comunemente considerate regole, non principi.** Anche se, in realtà, è ben raro che non si riesca a distinguere un principio da una regola. Può talvolta capitare che occorra fare la “prova del nove”. La più semplice delle prove.

Vedere, in quale parte dell'ordinamento sta quella norma, la sua posizione.

Può capitare, talvolta, che la sola peculiarità di un principio rispetto alle regole sia la sua posizione nell'ordinamento: il suo carattere fondamentale, la sua capacità di giustificare altre norme che, a loro volta, possono essere regole, ma anche principi di rango inferiore¹¹.

Nel Codice i principi sono individuati proprio in questo modo, cioè dalla loro posizione.

Si badi, l'identificazione di una norma come regola o come principio dipende dall'interpretazione.

Un esempio molto chiaro, in tal senso, è offerto da una disposizione come l'art. 3, comma 1, della Costituzione, il quale stabilisce che tutti i cittadini sono eguali di fronte alla legge senza distinzioni di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali.

Nulla impedisce di interpretare questa disposizione come una regola (a rigore, si tratta non già di una sola regola, ma di sette regole distinte, a fattispecie chiusa e indefettibile), con la conseguenza di ritenere senz'altro incostituzionale qualunque legge che distingua tra i cittadini sulla base dell'uno o dell'altro di questi criteri (sesso, razza, ecc.), e di ritenere non incostituzionale ogni legge che distingua sulla base di criteri diversi da quelli enumerati.

Tuttavia, secondo l'interpretazione della Corte costituzionale (a partire dagli anni sessanta, ad es. Corte cost. 15/1960), questa disposizione esprime non già una regola, bensì un principio

⁹ BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, (teoria generale e dogmatica), Milano, 1971.

¹⁰ G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, cit.

¹¹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit.

con antecedente aperto e defettibile. Quindi: da un lato, una legge può essere incostituzionale sebbene distingua tra i cittadini per ragioni diverse da quelle espressamente enumerate, ad esempio l'età (antecedente aperto); dall'altro, una legge può essere non incostituzionale pur distinguendo tra i cittadini per una delle ragioni espressamente enumerate, ad esempio il sesso (defettibilità, eccezione implicita).

Vero è che la clausola "condizioni personali" è onnicomprensiva, e consente di ritenere che la norma abbia antecedente aperto anche alla luce della semplice interpretazione letterale. Ma non vi sono basi testuali per ritenere che la norma sia anche defettibile: le eccezioni implicite (tali per cui, ad esempio, in certe circostanze una distinzione sulla base del sesso può, malgrado tutto, essere costituzionalmente giustificata) dipendono interamente da giudizi di valore degli interpreti.

La verità (e qui sta il bello) è che qualunque disposizione può essere convertita in una norma con antecedente aperto e/o defettibile mediante opportuni accorgimenti interpretativi.

La tecnica appropriata per rendere aperto l'antecedente di una norma è, ovviamente, l'analogia, che consiste nell'estendere la conseguenza giuridica a fattispecie diverse e ulteriori rispetto a quelle (letteralmente) previste, sulla base di un giudizio di somiglianza.

La tecnica appropriata per rendere defettibile una norma (per introdurre in essa eccezioni implicite) è la dissociazione, che consiste molto semplicemente nell'introdurre, nella classe di fattispecie (letteralmente) considerate nell'antecedente, delle distinzioni "nuove", non prese in considerazione dall'autorità normativa, così da restringere il campo di applicazione della relativa conseguenza giuridica¹².

5. Classificazioni dei principi.

I principi costituiscono una categoria eterogenea sotto diversi profili.

Si possono classificare? Con qualche difficoltà possiamo provarci.

In primo luogo, occorre distinguere tra i principi costituzionali, comunemente detti "fondamentali", e quelli di rango semplicemente legislativo, detti "principi generali".

L'importanza della distinzione è ovvia: nell'ordinamento vigente, i principi costituzionali, essendo la costituzione rigida, e perciò sovraordinata alla legge, sono assolutamente vincolanti per il legislatore (un esempio classico è il principio di irretroattività in materia penale: art. 25, comma 2, Cost.); mentre i principi legislativi possono essere, dalla legge

¹² R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit.

stessa, derogati o abrogati (si veda il caso del principio di irretroattività fuori della materia penale: art. 11, comma 1, disp. prel. cod. civ.).

In secondo luogo, occorre distinguere tra i principi “generali”, che abbracciano l'intero ordinamento; i principi che riguardano solo un suo specifico settore (ad esempio, il diritto amministrativo, il diritto tributario, il processo penale, il processo civile, etc.); i principi propri di una singola “materia” (come quelli previsti dall'art. 117, comma 3, Cost., quali limiti alla potestà legislativa concorrente delle regioni); e infine i principi che giustificano un insieme ridotto di norme (ad esempio, una data legge) o addirittura una singola norma: ogni principio di questo tipo è ciò che si usa chiamare “*ratio legis*”.

Si legge spesso nelle sentenze che una norma ha una determinata *ratio*.

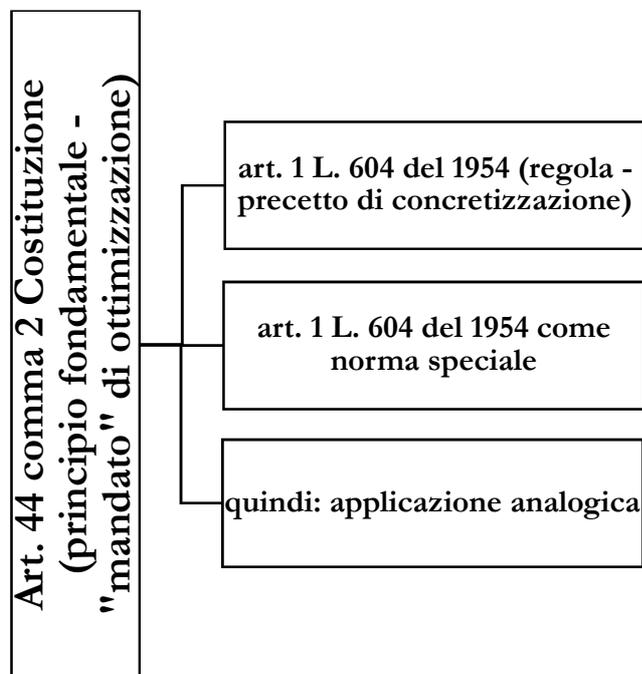
Per esempio, la Cassazione ha affermato che “l'elenco degli atti per i quali operano i benefici fiscali per la piccola proprietà contadina, previsto dall'art. 1 della l. n. 604 del 1954, non ha carattere tassativo - come si desume anche dalla *ratio legis*, ravvisabile nell'intento del legislatore di favorire gli "*atti posti in essere per la formazione o per l'arrotondamento della piccola proprietà contadina*" - ed è, quindi, compito dell'interprete sopperire all'incompletezza dell'elenco. Ne deriva che, in via di interpretazione **costituzionalmente orientata**, deve ritenersi applicabile l'agevolazione fiscale in esame all'acquisto per usucapione, giudizialmente accertata (nella specie, ai sensi dell'art. 1159-*bis* c.c.), di un fondo rustico” (Cassazione civile sez. VI, 26 novembre, 2019, n. 30817).

Ho riportato non a caso un esempio in una materia ai più sconosciuta (a me sicuramente). L'ho fatto per provare a capire come si ragiona di fronte a materie che non si conoscono bene.

Qui la Cassazione ha articolato un ragionamento con questi passaggi logici:

- 1) qual è la *ratio* dell'art. 1 della L. 604 del 1954?
- 2) è sicuramente quella di incoraggiare la formazione di una piccola proprietà in zone disagiate quali le zone montane dirette alla coltivazione del terreno;
- 3) le norme agevolative hanno necessariamente natura eccezionale?
- 4) la risposta è no: esse possono avere natura semplicemente speciale e come tali sono suscettibili di applicazione in via analogica quando siano dirette, secondo un corollario del principio di uguaglianza, a trattare - come nel caso di specie situazioni diverse in maniera adeguatamente diversa in conformità ad una previsione di rilevanza costituzionale;
- 5) quale è il principio qui applicato?
- 6) è quello contenuto nell'art. 44 Cost., comma 2, in virtù del quale la legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane.

Il percorso è quindi:



Andiamo avanti.

Tra i principi settoriali — quelli cioè che caratterizzano un settore particolare dell’ordinamento: il diritto civile, il diritto amministrativo, il diritto processuale, il diritto penale, il diritto del lavoro, ecc. — ve ne sono alcuni di rango costituzionale, altri di rango legislativo. Ad esempio: in diritto amministrativo, ha rango costituzionale il principio di buon andamento e imparzialità dell’amministrazione (art. 97 Cost.); in diritto processuale, ha rango costituzionale il principio del “giudice naturale” (art. 25, comma 1, cost.), mentre ha rango legislativo il principio “dispositivo” (che si ricava dagli artt. 2907, comma 1, e 2697 cod. civ., dagli artt. 99 ss. cod. proc. civ., ecc.).

In terzo luogo, occorre distinguere tra i principi **espresi** e **quelli inespressi**.

Principi espresi sono quelli che sono esplicitamente formulati in una apposita disposizione normativa (costituzionale o legislativa), dalla quale possono essere ricavati (come qualsiasi altra norma) mediante interpretazione.

Principi inespressi — **frutto di costruzione giuridica** — sono quelli privi di disposizione, ossia non esplicitamente formulati in alcuna disposizione normativa, ma elaborati o “costruiti” dagli interpreti. Ovvio che gli interpreti, allorché formulano un principio

inespresso, non si atteggiavano a legislatori, ma assumono che tale principio sia implicito, latente, nel discorso delle fonti. I principi inespressi, tuttavia, **sono frutto non propriamente di interpretazione ma di costruzione giuridica, ossia di integrazione del diritto ad opera degli interpreti**. Essi sono desunti dagli operatori giuridici: ora da singole regole, ora da insiemi più o meno vasti di regole, talvolta dall'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Ad esempio: in diritto civile, sono espressi il principio dell'autonomia privata (art. 1322 cod. civ.), il principio "neminem laedere" (art. 2043 cod. civ.), il principio di libertà delle forme negoziali (art. 1325 cod. civ.).

Sono anche principi espressi nell'ordinamento vigente: il principio di eguaglianza (art. 3, comma 1, cost.); il principio di irretroattività della legge penale (art. 25, comma 2, Cost.); il principio cosiddetto di stretta interpretazione della legge penale (art. 1 cod. pen. e art. 14 disp. prel. cod. civ.); il principio di legalità nella giurisdizione (art. 101 Cost.); e così avanti. Per contro, sono principi inespressi: il principio di conservazione degli atti negoziali viziati, il principio di conservazione dei documenti normativi, il principio di divisione dei poteri, i cosiddetti principi dell'ordine pubblico.

E' interessante notare che, nell'ambito dei principi espressi, ve ne sono alcuni che sono esplicitamente qualificati come "principi" dalla stessa autorità normativa che li ha formulati. L'esempio più ovvio è costituito dagli articoli da 1 a 11 della Costituzione, che per l'appunto si auto-denominano "Principi fondamentali". Ma gli esempi si possono agevolmente moltiplicare: l'art. 1 della legge 833/1978 ("Istituzione del servizio sanitario nazionale") porta in rubrica "I principi". E così fa, per esempio, il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" che al Titolo I, detta i suoi "principi generali". Così faceva il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 "Codice dei contratti pubblici" che al titolo I dettava i "principi generali e disposizioni comuni" e così avanti. Gli artt. 29 e 30¹³ del "vecchio

¹³ **Art. 29. (Principi in materia di trasparenza)**

1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente.

2. Tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9. L'ANAC garantisce, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53 e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'articolo 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'articolo 73. Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

3. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano collaborano con gli organi dello Stato alla tutela della trasparenza e della legalità nel settore dei contratti pubblici. In particolare, operano in ambito territoriale a supporto delle stazioni appaltanti nell'attuazione del presente codice e nel monitoraggio delle fasi di programmazione, affidamento ed esecuzione dei contratti anche attraverso la messa a disposizione di piattaforme telematiche interoperabili con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici per la gestione di tutte le fasi della vita dei contratti pubblici secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9.

4. Le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare le piattaforme telematiche di cui al comma 2, aderenti alle regole di cui all'articolo 44.

4-bis. L'interscambio dei dati e degli atti tra la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC, il sistema di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, e le piattaforme telematiche ad essa interconnesse avviene, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni, in conformità alle Linee guida AgID in materia di interoperabilità. L'insieme dei dati e delle informazioni condivisi costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti. Per le opere pubbliche si applica quanto previsto dall'articolo 8, comma 2, del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229.

Art. 30. (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni)

1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi.

3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X.

4. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

5. In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 105, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile.

5-bis. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo

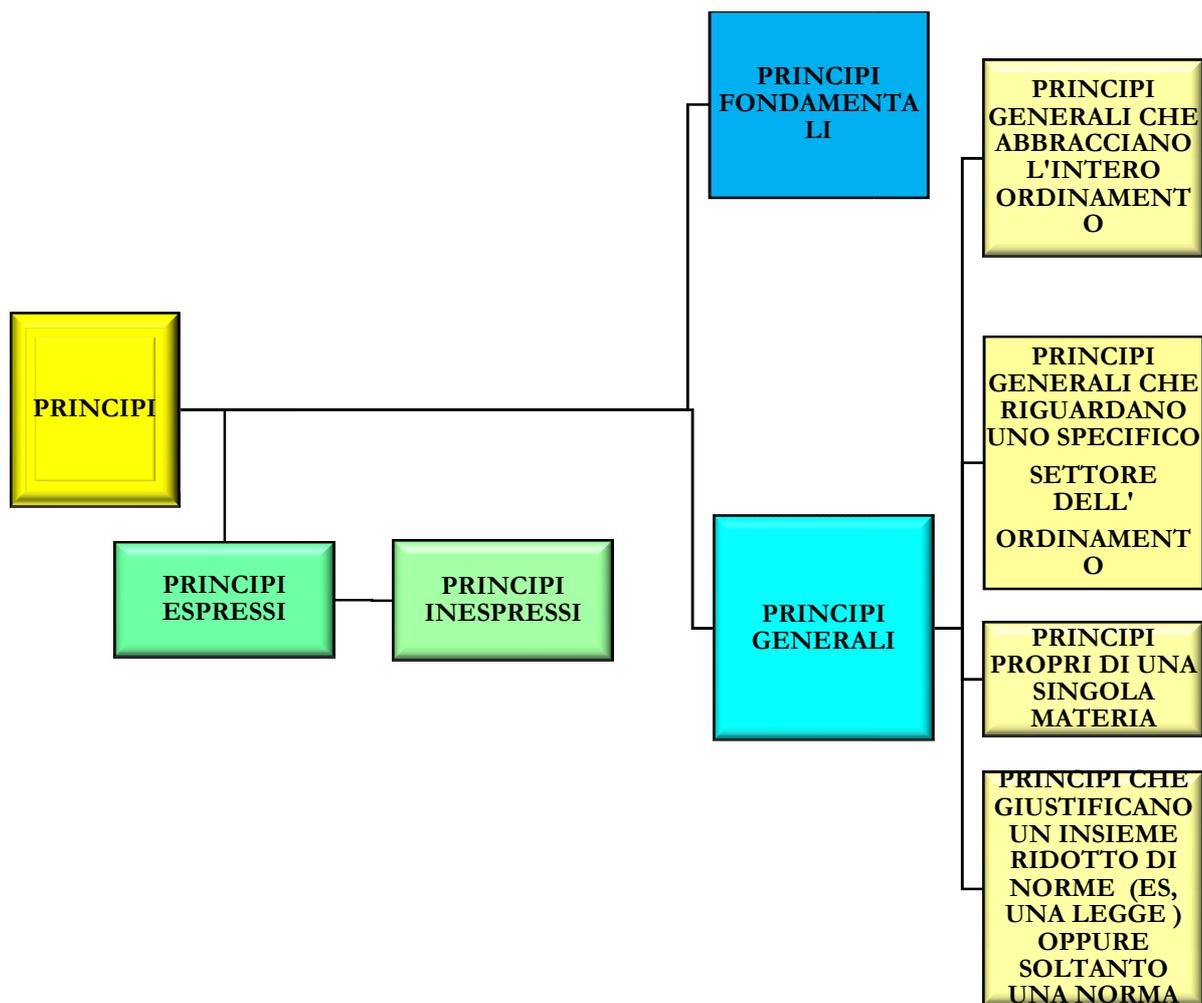
codice dei contratti non erano norme con antecedente chiuso? E non erano definite principi dallo stesso legislatore anche in quel caso? Gli artt. da 1 a 9 del d.lgs. **30 marzo 2001, n. 165, “Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”** non contengono norme con antecedente chiuso? E non sono definite principi dallo stesso legislatore anche in quel caso?

l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

6. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al comma 5, il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105.

7. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese.

8. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile. *(comma così modificato dall'art. 8, comma 5, lettera 0a), della legge n. 120 del 2020)*



6. I principi nella interpretazione del diritto.

I principi — soprattutto i principi espressi e, tra questi, specie quelli di rango costituzionale — sono impiegati in genere per giustificare una interpretazione “adeguatrice”, così da ottenere un ordinamento tendenzialmente armonioso¹⁴.

Supponiamo che una disposizione ammetta due confliggenti interpretazioni, N1 e N2, tali che N1 sia conforme ad un principio e N2 sia in contrasto con esso. Ebbene, si fa interpretazione adeguatrice interpretando la disposizione in questione nel senso N1 e respingendo il senso N2, adducendo precisamente l’argomento che N2 è incompatibile con il principio.

Proviamo ad analizzare un esempio concreto in cui si applicano questi insegnamenti.

Il caso interessante, tra i tanti possibili da esaminare, è quello dell’art. **21 nonies comma 1 L. 241 del 1990** che così recitava all’epoca della decisione che di seguito vedremo:

¹⁴ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit.

“1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo”.

La domanda è: il limite temporale dei diciotto mesi si applica sempre e comunque? Qui si potevano dare due interpretazioni tra loro nettamente confliggenti.

Ed ecco che il Consiglio di Stato ha optato per una interpretazione “adeguatrice” che ha consentito di ottenere un ordinamento tendenzialmente armonioso affermando che:

“In base ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 21-nonies, comma 1, l. 241/1990, deve ritenersi che il limite temporale dei 18 mesi, introdotto nel 2015, in ossequio al principio del legittimo affidamento, trova applicazione solo se il comportamento della parte interessata, nel corso del procedimento o successivamente all'adozione dell'atto, non abbia indotto in errore l'amministrazione distortendo la realtà fattuale oppure determinando una non veritiera percezione della realtà o della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge e se grazie a tale comportamento l'amministrazione si sia erroneamente determinata (a suo tempo) a rilasciare il provvedimento favorevole. Nel caso contrario, non potendo l'ordinamento tollerare lo sviamento del pubblico interesse imputabile alla prospettazione della parte interessata, non può trovare applicazione il limite temporale di 18 mesi oltre il quale è impedita la rimozione dell'atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2021 n. 2207).

Come ha ragionato il Giudice?

Ha proposto una lettura in armonia con la Costituzione dell'art. 21-nonies, comma 1, L. 241/1990, tenuto conto della portata degli artt. 3 e 97 Cost.

Questa lettura ha condotto ad affermare che:

- a) il termine massimo di 18 mesi assegnato dal legislatore all'amministrazione per ritirare dal mondo giuridico, con effetto retroattivo, il provvedimento di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici è stato introdotto al fine di garantire il rispetto del principio del legittimo affidamento che trova il suo fondamento, nell'ordinamento unionale, nei principi del Trattato dell'unione europea e, in quello nazionale, nei principi dell'art. 97 Cost. nonché nelle disposizioni recate dall'art. 1, comma 1, l. 241/1990;
- b) sotto il versante del diritto eurounitario (nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia UE), il principio di tutela del legittimo affidamento impone che una situazione di vantaggio, assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non possa essere successivamente rimossa, salvo che non sia strettamente

necessario per l'interesse pubblico (e fermo in ogni caso l'indennizzo della posizione acquisita);

c) nello stesso tempo però, affinché un affidamento sia legittimo è necessario un requisito oggettivo, che coincide con la necessità che il vantaggio sia chiaramente attribuito da un atto all'uopo rivolto e che sia decorso un arco temporale tale da ingenerare l'aspettativa del suo consolidamento e un requisito soggettivo, che coincide con la buona fede non colposa del destinatario del vantaggio (l'affidamento non è quindi legittimo ove chi lo invoca versi in una situazione di dolo o colpa);

d) sulla spinta dei principi unionali il nostro legislatore ha dunque introdotto un limite massimo per l'adozione di atto di ritiro di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sempre che costui sia parte passiva e incolpevole nella provocazione della patologia che, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 1, l. 241/1990, affligge l'atto da ritirarsi, sicché la responsabilità nella adozione dell'atto illegittimo deve totalmente ascriversi all'amministrazione;

e) diverso è il caso in cui il profilo patologico che affligge l'atto e che ne impone, al ricorrere dei presupposti, la rimozione, sia ascrivibile al comportamento mantenuto dalla parte che ha ottenuto l'adozione in suo favore dell'atto autorizzatorio ovvero di attribuzione di vantaggi economici;

f) ancora una volta, in considerazione dell'art. 97 Cost e dell'art. 3 Cost., quest'ultimo con riferimento agli altri soggetti che pur potendo aspirare al rilascio del provvedimento ampliativo della sfera giuridica dell'interessato hanno dovuto accettare che il provvedimento favorevole fosse assegnato ad altri, l'ordinamento non può tollerare che il vantaggio sia conseguito attraverso un comportamento non corretto che abbia indotto in errore l'amministrazione precedente, sviando in modo decisivo la valutazione dei presupposti fissati dalla legge ai fini del rilascio del provvedimento attributivo di quel vantaggio, pregiudicando (anche solo potenzialmente) le aspirazioni di altri.

Tiriamo le fila del discorso.

In generale, in sede di interpretazione, argomentare per principi consiste nel fare appello ad una norma (espressa o inespressa), di cui si assume la "superiorità" — secondo i casi: materiale o meramente assiologica — rispetto alla disposizione da interpretare, onde adeguare a quella il significato di questa. **E trattare una norma come principio significa appunto assumerne la superiorità—quanto meno la superiorità assiologica — rispetto ad un'altra.**

Ad esempio, adottando questa tecnica argomentativa, una disposizione che possa essere intesa sia come retroattiva, sia come irretroattiva, sarà preferibilmente intesa nel secondo

senso, in accordo con il principio generale espresso di irretroattività (art. 11 disp. prel. cod. civ.).

I principi, in definitiva, contribuiscono alla coerentizzazione del sistema in tre modi diversi¹⁵:

- 1) in quanto *rationes legis*, offrono una giustificazione unitaria di un insieme di norme di dettaglio o di principi più specifici;**
- b) in quanto rendono defettibili le norme che contrastano il principio;**
- c) in quanto richiedono l'interpretazione conforme al principio (essendo le norme di principio gerarchicamente sovraordinate, in senso assiologico, alle norme di dettaglio).**

Proviamo a vedere un altro esempio di interpretazione conforme ai principi costituzionali (o, come è in voga dire oggi, "costituzionalmente orientata"):

Cassazione civile sez. I, 11 novembre 2020, n. 25310

In tema di visto per ricongiungimento familiare, l'interpretazione **costituzionalmente orientata dell'art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998, anche alla luce dell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e dell'art. 24 della Carta di Nizza, impone di non escludere che la norma possa essere estesa anche ai minori affidati mediante "kafalah" di tipo negoziale, dovendosi comunque valutare la rispondenza del provvedimento al preminente interesse del minore, atteso che quella convenzionale, pur non equiparabile alla "kafalah" di natura pubblicistica, mira pur sempre a far godere al minore maggiori opportunità di crescita e migliori condizioni di vita, salvaguardando il rapporto con i genitori.** (Nella specie la S. C. ha cassato il provvedimento della corte d'appello - che aveva confermato l'annullamento del diniego del visto per ricongiungimento familiare, richiesto da un cittadino straniero in favore del fratello minore, a lui affidato dalla madre mediante atto notarile - poiché, ritenendo erroneamente non pertinente l'istituto islamico della "kafalah", si era limitata ad equiparare il caso in esame all'ipotesi di cui all'art. 9, comma 4, l. n. 184 del 1983, ritenendolo quindi non in contrasto con l'ordinamento nazionale, senza avere accertato la ragione pratico-giuridica dello specifico affidamento e la sua compatibilità con l'ordinamento di provenienza e senza avere valutato se esso fosse, alla luce della concreta situazione personale e familiare del minore, coerente con il suo superiore interesse).

7. L'uso dei principi nella integrazione del diritto.

¹⁵ G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, cit.

L'art. 12, comma 2, disp. prel. cod. civ. dispone: “*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*”.

Le controversie che non possono essere decise con una “precisa disposizione”, ossia con una norma espressa, configurano altrettante lacune del diritto (in qualche senso del vocabolo “lacuna” su cui non apriamo il fronte per economia del presente lavoro). I principi, dunque, sono qui richiamati quali strumenti di integrazione del diritto in presenza di lacune: ad essi il giudice è obbligato a fare ricorso dopo avere inutilmente esperito l'argomento analogico.

Facciamo attenzione. Anche l'applicazione analogica di una norma (lo abbiamo già visto quando abbiamo riportato il caso deciso dalla Cassazione con sentenza 26 novembre, 2019, n. 30817) suppone la ricerca di un principio: precisamente, di quel principio che costituisce la ragione, il fine, il motivo (la *ratio*, come suol dirsi) della norma in questione. Pertanto, si può dire che, quando il diritto presenta una lacuna, l'interprete è obbligato dall'art. 12, comma 2, disp. prel. cod. civ. a colmarla facendo ricorso: o ad un principio “particolare” che stia a fondamento di una norma specifica (cosiddetta *ratio legis*) o, in mancanza, ad un principio “generale”, che stia a fondamento di un intero complesso di norme. Nell'un caso, si suol dire, la lacuna è colmata mediante analogia *legis*; nell'altro, essa è colmata mediante analogia *juris*.

In seno al ragionamento giudiziale si possono distinguere due “livelli” di giustificazione o argomentazione.

La letteratura, in quest'ambito è monumentale. Oltre all'opera cui mi ispiro maggiormente e dichiaratamente (*Interpretare e argomentare* di RICCARDO GUASTINI), si possono leggere, tra le tante, almeno le opere più significative. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, spec. cap. V; J. WRÓBLEWSKI, “*Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*” (1974), in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*. I, Torino, 1987; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, Madrid, 1991; P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica*, Torino, 1992, p. 195 ss..

Dicevo, due livelli di giustificazione.

Il livello inferiore — detto “**giustificazione interna**” — è un puro ragionamento deduttivo, mediante il quale il giudice applica una regola: “L'omicidio deve essere punito con la reclusione. Il tale ha commesso omicidio. Pertanto il tale deve essere recluso”. La regola applicata (nell'esempio “L'omicidio deve essere punito con la reclusione”) costituisce premessa normativa di questo ragionamento.

Il livello superiore — detto “**giustificazione esterna**” — è l’insieme dei ragionamenti — più meno persuasivi, **ma solitamente non deduttivi** mediante i quali il giudice giustifica le premesse della giustificazione interna, ivi inclusa la premessa normativa.

Ora, normalmente, la premessa normativa del ragionamento decisorio è una regola espressa, che costituisce il significato (uno dei possibili significati) di una disposizione. Ma, ovviamente, in presenza di una lacuna, tale premessa non può essere una regola espressa: se vi fosse una regola espressa applicabile alla fattispecie concreta, non vi sarebbe lacuna. La premessa normativa della giustificazione interna del ragionamento può solo essere una regola inespressa. **E questa può essere — spesso è — ricavata precisamente da un principio (espresso o, a sua volta, inespresso).**

Per esempio, si può sostenere che una norma inespressa N trovi fondamento in un principio P allorché N è logicamente deducibile da P (con l’aggiunta, eventualmente, di opportune premesse). Oppure si può sostenere che una norma inespressa N trovi fondamento in un principio P allorché N è un mezzo per conseguire il fine prescritto da P. Nel primo caso, si dirà che N costituisce “espressione”, “specificazione”, o “applicazione” di P. Nel secondo caso, si dirà che N costituisce “attuazione” di P.

S’intende che, quando il giudice dà applicazione ad un principio inespresso integra il diritto: per un verso, elaborando il principio in questione; per un altro verso, elaborando, a partire da esso, la regola, egualmente inespressa, che fa da premessa normativa della giustificazione interna.

8. Il “peso” dei principi del Codice dei contratti pubblici.

Gli articoli da 1 a 12 del Codice dei contratti pubblici se letti alla luce della distinzione forte tra principi e regole, distinzione che, come mi pare di aver chiarito non mi persuade, contengono sia principi nel senso di norme con antecedente aperto sia regole con antecedente chiuso. L’antecedente, cioè la fattispecie di una norma è chiuso, quando la norma enumera esaustivamente i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica che essa stessa dispone. L’antecedente (la fattispecie) è aperto, allorché la norma non enumera esaustivamente i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica corrispondente. Quindi, seguendo questo ragionamento, l’art. 2 commi 1 e 2¹⁶ del nuovo

¹⁶ **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.

Codice dei contratti pubblici conterrebbe principi mentre l'art. 2 comma 3¹⁷ conterrebbe una regola.

Ma questo ragionamento, mi sia consentito dirlo è vecchio quanto la teoria (o meglio le varie teorie) della distinzione forte tra principi e regole.

Rispetto alla qualificazione di una norma come regola o come principio, è decisivo il modo in cui i giuristi trattano la norma in questione: se la trattano come regola seguiranno alcune operazioni argomentative, se la trattano come principio ne seguiranno altre e diverse operazioni argomentative – e spesso la qualificazione della norma come regola o come principio è funzionale proprio alla possibilità di ricorrere, oppure ad escludere il ricorso, a certe operazioni argomentative.

Ma, come è evidente, il legislatore in questo caso, **ha consapevolmente rigettato la distinzione forte per seguirne una debole o, direi “debolissima” che ha come obiettivo di attribuire importanza o, per dirla alla maniera di Giorgio Pino, “peso” alle norme, anche se il peso è una nozione metaforica, non esistendo un’unità di misura per il peso delle norme.**

Quel che è certo è che gli articoli da 1 a 12 **dovranno avere un “peso” particolare cioè un ruolo particolare in un’argomentazione giuridica:** ruolo che può consistere, ad esempio, nell’uso di quella norma ai fini della decisione di un caso, o nell’influenza che quella norma esercita sull’interpretazione o sull’applicazione di altre norme.

Uno dei fattori per determinare il peso di una norma è relativo alle gerarchie assiologiche accreditate nell’ordinamento. Una caratteristica qualificante dei principi (l’ho già detto) consiste nell’essere norme importanti, espressione di valori etico-politici cui l’ordinamento o la cultura giuridica attribuisce particolare rilevanza – caratteristica che, a contrario, si dovrebbe invece ritenere assente nelle regole. Prevengo prevedibili quanto scontate obiezioni. Molte regole hanno, nell’ordinamento o nella cultura giuridica, notevole importanza: il divieto di omicidio è il più facile esempio di regola di enorme importanza morale. **Allora, sarebbe più corretto dire che l’operazione condotta nel Codice è stata quella di proclamare direttamente l’esistenza di norme aventi un valore particolare, in altre parole, norme cui è stato conferito un potente rilievo assiologico.**

¹⁷ 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 ed informazioni preventive normalmente richieste nell’attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell’agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l’omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Per citare MacCormick, ma soprattutto Jori¹⁸, uno dei più importanti studiosi di analisi del linguaggio, “*i principi [...] evidenziano, o ‘portano scritto in faccia’, il valore o i valori che possono giustificare l’accettazione dei principi stessi*”.

Prendiamo l’art. 2 del Codice dei contratti, il tanto discusso e spesso travisato “principio della fiducia”. Si tratta di un esempio lampante di meta principio cioè uno di quei principi che riguardano, in senso lato, il funzionamento della “macchina del diritto”, per usare una espressione cara al realismo giuridico.¹⁹

Proviamo a fare un esempio pratico.

L’art. 101 del Codice dei contratti innova profondamente l’istituto del soccorso istruttorio. In una recente sentenza della V[^] Sezione del Consiglio di Stato²⁰, si legge una magistrale classificazione dei tipi di soccorso istruttorio previsti dall’attuale Codice: “*In materia di gare di appalto e, in particolare, di soccorso istruttorio, a seguito dell’entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, d.lgs. n. 36 del 2023, e, nello specifico, dell’art. 101, si deve, in ogni caso, puntualizzare, sotto un profilo funzionale, la necessaria distinzione tra:*

*a) **soccorso integrativo o completivo** (comma 1, lettera a) dell’art. 101 d.lgs. n. 36/2023, non difforme dall’art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l’offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell’operatore economico);*

*b) **soccorso sanante** (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall’art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/16), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecoverabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);*

*c) **soccorso istruttorio in senso stretto** (comma 3), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale – abilita la stazione appaltante (o l’ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell’offerta tecnica e/o dell’offerta economica, finalizzati a consentirne l’esatta acquisizione ed a ricercare l’effettiva volontà dell’impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica;*

*d) **soccorso correttivo** (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione*

¹⁸ M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, pp. 301-332.

¹⁹ S. Castignone, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Torino, 1995, pp. 11-219.

²⁰ Consiglio di Stato, Sez. V, 21 agosto 2023 n. 7870.

retroattiva – prescinde dall’iniziativa e dall’impulso della stazione appaltante o dell’ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell’anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica.

Il soccorso correttivo è un esempio lampante di concretizzazione del principio della fiducia. A essere rigorosi, il comma 4 dell’art. 101 avrebbe anche potuto non esserci nel Codice perché uno dei contesti più frequenti di applicazione di un principio è conseguente all’individuazione – per via di abduzione – di un principio come giustificazione di un insieme di altre norme. Una volta individuato, il principio giustificativo retroagisce sulle norme giustificate, richiedendo che esse siano interpretate in maniera conforme al principio stesso, eventualmente rendendole defettibili, integrando alla luce del principio eventuali lacune di disciplina, e così via. **In altre parole, il principio non si limita a fornire una spiegazione del complesso di norme di partenza, ma ne orienta l’interpretazione e l’integrazione.**

Qui abbiamo invece un caso di principio seguito da una regola nella forma “mandato di ottimizzazione” - “precetto di concretizzazione”.

Abbiamo un dubbio sulla portata dell’art. 101 comma 4? Ebbene, nel dubbio va tenuto in debito conto che “*Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*” (Art. 4 dello stesso Codice).

E’ un esempio. Se ne potrebbero fare moltissimi.

Quello che conta ricordare è che “*è sempre considerata giustificata l’interpretazione estensiva di un enunciato che esprime un principio fondamentale*”²¹ e, aggiungerei in questo caso, generale (sempreché, s’intende, il principio generale non collida con un principio fondamentale).

Proviamo a concludere.

La funzione dei principi nel nuovo Codice dei contratti discende da considerazioni su cui bisognerebbe convergere:

- a) che principi e regole sono due tipi di norme;
- b) che sono norme che esibiscono in misura diversa certe caratteristiche;
- c) che la qualificazione di una norma come regola o come principio dipende talora da operazioni interpretative, altre volte dalla stessa qualificazione fatta dalla legge (**come in questo caso**);

²¹ R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all’analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto. le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986.

d) che, una volta qualificata una norma come principio, seguono determinate conseguenze sul piano dell'argomentazione – in altre parole, si faranno certe cose con regole, e certe altre con principi²².

Questo il senso e il ruolo degli articoli da 1 a 12 del Codice dei contratti pubblici.

Gianluca Rovelli
Consigliere di Stato

²² G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, cit. pag. 30.