

Introduzione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Oggetto e svolgimento dell'indagine.

1. Premessa

L'Ufficio studi e formazione della Giustizia Amministrativa e la Spisa mi hanno invitato a partecipare al Convegno su “Il contenzioso in materia di contratti pubblici ed appalti nel quadro di un'analisi socio-giuridica”, svoltosi a Bologna il 14 e il 15 dicembre 2022, con una relazione intitolata “Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici”¹.

Nel riflettere sul principio del risultato, la mia attenzione è stata attratta dall'art. 1, comma 4, del codice dei contratti, secondo il quale “*Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*”.

La norma mi è parsa costituire applicazione di un istituto studiato soprattutto dalla dottrina di diritto amministrativo tedesco. Per esigenze di tempo e temendo di essere distonico rispetto al tema generale del convegno, nella relazione non ho approfondito il rapporto fra la norma e l'istituto elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesca. Tuttavia, già in quella occasione ho evidenziato che l'art. 1, comma 4, ha una rilevante portata innovativa; che detta norma ha introdotto una tipologia particolare di giudizio valutativo discrezionale; che essa

¹ Cfr., S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Dir. soc.*, 2022, 551 ss.

avrebbe condotto a ripensare seriamente alla dogmatica della discrezionalità amministrativa; che essa avrebbe aperto verosimilmente scenari inaspettati, che avrebbero potuto condurre a una diversa tipologia del sindacato sulla discrezionalità, per lo meno per quanto concerne il codice dei contratti pubblici; che, almeno in detto settore, il sindacato del giudice amministrativo italiano sulla discrezionalità avrebbe potuto essere avvicinato al sindacato compiuto dal giudice amministrativo austriaco; che l'art. 1 avrebbe consentito di inaugurare una più raffinata tecnica di sindacato giurisdizionale.

Oggi ritorno sul tema, riprendendo alcuni aspetti già esaminati e prospettando la tesi secondo la quale l'art. 1, comma 4, è un'ipotesi tipica di conferimento all'amministrazione di una tipologia particolare di discrezionalità comparativa o pura², che va sotto il nome di *intendierte Ermessen*. Il lemma "*intendiert*", invero, viene dal verbo latino "intendere"³ (intendo, intendi, *intentum*, intendere). In latino il verbo "intendere" significa "tendere in", "tendere verso", "tendere contro", "tendere a", "protendere", "volgere", "rivolgere", "dirigere verso", "dirigere contro", "mirare", "avere l'intenzione di"⁴. Ho tradotto l'espressione "*das intendierte Ermessen*" con la locuzione "la discrezionalità indirizzata"⁵.

² Sulla locuzione "discrezionalità pura" si vedano le considerazioni di G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Nomos*, 11.10.2021, 23 ss. nt. 89, il quale evidenzia che essa, pur essendo ancora impiegata, risulti sempre meno utilizzata rispetto a un tempo.

³ Cfr., M. RUDERSDORF, *Das intendierte Ermessen*, Hamburg, 2012, 28.

⁴ F. CALONGHI-O. BADELLINO, *Dizionario della lingua latina*, vol. I, Torino, 1972, 1452 ss.

⁵ Ho ritenuto opportuno tradurre l'espressione "*das intendierte Ermessen*" con la locuzione "la discrezionalità indirizzata". Sarebbero state possibili altre soluzioni, per la particolare versatilità del termine "*intendierte*", come "discrezionalità guidata", "discrezionalità intenzionale", "discrezionalità secondo l'intenzione", "discrezionalità predeterminata". Tuttavia, la scelta è caduta sul verbo indirizzare, del quale "indirizzata" è participio passato, perché meglio di altri rappresenta l'idea di un potere discrezionale che, dopo la comparazione fra gli interessi e l'individuazione di diverse opzioni, tutte opportune e legittime, approdi a una scelta che sia conforme all'intenzione della legge. In definitiva, la locuzione "la discrezionalità indirizzata" meglio di altre dà l'idea di una amministrazione che, dopo aver esercitato il suo po-

Nel procedere a tanto, mi è parso opportuno avviare una riflessione più generale sulla discrezionalità comparativa o pura⁶, come generalmente viene denominata, al fine di verificare se in essa possano individuarsi, oltre a quella suddetta, anche altre tipologie.

Varie sollecitazioni mi hanno indotto ad approfondire tali temi. In tal senso, va annoverato l'invito ricevuto dal Presidente e dal Direttivo dell'A.i.p.d.a. a partecipare come relatore al Convegno svoltosi a Bologna sul tema "Discrezionalità e amministrazione", nei giorni 7-8 ottobre 2022. In quella occasione ho avuto l'opportunità di ascoltare interessanti interventi.

Un ulteriore stimolo è giunto anche dall'invito a presentare una relazione all'incontro di studi in onore del prof. Stefano Cognetti, organizzato presso l'Università di Macerata, il 24 marzo 2023. Il tema della relazione assegnatami era la discrezionalità nelle opere di S. Cognetti. Nell'accingermi a tanto ho riletto le sue opere⁷ più significati-

tere di discrezionalità comparativa fra i vari interessi implicati nella vicenda, si veda condizionata nella scelta da una indicazione del legislatore.

⁶ Utilizzano la locuzione "discrezionalità pura", fra i tanti, F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d., 128 ss.; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur.it.*, 1910, IV, 44 ss.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1910, 5, 7, 9, 12 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (ma 1911-1914), 188 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 24; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 132. Si vedano, inoltre, F.G. SCOCA-E. FOLLIERI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 202, 185 ss.; M. RAMAJOLI, in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 57, 200; G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Nomos*, 11.10.2021, 23 ss.; A. SANDULLI, *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa. Dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *Annuario AIPDA 2022*, Napoli, 2023, 5; A. ZITO, *Consumazione del potere e discrezionalità*, in *Annuario AIPDA 2022*, Atti del convegno annuale AIPDA, Bologna 7-8 ottobre 2022, su "Discrezionalità e amministrazione", Napoli, 2023, 68 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 2023, 30, 33, 34 ss.

⁷ E. CARDI-S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1990, 341 ss.; S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo*, Napoli, 1987; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità*

ve e vi ho rinvenuto, fra l'altro, una indicazione sull'emergere di un impianto legislativo connotato da norme volte a disciplinare il cuore della valutazione discrezionale⁸. Siffatta segnalazione si è rivelata di grande interesse.

Invero, il tema che si intende affrontare non è quello di ribadire la mutevole storicità della discrezionalità e delle sue funzioni⁹; né quello di prendere atto che l'esercizio del potere discrezionale è condizionato dall'assetto ordinamentale, dal diritto costituzionale, dal suo grado di penetrazione nel diritto amministrativo, dalle leggi, dal complesso e variegato articolato normativo, e anche dalla sensibilità dei soggetti che decidono e, in particolare, dagli interessi di cui sono custodi o specifici portatori¹⁰. L'obiettivo della ricerca è volto a verificare, prevalentemente, se sia possibile individuare come categorie dogmatiche autonome più tipi di discrezionalità comparativa.

amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità, Milano, 1993; S. COGNETTI, "Quantità" e "qualità" della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale, Milano, 2000; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice, Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014.

⁸ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 2011, 330.

⁹ Si vedano A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 65; M. BULLINGER, *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Baden-Baden, 1986, 131; U. HELD-DAAB, *Das freie Ermessen. Von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur positivistischen Auflösung der Ermessenslehre*, Berlin, 1996, 21 ss.; H.J. WOLFF-O. BACHOF-R. STOBER-W. KLUTH, *Verwaltungsrecht*, I, München, 2017, § 31, Rn. 40; K. STERN, *Ermessen und unzulässige Ermessensausübung: eine Analyse des subjektives und objektives Elements*, Berlin, 1964, 11; A. VOBKUHLE, *Grundwissen – Öffentliches Recht. Entscheidungsspielräume der Verwaltung*, in *Jus*, 2008, 117.

¹⁰ U. HELD-DAAB, *Das freie Ermessen. Von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur positivistischen Auflösung der Ermessenslehre*, cit., 1996, 53 ss.; E. PACHE, *Tabbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – Versuch einer Modernisierung*, Tübingen, 2001, 21 ss.; L.H. RODE, § 40 *VwVfG und die deutsche Ermessenslehre*, Fronkfurt am Main, 2003, 28 ss.; H. RENNER, *Das intendierte Ermessen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Eine rechtsdogmatische Untersuchung*, München, 2021, 40.

L'indagine mi ha condotto ad analizzare tre categorie: la c.d. maturazione del potere discrezionale, l'azzeramento della discrezionalità e la discrezionalità indirizzata. Una visione di insieme della discrezionalità comparativa e delle sue diverse tipologie è essenziale anche al fine di lumeggiare le caratteristiche della figura dogmatica della discrezionalità indirizzata, che rappresenta uno dei temi centrali della presente indagine.

2. Oggetto e svolgimento dell'indagine

La discrezionalità amministrativa, come è stato lucidamente osservato, costituisce “un autentico assillo per la cultura giuridica”¹¹, tanto da produrre una letteratura sterminata¹². Interessanti tentativi di clas-

¹¹ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 444.

¹² Sulla discrezionalità amministrativa, senza pretesa di completezza, si vedano, fra gli altri, C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ripubblicato in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 997 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 2000 (ma 1939), 74 ss.; C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo Dig. it.*, X, 1939, 77 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIII, 1964, 65 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. it.*, V, 1968, 1108 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., 1970, 477 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 1988, 483 ss.; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, IX, 1989; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 240 ss.; S. COGNETTI, *Poteri sostanziali*, cit., 1993, 83 ss., 200 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 232 ss.; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 ss.; F.G. COCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 107 ss.; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, 125 ss.; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl. agg.*, 2010, 146 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 202 ss.; E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2008, 61 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 2011, 224 ss., 314 ss.; F. MERU-

sificazione delle diverse teorie sono stati quello che ha contrapposto la tesi mortariana¹³ alla tesi gianniniana¹⁴ e quello¹⁵ che ha distinto fra tesi normativiste e tesi istituzionaliste. Le tesi normativiste considerano l'attività amministrativa come trasformazione della norma in atto e la discrezionalità come "momento interpretativo della norma"¹⁶. Invece, le tesi istituzionaliste, che individuano nella discrezionalità il momento in cui l'amministrazione definisce l'assetto degli interessi prefigurato, ma non determinato dalla legge¹⁷, configurano il giudizio valutativo discrezionale come una sfera delimitata positivamente, contraddistinta da una componente di politicità, che consente di pervenire a soluzioni diverse, tutte conformi alla disciplina giuridica¹⁸. Natu-

SI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 7 ss.; E. CASSETTA-F. FRACCHIA (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, 439 ss.; M. CLARICH, *Manuale*, cit., 2013, 114 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss.; S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. COGNETTI-A. CONTIERI-S. LICCIARDELLO-F. MANGANARO-S. PERONGINI-S. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 127 ss.; S. COGNETTI, *Legge*, cit., 2014, 28 ss.; F.G. SCOCA, *Situazioni giuridiche dell'amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 32 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Salerno, 13-14 novembre 2014, Torino, 2017, 119 ss.

¹³ Si veda il capitolo Secondo.

¹⁴ Si veda il capitolo Secondo.

¹⁵ La distinzione fra tesi normativiste e tesi istituzionaliste è rappresentata da A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali Facoltà Economia e Commercio Università di Messina*, Messina, 1981, 3 ss., 45 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 87 ss.; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Torino, 2023, 26 ss.

¹⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; F. BENVENUTI, *Disegno della pubblica amministrazione*, Padova, 1996, 35 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss.

¹⁷ Si veda una sintesi in S. DE NITTO, *La proporzionalità*, cit., 2023, 26 ss.

¹⁸ G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924,

ralmente, si tratta di classificazioni che non riescono a comprendere tutta la produzione letteraria per la molteplicità delle sfaccettature che questa presenta¹⁹.

Nonostante il corposo impegno della letteratura, rimangono oscuri ancora diversi profili. La valutazione comparativa discrezionale, per esempio, costituisce ancora oggi un tema non adeguatamente esplorato. L'assetto tradizionale è attestato nel considerarla una valutazione consistente nella comparazione dei diversi interessi pubblici e privati implicati nella vicenda. Si tratta di una ricostruzione ben confacente alle dinamiche dei rapporti tra legislatore e amministrazione tipiche del secolo scorso.

La realtà moderna è più complessa e i rapporti tra legislatore e amministrazione sono diventati più articolati, dando luogo a fenomeni impensabili nel secolo scorso, per la natura e le dimensioni assunte, come per esempio l'amministrazione per legge. Anche la sfera dei giudizi valutativi riservati all'amministrazione ne ha subito gli effetti, con la conseguenza che oggi, a seguito di un ipertrofismo e di una pervasività normativa, solo una parte di essi si identifica con le valutazioni che consistono nella comparazione degli interessi.

Nella letteratura e nella giurisprudenza rimane dominante l'immagine rassicurante della configurazione tradizionale del potere discrezionale offertaci, circa ottant'anni fa, come mera comparazione degli interessi pubblici e privati implicati nella vicenda sottoposta all'azione amministrativa. Le dinamiche moderne hanno determinato uno stato di fatto diverso da quello al quale siamo stati abituati a pensare.

Due fenomeni, più degli altri, hanno influito sull'assetto del potere discrezionale.

Il primo è rappresentato dalla emanazione di una fitta trama di norme, di rango diverso, volte ad avvolgere la valutazione discrezio-

385 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 52 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 1964, 65 ss.

¹⁹ Per una diversa prospettiva si vedano F. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008, 398 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 360 ss.

nale comparativa, disciplinandola in maniera e in termini variegati. Il secondo, invece, è rappresentato dalla emanazione di leggi, volte a disciplinare il potere discrezionale delle amministrazioni, contraddistinte da una più raffinata articolazione che indirizza, guida e, comunque, incide sull'azione discrezionale delle pubbliche amministrazioni. Si tratta di due fenomeni profondamente differenti, perché il primo riguarda quel complesso impianto normativo, esterno ed ulteriore rispetto alla norma attributiva del potere discrezionale, che disciplina in vario modo l'esercizio del potere amministrativo discrezionale. Il secondo, invece, concerne le disposizioni di legge che, nel conferire alle amministrazioni un potere discrezionale, connotano il suo esercizio indirizzandolo e guidandolo verso il conseguimento di obiettivi determinati e specificamente perseguiti dal legislatore. In questo caso, a volte è la norma attributiva del potere discrezionale che ne connota l'esercizio.

Il presente saggio si propone di verificare se i due succitati fenomeni normativi abbiano inciso sulla morfologia e sulla funzione della discrezionalità, consentendo la configurabilità dogmatica di diverse tipologie di valutazioni discrezionali comparative.

Per procedere in tale direzione, si rende necessario premettere i presupposti concettuali dai quali prende avvio l'indagine, rappresentati dalla nozione di potere amministrativo e da quella di discrezionalità, nei limiti di ciò che è strettamente necessario a evitare anfibologie e incomprensioni.

Su detti temi si formuleranno solo considerazioni di sintesi, rinviando ad altra sede una verifica più attenta e puntuale.

Invero, la definizione dell'assetto dogmatico delle categorie utilizzate nella ricerca costituisce una costante, forse perseguita in maniera ossessiva nel tentativo di rendere più chiara la riflessione in corso e di sottrarsi ai fraintendimenti terminologici²⁰.

²⁰ Un monito in tal senso in M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali IX*, 2015, 398.