

LUCA R. PERFETTI
Professore ordinario di diritto amministrativo - UniPegaso
lucaraaffaello.perfetti@unipegaso.it

DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E PRINCIPIO DEL RISULTATO

THE PRINCIPLE OF ACHIEVEMENT OF A BENEFICIAL RESULT AND ADMINISTRATIVE DISCRETION

SINTESI

Il lavoro è dedicato all'indagine della relazione tra discrezionalità amministrativa e ruolo dei principi di legge, nella prospettiva del contratto di cui sia parte un ente pubblico.

Come noto, il nuovo Codice dei Contratti italiano si apre con una serie di principi, posti tra loro in ordine gerarchico.

Sia secondo la letteratura giuridica che secondo le prime decisioni delle corti amministrative, è possibile individuare soluzioni tra loro anche molto distanti del problema. La più diffusa è quella per la quale l'introduzione dei principi ed il (solo parziale) superamento della normazione di estremo dettaglio avrebbero come conseguenza la creazione di margini significativi di discrezionalità amministrativa; discrezionalità amministrativa che sarebbe necessaria in relazione all'attività amministrativa attraverso il contratto, per far sì che questa raggiunga il suo risultato. A mio modo di vedere quest'orientamento ha il torto di ritenere che i principi siano fonte di potere discrezionale e non un suo limite. Un secondo orientamento, più ristretto ma molto autorevole, ha sostenuto che i principi del Codice dei Contratti italiano non abbiano, in realtà, nessun rilievo, perché non sarebbero altro che riassuntivi di altri principi e norme comunque applicabili. Il torto di questo orientamento è quello di trascurare il fatto che l'ordinazione gerarchica dei principi determina un criterio per assumere le decisioni discrezionali e per il loro sindacato da parte del giudice e questo certamente manca ai principi in via generale – sicché la loro composizione e ordina-

zione è un serio problema interpretativo che, invece, nel caso dei contratti pubblici, è risolto dalla legge.

Lo scopo immediato del saggio è, invece, quello di dimostrare che l'ordinazione gerarchica dei principi fissati dal Codice dei Contratti italiano assolve alla funzione di dettare il criterio sia per l'interpretazione delle norme applicabili al caso concreto, sia per la loro applicazione con esercizio di discrezionalità amministrativa; conseguentemente, per un lato (quello dell'esercizio del potere esecutivo) ne deriva una profonda limitazione degli spazi di discrezionalità e, per altro lato (quello del sindacato giurisdizionale), un criterio per sindacare in modo molto profondo la discrezionalità amministrativa.

Lo scopo mediato del saggio è quello di saggiare la bontà della teoria giuridica dell'interesse pubblico che si era proposta in questa stessa rivista - cfr, vol. XIII (2/2023).

ABSTRACT

The paper is devoted to investigating the relationship between administrative discretion and the role of legal principles, from the perspective of the contract to which a public body is a party.

As is well known, the new Italian Contracts Code opens with a series of principles, placed in hierarchical order.

According to both the legal literature and the first decisions of the administrative courts, it is possible to identify solutions to the problem that are also very distant from each other. The most widespread is the one for which the introduction of the principles and the (only partial) overcoming of the regulation of extremes of detail would result in the creation of significant margins of administrative discretion; administrative discretion that would be necessary in relation to the administrative activity through the contract in order for it to achieve its result. As I see it, this orientation is wrong to hold that principles are a source of discretionary power and not its limit. A second, narrower but very authoritative orientation has argued that the principles of the Italian Contracts

Code have, in reality, no relevance, because they would be nothing more than summaries of other principles and rules that are in any case applicable. The fault of this orientation is that it overlooks the fact that the hierarchical ordering of principles determines a criterion for discretionary decisions and for their review by the judge, and this certainly applies to principles in general - so that their composition and ordering is a serious interpretative problem that, instead, in the case of public contracts, is resolved by law.

The immediate purpose of the essay is, instead, to demonstrate that the hierarchical ordering of the principles established by the Italian Contracts Code fulfils the function of dictating the criterion both for the interpretation of the rules applicable to the concrete case, and for their application with the exercise of administrative discretion; consequently, on the one hand (that of the exercise of executive power) it derives a profound limitation of the spaces of discretion and, on the other hand (that of jurisdictional review), a criterion for very profoundly reviewing administrative discretion.

The mediated aim of the essay is to test the validity of the legal theory of the public interest that was proposed in this very journal – see, vol. XIII (2/2023).

PAROLE CHIAVE: Contratti pubblici – Principi – Discrezionalità.

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

INDICE: 1. Discrezionalità amministrativa e contratto. – 2. La discrezionalità amministrativa nel Codice secondo le valutazioni della dottrina e la prima giurisprudenza. – 3. Principi e interessi. Il problema dell'interpretazione. – 4. (segue) e quello degli interessi. Interesse pubblico e interessi pubblici. – 5. Il principio del risultato come definizione legislativa dell'interesse pubblico primario e graduazione dei restanti profili di pubblico interesse. Risultato sulla discrezionalità.

1. Discrezionalità amministrativa e contratto

Ci sono ottime ragioni per affermare che l'intera attività dell'amministrazione che contratta, salvo che per i provvedimenti con i quali programma l'esigenza per la quale ricorre al negozio e attraverso cui sceglie il modulo contrattuale (vale a dire le attività di programmazione e quella che tradizionalmente veniva definita delibera a contrarre), sia del tutto priva di potere. Secondo questa impostazione, tutta la fase che precede il contratto è caratterizzata da atti

amministrativi privi di potere (secondo la definizione che si trae dall'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241) e dalla sottoscrizione del contratto in poi dalla pura parità contrattuale delle parti.

Si tratta dell'impostazione (ormai solo teorica, non più dogmatica) che trovo preferibile e che, come tale, renderebbe del tutto inesistente l'oggetto di queste pagine (giacché, salvo che per la programmazione e la delibera a contrarre non si potrebbe parlare affatto di discrezionalità).

Tuttavia, il legislatore – con d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Codice dei contratti pubblici, in attuazione della l. 21 giugno 2022, n. 78 di delega al Governo, nel séguito anche solo il Codice – ha platealmente smentito questa possibile ricostruzione.

Il puro dato letterale delle disposizioni del Codice è esplicito nel qualificare come esercizio di discrezionalità amministrativa l'attività dell'amministrazione che precede la sottoscrizione del contratto – e non pochi istituti che si collocano dopo la stipula, legittimando una giurisprudenza (che non si condivide per nulla) che, pur con andamenti argomentativi non sempre stabili, tende a qualificare come esercizio di potere discrezionale non poche vicende esecutive laddove si trova innanzi ad una determinazione (a mio modo di vedere certamente contrattuale) unilaterale del committente (basterebbe pensare alla revisione dei prezzi, alla protrazione dei tempi contrattuali e via enumerando). Quest'impostazione nettamente data dal legislatore richiederebbe anche una conseguente riflessione in tema di responsabilità e, tuttavia, non mi addentrerò in questo percorso.

Piuttosto, poiché il legislatore qualifica esplicitamente come potere discrezionale il determinarsi dell'amministrazione nell'ambito delle gare contrattuali pubbliche (oltre che nelle decisioni che precedono la procedura di selezione dell'offerta e del contraente e, sia pure implicitamente, in alcune di quelle che si collocano nell'ambito di vicende esecutive), ci si deve concentrare su

questo profilo del problema. Da un punto di vista dogmatico non si possono nutrire dubbi.

Tuttavia, l'affermazione del legislatore circa la natura discrezionale delle valutazioni dell'amministrazione interviene nel contesto della codificazione dei principi che reggono l'attività del committente pubblico.

Non mi pare, quindi, sia possibile esaminare il problema della discrezionalità dell'amministrazione che contratta senza riflettere sulle conseguenze che i principi esplicitamente affermati dal legislatore determinano circa il contenuto e l'esercizio della discrezionalità amministrativa.

2. La discrezionalità amministrativa nel Codice secondo le valutazioni della dottrina e la prima giurisprudenza

La dottrina, in relazione al problema della discrezionalità delle decisioni del committente pubblico, ha accolto le previsioni del Codice con atteggiamenti differenziati.

Una *prima* interpretazione è nel senso che i principi dettati dal Codice (e, primariamente, quello del risultato) siano semplice declinazione di altri principi costituzionali (particolarmente, quello del buon andamento)¹ ovvero che si tratti di da una “*inoffensiva, icastica e eufonica applicazione nominalistica dei principi costituzionali e di quelli generali dell'azione amministrativa*”² – e ciò indipendentemente dal fatto che “l'obiettivo prioritario del codice” sarebbe quello di “*incoraggiare e valorizzare -anche simbolicamente- le stazioni appaltanti a ricorrere alla discrezionalità*”³. In altri termini, la gerarchia – introdotta dall'art. 4 del Codice tra i primi tre principi fondamentali dettati dal legislatore – non riguarderebbe principi ma “*interessi da ponderare*”⁴, sicché dal principio del risultato “*nulla viene aggiunto (né tolto) alla fisiologica ponderazione sulla base dei principii cui l'agire dell'amministrazione deve atten-*

1 M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. Contessa, P. del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 45.

2 R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Art. 1. Principio del risultato*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Pisa, 2024, 8.

3 M. RAMAJOLI, *cit.*, 47.

4 R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 7.

ders?», fino a far scomparire “l’idea che il risultato costituirebbe il criterio prioritario ordinante la valutazione discrezionale”⁵. L’amministrazione committente non sarebbe affatto guidata dalle affermazioni (inoffensive, eufoniche) del legislatore del Codice, ma opererebbe una tradizionale ponderazione tra interessi (come proprio delle dottrine più classiche circa la discrezionalità amministrativa come volizione)⁶ alla luce dei principi generali sull’attività amministrativa – siano essi dettati dalle disposizioni europee, costituzionali o legislative nazionali – ed il favore espresso da parte della dottrina al Titolo Primo della Parte Prima del Codice sarebbe intervenuto “senza troppo chiedersi che cosa ciò in concreto comporti”⁷.

Al contrario, come già osservato, secondo altri⁸ il Codice non terrebbe un atteggiamento neutrale rispetto alla discrezionalità quanto piuttosto intenderebbe estenderne il perimetro – pur senza alterarne la sostanza rispetto a quanto consegnato dalla tradizione⁹. In questo senso sono quelle letture che collegano il principio del risultato a quello della fiducia¹⁰, sicché l’esercizio del potere discrezionale alla luce della natura prioritaria del principio del risultato equivarrebbe a condensare “la considerazione e la tutela degli interessi pubblici (anche patrimoniali) della pubblica amministrazione e degli interessi, pure essi resi pubblici (patrimoniali)

5 R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 5.

6 Per i riferimenti necessari, senza dilungarsi in discussioni non utili in questa sede, solo per i rinvii alla letteratura, si può vedere L. R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *Questa Rivista*, vol. XIII (2/2023), da 45.

7 R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 5.

8 Si è già citata in questo senso M. RAMAJOLI, *cit.*, 45. Assai più nettamente in questo senso, F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023, 3 – e, prima del Codice, per la sua posizione sulla relazione tra discrezionalità amministrativa e contratti, ID., *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2020.

9 A quest’impostazione sembra aderire anche R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur. it.*, 2023, 1951, che, pur ponendo in luce le differenze con il precedente codice, liquida i principi di quello attuale come “cose note” (1952) o “tiriterà”.

Di opposto avviso G. MONTEODORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 793; G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, *ivi*, 2023.

10 Ad esempio, E. FOLLIERI, *Natura del codice dei contratti pubblici, gli allegati e i principi*, in V. Fantì (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, ESI, 2023, 19.

degli operatori economici, attraverso la garanzia del rispetto delle regole della legalità, della concorrenza e della trasparenza”¹¹ – sicché sembrerebbe doversi capire che il principio del risultato come luogo sintetico (“*il risultato condensa*”) equivarrebbe a criterio per la ponderazione degli interessi (pubblici e privati).

Un *secondo* atteggiamento¹², invece, fa coincidere il principio del risultato con l'amministrazione di risultato, trovando quindi nelle norme del Codice una ragione di superamento delle critiche rivolte a questo concetto in passato e trovando occasione, con il richiamo alle espressioni contenute nella legge, per chiarire la questione del rapporto tra legalità e risultato – che in parte aveva alimentato codeste critiche.

Richiamandosi all'amministrazione di risultato, un primo serio esercizio interpretativo della disposizione di cui all'art. 1 del Codice, per distinguere l'applicazione dei principi nel processo interpretativo ed in quello valutativo delle decisioni discrezionali, è quella di chi individua il principio realizzativo come autonomo e ne misura la relazione con gli altri concorrenti¹³; in questa prospettiva si individua una – a mio modo di vedere – corretta relazione tra risultato e legalità¹⁴.

11 Ad esempio, E. FOLLIERI, *cit.*, 24.

12 Per quanto l'amministrazione di risultato sia tema ripreso da molti, si veda soprattutto M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi*, 17.4.2024 (ove si nota tra l'altro che il “*al di là della loro portata e valenza giuridica, un'evidente quanto non trascurabile ambizione del legislatore: quella che si dia luogo, senza intralci di sorta tantomeno imputabili al timore della decisione, alla aggiudicazione e alla esecuzione dei contratti di appalto in considerazione della importanza decisiva che quel settore riveste nell'ambito del sistema economico nazionale ed europeo*”), contributo nel quale si trovano utili puntualizzazioni relative alla cosiddetta amministrazione risultato; si veda però anche – negli stessi toni – ID., *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. Contessa, P. del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato*, *cit.*, da 49 e ID., *Principi e discrezionalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 24/2023, sulle prime pronunzie giurisdizionali intervenute sul Codice.

13 Ci si riferisce a F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 13.

14 F. FRACCHIA, *op. ult. cit.*, da 24, ove si afferma che “*la legalità – anche in ragione della sua dignità costituzionale – non può subire cedimenti*”, mentre “*ai sensi del comma 2 «la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti» e «la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole ... e ne assicura la piena verificabilità»*”; il principio del risultato deve essere quindi letto “*nella prospettiva della prevalenza di contenuto deontologico rispetto alle singole disposizioni puntuali, con l'obiettivo di tracciare*

Più vasto è un *terzo* orizzonte dottrinale, che ha valorizzato il Titolo I del Capo I del Codice e la sua novità¹⁵. Più vasto, ma sicuramente articolato al suo interno.

Per un verso, infatti, v'è chi ha ritenuto che il Codice sia una risposta all'“attacco alla discrezionalità amministrativa, vale a dire un atteggiamento, assunto sia dal legislatore sia talora dalla giurisprudenza, intesa questa volta in senso romanistico, di aperta ostilità verso la discrezionalità amministrativa”¹⁶, attraverso il “rilancio della discrezionalità amministrativa e la citata qualificazione del risultato come criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto”¹⁷.

Una considerazione analoga è condotta da chi ha evidenziato come la logica delle discipline precedenti induceva a “non discostarsi dalla stretta osservanza della procedura maggiormente formalizzata che le avrebbe condotte a un'aggiudicazione quanto più possibile automatica”, mentre se “l'obiettivo primario diventa quello del risultato finale, le amministrazioni saranno obbligate ad individuare caso per caso il *modus procedendi* migliore che non necessariamente coincide con lo svolgimento di una gara pub-

un disegno armonico ed unitario”, sicché il principio “diviene nuovo fattore sistematico di ordinazione e gerarchizzazione delle varie policies”.

15 Nel senso che il codice proponga “una nozione per certi versi inedita del principio del risultato”, tra i molti, M. RENNA, *I principi*, in S. Fantini, H. Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, Milano, 2023, 1.

Al contrario, mette in luce gli elementi che già nella legislazione precedente avrebbero consentito di enucleare il principio, A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 152. Per lato mio, ho provato ad individuare questo principio come dominante nella disciplina dei contratti pubblici, sia per ragioni teoriche sia fornendo, in prospettiva dogmatica, i riferimenti nelle norme del codice dei contratti previgenti che esprimevano questo principio e la sua priorità, nonostante il dominio delle letture formalistiche delle norme, fin da L. R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. Maltoni (a cura di) *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 143.

16 Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023, 3. Sulla difficoltà di coordinamento tra i principi, però, F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 2023.

17 Cfr. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 5. Il “rilancio” della discrezionalità si salderebbe quindi con il principio della fiducia, sicché “si chiede alla stazione appaltante di adoperare la discrezionalità amministrativa e di sciogliere le questioni di interpretazione del diritto positivo nel segno del risultato, dall'altro lato il legislatore manifesta la sua fiducia nell'operato dell'amministrazione, sancendo in modo espresso l'abbandono della cultura del sospetto e aggiungendo al comma 3 dell'art. 2 alcune previsioni che hanno lo scopo di circoscrivere, in particolare, la responsabilità contabile di chi assume decisioni”, 7; nella relazione tra risultato e fiducia anche R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione*, in *Federalismi*, 2023, 271.

blica”¹⁸. In queste sottolineature, si coglie una possibile tensione tra legalità e risultato che, tuttavia, a ben guardare è più apparente che reale giacché gli autori in questione non pensano affatto ad un distanziamento dalla legalità¹⁹.

Su altro versante, pur non facendosi questione di estensione o riduzione della discrezionalità, v'è chi²⁰ ha valorizzato²¹ il principio (pur dubitando della sua natura e preferendo annoverarlo tra i fatti, per costruire un principio²² in modo più articolato), sul terreno del sindacato giurisdizionale²³, sicché ne deriverebbe “una diversa tipologia del sindacato sulla discrezionalità”, avvicinandosi a quello “compiuto dal giudice amministrativo austriaco” ed, in conclusione, non ci si dovrebbe “meravigliare se – a seguito dell’entrata in vigore del codice dei contratti – dovre-

18 Così, G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti: i principi generali*, in *Giornale di dir. amm.*, 2023, 291.

19 Sembra, infatti, che la distanza che si intende segnare sia rispetto al formalismo e non alla legalità. In altri termini, come è stato notato da R. URSI, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Studi sui principi generali nel codice dei contratti pubblici*, cit., 10, “l’applicazione legalistica delle regole si prevede un’elencazione di principi generali, i quali sono contrassegnati, ad un tempo, da una peculiare forma di indeterminazione e da una evidente componente assiologica: infatti, essi non prescrivono una specifica regola di condotta poiché sono configurati per valutare giuridicamente le condotte degli operatori economici e le scelte discrezionali riservate all’amministrazione”.

20 S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Soc.*, 2023, 551.

21 Una forte valorizzazione dell’uso dei principi è in P. CARBONE, *Iniziativa e autonomia decisionale del funzionario pubblico. I nuovi principi di fiducia e di risultato nel Codice dei Contratti Pubblici: la prospettiva di un comparatista*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, 505.

22 Seguendo la qualificazione normativa, la più parte dei commentatori identifica quello del risultato come principio o principio-valore (ad esempio, G. MORBIDELLI, *Introduzione a un dibattito sui principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, Passigli, 2023, 10; nel senso, invece, che solo i primi tre sarebbero principi-valori, essendo i restanti principi-regole, G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 288.

Critico sulla qualificazione come principio M. R. SPASIANO, *Codificazione dei principi e rilevanza del risultato*, in AA. VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 14

23 Meno chiaro, su questo tema, è il punto di vista di E. FOLLIERI, *op. loc. ult. cit.*, per il quale i principi assicurano “la sindacabilità garantita dalla trasparenza” e tuttavia, poco dopo, ritiene che “insomma, il bilanciamento e l’equilibrio tra i principi li dovrà valutare pur sempre la pubblica amministrazione non essendo risolutiva la preminenza fissata nel codice del 2023, stante la definizione del risultato che assembla tutti i principi e gli interessi pubblici” – sicché, in sostanza, se ben si comprende, si propone una ponderazione tra principi invece che interessi e ciò in ragione del fatto che si nega autonomia al principio del risultato, il cui contenuto sarebbe inesistente, risolvendosi in una sintesi di tutti i principi applicabili.

mo ripensare seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa²⁴. Quest'ultima osservazione merita seria considerazione.

Infine, coglie – a mio modo di vedere – pienamente nel segno chi²⁵ ha collocato il principio in questione nella prospettiva della prevalenza di contenuto deontologico rispetto alle singole disposizioni puntuali, con l'obiettivo di tracciare un disegno armonico ed unitario; in altri termini, il “*plusvalore dei principi*”²⁶ mostra una capacità deontologica propria non solo per ragione di una (discutibile) maggior forza normativa, ma soprattutto perché è in grado di orientare la valutazione discrezionale, tipizzando l'interesse pubblico nel senso dell' “*obiettivo primario*” della “*realizzazione della prestazione individuata e regolata nel contratto*” perché quella prestazione costituisce “*la migliore via per la soddisfazione del problema collettivo sul tappeto*”, declinandosi il risultato nella prospettiva di quello che altra volta a me era sembrato potersi definire come “*il principio realizzativo finale*” che “*diviene nuovo fattore sistematico di ordinazione e gerarchizzazione delle varie policies che nel tempo hanno affollato l'arena dell'evidenza pubblica*”²⁷. Altrettanto da condividere, secondo me, è la posizione di chi²⁸ collega la discrezionalità con il contenuto deontologico e la funzione genetica dei principi, sicché “*chi leggesse le prime previsioni del Codice pensando ad una riformulazione moderna di principi antichi o ad una stesura più familiare intrisa di significati comuni senza grande capacità di cambiamento, sbaglierebbe*”²⁹; la ragione della novità risiede nel fatto che la formulazione delle disposizioni di cui al Capo I del Titolo I del Codice definiscono la gradua-

24 S. PERONGINI, *op. ult. cit.*, 556.

25 G. D. COMPORI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir Econ.*, 2024, 11.

26 G. D. COMPORI, *op. ult. cit.*, 17.

27 G. D. COMPORI, *op. ult. cit.*, 20. Deve essere sottolineata l'osservazione dedicata (19) al principio del risultato nella prospettiva dell'amministrazione per risultati (tema evocato da quasi tutti gli autori), sicché il testo dell'art. 1 per Comporti (condivisibilmente) supera l'obiezione assai nota posta da autorevolissima dottrina al concetto di amministrazione per risultati (S. CASSESE, *Che cosa vuol dire “amministrazione di risultati”?*, in *Giornale di dir. amm.*, 2004, 941).

28 S. VALAGUZZA, *I principi (artt. 1 – 12) Un nuovo asse portante per le procedure di evidenza pubblica: i principi guida liberano la discrezionalità delle stazioni appaltanti e responsabilizzano il legame con gli operatori economici*, in F. Dall'Acqua, A. Meola, A.S. Purcaro, Pisa, Pacini, 2023, 49.

29 S. VALAGUZZA, *Op. ult. cit.*, 55, per la quale “*sulle decisioni discrezionali delle stazioni appaltanti si misurerà perciò l'efficacia e l'effettività dell'azione di committenza*” (ivi).

zione degli interessi³⁰, ponendo come interesse primario quello realizzativo, cui sono subordinati e funzionali trasparenza e garanzia del mercato, ponendo in posizione ulteriormente graduata i restanti espressi dai principi applicabili.

La giurisprudenza, per parte sua, per quanto presti ossequio formale, anche roboante, al principio, non manca di fraintenderne i contenuti fin dalla sede definitoria³¹, ovvero considerarlo subordinato al corretto funzionamento del mercato³², oppure – ancor peggio – nella relazione tra valutazione discrezionale e motivazione³³, riservare la decisione all'amministrazione circa la migliore soddisfazione dei suoi bisogni e sottraendola al controllo giurisdizionale e trattandola, quindi, come merito insindacabile quasi che l'art. 1 del Codice si limiti a dettare una norma priva di contenuto. Sul versante opposto, tuttavia, si devono registrare con favore insegnamenti che declinano correttamente il valore giuridico del principio³⁴ – evitando la facile semplificazione che farebbe coincidere risultato e rapidità³⁵; on precisione la recente e condividibile decisione del TAR Lombardia³⁶ che utilizza il principio come strumento di interpretazione delle disposizioni non chiare o valutazione delle scelte discrezionali ed altrettanto corrette quelle³⁷ declinazioni del principio che importano la preferenza di criteri applicativi di carattere sostanziale rispetto ad altri puramente formali, al fine di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica. Altre decisioni, invece, secondo un criterio persuasivo

30 S. VALAGUZZA, *Op. ult. cit.*, 57.

31 È quel che si trae da Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 aprile 2023 n. 4014 che afferma la natura anfibologica del principio per il fatto ch'esso sarebbe al tempo stesso sia criterio di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto, sia, in combinato disposto con il principio della fiducia, criterio interpretativo delle singole disposizioni.

32 Intendo riferirmi all'analitica sentenza T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 12 giugno 2023, n. 1344 in materia di immediata impugnazione del bando di gara a tutela della concorrenza, non potendosi consentire che il principio del risultato possa interpretarsi in contrasto con principi costituzionali o dell'Unione.

33 TAR Campania, Sez. III, 10 ottobre 2023, n. 5528.

34 Consiglio di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322.

35 Cfr. T.A.R. Lombardia Sez. III, n. 1428/2011, o più di recente T.A.R. Campania, Sez. V, n. 2616/2019.

36 TAR Lombardia – Milano sez. IV 11 giugno 2024 n. 1764.

37 Consiglio di Stato, V, 27 febbraio 2024, n. 1924.

piuttosto classico, evocano il principio senza necessità, solo a rafforzare la conclusione che si intende raggiungere – come accaduto in materia di obbligo di sopralluogo³⁸ o soccorso procedimentale³⁹.

3. Principi e interessi. Il problema dell'interpretazione

Per intendere correttamente – almeno a mio modo di vedere – i termini del problema, sono necessari due chiarimenti essenziali, l'uno dedicato alla natura delle disposizioni che contengono principi (ed, anzi, ai principi in generale giacché non infrequentemente si tratta di norme senza testo), l'altro all'interesse pubblico nell'azione pubblicistica dell'amministrazione che contratta.

Senza questi chiarimenti, il rischio mi pare quello di fornire un'esegesi della disposizione alla luce di premesse metodologiche inesprese, con il risultato di enfatizzare novità o negarle senza che le ragioni delle conclusioni interpretative siano effettivamente argomentate e metodologicamente esplicite. In altri termini, al netto di affermazioni superficiali o di circostanza che pure si leggono in alcuni autori, la mia critica preliminare è che in molti casi le opinioni espresse circa il principio del risultato per come codificato dal Codice (senza voler entrare in questa sede nella discussione del problema dell'amministrazione di risultato in generale) appaiono ideologiche, vale a dire conseguenti a premesse dogmatiche non esplicitate. Il che, peraltro, è tipico delle discussioni sui principi, stante la loro natura elastica, polisensa e poli-funzionale⁴⁰. Solo per

38 TAR Sicilia – Catania, sez. III 12 dicembre 2023, n. 3738.

39 TRGA, sez. aut. di Bolzano, 25 ottobre 2023, n. 316.

40 Non è certo questa la sede per una discussione generale sui principi – e, peraltro, per quanto sia assolutamente necessaria la consapevolezza accurata dei profili di storia e di filosofia del diritto delle questioni delle quali ci si occupa, è bene evitare il diletterismo che sempre si accompagna a chi non sia uno specialista di queste questioni. Conseguentemente, sembra prudente rinviare, nella sterminata letteratura in argomento, anche per dare un quadro di approcci ed approdi anche molto differenziati al problema, a studi ormai classici e ben disponibili, come quelli di R. DWORKIN, *Judicial Discretion*, in *The Journal of Philosophy*, 21, 1963, 637; ID., *No Right Answer?*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (a cura di.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, 58; ID., *A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985; R. ALEXY, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2010, 17; ID., *On the Concept and Nature of Law*, in *Ratio Juris*, 21, 2008, 281; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcellona, Ariel, 1996; G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars*

fare un esempio, l'enfasi circa l'estensione o meno degli spazi di valutazione discrezionale nelle gare contrattuali pubbliche appare il frutto di una critica (che pure condivido) al precedente Codice, piuttosto che un'effettiva analisi del principio del risultato, della sua forza normativa, dei suoi caratteri, della relazione sistematica con i restanti e, quindi, di una reale indagine sulla discrezionalità e delle novità che in essa porta il dispositivo contenuto nell'art. 1 del Codice. A questi ulteriori e necessari profili ci si intende, invece, dedicare qui.

In primo luogo, quindi, è necessario occuparsi del principio del risultato in quanto principio. Il tema che si deve porre, quindi, è quello dell'interpretazione delle disposizioni del Codice. Più esplicitamente, è il Codice stesso (art. 4) a disporre che le previsioni in esso contenute “*si interpretano (..)in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*”. È, quindi, rilevante affrontare le questioni del principio del risultato in quanto disposizione che reca un principio, nonché del suo ruolo nell'interpretazione dei restanti enunciati normativi.

È bene dire fin da queste prime battute, che il tema è rilevante nella sua relazione con il secondo profilo di questi chiarimenti preliminari. Infatti, come ha notato dottrina autorevolissima (e con la quale, pur dissentendo su tutto il resto, non si può che convenire rispetto a questo chiarimento), la gerarchia tra principi fissata dall'art. 4 del Codice non riguarderebbe principi (a mio modo di vedere, piuttosto, non riguarderebbe “solo” principi) ma (“anche”) interessi⁴¹; questo non significa che “*nulla viene aggiunto (né tolto) alla fisiologica ponderazione sulla base dei principii cui l'agire dell'amministrazione deve attendersi*” – infatti, non solo confermo le mie critiche all'idea tradizionale della discrezionalità come volizione circa una ponderazione tra interessi ma, soprattutto, per quanto qui interessa, la natura polifunzionale dei principi non può essere negata limitandone il ruolo alla rappresentazione di interessi (da bilanciare).

Interpretandi, 2009, 131; B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 53; R. GUASTINI, *I principi nel diritto vigente*, in M. Bessone, R. Guastini (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, Cedam, 1995, 113; M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in *Saggi di meta-giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, 301.

41 R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 7.

Non si può non muovere dal puro testo della legge, che qualifica espressamente il principio del risultato come principio. Salvo voler contraddire canoni minimi di interpretazione, non sembra ragionevole provare ad assegnare alla legge un significato contrario al suo testo.

Se quello del risultato è un principio, varrà la pena di svolgere una breve osservazione circa i principi. Di nuovo, pur senza entusiasmo ma solo allo scopo di rendere più solide le basi del ragionamento, intendo collocarmi su dati solidi, come la giurisprudenza della Corte Costituzionale. È noto come la Corte abbia più volte chiarito che tra principi, valori, beni o interessi debba essere ricercato un bilanciamento ragionevole: “*La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi*”⁴². Possiamo, quindi, iniziare con il dire che il principio del risultato è, normativamente, un principio e che in forza di questa natura richiede – come norma – di essere resa compatibile con altre all’interprete.

In questo senso, peraltro, il legislatore provvede l’interprete con significative indicazioni, giacché non costruisce il principio come a sé stante.

In *primo* luogo, è il legislatore ad indicare non solo l’essere del principio ma anche il suo modo d’essere; è la legge che dice espressamente come si applica e determina il principio nella prassi, giacché si persegue “*il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo*” (art. 1, co. 1).

In quanto principio, quindi, anch’esso assume tutte le connotazioni che sono ad esso tipiche. Si tratta – per quel che qui interessa – di una norma polisensa, concetto-valvola attraverso il quale entrano nell’ordinamento valori storicizzati, argomento retorico.

Tuttavia, non è seriamente dubitabile che si tratti di una norma e che a poco valga la discussione astratta circa la sua natura più o meno indeterminata;

⁴² Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85.

assai più rilevante è controllare il suo processo di determinazione, il come il principio si declina da astratto a concreto nell'applicazione, come si giustifica e come si verifica l'applicazione del principio in concreto. Qui assumono rilievo le considerazioni che seguono.

In *secondo* luogo, è sempre il legislatore a definire le relazioni del principio con i restanti, sia prevedendo che la sua applicazione avvenga con il “rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza” (art. 1, co. I) – facendo ipotizzare che questi ultimi siano da considerare, quindi, sovraordinati e, tuttavia, chiarendo, un istante dopo, che ciò vale solo per la legalità, giacché si precisa (art. 1, co. II) che “la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti” e “la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole” del Codice (ponendo, quindi, concorrenza e trasparenza come ancillari e funzionali al risultato).

Quanto al processo di applicazione del principio astratto, quindi, il legislatore fornisce già alcuni elementi sicuramente significativi, giacché non qualsiasi applicazione sarà possibile ma solo quelle nelle quali si conseguono – in combinazione con concorrenza e trasparenza – gli obiettivi che la legge individua (se non fosse troppo banale, sarebbe da aggiungere che l'applicazione deve dirigersi alla massimizzazione del conseguimento degli obiettivi).

In *terzo* luogo, è tipico dei principi – soprattutto per quelli impliciti – il problema del loro rango quanto alla gerarchia delle fonti. Il Codice affronta il tema, giacché è lo stesso art. 1 che prosegue prevedendo che “il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea” (art. 1, co. III); in altri termini, il Codice affronta la questione della sussistenza di principi di rango superiore (costituzionale e dell'Unione) attraverso l'affermazione legislativa di coerenza del principio con codeste fonti ed, anzi, loro coerente attua-

zione (“*costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici*”; “*per il raggiungimento degli obiettivi*”).

Sempre nella prospettiva della gerarchia tra principi, l’art. 4 prevede che “*Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*”; rientrando tra le disposizioni del Codice anche i restanti principi, o la disposizione di cui all’art. 4 è inesistente (e se ne propone una seria interpretazione abrogatrice, ed essendo evidente che i principi, in quanto norme senza fattispecie, entrano a comporre le fattispecie cui si applicano ed hanno un ruolo nell’interpretazione ed argomentazione, non sembra agevole negare valore giuridico ad una disposizione che non si limita a dire che i principi trovano un ruolo nell’interpretazione ma che ne colloca alcuni in posizione prioritaria), ovvero il principio realizzativo (o del risultato) si colloca all’apice di una catena gerarchica cui sottostanno i principi dell’accesso al mercato e della fiducia e, ad essi, in ragione dell’art. 4, i restanti principi e regole del Codice.

È, infatti, l’art. 1, co. IV, che stabilisce espressamente che il principio del risultato “*costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto*” in materia di responsabilità e di sovvenzioni (su questa disposizione si dovrà tornare per riprendere la questione della relazione tra principi ed interessi).

Inoltre, anche se qualificato come “prioritario”, il principio in questione non si pone alla sommità di un ordine gerarchico assoluto⁴³, dovendosi intendere la priorità come resistenza al sacrificio a beneficio di altri interessi costituzionalmente tutelati, non già nel senso che con questi non debba essere adeguatamente bilanciato⁴⁴. Il che significa che l’interprete (e prima ancora il legi-

43 Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85.

44 Si vedano anche Corte Cost., 11 febbraio 2015, n. 10 (sulla quale, nell’ampio dibattito, qui interessa richiamare gli interventi di R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*. Nota a Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 10, in *Federalismi.it*, 25 febbraio 2015; I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*; M. D’AMICO, *La Corte e l’applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 aprile

slatore) deve trovare un il punto di equilibrio proporzionato e ragionevole nel bilanciamento con altri principi, tale escludere il sacrificio del nucleo essenziale del principio⁴⁵.

È noto che le gerarchie tra principi sono opinabili e l'interprete vi si muove con una qualche agilità. Resta, tuttavia, che la gerarchia è fissata dal legislatore radicando il principio del risultato nell'attuazione delle disposizioni e raggiungimento degli obiettivi costituzionali e dell'Unione. Proprio perché i principi sono norme inestricabilmente valutative (vale a dire per i quali si deve assumere un certo margine di discrezionalità valutativa nell'interprete) la definizione della relazione con i restanti principi (e regole) del Codice non può che restringere in modo consistente il margine di indeterminatezza e, conseguentemente, limitare le argomentazioni in sede applicativa (a quelle che sono in grado di costruire significati per i quali la gerarchia è confermata ed il bilanciamento tra principi interviene in modo razionale) e incrementare i margini di verifica razionale.

Già queste brevi considerazioni ci consentono di fornire una cornice utile al nostro ragionamento.

Il principio del risultato, quindi, (2) è un principio e come proprio di questo tipo di norme ha natura elastica, polifunzionale e da bilanciare con altre norme dello stesso tipo – restando chiarito, tuttavia, che il legislatore l'ha qualificata come prioritaria e strumento di attuazione di disposizioni di rango for-

2015; R. ROMBOLI, *L' "obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, *ivi*, 6 aprile 2015; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, *ivi*, 3 aprile 2015; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, *ivi*, 9 aprile 2015; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, *ivi*, 27 aprile 2015; A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Rivista AIC*, 2/2015; I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 maggio 2015; C. PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in *Federalismi.it*; V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, in *Rivista AIC*, 1/2016; 24 marzo 2016, n. 63; 24 gennaio 2017 (sulla quale si può leggere, D. CODUTI, *Libertà e segretezza della corrispondenza dei detenuti nella sentenza n. 20 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 28 luglio 2017); 23 marzo 2018, n. 58 nota di R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 2018, I, 1073.

45 Testualmente, Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85.

male maggiore rispetto a quello legislativo, sicché l'elasticità è ulteriormente ridotta per ragione del fatto che la sua natura prioritaria chiarisce le regole del bilanciamento con altri principi; (ii) è un principio qualificato non solo per il fatto d'essere espresso (dal legislatore) ma venendo specificato anche il suo modo d'essere, di applicarsi; (iii) costituisce un principio a grappolo⁴⁶, perché ne collega una serie di altri, sia di maggiore rango nella teoria delle fonti – rispetto ai quali il legislatore espressamente afferma ch'esso ne sia attuazione ed applicazione e, quindi, ne radica il rango in codeste norme costituzionali o dell'Unione –, sia di pari rango gerarchico formale ma rispetto ai quali la stessa legge provvede – nel settore dei contratti pubblici⁴⁷ – ad assegnar loro un ruolo secondario, funzionale, ancillare.

Questi elementi già da sé soli consentono di escludere l'irrilevanza del principio nel processo di interpretazione delle altre norme del Codice e degli atti amministrativi dell'amministrazione che contratta. Anzi, pare esser piuttosto chiaro per quali ragioni il principio del risultato costituisce il criterio interpretativo prioritario per “l'individuazione della regola del caso concreto” (art. 1, co. IV).

Tutto ciò rileva sul versante dell'interpretazione delle norme e degli atti amministrativi.

46 S. ZORZETTO, *Ragionamento giuridico e ragionevolezza*, in A. Carratta, M. De Caro, G. Pino (a cura di), *Intorno al ragionamento giuridico*, Roma, TrE-Press, 13; quanto all'idea applicata alla ragionevolezza – del concetto-a-grappolo vi si nota che “Usando un'altra metafora, la ragionevolezza può essere rappresentata come un concetto-a-grappolo cioè un concetto dotato non solo di una semantica, ma anche di una struttura sintattica interna. Essa è un “costrutto concettuale” anziché semplicemente un “concetto”. Il grappolo, a mio parere, è una metafora efficace perché fa vedere bene l'articolazione complessa della ragionevolezza; permette di distinguere la sintassi interna (continuando nella metafora, il raspo), le sue componenti semantiche che concorrono a darle forma (gli acini intesi solo come buccia), il loro contenuto di significato variabile a seconda del contesto d'uso concreto specifico (la polpa di ciascun acino). Parlare di costrutto anziché semplicemente di concetto consente di evidenziare le componenti semantiche analiticamente necessarie, cioè costitutive del concetto secondo una certa struttura che esaminerò, il cui contenuto di significato non è determinato. Proseguendo nella metafora del concetto-a-grappolo: gli acini sono componenti semantiche in cui solo la buccia è fissa, mentre la polpa cambia”, 21

47 Sicché intendo chiarire che non intendo – in questa sede – occuparmi di questioni che spesso la discussione sui principi innesca, vale a dire quelle dell'estensione della loro applicazione; qui mi occupo del principio realizzativo (o del risultato) solo nel perimetro del Codice.

Profondamente diversa è la questione dell'esercizio del potere discrezionale, che non può prescindere dalla medesima opera ermeneutica, ma concettualmente e giuridicamente la segue. Infatti, è del tutto evidente che non vi sarà potere discrezionale dell'amministrazione in tutti quei casi in cui l'ermeneutica delle norme e degli atti amministrativi consenta "*l'individuazione della regola del caso concreto*" in modo non opinabile. Fuori da quest'ipotesi, a fronte di più soluzioni legittime ad esito della conduzione del processo ermeneutico più esteso e corretto possibile, resterà la valutazione discrezionale dell'amministrazione.

Non serve, in questa sede, affrontare la discussione se anche questa valutazione discrezionale abbia natura ermeneutica ovvero sia il frutto della volizione dell'amministrazione nel determinare la ponderazione voluta tra interessi o altro ancora – come la dottrina ha teorizzato nell'ultimo secolo di discussioni sul tema. Si tratta di temi che ho già tante volte discusso ed i termini del problema possono presumersi noti in capo al lettore. Quel che rileva, piuttosto, è esaminare il rilievo del principio rispetto all'esercizio del potere discrezionale.

4. (segue) e quello degli interessi. Interesse pubblico e interessi pubblici

La questione, quindi, si sposta dalle norme agli interessi; smette di essere un problema di interpretazione delle disposizioni e degli atti e diventa questione di definizione in concreto dell'interesse pubblico.

Come noto, le nostre dottrina e giurisprudenza sono orientate prevalentemente in senso volontaristico, sicché l'interesse pubblico è ciò che è oggetto di volizione dell'amministrazione, entro il margine delle soluzioni lecite, attraverso la ponderazione tra il pubblico interesse (astratto) e quelli privati in gioco rispetto alla fattispecie descritta dalla norma. Poiché non è sensato parlare di interesse pubblico al singolare, lo sgretolamento della concezione unitaria dell'interesse pubblico impone la sua declinazione al plurale⁴⁸ e lo spostamento dalla sua configurazione astratta (da parte della legge) a quella concreta, risulta-

⁴⁸ Per tutti, A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 68

to dell'agire discrezionale dell'amministrazione. Il risultato della complessità che accompagna la definizione dell'interesse pubblico è ch'essa finisce per essere risolta solo dalla volizione dell'amministrazione (che determina e vuole un determinato bilanciamento tra i diversi profili dell'interesse pubblico e gli interessi privati protetti dalla norma). L'effettivo comando passa dalla legge all'atto esecutivo, il contenuto della regola vaga o non definibile in modo univoco diviene atto di potere, sicché è quest'ultimo che definisce il suo contenuto esprimendosi in una valutazione discrezionale. Come ho già provato ad osservare⁴⁹, questa concezione è largamente insoddisfacente, né il problema viene risolto mettendo in luce il rilievo dell'organizzazione e del procedimento per definire l'interesse pubblico in concreto; anche in questa prospettiva, infatti, si assume che la legge non ordini gli interessi – che, anzi, emergono in modo conflittuale, anche quelli pubblici, sicché richiedono di essere ordinati e bilanciati dall'amministrazione. Non serve ripetere qui le critiche a questo modo, molto diffuso e consolidato, di pensare, né riproporre la teoria deontica del pubblico interesse che ho già avanzato.

Il problema, piuttosto, è che – nell'ambito del Codice – quanto allo “*esercizio del potere discrezionale*” è direttamente la legge ad affermare che “*il principio del risultato costituisce criterio prioritario*”. La ragione di questa affermazione a me pare chiara: il principio del risultato non attiene al conseguimento di un astratto interesse pubblico dell'amministrazione; esso è prioritario perché identifica l'interesse pubblico specifico in modo espresso e chiaro: “*Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*” (art. 1, co. III).

È “*l'interesse della comunità*” ad essere l'interesse pubblico specifico che ordina tutti i restanti profili di pubblico e privato interesse che le norme proteggono. La graduazione dell'interesse pubblico è compiuta direttamente dalla legge nella dinamica di funzionamento dei principi che il Codice detta.

⁴⁹ Da ultimo in L. R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *Questa Rivista*, vol. XIII (2/2024), 45 – 141.

Il vero rilievo del principio, quindi, non interviene sul versante interpretativo delle norme (nel quale si atteggerà come proprio dei principi, sia pure con le specificazioni che si sono proposte), ma quanto alla valutazione discrezionale, quanto all'esercizio effettivo del potere. In questi termini, è più che ovvio che l'amministrazione opererà comunque un bilanciamento – tra il principio realizzativo e gli altri, prioritari o meno prioritari. Per questo ha motivo definire discrezionale la valutazione dell'amministrazione. Tuttavia, quella valutazione è interamente attratta al diritto, sottratta al merito, perché è la legge a graduare gli interessi in modo chiaro, sicché la valutazione che se ne farà è regolata dal diritto ed è ripetibile innanzi al giudice, che non può sottrarsi al suo dovere costituzionale di giudicare. Ho provato anche di recente⁵⁰ a sostenere che vi sono ragioni serie per costruire il (e sostenere la costruzione del) pubblico interesse come categoria giuridica in ogni caso, indicando il parametro che rende giuridicamente rilevante e conoscibile la determinazione del pubblico interesse.

In questo caso, quanto all'attività contrattuale dell'amministrazione, il tema è risolto dalla legge, giacché è il Codice ad indicare “*l'interesse della comunità*” come fine specifico di interesse pubblico.

Si superano, così, problemi molto seri posti dalla prassi giurisprudenziale (e dall'estesa esegesi dottrinale dei vari precedenti delle Corti) e che da tempo ho sottoposto a severa critica: poiché i profili di interesse pubblico rilevanti per l'amministrazione che contatta sono molti, le Corti amministrative hanno avuto a disposizione un'ampia panoplia di interessi (pubblici) cui accompagnare l'aggettivazione di “superiore” (che sempre si accompagna all'interesse pubblico), per poi ordinare l'interpretazione delle norme alla sua luce.

Proprio perché è vero che l'amministrazione che contratta incontra svariati profili di pubblico interesse rilevanti nella fattispecie, l'esigenza di una loro graduazione, della fissazione di un ordine che rendesse l'interesse pubblico conoscibile, prevedibile e sindacabile mi era sembrata urgente e la soluzione del

50 Da ultimo in L. R. PERFETTI, *op. ult. cit.*.

problema già disponibile prima che il Codice la confermasse esplicitamente. La nostra dottrina si è occupata fin del più piccolo dettaglio della disciplina dei contratti pubblici e, tuttavia, ha interamente evitato di cercare una risposta alla domanda relativa al perché la volontà negoziale si formi con gara, al contenuto dell'interesse pubblico a che ciò sia, ai profili di interesse pubblico rilevanti ed alla loro possibile ordinazione (per il vero, la latitanza della letteratura giuridica nazionale si accompagna a quella non italiana⁵¹) la questione della definizione dell'interesse pubblico specifico dell'amministrazione committente⁵².

Riproponendo una sistematizzazione già proposta più volte⁵³, si può riassuntivamente osservare che l'amministrazione committente potrà declinare il pubblico interesse nella prospettiva sia della sua integrità e correttezza – o legalità in senso formale – (⁵⁴), sia dell'efficienza economica e del buon andamen-

51 Su questi temi S. ROSE-ACKERMAN, B. J. PALIFKA, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge, 1999; E. A. POSNER, *Economic Analysis of Contract Law after three Decades: success or failure?*, in *Yale Law Journal*, 112 (2003), 829; J. J. SNIDER SMITH, *Competition and Transparency: what works for public procurement Reform*, in *Public Contract Law Journal*, 38, (2008), 85; R. P. MCAFEE, J. MCMILLAN, *Bidding for Contracts: A Principal-Agent Analysis*, in *The RAND Journal of Economics*, 17, (1986), 326; S. SCHOONER, *Desiderata: Objectives for a system of government contract law*, in *Public Procurement Law Review*, 11 (2002), 104; A. GYULAI-SCHMIDT, J. ZIEKOW (a cura di), *Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften*, Berlin, 2020.

52 Per l'idea che il principio del risultato faccia riemergere la funzione di committenza rispetto a quella della semplice celebrazione delle gare, G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 288; ID., *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *astridonline*, 2023. In argomento anche le dense considerazioni di M. CAFAGNO, *Committenza (servizi di)*, in *Enc. dir., I tematici, III, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 251 che, tuttavia, finisce per dare prevalenza all'amministrazione banditrice piuttosto che committente.

53 L. R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, *cit.* e ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, Tomo II, 888.

54 Integrità che, a sua volta, si declina lungo i profili della (i) prevenzione della corruzione, (ii) assicurazione di parità di trattamento evitando favoritismi, (iii) della tutela dell'immagine dell'autorità amministrativa come soggetto imparziale e corretto, (iv) della esclusione di operatori economici scorretti o che presentano compromissioni con vicende penali, violazioni della disciplina fiscale, previdenziale, di sicurezza sul lavoro, di protezione dell'ambiente e simili dall'accesso alla sottoscrizione di contratti o concessioni, (v) nonché che l'interesse personale dei funzionari possa inquinare quello pubblico nelle scelte. Si tratta di un elemento che presenta un serio fondamento (a) istituzionale - a garanzia della correttezza dell'amministrazione pubblica; (b) economico - essendo noto che la corruzione determina costi di transazione aggiuntivi; (c) sociale - perché si avrebbe un'alterazione del confronto

to⁵⁵, sia in funzione di garanzia della trasparenza ed imparzialità dell'amministrazione pubblica⁵⁶, che del corretto funzionamento del mercato⁵⁷.

Oltre a questi macro-profili dell'interesse pubblico nell'appalto e nelle concessioni, ve ne sono di specifici affermati dal legislatore (la protezione

concorrenziale tra le imprese ed effetti sui loro lavoratori.

Si tratta certamente di un interesse diretto dell'amministrazione, giacché vale a presidiare profili che attengono alla stessa organizzazione pubblica che ricorre al diritto privato e, tuttavia, a mio modo di vedere, non è specifico dell'attività di diritto privato, essendo destinato a valere anche per l'attività di diritto pubblico sicché se non soccorresse il principio realizzativo o del risultato non vi sarebbe alcuna differenza rispetto all'esercizio della discrezionalità in generale, come ritiene la dottrina già richiamata.

55 Anche in questo caso è agevole ravvedere il profilo di pubblico interesse: l'amministrazione pubblica spende denaro ricevuto dai contribuenti, esso stesso pubblico e destinato a funzioni pubbliche. Ne consegue il rilievo dell'interesse pubblico a che esso sia utilizzato in modo conveniente (*value for money*). Nel diritto positivo, il suo fondamento, non è meno significativo del primo. Non solo troverà giustificazione **(a)** nella necessità che il denaro prelevato dai cittadini venga speso in modo efficiente, **(b)** nella sostenibilità del bilancio pubblico, **(c)** nella corretta organizzazione della pubblica amministrazione nella prospettiva costituzionale del buon andamento ma anche **(d)** nella garanzia dell'efficienza del mercato. Anche in questo caso il fondamento istituzionale, economico e sociale è evidente e, tuttavia, anche per questo profilo, si tratta di elementi del pubblico interesse destinati a valere per ogni attività degli enti pubblici, non specifico di quella contrattuale, con le stesse conseguenze tratte alla nota che precede.

56 Si tratta di un profilo intrinseco all'esercizio della funzione pubblica, sicché questo profilo di pubblico interesse è comunque immancabile nella composizione della regola. Inoltre, questo criterio non è solo strutturale dell'azione amministrativa ma è altrettanto necessitato dalla procedura selettiva, giacché sarebbe una contraddizione logica quella di porre in essere una selezione discriminatoria. Il suo fondamento è iscritto nell'intima struttura dell'azione delle amministrazioni pubbliche. Inoltre, l'imparzialità è un profilo di interesse pubblico che corrobora anche quelli di integrità ed efficienza economica e, tuttavia, non vi si confonde ed anzi può presentare elementi di tensione con essi. Per un lato, infatti, appare evidente come l'esigenza di assicurare integrità all'amministrazione pubblica che procede sarebbe smentita dalla conduzione discriminatoria delle gare contrattuali; tuttavia, se non c'è integrità senza uguaglianza, non è vero il contrario, perché l'esigenza sostanzialistica di trattare nel medesimo modo situazioni uguali e differentemente quelle che tra loro uguali non sono, potrebbe invitare l'amministrazione a richiedere la produzione di set documentali differenziati – ad esempio, sul versante dei requisiti concernenti i precedenti penali – per concorrenti che provengono da diversi Paesi, dimodoché gli oneri che incidono sugli offerenti siano uguali o equivalenti, ma le informazioni relative al rispetto delle norme penali da parte degli amministratori possa essere ridotto per alcuni offerenti. Non può essere trascurato che il principio di uguaglianza o il dovere di imparzialità in capo all'autorità sono di rango costituzionale nella gran parte degli ordinamenti occidentali e, comunque, a livello dogmatico, nello specifico, nel nostro ordinamento nazionale si tratta certamente di una rilevante ed immancabile caratteristica costituzionale dell'amministrazione in quanto tale.

dell'ambiente, la sicurezza sul lavoro, la sostenibilità, la crescita delle medie imprese etc.)⁵⁸.

In assenza di un criterio ordinante, ciascuno di questi principi (o interessi, o profili di interesse pubblico specifico) può essere considerato prevalente (o, come si legge in giurisprudenza, “superiore”), con la conseguenza che la ponderazione degli interessi viene operata alla luce di criteri inconoscibili, il potere è esercitato sulla base del gusto del funzionario e la giurisprudenza fornisce qualificazioni caso per caso. Vi sono una pluralità di esempi che possono essere forniti – e che ho indicato più volte in passato; basterebbe pensare alla sostanziale assenza di sindacato circa l'anomalia dell'offerta ovvero ai cangianti orientamenti giurisprudenziali circa l'affidabilità professionale dell'operatore economico.

Gerarchizzare gli interessi, con il risultato di renderli conoscibili e prevedibili, era non solo necessario, ma possibile già sulla base dell'ordinamento per come precedentemente al Codice e la proposta del principio realizzativo come funzione dell'interesse della collettività mi era sembrata più che sensata già in passato e per ragioni costituzionali ed istituzionali chiaramente indicate⁵⁹.

Oggi la valutazione discrezionale dell'amministrazione – vale a dire la determinazione dell'interesse pubblico in concreto a fronte della possibilità lascia-

57 L'interesse pubblico è quello a (i) garantire la piena concorrenzialità del mercato rilevante, (ii) attraverso questo la crescita economica complessiva e in particolare delle imprese efficienti - con esclusione dal mercato di quelle che tali non sono ovvero (iii) che non operano nel rispetto dell'integrità - con il risultato complessivo (iv) di assicurare all'amministrazione - mediamente - l'offerta economicamente più efficiente e (v) scelta in modo non discriminatorio e, quindi, con imparzialità. Si tratta di interessi che sono per lo più indirettamente propri dell'ente pubblico - giacché la loro affermazione si risolve a suo vantaggio, pur essendo diretta a garantire interessi che, in via immediata, appartengono al mercato e non all'autorità pubblica, e tuttavia assegnati espressamente ad essa dalla legge e dalle norme dell'Unione.

58 Per una condivisibile retrocessione del ruolo di alcuni tra questi profili (con importanti riflessioni sul PNRR) si vedano E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, 667 e G. NAPOLITANO, *Committenza...*, cit., 5; per alcuni profili critici sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *La semplificazione amministrativa in materia di appalti pubblici*, in G.P. Dolso (a cura di), *Governare la ripresa. La pubblica amministrazione alla prova del Recovery Plan*, Trieste, 2022, 129.

59 L. R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, cit. e ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile*, cit.

ta dall'ordinamento, pur ben interpretato alla luce dell'intero ciclo ermeneutico, di raggiungere più soluzioni legittime – è razionalmente prevedibile ed altrettanto ragionevolmente esercitabile e sindacabile perché i diversi profili dell'interesse pubblico sono definiti dalla legge e dalla legge ordinati secondo priorità espresse e chiare, in un ordine che non è se non la declinazione specifica del generale concetto di interesse pubblico come funzione della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali delle persone in quanto trattenuti nella sovranità popolare per la porzione che attiene il loro nucleo essenziale, con bilanciamento delle parti eccedenti codesta essenzialità, vale a dire, “*l'interesse della comunità*”.

Se, quindi, il reale rilievo del principio attiene gli interessi, mi pare che vi siano serie ragioni per dire che il Codice individua e gradua gli interessi, determinando direttive del legislatore all'amministrazione (tanto che, proprio in capo all'amministrazione, il principio realizzativo diviene misura di responsabilità ed incentivi – cfr. art. 1, co. IV) che esercita potere discrezionale, sicché non s'è affatto innanzi al consueto bilanciamento inconoscibile di profili di interesse pubblico indefiniti; piuttosto, si presenta una novità normativa il cui profondo rilievo attiene proprio l'interesse pubblico e la discrezionalità.

Da questo punto di vista, mi pare assolutamente irrilevante se il Codice ampli o riduca i margini di discrezionalità dell'amministrazione. Probabilmente è corretto dire che il Codice incrementa la fattispecie di potere discrezionale, per un lato e, per l'altro, attraverso la definizione normativa dei diversi profili dell'interesse pubblico e la loro gerarchizzazione, rende la valutazione discrezionale razionalmente valutabile, prevedibile, criticabile e sindacabile dal giudice.

5. Il principio del risultato come definizione legislativa dell'interesse pubblico primario e graduazione dei restanti profili di pubblico interesse. Risultato sulla discrezionalità

Dal punto di vista dell'individuazione della regola del caso concreto, quindi, il processo interpretativo si svolge in un ambiente densamente popolato

da principi, che sono qualificati (quanto al loro modo di operare), correlati tra loro (attraverso una molteplicità di collegamenti) e gerarchizzati. Ne deriva, quindi, una riduzione molto consistente della discrezionalità dell'interprete e, quindi, un più penetrante controllo razionale circa l'interpretazione posta in essere dall'amministrazione committente. Il che, naturalmente, non vale ad escludere che la singola fattispecie definita dalla legge non sia tale da consentire di trarvi una pluralità di norme egualmente razionali e secondo un processo interpretativo egualmente corretto. Questo aspetto di riduzione della discrezionalità interpretativa, di per sé rilevante, deve essere tenuto distinto rispetto alla valutazione discrezionale.

Quest'ultima, infatti, opera in un contesto nel quale l'interpretazione delle disposizioni di legge è già intervenuta, eppure residuano più soluzioni legittime⁶⁰, sicché nell'esercizio del potere l'amministrazione pone in essere vere e proprie valutazioni, che attengono la qualificazione dei fatti e, soprattutto, la definizione degli interessi. Infatti, non vi sono ragioni per negare ciò che dottrina e giurisprudenza sostengono da sempre e senza eccezioni, vale a dire che codeste valutazioni attengono fundamentalmente all'identificazione, apprensione e graduazione degli interessi.

Quel che conta – quindi – è che il legislatore, espressamente (art. 4), afferma che il sistema di principi, con le sue relazioni e gerarchie, guida la valutazione dell'amministrazione e, quindi, gradua ed ordina gli interessi. Il vero rilievo del Codice consiste nell'aver identificato i profili rilevanti dell'interesse pubblico, identificando con chiarezza l'interesse pubblico primario (quello realizzativo) ed avendo coordinato e graduato i restanti profili del pubblico interesse.

⁶⁰ Ovvero, per chi assorbe interamente la discrezionalità nell'interpretazione – con posizione dottrinale largamente minoritaria, per quanto autorevole e senza significativo séguito giurisprudenziale – rendendo essa stessa maggiormente discrezionale, il contesto diventa quello della valutazione circa l'interpretazione; su tutte queste questioni, anche per i riferimenti necessari, di recente e con il consueto acume, F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022, 597.

Quel che ancora più conta – dal mio punto di vista – è che l'interesse pubblico primario è stato individuato dal legislatore nell'interesse finale della comunità, in modo corretto a mio modo di vedere se corretta è la teoria dell'interesse pubblico in senso giuridico che ho ritenuto di poter proporre – sicché l'interesse pubblico è sempre dato dalla massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali, garantendo le loro dimensioni essenziali e bilanciando, in modo da garantire l'eguaglianza, quelle che essenziali non sono.

In questi termini, la determinazione dell'interesse pubblico è un'operazione regolata dal diritto, conoscibile e verificabile.

Lo stesso si può dire dell'effetto sulla discrezionalità amministrativa (in aggiunta e diversamente, trattandosi di interessi e non di norme, rispetto a quella interpretativa) che viene dispiegato dal principio realizzativo (o del risultato) nel Codice: *(i)* l'interesse pubblico che deve essere perseguito dai soggetti appaltanti o concedenti è quello dell'affidamento del contratto e dell'esecuzione della prestazione, secondo regole che massimizzino tempestività e rapporto qualità/prezzo, legalità, trasparenza e concorrenza, giacché l'intera attività è *(ii)* diretta al “*soddisfacimento dei fabbisogni della collettività*” – soddisfazione che è, quindi, il fine pubblico primario perseguito dal committente; *(iii)* a questa soddisfazione sono ordinati i restanti profili di pubblico interesse giacché il “*principio del risultato costituisce criterio prioritario*”; *(iv)* pertanto, la valutazione discrezionale avviene alla luce del principio del risultato e della gerarchia ch'esso pone relativamente ai restanti principi, *(v)* in attuazione delle regole costituzionali (di cui all'art. 97 Costituzione), essendo “*attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento*”, “*degli obiettivi dell'Unione europea*” e dei principi generali dell'azione amministrativa nonché, *soprattutto*, della struttura stessa del potere pubblico descritta dalla dinamica costituzionale, secondo la quale esso non può che essere funzionale al godimento dei diritti da parte della persona e delle comunità: “*esso è perseguito nell'interesse della comunità*”⁶¹.

61 Per queste considerazioni, con minore sintesi, L. R. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei*

Non può sfuggire il rilievo di una previsione di diritto positivo che stabilisca che un sistema di principi giuridici ordinati a sistema guidi l'applicazione delle norme, vale a dire l'esercizio del potere discrezionale. Non si tratta di limiti esterni alla valutazione discrezionale, né di vincoli procedurali diretti a far emergere l'interesse pubblico specifico nel confronto procedimentale ma senza alcuna predittibilità. Piuttosto, si tratta di previsioni di diritto destinate ad indirizzare la scelta, definire l'interesse funzionale da perseguire, costituire un parametro interno alla decisione in grado di renderla sindacabile. Le conseguenze sulla discrezionalità amministrativa sono plateali.

contratti pubblici, in *Urbanistica e Appalti*, 2022, 441; ID., *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, *ivi*, 2023, 5; ID., *Commento all'art. 1. Principio del risultato*, in L.R. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici Commentato*, Milano, Wolters Kluver, 2023.