

DIRITTO E FIDUCIA.
RESOCONTO DI UNA GIORNATA DI STUDI

ANTONIO NICCOLÒ CARCHIVI *

Venerdì 3 maggio 2024 si è tenuto, nell’Aula Magna del Rettorato dell’Università LUM *Giuseppe Degennaro* di Casamassima (Bari), il Convegno dal titolo *Diritto e Fiducia*, organizzato dalla Cattedra di Filosofia del diritto (professor Gianluca Tracuzzi), nell’ambito di un Progetto di ricerca sul medesimo tema finanziato dal Dipartimento di *Scienze Giuridiche e dell’Impresa* e patrocinato dall’Ordine degli Avvocati di Bari e dalla Camera Amministrativa distrettuale barese. L’intento del Convegno è stato quella di indagare – attraverso un approccio tanto teorico, quanto pratico – il principio della fiducia alla luce dell’entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti, che ambisce a valorizzare l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, nella prospettiva di consentire la realizzazione della funzione di leva strategica per la ripresa economica e sociale del Paese.

Dopo i saluti istituzionali, Paolo Savarese – Ordinario di Filosofia del diritto presso l’Università degli Studi di Teramo – ha presieduto e moderato la sessione mattutina.

Il primo a prendere la parola è stato Alessio Lo Giudice, Ordinario di Filosofia del diritto presso l’Università degli Studi di Messina. Secondo Lo Giudice per cogliere le ragioni dell’odierna codificazione del principio della fiducia (art. 2, D.lgs. n. 36/2023) occorre, anzitutto, considerare le molteplici istanze fermentate nel tessuto socioeconomico che, promuovendo il superamento dell’attuale approccio burocratico e legalistico, puntano ad un concreto rilancio del Paese. Il nuovo Codice, non a caso, ha inteso declinare il predetto principio attraverso un orientamento sistemico-funzionale, ampliando i poteri valutativi e la discrezionalità della PA e facendo evolvere, di conseguenza, il principio di presunzione di legittimità dell’azione amministrativa. L’idea di fondo sembra essere, pertanto, quella di forgiare una rinnovata stabilità delle relazioni che, nell’ambito degli appalti, si instaurano tra pubblico e privato. Secondo Lo Giudice, tuttavia, tutto ciò può già rinvenirsi nell’esperienza del giudizio giuridico (penale, civile, amministrativo). Invero, l’affidamento delle parti nei confronti del giudice – e, per certi

* Antonio Niccolò Carchivi, Dottorando di ricerca in Teoria generale del processo, Università Lum - Giuseppe De Gennaro. Email: a.carchivi.phdstudent@lum.it

versi, del giudice nei confronti delle parti – è condizione di tenuta dell'ordinamento giuridico e, più in generale, del legame sociale¹. Si tratta, anche in questo caso, di una fiducia funzionale, che non può fondarsi unicamente sulla competenza tecnica del giudicante. Tale competenza, da sola, non potrebbe determinare la decisione sul caso singolo. Tuttavia, allo stesso modo della nuova disciplina dei contratti pubblici, anche nelle manifestazioni del giudizio giuridico, l'affermazione del principio della fiducia come condizione di stabilizzazione delle relazioni giuridiche dovrà necessariamente misurarsi con il fluire dell'esperienza.

Successivamente è intervenuto Orlando Del Grosso, Dottore di ricerca in Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Teramo, con una relazione avente ad oggetto alcuni profili emergenti legati all'avvento del c.d. *cyberspazio*. Si è soliti intendere il *cyberspazio* – o infosfera – come un «non luogo», in cui avvengono tutte le relazioni permesse dalla rete. La nostra società si è trasformata – direbbe Floridi² – in una «società delle Mangrovie» vivendo, oramai, a cavallo tra due dimensioni: virtuale e reale. Il modo in cui noi pensiamo, ci relazioniamo, produciamo, comunichiamo, scegliamo, ci *fidiamo*, decidiamo, interpretiamo, etc. è stato cambiato, più o meno radicalmente, dall'avvento di internet e dalle nuove tecnologie ad essa collegate. Innegabilmente la rete, con annessa digitalizzazione delle esperienze umane, ha ridotto le distanze, sorpassato le frontiere, abbattuto muri e permesso uno sviluppo più profondo della libertà di informazione, sia attiva che passiva. Tuttavia, l'esponenziale aumento delle complessità ha finito per incidere sulla *quantità* e, soprattutto, la *qualità* delle problematiche a cui il diritto è stato – ed è, ora più di allora – chiamato a far fronte. Tra di esse vi è, appunto, la questione della fiducia e il modo in cui questa è stata «ingegnerizzata» dentro alcuni ambiti della rete. Il contributo di Del Grosso ha puntato a far emergere, in particolare, le possibili criticità in ordine alla libertà personale, che i sistemi reputazionali – dal relatore criticamente definiti «surrogati funzionali della fiducia» – potrebbero generare nel prossimo futuro.

Angelo Pio Buffo, Ricercatore di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Foggia, ha tenuto una relazione sul binomio fiducia-felicità pubblica. Dopo aver definito la prima come l'aspettativa che sorge all'interno di una comunità, ai fini di un comportamento corretto e collaborativo, ed aver desunto che la stessa è necessaria per qualsiasi tipo di aggregato sociale, Buffo ha rivolto lo sguardo al passato, facendo tesoro della lezione dell'illuminismo napoletano. L'analisi è stata condotta, più precisamente, muovendo dal pensiero di Antonio Genovesi e di Gaetano Filangieri, i quali, sia pure da diverse latitudini teoretiche, hanno sottolineato il legame inscindibile che congiunge la fiducia e la pubblica felicità. Invero, per entrambi, l'economia e il diritto – la scienza del commercio e quella della legislazione – devono tendere alla felicità dell'uomo e delle

¹ Per un completo approfondimento sul punto, cfr. A. Lo Giudice 2023.

² Cfr. L. Floridi, 2015.

Nazioni proprio attraverso la promozione delle fondanti logiche fiduciarie. Dalle predette teorie, in cui, peraltro, si rinvergono importanti indicazioni antropologiche, si possono evincere alcune considerazioni: *i)* nell'ambito del mercato, luogo di socialità per eccellenza, è possibile creare dei rapporti di fiducia dai quali può derivare una felicità pubblica; *ii)* i risultati dogmatici del passato devono essere sempre filtrati attraverso gli elementi caratterizzanti del presente, per far sì che essi non diventino mere suggestioni, bensì opzioni plausibili per il miglioramento della società; *iii)* le istituzioni pubbliche, cui è devoluto l'obiettivo di creare le condizioni lavorative sociali ed economiche idonee al raggiungimento della felicità pubblica, devono coltivare la fiducia dal basso e non imporla dall'alto. In definitiva – secondo Buffo – la felicità pubblica, senza fiducia, rischierebbe di degradare nei medesimi schemi virtuali da cui muovono le strutture utopiche.

Si è poi giunti alla relazione di Tommaso Greco, Ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Pisa. Secondo Greco, l'introduzione del principio della fiducia nel nuovo Codice dei contratti pubblici lumeggia i sottovalutati intrecci fra diritto, fiducia e responsabilità. Greco, nell'introdurre il suo discorso, ha qualificato il diritto come *relazione* – e non come mera imposizione dall'alto – che, fondandosi sul riconoscimento dell'altro, sottintende una certa dose di consenso e libera accettazione dei consociati. Tuttavia, nella mentalità comune sembra essersi radicato, per converso, un «paradigma sfiduciario»³. In altre parole, la funzione del diritto – secondo una concezione assai diffusa – sarebbe quella di colmare la *manca* di fiducia negli altri; e la sua stessa osservanza, di conseguenza, sembrerebbe scaturire dal timore di andare incontro a conseguenze sfavorevoli. Un diritto fondato sulle sole regole rischia, però, di tradire la sua stessa «natura». Per tentare di scardinare la teoria esclusivamente coattivistica e, quindi, per promuovere un radicale mutamento di impostazione, va allora riconosciuto che il fenomeno giuridico – come, del resto, hanno dimostrato le recenti regole di contenimento del Covid-19 – si collega alla nostra *volontà* di adempiere alle sue disposizioni e, pertanto, che la nostra ubbidienza (o disubbidienza) non può ricollegarsi unicamente alla minaccia di una sanzione. Greco ha, però, voluto chiarire come un ordinamento fondato su logiche fiduciarie non sia traducibile, anche nella massima estensione applicativa, in una delega in bianco del potere. Da qui sorge l'esigenza, per l'ordinamento giuridico, di istituire un sistema di controlli idoneo a rendere indissolubile – e anche proporzionato – il rapporto fra potere e responsabilità. Solo in tal modo la decisione discrezionale dell'amministrazione procedente potrà essere avvertita come «legittima» dal *quisque de populo*. In definitiva, per affrontare le odierne sfide del mondo tecnologico e globale, la responsabilità dei cittadini e la fiducia su cui si basano le loro relazioni non dovranno più fondarsi – secondo Greco – sulla sola coercizione.

Successivamente ha preso la parola l'organizzatore del Convegno, Gianluca Tracuzzi, Associato di Filosofia del diritto presso la LUM *Giuseppe Degennaro*. L'intervento,

³T. Greco, 2021.

prendendo le mosse da una suggestiva favola di Esopo (*Le amanti*), ha sfiorato le differenze strutturali che sussistono – con uno specifico riguardo ai rapporti tra regole e principi – tra le correnti del giusnaturalismo e quelle giuspositivistiche, per criticarne la medesima matrice ideologica. Invero i predetti approcci, nonostante le evidenti differenze metodologiche, sembrano fondarsi – proprio come il comportamento delle due amanti, di cui narra Esopo – su di una pretesa esclusività. Ciò sembra riproporre l'antica disputa dottrinale sulla c.d. “natura” dei principi generali: da una parte Emilio Betti, secondo cui i principi non possono qualificarsi come norme; e, dall'altra, Vezio Crisafulli che, all'opposto, li considera dei modelli di condotta allo stesso modo delle norme particolari. Leggendo l'art. 2 del nuovo Codice, che tenta – con eccessiva vaghezza, secondo Tracuzzi – di definire il principio della fiducia, sembra emergere un ribaltamento della tesi di Natalino Irti contenuta nel suo celebre volume *Il salvagente della forma*⁴. Oggigiorno il «salvagente» sembra essere, infatti, diventato un principio – quello della fiducia, appunto – dai contorni volutamente non delineati. Attraverso il pensiero metagiuridico di Francesco Carnelutti⁵, Tracuzzi propone, nelle sue conclusioni, un *completamento* (e non una sostituzione) – attraverso i principi – delle regole, che dunque restano sempre necessarie ma, proprio per questo (da *nec esse*, mancanza di essere), mai sufficienti.

Ishvarananda Cucco, Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi del Molise ha, invece, tenuto una relazione con lo scopo di aggiungere al dibattito alcuni profili di matrice antropologico-giuridica. Secondo Cucco, l'indeterminatezza del principio della fiducia impone anche delle considerazioni di matrice sociale, al fine di scongiurare analisi solo apparentemente complete e sistematiche. Il relatore ha incentrato la sua relazione, in particolare, sul pensiero di Marcel Mauss, Marcel Hénaff e Claude Lévi-Strauss. Dalle predette teorie, fondate su interessanti studi aventi ad oggetto pratiche tribali di dono cerimoniale e *opening gift*, è emerso come la fiducia possa configurarsi quale ingrediente universale ed essenziale del legame sociale. Sulla scorta di tali considerazioni, Cucco ha sottolineato l'importanza delle implicazioni filosofico-giuridiche, nonché antropologico-culturali, che, se tralasciate, rischierebbero di produrre un'erronea concezione del principio della fiducia previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici, con effetti negativi, o addirittura opposti, rispetto alla *ratio* legislativa.

A chiusura della prima sessione, sono seguiti gli interventi programmati di alcuni dottorandi di ricerca dell'Università degli Studi di Teramo: Giordana Truscelli ha sottolineato i rapporti tra fiducia, trasparenza e intelligenza artificiale; Paolo D'Erasmus si è occupato di individuare i possibili nuovi *spazi* riservati alla fiducia; e, infine, Riccardo Merli, che ha promosso l'importanza di uno studio gnoseologico del concetto di fiducia.

⁴ N. Irti, 2007.

⁵ F. Carnelutti, 1949.

I lavori sono ripresi nella sessione pomeridiana, presieduta e moderata da Stefano Scoca, Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Teramo, con Hadrian Simonetti, Presidente della V sezione del Consiglio di Stato, il quale, dopo aver proposto un'indagine storico-semantiche del termine «fiducia» all'interno del diritto italiano – attraverso la menzione di molteplici profili come, ad esempio, quelli regolanti, nel diritto costituzionale, i rapporti fra organo esecutivo e legislativo – ha dimostrato l'importanza del concetto ai fini del mantenimento del legame sociale. Subito dopo, col fine di ampliare i punti di riflessione sul tema, si è soffermato sulla teoria proposta da Niklas Luhmann, che distingue tra due possibili società: nella prima, definibile come società compatta, la violazione del vincolo fiduciario è equipollente alla violazione della legge; nella seconda, denominabile come società disaggregata, il perno delle relazioni è invece la legge e, pertanto, la fiducia assume solo valore descrittivo. In tal senso Simonetti ha ricordato come il c.d. *paradigma sfiduciario*, dal quale certa parte della dottrina riconnette la positivizzazione del principio, non sia dovuto a ragioni esogene al diritto amministrativo – come la pandemia, le guerre o la riemersione di poteri e interessi privati, a discapito di quelli pubblici – bensì endogene come, ad esempio, il tentativo di riassetto il peculiare rapporto fra vertice politico e dirigenza nell'area problematica della nomina del dirigente. riconnette la positivizzazione del principio, non sia dovuto a ragioni esogene al diritto amministrativo – come la pandemia, le guerre o la riemersione di poteri e interessi privati, a discapito di quelli pubblici – bensì endogene come, ad esempio, il tentativo di riassetto il peculiare rapporto fra vertice politico e dirigenza nell'area problematica della nomina del dirigente. Simonetti, ripercorrendo le principali tappe dell'evoluzione dottrinale del concetto della fiducia, ha infine posto in luce come la semplificazione amministrativa sia, da sempre, l'area più facilmente penetrabile da logiche fiduciarie (come nel caso, ad esempio, della SCIA).

Aristide Police, Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Luiss *Guido Carli* di Roma, ha analizzato il principio della fiducia in un'ottica di relazione fra le parti e del rapporto fra attività amministrativa e responsabilità. Anzitutto, Police ha evidenziato come, specie nella fase dell'affidamento, il principio della fiducia sembri ricalcare la *fides* del diritto romano. La natura elastica della norma contenente la fiducia, peraltro, sembra voler favorire l'inserimento nell'ordinamento giuridico di un principio di matrice più etica che giuridica. Allo scopo di indagare l'*effettività* del principio in rapporto alla responsabilità dei funzionari, Police ha poi compiuto il seguente ragionamento: rilevato che vi sono delle disposizioni – come quelle dell'art. 2 co. 3 e 4 – enucleanti strumenti giuridici idonei a (ri)attribuire, agli operatori delle PA, il coraggio di decidere, il concetto della responsabilità è sottoposto quantomeno a due considerazioni: *i)* il peso della responsabilità, in capo ai dirigenti e ai funzionari responsabili di procedimenti, si avverte come meno stringente rispetto al passato; *ii)* proprio in forza della predisposizione, da parte del legislatore, di questo sistema ordinamentale, sono previsti degli strumenti di

protezione della responsabilità come, ad esempio, delle adeguate polizze assicurative. In definitiva, il nuovo art. 2 si configura quale perno, insieme al principio del risultato, di un'amministrazione, in materia di contratti pubblici, più efficiente e meno impaurita.

Elena Quadri, Consigliere presso la V sezione del Consiglio di Stato, si è soffermata sul dato positivo e sulla lettura che ne ha offerto il giudice amministrativo. Dalla funzione a cui assolvono i principi positivizzati nel Codice e dalla *ratio* della scelta di prevederli, la Quadri ha inferito che il principio della fiducia si ricollega non solo agli istituti della qualificazione e professionalizzazione delle stazioni appaltanti e al principio del risultato, ma anche a singole disposizioni – gli artt. 98 e 101 – che, sostanzialmente, riflettono la logica enucleata dall'art. 2 del nuovo Codice. Inoltre, per la Quadri, l'incertezza applicativa del principio non attiene né all'interpretazione del contenuto, né tantomeno al bilanciamento di interessi – compiuto dalla stazione appaltante, nello svolgimento dell'*agere* amministrativo e, eventualmente, dal giudice, in sede di sindacato giurisdizionale – riguardando unicamente il momento in cui sprigiona l'efficacia, ovvero se le misure potenzialmente adottabili possano essere impiegate solo per le gare future oppure anche per quella in oggetto. Prima di passare alle conclusioni la Quadri ha, però, voluto evidenziare come sia emerso dalle prime pronunce giurisprudenziali che il principio della fiducia (e anche del risultato) non possa essere valutato singolarmente, ma nel bilanciamento con gli altri principi rilevanti in tema di evidenza pubblica. In conclusione, la Quadri ha esortato sia le stazioni appaltanti che gli operatori economici del mercato dei contratti pubblici, a riscoprire la reale «cultura» della fiducia, ossia quella «*fides*» che, come insegnatoci dal diritto romano, dovrebbe costituire il fondamento di ogni relazione e, dunque, anche delle contrattazioni in materia di commesse pubbliche.

Il Convegno si è concluso con l'intervento di Francesco Follieri, Ordinario di Diritto amministrativo presso la LUM *Giuseppe Degennaro*, che ha tenuto una relazione sull'evoluzione del rapporto fra amministrazione e cittadino. Follieri ha messo in luce come fino a tempi molto recenti tale relazione, in termini fiduciari, sia stata considerata solo verticalmente. Sulla scorta di questa impostazione, la dottrina e la giurisprudenza (poi seguite dal legislatore) hanno ricostruito i limiti all'esercizio del potere di riesame dei provvedimenti già adottati⁶. Più di recente, invece, anche grazie alla compiuta «giuridificazione» del procedimento amministrativo (culminata nella legge n. 241/1990), è emersa pure la fiducia orizzontale. Queste due dimensioni, tuttavia, sono spesso confuse (cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 19, 20 e 21 del 2021). Questo capovolgimento della prospettiva è arrivato al punto che, secondo una parte della dottrina, 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. Inoltre, è stato rilevato come questi ragionamenti si sommino ad

⁶ Ad esempio, la legge nella revoca impone all'amministrazione di indennizzare chi ritrae un beneficio dal provvedimento revocato.

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. Tuttavia questa impostazione, per Follieri, si espone ad una duplice obiezione: *i)* la distinzione tra buona fede e affidamento – l'una orizzontale, l'altro verticale – dipende dalla struttura dei rapporti in cui il diritto produce e protegge la fiducia, appurata l'inconciliabilità fra la reciprocità della buona fede e l'unilateralità del potere. Valorizzare la reciprocità degli obblighi, al posto dell'unilateralità della responsabilità dell'amministrazione, implica una de-responsabilizzazione dell'amministrazione e, di conseguenza, una responsabilizzazione del privato; *ii)* come dimostra l'istituto dell'inoppugnabilità, la legalità dell'azione amministrativa può essere accantonata per esigenze di stabilità. In conclusione, Follieri ha chiarito come la predetta impostazione emerga chiaramente anche nella legislazione recente, ad es. nell'art. 2 del nuovo Codice, laddove proclama la reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione. Alla prova dei fatti, cioè, l'idea della buona fede "legalista" si traduce in un paternalismo ammantato di falso legalismo. E mina in radice la fiducia (intesa in senso sociologico, come riconoscimento, nonché politico, come legittimazione) tra amministrazione e cittadino, basata sull'affidabilità dell'amministrazione come operatore rispettoso dell'ordinamento.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

CARNELUTTI Francesco, 1949, *Chiose al Vangelo di Matteo*. Edizioni dell'Ateneo, Roma.

FLORIDI Luciano, 2015, *The Onlife Manifesto. Being in a Hyperconnected Era*. Springer, Cham.

GRECO Tommaso, 2021, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*. Laterza, Roma-Bari.

IRTI Natalino, 2007, *Il salvagente della forma*. Laterza, Roma-Bari.

LO GIUDICE Alessio, 2023, *Il dramma del giudizio*. Mimesis, Milano.