

LIA COLUZZI

Dottoranda di ricerca in diritto pubblico presso il Dipartimento di Studi giuridici ed economici
dell'Università Sapienza di Roma
lia.coluzzi@uniroma1.it

**L'AUTOVINCOLO NELLA SCELTA AMMINISTRATIVA.
PREMESSE ALLO STUDIO DI UNA RICOSTRUZIONE DELLA
FUNZIONE AMMINISTRATIVA COME PROCEDURA**

**SELF-BINDING RULE IN ADMINISTRATIVE CHOICE. PRELIMINARY
OBSERVATIONS FOR A RECONSTRUCTION OF THE
ADMINISTRATIVE FUNCTIONS AS A PROCEDURE**

SINTESI

Il presente contributo si prefigge lo scopo di fornire alcuni spunti di riflessione in ordine alla configurazione strutturale della funzione amministrativa, in relazione alle recenti novità legislative, introdotte con il codice dei contratti pubblici. Così, ci si pone il problema di capire se ed in che modo tali novità in materia di autovincolo impattino all'interno del quadro normativo. Allo scopo, l'articolo disamina diacronicamente l'emersione del concetto di autovincolo. Più nel dettaglio, ci si sofferma sull'esame – prima – dell'obbligatorietà e – poi – dell'auto-obbligatorietà del potere amministrativo. Il tema, invero, è stato scarsamente affrontato dalla dottrina in maniera diretta, vieppiù nel contesto successivo all'emanazione della legge generale sul procedimento.

Successivamente, ci si sofferma sull'ammissibilità e l'ambito di rilevanza dell'autovincolo nel contesto attuale, analizzando specificamente le posizioni della dottrina e della giurisprudenza sul punto. La giurisprudenza, in via generica, richiama il principio dell'autovincolo, talora attribuendogli carattere costituzionale, soprattutto per affermare il ruolo della *lex specialis* rispetto alle determinazioni successive. Invece, la dottrina, precedentemente all'emanazione della legge 7 agosto, n. 1990, si era soffermata sull'autolimita della pubblica amministrazione, affermando una valenza dello stesso tendenzialmente obbligatoria e generale. Successivamente, la predeterminazione amministrativa è stata configurata quale anticipo dell'esercizio del potere discrezionale.

Secondo un'altra tesi più recente, il principio del risultato non avrebbe un impatto significativo all'interno del quadro normativo, posto che la c.d. amministrazione di risultato è già pacificamente ammessa dall'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale. Così, l'unico modo per salvare la giuridicità del principio di risultato starebbe nell'autovincolo.

In conclusione, si tenta fornire alcuni spunti originali per la ricostruzione dell'istituto in parola. Sebbene si sia, in generale, d'accordo con l'interpretazione giurisprudenziale sull'autovincolo in voga e sulle considerazioni effettuate dall'ultima dottrina sopra esposta, si sostiene che l'istituto in esame meriti un approfondimento ulteriore. In particolare, si sostiene che il legislatore, con le suddette novità legislative, abbia posto in luce una volta in più alcuni caratteri procedurali della funzione amministrativa. In particolare, si sostiene che l'autovincolo sia un obbligo procedurale della pubblica amministrazione afferente alla configurazione strutturale della funzione amministrativa. Non si ritiene che la funzione amministrativa possa essere esercitata in senso compiuto in assenza di una procedura volta alla propria autoregolazione. Così, si crede che l'effetto preclusivo derivante dall'autovincolo sia immanente alla configurazione strutturale della funzione amministrativa, in particolare sotto un punto di vista procedurale.

ABSTRACT

This article aims to provide a critical analysis of the structural configuration of the administrative function in light of the recent legislative changes introduced by the Public Contracts Code. Specifically, this study examines whether and how these novelties concerning the principle of self-imposed constraint (autovincolo) impact the existing regulatory framework.

To this end, the paper reviews the historical emergence of the concept of self-imposed constraint. More precisely, it focuses on examining the mandatory nature and subsequently the self-binding nature of administrative power. This subject has, in fact, been sparsely addressed directly by legal scholars, particularly in the period following the enactment of the general law on administrative procedure.

Subsequently, the paper addresses the admissibility and scope of relevance of the self-imposed constraint in the current context, specifically analyzing the

positions taken by legal commentary and case law on this issue. Jurisprudence generally invokes the self-imposed constraint principle, sometimes attributing to it a constitutional character, primarily to affirm the binding role of the *lex specialis* on subsequent administrative determinations. On the other hand, legal scholars, prior to the enactment of Law No. 241 of August 7, 1990, had focused on the self-limitation of the Public Administration, asserting its tendentially mandatory and general validity. Later, this administrative predetermination was interpreted as an anticipation of the exercise of discretionary power.

According to a more recent doctrine, the principle of result is argued not to have a significant impact within the regulatory framework, given that the so-called results-oriented administration is already largely accepted through judicial and doctrinal interpretation. Thus, the only way to safeguard the legal relevance of the principle of result is argued to lie in the self-imposed constraint.

In conclusion, the article seeks to offer original perspectives for the re-interpretation of this legal concept. While generally concurring with the prevailing judicial interpretation of the self-imposed constraint and the latest doctrinal considerations outlined above, it is maintained that the mechanism under examination warrants further study. In particular, the paper argues that the legislator, with the aforementioned legislative changes, has once again highlighted certain procedural characteristics of the administrative function. It is contended that the self-imposed constraint constitutes a procedural obligation of the Public Administration pertaining to the structural configuration of the administrative function. The administrative function cannot be fully exercised without a procedure aimed at its own self-regulation. Therefore, the preclusive effect arising from the self-imposed constraint is deemed immanent to the structural configuration of the administrative function, particularly from a procedural standpoint.

PAROLE CHIAVE: autovincolo, preclusione, potere, funzione amministrativa, sindacato sul potere.

KEYWORDS: self-binding rule, preclusion, power, administrative function, judicial review of power.

INDICE: 1. Introduzione – 2. Tema d'indagine – 3. Profili storici – 4. L'autolimazione del potere amministrativo – 5. La funzionalizzazione dell'attività e la conformazione interna del potere – 6. L'autolimito quale canone generale dell'attività amministrativa – 7. Tesi sull'ammissibilità e l'ambito di rilevanza dell'autovincolo nel contesto attuale – 8. Profili ricostruttivi.

1. Introduzione

Il dibattito sull'autovincolo nasce in Germania nella seconda metà del secolo scorso¹. Da un lato, parte della dottrina tedesca riconduceva tale istituto al principio di uguaglianza, dall'altro lato, ad un'interpretazione sostanziale di detto principio da calarsi concretamente nel rapporto amministrativo². *Mutatis mutandis*, tale dibattito potrebbe essere ricondotto a quello della dottrina costituzionale italiana fra eguaglianza ed imparzialità. Secondo l'impostazione più recente, dunque, l'autolimita deriverebbe dal principio di imparzialità *ex art. 97 Cost*³.

Diversamente dal dibattito tedesco, però, in Italia il *Selbstbindungen der Verwaltung* non ha costituito oggetto di particolari questioni poste all'attenzione di dottrina e giurisprudenza. In disparte alcuni significativi contributi monografici⁴ sul tema, il tema non è stato considerato come meritevole di autonoma discussione, probabilmente anche per l'interpretazione che si è comunemente data ad alcune disposizioni legislative.

Una disposizione in materia, infatti, è contenuta all'interno della legge generale sul procedimento, ma essa viene interpretata per lo più quale circoscritta al settore di riferimento⁵. Ai sensi dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in materia di provvedimenti attributivi di vantaggi economici, è prescritto che le

1 Su tale dibattito e sul tema in generale, cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1 ss.

2 Per una tradizionale impostazione del problema, si considerino le seguenti opere: G. LEIBOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, München und Berlin, C.H. Beck, 1959, p. 1 ss.; M. WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung, Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz*, Berlin, Duncker & Humblot, p. 1 ss. Per una concezione concreta dell'uguaglianza, a cui pare possibile ricondurre l'autovincolo, cfr. H.J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, München und Berlin, C.H. Beck, 1974, p. 1 ss.

3 Aderisce a tale impostazione P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., p. 129 ss. In particolare, il riferimento è a A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, p. 1 ss.

4 Cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., p. 1 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997, p. 1 ss.

5 Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., p. 165 ss.

amministrazioni procedenti debbano predeterminare l'attribuzione economica «nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi».

Tale interpretazione settoriale della norma, sarebbe confermata, peraltro, da argomenti storici, posto che precedenti interventi del legislatore in materia pure si sono concentrati sulle erogazioni patrimoniali⁶.

Tuttavia, il dibattito in esame è tornato di attualità successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici. Infatti, ai sensi dell'art. 1 cod. contratti, è prescritto il c.d. principio del risultato, che, secondo alcuni⁷, potrebbe essere interpretato nel senso che la p.a. sia obbligata *in primis* all'affidamento del contratto, interesse che sarebbe sovraordinato agli altri interessi coinvolti nel procedimento.

Il legislatore, ai sensi del co. 4 del predetto articolo⁸, impone che il risultato costituisca il criterio prioritario attraverso il quale esercitare il potere discrezionale; inoltre, si statuisce che il risultato orienta l'individuazione della regola del caso concreto. La legge prevede, poi, che il risultato debba essere utilizzato prioritariamente per valutare la responsabilità del personale e per l'attribuzione degli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva, rispettivamente ai sensi delle lettere a) e b) della disposizione in commento.

Altro recente riferimento normativo in materia – probabilmente il più significativo – è quello rappresentato dal co. 3 dell'art. 2 del cod. contratti. In particolare, ivi, il legislatore afferma: «*Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di*

6 Cfr., ad esempio, l'art. 1 del decreto legge 30 dicembre 1985, n. 786 e l'art. 9 della legge 1° marzo 1986, n. 64.

7 Cfr. L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e appalti*, 2023, 1 ss.

8 L'art. 1, co. 4, del cod. contratti prescrive: «Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.»

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

Così, da una prima lettura del dato positivo, da un lato, il legislatore ordina che l'azione discrezionale e che l'individuazione della regola del caso concreto siano orientate al risultato. Dall'altro lato, invece, la legge pone un collegamento tra autovincolo e responsabilità, secondo cui il primo costituirebbe parametro di valutazione della seconda.

L'introduzione legislativa delle predette disposizioni, dunque, sembra porre le premesse per una rimediazione del tema dell'autovincolo. Dopo un lungo silenzio della dottrina e della giurisprudenza in materia, anche per effetto delle recenti novità legislative, si ritiene necessario un ripensamento sulla portata precettiva dell'istituto in esame e sull'inquadramento sistematico delle norme sopraindicate.

2. Tema d'indagine

Così, il presente contributo si prefigge lo scopo di fornire alcuni spunti di riflessione sull'ammissibilità e l'estensione dell'eventuale ambito di rilevanza dell'autovincolo nel contesto attuale, anche alla luce delle recenti modifiche legislative intervenute in materia di contratti pubblici.

Secondo una prima approssimativa definizione, si potrebbe dire che l'autovincolo costituisce un effetto preclusivo all'esercizio del potere amministrativo, che, diversamente dai c.d. eterolimiti, promanerebbe direttamente dall'amministrazione.

La parola *αὐτός*, dal greco, evidenzia come il destinatario dell'effetto sia lo stesso soggetto capace di determinarlo. Dall'altro lato, il limite o il vincolo indicherebbe l'impossibilità per la p.a. di comportarsi diversamente da quanto essa stessa si è imposta di fare.

Ciò che contraddistinguerebbe, quindi, tale istituto è la corrispondenza fra soggetto che pone il precetto e soggetto tenuto a conformarvisi⁹.

Tale peculiare caratteristica del fenomeno autolimitativo, invero, si potrebbe osservare altresì con riferimento a poteri diversi da quello amministrativo¹⁰. Per esempio, si consideri l'autovincolo legislativo¹¹. La dottrina costituzionalistica¹², specie con riferimento alle leggi di incentivazione, ha studiato con attenzione il concetto di autolimitate, interrogandosi sulla possibilità se il legislatore del presente possa vincolare quello del futuro.

In disparte tali ipotesi, il presente contributo si pone l'obiettivo di studiare il fenomeno autolimitativo con esclusivo riferimento al caso in cui il soggetto impositore e destinatario del precetto sia la p.a.

Nel procedere al tentativo di definire i tratti peculiari della nozione in esame, poi, si ritiene necessario un approfondimento ulteriore sulla distinzione tra autolimiti ed eterolimiti¹³. Gli eterolimiti, diversamente dagli autolimiti, sarebbero ascrivibili al fenomeno dell'etero-normazione ed, in quanto tali, produrrebbero effetti preclusivi diretti a vincolare soggetti diversi da coloro che li appongono. Così, nell'eterolimitate, si avrebbe una discrepanza fra soggetto che pone il precetto e destinatario dello stesso.

9 Cfr., sull'autonormazione e l'eteronormazione, C. PINELLI, *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2018, 30 ss.

10 Si richiama, in tal senso, la dottrina dell'autolimitazione dello Stato di Jellinek. Cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, S.E.L., 1912, II ed. (op. orig. 1905), 95 ss., su cui si veda anche SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, S.E.L., 1900, 159 ss.

11 Sul tema, cfr. A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, III, Milano, Giuffrè, 1987, 391 ss. ora in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, Cedam, 2002. Nel dibattito, la questione si è posta, con riferimento alle leggi di incentivazione, sull'esistenza di un divieto per il legislatore del futuro di abrogare retroattivamente la legge di incentivo.

12 Per alcuni contributi recenti, si rinvia a M. LUCIANI, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento Europeo*, in *Eurojus.it*, 2019, 64 ss.; F. RIMOLI, *Leggi a ciclo annuale e vincoli al legislatore futuro: un profilo teorico*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 1 ss.

13 Cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimitate*, cit., 29 ss., secondo cui, in taluni casi, la distinzione tra autolimiti ed eterolimiti sfumerebbe. Anzitutto, in determinati casi, sarebbe la legge stessa a prescrivere che l'amministrazione si autolimiti. Poi, in altri casi, l'autolimitate potrebbe derivare da un'interpretazione dell'eterolimitate. L'A. richiama a tal proposito il caso delle circolari interpretative.

Tradizionalmente, la distinzione in esame, dunque, si spiegherebbe nei termini che seguono: da un lato, l'amministrazione sarebbe soggetta a vincoli "esterni" e per lo più legislativi; dall'altro lato, la p.a. avrebbe la facoltà di porre dei limiti a sé stessa, attraverso i quali nascerebbero nuovi doveri di conformazione per il potere, diversi da quelli "esterni" e già previsti in via costituzionale, legislativa, giurisprudenziale, ecc. ...

A proposito di questa seconda tipologia di limiti, si segnala che non è sempre stata riconosciuta una loro rilevanza "esterna", cioè propriamente obbligatoria e sindacabile da parte del privato¹⁴.

Invero, è su tale punto che, oggi, le varie classificazioni in seno al binomio autolimitate/eterolimitate tendono a sfumare. A tal proposito, infatti, potrebbero essere infiniti i distinguo¹⁵. Per esempio, si potrebbe altresì parlare di eterolimitate con riferimento ad atti di una pubblica amministrazione che vincolano amministrazioni diverse dalla prima¹⁶.

Invero, come si cercherà di evidenziare meglio più avanti, l'impostazione tradizionale presenta alcuni profili di perplessità. In particolare, si ritiene che, oggi, alcune classificazioni, abbiano un valore più prettamente storico e descrittivo,

14 Come si vedrà meglio più avanti – nell'ambito della ricostruzione storica dell'auto-obbligatorietà del potere amministrativo –, in origine, la norma organizzativa veniva considerata unicamente su un piano interno all'amministrazione. Quindi, più che di un obbligo per l'amministrazione di conformarsi ad un precetto da essa auto-imposto, attraverso una norma organizzativa, potrebbe parlarsi di un dovere. Cfr. E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 1 ss.; F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, Giuffrè, 1963, 196 ss. Secondo questo filone, infatti, la norma interna non avrebbe rilevanza rispetto ai terzi, se non nei limitati in casi in cui l'ordinamento generale conferisca ad essa un riconoscimento specifico.

15 Sull'eterogeneità del fenomeno autolimitativo, cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimitate*, cit., 29 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 247 ss.

16 Invero, come noto, la dottrina e la giurisprudenza non sono unanimi sulla considerazione unitaria o frammentaria del soggetto pubblica amministrazione. Sulla violazione delle norme di competenza, la giurisprudenza ha affermato, con la sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, che, in forza della norma sui poteri non ancora esercitati, in caso di vizio di incompetenza, non potrebbe essere fatto valere l'art. 21 *octies* della l. n. 241/1990. Orientamenti più recenti, invece, consentirebbero l'applicazione di tale ultima norma. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2022, n. 8846; sez. II, 17 marzo 2022, n. 1933. Per uno studio approfondito in materia e per una considerazione unitaria del soggetto p.a., si veda A. CARBONE, *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2024, 25 ss.

che un significato strettamente tecnico. A fronte di precetti posti dalla legge o dall'amministrazione stessa, infatti, si ritiene che l'effetto risultante a carico dell'amministrazione precedente sarebbe, comunque, conformativo rispetto all'esercizio del potere. Per tale ragione, non si crede che vi sia una particolare differenza tra limiti interni ed esterni per la p.a., quanto al loro carattere obbligatorio. Del pari, in entrambi i casi la conformazione del potere agli eterolimiti e agli autolimiti sarebbe oggetto di pretesa da parte del privato, sindacabile in giudizio¹⁷.

Così, non sarebbe più attuale una distinzione fra norme, comprese quelle poste dall'amministrazione stessa, che vivrebbero unicamente all'interno dell'ordinamento amministrativo e norme idonee a riflettersi anche nell'ordinamento generale. In passato, invece, una forte valorizzazione del principio di legalità, conduceva alla considerazione che una norma organizzativa – ed ascrivibile al fenomeno autolimitativo – avesse efficacia meramente interna¹⁸.

In definitiva, in origine, gli stessi profili di obbligatorietà del potere dell'amministrazione costituivano oggetto di discussione¹⁹, sicché, in termini sto-

17 Peraltro, alcuna dottrina ritiene che l'eccesso di potere non sia diversamente configurabile dalla violazione di legge. In questo senso, cfr. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, 168 ss.

18 A partire dall'elaborazione della teoria della pluralità di ordinamenti giuridici (cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1948, 63 ss.), come noto, si sviluppò un filone in base al quale la norma godrebbe di un ambito di rilevanza limitato all'ampiezza dell'ordinamento da cui scaturisce. Così, secondo varie declinazioni, cfr. E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., p. 1 ss.; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Milano, Giuffrè, 1958, 100 ss.; F. BASSI, *La norma interna*, cit., 196 ss. Si precisa che, secondo questo filone, sarebbe ammissibile, in alcuni casi, la rilevanza nell'ordinamento generale del rapporto interno. Si tratterebbe, in particolare, di quelle ipotesi in cui per la funzionalizzazione dell'ordinamento interno a quello generale, per un rinvio specifico alla norma interna, per la presupposizione della norma interna da parte dell'ordinamento generale, quest'ultimo riconoscerebbe efficacia esterna al rapporto interno. Per ulteriori e più recenti sviluppi di questa impostazione, si richiama A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 133 ss.; ID., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della Istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 95 ss.

19 Sino a quanto affermato da G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 203 ss., infatti, si considerava che la p.a. godesse di libertà assoluta, all'interno di quanto delimitato solo in negativo dalla legge. Per l'impostazione precedente, cfr. O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Luigi Pierro, 1912, 268 ss.

rici, sicuramente è di pregio il passaggio dal riconoscimento di uno spazio di libertà assoluto dell'amministrazione a quello dei c.d. eterolimiti. La considerazione che il potere amministrativo fosse conformato da limiti interni²⁰ assumerebbe, in tal senso, un valore altrettanto significativo.

Ad oggi, però, non pare più possibile dubitare sull'obbligatorietà dell'esercizio del potere amministrativo, secondo quanto determinato tanto dagli eterolimiti quanto dagli autolimiti²¹. Pertanto, si potrebbe affermare che non risulta una reale differenza tra eterolimiti ed autolimiti in termini di possibilità di un sindacato giurisdizionale circa gli aspetti obbligatori del potere.

La questione che, invece, appare ancora aperta è quella se l'amministrazione abbia o meno un obbligo di autovincolarsi nell'ambito dell'esercizio del potere amministrativo, posto che a detto autovincolo si riconoscerebbe efficacia esterna.

Dunque, è sulla questione se la p.a. abbia un obbligo o una facoltà di emanare un precetto secondo gli autolimiti da essa imposti che ci si intende soffermare²², dato che non si ritiene che a tale quesito possa ascrivere carattere meramente storico o descrittivo. Infatti, l'interrogativo in parola si porrebbe per l'attuale dato positivo, vieppiù all'esito delle modifiche legislative intervenute di recente nel settore dei contratti pubblici.

20 A tal proposito, si richiamano le teorizzazioni intorno al potere discrezionale di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939, 51 ss.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1965, 94 ss.

21 Sul punto, cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 208 ss.

22 Del resto, su tali aspetti – sebbene non sempre in via esplicita – si sono concentrati i contributi monografici e più recenti sul tema. Per il contesto previgente, si richiama P.M. VIPIANA, *L'autolimito*, cit., 161 ss., secondo cui l'autolimito è stato ascrivito all'attività amministrativa in generale, quale suo canone. Perciò, in tale concezione, sarebbe configurabile un obbligo tendenziale di autolimito per la p.a. Si rammenta che tale costruzione è antecedente all'entrata in vigore della legge generale sul procedimento.

Secondo A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 208 ss. e 220 ss., la predeterminazione sarebbe un valore acquisito dalla legislazione italiana e non vi sarebbe più alcun dubbio in ordine alla rilevanza esterna delle norme interne. Secondo l'A., infatti, è per lo più attraverso le norme secondarie che avverrebbero le scelte parziali della p.a. A sostegno di ciò, l'A. richiama non solo quanto diffuso in senso analogo in altri ordinamenti, come quello tedesco e quello francese, ma anche quanto affermato chiaramente dal legislatore italiano, ai sensi degli artt. 12 e 26, co. 1, della l. n. 241/1990. Si segnala che il co. 1 dell'art. 26 cit. è stato poi abrogato dall'art. 53, co. 1, lett. a), del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Sempre nell'ottica di perimetrare il più possibile il tema d'indagine, da ultimo, si segnala che, in senso lato, anche l'affidamento potrebbe essere ricondotto al fenomeno autolimitativo, nella misura in cui l'amministrazione soggiace ad effetti preclusivi da essa stessa derivanti per aver posto in essere comportamenti dotati di peculiari caratteristiche affidanti²³. Si ritiene, però, che l'affidamento sia solo in senso lato pertinente al tema qui indagato, posto che, nell'ambito dello stesso, gli effetti obbligatori cui è soggetta l'amministrazione si fonderebbero su comportamenti che non integrano l'apposizione di un precetto e che, quindi, sarebbero estranei all'esercizio della funzione²⁴.

Pertanto, non pare che il fenomeno dell'affidamento sia da affrontare in questa sede e si ribadisce che si cercherà di dare una risposta alla configurabilità di una situazione soggettiva di obbligo o facoltà della p.a. ad autovincolarsi, al netto della rilevanza esterna degli effetti precettivi che deriverebbero dall'autovincolo.

3. Profili storici

Così perimetrato il tema d'indagine, si intende ripercorrere brevemente quali siano stati i passaggi più salienti che hanno condotto all'affermazione del concetto di autovincolo. Nell'ambito di tale *excursus*, si dovrà necessariamente richiamare altresì lo sviluppo della concezione obbligatoria del potere²⁵, posto che

23 Per la ricostruzione che qui si nega, cfr. G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, Jovene, 2023, 183 ss.

24 Per questa ricostruzione, A. CARBONE, *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità nel diritto amministrativo*, in *Pers. amm.*, 2023, 630 ss. Secondo quest'ultimo A., sarebbero da accogliere alcune critiche di A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, Cedam, 1979, p. 1 ss. alla concezione merusiana della buona fede. In particolare, il riferimento è al rilievo secondo cui la costruzione in F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1979, 82 ss. non terrebbe conto che la struttura del potere impone già all'amministrazione una ponderazione di interessi, nell'ambito di una concezione concreta e non astratta dell'interesse pubblico da perseguire. Così, secondo Carbone, la violazione della buona fede da parte della p.a. costituirebbe il presupposto di una responsabilità da comportamento che si colloca esternamente all'esercizio della funzione. Si richiama, in tal senso, la responsabilità sul piano civilistico per abuso del processo.

25 In generale, sui profili storici, cfr. *ex multis* M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, Sassari, Gallizzi, 1940, II, 137 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, 10 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, Il Mulino, 1986, 40 ss.; G. BERTI, *La parabola della persona dello Stato (e dei suoi organi)*, in *Quad. fiorentini*, 1982-1983, 1000 ss.; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1992, 12 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del*

si considera la stessa la premessa per la ricostruzione degli effetti obbligatori promanati da determinazioni della p.a.

Come noto, originariamente, una concezione esclusivamente politica del potere impediva di concepire alcun carattere obbligatorio che fosse ascrivibile all'esercizio dell'autorità pubblica²⁶. In tal senso, alla forza pubblica era riconosciuto unicamente uno stato di supremazia nei confronti della collettività, in nome del quale alla p.a. potevano attribuirsi solamente diritti e facoltà²⁷, ma non obblighi.

Si ebbe, quindi, un progressivo mutamento dal riconoscimento di una libertà assoluta in capo all'amministrazione ad un'azione amministrativa limitata solo in negativo, secondo la legge. In tale contesto, come anticipato, non era affatto possibile parlare di obblighi dell'amministrazione, bensì cominciarono ad essere ascritte ad una dimensione giuridica unicamente le prerogative ad essa attribuite. Ciò, dunque, pose per la prima volta il problema della legittimazione del potere²⁸, che tentò di essere risolto attraverso varie soluzioni, le quali diedero origine alla c.d. parabola dello Stato²⁹.

Una prima soluzione fu quella della personificazione dello Stato³⁰, da cui conseguì la mistificazione dello Stato-persona, idealmente³¹ rappresentante degli interessi dello Stato-comunità. In nome di tale costruzione, poté giustificarsi

provvedimento amministrativo. Saggio critico, Padova, Cedam, 2000, 12 ss. Per un contributo recente, cfr. A. CARBONE, *Considerazioni generali sull'organizzazione*, cit., 1 ss.

²⁶ Per uno studio approfondito degli autori pre-orlandiani ed il loro impatto sulla formazione successiva della scienza del diritto amministrativo in Italia, cfr. G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, 1981, Bologna, Il Mulino, 33 ss.

²⁷ A tal proposito, si richiamano V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato*, cit., p. 1 ss.; O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., 409 ss.

Come noto, secondo queste tesi, in via precipua veniva riconosciuta giuridicamente la soggettività pubblica, secondo gli insegnamenti della dottrina tedesca. Cfr. C.F. VON GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971 (op. orig. 1865), 91 ss.; G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 10 ss.; ID., *La dottrina generale dello Stato*, Milano, S.E.L., 1921, II ed. (op. orig. 1905), 680 ss.; P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches verzeichnis*, I-IV, Tübingen, Laupp, 1876-1882.

²⁸ Sul problema della legittimazione, cfr. A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 559 ss.

²⁹ Cfr. G. BERTI, *La parabola della persona dello Stato*, cit., 1000 ss.

³⁰ Per il dogma volontaristico, all'interno del rapporto di diritto pubblico, cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 46 ss.

l'esercizio del pubblico potere. Con il soggettivismo statale, dunque, si cercò di proteggere l'intangibilità della sfera pubblica anche attraverso la valorizzazione del diritto privato e del dogma della volontà³².

Da tale ricostruzione, discese, poi, la c.d. teoria organicistica, in base a cui le prerogative dell'amministrazione cominciarono ad essere delimitate anche per la funzionalizzazione delle stesse rispetto agli scopi che lo Stato ed i suoi organi si vedevano attribuiti³³. Attraverso questa teoria, si alimentò la rarefazione del potere statale, considerato legittimato in forza della relazione organica intercorrente tra organo ed ente e tra ente e Stato³⁴.

Una seconda soluzione al problema della giustificabilità del potere pubblico fu trovata nel far dipendere le attribuzioni dell'amministrazione direttamente dalla sua natura istituzionale e dall'ordinamento che da essa discenderebbe³⁵. Da ciò, derivò successivamente la convinzione che quanto accadesse su un piano interno ed organizzativo non potesse, nella maggior parte dei casi, essere valido e suscettibile di essere sindacato nell'ambito dell'ordinamento generale³⁶.

31 Come si approfondirà più avanti, nello Stato mono-classe, il concetto di rappresentatività era limitato alla soddisfazione degli interessi della classe borghese dominante. Cfr. C. PINELLI, *Diritto pubblico*, cit., 58 ss.

32 Cfr. D. DONATI, *Atto complesso autorizzazione, approvazione*, in *Arch. giur.*, 1903, ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1966, p. 1 ss.

33 Il riferimento è alla teoria organicistica dello Stato, per effetto della quale la giustificazione dell'esercizio del potere pubblico è insita in una legittimazione prettamente soggettiva. Quindi, gli unici limiti, in tal senso, ascrivibili al potere dipenderebbero dal fatto che si reputa necessaria un'attribuzione legislativa dello stesso. Cfr. A. DE VALLES, *Teoria giuridica e organizzazione dello Stato*, I, *Lo Stato. Gli uffici*, Padova, Cedam, 1931 83 ss.; U. FORTI, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, Jovene, 1948, 50 ss.

34 Questa rarefazione comportò progressivamente la scoperta e la caduta delle impalcature sulle quali si reggeva la c.d. parabola della persona dello Stato. Cfr. G. BERTI, *La parabola della persona dello Stato*, cit., 1007 ss, secondo cui, con la teoria organicistica dello Stato, la parabola suddetta raggiunse la sua massima espansione, posto che la legittimazione del potere si fondava su un concetto di Stato completamente artificiale. Questa nozione di Stato appariva del tutto scollegata dal concetto di rappresentanza del popolo, ma, al contempo, distante dalla figura della classe di governo. Da un lato, tale nozione di Stato serviva per la deresponsabilizzazione del monarca e della classe politica, dall'altro lato, era strumentale per la legittimazione della classe politica e per l'agire degli organi amministrativi. La parabola dello Stato, poi, proseguì attraverso la nozione di ufficio, che sostituisce quella di organo. Cfr. F. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, *Ist. Enc. It.*, 1991, p. 1 ss.

35 Cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 63 ss.

Secondo una terza impostazione³⁷, invece, la legittimazione del potere poté giustificarsi per la sua derivazione diretta da una norma fondamentale – e costituente – da cui si facevano dipendere tutte le conseguenze successive all'interno dell'ordinamento. Un'altra ricostruzione³⁸, ancora, identificò la legittimazione del potere nell'equilibrio costituente venutosi a determinare per effetto del gioco fra forze politiche.

Ognuna di queste ricostruzioni sulla legittimazione³⁹ contribuì, quindi, in parallelo, all'impostazione del problema della limitazione del potere ed, in generale, all'affermazione dell'idea che l'esercizio del potere non potesse superare specifici parametri giuridici. Solo in forza di attribuzioni legislative precisamente perimetrare, infatti, poteva risultare legittimo l'esercizio della forza pubblica.

Dunque, fu con la teorizzazione del rapporto pubblicistico che vennero riconosciute per la prima volta – sebbene in ottica liberale – delle prerogative anche al cittadino. In maniera coerente con il concetto di “giuridicità” tipico dell'epoca liberale⁴⁰, però, il cittadino non poteva che far valere il riconoscimento formale delle proprie prerogative, a fronte di una “concessione” da parte dello Stato, senza che ad esse potesse conseguire una tutela sostanziale. Così, non pare

36 A tale filone dottrinale, è possibile ricondurre sia chi ha studiato le norme organizzative (cfr. E. SILVESTRI, *L'attività interna*, cit., 1 ss.; F. BASSI, *La norma interna*, cit., 196 ss.) sia chi si è concentrato sull'ordinamento amministrativo e le norme che da esso deriverebbero, secondo un approccio neo-istituzionistico (cfr. E. GUICCIARDI, *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur.it*, 1951, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, UTET, 1967, 55 ss.; ID., *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1954, 7 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, 133 ss.; A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della Istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, 95 ss.).

37 Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000 (op. orig. 1934), 47 ss.

38 C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998 (rist. 1940), 53 ss.

39 Con ciò non si vuole dire che il problema della legittimazione si considera esaurito. Nel contesto attuale, peraltro, è un tema di forte dibattito. Si pensi, per esempio, all'istituto della riserva di amministrazione. Per uno studio sul tema che pone in evidenza il tema della legittimazione, cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 1ss.

40 Sulle ambiguità della nozione di “giuridicità” in epoca liberale, cfr. *ex multis* M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 40 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 52 ss.

potersi ancora configurare effettivamente una concezione obbligatoria del potere, posto che non si considerava giustiziabile alcuna pretesa sostanziale di fronte alla forza pubblica⁴¹.

Fu solo con la progressiva affermazione del principio di legalità amministrativa⁴² e la nascita della giustizia amministrativa, che cominciarono ad essere imputate alla pubblica amministrazione situazioni soggettive di obbligo⁴³. Più nel dettaglio, per effetto dell'abolizione del contenzioso amministrativo, e sino al 1889, cioè alla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, l'amministrazione veniva equiparata ad un privato, sicché il giudice non possedeva neanche gli strumenti cognitori per un sindacato sul potere amministrativo. Esso viveva quale facoltà all'interno dell'ordinamento. Da questo punto di vista, come anticipato, non era possibile distinguere il potere amministrativo dall'autonomia negoziale.

Successivamente, in parallelo al progressivo riconoscimento della natura giurisdizionale della neo-istituita sezione del Consiglio di Stato⁴⁴, si ebbe una crescente valorizzazione del principio di legalità. In tale ottica, il potere pubblico può considerarsi legittimo – cioè conforme ai limiti che dipendono dalla propria legittimazione – solo in nome di un atto legislativo, dotato di rappresentatività.

In tale fase, si registra una iniziale giuridicizzazione del potere amministrativo⁴⁵, perché, sebbene all'inizio unicamente con riferimento alla legislazione,

41 Si è detto, infatti, che la nascita della giustizia amministrativa è una pagina della storia costituzionale italiana. Cfr. C. PINELLI, *Diritto pubblico*, cit., 71 ss.

42 Cfr. G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 203 ss.

43 Per questo passaggio cruciale, dall'insindacabilità del pubblico potere ad una iniziale razionalizzazione della tutela nei confronti dell'amministrazione, cfr. F.G. SCOCA, *Sguardo storico sopra i contenuti ed i limiti della tutela nei confronti dell'amministrazione*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1991, 555 ss. Cfr. altresì F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 1 ss.

44 Per il dibattito intorno al riconoscimento di tale natura, cfr. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, S.E.L. 1901, 717 ss.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, V ed., 392 ss.; A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 1961, 152 ss.

45 Per questi profili analizzati più approfonditamente, cfr. L. COLUZZI, *La strutturazione delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo. Premesse teoriche di una tutela effettiva*, in *Giustamm.it*, 2023, par. 4 ss.

l'azione amministrativa poteva essere coartata nel suo svolgimento. Si considerava la fonte legislativa l'unica autorizzata a porre dei limiti all'operato amministrativo, posto che solo con essa poteva essere soddisfatto lo *standard* di democraticità e rappresentatività legittimante un effetto preclusivo all'azione del governo. Naturalmente, la concezione della rappresentatività era diversa da quella che si ebbe successivamente, con l'avvento dello Stato costituzionale. All'epoca, si considerava sufficiente che la nozione di democraticità si limitasse ad indicare la rappresentanza della maggioranza⁴⁶.

Sulla base di queste premesse – recepite altresì dal formante giurisprudenziale –, la dottrina elaborò le prime teorizzazioni intorno al concetto di discrezionalità⁴⁷. Si ritiene che questa fase abbia un ruolo tutt'altro che marginale con riferimento all'affermazione della nozione di autovincolo. Infatti, nonostante plurimi retaggi perorati da dottrina e giurisprudenza⁴⁸, attraverso l'enucleazione di tale nozione, progressivamente, si assiste al riconoscimento sempre più netto di una concezione obbligatoria del potere dell'amministrazione⁴⁹.

46 Per l'affermazione dello Stato pluriclasse, cfr. M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 49 ss.; G. DI GASPARÉ, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., 18 ss.

47 Come noto, secondo la ricostruzione di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 51 ss., la discrezionalità avrebbe connotati anche politici, nel senso che, con essa, la p.a. esegue una valutazione di opportunità, per effettuare una ponderazione tra contrapposti interessi. Invece, secondo C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, De Luca, 1935, ora in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, II, Milano, Giuffrè, 1972, 474 ss., la discrezionalità sarebbe in sé espressione delle forze materiali, cioè politiche, insite nel tessuto costituzionale. Per ciò, la politicità sarebbe ascrivibile *ex se* alla costruzione normativa del potere, anche amministrativo discrezionale.

Secondo A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, 77 ss., la discrezionalità si risolverebbe nell'imposizione di una regola precettiva, secondo quanto normativamente previsto, da parte della p.a., nell'ambito dello svolgimento delle proprie funzioni. In questo A., dunque, il profilo volontaristico della p.a. non giustificherebbe tanto la possibilità di emanare un atto amministrativo, quanto, di esercitare, nell'ottica della funzionalizzazione dell'attività, una regola che possa incidere sulla realtà effettuale.

48 Cfr. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 203 ss., sulla strumentalizzazione della nozione di "imperatività" del provvedimento per l'affermazione della supremazia del potere pubblico. Cfr. altresì A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e studio dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 393 ss. per uno studio approfondito sul peso del problematico rapporto tra potere legislativo ed esecutivo rispetto alla sindacabilità in giudizio della discrezionalità.

49 Per questi aspetti, cfr. F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, 110 ss.

Nonostante, quindi, il tentativo di non invadere gli spazi dell'amministrazione e dell'esecutivo, il mito della concezione non obbligatoria del potere ha continuato ad essere affermato in via di principio, ma, progressivamente, ha incontrato il suo declino⁵⁰, specie per effetto delle varie interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno cercato di riempire il vuoto legislativo sul procedimento amministrativo⁵¹.

Come si vedrà più avanti, infatti, nel contesto previgente alla legge generale sul procedimento, la dottrina, attraverso varie teorizzazioni, valorizzerà il dato costituzionale e lo scarso dato legislativo per definire sempre più efficacemente lo statuto obbligatorio del potere, che deriverebbe dalla configurazione che ne è tratta dello stesso.

In tale frangente, quindi, si giunge alla considerazione che una concezione del potere⁵² a cui non siano connaturati anche profili di obbligatorietà non fosse più accettabile. Secondo un'idea moderna di "giuridicità"⁵³, nel solco di una rot-

50 Cfr. A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, cit., 65 ss.

51 Cfr., per esempio, G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3168 ss. L'A. afferma che, tradizionalmente, il concetto di discrezionalità avrebbe assunto il significato di spazio di libertà. Invece, nel contesto in cui egli scrive, la discrezionalità e la doverosità si mescolerebbero. Secondo l'A., in particolare, la giurisprudenza, con il corso del tempo, avrebbe enucleato un *corpus* normativo che limita ed integra l'azione amministrativa.

Cfr., altresì, G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 441 ss., sulla valorizzazione dell'art. 97 Cost., da parte della giurisprudenza acostituzionale, per enucleare lo statuto del potere amministrativo.

52 Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. e comm. Università di Messina*, 1981, 415 ss.

53 Per tale nozione di "giuridicità", da un'accezione dinamica, nel contesto della Costituzione repubblicana, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 415 ss.; ID., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, 51 ss. Invero, di "dinamica giuridica" già parlava G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 779 ss., ma in un'altra accezione, cioè in senso prettamente oggettivo. In tale concezione, dunque, il potere sarebbe una situazione giuridica oggettiva.

Con Romano Tassone, invece, si ebbe il tentativo di recuperare il significato assiologico del soggetto nell'ambito della oggettivizzazione della funzione. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss. Sulla scia di tale impostazione, è da ricondurre altresì la tesi sul potere quale modulo procedurale di accertamento di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Torino,

tura rispetto alle costituzioni liberali, cioè al mero riconoscimento formale delle situazioni soggettive, il potere, quale situazione soggettiva composita, sarebbe caratterizzato anche da tratti obbligatori⁵⁴. Con ciò si vuole evidenziare una prima “fonte” interna degli obblighi destinati alla p.a. stessa, consistente nella configurazione che del potere si dà.

4. L'autolimitazione del potere amministrativo

Nel tentativo di perimetrare, quindi, quale fosse lo spazio libero della p.a., e dell'esecutivo, si riconosceva, in maniera inevitabile, anche quale fosse la conformazione interna ed obbligatoria al potere stesso. Così, può cominciare a parlarsi di autolimitazione del potere amministrativo, dipendente direttamente dalla configurazione dello stesso.

In particolare, l'esercizio della discrezionalità, sebbene risultasse descritto come connotato da alcuni spazi di libertà⁵⁵, non poteva avvenire in senso divergente da quanto imposto direttamente dal perseguimento dell'interesse pubblico. E, certamente, tra le libertà dell'amministrazione, pare riconducibile la facoltà di determinarsi secondo criteri e regole dalla stessa definiti.

In tale ottica, per la prima volta, l'autolimitazione verrebbe ad essere ricondotta ad una facoltà della p.a. inerente specificamente al potere della stessa. Tale passaggio, quindi, è di notevole rilievo, perché non si vede più il fenomeno limitativo come esterno all'esercizio del potere dell'amministrazione, ma come qualcosa di connaturato al potere stesso. In tal senso, a partire dalle prime teorie sulla discrezionalità, si può cominciare a parlare di autolimitazione del potere amministrativo come nozione autonoma.

Sebbene, originariamente, l'autolimitazione potesse essere ricostruita quale facoltà dell'amministrazione, comunque era ammesso il sindacato giurisdizionale

Giappichelli, 2020 (rist. 2025), 387 ss., come osservato da G. TROPEA, *Potere giuridico e diritti indegradabili*, in *Dir. e proc. amm.*, 2025, 47 ss.

⁵⁴ Per la concezione del potere quale situazione giuridica soggettiva, cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 149 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 60 ss.

⁵⁵ Per una ricostruzione comparatistica sulla nascita del concetto di discrezionalità in Italia, Germania e Francia, cfr. F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, cit., 117 ss.

sul mancato rispetto dei limiti derivanti dal perseguimento dell'interesse pubblico. Così, grazie alla figura dell'eccesso di potere, si considerano sindacabili i vizi sull'esercizio della discrezionalità⁵⁶.

Come noto, prima, l'eccesso di potere era inquadrato nel più ristretto concetto di sviamento di potere, che aveva a che vedere più specificamente con l'esercizio del potere per scopo diverso da quello attribuito dalla legge. Invece, successivamente, si ebbe un'espansione applicativa dell'eccesso di potere fino a ricomprendervi plurime distorsioni inerenti all'esercizio della funzione⁵⁷, al di là dello sviamento in senso stretto.

Anche secondo questa evoluzione, dunque, possono ascrivere nuovi caratteri obbligatori al potere, che dipenderebbero dalla sua configurazione ed, in particolare, dal suo orientamento al perseguimento di un interesse della collettività.

Come anticipato al paragrafo precedente, inoltre, pare potersi ascrivere, al fenomeno autolimitativo lo studio di alcuna dottrina sulle norme organizzative, aventi una mera rilevanza interna. In quanto tali, tali norme non avrebbero potuto essere sindacate dal giudice amministrativo. Pertanto, in tale ottica, si potrebbe parlare per lo più di facoltà dell'amministrazione di autolimitarsi, cui non corrisponde, però, un effetto preclusivo rilevante nell'ambito dell'ordinamento generale.

Anche tali concezioni incentrate sul momento organizzativo, però, cominciarono a scontrarsi con le teorizzazioni sulla discrezionalità e sulla funzione.

Come noto, all'inizio del Novecento si assiste ad una progressiva dilatazione della dimensione prestazionale dell'amministrazione⁵⁸. Quest'ultima si vide sempre più investita di funzione programmatiche e di erogazioni di servizi, pertanto non si considerava più l'attività amministrativa quale produzione di atti. Il privato, corrispondentemente, cominciava ad avvertire l'esigenza di far valere non più solo l'annullamento dell'atto, ma anche di chiedere la produzione di un deter-

56 Per tale passaggio ed il mutamento rispetto all'assetto precedente fondato sullo sviamento di potere, cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 991 ss.

57 Cfr. la ricostruzione di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 991 ss. Per le problematiche inerenti questa figura nel contesto attuale, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 313 ss.

58 Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 2019, 157 ss.

minato effetto⁵⁹ alla p.a.

Da ciò, risulta che nell'ambito dell'azione amministrativa non potesse più distinguersi tra profili organizzativi ed attività in senso stretto. Anche l'erogazione di prestazioni e servizi diviene contenuto dell'attività amministrativa, che non può più essere spiegata unicamente attraverso l'organizzazione⁶⁰. Per tale ragione, l'illegittimità del potere amministrativo dovrà valutarsi secondo nuovi parametri di obbligatorietà non più attinenti unicamente all'illegittimità dell'atto.

Il potere amministrativo risulta ora estrinsecarsi attraverso una funzionalizzazione dell'attività che varia al variare degli scopi da perseguire. Così, è ampliata la concezione obbligatoria del potere, dall'interno, anche attraverso le teorizzazioni sulla funzione amministrativa⁶¹. In tal senso, dalla funzionalizzazione dell'attività dipenderebbe la facoltà della p.a. di porre autolimiti.

59 Sugli studi volti al superamento dell'insufficienza dei mezzi con cui chiedere tutela all'amministrazione, si richiama A. CARBONE, *Different remedies in the Judicial Review of Administrative Decisions: the Introduction of the azione di adempimento in Italy (from a Comparative Prospective)*, in *Eur. Rev. Publ. Law*, 2013, 1225 ss.

60 Cfr. sul punto G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., 780 ss.

61 Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, cit., 1117 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, 108 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, 1 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., 782 ss.

Sull'importanza del pensiero di Benvenuti nel contesto di riferimento, cfr., L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99 ss. L'A. sottolinea come non sarebbe possibile, nel contesto attuale, condividere la teoria di Benvenuti nella misura in cui all'amministrazione non spetterebbe l'individuazione dell'interesse pubblico, bensì solo la sua concreta attuazione secondo i valori insiti già nel tessuto costituzionale.

Per una diversa ricostruzione, cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 387 ss; ID., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II, *Considerazioni conclusive*, Torino, Giappichelli, 2025, 509 ss.; ID., *A mo' di prime conclusioni. Sulla riflessione su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Pers. amm.*, 2024, 517 ss. secondo cui non sarebbe condivisibile l'affermazione secondo cui la p.a. abbia uno spazio di valutazione in ogni caso già determinato da una regola preesistente. Così, l'A. sostiene che la regola di preferenza discrezionale sia già operativa sul piano procedurale, ma non ancora su quello sostanziale. La regola di preferenza discrezionale, sebbene non ancora definita nel suo contenuto, sarebbe, secondo tale tesi, già operativa nella sua accezione procedurale, pertanto, sarebbero ascrivibili profili obbligatori al potere amministrativo proprio per la connotazione strutturale che ha la funzione amministrativa.

In tale ottica, non risulterebbe più possibile confinare, quindi, gli effetti del fenomeno autolimitativo all'organizzazione amministrativa, perché essi deriverebbero da un'azione amministrativa configurata nei termini di funzione. La funzionalizzazione dell'attività, orientata secondo il fine da perseguire, quindi, implicherebbe la facoltà di darsi una coerenza ed una regolazione interna, che sarebbe, in caso di vizi, sindacabile da parte del cittadino.

Così, in chiave ricostruttiva, potrebbe parlarsi di una facoltà per l'amministrazione di autovincolarsi, dipendente dalla struttura funzionale dell'attività della p.a., che sarebbe suscettibile di produrre effetti esterni e sindacabili da parte del privato.

A tale considerazione, poi, si perverrà altresì per effetto delle ricostruzioni sulla concretizzazione dell'interesse pubblico⁶², sul farsi della produzione nell'atto⁶³ e sulla discrezionalità quale interpretazione della p.a.⁶⁴, di cui ci si occuperà al prossimo paragrafo.

5. La funzionalizzazione dell'attività e la conformazione interna del potere

Così ripercorsa l'evoluzione del concetto di autolimita, ed il suo raccordo con la concezione obbligatoria del potere amministrativo, ci si soffermerà in questo paragrafo sulla nozione di autolimita in senso autonomo. In particolare, si analizzerà la riconduzione di detta nozione alla situazione soggettiva del potere.

Come si è detto, si può descrivere una prima autonomizzazione della nozione di autovincolo a partire dal riferimento dello stesso al concetto di discrezionalità. Così, non pare peregrino dire che una prima forma di auto-obbligatorietà del potere amministrativo farebbe capo proprio alle prime teorizzazioni compiute sulla discrezionalità.

Come si è visto, nell'ambito del bilanciamento ponderativo di interessi, l'amministrazione è tenuta al perseguimento dell'interesse per cui è preposta la

62 Cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 241 ss.

63 Cfr. F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 242 ss.; ID., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 137 ss.

64 L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, 185 ss.

norma attributiva del potere. In un primo momento, può dirsi sufficiente ad integrare un fenomeno autolimitativo la vincolatezza che avrebbe la p.a. nel perseguimento dell'interesse pubblico. Si è detto come l'azione della p.a. sarebbe, infatti, obbligata da una fonte interna, cioè l'interesse pubblico, che fungerebbe da criterio orientatore e limitativo per l'amministrazione stessa.

Le elaborazioni sull'eccesso di potere e sulla funzione rafforzarono tale impostazione, sicché l'obbligo per l'amministrazione di esercitare il potere in senso conforme al suo scopo e gli obblighi che dipendono dalla strutturazione stessa della funzione stessa configurerebbero autolimitazioni al potere amministrativo.

Come noto, la funzione amministrativa, cominciò ad essere studiata in maniera autonoma e, progressivamente, ne fu affermata una sua oggettivizzazione. Così, l'autolimitazione comincia a poter essere ascritta all'oggetto della funzione, cioè all'attività. Secondo questa impostazione, l'autolimitazione, dunque, dipenderebbe direttamente dall'oggetto dell'azione amministrativa⁶⁵.

Nell'ambito della predetta impostazione, si ascrive anche chi sostenne che l'oggettivizzazione dell'attività dipenda dall'investitura democratico-rappresentativa della p.a. Solo in forza di tale legittimazione democratica, in tale prospettiva, si giustificerebbe la condensazione degli effetti giuridici del potere intorno all'oggetto dello stesso⁶⁶.

65 Per l'oggettivizzazione della funzione amministrativa, cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 219 ss., secondo cui il potere sarebbe energia attuale da cui dipenderebbe l'effetto giuridico. Si ha, in tal senso, una svalutazione completa del soggetto nell'ambito della produzione.

66 Cfr. l'impostazione di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 108 ss. che, nell'ottica dell'oggettivizzazione della funzione, giustificerebbe la tesi della produzione oggettiva in forza della rappresentatività del potere concernente gli interessi della collettività. Si avrebbe, in tal senso, una legittimazione oggettiva del potere, ma fondata su un "elemento soggettivo" dello stesso, cioè la sua democraticità.

Per uno sviluppo successivo dell'impostazione di Allegretti, cfr. L. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 850 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 358 ss.; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., 138 ss., secondo cui gli artt. 1 e 2 della Costituzione imporrebbero all'amministrazione l'adozione di scelte secondo parametri che non dipenderebbero dall'indirizzo politico. L'amministrazione, rappresentante degli interessi del popolo – cui appartiene la sovranità –, secondo tale tesi, non potrebbe che dare attuazione a quanto già determinato dai valori costituzionali. Così, secondo l'A., l'interesse pubblico non spetterebbe alla

Il fenomeno autolimitativo, poi, incontrò uno sviluppo vieppiù maggiore con gli studi sulla procedimentalizzazione dell'attività amministrativa. Si ribadisce che, sebbene la dottrina non abbia sempre fatto riferimento al fenomeno in parola in senso espresso, si considera, comunque, sostenibile una riconduzione dell'affermazione sul piano giuridico del concetto di autovincolo ai vari studi dottrinali sulla configurazione del potere e della funzione.

Un esempio in tal senso è tratto dall'analisi sullo svolgimento del farsi della funzione quale progressiva concretizzazione dell'interesse astratto⁶⁷. Tale caratterizzazione della funzione presupporrebbe una serie di continue definizioni di che cosa sia l'interesse, allo scopo dell'individuazione concreta di quest'ultimo. In tal senso, si può affermare che l'autolimitazione sarebbe una costante del procedimento, volta all'individuazione dell'interesse pubblico concreto.

Altro esempio, poi, è tratto dal raccordo che si ebbe successivamente tra farsi della funzione ed atto amministrativo. Lo svolgimento della funzione quale concretizzazione dell'interesse pubblico, che sfocia nell'adozione del provvedimento, implicherebbe la risoluzione del problema amministrativo attraverso la fissazione di una regola del caso concreto⁶⁸. Sicché, in tale prospettiva, può parlar-

p.a., ma alla collettività, unica sovrana, sicché l'amministrazione sarebbe – in ottica servente rispetto alla persona – obbligata a dare attuazione ai valori già positivizzati dalla Costituzione. Secondo questa tesi, l'amministrazione, quale *medium* tra Stato e società, sarebbe chiamata a rappresentare la collettività, esercitando una funzione interpretativa del dato costituzionale.

⁶⁷ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 241 ss. secondo cui l'amministratore, come uno storico, dovrebbe filtrare l'indagine e, quindi, i fatti rilevanti ai fini dell'istruttoria. Così, secondo questa tesi, durante il procedimento, si avrebbe una progressiva concretizzazione dell'interesse pubblico. Secondo l'A., l'eccesso di potere andrebbe riferito non solo all'atto, ma anche all'*iter* formativo della decisione. In tal senso, nell'opera, si accoglie la teoria di Benvenuti sulla funzione, ma la si rapporta precisamente alla selezione dei fatti da parte della p.a. nell'ambito dell'attività preparatoria. Invece, secondo Levi, in Benvenuti, l'attività preparatoria, ai fini dell'eccesso di potere, rimane piuttosto indifferenziata. Ciò, secondo Levi, determinerebbe una non esatta individuazione dei parametri giuridici che definiscono il potere ed il suo sindacato.

⁶⁸ Il riferimento è alla teoria di F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, cit., 242 ss.; ID., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 142 ss. A tale A. si deve la valorizzazione del momento decisionale della p.a. nel suo rapporto con la procedimentalizzazione dell'attività. Con questa tesi, quindi, la funzione si rapporta all'adozione dell'atto. Secondo questa tesi, dunque, la funzione amministrativa avrebbe quale scopo la risoluzione del problema amministrativo, cioè l'individuazione, tra varie alternative, del criterio decisionale più confacente al caso concreto.

si di autovincolo quale momento strumentale alla definizione della vicenda amministrativa.

Tale tesi che rapporta lo svolgimento procedurale della funzione al suo momento finale, cioè la decisione amministrativa, è cruciale perché pone in evidenza come, da un lato, è possibile ricondurre l'autovincolo alla strutturazione del potere stesso, dall'altro, ad un momento puntuale di tale procedura, cioè la fissazione della norma precettiva da cui dipenderà la produzione dell'effetto.

Nell'ottica di un'altra impostazione⁶⁹, poi, sarebbe possibile ascrivere l'autovincolo al processo interpretativo-discrezionale che precede la scelta amministrativa. In tale accezione, l'autovincolo sarebbe un mezzo di precomprensione del problema da interpretare e decidere, non potendosi, però, secondo tale tesi, esattamente distinguere questi due momenti.

A *latere* dell'autovincolo, poi, come già osservato, si porrebbe il problema dell'affidamento. Secondo la tesi qui accolta⁷⁰, però, solo *latu sensu* si avrebbe un'autolimitazione, dal momento che si sostiene che tale forma di responsabilità

69 Secondo L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 185 ss., il potere discrezionale consisterebbe nell'esercizio di un'attività ermeneutica da parte della p.a. L'A. accoglie gli studi moderni dell'ermeneutica e li applica al fenomeno amministrativo. Secondo questa visione, l'attività amministrativa sarebbe interpretazione e comprensione della realtà storica. Nell'ottica dell'autolimitazione, P.M. VIPIANA, *L'autolimitazione*, cit., 280 ss., riconduce tale tesi alla teoria della pre-comprensione. Dunque, è possibile ascrivere la tesi di Benvenuti al fenomeno autolimitativo, perché l'auto-obbligatorietà del potere, in siffatta accezione, sarebbe connaturale all'attività amministrativa stessa.

70 Si accoglie, qui, la tesi di A. CARBONE, *Considerazioni generali su buona fede*, cit., 640 ss., secondo cui la responsabilità da comportamento per violazione della buona fede sarebbe da porsi all'esterno dell'esercizio della funzione. In tal senso, si avrebbe una fattispecie analoga alla responsabilità da comportamento nel processo civilistico. Si pensi all'abuso del processo.

Secondo questa tesi, come accennato sopra (cfr. nt. 24), sarebbero da accogliere le critiche sollevate da una parte della dottrina alla teoria merusiana sull'affidamento. Secondo Carbone, in particolare, coglierebbero nel segno le critiche di A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, cit., p. 1 ss., che ha osservato come la costruzione merusiana non produrrebbe il risultato di un'autonomizzazione del concetto di buona fede rispetto alla descrizione dell'esercizio del potere. Così, allo scopo di conferire uno statuto autonomo alla buona fede all'interno del rapporto amministrativo, Carbone colloca questa responsabilità al di fuori dell'esercizio della funzione. Si tratterebbe, dunque, di situazioni soggettive prettamente sostanziali della p.a., che risiedono su un piano – per così dire – “parallelo” rispetto a quello della funzione. Nell'ambito di quest'ultimo, invece, secondo la tesi in parola, assumerebbe rilievo la pretesa del privato all'esercizio ovvero al mancato esercizio del potere amministrativo.

sia esterna all'esercizio della funzione. Più in particolare, l'effetto affidante ed im-peditivo deriverebbe da alcune caratteristiche del comportamento amministrativo, che non avrebbero a che vedere direttamente con l'imposizione di un precetto da parte della p.a.

In disparte, dunque, il problema dell'affidamento, dalle tesi sulla procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, deriverebbe una concezione degli effetti auto-obbligatorî della p.a. quali derivanti dalla funzione amministrativa nel suo complesso ovvero da un segmento procedurale di quest'ultima. Su questa seconda prospettiva, ci si soffermerà nel seguente paragrafo.

6. L'autolimita quale canone generale dell'attività amministrativa

Con lo studio della scansione procedimentale, la dottrina ha concentrato le sue attenzioni su alcuni aspetti procedurali, dai quali deriverebbero effetti auto-obbligatorî per la p.a. Secondo quanto si vedrà di seguito, in alcuni casi, tali conseguenze sono state ascritte a particolari segmenti del procedimento, in altri casi, all'attività decisionale della p.a. nel suo complesso.

In primo luogo, si pensi a quanto affermato da quella dottrina che riconduce alla prassi effetti auto-preclusivi per la p.a.⁷¹. Oppure, si pensi alla tesi che farebbe derivare effetti auto-obbligatorî dall'attuazione del processo decisionale della p.a., che deve essere leggibile per il giudice⁷².

⁷¹ Cfr. A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, Padova, Cedam, 1979, 124 ss. Secondo l'A., la prassi sarebbe un comportamento ripetuto dell'amministrazione che si trova ad affrontare in maniera reiterata situazioni omogenee tra loro. Secondo questa tesi, con la prassi, si avrebbe un autolimita non formalizzato dell'amministrazione. In ciò starebbe la differenza, secondo l'A., tra prassi e teoria del *Selbstbindung*. Secondo l'A., sia le ordinanze amministrative e gli autolimiti che la prassi autolimiterebbero la p.a., contribuendo alla sua autodisciplina, ma la prassi sarebbe connotata dall'assenza di formalità, diversamente dagli altri istituti che si caratterizzerebbero per il loro formalismo. L'A. afferma, inoltre, che da una prassi può originare un atto formalizzato di autovincolo e viceversa.

L'A., poi, sostiene che la prassi renda meglio accertabile in concreto il rapporto amministrativo. In quest'ottica, la fattispecie astratta che la p.a. deve rispettare sarà integrata dalle autodeterminazioni dell'amministrazione. Così, l'amministrazione, secondo l'A., non sarebbe solo vincolata da limiti negativi, ma anche da limiti positivi da essa stessa posti.

⁷² Cfr. G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3165 ss. L'A. non affronta direttamente il tema dell'autovincolo, ma evidenzia come l'attività amministrativa si svolga quale processo decisionale, che implicherebbe di per sé l'autolimitazione. Ciò, secondo questa tesi, si avrebbe per due ragioni principali: per consentire il sindacato del

Ancora, si richiama chi ha ritenuto che l'obbligo di motivazione⁷³ potesse essere adempiuto anche attraverso l'esplicitazione degli autolimiti della p.a. Nell'ambito del contesto previgente alla l. n. 241 cit., si è detto che un obbligo di motivazione fosse configurabile ogni volta che il giudice non potesse dedurre le ragioni sostanziali poste a fondamento della decisione a partire dal provvedimento e dalle risultanze dell'istruttoria. In tal senso, potrebbe essere necessaria l'esplicitazione degli auto-limiti della p.a. in seno alla motivazione, per garantire la sindacabilità del potere amministrativo in giudizio. Quest'ultima, infatti, secondo questa ricostruzione, sarebbe una delle funzioni della motivazione⁷⁴. Inoltre, secondo una diversa interpretazione dottrinale, si è detto⁷⁵ che l'effetto auto-obbli-

giudice su ciascuna fase del processo decisionale e per assicurare l'imparzialità. Secondo l'A., in generale, l'attività amministrativa dovrebbe oggettivizzarsi e riflettere, complessivamente, tramite la sua trama decisionale, coerenza e razionalità. Per una visione dell'imparzialità che si traduce nella necessità di una scansione procedimentale, tra cui vi sarebbe una fase di autoregolazione, cfr., altresì, G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 437 ss.

⁷³ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 315 ss., secondo cui, in un contesto antecedente alla l. n. 241 cit., l'obbligo di motivazione non era configurabile in senso generalizzato, ma limitatamente a quei casi in cui un provvedimento non motivato non avrebbe consentito il perseguimento dello scopo cui la motivazione sarebbe preposta. Secondo questa tesi, la motivazione avrebbe lo scopo di rendere sindacabile la scelta amministrativa da parte del cittadino, da parte del giudice e da parte della collettività. Perciò, secondo questa impostazione, ogni volta che una di tali tre funzioni risulterebbe non realizzabile da un provvedimento non motivato, la motivazione sarebbe obbligatoria.

In particolare, si rende evidente, in quest'opera, una matrice comune del pensiero di Romano Tassone sulla forma e la sostanza nel diritto. Secondo questa impostazione, infatti, la configurazione strutturale e l'ambito di rilevanza di un determinato istituto dipenderebbero sempre dalla funzione dello stesso. Cfr. sul punto, altresì, ID., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 1993, 86 ss.; ID., *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, 217 ss.

⁷⁴ Secondo quanto sostenuto da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., p. 1 ss., la motivazione avrebbe un triplice scopo, cioè quello di consentire la difesa del privato, il sindacato diffuso della collettività rispetto alle scelte della p.a., il sindacato giurisdizionale sulla decisione amministrativa.

⁷⁵ Cfr. S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo: le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, Napoli, ESI, 1987, 20 ss. L'impostazione dell'A. riprende alcuni postulati della dottrina tedesca in materia di c.d. obbligo di ponderazione. Sia in base al settore speciale dell'urbanistica, che in base alla disciplina generale del procedimento amministrativo, osserva l'A., si ha un istituto, in Germania, chiamato "obbligo di

gatorio potrebbe discendere dalla continua ed inesorabile frammentazione della scelta amministrativa, attraverso le c.d. pre-decisioni. Ogni pre-decisione, in tal senso, sarebbe obbligatoria per la fase successiva dell'*iter* decisionale.

Un altro filone dottrinale, poi, si è riferito all'autovincolo in via più esplicita. Si è detto, per esempio, che per "asciugare" il contenuto politico della discrezionalità fosse necessaria una determinazione auto-obbligatoria della p.a., la quale orientasse il contenuto della scelta amministrativa⁷⁶. L'amministrazione, tenuta all'attuazione dell'indirizzo politico, sarebbe obbligata a giustificare le proprie

ponderazione", per il quale l'amministrazione avrebbe l'obbligo di ponderare tutti gli interessi che vengono dedotti all'interno del procedimento. Aggiunge l'A. che tale obbligo non solo consisterebbe nella necessità di una valutazione completa degli interessi, ma altresì nella razionalizzazione del processo decisionale, secondo criteri di orientazione logica, anche attraverso l'apporto del privato.

Così, secondo l'A., la discrezionalità dell'amministrazione dovrebbe essere razionalizzata entro schemi rigidi, anche per la leggibilità della decisione da parte del giudice. Tale esaurimento della discrezionalità, però, secondo l'A., non potrebbe mai essere completo. Secondo l'A., quindi, la concretizzazione dell'interesse pubblico si configurerebbe attraverso una serie di scelte parziali e progressive. In tale ottica, il sindacato giurisdizionale sul processo decisionale della p.a., allora, dovrebbe svolgersi nel rispetto di tale frammentarietà, altrimenti si impedirebbe al giudice di vagliare integralmente la decisione amministrativa.

⁷⁶ Cfr. P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, V, Padova, Cedam, 1970, 161 ss.; ID., *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 585 ss. Secondo l'A., nell'ambito di una progressiva legificazione dei vincoli che l'amministrazione avrebbe nell'esercizio del potere, si avrebbe un *tertium genus* di provvedimenti, a cavallo tra discrezionali e vincolati. Secondo l'A., tale categoria consisterebbe in provvedimenti trasformabili dalla p.a. da discrezionali a vincolati. Tale metamorfosi, però, secondo l'A., non potrebbe essere assoluta, sicché l'amministrazione conserverebbe, comunque, un margine di libertà nella scelta. Secondo l'A., però, tale scelta, allo scopo di non determinare lo sconfinamento del potere pubblico in arbitrio, deve essere razionalizzata, cioè riflettere i criteri di logicità che la orientano. Tali criteri devono essere, secondo l'A., predeterminati dall'amministrazione e resi palesi alla collettività. Secondo l'A., quando il legislatore non ha provveduto o non ha inteso provvedere a limitare la facoltà di scelta tra alternative lecite della p.a. – che consisterebbe, secondo questa tesi, nel contenuto della discrezionalità –, la p.a. stessa dovrebbe procedere ad autolimitarsi. Se la p.a. non procedesse in tal senso, secondo l'A., si avrebbe un *vulnus* all'imparzialità, nonché gravi problematicità intorno al sindacato degli atti amministrativi.

Secondo l'A., in generale, mentre nel diritto privato si ha l'autonomia privata, nel diritto amministrativo, si ha la discrezionalità. Secondo l'A., la causa del negozio privato si differenzia dalla discrezionalità, nella misura in cui quest'ultima, diversamente dalla prima, impone che siano disvelati i profili logici che determinano l'adozione di una determinata decisione. Invece, nel diritto privato i motivi sono giuridicamente irrilevanti.

scelte attraverso l'esplicitazione dei criteri secondo cui si adottano scelte politiche. Solo secondo questo passaggio procedurale, quindi, in tale ottica, si potrebbe rendere giuridica e sindacabile una decisione politica ed insindacabile.

In particolare, nell'ambito di tale ultima concezione, il sindacato sul mancato assolvimento dell'obbligo di predeterminazione – nei casi di cui sopra – configurerebbe un vizio di eccesso di potere. Questo istituto è quello che, nella visione tradizionale dell'autovincolo, viene valorizzato per assicurare effettività alle norme sullo stesso⁷⁷.

Secondo la concezione tradizionale dell'autovincolo, l'obbligo della p.a. di autodeterminarsi discenderebbe dal principio costituzionale di imparzialità. La dottrina⁷⁸ ha notato come, del resto, il principio in parola è stato fortemente valorizzato in tal senso anche dalla giurisprudenza. Più nel dettaglio, nel nome dell'eguaglianza sostanziale, l'imparzialità non sarebbe traducibile in un mero divieto di discriminazione, ma in tutto ciò che l'esigenza di assicurare parità di trattamento ai cittadini postulerebbe⁷⁹.

⁷⁷ Cfr., in questo senso, P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, cit., 161 ss.; A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., 243 ss.; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 435 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3165 ss.; P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, cit., 585 ss.; P.M. VIPIANA, *L'autolimitate*, cit., 367 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 220 ss.

⁷⁸ Cfr. G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 434 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3167 ss.; P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, cit., 585 ss.

⁷⁹ Invero, questo punto è dibattuto in seno alla dottrina. Da un lato, si avrebbe una concezione più restrittiva della parità di trattamento, che imporrebbe alla p.a. di agire secondo le stesse regole a fronte di fattispecie analoghe. Cfr. P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, cit., 171 ss.; A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., 202 ss.; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 436 ss.

Dall'altro lato, invece, attuare l'imparzialità, significherebbe non solo garantire la medesimezza della regola decisionale a fronte di un'identità di situazioni, ma anche razionalizzazione e coerenza della funzione stessa (in generale, sull'oggettivizzazione della funzione, cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., 108 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 219 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., 782 ss.). Secondo questo orientamento, quindi, la parità di trattamento imporrebbe altresì una scansione procedimentale ben definita ed autoregolamentata. Ciò si avrebbe anche allo scopo di assicurare che nessuna fase del processo decisionale della p.a. venga sottratta al sindacato giurisdizionale sul pubblico potere. Sulla dipendenza dell'autoregolamentazione del potere dall'imparzialità, cfr. F. LEVI, *L'attività*

È dallo stesso principio di imparzialità, poi, che il contributo più significativo in materia di autolimita farebbe dipendere l'esistenza di un "tendenziale" obbligo generalizzato della p.a. di autovincolarsi⁸⁰. L'autolimita configurerebbe, in tale ottica, un canone generale dell'azione amministrativa, che si giustificerebbe, sul piano costituzionale, quale corollario dell'imparzialità. Tuttavia, in definitiva, secondo questa tesi, si riconosce a tale canone il carattere della facoltatività, dal momento che, proprio per assicurare il binomio buon andamento/imparzialità, la p.a., in taluni casi, avrebbe l'obbligo di autolimitarsi, in altri casi, invece, avrebbe un margine di flessibilità.

A tale lavoro, come anticipato, si deve la prima considerazione autonoma del fenomeno autolimitativo in ambito amministrativo. Con ciò, si sottolinea ancora come la riconduzione al fenomeno autolimitativo delle tesi esaminate sin qui sia certamente discutibile, poiché in rari casi la dottrina ha affrontato frontalmente il tema.

In conclusione, si sottolinea come, secondo l'impostazione tradizionale in tema di autovincolo, si assiste ad un'imputazione alla p.a. di un obbligo di auto-determinarsi in casi per lo più limitati e dai contorni non sempre definiti limpidamente. A tale auto-determinazione obbligatoria, comunque, conseguirebbe una sindacabilità in giudizio attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

conoscitiva, cit., 437 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3167 ss.; P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 153 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 178 ss.

In generale, sulla differenziazione tra parità di trattamento quale applicazione delle stesse regole decisionali a fattispecie identiche ed imparzialità da cui dipenderebbe anche l'oggettivizzazione della funzione, cfr. G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 442 ss.

80 Cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 265 ss. Secondo l'A., l'autolimita è connaturale al potere discrezionale della p.a. Secondo l'A., l'interesse pubblico sarebbe un *quid vacuum*, il quale andrebbe riempito di contenuto secondo il fenomeno dell'autolimitazione, per non far sì che l'esercizio del potere sconfini in arbitrio. In questo senso, cfr. già P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, cit., 161 ss.; ID., *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, cit., 585 ss.

Secondo l'A., vi possono essere casi di autolimita obbligatorio ovvero facoltativo. Sia nel caso di autolimita facoltativo che nel caso di autolimita obbligatorio, comunque, il privato potrebbe far valere in giudizio la propria pretesa al rispetto del principio di imparzialità da parte della p.a. In caso di autolimita obbligatorio, però, la mancata apposizione dello stesso determinerebbe l'invalidità del provvedimento. Secondo l'A., negli altri casi, il vizio in parola sarebbe qualificabile quale vizio di eccesso di potere. Secondo questa tesi, dunque, afferma l'A., risulterebbe ampliato il sindacato del g.a. e limitata l'area del merito amministrativo.

7. Tesi sull'ammissibilità e l'ambito di rilevanza dell'autovincolo nel contesto attuale

Ora, venendo al contesto contemporaneo, si cercherà di decifrare l'interrogativo iniziale sulla configurabilità di un obbligo di autovincolo, attraverso l'analisi delle tesi più diffuse nel contesto attuale.

Partendo dal dato positivo, è possibile richiamare il già citato art. 97 della Costituzione. Invero, secondo autorevole dottrina⁸¹ l'art. 97 cit. potrebbe essere invocato non solo alla luce dell'imparzialità, ma anche in relazione al buon andamento. Secondo tale idea, l'autovincolo si porrebbe come attuazione del principio di efficienza amministrativa.

Come già affermato nel paragrafo precedente, però, la dottrina ha principalmente posto in evidenza la derivazione dell'autovincolo dall'imparzialità. Nello specifico, l'autovincolo sarebbe attuazione della parità di trattamento, la quale non si risolverebbe semplicemente nella applicazione della medesima regola decisionale a fronte di situazioni analoghe⁸², ma anche nell'autoregolamentazione dell'amministrazione, espressione dell'oggettivizzazione della funzione amministrativa⁸³.

Dal punto di vista della legislazione ordinaria, si è anticipato come, prima dell'intervento recente del legislatore in materia di contratti pubblici, si avevano

81 Cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit. 161 ss. Secondo l'A., nonostante in apparenza l'efficienza sembrerebbe porsi in contrapposizione rispetto all'autolimita, quest'ultimo troverebbe fondamento anche nel buon andamento. Secondo l'A., l'autolimita può costituire un mezzo sia per evitare l'arbitrio dell'amministrazione che per migliorarne l'efficienza. In tal senso, secondo l'A., l'autolimita sarebbe corollario di buon andamento e imparzialità.

82 Cfr. P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, cit., 171 ss.; A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., 202 ss.; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 436 ss.

83 Come si è visto nel paragrafo precedente, secondo tale indirizzo, attuare l'imparzialità, significherebbe non solo garantire la medesimezza della regola decisionale a fronte di un'identità di situazioni, ma anche razionalizzazione e coerenza della funzione stessa. Sull'oggettivizzazione della funzione, cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., 108 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 219 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., 782 ss. Sulla dipendenza dell'autoregolamentazione del potere rispetto all'imparzialità, cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 437 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3167 ss.; P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 153 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 178 ss.

già alcune disposizioni sull'autovincolo, per lo più settoriali. In particolare, il riferimento è al campo delle erogazioni patrimoniali. Quindi, si potrebbero richiamare le disposizioni contenute nel decreto legge 30 dicembre 1985, n. 786⁸⁴ e nella legge 1° marzo 1986, n. 64, rispettivamente in materia di promozione e sviluppo dell'imprenditorialità giovanile e di interventi straordinari nel Mezzogiorno.

La dottrina che si è maggiormente occupata del tema segnala, invero, che prima di tali disposizioni esistevano già orientamenti in seno al Consiglio di Stato volti ad assicurare la parità di trattamento, attraverso l'imposizione alla p.a. di obblighi di predeterminazione⁸⁵.

Salvo puntuali interventi, comunque, il legislatore non ha dedicato particolare attenzione al fenomeno autolimitativo; così, è stata per lo più l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale a delineare lo statuto dell'autovincolo, tramite la riconduzione di tale fattispecie ad alcuni principi generali o ad altri istituti. Peraltro, come già sottolineato, anche la dottrina che si è occupata più specificamente dell'autolimitazione della p.a., salvo eccezioni, non lo avrebbe affrontato direttamente.

È, quindi, sulla base di tali premesse che, nel contesto attuale, si ritiene necessaria una rimediazione sulla questione dell'ammissibilità e della rilevanza dell'autovincolo, anche in considerazione della recente esplicitazione legislativa della nozione in parola. In particolare, come si è visto, il nuovo codice dei contratti pubblici prevede il principio di risultato, che esso sia criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale, nonché che vi sia una rilevanza giuridica peculiare per gli autovincoli ai fini della responsabilità amministrativa.

Si ha, quindi, un duplice riferimento a tale nozione: uno implicito in correlazione con il principio di risultato; uno esplicito, con riferimento alla valutazione della colpa grave. Con riguardo al primo profilo, il riferimento è implicito nel senso che il risultato perseguito dalla p.a., esplicandosi nell'individuazione di un criterio di esercizio del potere, costituirebbe una predeterminazione attraverso un autovincolo per la p.a. stessa. Così, il risultato passerebbe da uno stato di astrat-

84 Cfr. artt. 1 della l. n. 786/1985 e 9 della l. n. 64/1986.

85 Cfr. G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 433 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3167 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 165 ss.

tezza ad uno di concretezza. Secondo parte della dottrina, come si vedrà di seguito, tale passaggio dal risultato astratto a quello concreto non costituirebbe alcun parametro di validità del provvedimento amministrativo, perché si parlerebbe a tal proposito solo dell'interesse pubblico concreto⁸⁶. Per tale ragione, la dottrina riportata svaluta la novità ordinamentale che sarebbe apportata dal principio del risultato. Invece, secondo altra parte della dottrina, la rilevanza giuridica del risultato sta proprio nella predeterminazione *ex ante* della pubblica amministrazione⁸⁷.

Sotto il secondo profilo, invece, il legislatore conferisce espressamente rilevanza giuridica all'autovincolo ai fini della responsabilità amministrativa. Il legislatore tipizza alcune ipotesi di colpa grave, tra cui anche la violazione degli autovincoli amministrativi. Dunque, guardando al primo riferimento all'autovincolo nel codice dei contratti pubblici sopra riportato, ci si chiede se l'autovincolo assuma il significato di risultato in concreto della p.a. e, quindi, anche di parametro di validità dell'azione amministrativa. Con riguardo al secondo riferimento, invece, ci si chiede se l'autovincolo abbia rilevanza oltre il profilo della responsabilità amministrativa.

In realtà, le disposizioni spiegate sopra sembrano disvelare – più di ogni altro aspetto – non tanto un elemento ulteriore per la validità del provvedimento amministrativo, secondo l'impostazione tradizionale del problema, quanto alcuni profili procedurali della situazione soggettiva di potere, la quale tuttavia non sembra essere particolarmente studiata in tale accezione dalla dottrina⁸⁸. Pertanto, le nuove disposizioni del codice dei contratti pubblici sollecitano una riflessione più generale sul potere amministrativo, posto che non pare dubbio – come evidenziato già dalla dottrina – che l'amministrazione sia vincolata ad un risultato e, quindi, alla regola del caso concreto.

⁸⁶ Cfr. S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 674-675.

⁸⁷ Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 208 ss.

⁸⁸ Fanno eccezione a tale considerazione, gli studi di A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 415 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 149 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 60 ss.

Così, il problema deve essere riformulato nei seguenti termini: occorre capire se nell'ambito della funzione amministrativa debbano essere adempiuti alcuni obblighi di carattere procedurale, tra cui quello di individuare espressamente i criteri decisionali, i quali produrrebbero effetti auto-preclusivi. Allo scopo, pare opportuno effettuare un'analisi sui principali indirizzi contemporanei i quali potrebbero contribuire alla risoluzione della questione posta.

Secondo una prima interpretazione⁸⁹, la decisione amministrativa sarebbe costituita da una procedura implicante la predeterminazione da parte dell'amministrazione dei criteri di scelta che orientano le fasi procedimentali successive. In tal senso, l'autovincolo si ritiene essere per lo più ricondotto al piano della trasparenza e non a quello della situazione soggettiva di potere. L'esplicitazione dei criteri di scelta, infatti, nell'ambito di tale impostazione, avrebbe il precipuo scopo di pubblicizzare l'*iter* decisionale della p.a. Dunque, non sarebbe posta particolare attenzione, nell'ambito di questa visione, all'autovincolo come mezzo strumentale all'esaurimento del potere discrezionale, nell'ambito del compiuto svolgimento della funzione.

Come si dirà più avanti, infatti, si ritiene che l'autodisciplina della p.a. sia riconducibile alla situazione soggettiva di potere, nel senso che la discrezionalità non potrebbe che esprimersi attraverso una propria autoregolamentazione. Così, nella nostra proposta ricostruttiva, più che di anticipo del potere discrezionale e di scelta parziale⁹⁰, si dovrebbe parlare di esaurimento della discrezionalità nel nome dello svolgimento della funzione. La predeterminazione, infatti, non necessariamente si correlerebbe con la chiusura del potere e la sua stabilizzazione, cioè ad un carattere, in generale, preclusivo ascrivibile alla funzione.

89 Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 208 ss. Secondo l'A., vigerebbe nell'ordinamento un obbligo generale di predeterminazione. Secondo l'A., i canoni di predeterminazione rappresenterebbero, così, un'espansione della legalità amministrativa. Il problema che segnala l'A., però, è che la predeterminazione è attuata da parte dell'amministrazione attraverso provvedimenti amministrativi, ovvero fonti secondarie. Ciò porrebbe non pochi problemi all'interprete. Secondo l'A., infatti, la cogenza giuridica di tali atti ed il successivo controllo effettuato dal giudice non sarebbero pienamente affermati dalla giurisprudenza.

90 Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 247 ss.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale dominante in materia di autovincolo⁹¹, in secondo luogo, prevarrebbe un'impostazione piuttosto riduttiva rispetto al complessivo significato ascrivibile al quadro normativo in materia. L'autovincolo viene, infatti, qualificato in via giurisprudenziale anche quale principio. In tal senso, è frequente il richiamo sia al buon andamento che all'imparzialità, *ex art. 97 Cost.* Al contempo, sembra che queste statuizioni siano utilizzate in senso esclusivamente strumentale alla valorizzazione della cogenza della *lex specialis* rispetto all'operato successivo della p.a.

Sebbene si condividano in generale, in questa sede, queste affermazioni, si ritiene che l'interpretazione giurisprudenziale in parola non tenga conto di alcuni aspetti che la norma evidenzia e che si considerano idonei a descrivere efficacemente la situazione soggettiva di potere. Solo in via minoritaria, infatti, si riscontrano riferimenti in giurisprudenza circa la funzione dell'autovincolo volta alla consumazione del potere ed all'azzeramento della discrezionalità⁹². L'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria, pertanto, rischierebbe di essere riduttiva, rispetto, ad alcuni caratteri – per così dire – “macroscopici” del potere, inerenti all'esercizio dello stesso nell'ambito della funzione amministrativa. Secondo una differente impostazione⁹³, da ultimo, l'introduzione del principio del risultato

91 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2024, n. 4659; sez. III, 15 febbraio 2022, n. 1120; sez. III, 20 aprile 2021, n. 3180; sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502. Da ascrivere, invece, ad un orientamento maggiormente volto all'utilizzo del meccanismo di autovincolo per l'azzeramento della discrezionalità: T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV *quater*, 28 gennaio 2025, n. 1813; sez. IV, 5 febbraio 2025, n. 2684; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 17 aprile 2023, n. 640; Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321; T.A.R. Trentino Alto-Adige, Trento, 13 aprile 2017, n. 136; Cons. Stato, 24 febbraio 2017, n. 507; sez. III, 3 agosto 2015, n. 3791.

92 Cfr. Cons. Stato n. 1321/2019 ed il commento di S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1172 ss.

Cfr., altresì, M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, 8 ss. Quest'ultima A. segnala come, in alcuni casi, la giurisprudenza abbia fatto riferimento all'autovincolo quale meccanismo di azzeramento della discrezionalità, *ex art. 31, co. 3, c.p.a.*

93 Secondo S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, cit., 669 ss., il principio del risultato non avrebbe valenza giuridica, ma esclusivamente politica, posto che nessuna disposizione di legge potrebbe cagionare l'effetto, in ambito procedimentale, di una sub-valenza di determinati interessi rispetto ad un altro interesse. Nel caso in esame, quest'ultimo interesse sarebbe il risultato (i.e., affidamento del contratto). Invero, la giurisprudenza

nella disciplina dei contratti pubblici non avrebbe una reale portata precettiva. L'unico modo, secondo questa tesi, per salvare la giuridicità del risultato starebbe nella valorizzazione dell'autovincolo, quale corollario del risultato stesso.

Da un punto di vista testuale, invero, si potrebbe sostenere⁹⁴ che il principio del risultato imponga alla pubblica amministrazione di perseguire, nell'ambito del bilanciamento dei vari interessi in gioco, in via prioritaria, l'affidamento del contratto. Da un punto di vista, invece, storico-evolutivo e sistematico, la letteratura sull'amministrazione di risultato⁹⁵ evidenzerebbe già piuttosto pacificamente che la p.a. sia per definizione orientata al soddisfacimento di uno scopo puntuale, da cogliere nell'effetto di produzione o non produzione del potere. Inoltre, secondo la tesi in parola, se si volesse leggere effettivamente nel principio di risultato la suddetta portata precettiva, si perverrebbe ad esiti non costituzionali, posto che si avrebbe una tirannizzazione predeterminata legislativamente di un interesse rispetto agli altri.

Secondo l'impostazione tradizionale sul risultato, quindi, l'unica via attraverso cui sarebbe possibile preservare il significato giuridico del neonato principio di risultato sarebbe quella dell'autovincolo. L'autovincolo, in tale ottica, sarebbe l'astrazione del risultato, ossia l'obiettivo finalistico della condotta amministrativa. L'autovincolo, poi, secondo questa tesi, dato che porrebbe a carico della p.a. l'obbligo di conformarsi, configurerebbe un parametro di validità del provvedimento. Oltre a ciò, però, si considera massimamente rilevante, ai fini del presente contributo, un'altra considerazione che si aggiunge alla tesi in esame. In particolare, il riferimento è all'affermazione dell'esistenza un nesso di strumentali-

costituzionale ha da tempo affermato che la tirannizzazione dei diritti non sarebbe compatibile con il quadro costituzionale. Da tale affermazione, la dottrina in parola ricava che una disposizione di legge non potrebbe, comunque, predeterminare per l'amministrazione quale sia l'interesse prevalente rispetto agli altri.

⁹⁴ Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziaamministrativa.it*, par. 4; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2023, 52 ss.; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, cit., 7 ss.

⁹⁵ Si rinvia ai riferimenti in S. VACCARI, *Principio del risultato*, cit., 673 ss. Secondo questa dottrina, già da tempo, l'azione amministrativa si dovrebbe considerare *ex se* orientata ad un risultato, per effetto di plurime interpretazioni in tal senso in seno alla letteratura scientifica.

tà⁹⁶ tra autovincolo ed esaurimento della discrezionalità⁹⁷, cioè tra l'autodisciplina dell'amministrazione e l'esercizio del potere.

Nel seguente paragrafo, quindi, si cercherà di analizzare con maggior dettaglio quest'ultimo profilo ed, in generale, quali connotati del potere, a nostro avviso, sarebbero posti in luce dall'istituto dell'autovincolo. Dunque, si tenterà di rispondere all'interrogativo iniziale sulla ammissibilità e la rilevanza dell'autovincolo, attraverso la delineazione di alcuni profili ricostruttivi.

8. Profili ricostruttivi

Come anticipato, si ritiene il recente riferimento legislativo all'autovincolo solleciti la rimeditazione di alcuni tratti peculiari della situazione soggettiva di potere. La dottrina tradizionale, infatti, ha affermato che la predeterminazione sarebbe insita nella c.d. amministrazione di risultato, dal momento che attraverso la prima si compie il passaggio dal risultato astratto a quello concreto. In questo lavoro, invece, si vuole porre l'accento sulla relazione tra la nozione di autovincolo ed il carattere preclusivo ascrivibile alla funzione amministrativa.

Più nel dettaglio, si accoglie quell'interpretazione secondo cui la funzione amministrativa sia caratterizzata da preclusioni, volte, in generale, alla chiusura del potere⁹⁸. Secondo questo filone, lo svolgimento della funzione amministrativa

96 Cfr. A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 335 ss. Secondo l'A., l'amministrazione, ponendosi degli autolimiti, determina una regolamentazione del suo potere più restrittiva, capace di incidere sul controllo giurisdizionale.

97 Cfr. già S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'*, cit., p. 1172 ss. Ivi, si accoglie positivamente quanto affermato dalla giurisprudenza commentata in ordine all'esaurimento della discrezionalità attraverso mezzi sostanziali o processuali, ma non si condivide l'affermazione secondo cui la discrezionalità possa esaurirsi per la rottura del rapporto fiduciario tra p.a. e cittadino. Se così fosse, infatti, secondo l'A., si avrebbe discrezionalità giudiziaria ed incalcolabilità del diritto.

98 Cfr., con le dovute differenziazioni proprie di ciascuna impostazione, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, 189 ss.; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012, 92 ss.; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, 282 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 149 ss.; S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato*, cit., 1172 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 387 ss.; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, cit., 335 ss.; N. BERTI, *La*

implicherebbe l'esaurimento della vicenda di potere, che non potrebbe essere riesercitato in nome degli effetti preclusivi che da esso derivano. Secondo tale orientamento, quindi, se così non fosse, si negherebbe una tutela effettiva al privato, posto che non si garantirebbe la stabilizzazione inerente alla soddisfazione della pretesa alla produzione o alla non produzione dell'effetto dovuto da parte della p.a.⁹⁹

Secondo l'impostazione qui prospettata, quindi, l'autovincolo non solo starebbe a significare che l'amministrazione procedente debba agire in modo razionale, logico, coerente, consequenziale rispetto ai precetti che ella stessa si pone; si è già visto, in effetti, come, in tal senso, sarebbe piuttosto riduttiva la portata precettiva dei recenti riferimenti legislativi all'autovincolo. Ciò che, invece, sarebbe reso ancora più evidente dal recente intervento riformatore sull'autovincolo è come il carattere preclusivo sia connaturale all'esercizio del potere amministrativo. In particolare, la disposizione sul risultato quale criterio prioritario per l'esercizio discrezionale del potere dimostra che il legislatore presupponga un esaurimento della discrezionalità, da ricondurre ai caratteri tipici della funzione amministrativa. Più in generale, quindi, è posto in evidenza il carattere della preclusività della funzione amministrativa, salvo le considerazioni che verranno fatte di seguito.

La dottrina, invero, ha posto in evidenza come si avrebbero differenti tipi di preclusioni, ascrivibili, da una parte, al potere esercitato come fatto, dall'altra, alla perdurante operatività dell'effetto prodotto dal provvedimento¹⁰⁰. Nella pri-

modifica dei provvedimenti amministrativi, Torino, Giappichelli, 2022, 5 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II, *Considerazioni conclusive*, cit., 509 ss.; ID., *A mo' di prime conclusioni*, cit., 517 ss.

99 Sul carattere dell'esauribilità del potere amministrativo, in tempi recenti, cfr., altresì, C. cost., 26 giugno 2025, n. 88.

100 Sulla differenziazione tra questi due tipi di preclusione, cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, 80 ss. L'A. sottolinea come vi siano due tipi di preclusione. La prima originerebbe dalla perdurante operatività dell'effetto del provvedimento, la cui produzione è spiegata secondo un modello procedurale di accertamento posto in essere dalla p.a. Invece, il secondo tipo di preclusione si avverrebbe per effetto del compimento di un fatto, cioè l'esercizio del potere, da parte della p.a. Per questa seconda categoria di preclusioni, quindi, secondo l'A., è necessaria una prescrizione normativa specifica che legittimi l'effetto preclusivo.

Si avvalgono di ricostruzioni incentrate sulla prima tipologia di preclusione, M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, cit., 92 ss.; A.

ma tipologia di preclusione, l'effetto preclusivo dipende dal verificarsi di un fatto; nella seconda ipotesi, invece, la preclusione discende dalla natura dell'effetto prodotto, cioè dalla situazione effettuale determinata dall'esercizio del potere. Ad esempio, è stato ricondotto al primo tipo di preclusione l'istituto di cui all'art. 10 *bis* della l. n. 241 cit., in quanto trattasi di ipotesi specifica in cui è il fatto dell'esercizio del potere a determinare l'effetto preclusivo¹⁰¹. Per la seconda tipologia di preclusione, invece, l'effetto preclusivo contenuto nell'atto resta in piedi fin tanto che ne è rimossa l'operatività, attraverso l'esercizio di un potere di secondo grado o per effetto dell'accertamento giurisdizionale¹⁰².

Come si vedrà a breve, si sostiene che le preclusioni derivanti dalla funzione amministrativa dipendano dalla struttura procedurale della stessa, ma da una situazione effettuale che deriva dall'esercizio della procedura.

Tanto premesso, si ritiene che esclusivamente una configurazione strutturale della funzione amministrativa, volta all'impedimento del riesercizio del potere, sia compatibile con lo statuto costituzionale dello stesso. La funzione, infatti, nella relazione con la pretesa del privato non potrebbe ricevere un sindacato pieno ed effettivo, se si ammettesse la sua reiterazione *sine die*. Si è visto sopra come, in netta contrapposizione con i regimi precedenti, lo Stato costituzional-democratico non tollera un concetto di giuridicità che non implichi anche la piena giustiziabilità delle situazioni soggettive cui la giuridicità stessa si riferisce¹⁰³.

Inoltre, il problema della reiterazione e dell'effettività del potere, è intimamente collegato con un'impostazione sulla struttura dello stesso, nei termini di una situazione soggettiva autonoma. Una visione del potere che non lo qualifichi quale situazione soggettiva caratterizzata dalla possibilità di porre una norma pre-

CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 387 ss.; N. BERTI, *La modifica*, cit., 94-121; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, II, *Considerazioni conclusive*, cit., 509 ss.; ID., *A mo' di prime conclusioni*, cit., 517 ss. Per la ricostruzione della preclusione del potere, quale derivante dal fatto stesso dell'esercizio del potere, v. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 189 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 149 ss.

101 Cfr. A. CARBONE, *Riesercizio del potere e poteri amministrativi di secondo grado*, in corso di pubblicazione in *Dir. amm.*, 2025.

102 Cfr. A. CARBONE, *Riesercizio del potere e poteri amministrativi di secondo grado*, in corso di pubblicazione in *Dir. amm.*, 2025.

103 Cfr. L. COLUZZI, *La strutturazione delle situazioni giuridiche soggettive*, cit., 2023, par. 5 ss.

cettiva, idonea ad incidere sulla realtà effettuale¹⁰⁴, nel rispetto dell'attribuzione legislativa e dei vincoli che la legge pone a tale imposizione, sarebbe riduttiva di alcuni profili di giuridica rilevanza ascrivibili al potere stesso. Non pare questa la sede per una ricostruzione analitica della situazione soggettiva di potere, ma, in sostanza, si ritiene che, nel solco dell'interpretazione evolutiva dell'obbligatorietà del potere sopra riportata, si debba tener conto del farsi dinamico dello stesso¹⁰⁵. Altrimenti, si avrebbe un potere visto per lo più o come capacità d'agire o come mera imposizione di un precetto, senza che sia tenuto in adeguata considerazione il profilo dell'imposizione della norma precettiva, secondo l'attribuzione legislativa e secondo i vincoli legislativi che per tale imposizione sono previsti. Quindi, secondo differenti ricostruzioni del potere, verrebbero ad essere svalutati alcuni profili di obbligatorietà dello stesso, concernenti la sua dinamica interna, cioè il movimento che gli è proprio.

Ora, nell'ambito di questo orientamento sulla funzione, in questa sede, si accoglie una particolare accezione, secondo cui, in assenza dell'esaurimento della discrezionalità, il sindacato sul potere non sarebbe pieno¹⁰⁶. In particolare, non sarebbe sindacabile pienamente la situazione soggettiva di potere, posto che solo una stabilizzazione degli elementi discrezionali della fattispecie normativa del potere potrebbe porre in luce la differenza tra questi e quelli vincolati. Secondo questa tesi, sarebbe per effetto della staticizzazione suddetta, che si garantirebbe a pieno il sindacato su ogni profilo obbligatorio della discrezionalità.

Qui, si ritiene che, per l'esercizio della discrezionalità, oltre al rispetto dei vincoli legislativi, si imponga per la p.a. l'obbligo di fare ricorso a vincoli amministrativi, cioè agli autovincoli. Si sostiene che, in ambito discrezionale, gli effetti della norma precettiva, imposta con l'esercizio del potere, ricevano stabilizzazione per effetto di una previa individuazione dei criteri decisionali della p.a.¹⁰⁷ Più spe-

104 Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 60 ss.

105 Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., 415 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 56 ss.

106 A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 468 ss. Tale staticizzazione dipenderebbe dalla configurazione strutturale della funzione amministrativa quale modulo procedurale di accertamento.

107 Si accoglie, qui, l'impostazione di chi ha sostenuto che l'autovincolo amministrativo violato non possa fungere né come sintomo dell'eccesso di potere, secondo un'impostazione classica del tema, né da parametro di validità del provvedimento amministrativo, come se fosse

cificamente, si opina che la funzione amministrativa sia caratterizzata da effetti preclusivi che non dipenderebbero dal mero fatto che sia stato esercitato il potere. Si ritiene, invece, che le preclusioni derivanti dall'esercizio della funzione derivino dalla natura degli effetti che sono associati a quest'ultima da parte dell'ordinamento. Dunque, si ritiene che l'operatività della tipologia di preclusione a cui si fa riferimento è quella determinata dalla natura dell'effetto. In particolare, si crede che la natura degli effetti in questione sia quella dell'accertamento. Si sostiene che lo scopo dell'istituto in esame sia quello di conferire stabilità all'istruttoria di determinati fatti, i quali sono vagliati dal soggetto a cui all'uopo è imputata la funzione. Così, la preclusione derivante dalla funzione deve essere spiegata in termini procedurali e non sostanziali, in quanto essa non deriva dal mero fatto dell'esercizio del potere.

Secondo la nostra proposta ricostruttiva, dunque, l'autovincolo è una norma procedurale, che è funzionale all'esaurimento della discrezionalità. Nello specifico, si ritiene che l'esaurimento della discrezionalità debba avvenire attraverso l'autovincolo, posto che in assenza di questo sarebbe inadempita sul piano procedurale la funzione amministrativa. Il legislatore ha implicitamente affermato ciò quando ha stabilito che il criterio prioritario della discrezionalità è l'orientamento ad un risultato, ma da tale prescrizione, qui, se ne fanno discendere conseguenze sul piano procedurale. Non è questa la sede per rappresentare un'ipotesi ricostruttiva relativa alla differenziazione tra situazioni soggettive del privato a carattere sostanziale e procedurale, ma basterà, qui, accennare che la violazione di obblighi procedurali e sostanziali determina rispettivamente conseguenze diverse, salvo capire quando la prima categoria può assumere la rilevanza della seconda.

Inoltre, risulterebbe poco leggibile, da parte del giudice, il ragionamento insito nella scelta amministrativa, se non fossero esplicitati i criteri decisionali, con evidenti ricadute in materia di sindacato. L'imposizione di una norma prelettiva, infatti, che sia avulsa dalla previa determinazione di criteri decisionali, potrebbe apparire, difficilmente sindacabile da parte del g.a. In tal caso, in effetti, mancherebbero gli stessi parametri di valutazione cui ancorare il giudizio sulla

una metanorma. In questo senso, oltre ai riferimenti già citati, cfr. N. BERTI, *La modifica*, cit., 105-121. Secondo Berti, la giustificazione dell'effetto preclusivo del potere va, quindi, ricercata nella configurazione strutturale della funzione, cioè negli aspetti procedurali del potere.

scelta amministrativa, potendosi fare riferimento solo a quelli legislativi.

Nell'ambito della ricostruzione della funzione qui prospettata, può accadere, peraltro, che la regola del caso concreto necessiti di una ridefinizione all'interno del giudizio. Ad esempio, si potrebbe dare questa possibilità in relazione alle allegazioni delle parti all'interno della realtà processuale. A questo punto, meriterebbe un approfondimento il problema della partecipazione del privato nell'ambito dell'autodeterminazione amministrativa. Per un approfondimento maggiore, la trattazione dovrebbe proseguire per ciò che concerne i profili patologici relativi all'accertamento amministrativo derivanti dalla partecipazione del cittadino alla funzione. Tuttavia, ci si dovrà astenere da ciò, perché non pare sufficiente questa sede per affrontare la questione.

Al netto degli ulteriori approfondimenti sopra indicati, è necessario sottolineare come, nell'ambito del giudizio, si potrebbe accertare che alcuni elementi della fattispecie del potere non risultino stabilizzati. Ciò potrebbe accadere nonostante sia avvenuta l'autoregolazione amministrativa, perché la rappresentazione della realtà processuale può aver dato esiti diversi rispetto all'istruttoria. È possibile, quindi, che vadano presi in considerazione elementi ulteriori per la scelta amministrativa. Pertanto, in tali casi, si dovrà procedere all'esaurimento della discrezionalità all'interno del giudizio, allo scopo che venga esaurita la funzione. Si sottolinea, come, anche in tale caso, lo svolgimento della funzione non possa prescindere da un meccanismo di autoregolazione. Anche nell'ambito del giudizio, la discrezionalità deve essere esercitata secondo l'autovincolo, proprio perché tale regola inerisce il carattere procedurale della funzione.

Quindi, è sempre possibile che vi siano elementi che sfuggono alla trama dell'autovincolo e che la funzione rimanga incompiuta. Ciò sembra essere presupposto anche dalla lettera dell'art. 31, co. 3, c.p.a. Secondo un'interpretazione dinamica della separazione dei poteri, tale incompiutezza può essere corretta unicamente dall'amministrazione, perché al giudice non è permesso esercitare la funzione amministrativa. Nonostante il giudice non possa esercitare un sindacato sostitutivo, l'effettività della situazione soggettiva del potere – e quindi anche del suo sindacato – impone che la funzione debba essere pienamente compiuta.

In questo senso, in linea con una concezione pienamente giuridica – cioè obbligatoria – del potere, l'esaurimento della discrezionalità deve avvenire e risul-

ta possibile anche all'interno del giudizio. Tale evenienza – si avverte – non risulta in contraddizione con il divieto di cui all'art. 34, co. 2, c.p.a. Si accoglie, qui, la tesi secondo cui il limite dei poteri non ancora esercitati assume valenza cognitoria¹⁰⁸. Anche in tale ipotesi, il potere discrezionale deve essere esercitato attraverso un meccanismo di autoregolazione, posto che, sebbene siano assenti specifici limiti legislativi, non è ammissibile che l'esercizio del potere pubblico si svolga senza una proceduralizzazione dello stesso, cioè nell'inadempimento degli obblighi procedurali che dipendono dalla configurazione strutturale della funzione. Si ritiene che le recenti novità legislative abbiano reso palese questo peculiare aspetto del potere amministrativo.

In conclusione, il fatto che l'autovincolo abbia la precipua funzione di precludere contegni successivi all'amministrazione attraverso l'imposizione a sé stessa di criteri che stabilizzino gli effetti della norma precettiva pare coerente, in generale, con le ricostruzioni più recenti ed analitiche del potere. Tali teorizzazioni, infatti, hanno evidenziato, secondo un'interpretazione evolutiva e coerente con il quadro costituzionale, che la funzione amministrativa sia connotata da un carattere preclusivo. In tale maniera, si intende cogliere a pieno i profili di obbligatorietà del potere amministrativo.

Si è visto come, esistono varie concezioni di tale carattere preclusivo. Qui, si accoglie una struttura della funzione amministrativa a cognizione precettiva, secondo cui gli effetti preclusivi in esame dipenderebbero dalla configurazione procedurale della stessa. Conclusivamente, non si ritiene che l'autovincolo abbia valenza generale e sia obbligatorio per l'amministrazione in quanto tale, ma in quanto riconducibile direttamente alla discrezionalità, da un punto di vista procedurale. In particolare, l'autoregolazione della p.a. si ritiene ascrivibile alla funzione amministrativa intesa quale procedura, posto che la prima è strumentale all'esaurimento della discrezionalità. La funzione amministrativa, infatti, per dirsi compiuta deve propendere verso detto obiettivo, sebbene possano residuare alcuni profili da accertare successivamente, come detto sopra. A tal proposito, si accoglie la tesi dell'esaurimento della discrezionalità anche nel giudizio, ma il tema non può essere approfondito in questa sede. Si segnala solo che, all'uopo, si ritie-

108 Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, II, cit., 185 ss.

ne particolarmente efficace l'utilizzo dell'autovincolo, dato che lo si considera come proceduralizzazione dell'esercizio del potere discrezionale.

Dunque, non potrebbe ammettersi che la discrezionalità sia esercitata in assenza di una procedura atta a normarne l'esercizio. Altrimenti, non si avrebbe possibilità di garantire pienamente il sindacato sul potere, nonché si avrebbe la possibilità che il giudice si sostituisca all'amministrazione, dato che la funzione resterebbe incompiuta.

Pertanto, si sostiene che l'autovincolo sia il mezzo necessario per l'attuazione della funzione amministrativa. In questo senso, non si può ritenere esaurita la funzione amministrativa se non attraverso l'autoregolamentazione del potere, la quale garantisce la stabilizzazione della fattispecie normativa dello stesso. Al netto di tali considerazioni, si ritiene possibile – si è visto – che emergano in sede processuale profili ulteriori rispetto all'istruttoria procedimentale. Tali elementi, come si è spiegato, possono ricevere una stabilizzazione nel giudizio, attraverso un ulteriore esaurimento della discrezionalità. Anche in siffatto caso, non pare possibile prescindere dalla procedura che legittima e limita l'esercizio del potere discrezionale, secondo un meccanismo auto-regolatorio.

In generale, si ritiene che l'esaurimento della discrezionalità sia insito alla funzione, perché deve essere garantita una piena staticizzazione della fattispecie normativa del potere. Il potere discrezionale è realizzato attraverso una procedura caratterizzata dall'individuazione di criteri decisionali, volti all'autoregolazione, che consentono, attraverso preclusioni, la stabilizzazione degli effetti precettivi derivanti dalla scelta amministrativa. Se, invece, la funzione amministrativa restasse incompiuta, si avrebbe il rischio di possibili sostituzioni da parte di altri soggetti.