

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Torino

Il nuovo merito amministrativo

a cura di

Sergio Foà



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Dipartimento di
Giurisprudenza



Giappichelli

Comitato scientifico:

Valeria Marcenò (*coordinatrice*)

Alessandra Algostino

Stefano Barbatì

Roberto Cavallo Perin

Maurizio Cavanna

Federico Consulich

Elena D'Alessandro

Riccardo de Caria

Paolo Gallo

Michele Graziadei

Enrico Grosso

Daniela Izzi

Barbara Lavarini

Anna Mastromarino

Pier Giuseppe Monateri

Simona Novaretti

Michele Rosboch

Michele Vellano

Annamaria Viterbo

Georgia Zara

Ilaria Zuanazzi



Il nuovo merito amministrativo

a cura di

Sergio Foà



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Dipartimento di
Giurisprudenza



Giappichelli

© Copyright 2025 – G. Giappichelli Editore - Torino
10124 Torino, Via Po, 21 - Tel. 011-81.53.111
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1333-4
ISBN/EAN 979-12-211-8156-2 (ebook)

© Copyright 2025 – Università degli Studi di Torino
10124 Torino, Via Verdi 8
www.collane.unito.it/oa/
www.openaccess@unito.it

ISBN/EAN 978-88-759-0342-8

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei revisori (double blind peer review). La valutazione è stata affidata a esperti del tema trattato, nominati dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino. I revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale
Non opere derivate 4.0 Internazionale

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*A Manuel e Maurizia,
dove il tempo si è fermato
e il cuore non invecchia*

Indice sommario

	<i>pag.</i>
Autrici e Autori	XVII
Prefazione	
<i>Sergio Foà</i>	XIX

Premessa filosofica: *meritus fugit*

I concetti giuridici indeterminati.
Volto e *repraesentatio* tra arte, filosofia e diritto
Gianluca Cuozzo

1. <i>Meritus fugit</i>	3
2. Margini, storicità, interpretazione	6
3. Lo spazio del ritratto: tra diritto, arte e filosofia	8
4. <i>Repraesentatio</i> : l'individuo duale	12
5. Volto e moneta	15
6. Il merito come fine e scommessa	17

pag.

Parte I

Il merito amministrativo tra procedimento e processo

Clausole generali, norme extra-giuridiche
e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato

Sergio Foà

1. Clausole generali “redentrici del sistema”: profezia di Hedemann e suoi limiti per il diritto amministrativo	23
2. La buona amministrazione tra norme <i>extra legem</i> e merito amministrativo. Il sofisma dell’ <i>optimum</i> funzionale e la continenza tra discrezionalità e merito	28
3. La costituzionalizzazione del merito amministrativo per mezzo del principio di buon andamento. La funzionalizzazione al risultato	35
4. L’influenza del diritto dell’Unione europea: le “fattispecie frammentate” e i principi	42
5. L’applicazione del principio del risultato e il regredire del merito amministrativo	49
6. I principi dell’azione amministrativa e il neoempirismo temperato	56

Il problema del merito amministrativo
ed il principio di risultato emergente dal nuovo codice
dei contratti pubblici

Giancarlo Montedoro

1. Lineamenti generali del rapporto fra discrezionalità e merito	61
2. Concezione sostanziale e processuale del merito	68
3. Il codice dei contratti pubblici	69
4. Il risultato ed il merito amministrativo	74
Conclusioni	75

Merito e inesauribilità del potere pubblico: secondo grado e risultato amministrativo

Antonio Chiarella

1. L'eclissi del merito amministrativo: premessa metodologica di una prospettiva di indagine	77
2. Il rapporto giuridico di diritto pubblico: limiti positivi e negativi. Potere pubblico ed autonomia privata. I presupposti dell'inesauribilità	79
3. L'inesauribilità del potere pubblico nel prisma del nuovo merito amministrativo	86
4. Funzione e funzionalizzazione dell'interesse pubblico, fra giuridicità e merito	90
5. L'interesse pubblico al risultato ed il merito amministrativo: dal merito alla legittimità	93
5.1. Brevi considerazioni sul risultato in generale: implicito ed operazione amministrativa	93
5.2. L'"amministrazione di risultati" o "per risultati" ed il principio di buon andamento della P.A.	98
5.3. L'opportunità dell'atto amministrativo e l'inopportunità del risultato espressione di "cattiva amministrazione"	102
5.4. <i>Segue.</i> La "canonizzazione" degli interessi pubblici sostanziali e regole di merito amministrativo. La recessione del merito amministrativo	104
6. Fisionomia del potere pubblico: secondo grado e migliore perseguimento dell'interesse pubblico	107
6.1. Le matrici della ritirabilità dell'atto giuridico. Il <i>contrarius consensus</i> nel diritto civile	107
6.2. Il secondo grado nel negozio e nel provvedimento amministrativo	109
7. <i>Melius re perpensa:</i> la funzionalità dei provvedimenti di secondo grado rispetto alla buona amministrazione e al principio del risultato	116
7.1. Specificità dell'atto di ritiro: l'inopportunità del provvedimento amministrativo e la sua revoca. Lo spazio dell'errore nel diritto amministrativo	116
7.2. La rivalutazione di opportunità del risultato nell'operazione amministrativa e l'eclissi del merito nella giurisprudenza amministrativa	122
7.3. L'eclissi dell'opportunità. Un nuovo merito amministrativo alla ricerca del risultato quale "causa in concreto" del provvedimento amministrativo	126

pag.

La tutela cautelare e la sindacabilità del merito amministrativo tra comparazione degli interessi e valutazione del *fumus boni iuris*

Michele Ricciardo Calderaro

1. Oggetto dell'indagine: la tutela cautelare e il "nuovo merito amministrativo"	135
2. I principi costituzionali della tutela cautelare nel processo amministrativo: il diritto di difesa e la necessaria tutela anticipata delle situazioni giuridiche soggettive	136
3. I presupposti tradizionali della tutela cautelare: il <i>fumus boni iuris</i> ed il <i>periculum in mora</i>	146
4. La comparazione degli interessi in gioco come nuovo elemento della valutazione cautelare del giudice amministrativo	150
5. La comparazione degli interessi apre ad un possibile sindacato del merito amministrativo anche nel giudizio cautelare?	162

La sindacabilità del motivo nell'atto unilaterale

Alessandro Ciatti Càimi

1. Introduzione	171
2. Le deliberazioni collegiali: il condominio negli edifici	172
3. <i>Segue.</i> Le società di capitali	177
4. Il recesso	181
5. Una breve conclusione	186

Modelli partenariali e sindacabilità delle scelte organizzative e finanziarie della P.A.

Flavia Riso

1. I modelli partenariali nel nuovo codice dei contratti pubblici, caratteri e incidenza sul sindacato del giudice amministrativo	189
2. Il merito non sindacabile nei modelli partenariali: la valutazione preliminare di convenienza e fattibilità, con particolare riferimento alla finanza di progetto	194
3. Il sindacato delle scelte discrezionali nell'ambito delle operazioni di partenariato	198

pag.

4. Complessità e discrezionalità tecnica: effetti sul sindacato del giudice amministrativo	203

Il merito nell'antagonismo tra trasparenza e interessi contrapposti

Beatrice Bessone

1. L'erosione della "stretta legalità"	207
2. La trasparenza amministrativa: un principio a tutela della legalità	211
3. Trasparenza e interessi contrapposti: antagonismo e ruolo del <i>soft law</i>	215
4. Brevi considerazioni sul merito a conclusione	223

La decisione algoritmica tra tecnica e merito amministrativo

Valentina Galliano

1. Coordinate dell'indagine	229
2. La decisione algoritmica tra vincolo e discrezionalità: il compromesso della "bassa discrezionalità"	230
3. Attualizzazione della legalità algoritmica	235
4. L'utilizzo dell'IA tra merito, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica	243
5. Conclusioni: le garanzie tecnologiche di buona amministrazione	250

Parte II

Il merito amministrativo come comportamento

Scienze comportamentali e merito amministrativo: lo "scudo erariale"

Ilaria Giannone

1. Introduzione	255

	<i>pag.</i>
2. La razionalità del diritto e la ragione umana	257
3. Le forme della razionalità economica nel diritto positivo contemporaneo	259
4. La scienza comportamentale del <i>nudging</i>	261
5. La scienza comportamentale del <i>boosting</i>	263
6. L'agire pubblico e il <i>nudge</i>	266
7. L'evoluzione dell'elemento soggettivo della responsabilità amministrativo-contabile: uno "scudo erariale" di impunità per le condotte commissive colpose	267
8. Scudo erariale: un agire incentrato sullo scopo	270
9. Verso un nuovo "merito" amministrativo	273
10. La tecnica del <i>boosting</i> a servizio della figura del funzionario pubblico: dall'impianto educativo rousseauiano all'alfabetizzazione al rischio di Gigerenzer	274
11. Conclusioni	275

Giurisdizione contabile e insindacabilità delle scelte discrezionali della P.A.

Emanuela Andreis

1. Il sindacato giurisdizionale della Corte dei conti sulla discrezionalità amministrativa: una <i>actio finium regundorum</i>	277
2. La ricostruzione dei confini: dal dato normativo alle pronunce giurisprudenziali	279
3. Il "Decreto Semplificazioni": scudi della responsabilità e discrezionalità amministrativa	287
3.1. Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa – cenni	288
3.2. Scudo erariale e discrezionalità amministrativa: l'erosione della giurisdizione contabile	291
4. Considerazioni conclusive	295

pag.

Merito ed esimente politica nel giudizio contabile

Paolo Evangelista e Davide Vitale

1. Discrezionalità amministrativa e merito: una dicotomia non semplice da cogliere nel giudizio contabile	297
2. L'esimente politica e tecnica prevista dal legislatore in favore dell'organo politico	298
3. I limiti esterni della giurisdizione del giudice contabile. Gli orientamenti delle Sezioni unite della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale	301
4. L'esimente politica c.d. 'tecnica': casistica giurisprudenziale	305
5. Conclusioni	310

Conclusioni: presupposti e limiti all'ampliamento del sindacato giurisdizionale

Carlo Emanuele Gallo

1. Il merito amministrativo	313
2. Il merito e la giurisdizione amministrativa	315
3. Il merito amministrativo tra sostanza e processo	318
4. La perdurante validità del merito amministrativo	321
5. Il sindacato sul merito nel prisma del processo	322

Autrici e Autori

Andreis Emanuela, Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Torino.

Bessone Beatrice, Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Torino.

Chiarella Antonio, Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Torino.

Ciatti Càimi Alessandro, Professore ordinario di Diritto civile, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino.

Cuozzo Gianluca, Professore ordinario di Filosofia teoretica, Dipartimento di Filosofia e Scienze dell'educazione, Università di Torino.

Evangelista Paolo, Magistrato, Presidente di sezione con incarico di Procuratore regionale della Corte dei conti, Lombardia.

Foà Sergio, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino.

Galliano Valentina, Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Torino.

Gallo Carlo Emanuele, Professore emerito di Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino.

Giannone Ilaria, Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Torino e in *Ciutadania i Drets Human, Universitat de Barcelona*.

Montedoro Giancarlo, Magistrato, Presidente di Sezione del Consiglio di Stato.

Ricciardo Calderaro Michele, Ricercatore a tempo determinato di Diritto amministrativo, Università di Torino.

Risso Flavia, Magistrato, Consigliere T.A.R. Toscana e Assistente di studio alla Corte costituzionale.

Vitale Davide, Magistrato, Vice procuratore generale della Corte dei conti, Procura regionale Campania.

Prefazione

Sergio Foà

La crisi della fattispecie normativa riguardo all'attività delle pubbliche amministrazioni interroga da sempre sulla rilevanza giuridica delle scelte da queste compiute nell'esercizio delle rispettive funzioni, nella conduzione dei procedimenti e nello svolgimento delle più articolate "operazioni" amministrative.

L'interesse verso il merito amministrativo consegue alla progressiva introduzione in via legislativa di Principi in luogo di disposizioni normative puntuali, al diuturno bisogno di accordare significato giuridico alle c.d. "regole di buona amministrazione" (ove s'intenda sottrarle al limbo dell'irrilevanza) e alla necessità di delineare criteri per sindacare l'opportunità della scelta assunta.

Le ultime abbondanti riflessioni in letteratura sono dedicate all'introduzione dei Principi nel Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023 e si concentrano sugli effetti che tale modo di legiferare, innovativo nella specifica materia, può ingenerare nei rapporti tra attività amministrativa e sindacato giurisdizionale, implicando una rilettura o comunque un adattamento delle tradizionali nozioni di discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e merito. Si pensi in particolare, ma non solo, al principio del risultato, già ampiamente teorizzato ma ancora controverso nella sua applicazione pratica e financo riguardo alla sua concreta utilità, specie circa gli effetti indotti sull'ampiezza e profondità del sindacato giurisdizionale. I primi orientamenti giurisprudenziali formati in sua applicazione, unitamente al consentaneo principio della fiducia, segnano un recupero del sindacato di legittimità entro ambiti dapprima confinati nel merito amministrativo, ponendo una serie di interrogativi sul modificato rapporto tra le due nozioni.

L'opera che si propone intende conseguentemente ricostruire la nozione di merito amministrativo, sottolineando le implicazioni di più ampio respiro che l'esito della stessa operazione comporta, non limitate al diritto amministrativo sostanziale e processuale, ma riflettenti nuovi equilibri nei rapporti tra poteri dello Stato.

Il Volume è collettaneo e raccoglie contributi provenienti dal mondo accademico, giuridico e filosofico, nonché dalla magistratura amministrativa e contabile, proprio in ragione della dimensione interdisciplinare che la nozione stes-

sa di “merito” ontologicamente assume. Già gli studi monografici che negli anni '30 dello scorso secolo furono dedicati al tema, invero insoddisfacenti per eccesso d'impeto classificatorio o per agevole attrazione del merito verso la discrezionalità, rinviavano alle costruzioni filosofiche, quale fondamento dei concetti giuridici indeterminati e del rapporto tra opportunità e legittimità nell'azione dei pubblici poteri.

L'indagine che segue è propiziata da una riflessione filosofica introduttiva ed è poi bipartita: studia dapprima il merito tra procedimento e processo (concentrandosi sul rapporto giuridico amministrativo), successivamente il merito come comportamento (soffermandosi sulla condotta dell'amministrazione e dei suoi agenti).

L'approccio filosofico indaga sulla posizione che il concetto di merito occupa in una zona interstiziale tra diritto ed etica, dovendo per forza la norma attributiva del potere all'amministrazione fare riferimento a un sistema culturale, anche non esplicitamente codificato, che predetermina, in conformità a consuetudini, credenze e precognizioni di ordine morale riconosciute in un certo ambito storico-sociale, cosa sia meritevole di cura (Gianluca Cuozzo). La premessa e i suoi corollari, dedicati ai margini d'interpretazione e al completamento ermeneutico della norma imprecisa, si rivelano determinanti per l'inquadramento giuridico della nozione e per illuminare il rapporto tra regole *extra-legem* e norme giuridiche dell'agire amministrativo.

Passando al diritto sostanziale, la crisi della fattispecie produce effetti diversi nel diritto civile e nel diritto amministrativo, posto che per quest'ultimo la legge è il fondamento del potere dell'amministrazione e assolve ad una funzione di garanzia del soggetto privato. A fronte dell'effetto più sfumato che scaturisce in ambito pubblico, lo studio chiarisce che è proprio la formulazione della norma attributiva del potere a (poter) lasciare alla stessa amministrazione il delicato compito di colmare il deficit di legalità sostanziale, anche avvalendosi dell'“interpretazione tassativizzante” offerta dalla giurisprudenza. Quest'ultima evenienza accade, appunto, nel caso di normazione per principi o per effetto del rinvio normativo a clausole generali e a concetti, talora valori, extra-giuridici. Il contributo riprende la risalente e controversa teorica del merito amministrativo e della qualificazione delle regole d'opportunità per la migliore scelta nell'interesse pubblico, al fine di cogliere quali espressioni del merito così definite possano persistere nell'attuale contesto ordinamentale. Ravvisa una controtendenza, rispetto all'espansione della scelta “libera” dell'amministrazione, nel recupero del sindacato giurisdizionale di legittimità riferito ad ambiti d'attività precedentemente sottratti allo scrutinio del giudice. Invero si tratta di un processo non irreversibile, posto che lo spazio del merito può essere mantenuto insieme ad un rafforzamento della capacità amministrativa da parte dell'ordinamento giuridico (una maggiore fiducia nell'amministrazione, nella sua organizzazione e attività, dovrebbe limitare l'ampliamento del sindacato giurisdiziona-

le). Esaminando i recenti orientamenti giurisprudenziali, lo studio coglie una nuova manifestazione del rapporto tra giudizio di fatto e giudizio di valore, laddove il principio (prescrittivo) assegna un valore e impone la regola di giudizio per interpretare il fatto controverso (descrittivo), secondo una rinnovata manifestazione di neoempirismo (Sergio Foà).

La riflessione sull'eclissi del merito amministrativo si concentra anche sui poteri pubblici di secondo grado, precisamente sulle valutazioni riferite all'esercizio del potere di revoca, per effetto del principio del risultato applicato all'intera "operazione amministrativa", avuto riguardo all'inesauribilità del potere pubblico e alla funzionalità di quest'ultimo nella costruzione di una nuova nozione di "buona amministrazione" (Antonio Chiarella).

Un'attenta lettura della recente giurisprudenza amministrativa ricorda che il risultato e il merito amministrativo sono nozioni distinte, ed ammonisce il giudice a non sovrapporle in sede di cognizione e di decisione.

Il principio del risultato si lega al buon andamento amministrativo e consente di arricchire il sindacato di legittimità per eccesso di potere con riguardo alla valorizzazione dello scopo dell'azione amministrativa quale canonizzato nelle norme o concretizzato nel provvedimento o nel contratto, laddove il merito è il terreno della scelta opinabile nella quale il sindacato del giudice non deve entrare. Secondo questa distinzione, il risultato ascritto qualche volta al merito amministrativo inteso in senso ampio (e conforme ad un'impostazione autoritaria dello Stato, come negli studi di Amorth) ora è estrapolato dal merito amministrativo e diviene un parametro di controllo della legittimità dell'azione amministrativa, identificandosi con lo scopo sostanziale dell'atto o del contratto. L'aver previsto il principio di risultato nel codice dei contratti non impedisce affatto di ritenere che residui uno spazio di insindacabilità giurisdizionale delle scelte amministrative, ciò essendo coesistente al principio di separazione dei poteri (Giancarlo Montedoro).

Anche riguardo alla tutela cautelare si assiste a una progressiva vicenda di sostituzione del giudice all'amministrazione, come preconizzava Alberto Romano a metà degli anni ottanta dello scorso secolo. Ma ciò non fa transitare il giudizio cautelare in una nuova ipotesi di giurisdizione estesa al merito. In altri termini, non pare trattarsi di una nuova espressione di "merito giurisdizionale" ma di un'attrazione nel sindacato di legittimità del giudice amministrativo di aspetti che afferiscono al merito amministrativo, prima non sindacabili ma che oggi consentono al giudice, perfino in sede cautelare, di sindacare profili significativi delle scelte amministrative (Michele Ricciardo Calderaro).

La lettura favorevole all'ampliamento dell'ambito del sindacato di legittimità è ricondotta alle esigenze fissate in Costituzione, per una maggiore tutela dei cittadini e un contemporaneo ausilio a perseguire in modo corretto il pubblico interesse. Nell'affrontare questo nuovo ambito, il giudice amministrativo deve valutare attentamente se è in condizione di conoscere le regole che in cia-

scun settore vengono esplicitate o sono comunque rilevabili o se invece ha necessità di rivolgersi a un soggetto terzo qualificato tecnicamente (il consulente tecnico d'ufficio) e deve altresì valutare se il cittadino che agisce in giudizio nei confronti della pubblica amministrazione adduca o meno a sostegno delle sue richieste elementi di prova sufficienti a porre in dubbio l'operato della parte pubblica. L'apparato pubblico, del resto, è organizzato proprio per essere depositario delle scienze e tecniche del settore, di modo che chi vuole criticare i risultati di tale attività deve riuscire a dimostrare che quei risultati non sono corretti. L'ampliamento del sindacato di legittimità è perciò senz'altro proponibile, ed auspicabile, purché sia fondatamente giustificato (Carlo Emanuele Gallo).

L'espansione dell'area dell'amministrazione scrutinabile in sede giurisdizionale trova un interessante omologo in diritto civile, riguardo alle scelte assunte dall'organo assembleare di associazioni e in materia condominiale: la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha, infatti, recentemente ammesso una forma di sindacato anche sull'opportunità delle scelte compiute dall'assemblea, *ad instar* dell'eccesso di potere amministrativo. Il contributo illustra criticamente una tendenza verso l'attrazione alla sindacabilità giurisdizionale del contenuto di atti giuridici, prima non conoscibili, analoga a quella in corso nella giurisprudenza amministrativa (Alessandro Ciatti Càimi).

Esaurito l'inquadramento generale del merito amministrativo e della sua mutevole dimensione sostanziale e processuale, la prima parte del Volume ne indaga importanti modalità di espressione, a partire dalle operazioni di partenariato pubblico-privato, soffermandosi sulla sindacabilità della scelta amministrativa del modello contrattuale e della sottesa operazione finanziaria. Anche in tale specifico ambito, il più recente legislatore (d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, c.d. "correttivo" al Codice dei contratti pubblici) ha procedimentalizzato la fase di valutazione delle proposte degli operatori economici nella finanza di progetto, dischiudendo un nuovo sindacato del giudice amministrativo prima non ammesso (Flavia Risso).

Lo studio è quindi rivolto alla dialettica tra il principio di trasparenza amministrativa e il soddisfacimento degli interessi pubblici e privati considerati antagonisti, indugiando sulla sindacabilità del bilanciamento operato dall'amministrazione nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità (Beatrice Bessone). Non meno importante, ai fini dell'indagine, è l'utilizzo da parte dell'amministrazione di sistemi di intelligenza artificiale e la sindacabilità degli atti amministrativi originati da un *output* algoritmico, laddove la programmazione algoritmica, anticipando la fase di bilanciamento degli interessi, ridefinisce l'allocazione della discrezionalità amministrativa, con potenziali effetti sulla cognizione del giudice (Valentina Galliano).

La seconda parte del Volume indaga un'altra accezione di merito, riferito al comportamento dell'amministrazione e dei suoi funzionari.

Un primo contributo è dedicato alla diffusione delle scienze comportamentali e, in particolare, delle teorie cognitive del *nudging* e del *boosting* e alla loro applicazione all'attività amministrativa.

Il modello empirico-descrittivo di matrice continentale europea offerto dal *boosting* offre un approccio educativo, ritenendo che le lacune di razionalità dell'uomo possano essere colmate educando le persone a riconoscere un processo cognitivo errato; dall'altro lato, per la teoria del *nudging* di matrice anglosassone l'irrazionalità umana è irrimediabile, sicché l'unica strada percorribile è l'intrusione dei pubblici poteri nella sfera decisionale dei singoli, da attuarsi mediante "spinte gentili" capaci di influenzare le loro scelte. Acquisite tali nozioni, s'indaga sotto il profilo delle scienze comportamentali l'introduzione legislativa del c.d. "scudo erariale" di impunità per le condotte commissive anche gravemente colpose dei funzionari pubblici. Il consolidamento dell'amministrazione "di risultato", ampliando gli spazi di discrezionalità e di merito amministrativo, avrebbe accentuato il fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva" dei funzionari pubblici come reazione al rischio percepito di incorrere in responsabilità amministrativo-contabile. L'opzione di semplificazione scelta dal legislatore viene qui analizzata alla luce della teoria del *nudging*. Conseguentemente, il contributo riflette su una differente applicazione delle scienze comportamentali nel campo dell'agire amministrativo, affinché la necessità di promuovere l'efficienza della pubblica amministrazione non si ottenga mediante generalizzate forme di deresponsabilizzazione del funzionario pubblico (Ilaria Giannone).

Particolare attualità mostra la perimetrazione della giurisdizione della Corte dei conti sulla responsabilità amministrativa riguardo alle scelte discrezionali dell'amministrazione. Il tema concerne il delicato e mutevole bilanciamento tra il principio della separazione dei poteri e l'interesse della collettività alla certezza e alla legalità dell'azione amministrativa, oltre alla tensione tra necessità di non condizionare l'attività dei pubblici amministratori e l'esigenza di controllo delle risorse pubbliche. I giudici contabili ricorrono alla "riserva di amministrazione" come limite al proprio sindacato: essa è intesa come l'area di preferenza tra più alternative nell'ambito della ragionevolezza ai fini del soddisfacimento dell'interesse pubblico. Ove le scelte degli amministratori travalichino tale limite, esse fuoriescono dalla valutazione di opportunità dell'azione amministrativa per entrare nel vaglio della sua legittimità, che appunto limita l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali amministrative. L'attenzione si concentra inoltre sulla progressiva erosione del sindacato del giudice contabile sulla responsabilità dei funzionari pubblici a seguito dell'introduzione del cosiddetto "scudo erariale", in un contesto di sfiducia nell'attività discrezionale dei pubblici amministratori e di "fatica dell'amministrare" che si iscrive in un rinnovato modello di amministrazione teso al risultato (Emanuela Andreis). Tale scelta normativa, ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale, non dovrebbe tuttavia assumersi a rime obbligate per perseguire l'efficienza amministrativa e figura,

piuttosto, l'esistenza di un'amministrazione senza qualità, incapace di fronteggiare la complessità del sistema giuridico e dei mutati bisogni della società.

Il contributo dei Magistrati contabili esamina, infine, l'ambito di applicazione della c.d. "esimente politica" (art. 1, comma 1-ter, legge n. 20/1994), che sottrae al giudizio di responsabilità amministrativa l'organo di indirizzo politico al quale non sia ascrivibile, per buona fede, la scelta amministrativa viziata. Tale "esimente" è stata introdotta nell'ordinamento con la finalità (perseguita dal legislatore nel riformare l'organizzazione degli enti locali in coerenza con la riforma della dirigenza nel settore pubblico), di tutelare gli organi locali di governo nell'esercizio delle funzioni deliberative loro proprie, laddove la decisione necessiti di una istruttoria tecnico amministrativa complessa, che coinvolga accertamenti affidati ad organi interni. La cennata regola costituisce la naturale conseguenza, sul piano delle responsabilità, del principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico e attività di gestione ed è volta a garantire che l'organo politico-amministrativo rimanga esente da responsabilità connesse all'esercizio di proprie funzioni che risultino, in concreto, viziate da un errore imputabile agli accertamenti istruttori di competenza dei dirigenti. Il principio di separazione tra organi politici e organi tecnici non può condurre a una sostanziale irresponsabilità dei primi anche nel caso in cui gli atti adottati rientrino nell'ambito di competenze proprie: in tal caso l'organo politico è tenuto ad uno sforzo di approfondimento delle eventuali istruttorie predisposte dai tecnici, esigibile secondo i canoni dell'ordinaria diligenza (Paolo Evangelista e Davide Vitale).

Si può in sintesi affermare che, mentre il giudice amministrativo tende ad attrarre nell'ambito della legittimità spazi di valutazione dapprima riservati al merito dell'azione amministrativa, proprio enfatizzando la funzione dei principi, diversamente accade per il giudizio di responsabilità amministrativa, riferito alla complessiva condotta del soggetto agente. L'introduzione legislativa dello "scudo erariale" e le sue ripercussioni sulla riforma della responsabilità amministrativa sfumano sensibilmente la profondità del sindacato del giudice contabile riguardo all'utilizzo dei mezzi effettuato dall'amministrazione per conseguire il risultato previsto dalla legge. La nuova angusta configurazione dell'elemento soggettivo prevista per le condotte commissive rischia di relegare su un piano secondario l'accertamento degli elementi oggettivi della responsabilità, risultando irrilevante l'utilizzo amministrativo di un mezzo inefficiente imputabile a decisione gravemente colposa, allorquando il risultato sia comunque conseguito.

Si può percepire, in conclusione, una divergente configurazione normativa del merito amministrativo, nelle sue articolate manifestazioni: gli ambiti della relativa sindacabilità sono conformati da scelte legislative che prefigurano, talora in modo opinabile, la migliore direzione per tutelare gli interessi della collettività.

Premessa filosofica: *meritus fugit*

I concetti giuridici indeterminati.

Volto e *repraesentatio* tra arte, filosofia e diritto

Gianluca Cuozzo

SOMMARIO. 1. *Meritus fugit*. – 2. Margini, storicità, interpretazione. – 3. Lo spazio del ritratto: tra diritto, arte e filosofia. – 4. *Repraesentatio*: l'individuo duale. – 5. Volto e moneta. – 6. Il merito come fine e scommessa.

1. *Meritus fugit*

Pensare al concetto d'indeterminatezza giuridica nell'ambito delle regole amministrative e della discrezionalità della loro applicazione, per di più in relazione a una nozione piuttosto sfuggente e moralmente connotata come quella di merito, per chi si occupa di filosofia, rinvia immediatamente al tema dei margini interpretativi. Il merito, oltretutto, è un concetto che porta con sé un retroterra di premesse che affondano le radici nella definizione della persona (il merito è sempre inerente a una sua azione), nel concetto di bene (merita chi ha agito in vista di esso, comunque lo si definisca), in quello di libertà (alla base di ogni azione che possa essere giudicata "meritevole di") e, dunque, in ultima istanza, in un paradigma morale di riferimento (che definisce cosa si debba intendere per bene, permettendo di discernere nella pluralità dei comportamenti umani quello davvero meritevole di lode). Credo pertanto che il concetto di merito si situi in una zona interstiziale tra diritto ed etica, dovendo per forza la norma – che sancisce il fatto di meritare qualcosa – fare riferimento a un sistema culturale, anche non esplicitamente codificato, che predetermina, sulla base di consuetudini, credenze e precognizioni di ordine morale riconosciute in un certo ambito storico-sociale, cosa sia degno di lode. Dove, pertanto, tra i due paradigmi di riferimento (quello giuridico e quello etico) possono anche darsi casi di conflittualità nella lettura di uno stesso comportamento. Pensiamo, ad esempio, al concetto di libertà: se esso è centrale nel contesto della vita religiosa e morale (dove la scelta del bene deve essere incondizionata, e non imposta: si consideri, *e converso*, il dogma ebraico-cristiano del peccato originale, che definisce simmetricamente quello di bene, ponendo sempre un'enfasi particolare sul fatto del libero arbitrio), d'altro canto questo concetto risulta essere del tutto superfluo in ambito amministrativo, dove per merito potrebbe intendersi la semplice con-

formità dell'azione dell'impiegato al comando ricevuto dall'alto (dunque, per usare un'espressione centrale nella burocrazia moderna, reagendo automaticamente a un *input* di ordine "eterocefalico"¹). Max Weber, di fatto, vedeva la burocrazia (e il modello economico capitalistico di cui essa sarebbe il riflesso dal punto di vista organizzativo, conformemente al principio dello *speedingup*²) come un sistema razionale che misura il merito solo sotto il profilo dell'efficienza strumentale: l'impiegato, per essere degno di lode, deve escogitare i mezzi migliori atti all'adempimento delle indicazioni ricevute dal suo superiore, l'apparato essendo del tutto simile a una macchina ben oliata, in cui il diritto si risolve in mera "legalità funzional-formalistica"³, l'esito della cui applicazione è del tutto "indifferente a considerazioni umane"⁴.

Il singolo funzionario non è grado di sottrarsi all'apparato nel quale è inserito. Il funzionario di professione [...] è incatenato alla sua attività dalla sua intera esistenza materiale e spirituale. Nella grande maggioranza dei casi, è solo un membro incaricato di compiti specializzati, all'interno di un meccanismo che può essere mosso o arrestato solo dalle supreme autorità ma (normalmente) non da lui, che funziona senza fermarsi e che gli prescrive una tabella di marcia vincolante. Soprattutto per questo egli è soggetto alla comunità d'interessi di tutti i funzionari inseriti in questo meccanismo, affinché questo continui a funzionare e il potere esercitato associativamente perduri⁵.

La dimensione etico-prescrittiva soggiacente all'apparato burocratico, di conseguenza, è quella "dell'intenzione o convinzione" (*Gesinnungsethik*)⁶, la quale dispone di portare a termine speditamente, perseguire con diligenza (ma anche ciecamente, per quanto riguarda i fini dell'agire umano in genere) ciò che si è accolto nella propria intenzionalità indirizzata in modo eteronomo, nel senso di un'"efficienza orientata in base ad output (*outputorientierter Effizienz*)"⁷ (si tratta, nello specifico, delle direttive dell'amministrazione, senza potersi mai chiedere se esse siano in se stesse giuste o sbagliate, nemmeno sulla base del criterio formale stabilito da Kant della universalizzazione della massima in virtù della quale si agisce). La responsabilità (concetto centrale in una *Verantwort-*

¹ G. CUZZO, *Castelli di carta. Kafka e la filosofia della burocrazia*, Jouvence, Milano, 2019, 146.

² A. HOLITSCHER, *Amerika Heute und Morgen* (1912), Fischer, Frankfurt a.M., 1913 (ebook projekt.gutenberg.de, Nachdruck der Originalausgabe von 1912), 307 (posizione 4000).

³ C. SCHMITT, *Il problema della legalità* (1950), in ID., *Le categorie del politico*, trad. it. di P. Schiera, il Mulino, Bologna, 2015, 285.

⁴ M. WEBER, *Sociologia del potere* (1921-1922), trad. it. n.d., Pgreco, Milano, 2014, 59.

⁵ *Ivi*, 74.

⁶ ID., *La politica come professione* (1919), in ID., *Il lavoro intellettuale come professione*, trad. it. di A. Giolitti, Einaudi, Torino, 1993, 109.

⁷ H. TYRRELL, *Ist der Weberschen Bürokratietypus ein objektiver Richtigkeitstypus?*, in *Zeitschrift für Soziologie*, 19, 1981, n. 1, 38.

tungsethik), di conseguenza, diviene qui una questione meramente strumentale, di meri mezzi, e non di finalità ultime dell'agire, rispetto alle cui conseguenze occorrerebbe essere sempre vigili. Ma è possibile definire senz'altro meritevole un'azione fondata su un concetto così parziale di responsabilità, che può essere limitata allo scrupolo e alla diligenza con cui vengono portate a esecuzione determinate prescrizioni per mero ossequio di una direttiva altrui – senza poter dunque ricondurre la ragione dei propri atti a un livello più profondo di cause e motivazioni? Senza rispetto della libertà e considerazione attenta alle finalità ultime dell'agire, che condizionano la definizione tanto di ciò che è bene quanto di ciò che è male, non vi può essere alcuna spiegazione coerente della nozione di merito; esso, in tal senso, definisce una qualità della persona e non il mero ottenimento di un risultato qualunque tramite un'azione determinata da un motivo estrinseco (formalismo legale, a cui fa da corollario la concezione di un sistema giuridico del tutto determinato nelle sue norme, simile a “una gabbia d'acciaio, priva di elasticità e incapace di governare la coordinazione delle azioni sociali”⁸). Qui, più che in altri casi, sembrerebbe dunque valere il principio stabilito da Ulpiano, richiamandosi a Celso, secondo cui il diritto “*est ars boni et aequi*” (Ulp. l.1 *Inst.*), e non il mero assecondare gli ingranaggi di un macchinario efficientista, in cui a essere premiato può essere solo il più volenteroso (sicché a essere degno di considerazione è il *come* un individuo obbedisca, a prescindere da *cosa* faccia).

Il pensiero va inevitabilmente alle pagine di Hannah Arendt sulla “banalità del male”⁹, che, ancora oggi, ci mettono in guardia contro il rischio di poter definire Eichmann, stando alle finalità abominevoli della burocrazia nazista, un impiegato (sebbene di alto rango) sommamente “meritevole”: questi ha messo in atto, con scrupolo e prontezza di spirito, tutto ciò che gli è stato chiesto nel pieno rispetto delle norme vigenti, non badando ad altro che all'efficienza del sistema (la quale, in questo caso, potrebbe essere definita con Arthur Holitscher una “macchina infernale”, tale da ridurre l'impiegato a “un pezzo morto della macchina, di un ingranaggio o di una leva che funziona con precisione e automatismo”¹⁰).

In questo legame profondo tra sistema legale e universo *préalable* dei valori riemerge quanto Jacob Grimm scriveva del diritto antico, secondo cui “la legge non amava dirimere la cosa interamente da sé, ma lasciava piuttosto che qualcosa fosse affidato tramite l'intervento del caso alla divinità o al destino”, dimen-

⁸ F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Diritto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica giuridica*, a cura di F. VIOLA, G. ZACCARIA, Laterza, Roma-Bari, 2000, 57.

⁹ H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Penguin, London, 1963.

¹⁰ A. HOLITSCHER, *op. cit.*, 307 (posizione 4000), trad. mia.

sioni eccedenti il sistema normativo¹¹. La divinità e il destino, evidentemente, sfuggono al legislatore, il quale dovrebbe sempre lasciare dei margini di riserva – un alone non tematizzabile di circostanze detto anche spazio di valutazione, secondo cui “è dal punto di vista del caso concreto che s’interroga la norma o si va in cerca della regola apposita”¹² – ai fini di una applicazione coerente della legge, non limitandosi quindi alla semplice sussunzione del caso esperienziale alla normativa esistente, intesa come un sistema logico del tutto coerente e in sé concluso. Insomma, a bene vedere, “le regole del gioco non sono prefissate una volta per tutte al di là di alcune indicazioni generali e devono essere incessantemente riordinate”¹³.

2. Margini, storicità, interpretazione

Tornando ai margini interpretativi, questi sono effetto di una certa aura indeterminata di senso che ogni posizione di significato, traducendosi necessariamente in linguaggio (e, dunque, ancorandosi a un paradigma di veicolazione dei significati mobile e immerso nel pieno della vita concreta e della storicità), porta con sé. Conoscere, dal punto di vista di una teoria dell’interpretazione, significa quindi porsi su un cammino di ricerca di esattezza – *adaequatio intellectus ad rem* – che assume più il carattere di una sfida che di una certezza da rivendicare, con sicurezza, sin dalle prime battute di una indagine conoscitiva: il senso, scrive Viola, è una pratica sociale, un compito a cui s’è chiamati, un’impresa che s’intraprende, un obiettivo generale che si persegue. Ciò significa che il senso che sta alla base della comprensione ermeneutica ha un carattere pratico e che una filosofia ermeneutica del diritto non potrà che essere una filosofia pratica¹⁴.

Al carattere “rivelativo” del vero, che è sempre presente in una pratica d’interpretazione che sia seria e meticolosa, si accompagna un immancabile carattere di “espressività” (Luigi Pareyson) – aspetto, questo, che dipende da varie circostanze che qualificano accidentalmente la posizione storica del soggetto (la sua “gettatezza”, avrebbe detto Heidegger): cultura, religione, istruzione e lingua sono, in tal senso, variabili rilevanti, dense di vita storica, che danno origine a una varietà di interpretazioni possibili (il termine tedesco *Perspektivismus* è qui dirimente, dottrina che trova una certa consonanza, ad es., anche nell’ambito del “prospettivismo giuridico”, sul modello di quello riconducibile a Santi

¹¹J. GRIMM, *La poesia nel diritto*, a cura di L. GAROFALO, F. VALAGUSSA, Marsilio, Venezia, 2024, 147.

¹²F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, cit., 50.

¹³ID., *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, 2006, n. 1, 4.

¹⁴*Ivi*, 2.

Romano¹⁵). Ciò che distingue l'interpretazione autentica (e dunque rivelativa, nonostante i condizionamenti soggettivi e storici in cui la verità è ricercata, colta e pensata) dalla mera rivendicazione di relativismo (e, dunque, di assenza di verità, principi e regole, tal per cui, come Nietzsche ha ben formulato anticipando un certo Postmodernismo, "non ci sarebbero fatti, ma solo interpretazioni") è proprio la consapevolezza dell'insuperabile carattere storico-espressivo di ogni asserto interpretativo; così come, nel diritto, altra cosa è dire che alcune regole possano essere indeterminate (passibili cioè di ulteriore determinazione a partire dai casi concreti) o che lo sia, nel suo complesso, l'intero sistema giuridico (il che vanificherebbe, in senso relativistico, ogni pretesa di legalità: in effetti, "nei confronti di un sistema indeterminato non resta che far ricorso, quando è possibile, all'integrazione produttiva di nuovo diritto")¹⁶. Tale coscienza critica, che rende testimonianza del carattere finito e limitato dell'interprete, permette di entrare in dialogo con gli altri soggetti concreti, tutti armati di pazienza, buon senso e tolleranza rispetto alle sfumature di senso differenti, nonostante l'obiettivo comune sia quello di raggiungere, approssimativamente, una verità ultima (la quale, dunque, deve potersi concepire, per quanto sia difficile da cogliere, quale punto di fuga di tutte le prospettive d'indagine, ciascuna delle quali è individualmente qualificata in modo unico e irripetibile). L'antico principio della *docta ignorantia* (dal socratico "so di non sapere" al cusaniano "nihil scire, nisi quod ignoraret"), come ha ben visto Karl Popper, è del resto un elemento irrinunciabile di ogni prospettiva scientifica, a patto che essa non voglia scadere nel mero dogmatismo: la *docta ignorantia* sarebbe dunque il cuore di ogni teoria scientifica che fa proprio il carattere dell'umiltà e dell'incertezza costitutiva del sapere razionale; il suo criterio è dato quindi dalla *falsificabilità, congetturalità e controllabilità* di ogni ipotesi conoscitiva.

Quanto più impariamo sul mondo, tanto più consapevole, specifica e articolata sarà la conoscenza di ciò che non sappiamo, la conoscenza della nostra ignoranza. Questa è infatti la fonte principale dell'ignoranza: il fatto che la nostra conoscenza può essere solo finita, mentre la nostra ignoranza non può che essere, di necessità, infinita¹⁷.

Questa compresenza, avvertita con senso critico, di obiettività e soggettività storica dell'atto ermeneutico sta alla base di ogni espressione oggettiva della cul-

¹⁵ Il diritto, scrive Santi Romano, è sempre "un ordinamento particolare e limitato, il che, fra l'altro, implica che sceglie gli interessi da prendere in considerazione e li sceglie per l'appunto con criteri che non si identificano con quell'idea [di giustizia]": S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1946), Quodlibet, Macerata, 2019, 105; cit. in M. CROCE, *Istituire il sociale: Santi Romano e Karl Llewellyn sulla tecnica del diritto*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2022, Numero Speciale, *Ombre del diritto*, 8.

¹⁶ F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, cit., 59.

¹⁷ K. POPPER, *Congetture e confutazioni* (1969), trad. it. di G. Pancaldi, il Mulino, Bologna, 2012, 57.

tura umana, compreso il diritto (in cui dovrebbe valere l'abbattimento di una linea netta di demarcazione "tra interpretazione e applicazione del diritto"¹⁸). Pensiamo al caso di un ritratto, apparentemente così lontano dalla cultura giuridica, in cui il volto – per un pittore che s'intenda di fisiognomica, dai primitivi fiamminghi come Jan van Eyck e Rogier van der Weyden ad Antonello da Messina e Leonardo da Vinci – è allo stesso tempo riprodotto fedelmente, secondo il canone dell'*imitatio*, ma allo stesso tempo esteticamente trasfigurato, volendo l'artista dare massima espressività e dignità al modello pittorico (operazione che dipende dalla mentalità e dal gusto del tempo). Se il primo aspetto si giustifica con il valore di *repraesentatio* dell'immagine – per cui essa, nell'aderenza al modello, mostra un potere di surroga rispetto al personaggio rappresentato, potendolo addirittura rimpiazzare all'occasione di stipule di contratti e di sottoscrizione di atti con determinate ripercussioni giuridiche –, il secondo rinvia invece alla creatività e alla prospettiva individuale dell'artista, che può raffigurare la realtà, nonostante questi tenda al massimo di obiettività scientifica, sempre e soltanto a partire da una certa affezione della sua singolare facoltà conoscitiva (alterazione soggettiva o prospettica che qualifica il suo stile inimitabile, quale espressione di una data vita personale e storica). Ogni pittore, scriveva Leonardo, vede il mondo come se questo fosse filtrato da un vetro colorato¹⁹, alterazione cromatica che non è dovuta a motivi contingenti, bensì che appartiene intrinsecamente al suo modo, personale e irriducibile, d'intendere la realtà (conformemente al *modus intelligendi mentis*, scriveva il filosofo e giureconsulto Nicola Cusano discutendo, sulla scorta del *De pictura* di Leon Battista Alberti, di prospettiva visiva e di dialogo interreligioso²⁰).

3. Lo spazio del ritratto: tra diritto, arte e filosofia

Jan van Eyck, in una serie di ritratti e autoritratti, con questa consapevolezza critica e atteggiamento di prudenza – qualità che gli valsero anche diversi incarichi diplomatici all'estero per conto di Filippo il Buono – si era del resto firmato con il motto "als ik kan" (in caratteri greci maiuscoli, ALC IXH XAN, di modo che la formula corrispondesse all'anagramma del nome del pittore stesso). L'espressione fiamminga, tradotta in forma colloquiale, suona è più o meno nel modo seguente: "così come posso, più di tanto non posso fare, meglio di così non potrei dipingere" – motto nel quale, come scrive Panofsky, in forma di anagramma del nome del pittore, "un giusto orgoglio si mescola in maniera inimitabile con una giusta umil-

¹⁸F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, cit., 50.

¹⁹LEONARDO DA VINCI, *Trattato della pittura*, in ID., *Scritti. Tutte le opere: Trattato della pittura, Scritti letterari, Scritti scientifici*, a cura di J. RECUPERO, Rusconi, Milano, 2002, cap. 250, 121.

²⁰Per questi aspetti si veda il mio *Cusano. L'arte e il Moderno*, Morcelliana, Brescia, 2021, 14-15.

tà”²¹. In questa massima, in fondo, vi è tutto il distillato del nuovo sapere umanistico intorno a possibilità e limiti dei poteri dell’essere umano (*posse cognoscere, posse facere*)²²; e da questa riflessione sulla *dignitas hominis* (in cui si avvertono gli echi ermetici condensati nella formula “magnum miraculum esse hominem”²³) emerge tutta la distanza incolmabile, posta da autori come Cusano, Giovanni Pico e Ficino, tra creazione ontologica divina (la natura) e creazione umana, che si limita alla sola produzione di immagini, concetti, codici e forme congetturali, il cui valore è meramente ipotetico e storicamente condizionato²⁴. Lo spirito umano, in quanto creato, è finito senz’altro, e tuttavia – come *imago Dei* – sonda costantemente i propri limiti spingendosi oltre il dato naturale, in un moto di progressione/perfezionamento che non ha requie, ripetendo indefinitamente il proprio tentativo di *assimilatio* al modello. L’arte pittorica del periodo esaminato, nei suoi stretti legami con metafisica, antropologia, teologia e diritto, è uno dei luoghi in cui questa dinamica di avvicinamento all’archetipo appare con più nettezza, offrendo le coordinate per una definizione prettamente umanistica dell’individualità umana. Si potrebbe quindi dire che “nell’invenzione del ritratto il soggetto non si è dato il piacere di un’immagine, ma si è assicurato la certezza di una presenza (la sua): in essa si è inventato”²⁵ per mezzo dell’artista, grazie alla cui attività creatrice l’essere umano si è “trasposto in immagine [...] e celebrato come individuo”²⁶. L’opera, come *mise en forme* di una data individualità (da intendersi quale “identità singola tematizzata nella sua singolarità”²⁷), è il mezzo in cui si attesta il ruolo documentale, sociale e giuridico della rappresentazione artistica, in virtù della quale il

²¹ E. PANOFKY, *Early Netherlandish Painting. Its Origins and Character*, vol. I, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1953, 326.

²² Per la concezione del “limite” nella filosofia rinascimentale, anche in rapporto al tema della grazia, rimando ad A. DALL’IGNA, *The Presence of the Theme of Grace in the Mysticism of Cusanus and Bruno*, in AA.VV., *Singularität und Universalität im Denken des Cusanus* (Beiträge der 5. Jung-cusanertagung 11.-13. Oktober 2012), a cura di C. STRÖBELE, Roderer, Regensburg, 2015, 123-139.

²³ *Asclepius*, 6, in *Corpus hermeticum*, testo greco, latino e copto a fronte, a cura di I. RAMELLI, Bompiani, Milano, 2005, 523.

²⁴ “Coniecturas a mente nostra, uti realis mundus a divina infinita ratione, prodire oportet. Dum enim humana mens, alta dei similitudo, fecunditatem creatricis naturae, ut potest, participat, ex se ipsa, ut imagine omnipotentis formae, in realium entium similitudine rationalia exserit. Coniecturalis itaque mundi humana mens forma exstitit uti realis divina. Quapropter ut absoluta illa divina entitas est omne id quod est in quolibet quod est, ita et mentis humanae unitas est coniecturarum suarum entitas. Deus autem omnia propter se ipsum operatur, ut intellectuale sit principium pariter et finis omnium; ita quidem rationalis mundi explicatio, a nostra complicante mente progrediens, propter ipsam”: N. CUSANO, *De coni.* I, 1: h III, n. 5, lin. 1-10.

²⁵ J.-L. NANCY, *Il ritratto e il suo sguardo* (2000), trad. it. di R. Kirchmayr, Cortina, Milano, 2002, 25.

²⁶ T. MARCI, *Prospettiva pittorica e costruzione giuridica. Diritto e potere dal Rinascimento al XIX secolo*, Tamgram, Trento, 2012, 112.

²⁷ R. TERROSI, *Filosofia e antropologia del ritratto. Ritratto, identità, individuazione*, Mimesis, Milano-Udine, 2012, 71.

soggetto del ritratto si qualifica in quanto “l’esposto-soggetto”²⁸, circostanza che si può qualificare come atto di nascita dell’individuo moderno. In tal senso, “lo *status* giuridico che il ritratto fa vigorosamente valere si applica dunque in ultima istanza all’individuo raffigurato nel quadro e rivendica il diritto di disporre della propria immagine”²⁹ alla stregua di un *alter ego*, la cui valenza è essenzialmente rappresentativa. L’individuo, tuttavia, in quanto esposto/istituito nel ritratto, diviene tanto il ricettacolo di riconoscibilità sociale e di legittime rivendicazioni di diritti inalienabili (nella sua qualità di rappresentazione vicaria), quanto il sintomo di una sua insuperabile scissione interna, che lo fa essere tanto entità individuale (immagine fedele di sé), quanto realtà essenzialmente duale (costantemente inadeguato rispetto al proprio modello, nonostante gli sforzi compiuti dall’artista). Il termine *in-dividuus* sembra accogliere entrambe queste sfumature, che il ritratto rivela in modo singolare nella tensione tra *repraesentatio* (immagine fedele ottenuta con studio fisiognomico) e scarto dalla *regula* (mancata assimilazione perfetta dell’immagine al *vultus* archetipo, il modello, che rimane un fine mai pienamente raggiunto).

Questo iato ermeneutico tra esemplare (norma) e copia (volto ritratto), che permette al pittore il dispiegarsi del proprio talento interpretativo nella costruzione dell’immagine, del resto affonda le sue radici in un livello ontologico molto più profondo. Esso rimanda al modo in cui il principio assoluto della realtà (la *facies facierum*), volto di ogni volto e forma di ogni cosa esistente, si è rappresentato nel mondo, dando origine a tutto ciò che esiste (nella sua consistenza eminentemente immaginale, di rappresentazione).

Tu, signore, che operi tutte le cose per te stesso, hai creato l’universo mondo per la natura intellettuale; come un pittore, che tempera colori diversi, per poter dipingere se stesso e possedere un’immagine di sé, nella quale s’allieti e riposi l’arte sua; ma poiché è uno e immoltiplicabile, egli cerca di potersi moltiplicare almeno in una similitudine prossima quanto più possibile. Produce quindi molte figure, perché la similitudine della sua virtù infinita non può esplicarsi in modo più perfetto che nella molteplicità³⁰.

²⁸ J.-L. NANCY, *op. cit.*, 15.

²⁹ H. BELTING, *Specchio del mondo. L’invenzione del quadro nell’arte fiamminga* (1994), trad. it. n.d., Carocci, Roma, 2016, 38.

³⁰ “Tu, domine, qui omnia propter temet ipsum operaris, universum hunc mundum creasti propter intellectualem naturam, quasi pictor, qui diversos temperat colores, ut demum se ipsum depingere possit ad finem, ut habeat sui ipsius imaginem, in qua delicietur et quiescat ars sua; cum ipse unus sit immultiplicabilis, saltem modo, quo fieri potest, in propinquissima similitudine multiplicetur. Multas autem figuras facit., quia virtutis suae infinitae similitudo non potest nisi in multis perfectiori modo explicari”: N. CUSANO, *De vis.*, 25: h VI, n. 116, lin. 9-15, 1-2.



Jan van Eyck, *Ritratto di uomo con il turbante rosso* (1433), olio su tavola, National Gallery, Londra.

4. Repraesentatio: *l'individuo duale*

Anche nella citazione appena riportata vige il principio della *repraesentatio*, almeno stando alle dottrine teologiche che hanno influenzato la concezione dell'arte pittorica tra XV e XVI secolo. Vale la pena di ricordare che il concetto *repraesentatio* (anche detta *figura* o *significatio*) è al centro del dibattito conciliariista del '400³¹, secondo cui tutte le persone collettive, anche la Chiesa cattolica (quale “una anima totius ecclesiae”³²), risulterebbero *personae fictae*, passibili di essere rappresentate da un singolo o da una parte eletta dal suo seno; *pars* qual è, ad es., il *concilium* o *synodus* (di rappresentanza “tutoria” o “corporativa” si tratti): “repraesentatio concilii, cum plus appropinquet ad veritatem ecclesiae et certiori modo eesentet eandem, tunc etiam praefertur confusae repraesentationi papali in auctoritate et iudicio”³³. Un'eco di questa accesa controversia anche filologica è ben presente nel cusaniano *De concordantia catholica*, dove l'apostolo Pietro viene definito *figura* o *significatio* allo stesso tempo *Christi* ed *ecclesiae*, tale per cui “sicut Christus est veritas, cuius figura et significatio est petra sive ecclesia, ita petra est veritas, cuius significatio et figura est Petrus”³⁴.

Il concetto di rappresentazione/rappresentanza, stando al termine latino *repraesentatio* nella sua accezione tardomedievale (maturata grazie a una riscoperta del *Corpus iuris civilis* di Giustiniano), significa stare *in vece* di qualcuno (*repraesentatio idemptitatis*); si tratta, a tutti gli effetti, di una *viva imago*, come se, in virtù di una designazione riconosciuta legalmente, fosse presente la *persona repraesentata* o un consesso organizzato di individui (ad esempio la Chiesa tramite un suo singolo rappresentante, che assume pertanto un potere vicario, “a nullo tamen maxime”³⁵), potendo far anche valere il criterio della *pars pro toto* (per cui, stando al *Defensor pacis* di Marsilio da Padova, vi sarebbe una equivalenza, all'interno del corpo collettivo, tra la comunità come un tutto e una sua parte specifica³⁶). Il termine, che Cusano rifonde in quello conoscitivo di congettura, che oggi potremmo trascrivere in quello di ipotesi interpretativa – quando scrive, ad es., che tramite la congettura faccio in modo sia presente, con un enigma, la figura di

³¹ W. KREMER, *Die ekklesiologische Auseinandersetzung um die wahre Repräsentation auf dem Basler Konzil*, in *De Begriff der repraesentatio im Mittelalter*, a cura di A. ZIMMERMAN, *Miascxel-lanea Mediavalis*, 8, 1971, 202-237.

³² N. CUSANO, *De conc. cath.* II, 18: h²XIV, n. 156, lin. 14.

³³ N. CUSANO, *De auctoritate presidendi in concilio generali* (1434), in *Cusanus-Texte: Traktate II*, a cura di G. KALLEN, Heidelberg, Winter, 1935, 24.

³⁴ N. CUSANO, *De conc. cath.* II, 18: h²XIV, n. 157, lin. 35-36.

³⁵ N. CUSANO, *Epist. Roder. Sanc.*: h XV, n. 8, lin. 17.

³⁶ E. SCHMITT, *Repraesentatio in toto und repraesentatio singulariter*, in *Historische Zeitschrift*, 213 (1971), n. 3, 529-576. Per il pensiero politico di Marsilio si veda inoltre la significativa monografia di M. MERLO, *Marsilio da Padova. Il pensiero della politica come grammatica del mutamento*, FrancoAngeli, Milano, 2003.

una cosa non vista (“fingo aenigmaticae figuram rei non visae”³⁷) – ha dunque una valenza anche legale, come lo stesso Cusano, *doctor decretorum* presso l’Università di Padova (1417-1423), sapeva bene, ed era nozione centrale nei testi di Bartolo di Sassoferrato (1314-1357), del già citato Marsilio da Padova (1275-1342)³⁸ e di Juan de Segovia (1395-1458)³⁹, giurista e teologo spagnolo che, tra l’altro, aveva definito il Concilio “ecclesia in unum congregata”⁴⁰. Proprio a Padova Cusano entrò inoltre in contatto con i discepoli del giurista Francesco Zabarella (1360-1417) e con difensori della teoria conciliarista come Giovanni Nicoletti (da Imola, 1372-1436)⁴¹, che risiedette in quella città come *lector decretalium* dal 1406 al 1430 in sostituzione dello Zabarella. Juan de Segovia, tra l’altro, partecipò alle dispute conciliatoriste attorno al 1430 di cui furono protagonisti Cusano ed Enea Silvio Piccolomini (il futuro papa Pio II), e fu autore della *Historia gestorum generalis Synodi Basiliensis* (1449-1453)⁴², nonché corrispondente di Cusano riguardo all’interpretazione del Corano (*Epistula ad Ioannem de Segobia*, 1454). Juan, in particolare, in occasione della dieta di Magonza del 1441, distinse quattro concetti di rappresentanza, articolando efficacemente il concetto sul piano tanto dei soggetti, quanto delle immagini di determinati artefatti (quali i ritratti e le monete, connessi indissolubilmente al concetto di volto):

a. “Repraesentatio similitudinis” (nei dipinti o nelle monete: rappresentanza in senso figurativo);

b. “Repraesentatio naturalis” (somiglianza in natura: come tra padre e figlio);

c. “Repraesentatio potestatis, sicut procurator dominum constituentem eum” (rappresentanza per procura: questa sembra applicarsi, secondo Segovia, solo ai rapporti tra privati e non è riferibile alla rappresentanza delle persone giuridiche);

d. “Repraesentatio identitatis”, che è quella tipica invece delle persone giuridiche e dei corpi collettivi in genere, e si addice in modo particolare al caso del Concilio (che rappresenta nel suo insieme la Chiesa). Ed è quest’ultimo significato di *repraesentatio* in cui, propriamente, “il potere giuridico del rappresentante non è affatto inferiore a quello del rappresentato”⁴³.

³⁷ N. CUSANO, Sermo CCXX (*Magna est fides tua, fiat tibi, sicut vis*, Colonia 1452), 9, lin. 19-23.

³⁸ A. MULIERI, *Marsilius of Padua on Representation*, in *History of Political Thought*, 38, 2017, n. 4, 623-643.

³⁹ Cfr. A. ALVAREZ-GÓMEZ, *Über die Bedingungen des Friedens im Glauben bei Johannes von Segovia und Nikolaus von Kues*, Paulinus Verlag, Trier, 2003.

⁴⁰ J. DE SEGOVIA, *Relatio super materia bullarum de praesidentia* (1434), in W. KREMER, *op. cit.*, 204.

⁴¹ J.M. GERARDI, *Conciliarismo en De concordiantia catholica de Nicolás de Cusa*, in *Cuadernos Medievales*, 2015, n. 18, 66.

⁴² *Monumenta conciliorum generalium seculi decimi quinti. Concilium Basileense*, voll. II-III, a cura di E. BIRK, Typis Adolphi Holzhausen, Wien-Basel, 1873-1886.

⁴³ H. HOFMANN, *Der Spätmittelalterliche Rechtsbegriff der Repräsentation in Reich und Kirche*, in *Der Staat*, XXVII, 1988, n. 4, 536.

Il termine *repraesentatio*, evidentemente (stando al primo dei casi citati), si usava anche per descrivere la qualità artistica di un dipinto, il cui valore legale di surroga era dunque ampiamente riconosciuto; nonché del denaro nel pagamento in contanti: esso, infatti, sta in luogo dell'oro, e così permette l'acquisto di un bene di valore equivalente in virtù di una trasposizione valoriale o di rimpiazzo ontologico, nel senso dello stare in luogo di qualcos'altro.

Questa peculiare accezione giuridica del termine, come si diceva, è contenuta nell'espressione cusana secondo cui, tramite lo strumento euristico della congettura, si può fare in modo che sia presente "aenigmatice figuram rei non visae". Si potrebbe infatti pensare che la *coniectura* sia vicaria, grazie all'inveniva umana, dei modelli trascendenti contenuti nel *Verbum*, di cui fa le veci nel mondo vario dell'alterità e della differenza in cui la *mens humana* – quale *imago divina* – si esprime creativamente, dando luogo a una natura di secondo livello, i cui caratteri replicano, sul piano della contingenza (la natura creata direttamente da Dio). Stando al cusano *De venatione sapientiae*, del resto, si può affermare che "quod factum est, infactibilis aeterni est repraesentatio"⁴⁴. Grazie a questa sovrapposizione semantica tra concetto giuridico di rappresentanza (il cui approfondimento risultò imprescindibile quando si trattò di porre le basi di un governo conciliare della Chiesa mediante una critica del concetto di *plenitudo potestatis*, a tutto favore di una *potestas statuendi* che pertiene in *habitu* alla comunità come *unitas fidelium*⁴⁵), da un lato, e di partecipazione ontologica di finito ed infinito, mondo creato e mondo increato, natura e universo degli artefatti congetturali, dall'altro, Josef Koch ha ben evidenziato come una tale concezione di *repraesentatio*, in Cusano, assuma la forma di *Vergegenwärtigung*: di rappresentanza reale, dunque, tramite la quale il rappresentante impersona (nella sua *viva praesentia*) il rappresentato (strutturandolo ontologicamente in una immagine derivata ma dotata, per delega, di pieni poteri)⁴⁶. Credo peraltro che una traccia vivida di tale concezione sia da ravvisarsi in Carl Schmitt, laddove egli intendeva per *repraesentatio* "un movimento per cui si rende presente ciò che è, per sua natura, assente"⁴⁷, espressione in cui riecheggia il motto di Cusano più volte citato.

⁴⁴ N. CUSANO, *De ven.* 38: h XII, n. 110, lin. 13.

⁴⁵ C. D'AMICO, *Consensus y representación en el De concordantia catholica de Nicolás de Cusa*, in *Patristica y Medievalia*, XXII, 2001, n. 1, 52.

⁴⁶ J. KOCH, *Nikolaus von Kues und seine Umwelt*, Winter, Heidelberg, 1948, 24.

⁴⁷ G. DUSO, *Ripensare la rappresentanza alla luce della teologia politica*, in *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, 10.

5. Volto e moneta

Un esempio fecondo utilizzato da Cusano incontra, guarda caso, temi e problemi della cultura giuridica dell'epoca circa il tema del valore. Nell'opera del 1464 *De ludo globi*, il concetto di *repraesentatio* rimanda primariamente alla variante a) individuata da Juan de Segovia (*rapraesentatio similitudinis*), con particolare riferimento a ritratti e monete (e qui ricordo che in Cicerone il termine *repraesentatio*, non a caso, fa riferimento al prezzo di "istos hortos Drusi" e al loro pagamento in contanti: *Att.* XII 31,2). Sul piano del finito, infatti, l'immagine del principio creatore s'imprime nel mondo creaturale come l'effigie dell'onnipotente coniatore di monete in ciascuna delle sue realizzazioni numismatiche: e siccome una è la faccia del coniatore, la sua immagine – al modo di una nozione per la quale intendiamo ogni singola cosa nel suo valore e nella sua intelligibilità – "ci fa conoscere la faccia del coniatore al quale appartiene la moneta"⁴⁸. Difatti, il *creator monetarius* "è in tutte le monete con la figura della sua sostanza, come un unico designato è in molti segni"⁴⁹; mentre le singole monete non sono che "materia segnata o figurata"⁵⁰. Non ci è difficile immaginare come Cusano, in tale ragionamento analogico, si potesse riferire all'effigie di profilo dell'imperatore sulle monete di età romana, tipologia che fungeva ancora da modello nel XV secolo soprattutto nella Roma papale. Rimando, a tal proposito, alla medaglia di bronzo dedicata a Pio II, realizzata da Andrea Guazzalotti, che presenta al recto, il profilo del papa rivolto a sinistra e l'iscrizione, con un vistoso errore ortografico (Enaeas invece di Aeneas): ENAEAS PIUS SENENSIS PAPA SECUNDUS; mentre, al verso, è presente l'immagine del Pellicano Mistico, immagine cristologica mutuata da un'invenzione di Pisanello (Firenze, Museo Nazionale del Bargello) con la scritta: DE SANGUINE NATOS ALES UT HEC CORDIS PAVI⁵¹.

Ora, tra tutte le effigi "numismatiche" presenti nel mondo del finito, quella umana, come viva *repraesentatio* del divino, possiede una qualità del tutto particolare: quella cioè di sapersi – proprio nella sua qualità d'*imago* – qualificata intrinsecamente da uno scarto incolmabile rispetto all'archetipo infinito (l'*absolutus vultus* del divino, che è norma e regola di ogni volto finito). Essere rappresentazione vicaria, per l'individualità umana, significa sapersi affetta da un deficit di fedeltà rispetto al modello che qualifica l'intera vita dello spirito come un tentativo – fatto di un'infaticabile interpretazione e affinamento della propria immagine – di approssimazione al volto di Dio, regola e norma di ogni faccia;

⁴⁸ N. CUSANO, *De ludo* II: h IX, n. 116, lin. 14-15.

⁴⁹ *Ivi*, n. 117, lin. 12-14.

⁵⁰ *Ivi*, n. 118; lin. 4.

⁵¹ R. ROGGERI, *Enea Silvio Piccolomini. Iconografia. Dipinti, miniature, sculture e medaglie dal XV al XVI secolo*, in *Canonica. Rivista di Studi Pientini*, 2020/10, suppl. n. 4, 11.

con il che si rivela il carattere essenzialmente ancipite dell'*in-dividuus*: *imago* tanto fedele al proprio archetipo (di cui il volto umano è vicario), quanto capace di interiorizzare nel proprio spirito quella distanza incolmabile dalla norma trascendente di ogni volto, facendo fruttare consapevolmente questa carenza strutturale assumendola come destinazione ultima di ordine morale, attraverso cui si definisce teleologicamente la nozione di merito come *adaequatio imaginis* (umana) *ad imaginem* (divina). Tale scissione interna dell'*ἄτομος* umano dà infatti luogo a una concezione viva e dinamica della persona, la cui immagine è colta *in fieri* in un processo che trasforma il merito, agli occhi del principio divino, in un vivo processo di approssimazione – concezione restituita da Cusano con una metafora che è quasi un racconto. In questa narrazione è da rilevare come il merito di perfezione non sia tanto da attribuirsi a chi si accontenti della mera conformità speculare (conformità a una regola prefissata), bensì a colui che si sforzi di interpretare la propria immagine interiore (intenti, valori e scelte) alla luce di un modello che mette in discussioni le acquisizioni prestabilite del soggetto.



Andrea Guazzalotti, *Medaglia di Pio II* (1458). Bronzo, diametro mm. 54. Mercato antiquario.

Un'immagine, per quanto perfetta, se non ha la possibilità di essere più perfetta e più conforme all'esemplare, non è mai perfetta come sarebbe una qualsiasi immagine imperfetta che avesse invece la potenza di conformarsi sempre più e senza limite all'inaccessibilità dell'esemplare. In questo, infatti, come può (*quo potest*), a modo di immagine, imita l'infinità; se un pittore facesse due immagini, delle quali una, morta, apparisse più simile a lui in atto, l'altra invece meno simile, ma viva, cioè tale che, incitata a muoversi dal suo esemplare, potesse farsi sempre più simile ad esso, nessuno esiterebbe a dire che questa seconda

è più perfetta, in quanto imita di più l'arte del pittore. Così ogni mente, anche la nostra, sebbene inferiore a tutte quelle create, ha da Dio la capacità di essere, nel modo in cui può, immagine perfetta e viva dell'arte infinita⁵².

6. *Il merito come fine e scommessa*

Il filo del discorso, sulla scorta di concetti di volto, *repraesentatio* e dello scarto insanabile tra immagine e modello tipica del ritratto, ci ha portato a definire la persona come entità duale e mobile. Essere autenticamente se stessi, dal punto di vista di Dio (*facies facierum*, volto di ogni volto), è una questione di merito, ottenuto il quale lo sguardo provvidente del principio si posa su di noi elargendoci come ricompensa retributiva un bene in misura comunque sovrabbondante le nostre limitate capacità di porci e raggiungere determinate finalità di ordine etico (per cui, a ben vedere, la logica "economica" del merito viene qui superata da quella della gratuità del dono). La qualità morale del *meritus*, dal punto di vista della definizione della *dignitas hominis* tipica della tradizione umanistica, significa tentare di nobilitare la nostra immagine alla luce di un modello di perfezione, modello nel quale ci riflettiamo trasfigurandoci e superando, almeno parzialmente, quello iato (dal modello) di cui soffre la nostra immagine storico-concreta. Presupposto di tale concezione del merito, al di là del tema teologico della grazia (che qui ci porterebbe troppo lontano), è quella della libertà umana, senza di cui non esiste alcuna logica di premialità possibile. Il merito non è il mero conformarsi a una norma esterna prefissata (quasi fossimo specchi senza volontà il cui compito è quello di riflettere, nel proprio operato, un principio esterno, qualunque esso sia), bensì è conseguenza di un deliberato atto di auto-assimilazione a un principio definito preventivamente come bene; atto che contempla, da parte del nostro specchio-anima, sforzo, volontà e costanza nel raggiungimento di una finalità che ci siamo imposti liberamente e con senso di responsabilità. Se Eichmann si è accontentato della funzione passiva e meccanica di riproduzione dell'immagine burocratica del proprio specchio mentale (la cui opacità e distorsione prospettica non viene mai messa in discussione), operando con cieca e spietata efficienza, agire con merito significa invece

⁵² "Et quia imago numquam quantumcumque perfecta, si perfectior et conformior esse nequit exemplari, adeo perfecta est sicut quaecumque imperfecta imago, quae potentiam habet se semper plus et plus sine limitatione inaccessibili exemplari conformandi – in hoc enim infinitatem imaginis modo quo potest imitatur, quasi si pictor duas imagines faceret, quarum una mortua videretur actu sibi similior, alia autem minus similis viva, scilicet talis, quae se ipsam ex obiecto eius ad motum incitata conformiorem semper facere posset, nemo haesitat secundam perfectiorem quasi artem pictoris magis imitantem – sic omnis mens, etiam et nostra, quamvis infra omnes sit creata, a deo habet, ut modo quo potest sit artis infinitae perfecta et viva imago", N. CUSANO, *De mente*, 13: h 2V, n. 149, lin. 1-22.

interiorizzare criticamente la norma, passandola al vaglio di principi etici di ordine superiore che si radicano nel concetto del libero volere e nel vivo senso di responsabilità della persona a cui, come agenti etici, siamo richiamati da ogni prescrizione. L'alternativa è quella tra essere mere "macchine protocollari", che agiscono come ingranaggi senza porsi domande e a cui non è dato migliorarsi, e libere persone, consapevoli di una mancanza costitutiva, conformemente a una *docta ignorantia* che le immette in un processo indomito di perfezionamento della propria *imago*. In questo secondo caso, la risposta data nel *Processo* di Franz Kafka alla domanda posta da Josef K. ai bastonatori del tribunale – Perché bastonate? – è del tutto insufficiente: "Sono incaricato di bastonare, dunque bastono"⁵³.

Sarebbe interessante svolgere queste considerazioni, sulla scorta di Cusano ed Ernst Bloch – che sviluppava il concetto di *docta ignorantia* sul piano utopico-politico di una *docta spes* – su quello giuridico, richiamandoci a una *docta lex*, posta al crocevia tra ragione e volontà pratica e in grado di sopportare il peso dell'incertezza e del carattere provocatorio del caso concreto. Questa riflessione potrebbe assumere la forma di un richiamo prudenziale rispetto alle accezioni puramente meccanicistiche/formalistiche – nel senso della weberiana etica dell'intenzione – dell'attribuzione di un merito qualunque, a prescindere dalle effettive circostanze in cui si trova ad operare l'agente (la sua gettatezza storica).

Cusano, nel *De filiatione Dei*, con una metafora mutuata dagli studi sulle superfici speculari, ha nuovamente colto nel segno, quando definisce le menti umane come degli specchi più o meno finiti e contratti, e tuttavia capaci di mondarsi, correggere quella parzialità prospettica che le caratterizza, superando la propria opacità e mancanza di rettitudine nello sforzo di poter restituire, con massima fedeltà e trasparenza possibile, l'immagine del bene (lo specchio di ogni perfezione). Lo spirito meritevole è quello di colui che non si accontenta della propria facoltà di *repraesentatio* formalmente intesa, bensì che tenta di approfondirla nella direzione di una libera *transfusio* della propria immagine in quella dell'assoluto: *perfecta imago* di ogni volto, riflettendosi nella quale, alla fine, il riguardante non fa che vedere se stesso in quanto reinterpretato alla luce del divino.

Così apprendo, signore, che il tuo volto è anteriore ad ogni volto formabile, ed è esemplare e verità di tutti i volti; e tutti i volti sono immagine del tuo [volto] incontreibile e impartecipabile. Quindi ogni volto, che può intuire il tuo volto, non vede nulla di altro o di diverso da se medesimo (*nihil videt aliud aut diversum a se*), perché vede la propria verità⁵⁴.

Un autoritratto di Albrecht Dürer, del 1500, sembra essere qui offrire una

⁵³ F. KAFKA, *Il processo* (1925), in ID., *I romanzi*, trad. it. e a cura di E. POCAR, Mondadori, Milano, 2009, 396.

⁵⁴ N. CUSANO, *De vis. Dei* 25; h VI, n. 21, lin. 7-14.

analogia vivida di questo processo di approssimazione, alla fine del quale l'anima si riconosce – con merito e nel rispetto della propria libertà – nel suo vero modello di perfezione. Si tratta dell'“unico ritratto di Dürer in cui la figura sia posta in maniera rigidamente frontale e verticale”⁵⁵. In esso il pittore ha raffigurato se stesso, con l'aiuto di uno specchio, “profondamente ieratico e triste”⁵⁶, con i tratti tradizionali di un'icona di Cristo (*vera ikon*) – sebbene “l'identificazione con Dio non debba sembrare irriverente: non si tratta certo di un paragone alla pari (inimmaginabile in un personaggio rispettoso e cristianamente devoto), ma di uno stimolo per l'artista; non quanto si pretenda essere, ma quello che [...] si deve cercare di divenire”⁵⁷; il dipinto, inoltre, per le sue valenze altamente speculative, potrebbe “quasi valere come immagine dell'opera *De visione Dei*: il Dio che guarda all'uomo è immagine dell'uomo che guarda a se stesso come (a) Dio”⁵⁸.

Si tratta di un'opera altamente filosofica, la quale affianca all'immagine/icona una didascalia, per nulla irrilevante dal punto di vista filosofico. In questo caso, tuttavia, non è la cornice a parlare, come in molte raffigurazioni fiamminghe, bensì direttamente la tavola del pittore. In alto a destra, infatti, si legge: “Io, Albrecht Dürer di Norimberga, all'età di 28 anni, con durevoli colori ho creato me stesso a mia immagine” (*Albertus Durerus Noricus ipsum me propriis sic effingebam coloribus aetatis anno XXVIII*)⁵⁹. Motivi teologici, iconografici e filosofici sembrano qui fusi magistralmente gli uni con gli altri in una dottrina religiosa che ha il suo centro nell'*imitatio Christi*, il nucleo programmatico della *Devotio moderna*. Dürer rappresenta se stesso “a sua stessa immagine” (*nach meiner Gestalt*, si legge nell'autoritratto che precede di due anni quello in questione), con tratti del volto, sguardo ubiquo, capigliatura tipici delle sacre icone del Cristo, e persino con la mano destra “sollevata in un gesto solenne, con l'indice all'altezza dello sterno”⁶⁰, come quella benedicente del *Salvator mundi*; sicché “l'effetto di questo atteggiamento ieratico trova soltanto un parallelo nelle figure di Cristo a mezzo busto”⁶¹. Dürer, in tal modo, crea se stesso come riflesso in uno specchio divino, proiettando la sua effigie nello *speculum infinitum* e *sine maculam* del

⁵⁵ E. PANOFKY, *La vita e l'opera di Albrecht Dürer* (1943), trad. it. di C. Basso, Abscondita, Milano, 2006, 62.

⁵⁶ J. HALL, *L'autoritratto. Una storia culturale*, trad. it. di A. La Rocca, Einaudi, Torino, 2014, 83.

⁵⁷ S. FERRARI, *Voci del Rinascimento. Attraverso gli scritti di artisti e teorici dell'epoca*, Bruno Mondadori, Milano, 2008, 89.

⁵⁸ A. DE SANTIS, *Metamorfosi dello sguardo. Il vedere fra mistica, filosofia ed arte*, Studia Anselmiana, Roma, 1996, 151.

⁵⁹ Questa iscrizione sembra più significativa di quella che accompagna l'autoritratto del 1498, esposta al Prado di Madrid: “Das malt ich nach meiner gestalt / Ich war sex und zwenzig Jor alt/ Albrecht Dürer”.

⁶⁰ J. HALL, *op. cit.*, 83.

⁶¹ E. PANOFKY, *La vita e l'opera di Albrecht Dürer*, cit., 62.

Verbo; in questa sovrapposizione dei tratti, in cui volto umano e *absoluta facies* (che è “misura di tutti i volti”⁶²) sembrano scrutarsi reciprocamente come in un gioco di specchi, l’uomo conosce se stesso quale viva *imago Dei*, effigie vivente dell’Uomo-Dio, la “copulazione della natura divina creante e della natura umana creata”⁶³. Dürer, con questo procedimento antropomorfo e proiettivo, trasforma così la propria arte rappresentativa in una confessione che esalta la virtù produttiva del proprio modello ineguagliabile, l’inesauribile *ars creativa* del principio – della cui misura infinita, principio segreto della bellezza, vive, quale mera ombra o riflesso, ogni potere artistico umano (*Brauch und Kunst*, secondo Dürer⁶⁴). Ma, allo stesso tempo, vede nell’uomo un’immagine viva e libera, in cui si radicano una serie di qualità e valori morali restituiti dalla nozione etico-religiosa di merito, attraverso cui la moneta umana supera il suo valore legale di *repraesentatio* alla stregua di una entità numismatica viva che sia in grado di affinare progressivamente l’immagine impressa su di essa dal massimo e divino coniatore. Il merito, dunque, non si riduce al fatto di essere portatore di un’immagine originaria impostaci dall’alto – cosa che ci ridurrebbe alla stregua dei corpi inerti solcati dall’erpice della legge, come nel racconto allucinato di Kafka *Nella colonia penale* (1914) –, bensì nell’essere moneta e coniatore ad un tempo, dotati della facoltà di adattare ermeneuticamente la norma (del volto archetipo) alle proprie peculiari fattezze, con un processo di affinamento continuo della nostra *viva imago*. In un lavoro di miglioramento della persona e di messa in discussione del sé, si potrebbe dire, che “elimina ogni barriera tra interpretazione e applicazione” (tale per cui la riuscita della *confomitas imaginis*, dovuta alla *rapraesentatio*, dipende strettamente dall’interpretazione della *regula* del volto archetipo in circostante uniche e spesso irripetibili)⁶⁵. Tutto ciò ci spinge ad avvalorare un modello sistematico-teleologico d’interpretazione, conformemente alle tesi giuridiche di H. Kutscher e riprese da Viola in quella che potremmo definire una critica della ragion pratico-giuridica⁶⁶, secondo cui “l’interprete partecipa alla formazione della regola”⁶⁷. Questi, a conti fatti, dovrebbe procedere “a sovrapposizioni, intarsi e *découpage* della ‘disposizione’ per trarne la ‘norma’, frutto di un *work in progress* sempre più distante dalla ‘mineralogia’ del *Tatbestand*”⁶⁸.

⁶² N. CUSANO, *De mente* 9: h 2V, n. 124, lin. 3-4.

⁶³ N. CUSANO, *De vis.* 20: h VI, n. 89, lin. 20-21.

⁶⁴ E. PANOFKY, *La vita e l’opera di Albrecht Dürer*, cit., 66.

⁶⁵ F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, cit., 57.

⁶⁶ H. KUTSCHER, *Alcune tesi sui metodi d’interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista d’un giudice*, in *Riv. dir. eu.*, 1977, 3-24.

⁶⁷ F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, cit., 64.

⁶⁸ V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5.

Parte I

Il merito amministrativo tra procedimento e processo

Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato

Sergio Foà

SOMMARIO: 1. Clausole generali “redentrici del sistema”: profezia di Hedemann e suoi limiti per il diritto amministrativo. – 2. La buona amministrazione tra norme *extra legem* e merito amministrativo. Il sofisma dell’*optimum* funzionale e la continenza tra discrezionalità e merito. – 3. La costituzionalizzazione del merito amministrativo per mezzo del principio di buon andamento. La funzionalizzazione al risultato. – 4. L’influenza del diritto dell’Unione europea: le “fattispecie frammentate” e i principi. – 5. L’applicazione del principio del risultato e il regredire del merito amministrativo. – 6. I principi dell’azione amministrativa e il neoempirismo temperato.

1. Clausole generali “redentrici del sistema”: profezia di Hedemann e suoi limiti per il diritto amministrativo

L’incedere delle clausole generali e, tramite le stesse, l’introduzione di principi quali fonti di disciplina dell’attività amministrativa non è certo fenomeno nuovo, ma sollecita oggi doverose riflessioni di sistema, stimolate dal recente legislatore e dalle pressanti esigenze d’interesse pubblico che lo hanno animato (emergenza pandemica, ripresa dell’economia, effetti sulla disciplina contrattuale, sui procedimenti amministrativi, sulla responsabilità amministrativa, con misure differenziate nelle singole discipline di settore)¹.

Le ultime abbondanti riflessioni in letteratura sono dedicate all’introduzione dei Principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023 e si concentrano sugli effetti che tale innovativo modo di legiferare, almeno nella materia di specie, può ingenerare nei rapporti tra attività amministrativa e sindacato giurisdizionale, implicando una rilettura o comunque un adattamento delle tradizionali nozioni di discrezionalità amministrativa, discrezionalità o giudizio tecnico e merito amministrativo².

¹ Circa la difficoltà, se non l’impossibilità, di delineare una sicura demarcazione tra principi e clausole generali (oltre ai c.d. *standards*), F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Cedam, Padova, 2017, 273 ss.

² M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi ten-*

Il Codice dei contratti pubblici, per il vero, rappresenta un momentaneo punto di approdo, sicuramente importante ma interlocutorio, rispetto ad una tendenza normativa risalente nel tempo, che ha subito una vorticosa accelerazione negli ultimi decenni, ancora più marcata dopo l'avvento del "diritto speciale" pandemico e post-pandemico.

Le riflessioni di teoria generale sulla "crisi della fattispecie"³ hanno fotografato un fenomeno tendenziale dell'intero ordinamento giuridico dei Paesi di *civil law*, che registra un regresso della disposizione normativa puntuale a favore di un rinvio a principi che, a loro volta, richiamano valori, ossia criteri di comportamento che orientano l'agire dei consociati, in ragione di un presupposto legittimante di carattere generale, sfumato ma imperioso⁴.

Secondo un'immediata analisi, la crisi della fattispecie produrrebbe effetti diversi nel diritto civile e nel diritto amministrativo, posto che per quest'ultimo la legge è il fondamento del potere dell'amministrazione ed assolve ad una funzione di garanzia del soggetto privato⁵. A fronte dell'effetto più sfumato che scaturirebbe per noi, si deve replicare che è proprio la formulazione della norma attributiva del potere a (poter) lasciare alla stessa amministrazione il delicato compito di colmare il deficit di legalità sostanziale, talora avvalendosi dell'"interpretazione tassativizzante" offerta dalla giurisprudenza⁶. Quest'ultima evenienza si verifica, appunto, nel caso di normazione per principi che si potrebbero definire "non auto-sufficienti" o per effetto del rinvio normativo a clausole generali e a concetti, anche valori, extra-giuridici⁷.

Il nesso tra le clausole generali, che ispirano i principi, e le regole extra-giuridiche aveva illuminato e animato nel 1941 un acceso dibattito tra Mortati⁸

tativi di parametrizzazione del sindacato, in *Federalismi*, n. 24/2023, 222 ss. e bibliografia ivi richiamata; R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024.

³ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 36 ss., ed ivi l'affermazione secondo cui il valore "non ha bisogno di fattispecie, di una qualche figura o descrizione di fatti, poiché vale in sé, e si applica dovunque sia invocato e preteso".

⁴ Per G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giust. amm.*, 2023, 29, i principi rappresentano il "ponte" tra valori e regole. Cfr. anche M.A. SANDULLI, *Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in EAD. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2023, 1 ss.

⁵ G. CORSO, *Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, 2019, fasc. 1, 71 ss., spec. 76.

⁶ M. RAMAJOLI, *Standard generali e interpretazione tassativizzante delle clausole generali*, in *Giust. amm.*, 2023, 1 ss., spec. 4.

⁷ Per uno studio dedicato alla "validità assiologica" del provvedimento, cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Edizioni ETS, Pisa, 2013, 139 ss.

⁸ C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato dir.*, 1941, 131 ss.

e Giannini⁹ e già allora, non diversamente da alcuni riverberi odierni, la questione era stata rimessa alle riflessioni filosofiche (per Giannini sociologiche), quasi a contrassegnarne l'irrelevanza giuridica, pur con accenti diversi nelle posizioni dei due Autori¹⁰. Non sfugge tuttavia un fugace passaggio nel quale Mortati¹¹ richiama le preoccupazioni del giurista tedesco Hedemann, civilista, che nel 1933 aveva ravvisato nella "fuga" dell'ordinamento giuridico verso le clausole generali una "minaccia per il diritto e per lo Stato"¹². Quel lavoro monografico, recentemente tradotto e commentato in Italia¹³, indagava anche gli effetti di tale fenomeno distorsivo per il diritto pubblico e, in specie, per il diritto amministrativo, più incline a offrirne cittadinanza, in quanto "terra d'origine della discrezionalità"¹⁴.

La trama di quella critica, ovviamente contestualizzata al momento storico di riferimento, mostra tuttavia spunti di attualità, specie laddove contrappone il pregio della "elasticità" di siffatte clausole¹⁵ e la loro stretta connessione con il risultato che i pubblici poteri debbono conseguire al rischio di una loro "intonazione etica"¹⁶ e di un dilatarsi della funzione giurisdizionale a colmare gli spazi lasciati al "diritto libero"¹⁷. Molte di quelle riflessioni sono state riprese nella letteratura italiana sulla discrezionalità amministrativa e sul merito, specie sui "concetti elastici oltre la fattispecie"¹⁸, sulla differenza tra interpretazione e discrezionalità¹⁹ e, soprattutto, sui vizi degli atti amministrativi tra legittimità e merito.

La prima ragione della diffusione di tali clausole era riposta proprio nell'incapacità della legge di raggiungere il risultato prefissato, unitamente alla stanchezza indotta all'intero sistema giuridico dalla sovrabbondanza delle fonti nor-

⁹ M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato dir.*, 1941, 439 ss.

¹⁰ Riprende il tema L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1986, 98 ss., che riporta l'attenzione alle motivazioni politiche retrostanti.

¹¹ C. MORTATI, *Norme non giuridiche*, cit., 132 ove il rinvio allo scrittore tedesco è riferito al "problema più importante che si presenti ai giuristi del XX secolo".

¹² J.W. HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, in originale: *Die Flucht in die Generalklauseln, eine Gefahr für Recht und Staat*, J.C.B. Mohr Verlag, Tübingen, 1933, *passim*.

¹³ L. NIVARRA, *Introduzione e traduzione critica di J.W. Hedemann, La fuga*, cit., di cui alla nota precedente, Pacini, Pisa, 2022.

¹⁴ J.W. HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali*, cit., 118.

¹⁵ J.W. HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali*, cit., 24 ss.

¹⁶ *Ivi*, 155, in termini di "pathos etico".

¹⁷ *Ivi*, 143.

¹⁸ *Ivi*, 136.

¹⁹ L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., dedica significativamente il primo capitolo dell'opera a "interpretazione e discrezionalità".

mative: in sintesi sarebbe stato lo stesso legislatore, per propria incapacità, ad auto-limitarsi²⁰.

Nell'ordito enfatico di quella teoria, che pure preoccupava Mortati, la massima diffidenza veniva riservata alla "marcia trionfale" della buona fede, quale clausola generale o principio, che avrebbe "contaminato" i procedimenti amministrativi per via giurisprudenziale, secondo una "bizzarra traiettoria a metà tra analogia e autosufficienza"²¹. D'interesse, per il tema che occupa, è la classificazione delle clausole generali quale nozione distinta rispetto al procedimento ermeneutico, anche espresso in via analogica, differente dalle norme programmatiche e dagli elementi normativi della fattispecie.

Se si prova ad attualizzare l'analisi critica allora prospettata, emergono nitidi alcuni riferimenti normativi interni, che hanno anticipato la legislazione per principi del Codice dei contratti pubblici, sulla quale ultima si tornerà. Proprio per effetto della "contaminazione" tra istituti giuridici sopra illustrata, la buona fede è stata inserita dal legislatore italiano tra i principi generali del procedimento amministrativo, a mente dell'art. 1, comma 2-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che: "(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

Secondo la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, tuttavia, l'introduzione di tale clausola²² registrerebbe un principio già immanente nel sistema, positivizzando una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97, comma 2, Cost.²³ e che "porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo – forma tipica di esercizio della funzione amministrativa – è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo"²⁴.

Lo stesso percorso, in un rapporto tra genere e specie, ha riguardato la tutela dell'affidamento che, pur sorta nei rapporti di diritto civile, con lo scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione appa-

²⁰ J.W. HEDEMANN, *op. ult. cit.*, 145.

²¹ J.W. HEDEMANN, *op. ult. cit.*, 123, ma anche 153, ove ironicamente l'A. riporta a uno "sport" la scelta di "abbellire le soluzioni con la buona fede". Tra gli effetti di tale "trasposizione creativa" giurisprudenziale era richiamata l'applicazione al pubblico impiego delle disposizioni di tutela sociale disciplinate dal diritto privato.

²² Tale comma è stato aggiunto dall'art. 12, comma 1, lett. 0a), legge 11 settembre 2020, n. 120, di conversione del primo decreto semplificazioni, emanato durante l'emergenza pandemica.

²³ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Esi, Napoli, 1995. Recentemente, cfr. S. SPUNTARELLI, *La buona fede nel diritto amministrativo tra procedimento e processo: un'introduzione*, in G. AVANZINI, P. CERBO, G. D'ANGELO, S. SPUNTARELLI (a cura di), *Tra procedimento e processo*, Jovene, Napoli, 2024, 209 ss.

²⁴ Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19.

rentemente corrispondente a quella reale, da altri creata, è ormai considerata “canone ordinatore” anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell’esercizio del potere pubblico²⁵, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo l’adozione del provvedimento conclusivo²⁶.

I principi illustrati, dunque, allorquando sono recepiti dal legislatore, registrano “valori” immanenti al sistema, restituiti a regole concrete dell’agire amministrativo per effetto dell’interpretazione giurisprudenziale. E tale percorso ha contrassegnato l’ingresso della buona fede nella disciplina dei rapporti tra pubblica amministrazione e amministrato, nell’esercizio del potere pubblico. La norma e la giurisprudenza coniano congiuntamente il principio, in modo che i suoi contorni così forgiati riducano i margini d’incertezza applicativa gravante sulla collettività.

A ben vedere, tuttavia, la preoccupazione della teoria su riportata non è tanto riferita a questa consolidazione *ex post*, cioè al recepimento del legislatore di un principio ormai definito in giurisprudenza con i suoi corollari applicativi, ma alla “forza regolatoria” autonoma del principio, specie quando esso è strutturato come “formula di scopo”, ad esempio per fronteggiare “bisogni urgenti”, “rimediare ai danni dell’economia” *et similia*, rimettendo a valutazioni extra-giuridiche la migliore soluzione per l’interesse pubblico.

In tal caso, lo stesso Autore richiamato denunciava la prospettiva convergenza per cui “flessibilità e potere diventano un’unica cosa”²⁷. Un’eco recente, nell’ordinamento costituzionale, riguarda la legislazione emergenziale pandemica e l’attenuazione del principio di legalità dell’azione amministrativa in ragione della c.d. “riserva di scienza”, sulla quale tanto si è detto²⁸. A riguardo, riprendendo Irti, gli “stati di eccezione” e le “emergenze” sono eventi imprevedibili e irriconoscibili, che escludono di per sé il vincolo logico della fattispecie²⁹. Permane tuttavia, anche in tali casi, la necessità di rispettare il principio di legalità sostanziale, nell’equilibrio dinamico tra attribuzione del potere e esercizio della scelta amministrativa.

²⁵ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni Trenta all’alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001; A. TRAVI, *Affidamento (Diritto amministrativo)*, 2018, ora in *Scritti scelti*, Jovene, Napoli, 2022, 240 ss.; G. MANNUCCI, *L’affidamento nel rapporto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, *passim*.

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011, secondo cui l’affidamento “è un principio generale dell’azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l’aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività”.

²⁷ J.W. HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali*, cit., 130 ss.

²⁸ Sia consentito il rinvio a S. FOÀ, A. CAMAIANI (a cura di), *Gestione nazionale della pandemia. Misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, Giappichelli, Torino, 2022, *passim*.

²⁹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, loc. cit.

Se si circoscrive l'analisi allo spazio che la norma lascia alla pubblica amministrazione per scegliere la migliore modalità di cura dell'interesse pubblico rimesso alla sua competenza e alla conseguente sindacabilità giurisdizionale riguardo alla medesima scelta, il tema della "vaghezza normativa"³⁰ e della relativa tollerabilità resta il presupposto, secondo una lettura costituzionalmente orientata del rapporto tra i poteri, per tracciare i confini e le preclusioni che l'ordinamento giuridico deve porre alla "creazione della norma" da parte della stessa amministrazione e/o da parte del giudice³¹.

2. *La buona amministrazione tra norme extra legem e merito amministrativo. Il sofisma dell'optimum funzionale e la continenza tra discrezionalità e merito*

La letteratura sulle radici della discrezionalità amministrativa e sui rapporti con il merito è vastissima e ampiamente indagata. Ai fini che qui interessano, per apprezzare gli attuali confini delle scelte amministrative di merito e degli ambiti rimessi al sindacato giurisdizionale, si può cogliere il seguito di una ricorrente incertezza dottrinale, versante ora sui presupposti sostanziali (difficoltà di demarcare le nozioni), ora sugli effetti giuridici della medesima distinzione sul piano sostanziale e processuale (vizio di merito, rapporti con l'eccesso di potere e sue espressioni; differente collocazione sistematica della giurisdizione estesa al merito)³².

Prima della "costituzionalizzazione del merito", che si fa risalire all'opera di Ottaviano³³, le questioni teoriche ruotavano principalmente intorno a due temi:

³⁰ Si rimanda alla definizione di C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, 302 s., ed ivi la distinzione tra "vaghezza comune", che riguarda sia i termini descrittivi sia i termini valutativi, e vaghezza "socialmente tipica", che riguarda solo i secondi.

³¹ Secondo le teorie che accostano funzionalmente attività amministrativa e attività giurisdizionale: cfr. già F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967, 203 s.

³² Secondo le principali letture del '900, come si approfondirà, il merito amministrativo era ricondotto ad una sfera di valutazione appartenente all'amministrazione, intesa quale soggetto titolare di interessi propri e separato dalla collettività di riferimento (cfr. il fondamentale studio di P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, Indagini storiche*, Giuffrè, Milano, 1958; V. SIMI, *Il potere discrezionale come carattere essenziale della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 1960, 914); in altri termini si riteneva che il merito fosse tale non perché "merito", ma perché "amministrativo", dunque spettante all'amministrazione (così E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, 1994, 561).

³³ V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di dir. comparato e di studi legislativi*, Serie III, 1948, XXII, 308 ss. Per una recente analisi, anche critica, dell'opera di Ottaviano, cfr. L.R. PERFETTI, *Merito, discrezionalità, giurisdizione. Osservazioni sul fragile equili-*

la natura delle regole di “buona amministrazione” e gli effetti o le “sanzioni” conseguenti alla loro violazione. Le elaborazioni teoriche dedicate al merito antecedenti l’ordinamento costituzionale erano pressoché simmetriche rispetto agli studi sulla discrezionalità amministrativa, ancorché meno diffuse, e si ponevano dunque il problema della demarcazione dei vizi di merito con le figure sintomatiche dell’eccesso di potere e con lo sviamento, quali vizi dell’esercizio della discrezionalità. Un criterio distintivo, invocato nei principali studi monografici, risiedeva proprio nella asserita natura non giuridica delle regole di buona amministrazione. Regole “sociali” per Mortati e regole “extra-*legem*” per Giannini.

Tre studi dedicati al merito amministrativo si mostravano insoddisfacenti proprio per la debolezza delle argomentazioni sostenute, che non riuscivano a chiudere coerentemente il sillogismo argomentativo che muove dalla regola (costruzione della fattispecie) per giungere alla reazione dell’ordinamento in caso di violazione (sanzione o invalidità per vizio di merito).

In estrema sintesi, una tesi, sostenuta da Pappalardo, riteneva la scelta di merito arbitraria e insindacabile in sede giurisdizionale, ma la conclusione (integrale immunità dal controllo giudiziale) era contraddittoria rispetto al sindacato, per contro esperibile (con i limiti che l’attuale ordinamento consente³⁴), riguardando al comportamento dei funzionari responsabili di una cattiva scelta in danno della collettività e dell’amministrazione d’appartenenza³⁵. Amorth, invece, riduceva le regole di buona amministrazione a norme interne (pur non classificandole espressamente come tali)³⁶ e deduceva, in caso di loro violazione, una forma

brio tra diritti e potere nella costruzione teorica di Vittorio Ottaviano, in *Dir. amm.*, 2/2024, 411 ss. Sull’evoluzione della nozione, cfr. anche F. D’ANGELO, *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 147 ss.

³⁴ Il riferimento corre alla limitazione del sindacato della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa e contabile, in ragione della “insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali” che, con formula sintetica, è prevista dalla legge n. 20/1994, su cui, in questo Volume, P. EVANGELISTA, D. VITALE, *Merito ed esimente politica*, 299 ss.; nonché E. ANDREIS, *Giurisdizione contabile e insindacabilità delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione*, 297 ss.

³⁵ N. PAPPALARDO, *In tema d’invalidità dell’atto amministrativo per vizi di merito*, in *Studi in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova, 1940, II, 158 ss. La tesi di N. Pappalardo è richiamata, senza citare la fonte, da C. MORTATI, *op. cit.*, 136, ed ivi le critiche riportate nel testo.

³⁶ Ancora fondamentale il tentativo di sistematizzare la categoria ad opera di F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Giuffrè, Milano, 1963, ed ivi in particolare, 259 ss., circa la riconduzione del principio di buona amministrazione a figura di “presupposizione rafforzata”, e 463 ss. ove si trova la prospettazione di quattro classi di norme interne: le norme giuridiche degli ordinamenti interni; le proposizioni prescrittive poste dagli atti interni a contenuto generale; le norme interne consuetudinarie; le norme interne extragiuridiche. Per una recente ricostruzione della classificazione delle norme interne nell’evoluzione dottrinale, cfr. M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Franco Angeli, Milano, 2020, 31 ss.

d'invalidità rilevante solo sul piano amministrativo³⁷. Codacci Pisanelli, infine, pur accogliendo la qualificazione di “norme sociali”, ne inferiva il richiamo da parte delle norme giuridiche, sicché la loro violazione avrebbe comportato l'annullabilità dell'atto, con correlate difficoltà di distinzione del vizio di merito dalle forme di eccesso di potere³⁸.

In tutti i casi, la maggiore difficoltà d'inquadramento teorico riguardava la delineazione del rapporto tra l'opportunità della scelta amministrativa, la rilevanza giuridica del comportamento del funzionario amministrativo e il regime giuridico dell'atto da questi assunto.

Anche a fondare il merito sul principio di opportunità, persisteva la necessità di delineare la consistenza delle “regole” di buona amministrazione, che per esempio Amorth teneva distinte anche lessicalmente dalle “norme” giuridiche³⁹. Secondo tale impostazione, le stesse regole erano quindi non giuridiche e nemmeno “tecniche”; erano “elastiche”, sì da rendere “improprio” il controllo giurisdizionale, e informavano la migliore scelta del buon amministratore⁴⁰. Secondo tale accezione, ispirata alla rilevanza interna della loro applicazione, a differenza dell'equità che invece avrebbe riguardato direttamente il rapporto con gli amministrati, le stesse regole paiono accostabili a regole di comportamento, vincolanti per il funzionario amministrativo. Una lettura che, ove attualizzata, parrebbe replicabile riguardo alla rilevanza giuridica delle scienze comportamentali e del *nudge*, indagata anche in questo Volume⁴¹, oltre alla rilevanza della loro violazione sul piano della responsabilità disciplinare. Ed in tal senso pare deporre la costruzione teorica di Amorth, che indica quale criterio ordinatore della buona amministrazione (anche) la prassi amministrativa, non già quale “meticolosa routine che immiserisce talvolta la vita degli uffici” ma “l'insieme dei precedenti (...) felicemente risolti in un determinato modo, insomma il ricco tesoro dell'esperienza amministrativa”⁴².

³⁷ A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939, 36 ss. sulle regole di buona amministrazione e 51 ss. sull'invalidità amministrativa. All'opera di Amorth è dedicato il n. 1/2021 della Rivista *Diritto amministrativo*, ed ivi, in particolare, per quanto interessa in questa sede, F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, ivi, 29 ss.; R. VILLATA, *Antonio Amorth e la giustizia amministrativa*, ivi, 101 ss.

³⁸ G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Giuffrè, Milano, 1939, spec. 144 ss. sulla natura giuridica dell'invalidità dell'atto amministrativo per vizi di merito.

³⁹ A. AMORTH, *op. cit.*, 36, in nota 35.

⁴⁰ A. AMORTH, *op. cit.*, 36 ss.

⁴¹ Per una prima analisi in Italia, A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, *passim*, ma spec. 85 ss. ove l'agire amministrativo attraverso il *nudge* è qualificato come momento di esercizio di potere, importando la necessità di una parziale rimodulazione del concetto di potere amministrativo. In questo Volume, cfr. il contributo di I. GIANNONE, *Scienze comportamentali e merito amministrativo. Lo “scudo erariale”*, 255 ss.

⁴² A. AMORTH, *op. cit.*, 45.

Lo stesso Autore, tuttavia, declinava il fondamento delle regole di buona amministrazione anche in termini di “rilevanza economico-finanziaria del provvedimento, sia per ciò che può costare, sia per ciò che può rendere”⁴³; criteri tutti che oggi hanno assunto diretta dignità normativa, inclusi tra i principi dell’attività amministrativa e, *sub specie* “efficienza”, ispiratori di gran parte della legislazione più recente finalizzata alla ripresa dell’economia⁴⁴.

La progressiva giuridicizzazione di profili dell’attività amministrativa dapprima ritenuti di mera opportunità chiarisce, in visione retrospettiva, i dubbi che agitavano tutte le costruzioni teoriche sul merito. I serventi ragionamenti anticipavano in tutta evidenza la finalizzazione dell’intera attività amministrativa al raggiungimento del risultato previsto dalla legge, giacché “le buone pubbliche amministrazioni non dovrebbero mai scontentare gli amministrati”⁴⁵. Ma, a tal punto, le vie della legittimità e del merito erano inevitabilmente destinate a incrociarsi, ponendo severe questioni metodologiche, specie riguardo al vizio della funzione e alle figure sintomatiche di eccesso di potere. Al riguardo, come si è anticipato, le risposte offerte in letteratura erano incomplete e, talora, ardite.

Basta pensare al tentativo di risolvere il quesito, misurando la consistenza dell’inopportunità dell’atto, per comprendere se la stessa, raggiunta una certa gravità, potesse in via pretoria assurgere a vizio di legittimità, configurando un nuovo sintomo di eccesso di potere. All’interrogativo, riferito al caso della “manifesta inopportunità”⁴⁶, Amorth rispondeva in modo quasi elusivo, rimettendo la risposta ad un criterio quantitativo e di circostanza: risposta che, ammetteva l’Autore, poteva essere trovata solo “per fine intuito con una avveduta ricostruzione e interpretazione della fattispecie”⁴⁷.

In disparte le riflessioni prima esposte circa la crisi della fattispecie, una lettura di questo tipo riportava il sindacato sull’eccesso di potere e sui relativi confini esterni alla ricostruzione della volontà della pubblica amministrazione, secondo una giurisprudenza “creativa” del Consiglio di Stato, in tali termini e senza riserve definita da Mortati⁴⁸.

⁴³ A. AMORTH, *op. cit.*, 44.

⁴⁴ R. URSI, *La giuridificazione del canone dell’efficienza della pubblica amministrazione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana – Studi – La giuridificazione*, Firenze University Press, Firenze, 2017, 445 ss., ed ivi il collegamento all’amministrazione di risultato, 458 ss., ove si dà conto anche della lettura critica di S. CASSESE, *Cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941 ss., che ravvede in tale teoria solo l’esigenza di misurazione del fenomeno amministrativo. Cfr. anche R. URSI, *Le stagioni dell’efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione* Maggioli, Sant’Arcangelo di Romagna, 2016, *passim*.

⁴⁵ A. AMORTH, *op. cit.*, 101.

⁴⁶ Sulla quale già P. BODDA, *Un nuovo caso di eccesso di potere?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, n. 3.

⁴⁷ A. AMORTH, *op. cit.*, 109 ss.

⁴⁸ C. MORTATI, *op. cit.*, 138.

Altrettanto complesso lo sforzo di Codacci Pisanelli, che ricorreva al diritto internazionale per dimostrare che il diritto richiama, ma non recepisce, norme non giuridiche⁴⁹ e inferiva da tale richiamo la rilevanza giuridica del vizio di merito dell'atto amministrativo, sanzionata con l'invalidità, per mancata o non adeguata applicazione delle stesse norme⁵⁰. Entro tale coacervo di norme non giuridiche sarebbero rientrate "regole di arti o discipline o massime che il soggetto agente deve desumere da principi oggettivamente esistenti". Si trattava, in tale quadro, di "norme finali" cioè riferite al "possibile giuridico", nell'ambito del quale l'amministrazione esprime la propria scelta⁵¹.

Pare evidente, secondo tale ricostruzione, la rilevanza dell'elemento soggettivo del funzionario amministrativo, tanto che gli stessi esempi addotti dall'Auttore riguardavano la colpa e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico (oltre al buon costume)⁵².

L'invalidità per vizio di merito conseguirebbe, dunque, alla violazione dei generali principi di giustizia, equità e convenienza⁵³, riecheggiando i principi del diritto romano e le clausole generali denunciate da Hedemann. Ancor più sfuggente l'indicazione dei quattro gruppi di criteri dai quali, oltre che dalla legge, si sarebbe desunta la disciplina giuridicamente rilevante degli atti amministrativi: opportunità, equità, politica e tecnica⁵⁴. Stupisce, tuttavia, che tale amplissima elencazione riuscisse formulata per difetto rispetto ad altre prospettazioni, quale quella di Giannini, che moltiplicava le categorie rilevanti, per esempio distinguendo la buona amministrazione dalla correttezza, a loro volta distinte dalle regole delle scienze morali e da quelle sociali⁵⁵.

⁴⁹ G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità*, cit., 60 ss.

⁵⁰ Fermo restando che il rinvio da parte del diritto non renderebbe comunque giuridiche tali norme: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, 83.

⁵¹ G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità*, cit., 10 ss.

⁵² *Ivi*, 21 ss. Dopo l'approvazione del t.u. n. 3/1957, recante la disciplina degli impiegati civili dello Stato, la letteratura si era concentrata sull'attribuzione del dovere di buona amministrazione in capo ai titolari degli uffici: per una lettura critica riguardo alla pretesa dello svolgimento di un'attività amministrativa "perfettamente adeguata, nel tempo e nei mezzi, al fine specifico da raggiungere", cfr. E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 302; *contra*, F. BASSI, *La norma interna*, cit., 271, nota 164, riguardo al "sufficiente grado di preparazione professionale e di sensibilità che permetta (al funzionario) di avvertire quali siano i criteri empirici vigenti in un determinato ambiente ed in una determinata epoca storica in relazione ad una data attività o tutt'al più di desumere tali criteri dai principi direttivi dell'attività medesima".

⁵³ G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità*, cit., 121 ss.

⁵⁴ *Ivi*, 151 ss.

⁵⁵ Il riferimento a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 82 ss., è criticato dallo stesso CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, 151, nota 21, ove l'A. si dissocia altresì dalla fiducia mostrata da Giannini verso la psicotecnica, che servirebbe, ove affinata, a rendere la nomina di taluni funzionari non più discrezionale (*sic*).

In sintesi, il rinvio del diritto a criteri extra-giuridici, purché oggettivi, appartenenti alle quattro sfere di conoscenza richiamate, renderebbe rilevanti le rispettive violazioni in via amministrativa mediante l'annullabilità per vizio di merito⁵⁶. La teoria prospettata avrebbe reso sindacabile l'atto amministrativo inopportuno, antieconomico, iniquo, impolitico o tecnicamente scorretto. In termini conseguenti, a tutela del rispetto di tali criteri informatori della corretta scelta amministrativa, l'A., a differenza di Amorth, riconosceva la sussistenza di interessi discrezionalmente protetti, per i quali talvolta la giurisprudenza accordava l'accesso e la legittimazione al rimedio giurisdizionale⁵⁷.

Non dissimile la posizione di Raselli, riferita alla differenza tra discrezionalità amministrativa e giudiziale, secondo il quale il criterio di opportunità dell'azione amministrativa sarebbe stato misurabile mediante regole oggettive di esperienza e criteri di giustizia: il momento soggettivo del giudizio sarebbe dunque ispirato e vincolato dall'applicazione dei principi di giustizia ed equità, secondo la natura delle cose⁵⁸.

Ferma restando la necessità di distinguere l'opportunità dall'equità, gli altri criteri richiamati per rendere sindacabile il merito, ossia la politica e la tecnica, sollevavano (e tuttora sollevano) questioni di sistema che gli stessi Autori dell'epoca non avevano adeguatamente studiato, riguardo al contesto ordinamentale di riferimento. Non potendo qui approfondire il tema dell'atto politico e della separazione tra politica e amministrazione, poi tipizzata dal legislatore⁵⁹, restano confinati al merito amministrativo, nella sua accezione ristretta insindacabile al giudice, le decisioni amministrative imposte da ragioni politiche, ove la misura di tutela dell'interesse pubblico è cristallizzata nella previsione normativa. In tal caso, come si potrà approfondire, la giurisprudenza amministrativa continua ad utilizzare la formula del "merito politico" per dichiarare l'insindacabilità dell'atto amministrativo censurato (si pensi, ad esempio, alle esigenze d'interesse pubblico tipizzate per legge, ostative all'accessibilità generalizzata di determinati documenti amministrativi⁶⁰). In altri casi, ancorché la scelta sia stata operata "a

⁵⁶ G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità*, cit., 152.

⁵⁷ Ivi, 199, mentre A. AMORTH, *op. cit.*, 127 ss., coerentemente con la sostenuta rilevanza interna delle norme non giuridiche, ravvisava in capo agli amministrati solo interessi semplici, non azionabili in giudizio, riguardo alla loro corretta applicazione.

⁵⁸ A. RASELLI, *Potere discrezionale del giudice*, Cedam, Padova, 1926, 241 ss., ripreso da L. BENVENUTI, *op. cit.*, 69, che rimarca la matrice giusnaturalistica di tale idea di giustizia, ricavata attraverso "una sintesi eclettica di contributi di filosofi e giuristi esprimenti concezioni diverse".

⁵⁹ Sia consentito al riguardo il rinvio a S. FOÀ, *Gli atti e le responsabilità degli organi di governo pubblici*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2023, 34 ss., spec. 40 ss. ed ivi richiami bibliografici.

⁶⁰ Il "merito politico" è invocato, ad esempio, da Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1121. Con riferimento agli interessi antagonisti alla trasparenza amministrativa, il tema è ripreso in questo Volume da B. BESSONE, *Il merito nell'antagonismo tra trasparenza e interessi contrapposti*, 207 ss.

livello politico”, la giurisprudenza tende a ricondurla a discrezionalità amministrativa ma, in quanto “latissima”, la sottrae al sindacato se non per i noti perimetrali sintomi di eccesso di potere (si pensi all’inclusione delle opere pubbliche nell’elenco di quelle strategiche e al relativo regime accelerato di esecuzione)⁶¹.

Già Hedemann, del resto, nella sua crociata contro le clausole generali, si era accorto che le stesse, o almeno alcune di esse, come il buon costume, non potevano essere invocate con riferimento al formarsi della volontà politica, ironicamente ricordando che “il sentimentalismo dei buoni costumi non si attaglia alla durezza degli affari politici”⁶².

Il riferimento alla tecnica, d’altro lato, sposta il fuoco dell’attenzione dal merito alla discrezionalità tecnica o all’accertamento tecnico, con la conseguente evoluzione degli ambiti ammessi di sindacato giurisdizionale. In tal senso pareva più corretta l’esclusione delle regole tecniche dall’ambito del merito amministrativo, prospettata da Amorth, pena la ulteriore confusione tra merito e discrezionalità tecnica.

Una critica a questo nesso di immedesimazione del merito con le norme *extra-legem* era stata formulata da Giannini, con argomentazioni condivisibili, ma sprovviste della *pars construens*. Ironicamente l’Autore consegnava alla gioia dei sociologi l’elevazione al mondo giuridico di criteri meramente empirici e dovuti a “semplici giudizi generali”, censurando la prospettata osmosi, avanzata nella letteratura dell’epoca, tra regole sociali (per utilizzare l’espressione di Mortati) e norme giuridiche⁶³. Giannini riteneva assurdo considerare giuridica “ogni regola d’agire dell’uomo equilibrato”⁶⁴, ma trascurava in tal modo la pervasività della diligenza del buon padre di famiglia, permeata nel diritto civile.

Nella trama di quella critica assumono rilevanza due affermazioni: le norme “extra-legem” non coincidono con il merito e non ogni ambito del merito è discrezionalità. Nulla da eccepire riguardo alla prima osservazione, giacché le norme extra-giuridiche assumono rilevanza anche nell’esercizio dell’attività vincolata dell’amministrazione.

⁶¹ Ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 gennaio 2023, n. 307, relativa al d.P.C.M. di inserimento di un’opera ferroviaria tra gli interventi infrastrutturali di cui all’art. 4, comma 1, d.l. n. 32/2019 convertito in legge n. 55/2019, spec. punto 8: “Passando agli altri motivi di ricorso, va rilevato che la valutazione circa la sussistenza di un ‘elevato grado di complessità progettuale, d[i] una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, d[i] complessità delle procedure tecnico-amministrative ovvero [del] rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale’ costituisca un apprezzamento caratterizzato da un’amplissima discrezionalità amministrativa. Difatti, si tratta di giudizi espressi al massimo livello di Governo statale che possono esser sindacati dal giudice amministrativo solo per manifesta illogicità, contraddittorietà ovvero travisamento di fatto (...)”.

⁶² J.W. HEDEMAN, *op. cit.*, 128.

⁶³ M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato dir.*, 1941, 439 ss.

⁶⁴ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 440, ed ivi il riferimento alle “norme morali”.

Più complicata la seconda asserzione, che presuppone la differenza tra merito e discrezionalità sul piano sostanziale, ma non offre criteri sicuri per tracciare la distinzione. L'Autore provava ad esemplificare lo sviluppo di una scelta amministrativa di merito e la articolava in tre passaggi: "scoprire" i vari interessi concorrenti in una situazione di fatto⁶⁵; analizzare tale concorrenza; deliberare. Difettava tuttavia un approfondimento circa la rilevanza giuridica delle valutazioni *extra-legem*⁶⁶ in merito alla bontà della decisione amministrativa, giacché lo stesso Giannini censurava il sofisma dell'*optimum* funzionale ("la migliore cura dell'interesse pubblico") come regola *ex se* dell'agire amministrativo.

La materia del merito amministrativo, secondo quell'impostazione teorica del 1941, era ritenuta ancora grezza ma manifestava comunque un rapporto di continenza tra merito e discrezionalità, in modo non dissimile da quanto rilevato da Amorth, al quale tuttavia lo stesso Giannini contestava una certa miopia e difetto di attenzione verso il "profondo significato" del merito e verso le ragioni della relativa definizione⁶⁷.

Il tratto comune delle teorie esaminate assegnava al merito una porzione di esercizio della discrezionalità, di regola insindacabile per la sua intima natura amministrativa, ma suscettibile di integrare un sintomo di eccesso di potere laddove il difetto di opportunità, in ragione della sua "intensità", provocasse una illegittimità dell'atto amministrativo. La costruzione di tale *gradatio*, si è visto, era rimessa al diritto pretorio e a quell'orientamento del Consiglio di Stato definito "creativo", a partire dalla rilevazione del sintomo di manifesta inopportunità.

Rimaneva comunque sfocato, nell'ordito di tale continenza, il rapporto tra norma interna e norma giuridica a rilevanza esterna.

3. *La costituzionalizzazione del merito amministrativo per mezzo del principio di buon andamento. La funzionalizzazione al risultato*

Ben diversa è l'impostazione del tema da parte di Ottaviano, che nel 1948 prelude ad una lettura della fisionomia e dei limiti della discrezionalità amministrativa in linea con la collocazione assegnata alla pubblica amministrazione nell'ordinamento costituzionale⁶⁸.

I punti qualificanti del nuovo inquadramento della discrezionalità (e del merito, in funzione complementare), intesa quale punto di equilibrio tra libertà e

⁶⁵ Certo, l'equiparazione dell'Autore tra scoperta degli interessi e attività degli emisferi cerebrali induce ad assegnare a tale fase rilevanza interna (all'amministrazione).

⁶⁶ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 444.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario dir. comp. e studi legislativi*, Serie III, 1948, XXII, 308 ss.

vincolo, sono due: si supera e rifiuta il convincimento secondo il quale la discrezionalità sarebbe retta da norme extra-giuridiche (le c.d. regole di buona amministrazione)⁶⁹; le regole di buona amministrazione sono per contro il risultato dell'attività discrezionale⁷⁰: la "discrezionalità in azione" consente alla stessa amministrazione di creare e applicare la norma che si adatta alla situazione concreta⁷¹.

Il riferimento di partenza non è lontano dalla definizione di Jellinek, che rimette la discrezionalità alla determinazione individuale, senza errori, di un concetto indeterminato, secondo l'opinione sociale comune e il sentimento sociale⁷²: l'esempio riportato (la valutazione del carattere artistico di un paesaggio), tuttavia, sarebbe oggi ricondotto ad un giudizio o valutazione tecnica, espresso attingendo a scienze non giuridiche, e rimetterebbe dunque il sindacato giurisdizionale, sulla discrezionalità tecnica, alla corretta applicazione di tali scienze (inevitabilmente influenzate dal sentimento sociale dell'epoca, ma che non potrebbero assurgere a parametro diretto del giudizio).

Criticando le costruzioni teoriche precedenti, Ottaviano negava la coincidenza tra discrezionalità e libertà, anche nelle declinazioni di libertà "vincolata" e di libertà nel giudizio logico (secondo la prospettazione di Ranelletti). Affiora anche in tal caso il diuturno riferimento alla necessaria "flessibilità" dell'azione amministrativa, che consente all'amministrazione procedente di non limitarsi all'interpretazione della norma, ma di procedere alla creazione della norma stessa⁷³, come riverbero del privilegio discendente dal giusnaturalismo e dalla riconosciuta "discrezione" della potestà esecutiva, risalente alla dottrina di Locke per lo Stato assoluto⁷⁴.

Il passaggio centrale prospetta una lettura unificante di legittimità e merito, ispirata al principio del risultato (ancorché non richiamato nel lessico dell'Autore)⁷⁵: l'atto amministrativo, quale atto dovuto, è valido quando soddisfa l'interesse pubblico. Allorquando non soddisfa l'interesse pubblico, anche il vizio di merito (inteso come cattiva regola che l'amministrazione si è data all'e-

⁶⁹ V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 308.

⁷⁰ *Ivi*, 334.

⁷¹ *Ivi*, 330.

⁷² Il richiamo alla teoria di W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, è alle pp. 325 ss.

⁷³ Sulla distinzione tra apprezzamento interpretativo, vincolato, e attività discrezionale, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano, 1971, 159. Cfr. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1939; R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 1947, ristampa 2023, spec. 69 ss., circa il "soggetto della interpretazione" e, in particolare, 81 ss. circa la "conoscenza della natura sociologica della fattispecie da regolare".

⁷⁴ J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, 1689, oggi Rizzoli, Milano, 1998, trad. it. A. Gialluca.

⁷⁵ V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 352.

sito della valutazione discrezionale) è sindacabile. Si tratta di una lettura che nega l'esistenza di una differenza sostanziale tra legittimità e merito e che ritiene assorbito nel sindacato sull'eccesso di potere anche un sindacato, in via indiretta, sull'opportunità dell'atto amministrativo⁷⁶. Si può affermare, in sintesi, che alla continenza tra legittimità e merito prima teorizzata, la tesi esposta preferisce ravvisare un rapporto di complementarità: dalla continenza alla consequenzialità⁷⁷.

Questa impostazione anticipa una lettura del principio del buon andamento della pubblica amministrazione in rapporto di genere a specie, o meglio da macro a micro, rispetto al merito amministrativo: il buon andamento sarebbe per l'ordinamento giuridico complessivo ciò che il merito è per il singolo atto della pubblica amministrazione⁷⁸. Il felice parallelismo, suggerito da Andreani, ruota intorno alla migliore scelta per l'interesse pubblico e alla ottimizzazione della composizione tra diversi interessi pubblici, che si esprime su due piani: l'organizzazione degli uffici e il procedimento amministrativo⁷⁹.

Sotto il primo profilo già gli studi di Resta sull'onere di buona amministra-

⁷⁶ *Ivi*, 360, ove il sindacato è però ancora riferito alla volontà dell'amministrazione e alla sua formazione illogica, eccessiva o irrazionale.

⁷⁷ Da ultimo si rimarca criticamente l'esistenza di un'aporia nella riportata costruzione teorica, giacché il difetto di precisione della norma attributiva del potere, che sarebbe invece necessario per assicurare una legalità "in senso forte", affiderebbe il contenuto della decisione amministrativa alla pura volizione o, al massimo, al giudizio del funzionario amministrativo, secondo la teoria volontaristica: in tali termini L.R. PERFETTI, *Merito, discrezionalità, giurisdizione*, cit., 432 ss. Secondo tale A. l'interesse pubblico non dovrebbe essere ricercato nella definizione della legge (assecondando uno storico "feticcio", cfr. p. 435) ma risulterebbe dal "bilanciamento razionale della pretesa circa il massimo possibile godimento dei diritti fondamentali nella dialettica tra loro" (*ivi*, 436). Tale costruzione intende affidare meritoriamente alla pubblica amministrazione la titolarità di una funzione di "garanzia" di effettività dei diritti fondamentali, in modo non dissimile da quanto auspicato da L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Bari-Roma, 2021, 256 ss., 374 s., il quale, tuttavia, invoca il riconoscimento e l'affermazione di autonome "funzioni amministrative di garanzia primaria" che, allo stato, non sarebbero adeguatamente distinte dalle funzioni di governo. Riguardo alle richiamate osservazioni di L.R. Perfetti, si condivide, in termini empirici, la critica mossa all'incompletezza della norma attributiva del potere, ma si ritiene difficile ascrivere la decisione amministrativa alla categoria del "giudizio" del funzionario amministrativo, al netto della sua non semplice distinzione rispetto alla "manifestazione di volontà (oggettivata)", né si ritiene di poter limitare l'interesse pubblico alla sola area (certo elettiva, ma non esclusiva) dei "diritti fondamentali", essendo il medesimo interesse riferibile anche, di riflesso, alla tutela di situazioni giuridiche soggettive di differente (e minore) consistenza, salvo ovviamente utilizzare in senso atecnico la medesima locuzione.

⁷⁸ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1979, 175.

⁷⁹ Per una lettura aggiornata, nell'accezione relazionale, del principio del buon andamento, cfr. M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2023, 122 ss.

zione⁸⁰ e poi di Nigro sulla funzione organizzatrice suggerivano l'affermazione del principio di auto-organizzazione della P.A.⁸¹, come noto affermatosi in via generale solo negli anni '90 dello scorso secolo; sul piano procedimentale non vi era, all'epoca di tale elaborazione teorica, la legge sul procedimento amministrativo, sicché difettavano le garanzie di partecipazione dei soggetti interessati e le regole della trasparenza dedicate al formarsi del provvedimento. Ciò nondimeno, sul piano dell'organizzazione, si sosteneva che il risultato (inteso come "funzione"⁸²) orientasse il criterio organizzativo, posto che il principio di buon andamento è fondato su esigenze "pratiche" ad esso immanenti; laddove le norme attributive del potere, se di principio, impongono all'amministrazione di acquisire in sede procedimentale i dati "normativizzabili" o "di integrazione". In modo non dissimile da quanto si è visto riguardo alla crisi della fattispecie, si riconosceva all'amministrazione il potere di esprimere in via interpretativa principi "di secondo grado", intesi come atti amministrativi "suscettibili di applicazione multiforme indiretta anche al di là della fattispecie incisa direttamente dall'atto medesimo".

Nell'orientamento al risultato, la scelta amministrativa veniva riferita a tre momenti: la definizione dell'indirizzo e dell'obiettivo finale, precisato nel "programma operativo della p.a."; l'individuazione dei criteri tecnici per il raggiungimento del risultato (predeterminato da legge e programma amministrativo); l'apprezzamento dei fatti materiali coinvolti nella fattispecie, secondo criteri tecnici⁸³. In questi tre momenti sarebbe consistito il merito amministrativo, rispetto al provvedimento adottato, in attuazione del principio costituzionale di buon andamento.

Invero, i primi due momenti pertengono all'indirizzo amministrativo e si esprimono mediante atti amministrativi generali, che oggi sarebbero soggetti al c.d. "controllo strategico", riguardando la corretta traduzione, sul piano amministrativo, degli indirizzi politici; il terzo momento, per contro, riguarda l'istruttoria del procedimento amministrativo e l'acquisizione degli elementi di fatto occorrenti ad assumere la decisione.

Colpisce un'affermazione in seno a tale delineazione del merito amministrativo, riferita alla "recessione" di quest'ultimo, nell'ambito dei tre momenti indicati, e un corrispondente dilatarsi della legalità, dovuto al fatto che la tecnologia permette di quantificare la rilevanza dei fatti idonei a soddisfare interessi. In altri termini: più i fatti sono oggettivamente controllabili, meno discrezionale è la valutazione della loro rilevanza rispetto alla fattispecie. Una loro mancata o in-

⁸⁰ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Cedam, Padova, 1939, 79 ss.

⁸¹ Per più ampi richiami bibliografici, A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, spec. 23 ss.

⁸² *Ivi*, 139.

⁸³ *Ivi*, 175.

completa considerazione iscriverebbe in termini di legittimità il vizio del provvedimento, per travisamento del fatto o erronea valutazione del presupposto. Si tratta di una lettura che enfatizza l'importanza dell'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, ben teorizzata da Levi, che asseriva una duplice configurazione dell'eccesso di potere, a seconda che riguardasse il momento logico della conoscenza ovvero il momento logico della decisione⁸⁴.

Né si può dequotare il potere officioso dell'amministrazione per effetto dei sopravvenuti istituti della partecipazione procedimentale, giacché i fatti rappresentati dagli intervenienti, mediante il deposito di memorie scritte e documenti, sono valutati solo ove ritenuti pertinenti dall'amministrazione procedente, in tal modo rafforzando il momento selettivo riservato all'amministrazione⁸⁵.

Attualizzando le questioni connesse, possono indicarsi due tendenze dell'ordinamento: la costruzione della fattispecie mediante integrazione tra legge e atto amministrativo generale, con crescente importanza della funzione assolta dalla potestà amministrativa; l'effettiva capacità della tecnologia, si pensi oggi ai sistemi di intelligenza artificiale, di condurre una completa istruttoria procedimentale, offrendo strumenti misurabili e, si direbbe "semi-vincolanti", per assumere la decisione amministrativa (oggi anche all'esito dell'*output* algoritmico), rendendo quest'ultima più agevolmente scrutinabile, in quanto "oggettivata"⁸⁶.

Sul fronte del sindacato giurisdizionale, la giurisdizione pertinente sarebbe quella generale di legittimità, solo considerando che alcuni elementi sintomatici di eccesso di potere sono espressione di merito amministrativo, riferendosi agli ambiti di scelta appena illustrati⁸⁷.

La costruzione teorica esposta rende sindacabile in sede giurisdizionale il cri-

⁸⁴ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., spec. 273 ss., riguardo alla "conoscenza della situazione reale non prefigurata nella fattispecie".

⁸⁵ Per tale lettura del giudizio di "pertinenza" di cui all'art. 10, comma 1, lett. b), della legge n. 241/1990, cit., cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 153; A. CAUDURO, *Gli obblighi dell'amministrazione pubblica per la partecipazione procedimentale*, Jovene, Napoli, 2023, 160 ss.

⁸⁶ Sia consentito il rinvio a S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Dir. amm.*, 3/2023, 515 ss. e, in questo Volume, a V. GALLIANO, *La decisione algoritmica tra tecnica e merito*, 229 ss. specialmente sull'utilizzo dell'IA nell'attività amministrativa "a bassa discrezionalità", ed ivi riferimenti bibliografici. Cfr. anche R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in *Diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, Giappichelli, Torino, 2020, 119 ss.

⁸⁷ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, 178. Per una attenta disamina dei confini tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione estesa al merito, C.E. GALLO, *La giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2024, 147 ss.; cfr. anche F. FRANCARIO, *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e merito*, in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, 39; F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Giappichelli, Torino, 2013, 168 ss.

terio adottato dalla pubblica amministrazione per armonizzare i diversi interessi pubblici (e per minimizzare il sacrificio di quelli privati, si deve aggiungere) coinvolti nella sua azione. Operazione tipica, oggi, dell'istruttoria procedimentale, con qualche precisazione che si rende necessaria rispetto alla teoria di Andreani. Tale Autore prevedeva tre momenti successivi affidati alla scelta amministrativa: la "immissione" degli interessi pubblici rilevanti; la scelta degli interessi prevalenti; la valutazione degli interessi compatibili⁸⁸. Ambito dell'immissione e della scelta deve spettare alla legge attributiva del potere, sicché l'operazione di armonizzazione, alla fine, si sovrappone all'ambito della discrezionalità amministrativa disegnato da Giannini e alla correlata gerarchia valoriale tra interessi primari e interessi secondari.

L'operazione ermeneutica del giudice, di riflesso, riguarderebbe il significato normativo delle disposizioni di legge; l'interpretazione delle norme alla luce degli interessi e, ancora più avanti, l'interpretazione creativa, con introduzione di nuove norme mediante i c.d. dati normativizzabili, di cui si è detto⁸⁹. Quando l'interpretazione giudiziale, espressa sul piano dei valori (significato della norma), fornisce un esito diverso rispetto alla armonizzazione degli interessi rilevanti espressa dall'amministrazione, il risultato dell'azione amministrativa risulterà censurabile, mediante i consueti strumenti di sindacato sull'esercizio del potere discrezionale.

Con riferimento ad entrambi i tipi di attività, amministrativa e giurisdizionale, si mostra labile il confine tra interpretazione del dato normativo e discrezionalità di giudizio. Più è sfumata (o vaga) la formulazione della norma attributiva del potere, più si manifesta la crisi della fattispecie, tanto più si affida all'amministrazione un potere di armonizzazione degli interessi coinvolti nel caso concreto e, corrispondentemente, si amplia il potere del giudice di dedurre il significato normativo da dati "normativizzabili" desunti *extra-legem*, secondo un processo mentale che pare non limitarsi a mera attività ermeneutica, ma di "integrazione valutativa"⁹⁰. E, come pure si è affermato recentemente, due discrezionalità non fanno una certezza⁹¹.

Il recupero della certezza del diritto sarebbe rimesso al valore del precedente giudiziale, secondo un'impostazione invalsa nell'ordinamento dell'Unione euro-

⁸⁸ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, 116 ss.

⁸⁹ *Ivi*, 204 ss., spec. 208.

⁹⁰ L'espressione è di M. RAMAJOLI, *Standard valutativi e interpretazione tassativizzante delle clausole generali*, loc. cit. Suggestisce, invece, di rinunciare alla tradizionale distinzione tra merito (inteso come intrinseco della scelta amministrativa non direttamente sindacabile) e legittimità, alla luce dell'art. 6 Cedu, F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction*, cit., 37 ss., spec. 43, ed ivi una prospettata convergenza retrospettiva di tale tesi rispetto al pensiero di A. Amorth.

⁹¹ G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giust. amm.*, 2023, 15, ove l'A. aggiunge il riferimento alla discrezionalità del legislatore, a monte.

pea riguardo alle pronunce della Corte di Giustizia⁹², con l'effetto, oggi voluto dal Codice dei contratti pubblici, di scriminare l'illecito contabile dei dipendenti pubblici allorquando gli stessi abbiano agito in uniformità rispetto all'indirizzo giurisprudenziale prevalente e nel rispetto dei pareri delle autorità competenti⁹³. La previsione induce le amministrazioni ad una "corsa al parere"⁹⁴, in linea con i recenti disegni di legge di riforma della Corte dei conti⁹⁵, inclini a renderla organo consultivo, favorendone una pericolosa commistione con l'attività di amministrazione attiva⁹⁶.

L'impostazione illustrata enfatizza in tutta evidenza la funzione del giudice di interprete-creatore del diritto, al cui orientamento prevalente e, dunque, al valore del precedente (ove esista) l'amministrazione deve riferirsi per compiere la propria scelta di armonizzazione degli interessi.

Consegue un inevitabile effetto di attrazione nell'area della legittimità di quelle valutazioni dapprima confinate nell'insindacabile merito amministrativo. Sennonché, l'analoga regressione del merito avvertita più di 40 anni orsono da Andreani, la riconduceva al porto sicuro della misurabilità oggettiva della regola d'azione seguita dall'amministrazione, laddove questa più recente impostazione poggia sul più sfuggente criterio del precedente giudiziale, con i rischi connessi a una scelta innovativa sul piano dei rapporti tra due distinti poteri dello Stato⁹⁷.

Il fenomeno è già stato indagato in letteratura, rivalutando a contrario il criterio extra-legale di giudizio censurato da Ernst Forsthoff, laddove l'enfasi a favore di questo percorso inverso (rispetto alle sue origini) ha valorizzato l'espressione di poteri giudiziali al punto di consentire agli amministrati l'azionabilità di pretese, pur laddove il loro fattore legittimante non integri (ancora) il

⁹² Con riferimento agli effetti prescrittivi delle pronunce pregiudiziali d'interpretazione della CGUE ed al loro assurgere a fonti del diritto, sia consentito il rinvio a S. FOA, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per discutere il sistema costituzionale*, in *Federalismi*, 2021, 126 ss.; ID., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia è strumento di collaborazione o di sottomissione?*, in S. D'ANDREA (a cura di), *Serve meno Europa?*, Rogas, Roma, 2025, 141 ss.

⁹³ Art. 2, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, cit.

⁹⁴ G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica*, cit., 21.

⁹⁵ Cfr. d.d.l. recante "Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, al Codice della giustizia contabile, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, e altre disposizioni in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti e di responsabilità per danno erariale" (atto camera 1621), sul quale si veda "La riforma della Corte dei conti: il DDL Foti", in *Dir. e conti*, 30 settembre 2024.

⁹⁶ Analoga preoccupazione è espressa da M. LUCIANI, *Appunti per l'audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) e la II Commissione (Giustizia) della Camera dei deputati*, 29 luglio 2024.

⁹⁷ In via generale, sul valore del precedente giudiziale, nell'esperienza di *Common Law* (c.d. *rule makingpower*) cfr. U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIV, 1996, 166 ss.; N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

diritto vivente, ma fondi su “valori ricevuti”⁹⁸. Si tratta di una lettura che assegna un ruolo ordinatore alla funzione nomofilattica del giudice, che percorre vie progressive di tutela e difende da spinte regressive le linee di civiltà conquistate.

Resta tuttavia da valutare con quali criteri la giurisprudenza tragga la regola dal principio ed interpreti il valore enunciato da quest'ultimo, spingendosi a sostituire le proprie scelte a quelle dell'amministrazione, laddove il caso concreto non sia riconducibile (come avviene ormai frequentemente) a una precisa fattispecie normativa.

4. *L'influenza del diritto dell'Unione europea: le “fattispecie frammentate” e i principi*

La crisi della fattispecie e l'amministrazione per principi sono rafforzate dalle crescenti competenze dell'Unione europea, accompagnate dai correlati ambiti di “co-gestione” procedimentale, ripartita tra le istituzioni europee e gli Stati membri.

La stessa amministrazione europea, in origine colpevolmente sottovalutata dagli studiosi di diritto amministrativo tra i quali Giannini⁹⁹, negli anni ha assunto crescenti compiti di gestione, anche se in via sussidiaria rispetto agli Stati, richiedendo l'elaborazione di un “diritto amministrativo dell'Unione europea”¹⁰⁰, distinto da quello degli Stati membri ma a esso funzionalmente collegato. Si tratta di un diritto amministrativo, *ex art.* 298 TFUE, ancora molto sfocato (manca la definizione di P.A., manca un regolamento generale sui procedimenti, laddove ReneUal è solo un progetto¹⁰¹) che incarna la sintesi, o meglio esita da una giustapposizione, dei diversi ordinamenti nazionali¹⁰². Il diritto amministrativo senza Stato non pare un modello da enfatizzare, giacché amplifica i problemi dei diritti amministrativi nazionali (burocratizzazione, crescente necessità

⁹⁸ P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff: creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Esi, Napoli, 2021, *passim*.

⁹⁹ M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee* (1967), poi in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 979 (con premessa di S. BATTINI), ora ripreso da G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *I principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2017, 19 ss., ove si ricorda che la sostenuta irrilevanza per Giannini fosse imputabile alla ridotta sfera di azione della Comunità europea rispetto a quella degli ordinamenti a fini generali, ossia gli Stati, dei quali l'amministrazione era un peculiare modo d'agire.

¹⁰⁰ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, *passim*.

¹⁰¹ G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA, *Codice RENEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

¹⁰² L. RAIMONDI, *Commento all'art. 298 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, 2318 ss.

di forme di controllo) e aggiunge criticità (carenza di un giudice amministrativo a presidio)¹⁰³.

Il diritto dell'Unione europea plasma il diritto amministrativo nazionale riguardo all'organizzazione e all'attività, perché le politiche nazionali sono pressantemente subordinate a riforme strutturali (basti pensare all'esistenza presso la Commissione europea di una Direzione Generale "Reform", dedicata al sostegno delle riforme strutturali) e il diritto derivato orienta il diritto nazionale riguardo alla regolazione di pressoché tutte le attività a rilevanza economica.

Se l'effettività del diritto UE è questione "di interesse comune", gli Stati membri devono facilitare l'attuazione delle politiche sovranazionali, mediante le proprie amministrazioni, e il diritto dell'Unione europea "offre sostegno" a tal fine¹⁰⁴: la cooperazione amministrativa di cui all'art. 197 TFUE, sia pure volontaria e a ritmi diversificati, diventa sempre più necessaria, conducendo a quella ineludibile "signoria" del diritto sovranazionale preconizzata da Cassese¹⁰⁵.

L'esecuzione indiretta del diritto UE comporta un fenomeno che la letteratura ha diversamente definito: "influenza sui diritti amministrativi nazionali", "impossessamento", "riverbero", ecc., anche se il TFUE vieta qualunque forma di armonizzazione delle leggi e dei regolamenti nazionali in materia di cooperazione amministrativa¹⁰⁶. Invero il diritto dell'Unione europea, grazie soprattutto alla formulazione delle proprie fonti normative e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sollecita le amministrazioni nazionali ad applicare "principi comuni generali": l'"impossessamento" dei diritti nazionali avviene più per motivi di *governance* e di politiche comuni che per imposizione di norme¹⁰⁷.

I maggiori problemi applicativi riguardano la gestione delle fattispecie "frammentate" tra amministrazione europea e amministrazioni nazionali¹⁰⁸, i

¹⁰³ Né si ritiene che tale carattere difettoso possa essere giustificato semplicemente invocando la "natura composita" dell'ordinamento dell'Unione europea, secondo la definizione di S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari-Roma, 2002, 71, poi ripresa da G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza, Bari-Roma, 2003, *passim*. Da ultimo, per una lettura critica sulla natura giuridica dell'Unione europea, A. CARRINO, *Ideologia europeista e moralismo politico*, in S. D'ANDREA, *Serve meno Europa?*, Rogas, Roma, 2025, 11 ss.

¹⁰⁴ M. MACCHIA, *La cooperazione amministrativa come «questione di interesse comune»*, in M.P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012, 113 ss.

¹⁰⁵ S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, vol. 12, n. 2-3, 291 ss.

¹⁰⁶ Per un'efficace sintesi, L. RAIMONDI, *Commento all'art. 298 TFUE*, loc. cit.

¹⁰⁷ Secondo la Comunicazione della Commissione UE sul Rafforzamento dello spazio amministrativo europeo (COMPACT), Bruxelles, 25 ottobre 2023 COM(2023) 667 final, la pubblica amministrazione rappresenta il 51,5% del PIL dell'Unione europea.

¹⁰⁸ S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Giuffrè, Milano, 2008.

c.d. procedimenti “composti”¹⁰⁹ e, per quanto interessa specificamente, l’esercizio della discrezionalità e il sindacato sugli atti di entrambe, in applicazione di principi generali tratti dal diritto UE e recepiti negli ordinamenti nazionali, anche mediante richiamo generale ad opera del diritto sostanziale¹¹⁰ e processuale¹¹¹.

¹⁰⁹ Si veda, ad esempio, T.A.R. Napoli, sez. III, 26 luglio 2023, n. 4478, a mente del quale “In caso di procedimenti composti che si concludono con un atto emanato formalmente dalle autorità nazionali, ma in cui il potere decisionale effettivo sia esercitato dagli organi dell’Unione, con atti vincolanti ancorché di natura endo-procedimentale, l’autorità giurisdizionale competente è quella dell’Unione europea e non quella nazionale”. L’oggetto del giudizio riguardava un decreto della Regione Campania emesso in conformità a una relazione vincolante della Commissione europea, da cui discendeva l’obbligo, per l’amministrazione regionale, di provvedere al recupero di alcuni contributi concessi all’impresa ricorrente. Secondo il giudice amministrativo, tale schema procedimentale corrisponde “più alla logica dell’esercizio decentralizzato di tali poteri che non a una ripartizione delle competenze tra la Commissione europea e le autorità nazionali, ove il potere di adottare la decisione finale è riservato alla Commissione europea”, sicché simmetricamente, la competenza esclusiva ad esercitare il sindacato giurisdizionale sull’esercizio di tale potere deve spettare al Tribunale o alla Corte di giustizia UE, ex art. 263 TFUE.

¹¹⁰ Art. 1, legge n. 241/1990, secondo cui l’attività amministrativa “è retta (...) dai principi del diritto comunitario”; in materia di contratti pubblici, oltre alla previsione finalistica di cui all’art. 1, comma 3, secondo periodo, secondo cui il principio del risultato “è perseguito nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea”, si registrano diverse disposizioni di richiamo ai principi del diritto UE. Cfr. art. 57, d.lgs. n. 36/2023 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale): “1. Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell’Unione europea, devono contenere specifiche clausole sociali (...)”; art. 119, d.lgs. n. 36/2023 (Subappalto): “19. È fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto della normativa europea vigente e dei principi dell’ordinamento europeo, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori”; Art. 140, d.lgs. n. 36 del 2023 (Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile): “11. In occasione degli eventi per i quali è dichiarato lo stato di emergenza di rilievo nazionale (...), gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi possono essere affidati in deroga alle seguenti disposizioni del presente codice: (...) d) articolo 49, per consentire alle stazioni appaltanti la semplificazione della procedura di affidamento e l’adeguamento della sua tempistica alle esigenze del contesto emergenziale, nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea”; riguardo ai settori speciali, art. 141, d.lgs. n. 36 del 2023: “4. Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi hanno facoltà di adottare propri atti, con i quali possono in via preventiva: (...) c) specificare la nozione di variante in corso d’opera in funzione delle esigenze proprie del mercato di appartenenza e delle caratteristiche di ciascun settore, nel rispetto dei principi e delle norme di diritto dell’Unione europea”.

¹¹¹ Art. 1 del Codice del processo amministrativo (Effettività): “1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”. In tal caso, la nozione più aperta richiama anche il diritto del Consiglio d’Europa: M. D’ALBERTI, *Principi del diritto europeo e giurisprudenza amministrativa*, in G. PELLEGRINO, A. STERPA (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Carocci, Roma, 2014, 277 ss.; S.

La discrezionalità esercitata dalle istituzioni dell'UE e il suo sindacato da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea sono state oggetto negli ultimi anni di rinnovato interesse in letteratura, che ha rimarcato le differenze rispetto alle categorie del diritto nazionale¹¹². La giurisprudenza sovranazionale utilizza un linguaggio parzialmente diverso e non conosce le categorie di sindacato “debole-forte” o “intrinseco-estrinseco”, né traccia una distinzione concettuale tra “scelte discrezionali” e “scelte tecniche” compiute dalle autorità amministrative dell'Unione.

Non risulta approfondita nemmeno la distinzione tra merito della scelta amministrativa e discrezionalità: il “merito” assume rilevanza solo processuale laddove i Trattati accordino espressamente al giudice sovranazionale poteri di decisione pieni, anche sostitutivi rispetto al contenuto degli atti censurati, similmente alla nostra giurisdizione nazionale, ove tuttavia si dubita della perdurante utilità della distinzione¹¹³. Nel diritto sovranazionale, in attuazione dell'art. 261 TFUE, il sindacato di merito è riconosciuto al Tribunale e alla CGUE in materia antitrust, ove i giudici possono “estinguere, ridurre o aumentare” l'entità delle sanzioni irrogate dalla Commissione europea¹¹⁴.

Riguardo agli atti delle istituzioni UE, come noto l'art. 263 TFUE elenca i vizi che possono condurre all'annullamento dell'atto: gli errori nell'applicazione di regole sulla competenza e sulla procedura; i vizi sostanziali dell'atto, quali la violazione dei Trattati e delle regole relative alla loro applicazione; lo sviamento di potere. A proposito degli atti discrezionali, il giudice europeo ha elaborato tre vizi specifici: lo sviamento di potere, l'errore manifesto di valutazione e il palese travalicamento dei limiti del potere discrezionale.

A fronte di un iniziale orientamento di prudenza, che limitava il sindacato alle sole decisioni inficiate da errori manifesti, adeguatamente provati dal ricorrente, la giurisprudenza ha poi sviluppato un penetrante sindacato sulle valuta-

FOÀ, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Jovene, Napoli, 2012, 109 ss.

¹¹² A. VOLPATO, M. ELIANTONIO, *Il trattamento giurisprudenziale della “discrezionalità tecnica” nell'esperienza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in A. MOLITERNI, *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice: Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Jovene, Napoli, 2021, 379 ss.

¹¹³ M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, 2012, 141 ss., spec. 165 ss. C.E. GALLO, *La giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2024, 148, rimarca il carattere “in qualche misura secondario” della giurisdizione estesa al merito, in ragione della relativa collocazione testuale nel Codice del processo amministrativo. Cfr. anche F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction*, cit., 37 ss.

¹¹⁴ P. DE LUCA, *Portata e limiti della competenza di piena giurisdizione nell'ordinamento dell'Unione europea*, in P.A. persona e amm., 2018, n. 2, 115 ss.; M. MESSINA, *La competenza di “piena giurisdizione” della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, *passim*.

zioni tecnico-economiche complesse. Invocando la propria giurisdizione di legittimità, la CGUE ricorda di non poter “sostituire le proprie valutazioni in materia a quelle dell’autorità competente”, ma può esercitare il proprio sindacato riguardo all’esattezza materiale dei fatti e all’insussistenza di errore manifesto di valutazione¹¹⁵.

La profondità del sindacato pare rimessa a una elaborazione casistica e il confine tra discrezionalità “politica” e scelta discrezionale sindacabile è rimesso alla definizione del giudice. È dato condiviso che non esista “un’unica e specifica intensità di sindacato giurisdizionale valida in tutte le circostanze in cui le istituzioni dell’Unione godono di un certo grado di discrezionalità (politica o tecnica) in merito alle modalità di applicazione di una determinata norma”. Il controllo “marginale” a cui i giudici dell’Unione hanno fatto generalmente allusione, secondo tale lettura, “può essere *più* o *meno* marginale, a seconda delle circostanze specifiche di ciascun caso”. Spetta quindi ai giudici dell’Unione determinare, caso per caso, alla luce di tutte le circostanze pertinenti, l’intensità specifica del controllo da applicare nell’esame dell’uso del potere discrezionale di un’istituzione¹¹⁶.

In modo non dissimile rispetto alla giurisprudenza interna, anche quella sovranazionale accorda al “margine di discrezionalità” delle istituzioni diversa ampiezza in ragione della “formulazione e dell’obiettivo delle disposizioni pertinenti”. È la norma attributiva del potere del legislatore dell’Unione (costituzionale o ordinario) che riconosce determinati poteri alle istituzioni e determina i limiti entro i quali essi possono essere esercitati¹¹⁷.

Non si può invocare la distinzione tra atti politici e atti amministrativi, giacché il sindacato giurisdizionale è esperibile riguardo ad atti che corrispondono ad entrambe le categorie; tuttavia, la distinzione riverbera sull’ampiezza ammessa della discrezionalità. Riguardo alla c.d. discrezionalità politica, le disposizioni attributive, di regola, lasciano all’istituzione responsabile un potere discrezionale illimitato¹¹⁸, mentre in altri casi il potere discrezionale è limitato,

¹¹⁵ A. VOLPATO, M. ELIANTONIO, *Il trattamento giurisprudenziale*, cit., 385, ove si sottolinea che “non è del tutto chiaro quale sia il livello di complessità che determini l’applicazione di questo scrutinio marginale da parte della Corte”.

¹¹⁶ Conclusioni dell’Avvocato generale N. Emiliou presentate il 27 ottobre 2022, Causa C-389/21, *P Banca centrale europea (BCE) contro Crédit Lyonnais*, par. 71-73. In letteratura, M. PREK, S. LEFÈVRE, “Administrative discretion”, “Power of Appraisal” and “Margin of Appraisal” in *Judicial Review Proceedings before the General Court*, in *Common Market Law Review*, 2019, 339 ss.; A. ALBANESE, *Il sindacato sulla discrezionalità nell’ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 769 ss.

¹¹⁷ Conclusioni dell’Avvocato generale Poiares Maduro nella causa C-141/02, *Commissione/Max.mobil*, par. 79.

¹¹⁸ Ad esempio riguardo alla decisione della Commissione di avviare un procedimento per inadempiamento contro uno Stato membro ai sensi degli artt. 258 e 260 TFUE: CGUE, sent. 8 marzo

in varia misura, definendo i criteri di valutazione che l'istituzione deve utilizzare¹¹⁹.

Non conoscendo la categoria della "discrezionalità amministrativa", la giurisprudenza europea si concentra sulla discrezionalità "tecnica", la cui ampiezza è rapportata alla complessità della situazione da accertare o valutare e al "grado di astrazione o di apertura della nozione giuridica" (leggasi fattispecie) alla quale deve essere ricondotto il caso concreto. Anche riguardo a tali valutazioni, l'approccio della giurisprudenza è casistico: la Corte distingue le "analisi prospettiche"¹²⁰ dalle valutazioni di eventi del passato o del presente¹²¹. Inoltre, distingue la qualificazione giuridica dei fatti in valutazioni prevalentemente empiriche¹²² e espressione di giudizi di valore¹²³.

L'intensità del controllo sull'esercizio del potere discrezionale dipende inoltre dalla natura del diritto invocato dal ricorrente e dal "livello di interferenza" con lo stesso: il controllo deve essere stretto "allorché si tratta di ingerenze in diritti fondamentali, la portata del potere discrezionale [dell'istituzione pertinente dell'Unione] può risultare limitata in funzione di un certo numero di elementi, tra i quali figurano, in particolare, (...) la natura del diritto di cui trattasi garantito dalla Carta, la natura e la gravità dell'ingerenza nonché la finalità di quest'ultima"¹²⁴. Le ingerenze gravi in aspetti cruciali (effettività della garanzia) dei diritti fonda-

2022, causa C-213/19, *Commissione/Regno Unito*, punto 203; il potere discrezionale della Commissione riguarda l'opportunità di agire contro uno Stato membro, determinare le disposizioni che esso avrebbe violato e la scelta del momento in cui avviare il procedimento per inadempimento contro di esso, mentre le considerazioni che determinano tale scelta non possono avere alcuna incidenza sulla ricevibilità dell'azione (CGUE, sent. 2 aprile 2020, *Commissione/Polonia, Ungheria e Repubblica ceca* (Meccanismo temporaneo di ricollocazione di richiedenti protezione internazionale), C-715/17, C-718/17 e C-719/17, punto 75 e giurisprudenza ivi citata).

¹¹⁹ Cfr. art. 101, par. 3, e art. 107, par. 3, TFUE.

¹²⁰ Per esempio, in materia di controllo delle concentrazioni tra imprese: CGUE, sent. 15 febbraio 2005, causa C-12/03, *Commissione/Tetra Laval*, par. 42.

¹²¹ Ad esempio, in materia di servizi di interesse economico generale, ove la verifica è riferita agli effetti dell'applicazione delle norme dell'Unione in materia di concorrenza a un'impresa incaricata della gestione di alcuni servizi di interesse economico generale in uno Stato membro e se queste "ostino all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione [a essa] affidata" ai sensi dell'art. 106, par. 2, TFUE.

¹²² Così, in materia di compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni, circa la verifica se in un'area vi sia un "tenore di vita (...) anormalmente basso" o una "grave forma di sottoccupazione" ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. a), TFUE.

¹²³ In materia di assistenza finanziaria allo Stato membro, riguardo alla verifica se lo stesso si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, ai sensi dell'art. 122, par. 2, TFUE.

¹²⁴ Sotto tale profilo, la lettura pare collimare con il contenuto della valutazione discrezionale riconosciuto all'amministrazione nazionale da L.R. PERFETTI, *Merito, discrezionalità, giurisprudenza*, cit., 432 ss.

mentali implicano che “il potere discrezionale [dell’istituzione] risulta ridotto e di conseguenza è necessario procedere ad un controllo stretto”¹²⁵.

Onnicomprensivo, ma sfuggente, è infine il rinvio al “contesto giuridico e fattuale in cui viene adottato un atto”, capace di influire sul margine di discrezionalità di cui dispone l’istituzione in questione e, di conseguenza, sul controllo dei giudici dell’Unione sull’effettivo esercizio di tale potere discrezionale¹²⁶. L’affermazione riecheggia la norma vaga in maniera “socialmente tipica”, che plasma l’espressione del potere per effetto della mutevolezza dei criteri cui rinvia¹²⁷.

A fronte di tale approccio casistico, riesce difficile pretendere un generalizzato ampliamento dell’ambito di cognizione rimesso ai giudici nazionali quando gli stessi applicano il diritto dell’UE, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività della tutela¹²⁸.

Soccorrono tuttavia i principi generali, che nella giurisprudenza sovranazionale sono frequentemente invocati per rimediare a situazioni d’incertezza giuridica: così, si è ritenuto che “la corretta intensità del controllo può essere stabilita esaminando il margine di discrezionalità di cui dispone l’istituzione di cui trattasi; e alcune indicazioni a questo proposito possono essere ricavate dalle norme e dai principi generali del diritto istituzionale dell’Unione”¹²⁹.

Il sindacato di legittimità sugli atti delle istituzioni riguarda conseguentemente anche il rispetto dei principi generali del diritto europeo, elaborati dalla giurisprudenza della CGUE, in parte seguendo le tradizioni dei diritti nazionali e in parte forgiandone nuovi¹³⁰. I principi richiamati sono la certezza del diritto, l’irretroattività, il legittimo affidamento, la proporzionalità, la parità di trattamento e la buona amministrazione¹³¹. In via giurisprudenziale essi sono utilizzati come strumenti ermeneutici per applicare i concetti giuridici indeterminati, e sono invocati

¹²⁵ CGUE, Grande Camera, sent. 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e a.*, punti 47 e 48, invero riferita ad un atto normativo, la direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati generati o trattati nell’ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione. In applicazione del principio di proporzionalità, la Corte ha dichiarato invalida la stessa Direttiva perché comporta “un’ingerenza di vasta portata e di particolare gravità nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, non limitata allo stretto necessario”.

¹²⁶ Conclusioni dell’Avvocato generale N. Emiliou presentate il 27 ottobre 2022, Causa C-389/21, cit., par. 70.

¹²⁷ C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., 304, ripreso da F. FOLLIERI, *Logica del sindacato*, cit., 330.

¹²⁸ Per contro A. VOLPATO, M. ELIANTONIO, *Il trattamento giurisprudenziale*, cit., 397, sollecitano un’intensificazione dei poteri di cognizione dei giudici nazionali, in applicazione dell’art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali.

¹²⁹ Conclusioni dell’Avvocato generale N. Emiliou presentate il 27 ottobre 2022, Causa C-389/21, cit., par. 74.

¹³⁰ X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Zutphen, 2006.

¹³¹ Per un esame del possibile utilizzo dei principi del diritto europeo nel giudizio amministrativo, già M. D’ALBERTI, *Principi del diritto europeo e giurisprudenza amministrativa*, cit., 180 ss.

come limite all'esercizio del potere discrezionale delle amministrazioni europee.

Il principio di buona amministrazione sollecita specifica attenzione, perché si riferisce a scelte di merito rimesse alle amministrazioni, o almeno le include¹³². Rinviano alle trattazioni specifiche sull'applicazione del principio alle istituzioni dell'UE, si può comunque notare una tendenza generale simile a quella in atto a livello nazionale, di progressiva attrazione nell'area della legittimità di scelte dapprima ritenute di opportunità e di merito.

Il confine tra merito e legittimità riguarda ad esempio la certezza dei tempi dell'azione amministrativa: se l'amministrazione europea è libera di scegliere il momento dell'azione (valutazione di merito), l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE riconduce al diritto a una buona amministrazione anche il diritto di ogni persona a ottenere che le proprie questioni siano trattate in termini ragionevoli da istituzioni, organi e organismi europei. La configurazione di una situazione giuridica soggettiva di tipo pretensivo (il diritto ad ottenere la risposta in tempi ragionevoli) riconduce la gestione dei tempi procedurali all'ambito della discrezionalità sindacabile, anche in carenza di disposizioni normative specifiche¹³³. La formulazione del principio (di buona amministrazione), caratterizzato da vaghezza semantica, costituisce regola per il caso concreto, la cui effettività (valutata dal giudice) discende dall'applicazione di altri principi, o clausole generali, quali la ragionevolezza e la proporzionalità, riferite alla durata dell'attività amministrativa rispetto al tempo necessario per compiere l'istruttoria e decidere, valutando i fatti rilevanti.

5. *L'applicazione del principio del risultato e il regredire del merito amministrativo*

Qualche spunto riguardo alle attuali dimensioni del merito amministrativo si trae dalle prime applicazioni giurisprudenziali del principio del risultato nelle vicende contrattuali della pubblica amministrazione. In alcuni casi il sopravvenuto principio è stato invocato inappropriatamente dagli operatori economici, per (tentare di) ridisegnare la gerarchia degli interessi pubblici che governano la scelta del contraente e la conseguente fase di esecuzione contrattuale.

¹³² D.-U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2019, 165 ss.; P. PROVENZANO, *Procedimento amministrativo e diritto ad una buona amministrazione*, in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea: argomenti e materiali*, Giappichelli, Torino, 2014, 331 ss.

¹³³ D.-U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M.C. PIERRO (a cura di), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Giuffrè, Milano, 2019, 1 ss., spec. 5 ss.

Resta fondamentale e centrale, al riguardo, l'assolvimento dell'onere del *clare loqui* da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, che deve essere inequivocabile nella specificazione del requisito qualitativo del bene o del servizio che intende acquisire dall'aggiudicatario, in grado di soddisfare una domanda pubblica qualificata. Come chiaramente ricorda il Consiglio di Stato, non si tratta di un problema di forma, ma di sostanza.

Il richiamo alla nozione di risultato e alla sua rilevanza giuridica¹³⁴, enfatizzata dalla Corte Costituzionale¹³⁵ anche alla luce del significato ad essa attribuito dal sopravvenuto d.lgs. n. 36/2023¹³⁶, integra i parametri di legittimità dell'azione amministrativa con riguardo ad una categoria che implica verifiche sostanziali e non formali, di effettività del raggiungimento degli obiettivi (di merito, e di metodo) oltre che di astratta conformità al paradigma normativo¹³⁷. Si desume una doppia anima del principio: astratta (conformità alla fattispecie); concreta (effettività del raggiungimento degli obiettivi pretesi dall'amministrazione).

Nel caso di specie, il ricorrente, impugnando la revoca dell'aggiudicazione precedentemente disposta a proprio favore, invocava l'applicazione del principio di risultato, asserendo che la propria offerta avrebbe soddisfatto l'esigenza dell'amministrazione in termini di rapidità e economicità della prestazione (nella specie, relativa al servizio di ristorazione scolastica). Per contro, il Consiglio di Stato riconduceva il risultato sotteso alla commessa, per precisa scelta dell'amministrazione committente, non alla prestazione del servizio di ristorazione scolastica in quanto tale, ma all'erogazione di un servizio conforme alle politiche ambientali per lo sviluppo sostenibile¹³⁸.

¹³⁴ Sull'emersione del risultato dalla sfera interna dell'amministrazione all'acquisizione di propria rilevanza giuridica, già L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 2000, 37 ss. Sulla correlata crisi del principio di legalità e al corollario della tassatività della fattispecie, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Esi, Napoli, 1997, 106 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001, 162 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 103 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Giuffrè, Milano, 2003.

¹³⁵ Corte Cost., sent. 16 luglio 2024, n. 132, spec. punti 6.2, 6.4 e 11 in diritto. In questo Volume, più ampi richiami alla sentenza in E. ANDREIS, *Giurisdizione contabile e insindacabilità delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione*, e, ivi, ulteriori riferimenti bibliografici.

¹³⁶ Sul significato del principio all'interno del Codice dei contratti pubblici, *ex multis*, F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, cit., 13 ss.

¹³⁷ Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322.

¹³⁸ In materia, R. CARANTA, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 127 ss.

Il difetto di tale requisito in capo all'operatore economico, da dimostrare "secondo le regole relative allo stesso" escludeva conseguentemente che la selezione della offerta presentata dal ricorrente potesse rappresentare un risultato conforme alla tutela degli interessi sottesi alla commessa pubblica, come cristallizzati nella legge di gara, o addirittura la "migliore offerta" in un'ottica di risultato.

La conclusione pare ineccepibile, ma sollecita chiarimenti, specie riguardo alla doppia valutazione giudiziale: conformità alla fattispecie e effettività del risultato. I due profili debbono essere colmati mediante una ricostruzione del fatto e dell'intera conduzione dell'attività amministrativa, *sub specie* procedimento di scelta del contraente. Riguardo alla fattispecie, gioca un ruolo fondamentale la *lex specialis* e, come si è anticipato, la chiara volontà espressa dall'amministrazione circa le proprie esigenze verso i potenziali offerenti: la fattispecie è dunque integrata dalla legge e dal "programma amministrativo", per utilizzare una costruzione teorica sopra accennata. Riguardo al profilo concreto, di effettività riguardo al raggiungimento del risultato, il sindacato del giudice può esprimersi solo circa la coerenza tra atti amministrativi adottati dalla stazione appaltante (ammissione, esclusione degli operatori economici, aggiudicazione, provvedimenti di riesame e revisione in autotutela) e il fine d'interesse pubblico perseguito dalla medesima amministrazione.

Assume interesse, nell'economia del ragionamento, il recupero in via giurisprudenziale della causa del provvedimento amministrativo: la scelta del contraente è ispirata alla rinnovata nozione del contratto di appalto, inteso non più soltanto come mezzo che consente all'amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma quale "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche pubbliche (economiche e sociali) ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato¹³⁹.

Da tale assunto, il giudice amministrativo inferisce che la "migliore offerta" è quella che presenta le migliori condizioni economiche, ma solo a parità di requisiti qualitativi richiesti. Nel caso di specie tale ulteriore condizione difettava, perché la ricorrente non era stata in grado di offrire un prodotto conforme agli standard qualitativi richiesti dalla stazione appaltante: dunque la sua offerta non poteva essere la migliore, e prima ancora non poteva essere ammessa in gara. In ogni caso, la dimostrazione del possesso della specifica certificazione, garanzia della effettiva corrispondenza della prestazione allo standard richiesto, era richiesta direttamente dalla norma primaria.

¹³⁹ Il riferimento è tratto da Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701. In materia, da ultimo, E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna University Press, Bologna, 2022, spec. 264 ss., ed ivi ampi richiami bibliografici sulla causa del contratto nel diritto civile; C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, cit.

Il ragionamento è condivisibile, così come la strumentale lettura del principio del risultato, ma giova sottolineare che nel caso in esame la fattispecie normativa e l'integrazione amministrativa per mezzo della *lex specialis* rendevano inequivocabile la necessità di comprovare il possesso di tale requisito qualitativo ai fini dell'aggiudicazione del contratto. Ove invece l'amministrazione non avesse chiarito la necessità di dimostrare il possesso del requisito, sarebbe risultato più sfuggente e meno giustificabile, sul piano della garanzia del diritto di difesa, il fondamento del sindacato giurisdizionale parametrato sulla causa "atipica" del provvedimento di aggiudicazione e sulla sua giustificazione in termini di politiche sociali (secondo lo schema delle clausole generali).

Non è nuovo, invece, l'orientamento giurisprudenziale che riconosce natura "latamente discrezionale", tale da impingere nel merito, alla scelta dell'amministrazione di fissare specifici requisiti di ammissione e/o di partecipazione ad una gara pubblica rispetto a quelli minimi stabiliti dalla legge e/o a quelli presuntivamente risultanti dalla certificazione di iscrizione in un elenco ufficiale di prestatore di servizi, ai fini della dimostrazione del possesso dell'adeguata capacità economico-finanziaria. Tale scelta amministrativa si sottrae, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che essa non sia *ictu oculi* manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria¹⁴⁰. Si tratta di casi nei quali l'amministrazione ha definito chiaramente i requisiti speciali, ulteriori rispetto a quelli *ex lege*, necessari per la partecipazione alla procedura selettiva, avvalendosi del potere discrezionale assegnato dalla fonte primaria: l'eccesso di potere, nei sintomi che lo caratterizzano, segna il confine rispetto al merito insindacabile. Al giudice, tuttavia, non occorre in tal caso invocare l'applicazione del principio del risultato, perché l'amministrazione, mediante la *lex specialis*, ha integrato il parametro normativo e ha conseguentemente conformato la propria azione al fine di interesse pubblico specificamente perseguito, chiarendo agli operatori economici la necessità di dimostrare il possesso degli ulteriori requisiti previsti.

Il principio del risultato è invece recuperato con vigore congiuntamente alla finalità della complessiva "operazione amministrativa" condotta dalla stazione appaltante¹⁴¹. Il ragionamento si fonda su un'interpretazione teleologica degli atti di gara, per il vero non sempre agevole, soprattutto ove la formulazione letterale degli atti medesimi non conduca ad un esito univoco. Un recente caso giurisprudenziale può chiarire tale ancoraggio del principio del risulta-

¹⁴⁰ In termini, Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2024, n. 3738; Id., sez. V, 12 gennaio 2023, n. 431; sez. V, 11 gennaio 2018, n. 116; sez. V, 1° giugno 2001, n. 2973; sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9305; sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442.

¹⁴¹ Sulla nozione, cfr. D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, *passim*, ove è studiata l'evoluzione della nozione, e la superata contrapposizione con la nozione di procedimento amministrativo, a partire dalle riflessioni di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, *passim*, ma spec. 35 ss.

to all'operazione ermeneutica che l'interprete deve compiere, transitando dall'atto all'intera operazione amministrativa. In materia di fornitura e installazione di apparecchiature sanitarie, specificamente di sistemi di anestesia e relativo materiale di consumo, il giudice amministrativo ha ritenuto non soddisfacente l'offerta dell'operatore economico che, a fronte dell'apparente minor costo di acquisto, avrebbe implicato il necessario svolgimento di attività materiali e giuridiche aggiuntive, comportanti ulteriori tempi e costi d'esecuzione¹⁴².

La finalità dell'operazione amministrativa perseguita mediante l'affidamento del contratto si sarebbe desunta dalla chiara indicazione in tal senso fornita dalla legge di gara, laddove il capitolato tecnico stabiliva che "Il risultato atteso è la fornitura in opera perfettamente funzionante delle apparecchiature". In altri termini, il giudice può sindacare l'individuazione amministrativa della migliore offerta, disposta in applicazione di criteri extra-giuridici di bontà e di convenienza complessiva del prodotto offerto dall'operatore economico, perché dagli atti di gara si sarebbe desunta la necessità della "auto-sufficienza" dei beni forniti.

Come afferma in modo perentorio la stessa sentenza richiamata, proprio il risultato (qui inteso come principio applicato e rapportato all'operazione amministrativa) farebbe "transitare nell'area della legittimità, e quindi della sindacabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili"¹⁴³.

Anche in questo caso occorrono precisazioni circa la "valenza integrativa" (così si legge nella massima della sentenza pubblicata sul sito della Giustizia amministrativa¹⁴⁴) conseguente all'utilizzo da parte della legge di gara del "parametro del risultato". Il richiamo alla nozione di "operazione amministrativa" da parte della pronuncia in esame non pare casuale, perché riguarda il complesso di attività giuridiche e materiali necessarie per soddisfare l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione aggiudicatrice. Nuovamente, tuttavia, si deve invocare l'obbligo del *clare loqui* in capo a quest'ultima, giacché pretendere dall'operatore economico di interpretare e desumere le esigenze della stazione appaltante oltre il dettato della legge speciale condurrebbe ben oltre rispetto all'applicazione del principio del risultato e, forse, violerebbe i principi di buona fede e tutela dell'affidamento e il più generale principio della fiducia, anch'essi rispettivamente tipizzati agli artt. 2 e 5 dello stesso Codice dei contratti pubblici.

Non è chiaro, inoltre, perché il sindacato del giudice si esprimerebbe sul piano di legittimità, attraendo in tale ambito valutazioni dapprima confinate al

¹⁴² Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866.

¹⁴³ Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, punto 6.4. L'affermazione riecheggia ipotesi di eclissi del merito e relativa attrazione nell'area della legittimità: cfr. B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013, 280.

¹⁴⁴ <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/105486-309>.

merito amministrativo: ove, infatti, la *lex specialis* avesse chiarito la necessità di acquisire un prodotto “auto-sufficiente”, il difetto di tale caratteristica avrebbe comportato una conseguente inammissibilità dell’offerta o, in ragione della formulazione del capitolato, una sua valutazione con minore punteggio. In entrambi i casi, la valutazione del giudice si esprime sul piano della legittimità e già in passato si sarebbe raggiunta la medesima conclusione, anche senza tipizzare il principio del risultato.

Ove invece si intenda affermare che è lo stesso principio del risultato ad integrare le carenze della *lex specialis*, quindi impingendo a valutazioni tecniche o di qualità dei beni oggetto di fornitura, allora la trasposizione di tali valutazioni dal merito alla legittimità sarebbe operazione rischiosa, proprio per la minaccia alla tenuta degli altri principi sanciti dallo stesso Codice dei contratti pubblici. Del resto, la stessa pronuncia assunta ad esempio non sostituisce l’interpretazione teleologica a quella letterale, ma costruisce la prima in ragione del tenore delle clausole del capitolato di gara, solo estendendo la valutazione dell’amministrazione, e poi quella del giudice, all’intera “operazione amministrativa”.

Il rischio di tale elaborazione giurisprudenziale è simile a quello che si è sopra ravvisato riguardo alla costruzione della causa complessa del contratto d’appalto. In altri termini, se occorre guardare alle finalità complessive perseguite dall’amministrazione, ulteriori rispetto all’oggetto negoziale immediato, si potrebbe arrivare a pretendere dall’operatore economico la formulazione di un’offerta che non si limiti a rispettare le caratteristiche previste dagli atti di gara, ma a soddisfare le più generali esigenze pubbliche connesse a quel tipo di fornitura: nell’esempio riportato, di conseguenza, non i sistemi di anestesia in quanto tali, ma i sistemi di anestesia che non richiedano ulteriori forniture per renderli operativi (o “auto-sufficienti”, secondo la pronuncia).

Per l’effetto si traccerebbe un nuovo confine tra legittimità, in termini di discrezionalità sindacabile, e merito amministrativo, insindacabile, sfumando l’obbligo di chiarezza imposto all’amministrazione nella redazione degli atti di gara, a favore di un’applicazione dell’istituto della presupposizione, laddove il “programma amministrativo” non sia compiutamente manifestato agli amministratori, nel caso di specie agli operatori economici. Secondo una lettura generale, non dedicata al diritto amministrativo, tale fenomeno sarebbe riconducibile ad una “dinamica del diritto dominata dall’esigenza di un completamento dal basso della regola del caso concreto” nella quale “le fonti alle quali si attinge per la concretizzazione della clausola generale sono tutte ben radicate all’interno dell’ordinamento”¹⁴⁵. Altri sostiene che il “condizionamento assiologico” (legato al contesto di valori) comporta in via in-

¹⁴⁵ L. NIVARRA, ‘Dentro’ e ‘fuori’: lo strano caso delle clausole e dei principi generali, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 59 ss., spec. 104; ID., *Introduzione e traduzione critica*, cit., 44, ove tale assunto è sostenuto “al di là delle declamazioni retoriche che ancora risuonano in alcuni settori della nostra dottrina e in qualche pronuncia giudiziale”.

terpretativa un processo di specificazione e determinazione del valore generico e dei concetti indeterminati, non accordando all'amministrazione maggiori poteri nel giudizio di rilevanza del "problema amministrativo"¹⁴⁶.

Il principio, espresso tramite clausola generale, sarebbe così integrato da altre norme, implicitamente richiamate o comunque applicabili al caso concreto¹⁴⁷, o sarebbe tradotto in regola per il caso concreto dall'esito dell'attività conoscitiva dell'amministrazione.

A riguardo, si deve rimarcare che presupposizione e corretta valutazione dei presupposti sono nozioni differenti: la prima, teorizzata dai civilisti, è da parte degli stessi criticata perché fondata sulla rilevanza dei motivi, che per contro sono di regola irrilevanti per la validità del negozio giuridico di diritto privato¹⁴⁸; l'esatta ricostruzione dei presupposti (e dei fatti a fondamento) dell'azione amministrativa è invece condizione di legittimità della decisione assunta, come testimonia la storica elaborazione del sintomo di eccesso di potere discendente dal corrispondente vizio valutativo da parte dell'amministrazione procedente¹⁴⁹. Negli esempi riportati, la rilevanza giuridica accordata ad elementi non espressamente contemplati dall'amministrazione ai fini di orientare la propria decisione pare riconducibile ad una forma di presupposizione, sindacabile (e censurabile, ove violata) in termini di legittimità del provvedimento difettoso assunto.

Si versa nell'ipotesi in cui la legge, insieme alla *lex specialis* amministrativa, per orientare il corretto esercizio del potere, indica condizioni di fatto suscettibili, oltre che di un accertamento, anche di un apprezzamento, di una valutazione della misura nella quale sussistano: così, riguardo alle richiamate vicende oggetto di contenzioso, l'erogazione di un servizio di mensa "sostenibile" e la fornitura di prodotti sanitari "autosufficienti". L'accertamento riguarda il tipo di bene e di servizio richiesto e la sua corrispondenza nell'offerta dell'operatore economico; l'apprezzamento riguarda il carattere qualitativo essenziale del medesimo bene o servizio per soddisfare l'interesse pubblico¹⁵⁰.

¹⁴⁶ M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 2013, 139 ss., spec. 152 ss., ed ivi la distinzione tra giudizio di rilevanza sui fatti parziali, sul problema amministrativo e giudizio di efficacia. L'A. esamina i distinti "condizionamenti assiologici" e i riflessi sulla validità del provvedimento.

¹⁴⁷ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., *passim*.

¹⁴⁸ Per i riferimenti bibliografici in materia, si rinvia in questo Volume al contributo di A. CHIARELLA, *Il merito nell'inesauribilità del potere pubblico: il risultato nella nuova "buona amministrazione"*, e, ivi, in particolare, il richiamo alla lettura critica di C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Vallardi, Milano, 1961.

¹⁴⁹ Per una recente ricostruzione storica della nozione di eccesso di potere e delle figure sintomatiche, cfr. F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *Nuove autonomie*, n. 3/2021, 583 ss.

¹⁵⁰ R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, 201 s., ripreso da F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 189.

Si può riprendere al riguardo l'illuminante intuizione di Alessi, a mente della quale nei casi illustrati il provvedimento è legittimo ove tali presupposti di fatto esistano "nel grado minimo" indicato dalla legge (e dall'amministrazione mediante la *lex specialis*)¹⁵¹. Il "grado minimo" sarebbe stato integrato, nelle vicende riportate, per effetto della formulazione testuale, sia pure generica, degli atti di gara; non sarebbe stato integrato, per contro, ove fondato su una generale *vis expansiva* nell'applicazione del principio del risultato tipizzato dal Codice dei contratti pubblici.

6. I principi dell'azione amministrativa e il neoempirismo temperato

Si è sostenuto nelle pagine che precedono che i principi sono il mezzo attraverso il quale i valori che ispirano l'ordinamento si traducono in regole. I valori non necessitano di essere tradotti in fattispecie, ma i principi li traducono in precetti: i principi esprimono la finalità (valoriale) da perseguire, assumendo funzione teleologica, le regole che si traggono dalla loro interpretazione e applicazione esprimono un carattere deontologico.

Il principio di legalità sostanziale implica una "pur elastica" copertura normativa dell'azione amministrativa, come chiarito dalla Corte Costituzionale, giacché "non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità"¹⁵². La disciplina dello specifico potere risulta spesso affidata ad un concorso di norme, non sempre coordinate, delineando fattispecie complesse¹⁵³. Ed anche le fattispecie complesse, non univocamente definibili, esitano dalla crisi della fattispecie e agevolano la funzione

¹⁵¹ R. ALESSI, *Sistema*, cit., 311.

¹⁵² Corte Cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115, riguardo all'incostituzionalità della previsione normativa introdotta nel Testo unico degli enti locali che consente al Sindaco, quale ufficiale di governo, di adottare con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Con riferimento al potere di ordinanza del prefetto e del sindaco e alla espressione "più dinamica" del potere pubblico, in caso di *lacuna legis*, mediante il richiamo ai principi dell'ordinamento giuridico, già R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990, 482 ss. Con riferimento ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri per fronteggiare l'emergenza pandemica, cfr. Corte Cost., sent. 22 ottobre 2021, n. 198, con commento di A. CAMAIANI, S. FOÀ, *Postfazione: La Corte Costituzionale e la natura giuridica del d.P.C.M. emergenziale*, in S. FOÀ, A. CAMAIANI (a cura di), *Gestione nazionale della pandemia*, cit., 125 ss., ed ivi il riferimento alla categoria dei c.d. "atti necessitati".

¹⁵³ G. CORSO, *Tra legge e fattispecie*, cit., 78, ove il riferimento è a un unico complesso normativo, talvolta sparpagliato in più testi di legge, dal quale risulta una fattispecie molto complessa.

ausiliaria dei principi, quali “motivi ispiratori e verificatori delle norme giuridiche”¹⁵⁴.

Il recupero della funzione dei principi deve conseguentemente misurarsi con la sussistenza di quel “grado minimo” di determinatezza del contenuto delle norme di legge, di attribuzione e di regolazione dell’esercizio del potere amministrativo. La buona amministrazione, per l’effetto, è sempre più definita e valutata in applicazione di principi di natura teleologica, che debbono però prestarsi a un sindacato di legittimità, quale anima di un diritto calcolabile, secondo l’impronta weberiana. Ciò non comporta, tuttavia, una completa elisione del merito insindacabile della scelta amministrativa, ma la sua “sana sopravvivenza” richiede un serio rafforzamento della capacità amministrativa e un recupero di fiducia nella pubblica amministrazione come potere, nel rispetto del dettato costituzionale.

Come monito a non ridurre l’amministrazione a mera esecuzione¹⁵⁵ sono illuminanti alcuni passaggi di Max Weber circa la funzione del diritto calcolabile e dell’attività amministrativa: quest’ultima è funzionale al dispiegarsi del capitalismo moderno su basi razionali, il cui ethos necessita “al pari di mezzi calcolabili, di un diritto di cui si possa fare calcolo e di una amministrazione secondo regole formali”¹⁵⁶. Quella costruzione teorica riteneva l’amministrazione prevedibile come una macchina, ma incapace di esprimere una scelta di valore, sacrificata, in sua vece, a favore della mera efficienza strumentale. L’eterocefalia del comando, traducibile nell’indirizzo politico formalizzato in legge e nella prassi applicativa, vanificava uno spazio rilevante del merito amministrativo, ritenendo essenzialmente vincolato l’esercizio del potere¹⁵⁷. Discendeva da tale lettura una inidoneità dell’amministrazione ad assumere decisioni autonome, *rectius* a esercitare la propria discrezionalità e, prima ancora, a esprimere valutazioni di opportunità riguardo all’iniziativa nell’esercizio del potere (a fronte di situazioni nuove, impreviste), a compiere scelte di valore (discrezionalità e merito, secondo l’indicato rapporto di continenza) e riguardo alle responsabilità conseguenti ai provvedimenti assunti¹⁵⁸.

¹⁵⁴ S. PUGLIATTI, *Gli istituti di diritto civile*, 1943, in *Scritti giuridici*, II, 1937-1947, Giuffrè, rist. Milano, 2010, 767 ss., ripreso da G. CORSO, *op. ult. cit.*, 85.

¹⁵⁵ Come ricordato da Corte Cost., sent. n. 132/2024, cit., spec. punto 6.2 (circa “un’amministrazione sempre meno relegata all’esecuzione del già deciso con la legge”) e punto 6.5 in diritto ove, esaminando i rischi correlati alla c.d. “burocrazia difensiva”, segnala le difficoltà che accompagnano la scelta discrezionale: “ (...) il pluralismo sociale e il pluralismo istituzionale si proiettano nei procedimenti amministrativi e nelle istituzioni pubbliche, rendendo sempre più problematica ed esposta alla contestazione la ponderazione di tali interessi in cui si risolve l’esercizio della discrezionalità amministrativa”.

¹⁵⁶ M. WEBER, *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, 1918, trad. it. F. Fusillo, Laterza, Roma-Bari, 2002, 23 ss., efficacemente richiamato da G. CUOZZO, *Castelli di carta. Kafka e la filosofia della burocrazia*, Jouvence, Milano, 2019, 29 ss.

¹⁵⁷ M. WEBER, *Sociologia del potere*, 1921-1922, oggi Pgreco, Milano, 2014, 17 ss.

¹⁵⁸ M. WEBER, *La politica come professione*, 1919, in ID., *Il lavoro intellettuale come professione*,

Occorre chiedersi, a questo punto, se e in quali termini i nuovi principi e, con essi, le clausole generali orientino il diritto come scienza, consentendo all'amministrazione di addurre motivi oggettivi a sostegno della propria decisione, misurabili e conseguentemente sindacabili in termini di legittimità¹⁵⁹.

Se si intende mantenere la divisione di Hume e delle correnti neo-empiriste¹⁶⁰, il giudizio di fatto rimane fermo in capo all'amministrazione; il giudizio di valore è espresso dai principi e dalla correlata applicazione amministrativa al caso di specie¹⁶¹.

Il primo profilo è riconducibile alla ricostruzione dei fatti e alla valutazione dei presupposti per avviare il procedimento amministrativo e la sua conduzione è scrutinabile sotto i profili della violazione di legge o dell'eccesso di potere, in ragione della sussistenza o meno di un ambito di discrezionalità dalla legge rimesso all'amministrazione procedente.

Il secondo profilo illumina diversamente l'eterocefalia del comando censurata da Weber, giacché orienta la scelta discrezionale, ma non preclude all'amministrazione l'espressione di un giudizio di valore, entro quel "grado minimo" di determinatezza dell'obiettivo da perseguire stabilito dalla legge, plasmando essa stessa l'interesse pubblico concreto¹⁶².

I recenti esempi giurisprudenziali riportati, riguardo al principio del risultato, testimoniano un ampliamento del sindacato del giudice sull'ambito che una volta si sarebbe ritenuto "libero" dell'attività amministrativa, indirizzando l'amministrazione verso una scelta ispirata ai valori incorporati dallo stesso principio. Il richiamo ai prevalenti orientamenti giurisprudenziali per scrutinare il comportamento del funzionario pubblico, poi, affida alla giurisprudenza carattere prescrittivo, anche attingendo ad una metagiurisprudenza descrittiva, utile a illustrare i modelli proposti e a spiegarne le ragioni storiche e ideo-

trad. it. A. Giolitti, Einaudi, Torino, 1993, 104; G. CUOZZO, *Castelli di carta*, cit., 30 ss. ed ivi la lettura critica della c.d. "burosfera".

¹⁵⁹ S. FOÀ, G. MONTEDORO, *Dialogo sulla nuova oggettività*, Editoriale scientifica, Napoli, 2024, 15 ss.

¹⁶⁰ La c.d. tesi o legge di Hume è desunta da un passo del II libro del *Trattato sulla natura umana*, 1739-1740, su cui B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994, *passim*. Cfr. anche P. ZECCHINATO, *Fatto/Valore: fine di una dicotomia*, in *Etica e politica*, 2006, 1 ss., ove l'A. sottolinea che Hume non aveva inteso farne un caposaldo della sua filosofia morale, "come invece è avvenuto in larga parte della filosofia del Novecento e soprattutto del neoempirismo, che di siffatta tesi è diventato il terreno d'elezione e l'ha impostata in termini logici".

¹⁶¹ Contro tale distinzione, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987, 257 ss., che non riconduce l'oggettività del conoscere al suo oggetto ma alla riproducibilità del processo cognitivo.

¹⁶² Secondo la nota proposizione di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, *ad vocem*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, 6 s., che supererebbe il "feticcio" dell'interesse pubblico in astratto, censurato da L.R. PERFETTI, *Merito, discrezionalità e giurisprudenza*, cit., 435.

logiche¹⁶³. La tendenza illustrata riposa su una presunzione, almeno in parte criticabile, di scarsa fiducia nella pubblica amministrazione, che può essere superata mediante riforme mirate a rafforzare la capacità amministrativa¹⁶⁴.

Questa forma di neoempirismo temperato, scelta contingente e non irreversibile, valorizza al momento la funzione giurisdizionale e riduce l'ambito di valutazione "libero", di merito, rimesso all'amministrazione.

¹⁶³ La questione era già stata affrontata riguardo alla metodologia storiografica applicata al diritto, su cui L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., 22 ss., spec. in nota 14, ed ivi il richiamo a N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Studi per una teoria generale del diritto* Giappichelli, Torino, 1970, 163, circa l'importanza di individuare il carattere prescrittivo della giurisprudenza tramite il ricorso ad una metagiurisprudenza descrittiva.

¹⁶⁴ Sulla tendenza dell'ordinamento verso un'amministrazione "senza qualità", già R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, n. 2, 323 ss., ora in ID., *Scritti scelti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 289 ss., spec. 331 ss.

Il problema del merito amministrativo ed il principio di risultato emergente dal nuovo codice dei contratti pubblici

Giancarlo Montedoro

SOMMARIO: 1. Lineamenti generali del rapporto fra discrezionalità e merito. – 2. Concezione sostanziale e processuale del merito. – 3. Il codice dei contratti pubblici. – 4. Il risultato ed il merito amministrativo. – Conclusioni.

1. *Lineamenti generali del rapporto fra discrezionalità e merito*

Il diritto amministrativo si differenzia dal diritto civile per dar luogo ad una forma di giurisdizione compositiva non di tipo retributivo; una giurisdizione che media fra interessi privati e pubblici, non che assegna beni.

Il diritto amministrativo è un diritto della cura.

Un diritto che cuce, un diritto che garantisce la coesione sociale, un diritto della convivenza della coesistenza, basato su una logica non binaria di coesistenza, di *et et* e non di *aut aut*.

Un diritto che fa nascere all'origine dello Stato liberale una giurisdizione di diritto soggettivo ma che è destinato ad arricchirsi di nuove dimensioni che portano verso la giurisdizione di diritto oggettivo (senza che ciò debba spaventare si tratta di modulare forme di convivenza fra i diversi aspetti della giurisdizione amministrativa).

Questa premessa è necessaria per inquadrare il tema del merito amministrativo.

Una seconda premessa è l'immersione nel pensiero dottrinale, la fuga dalla tentazione di seguire la casistica giurisprudenziale, perché il nodo del merito amministrativo è un nodo di teoria generale e non può essere colto restando sul piano dell'analisi della giurisprudenza anche se tale piano è poi quello in cui si atterra dal cielo dei concetti.

Principiando dalla dottrina va notato che Aldo Travi rileggendo Giorgio Pastori – la nostra essenza è fatta di letture, di libri che richiamano altri libri – ha ricordato alcune sue parole illuminanti sulla concezione dell'amministrazione accolta dalla Costituzione¹.

¹ A. TRAVI, *Rileggendo le pagine di giustizia amministrativa*, in *Amministrare*, 2018, 299 ss.

Diceva Pastori: “l’amministrazione nella Costituzione è pensata non più solo come funzione dell’organizzazione di governo, ma anche come funzione dell’organizzazione sociale”.

Nessun luogo istituzionale più della giustizia amministrativa rivela questo incontro.

Non i pur interessanti e formativi gabinetti ministeriali, non le burocrazie degli organi costituzionali, non i collegi che compongono le amministrazioni indipendenti.

Nella giustizia amministrativa – come ha ricordato Vincenzo Caputi Iambrenghi nel suo lavoro su *Libertà ed Autorità*² – è dato al giudice amministrativo che è anche giudice nell’amministrazione (anche con il sistema del ricorso straordinario che rivela una centralità sistematica di cui si rischia di perdere memoria) il compito di difendere la libertà e, nel contempo, di accertare se la scelta amministrativa sia stata effettuata rispettando il principio di legalità.

Qui devono farsi alcune precisazioni.

La giustizia amministrativa non può essere letta nella logica della contrapposizione fra l’amministrazione e il cittadino (come sempre sottolinea Portaluri nei suoi molteplici interventi), ma deve contribuire a realizzare, seppur con modalità proprie, un disegno più ampio, riconducibile anch’esso alle ragioni istituzionali della relazione fra amministrazione e cittadino (essendo la ricostruzione della comunità un compito essenziale che ci pone il futuro).

La giustizia amministrativa deve essere certamente uno strumento di garanzia, di presidio della legalità, ma più nella logica della correzione e della integrazione rispetto ad un’azione amministrativa carente o inadeguata nei suoi rapporti col cittadino, che nella logica di una “rivincita” del cittadino nei confronti dell’amministrazione.

Al centro della cura comune che magistratura ed avvocatura possono dedicare alla giustizia amministrativa, oltre alla formazione comune, preme indicare il tema del gratuito patrocinio nel processo amministrativo. Si tratta di un tema poco studiato (e ancora oggi piuttosto trascurato, pur nel nuovo assetto della tutela dei non abbienti avanti al giudice amministrativo), ma fondamentale per mantenere coerenza del processo – pur di stampo liberale e di diritto soggettivo come si usa dire – con i lineamenti dello Stato sociale e con una giustizia alla portata di tutti anche dei non abbienti.

Non vorrei invece che alcune formule tralaticie – che pure credo abbiano ragioni profonde pur indagate da chi vi parla – come quella del giudice amministrativo come giudice dell’economia ci facessero trascurare che esiste una giustizia amministrativa starei per dire quotidiana, “minore”, che ha bisogno della nostra attenzione e cura.

Quanto al tema della discrezionalità e del merito – scontata la derivazione

² V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Libertà ed Autorità*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

del nostro sistema di tutela giurisdizionale dal modello francese pur con alcune peculiarità che è ben non scordare – va rilevato che esso significa che al centro del rapporto fra giudice amministrativo e amministrazione vi è sempre la figura dell'eccesso di potere nel sindacato sulla discrezionalità.

Il merito sarebbe ciò che residua dopo il controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa (concezione processualistica del merito; naturale per un giudice) all'opposto per la dottrina (a partire da Amorth) il merito sarebbe una caratteristica del provvedimento amministrativo coincidente con l'opportunità, con il risultato dice Amorth (evocando un concetto che si ritrova nel recente codice dei contratti pubblici).

Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità richiede, pertanto, di essere affrontato considerando innanzi tutto le regole non scritte cui l'attività amministrativa è soggetta nel nostro ordinamento, alla luce dell'evoluzione che ha portato, dopo la Costituzione, a riconoscere il “problema della discrezionalità” non più come un tema di ‘limiti’ al sindacato giurisdizionale, ma come “problema della struttura e della conformazione dell'attività decisionale di carattere discrezionale” secondo i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità.

In questa logica il profilo decisionale-volontaristico della discrezionalità amministrativa – il provvedimento autoritativo di carattere discrezionale – passa in secondo piano rispetto a quello conoscitivo-accertativo delle ragioni e della ragionevolezza della scelta ed emerge l'importanza in tutti i sensi di un approccio fondato sui canoni di ragionevolezza sostanziale che devono caratterizzare qualsiasi potere pubblico democratico-liberale.

Va rimarcato con convinzione il ruolo fondamentale del giudice amministrativo italiano nell'elaborazione delle regole sul procedimento, ispirate a criteri di razionalità sostanziale.

Nella lettura del pensiero di Giorgio Pastori formulata da Aldo Travi campeggia il superamento, rispetto al tema della discrezionalità, delle categorie un tempo dominanti nel nostro paese, come volontà, libertà, precedenza di un interesse pubblico predefinito, in definitiva anche autorità, che esprimevano però l'isolamento e la separatezza dell'amministrazione rispetto ai cittadini.

Invece emerge – ed è valorizzata – la distinzione fra la discrezionalità sul piano delle scelte di ordine generale (per le quali Pastori rivendicava l'esigenza di una espressione in atti formali, prima di qualsiasi operazione attuativa) e la discrezionalità nei provvedimenti puntuali.

Si pensi al quanto sia lungimirante questa visione ed impostazione che punta a recuperare un rilievo della catena formale degli atti di diritto pubblico ponendo mente al tema della trasformazione delle partecipazioni statali, dalla leggibilità della direttiva del Ministro all'opacità dei poteri del MEF quale azionista pubblico.

Inoltre in un quadro in cui la scelta dell'amministrazione deve essere innanzi tutto ragionevole, e comunque coerente con un quadro conoscitivo completo,

anche il sindacato del giudice avrebbe dovuto ispirarsi a questi stessi criteri. Il sindacato del giudice non assume così i caratteri del sindacato di merito, ma testimonianza ed evidenza, in virtù dell'evoluzione costituzionale, come il sindacato di legittimità debba avere di per sé contenuti più ampi, che trovano come referente essenziale la posizione soggettiva del cittadino.

In conclusione, scriveva Pastori, il sindacato di legittimità deve trovare oggi come modello una “‘giustizia’ nella pienezza del termine”.

Pastori prese posizione con chiarezza a favore del superamento della giurisdizione amministrativa. Vecchia questione che si trascina e torna periodicamente dal tempo dell'Assemblea Costituente (Calamandrei).

La giurisdizione amministrativa ha svolto in passato una funzione storica fondamentale, ma ciò non toglie – nella visione di Pastori antecedente rispetto alla sentenza Cass., sez. un., n. 500/1999 – che oggi si debba prendere atto del mutamento della situazione complessiva.

Pastori – e chi segue la sua importante riflessione – non criticava il sistema dualistico per il fatto che in generale le situazioni tutelate dal giudice amministrativo potrebbero trovare oggi una adeguata tutela davanti al giudice ordinario, magari sviluppando le potenzialità offerte dall'art. 113, comma 3, Cost., ma affermava che il sistema dualistico nel nostro Paese rispecchiava un modello di rapporti fra amministrazione e cittadino che è esso stesso ormai superato perché incentrato sull'Autorità.

Il potere dell'amministrazione persegue “scopi obiettivati nella Costituzione” e pertanto il suo esercizio è riconducibile sempre di più al rapporto adempimento/attuazione di pretese sostanziali individuali invece che al rapporto autorità/soggezione (allora si aveva in mente uno Stato sociale tenuto a prestazioni ormai superato per la crisi fiscale e rimpiazzato dallo Stato regolatore ora rimpiazzato dallo Stato ecologico e da soggetti privato che svolgono – senza tuttavia che si decampi dal diritto privati – funzioni oggettivamente pubbliche e si pensi alle Big Tech).

La figura stessa dell'interesse legittimo, in questo quadro, si affievolirebbe rispetto alla sua storica contrapposizione al diritto soggettivo e non può più avere un valore fondante per il riparto. D'altra parte, rilevava Pastori, di questa evoluzione era espressione anche la valorizzazione del diritto privato come strumento ordinario per l'attività amministrativa e l'estensione della giurisdizione esclusiva (tuttora in corso, nonostante gli interventi della Corte Costituzionale).

Tuttavia il tema dell'unità della giurisdizione, nel pensiero così acutamente espresso alcuni decenni fa, sembra superato dalla storia a fronte della giurisprudenza costituzionale, del modello europeo di tutela che è a diritto amministrativo, delle risorgenti ragioni (a tutela della coesione sociale) dello Stato e del diritto amministrativo ed infine – *last but not least* – della profonda crisi della magistratura ordinaria che ha delle complesse ragioni – motivo di personale sofferenza – legate al rapporto magistratura politica, che non possiamo qui affrontare.

Su influenze guicciardiane, si è prospettato anche un riparto fondato sulla distinzione fra giudice della responsabilità dell'amministrazione (il giudice civile) e giudice della legittimità dei provvedimenti (il giudice amministrativo).

Un modello di riparto del genere, dopo la pronuncia della Cassazione del 1999, fu osservato solo per un anno e ben presto fu approvata la legge n. 205/2000, che assegnò al giudice amministrativo anche il contenzioso sulla responsabilità per l'esercizio del potere.

Questa frammentazione delle tutele può dar luogo a problemi sul piano della tutela del cittadino, ma, in qualche modo, trova rimedio nel dialogo fra le giurisdizioni e sul piano della crescente convergenza nella rappresentazione dei principi e dei criteri per l'azione amministrativa ma anche della perdurante esigenza di specialità del giudice e dei modelli di responsabilità (si pensi al ruolo che gioca l'art. 1227 c.c. nella responsabilità da violazione di interesse legittimo), in un contesto in cui essenziale deve essere la soddisfazione dell'interesse sostanziale del cittadino (al di là delle differenze determinate dal suo presentarsi come diritto soggettivo o interesse legittimo).

Prova ne sia il numero tematico di *Questione giustizia* – dedicato al giudice amministrativo come risorsa³ – proprio al fine di creare una comune cultura – convergente – della tutela fra giudici amministrativi ed ordinari all'insegna della comprensione della necessità di un diritto pubblico come diritto della cura non potendosi reggere una società solo sullo schema diritto/obbligo che connota il diritto privato basato sull'autonomia patrimoniale e la logica del “terribile diritto” (come lo chiamava Beccaria e dopo di lui l'indimenticato Stefano Rodotà⁴).

L'espansione della giurisdizione esclusiva dopo la legge n. 205/2000 fino al codice del processo amministrativo ha determinato una situazione nella quale le due giurisdizioni, in particolare quella amministrativa, vengono delineandosi in termini di giurisdizioni che “vogliono essere in grado di dare ciascuna una risposta, esaustiva oltre che tempestiva, alla domanda di tutela proveniente da chi si ritenga leso in una sua posizione giuridica soggettiva”. Rispetto a questo criterio anche il modello di riparto fondato sulle situazioni giuridiche soggettive sembra declinante ed emergono elementi (si pensi alla devoluzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria degli interessi legittimi) che ripropongono piuttosto argomenti del criterio del ‘petitum’ e portano a irrisolti nodi dogmatici sulla natura del processo risarcitorio da violazione di interessi legittimi (come ha notato Alberto Romano se sono risarcibili sono diritti soggettivi⁵, allora la materia è affidata al g.a. come un campo di giurisdizione esclusiva).

³ *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, a cura di G. MONTEDORO, E. SCODITTI, in *Quest. giust.*, 2021, visionabile in rete.

⁴ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, ult. ed., Il Mulino, Bologna, 2024.

⁵ ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1/1998, 1 ss.

La Corte Costituzionale poi – non va dimenticato – nella sentenza n. 204 del 2004 sposa una logica “rimediale” per salvare la giurisdizione del giudice amministrativo ma ciò è la giustificazione della devoluzione al giudice amministrativo della cognizione su tali controversie non tocca la giurisdizione sulla responsabilità.

Nessuna questione relativa al riparto tocca però il “muro” del merito amministrativo che è coesistente alla separazione dei poteri, anche se le questioni si intrecciano in modo talvolta inestricabile facendo del controllo giurisdizionale sugli atti del CSM un campo di elezione per l’elaborazione giurisprudenziale della nozione di merito amministrativo fra Cassazione e Consiglio di Stato con il risultato paradossale che ritroviamo la Cassazione a dilatare la nozione di merito nei ricorsi che lamentano l’eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato ed il suo sconfinamento nell’ambito delle scelte riservate all’amministrazione (nella specie CSM).

La Cassazione in definitiva erige il merito amministrativo a limite o muro al sindacato del giudice, mentre il giudice amministrativo “consuma” il merito, riducendolo in spazi sempre più esigui, sindacando con ampiezza la discrezionalità.

Qui va ricordata la centralità degli studi di Amorth e il suo giudizio critico legato al tentativo di circoscrivere, quasi *more geometrico*, la nozione di merito entro un recinto predeterminato, distinguendolo dalla legittimità ed aprendo in tal modo tutti quegli interrogativi che hanno occupato la dottrina successiva e la giurisprudenza⁶.

E va ricordato anche il processo di giuridicizzazione tentato dall’Ottaviano⁷, per il quale il merito si risolve nella discrezionalità, teorica rispetto alla quale, peraltro, andrebbe – secondo l’acuto avviso di Luigi Benvenuti⁸ – ricordato il particolare clima storicistico da cui muoveva l’autore (sulla scia di Pekelis – un giurista ingiustamente dimenticato – e del suo tentativo di stabilire un forte nesso fra diritto e morale prefigurando l’assetto costituzionale del futuro) e che lo porta ad una peculiare configurazione di liberalismo, tipica di quegli anni.

Andrebbe ricordata anche la sistematica creata da Orsi Battaglini, che non può essere disgiunta dalla sua concezione dello Stato di diritto, come sappiamo unificazionista ed incline quindi a ridurre gli spazi della scelta dell’amministrazione riportando la sua azione ad uno schema prestazionale (che rischia tuttavia di lasciare nell’ombra il potere che vorrebbe controllare)⁹.

⁶ A. AMORTH, *Il merito amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939, *passim*.

⁷ V. OTTAVIANO, *ad vocem Merito (diritto amministrativo)*, in *N. Dig. it.*, X, 1968, 575.

⁸ L. BENVENUTI, *Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente*, in *Dir. pubb.*, n. 2/2016, 795 ss., a commento del Volume di B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013.

⁹ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Giuffrè, Milano, 2005.

Il merito diviene oggetto di ulteriori riflessioni in ordine all'ipotesi che lo stesso possa fondarsi sul carattere opinabile delle scelte amministrative, per se stesse considerate insindacabili per l'assenza di parametri oggettivi di confronto.

Si tratta di un'impostazione che tocca pure la sorte finale della discrezionalità tecnica, quale sagomata dal giudice che ritiene di poterla controllare sempre solo *ab extrinseco* senza però sostituirsi al giudizio della P.A.

Qui, prendendo atto di spunti e riflessioni che mirano a operare una separazione della discrezionalità tecnica da quella pura, con l'effetto ora 1) di un rafforzamento del sindacato del giudice, ora 2) della costituzione di una riserva, si prova a portar ordine a una materia magmatica, peraltro sempre sfuggente.

Va *in primis* ricordata la crescente convinzione relativa all'esaurimento dell'utilità "dogmatica e pratica della nozione di merito amministrativo (si è già detto di Ottaviano e di Orsi Battaglini).

Trattandosi di nozione "dal retaggio antico", si dice, "che evoca disequilibri tra amministrazione e cittadino", occorrerebbe riflettere sull'opportunità di mantenerla in uso "specie considerando che senza di essa il sistema parrebbe riuscire comunque a spiegarsi (grazie al binomio discrezionalità-legittimità)" ¹⁰.

Una così esplicita presa di posizione tiene senz'altro conto degli sviluppi recenti cui sono andati incontro discrezionalità ed eccesso di potere, attraverso uno strumentario che consente indagini sempre più penetranti e connotate da un intenso accesso al fatto.

Ma essa non è solo frutto della constatazione del progressivo estendersi della tutela del cittadino ma di una lunga storia ripercorsa da uno studioso di grande profondità ed equilibrio che mi piace ricordare per avere avuto con lui – in giornate torinesi di alcuni anni fa – il piacere di conversare sui temi della giurisdizione: Antonio Romano Tassone.

Romano Tassone a proposito del merito amministrativo – nel suo studio del 2008 ¹¹ – diceva che si trattava di un *negotium perambulans in tenebris*, per poi notare che si tratta del risvolto negativo della legittimità tale per cui all'ampliarsi del sindacato del giudice sulla legittimità dell'atto si va riducendo il merito amministrativo, ma – secondo lui – in una logica di coppia oppositiva non binaria che ammette gradazioni intermedie ¹².

Il merito quale appare nella legge Crispi – all'art. 25 – rinvia alla nozione di opportunità amministrativa (richiamata niente di meno che da Meuccio Ruini).

Per altra concezione – ricorda Romano Tassone – nel merito il giudice ammini-

¹⁰ Così L. BENVENUTI, *Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente*, loc. cit.

¹¹ A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di merito*, in *Dir. amm.*, 2008, 517 ss.

¹² Come la sessualità scoperta nelle sue nuove dimensioni non binarie ai tempi di O. WEININGER, *Sesso e carattere*, Edizione Studio Tesi, Pordenone, 1992, che ammette gradazioni fra i sessi che trascolorano l'una nell'altra.

strativo poteva conoscere anche dei diritti soggettivi (Mortara) e per altra opinione ancora il merito era una giurisdizione piena sul fatto (V. Emanuele Orlando).

Ma le nozioni di merito enucleate agli albori della giuspubblicistica italiana sono state legate all'esigenza di capire i contenuti della giurisdizione di merito, mentre il merito si rilevò ad un certo punto è anche – se non soprattutto – una nozione di diritto sostanziale (che, tuttavia, viene messa a fuoco più tardi dell'accezione processuale, confermandosi qui la genesi pretoria del diritto amministrativo) e qui iniziarono i fraintendimenti ritenendosi il merito la parte dell'atto legata alla riserva di amministrazione.

Nozione valorizzata nella sua autonomia oppositiva pura, binaria (nella logica dell'*aut aut*), da Amorth al tempo della ricostruzione classica del mondo del diritto pubblico, ritenuta inutile da Ottaviano nel momento della penetrazione delle istanze del moderno liberalismo per cui doveva distinguere solo fra legittimità e discrezionalità essendo ogni scelta controllabile.

Per Giannini – ed è il momento dello Stato sociale – invece il merito è quella parte del processo decisionale che non è regolata dal diritto e comprende la discrezionalità amministrativa ma anche le attività interne della P.A. (Romano Tassone ha rivelato magistralmente la radice weberiana di tale concezione basata sul principio di competenza e volta a circoscrivere in fondo il ruolo del giudice a fronte del ruolo dell'amministrazione ed in questo v'è saggezza non tanto perché il merito sia sottratto al sindacato ma perché il merito nella parte in cui non è controllabile con le regole di buon esercizio della discrezionalità configura ciò che resta del fondo incontrollabile del potere).

Con Giannini la discrezionalità ed il merito scivolando l'una dentro l'altro, con mutamento di prospettiva della coppia oppositiva legittimità-merito.

2. Concezione sostanziale e processuale del merito

Allargando ulteriormente la prospettiva, andrebbero analizzate insieme argomentazioni desumibili dall'analisi comparatistica, dalla nozione di potere, dall'indagine sulla separazione dei poteri.

Quanto alla prima l'esame delle esperienze dei principali paesi europei e della giurisprudenza della Corte di giustizia, dimostra l'assenza "di una figura densa di implicazioni storiche e culturali quali il merito amministrativo", e ciò nonostante – si dice – tornano anche lì gli stessi problemi relativi agli eventuali limiti del sindacato del giudice sull'azione amministrativa.

Quanto alla separazione dei poteri, si propone una sorta di cambio di paradigma nella relazione tra autorità e libertà, con il riconoscimento della persona umana e delle caratteristiche di dignità alla luce del dettato costituzionale (anche qui soccorre la riflessione di V. Caputi Iambrenghi e le tante riflessioni della scuola pubblicistica di Bari che molto deve ad Aldo Moro).

Da ciò deriva l'auspicio di controlli giurisdizionali più penetranti sui contenuti delle scelte che confinano il ruolo del merito amministrativo ad una prospettiva residuale (non potendosi più accettare una concezione del merito amministrativo legata ad una sfera di insindacabilità aprioristica dell'amministrazione).

L'indagine del principio di separazione dei poteri conferma la necessità di un recupero della sua funzione primigenia del merito amministrativo, rinvenibile nella funzione di delineare ciò che resta al di là della tutela dei diritti dei cittadini contro gli abusi del potere pubblico e quindi essenzialmente lo spazio residualmente insindacabile dopo che il sindacato sia stato svolto.

Il merito sarebbe quindi una preferenza per l'amministrazione stabilita dal giudice (sempre evocabile) piuttosto che uno spazio a priori non sindacabile definito dal diritto sostanziale, una frontiera mobile, definita sulla linea del principio costituzionale di separazione dei poteri.

Non conta l'atto amministrativo quanto la tecnica del suo sindacato.

Il giudizio di cognizione conosce un ampio accesso al fatto anche in giurisdizione di legittimità.

Il giudizio di ottemperanza sta diventando sempre più un giudizio di esecuzione della sentenza, perdendo le caratteristiche tradizionali di giudizio di carattere integrativo-attuativo della cosa giudicata.

Il sindacato di legittimità si fa sempre più sostanziale (anche arricchito di parametri economici di efficienza, efficacia, risultato), l'ottemperanza sempre più a rime obbligate.

Il Codice del processo amministrativo offre al cittadino una ricca articolazione di mezzi di tutela, di azioni, vi compresa quelle di condanna e risarcitorie, sia pure innestata su una disciplina del processo di cognizione ancora prevalentemente attizia.

Il controllo di ragionevolezza sul potere – nello Stato di diritto costituzionale – si fa integrale: affidata al giudice delle leggi per quanto attiene alla legislazione ed al giudice amministrativo per quanto attiene all'amministrazione.

Ciò – ha notato Romano Tassone – per la natura del giudizio di ragionevolezza, spinge la giurisdizione su terreni scivolosi che aumentano la soggettività ed il rischio di creazionismo giurisprudenziale¹³.

3. Il codice dei contratti pubblici

In questo quadro quali sono le novità emergenti dal codice dei contratti pubblici?

Il principio del risultato innanzi tutto.

¹³ Segnalato da P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2021.

La giurisprudenza ha colto la novità del principio del risultato e la sua valenza generale.

Giova a questo proposito ricordare quanto statuito dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4996/2024, in tema di diniego dei benefici legati al rilascio delle frequenze trasmissive nel caso di rilascio parziale che non consenta di garantire una copertura dell'area nella quale è previsto un "cambio" di sistema tecnologico:

"Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812 e 26 marzo 2024, n. 286), anche se il "principio del risultato" è stato reso solo di recente esplicito dal nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023, tale principio era già "immanente" al sistema della c.d. amministrazione di risultato (ricondotto al principio di buon andamento dell'attività amministrativa, già prima dell'espressa affermazione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023). Di conseguenza, il risultato può essere adottato dal Giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36/2023 (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924). L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura ad evidenza pubblica, trattandosi, come ha autorevolmente insegnato la predetta giurisprudenza "di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire (...) e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale (...)". Detto principio, nel caso che occupa la sezione, è l'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata. La prevalenza per gli aspetti sostanziali, rispetto a quelli puramente formali, nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica, è stata riconosciuta in più occasioni dalla giurisprudenza, anche prima del d.lgs. n. 36/2023. Per il Giudice Amministrativo il principio del risultato rappresenta il criterio interpretativo a cui ricorrere per risolvere i casi di contrasto tra il "dato formale" del pedissequo rispetto del bando e il "dato sostanziale" della idoneità delle partecipazioni dell'operatore economico (e dunque dell'interesse sostanziale dell'amministrazione alla spedita realizzazione del bene pubblico, che nel caso di specie risulta essere la transizione digitale, anche se la *lex specialis* non ha disciplinato tutti gli aspetti possibili sulla localizzazione degli impianti, ma è chiaro che l'obiettivo principale è lo spegnimento delle frequenze e la loro liberazione). Il principio del risultato non deve tuttavia essere posto in chiave antagonista rispetto al principio di legalità. Al contrario, come chiarito dalla terza Sezione (Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024 n. 2866), il valore del risultato "concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo", facendo "transitare nell'area della le-

gittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili””.

“Ciò premesso, – continua la sentenza al suo punto 17 e seguenti – il Ministero aveva escluso la società dal beneficio della misura economica compensativa in quanto il rilascio del canale 68 non aveva compreso nell'intesa anche la società GET, titolare del diritto d'uso per la provincia di Novara, quindi irradiante anche in Piemonte, ma operante dalla Lombardia conducendo ad un rilascio solo parziale della frequenza che avrebbe continuato ad essere occupata nella Regione Piemonte dall'impianto gestito dalla Lombardia.

L'art. 2 del d.m. precedentemente illustrato prevede il volontario rilascio di frequenze in ambito regionale e stabilisce che gli operatori di rete con diritto d'uso sulla medesima frequenza in ambito pluriprovinciale, provinciale o limitati all'area di servizio di singoli impianti devono costituire un'intesa e chiedere il volontario rilascio di una medesima frequenza in modo che la sommatoria delle loro coperture sia equivalente all'arco di copertura dell'intera regione.

Nel caso che ci occupa il diritto d'uso del canale 68 Uhf era stato assegnato per la provincia di Novara alla società Gruppo europeo di Telecomunicazioni (GET) e quindi, per poter dismettere volontariamente tale frequenza, Telestudio Modena avrebbe dovuto costituire un'intesa con le società Telegiuria, Emmeciuno ed anche GET. In assenza di detta intesa non può dirsi soddisfatto il requisito del cui all'art. 2 in quanto la sommatoria delle coperture non è equivalente all'arco di copertura dell'intera regione Piemonte, mancando la copertura del canale 68 Uhf nella provincia di Novara.

Va sottolineato che – al contrario di quanto afferma l'appellante – il decreto fa espressamente riferimento agli operatori di rete in possesso di diritto d'uso della frequenza “regionale, pluriprovinciale, provinciale” ed alla gestione di un impianto ma avendo riguardo non alla ubicazione degli impianti ma alla loro capacità trasmissiva. Il diritto d'uso viene rilasciato dal Ministero per ciascuna area tecnica in cui è stato diviso il territorio nazionale in sede di switch-off. Il diritto d'uso sul canale 68 Uhf nella provincia di Novara era stato assegnato alla società GET in sede di switch-off dell'area tecnica 3 corrispondente alle province di Alessandria, Asti, Biella, Novara, Verbano Cusio-Ossola, Vercelli, Bergamo, Brescia, Como, Cremona, Lecco, Lodi, Milano, Monza e della Brianza, Pavia, Sondrio, Varese, Piacenza e Parma, per l'emittente Più Blu Lombardia. Essendo oggetto della procedura di cui al decreto 23 gennaio 2012 il volontario rilascio delle frequenze individuate nel diritto d'uso, non rileva il luogo in cui sono ubicati gli impianti, ma l'area di irradiazione. Il principio del risultato, come appena ricordato, nel caso di specie comporta che l'amministrazione è tenuta a considerare tutte le frequenze assegnate, e non solo parti di esse, altrimenti dovrebbe comunque indennizzare la parziale liberazione, ma non ottenendo il risultato finale, ovvero la completa liberazione delle frequenze, necessarie al passaggio tecnologico.

Ne deriva che quando l'area di servizio interessa una Provincia che viene irra-

diata da un impianto che si trova in altra regione; comunque deve essere raggiunta, al fine del godimento della misura economica in questione, una intesa con la società che detiene il canale per l'area di copertura della Provincia nella diversa regione. Da ciò non discende che GET debba spegnere il proprio impianto in Lombardia, ma è necessario ottenere l'intesa per limitare lo spegnimento per la provincia piemontese interessata (Novara), dovendo comprendere nella intesa anche la società che dovrebbe dismettere la frequenza nell'area provinciale di interesse, potendo continuare a trasmettere con l'impianto nelle altre province che ricadono in altra Regione.

La ratio della norma che permette misure compensative per lo spegnimento è che nella stessa regione e sulla medesima frequenza venga assegnato un diritto d'uso a diversi operatori, allora era necessario procedere alla realizzazione di un'intesa tra tutte le emittenti, altrimenti non si poteva raggiungere, sommando le coperture di rete, l'arco di copertura della Regione Piemonte. Alla luce di tale considerazione va confermata la decisione del TAR che non era necessario il dialogo partecipativo previsto dall'art. 10-bis della legge n. 241/1990, stante l'assenza di qualsiasi discrezionalità da parte del Ministero in caso di un requisito mancante e richiesto a pena di esclusione dal decreto.

Per quanto riguarda il secondo motivo, sfugge al Collegio l'irrazionalità della decisione del giudice di prime cure laddove ha (ad avviso della Sezione correttamente) chiarito che non si possa accertare l'illegittimità del provvedimento per violazione della legge n. 220/2010, stante l'obiettivo centrale della normativa alla liberazione integrale delle frequenze. Secondo l'appellante, invece, la legge n. 220/2010 non porrebbe alcun limite alla possibilità di accettare domande di retrocessione e pertanto la previsione restrittiva del d.m. 2012 sarebbe contraddittoria e discriminatoria in quanto anche la liberazione parziale sarebbe di interesse dell'amministrazione. Ma tale tesi non è supportata da alcun altro elemento, se non da affermazioni generiche, e quindi è inammissibile. Risulta al contrario (doc. 1 di primo grado del MISE) che in evidente sintonia con la ratio della legge n. 220/2010, il decreto 23 gennaio 2012 ha voluto (e dovuto) ottenere la liberazione delle frequenze in banda 790-862 Mhz (le frequenze dal canale 61 al canale 69) entro la data del 31 dicembre 2012 (previsto espressamente dall'art. 1, comma 8, dalla legge n. 220/2010), e risulta che le frequenze siano state consegnate agli operatori mobili aggiudicatari della rispettiva gara ad evidenza pubblica”.

Con ciò il principio del risultato disvela una capacità di proiezione sulla logica generale del procedimento amministrativo (ben oltre la materia degli appalti).

Ciò in linea con la dottrina che ritiene il principio del risultato figlio del modello dell'amministrazione di risultato pensata in sede scientifica sin dall'inizio degli anni Ottanta¹⁴.

¹⁴ In tal senso M. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 2024. Chi scrive ha memoria delle

In sede dottrinale la forza espansiva del principio di risultato è stata colta da chi, sottolineando l'immanenza del principio al sistema del diritto amministrativo, ha notato che esso in definitiva opera "...a partire della mancata tipizzazione del contenuto delle pronunce del giudice, contenuta all'art. 34, comma 1, lett. c) in combinato con l'art. 55, comma 1, ma senza escludere meccanismi più raffinati, quali la graduazione degli effetti della decisione o la riqualificazione delle domande proposte in riassunzione e la stessa possibilità di 'conversione' di cui all'art. 32 del codice; e, prima ancora, il riconoscimento della legittimazione processuale anche oltre gli stretti confini dell'interesse immediato e diretto."

Continuando con l'osservare che "nella sostanzialmente identica direzione si pongono sentenze (e l'elencazione è ovviamente solo esemplificativa) che: a) esaminano nel merito domande risarcitorie espresse in forma solo dubitativa; b) consentono la transizione processuale tra tutela diretta e tutela strumentale dell'interesse, scorrendo di mera "gradualità satisfattiva", essendo entrambe le tutele funzionali alla realizzazione, con diverso grado di immediatezza, di un interesse sostanziale unitario; c) ammettono l'azione di accertamento in diretta applicazione del principio di effettività della tutela, laddove manchino nel sistema azioni tipizzate e strumenti giurisdizionali a protezione di interessi sicuramente riconosciuti dall'ordinamento; d) valutano con rigore il profilo motivazionale della sentenza resa in primo grado, richiedendone espressamente l'idoneità, sul piano funzionale, a dare ragione degli argomenti spesi in giudizio .

Si è dunque compreso che "la soddisfazione dell'interesse non è più passibile di essere garantita dal (solo) giudizio cassatorio (formalisticamente inteso), ma anche che la congerie di interessi presenti nell'ordinamento e il loro costante divenire inducono a non prefissare modelli tipici di azione, ma di lasciare all'interpretazione degli operatori giuridici ampi ambiti di adattabilità nel complesso compito di individuazione dei più adeguati rimedi atti a garantire, ancora una volta pienezza ed effettività della tutela" ¹⁵.

Con ciò il principio del risultato trova anche la sua proiezione processuale generale nel principio di effettività della giustizia rafforzandolo ma con il rischio – obiettivo – di dilatare a dismisura la discrezionalità del giudice oggetto di un generale ripensamento critico da parte di una autorevole dottrina ¹⁶.

considerazioni di M.S. GIANNINI sul tema in *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1988, 646 ss. e 758 ss. con riferimento al principio di raggiungimento dello scopo ed anche al vizio di inopportunità; il raggiungimento dello scopo nel diritto è espresso nell'art. 156 c.p.c.

¹⁵ M. ABBRUZZESE, *Effettività della tutela e principio del risultato nel processo amministrativo*, in *Giust. amm.*, 2024.

¹⁶ P.L. PORTALURI ha affrontato il tema nel libro già richiamato *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo* e M.A. SANDULLI ha messo in guardia – sin dalle sue prime riflessioni sul nuovo codice dal rischio di disinvoltamento del principio di legalità, cfr. nota 25.

4. *Il risultato ed il merito amministrativo*

Le due nozioni non vanno sovrapposte.

Il principio del risultato si lega al buon andamento amministrativo e consente di arricchire il sindacato di legittimità per eccesso di potere con riguardo alla valorizzazione dello scopo dell'azione amministrativa quale canonizzato nelle norme o concretizzato nel provvedimento o nel contratto, il merito è il terreno della scelta opinabile nella quale il sindacato del giudice non deve entrare.

Il risultato ascritto qualche volta al merito amministrativo inteso in senso ampio (e conforme ad un'impostazione autoritaria dello Stato, per esempio in Amorth) ora è estrapolato dal merito amministrativo e diviene un parametro di controllo della legittimità dell'azione amministrativa, identificandosi con lo scopo sostanziale dell'atto o del contratto.

L'aver previsto il principio di risultato nel codice dei contratti non impedisce affatto di ritenere che residui uno spazio di insindacabilità giurisdizionale delle scelte amministrative ciò essendo coesistente al principio di separazione dei poteri.

Mario Spasiano ha ripercorso il cammino del principio del risultato ricollegandone le origini all'amministrazione di risultato¹⁷, con ciò si evidenzia che il principio di risultato è solo il veicolo di introduzione nello strumentario del giudice di nuovi parametri orientati all'efficienza ed all'economicità dell'azione amministrativa, peraltro ora da tarare sulla necessità di effettivo conseguimento degli obiettivi legislativamente prefissati dal legislatore.

L'amministrazione è ora certamente meno libera di scegliere i mezzi per la realizzazione degli obiettivi legalmente previsti, ma può scegliere liberamente fra vie da ritenersi – sul piano dell'efficienza e dell'efficacia – sostanzialmente equivalenti.

Un controllo sull'economicità del suo *agere* che era già previsto nella legge n. 241/1990.

Spasiano nota che l'amministrazione di risultato si è in fondo ridotta ad “un'aspirazione ad un'amministrazione più efficiente, capace di rispondere sul piano della effettività e della tempestività ai bisogni dei cittadini.

È evidente che in assenza di una complessiva e unitaria elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e, soprattutto, in assenza di un quadro normativo di riferimento, non si rendeva possibile addivenire alla elaborazione di un più preciso modello. Senza poi sottovalutare che il maggiore freno ad una pacata riflessione permaneva il timore che l'enfasi del risultato ponesse in pericolo il rispetto del principio di legalità”.

Il punto di equilibrio va ricercato a partire dalla necessità di evitare le confu-

¹⁷ M. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, op. e loc. cit.

sioni concettuali spingendo il giudice amministrativo ad occuparsi del merito in virtù dell'introduzione nel codice dei contratti pubblici del principio del risultato.

Conclusioni

Qui mi fermo, poiché nella vita non si può aver tutto.

Conviene – tutti – guardare con orgoglio il cammino fatto, consapevoli dei pericoli legati al cammino ancora da fare.

Siamo tutti calati in tempi difficili.

Crisi economiche, pandemie, guerre, cambiamenti climatici.

Sia il mercato che lo Stato adottano il modulo della nuova oggettività, di una sorta di luhmaniano struttural-funzionalismo nel quale declina non solo l'Occidente ma anche il Soggetto moderno.

Il suo sogno, illuministico e romantico insieme, di autodeterminazione come individuo e come essere sociale.

Sembrano contare solo le organizzazioni private pubbliche di grandi dimensioni ed il loro funzionamento oggettivo.

Perfino il profitto conta meno della mera logica di sopravvivenza delle organizzazioni.

E già si profila l'IA.

Il giudice amministrativo risente di tutto ciò.

Nel processo variamente se ne colgono i segni.

Come l'alba di un mondo nuovo, per molti versi inquietante.

Soccorre la poesia di Ghiannis Ritsos (un grande greco):

“Là dove qualcuno resiste senza speranza

è forse là che inizia

la storia umana, come la chiamiamo, e la bellezza dell'uomo”.

Merito e inesauribilità del potere pubblico: secondo grado e risultato amministrativo

Antonio Chiarella

SOMMARIO. 1. L'eclissi del merito amministrativo: premessa metodologica di una prospettiva di indagine. – 2. Il rapporto giuridico di diritto pubblico: limiti positivi e negativi. Potere pubblico ed autonomia privata. I presupposti dell'inesauribilità. – 3 L'inesauribilità del potere pubblico nel prisma nel nuovo merito amministrativo. – 4. Funzione e funzionalizzazione dell'interesse pubblico, fra giuridicità e merito. – 5. L'interesse pubblico al risultato ed il merito amministrativo: dal merito alla legittimità. – 5.1. Brevi considerazioni sul risultato in generale: implicito ed operazione amministrativa. – 5.2. L'"amministrazione di risultati" o "per risultati" ed il principio di buon andamento della P.A. – 5.3. L'opportunità dell'atto amministrativo e l'inopportunità del risultato espressione di "cattiva amministrazione". – 5.4. *Segue*. La "canonizzazione" degli interessi pubblici sostanziali e regole di merito amministrativo. La recessione del merito amministrativo. – 6. Fisionomia del potere pubblico: secondo grado e migliore perseguimento dell'interesse pubblico. – 6.1. Le matrici della ritirabilità dell'atto giuridico. Il *contrarius consensus* nel diritto civile. – 6.2. Il secondo grado nel negozio e nel provvedimento amministrativo. – 7. *Melius re perperis*: la funzionalità dei provvedimenti di secondo grado rispetto alla buona amministrazione e al principio del risultato. – 7.1. Specificità dell'atto di ritiro: l'inopportunità del provvedimento amministrativo e la sua revoca. Lo spazio dell'errore nel diritto amministrativo. – 7.2. La rivalutazione di opportunità del risultato nell'operazione amministrativa e l'eclissi del merito nella giurisprudenza amministrativa. – 7.3. L'eclissi dell'opportunità. Un nuovo merito amministrativo alla ricerca del risultato quale "causa in concreto" del provvedimento amministrativo.

1. *L'eclissi del merito amministrativo: premessa metodologica di una prospettiva di indagine*

Il potere pubblico, quale situazione giuridica soggettiva attiva per eccellenza, ha risentito delle tendenze espansive, già fortemente avvertite nei primi anni del duemila, di logiche di derivazione prettamente aziendalista e privatistica. L'avvento di fenomeni nuovi ha comportato la destrutturazione delle tradizionali logiche che conformavano l'esercizio unilaterale e imperativo del potere. La progressiva dequotazione della legalità, tradizionalmente intesa dalla dottrina amministrativistica, è stata accompagnata da nuovi tentativi di inquadramento del giudizio di conformità al diritto dell'esercizio del potere.

A questi tentativi paiono riconducibili le riflessioni dottrinali sulla nozione e la rilevanza del “risultato” nella scienza giuridica¹. L’attenzione riservata al risultato amministrativo ha reso evidente un processo di trasformazione delle caratterizzazioni tradizionali del potere pubblico con riguardo a tutti i profili che ne sovrintendono l’esercizio. L’originaria affermazione del risultato nell’ambito del sistema di responsabilità ha lasciato il passo ad una progressiva influenza dello stesso nella teoria generale del provvedimento amministrativo.

È in questa intersezione sistematica che il risultato ha sollevato maggiori e perduranti perplessità. La tipizzazione del principio del risultato, avvenuta con il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, ha riaperto in letteratura un dibattito, forse mai del tutto sopito.

Nella più generale riflessione sul “nuovo merito amministrativo” le pagine che seguono intendono concentrarsi su un fenomeno di vera e propria “eclissi” del merito amministrativo².

Il tema del merito, come autorevolmente osservato, costituisce un “nodo di teoria generale” che, come tale, “[...] non può essere colto restando sul piano dell’analisi della giurisprudenza [...]”³.

Il confine tra l’area dell’opinabilità e quella dell’opportunità ha registrato nuove ed ulteriori qualificazioni, soprattutto alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa.

Ciò induce ad una riflessione di più ampio respiro sulla natura e sui connotati tipici dei poteri di secondo grado e, precisamente, del potere di revoca, quale possibile reazione ad un vizio di opportunità del provvedimento amministrativo.

È il fluire della storia, anche quella del pensiero giuridico, a determinare mutamenti di prospettive che inducono ad un ripensamento dell’indagine scientifica nel segno della trasversalità.

Le traiettorie di indagine, per certi versi comuni tra il diritto civile ed il diritto pubblico, hanno lo scopo di vagliare le recenti prese di posizione della giurisprudenza amministrativa con riguardo all’istituto della revoca nell’ambito della teoria generale del provvedimento amministrativo⁴.

¹ Si vedano, in questo Volume, le riflessioni di G. MONTEDORO, *Il problema del merito amministrativo ed il principio di risultato emergente dal nuovo codice dei contratti pubblici*, 61 ss.

² Anche nella scienza privatistica autorevole dottrina ha fatto riferimento a quel fenomeno qualificato come “eclissi del diritto civile”. Il riferimento è a C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2012. In questo Volume si rinvia alle riflessioni di G. MONTEDORO, anche sulle concezioni “processualistiche” e dottrinali del merito amministrativo.

³ In questi termini G. MONTEDORO, *op. loc. cit.*

⁴ Si tratta di un metodo, peraltro, che rende attualità a quella prospettiva speculativa – già inaugurata da autorevole dottrina – fondata sul ripensamento opportunità di una linea così netta di demarcazione tra l’area del pubblico e quella del privato. Si veda, tra tutti, S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, il Mulino, Bologna, 1971, 9.

È necessario prendere le mosse dalla nozione di “rapporto”, quale dimensione comune del potere, sia pubblico che privato, al fine di comprenderne la sistematizzazione dei relativi limiti alla luce della “recessione” nell’area della legittimità di scelte prima tipicamente riconducibili nel merito amministrativo. Sarebbe questa, in definitiva, la conseguenza, sul piano fenomenologico, della codificazione del principio del risultato, avvenuta nel 2023. Se così è, occorre dunque interrogarsi sull’effettività di una tale considerazione, avuto riguardo sia alle esigenze di legalità – strettamente connesse al canone della predeterminazione nel rapporto con il risultato amministrativo – sia alle conseguenze, sul piano della teoria generale, destinate a mutare i connotati propri del potere di revoca. Così, a partire dagli insoddisfacenti esiti ricostruttivi derivanti dal tentativo di configurare una ragionevole eterointegrazione del parametro di legittimità ad opera del risultato amministrativo, ci si deve interrogare, a livello speculativo, sulla possibilità di configurare una nuova nozione di “merito amministrativo” alla luce del risultato dell’operazione amministrativa, quale causa “in concreto” del provvedimento amministrativo.

2. *Il rapporto giuridico di diritto pubblico: limiti positivi e negativi. Potere pubblico ed autonomia privata. I presupposti dell’inesauribilità*

Il “rapporto” configura una dimensione relazionale tra entità.

Siffatta dimensione deve essere apprezzata nel suo dipanarsi reale, per come collocata all’interno del contesto fattuale o giuridico dal quale essa origina⁵.

Si veda pure S. CASSESE, *Diritto pubblico e diritto civile: «separate but equal»*, in G. ALPA, V. ROPPO, *La vocazione civile del giurista*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 254-264.

⁵ Si pensi, a scopo esemplificativo, all’annoso tema degli interessi collettivi e degli interessi diffusi. Per un approfondimento sul tema si rinvia, senza pretesa di esaustività, alle opere di M. NIGRO, *Le due facce dell’interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 15 ss.; B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. e soc.*, 1987, 367 ss.; A. ANGIULI, *La tutela degli interessi superindividuali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. e soc.*, 1983, 337 ss.; G. SALA, *Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. I. Legittimazione e interesse al ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 123 ss. Si veda anche R. FERRARA, *Gli interessi individuali fra procedimento amministrativo e processo: problemi e orientamenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 48-71. Da ultimo, sia consentito il rinvio a A. CHIARELLA, *‘Isomorfismo’ o superindividualità degli interessi e protezione del consumatore: riflessioni su taluni aspetti di rilevanza dogmatica circa la legittimazione ad agire, ex art. 21-bis, l. n. 287/1990, dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 3, 2024, 55, in cui si è scritto che “A distanza di molti decenni dalle prime elaborazioni dottrinali ci si interroga ancora sulla valenza sostanziale, sulla portata processuale e sui contorni dogmatici, ancora per alcuni versi molto incerti, di peculiari posizioni giuridiche soggettive che nel tempo sono andate cristallizzandosi ed imponendosi all’attenzione degli interpreti. Può con una certa cautela affermarsi che questo è il campo giuridico, forse più di ogni altro, nel quale la realtà fattuale e quella giuridica si incontrano in un vorticoso rapporto di relazione, dove, in

Il rapporto confina due volontà, naturalmente o giuridicamente caratterizzate in termini di libertà. È questo il campo d'elezione della riflessione dommatica sull'"abuso" in tutte le aree della scienza giuridica⁶.

Si tratta di un'affermazione, quest'ultima, che costituisce il substrato dommatico su cui si erge l'intera speculazione del Savigny. Entro, infatti, la cornice giuridica del rapporto – afferma l'Autore – occorre individuare una "relazione tra più persone determinata da una regola di diritto"⁷.

Il rapporto, generalmente inteso, costituisce la risultante di un confronto dialettico tra posizioni, espressione di uno o più interessi.

Nei rapporti privati, la libertà è volontà autonoma, anche e soprattutto secondo il disegno pugliattiano di autonomia privata⁸. Tale libertà, per mezzo dei fatti e degli atti giuridici⁹, costituisce attuazione del principio costituzionale di utilità sociale cui il singolo, nella sua individuale caratterizzazione economica, deve contribuire a perseguire¹⁰.

sostanza, il fatto reale ed attuale si imprime forzosamente sulla realtà giuridica con lo scopo di essere da essa riconosciuta e tutelata".

⁶ Quanto ai riferimenti enciclopedici sulla nozione di "abuso" nella scienza del diritto si rinvia a U. GUALAZZINI, voce *Abuso del diritto (dir. interm.)*, in *Enc. giur.*, I, 1958, 163-166; S. ROMANO, voce *Abuso del diritto (dir. att.)*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 166-170.

Per maggiori riferimenti bibliografici sul tema si veda D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto (agg.)*, in *Enc. dir.*, II, 1998, 1-22.

Su una delle recenti applicazioni della categoria dell'abuso del diritto anche in riferimento all'istituto tedesco della *Verwirkung* si veda Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743 con nota di F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, verwirkung e divieto di abuso del diritto*, in *Eu. e dir. priv.*, 1, 2022, 204 ss.

Si badi, poi, alla recente sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato che pure ha effettuato peculiari richiami all'istituto della *Verwirkung* e all'abuso del diritto (Cons. Stato, sez. VII, 7 novembre 2022, n. 9757). Si legge: "Il Collegio, inoltre, non ignora gli approdi della giurisprudenza della Corte di cassazione che è pervenuta a significative applicazioni dell'istituto della *Verwirkung* di matrice germanica, che si colloca nell'alveo della teorica dell'abuso del diritto e che integrerebbe una rinuncia tacita all'azione ovvero una forma di decadenza dall'esercizio di un diritto soggettivo. Travalicando i limiti di un'applicazione di detto istituto circoscritta all'ambito processuale (quale consumazione dell'azione), infatti, si è giunti ad affermare, in relazione ai rapporti contrattuali di durata, che in presenza non già di una qualsivoglia inerzia nell'esercizio del diritto di credito ma di un contegno omissivo prolungato, associato ad altre circostanze da valutare in concreto, sarebbe ravvisabile un affidamento dell'altra parte nell'abbandono della relativa pretesa, idoneo, come tale, a determinare la perdita della situazione soggettiva nella misura in cui il suo esercizio si riveli un abuso".

Si veda anche N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *www.QuestioneGiustizia.it*, 2016.

⁷ SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, I, Torino, 1886, § 52, 337.

⁸ S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, 1959.

⁹ Sulla distinzione tra atti, fatti e negozi giuridici si rinvia ad una lettura di C.M. BIANCA, *Diritto civile, 1: La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 2002, 1 ss.

¹⁰ Sul punto si veda l'interessante contributo di F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *www.QuestioneGiustizia.it*, 4, 2016.

In questo nucleo trova esatto fondamento, secondo la migliore letteratura, quella peculiare forma di autonomia che è qualificata ontologicamente in termini di negozialità.

Com'è noto, il concetto giuridico di libertà ha quale corrispondente logico – prima che giuridico – il concetto di limite.

Il limite quale esemplificazione di una qualche forma di autorità – statale o privata – costituisce l'essenza negativa di un concetto puramente ed ontologicamente positivo, quale quello di libertà. Ed è, com'è noto, sul concetto di “limite” che si costruisce l'architettura essenziale del rapporto quale relazione tra posizione divergenti¹¹⁻¹².

Il contributo più autorevole alla costruzione unitaria di un concetto di “autonomia” proviene da quella letteratura che ha avuto il pregio di chiarire come sia inesatto ritenere che tale concetto debba necessariamente esprimersi quale risultante di una “potestà”, configurandosi una posizione di autonomia anche in casi in cui a tale insieme sia “estraneo ogni soggetto come tale e, quindi, ogni potestà”¹³.

Ciò, dunque, vale a confermare la circolarità di un sistema che non pare, a tutta evidenza, presentare alcune “crepature” di natura interpretativa ed ermeneutica.

L'ordinamento è, evidentemente, espressione logica di autonomia, laddove si è evidenziato che tale condizione di autonomia – secondo l'accezione più originaria – indica, sul piano soggettivo, “la potestà di darsi un ordinamento giuridico”¹⁴, e sul piano oggettivo “il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé, in contrapposto al carattere degli ordinamenti che per essi sono costituiti da altri”¹⁵.

In questo quadro si inseriscono gli strumenti che consentono l'attualizzazione del nucleo essenziale della condizione di autonomia, primo fra tutti il concetto di potere¹⁶ e, in secondo luogo, quello di volontà.

Il potere, invero, costituisce la modalità, o meglio, il mezzo con cui l'adempimento di un dovere o l'esercizio di un diritto si impongono nel mondo giuridico¹⁷.

¹¹ Sul conflitto in generale e nello specifico tra fonti giuridiche si rinvia a F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 134 ss.

¹² Si veda, su tutti, R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano, 1953, 147 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico 2*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, XV, t. 2, Utet, Torino, 1950, 215.

¹³ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, 15.

¹⁴ *Ivi*, 18.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ S. PALAZZOLO, voce *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, 1987, 307 ss.

¹⁷ Si esprime in questi termini E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1950, 88.

Occorre interrogarsi, dunque, se il potere possa ritenersi svolgimento “generico di capacità”, dunque se la volontà sia componente logica del potere, ovvero, se la volontà sia concettualmente autonoma rispetto alla componente dello stesso¹⁸⁻¹⁹.

Quanto al profilo della volontà²⁰, tale è da intendersi il substrato psicologico che giustifica l'esercizio di un potere, sia esso pubblico, sia esso privato. Non a caso, infatti, è stato autorevolmente osservato come sia la volontà, nel più complessivo contesto della teoria generale del provvedimento amministrativo, ad accomunare, sia pure sotto un profilo meramente ricostruttivo, l'atto amministrativo provvedimento e non provvedimento ed il negozio giuridico²¹.

Se non fosse che tale comunanza conosca improvvisamente una *suspensio*, sotto un profilo di natura pressoché logica, allorquando si faccia luogo alle possibili forme di divergenza tra il titolare del potere ed il soggetto giuridico che esternalizza detta volontà. Il richiamo, invero, non può che andare all'ambito sistematico costituito dal fenomeno rappresentativo che può avere, come noto, natura legale o volontaria e alle correlative problematicità della rappresentanza senza potere²².

Nel diritto amministrativo, il principio di legalità osta ad una totale rivisitazione in chiave “liberale” delle forme di divergenza tra il titolare del potere amministrativo e il soggetto chiamato ad esercitarlo in concreto²³⁻²⁴. Sebbene, in

¹⁸ E. CANNADA BARTOLI, *ult. op. cit.*, 90 ss. L'A. ritiene che perché la volontà continui a mantenere una propria autonomia concettuale è necessario che la stessa non sia concepita quale elemento costitutivo del potere giuridico. Invero, il fattore della “volontà” verrebbe in rilievo sia con riguardo al momento dell’“attribuzione del potere” che al suo “esercizio”. L'esercizio dei poteri giuridici, infatti, presuppone una capacità di agire “e questa attiene alla idoneità di intendere e volere del soggetto” cosicché, secondo l'Autore, può dirsi che la volontà “[...] è un presupposto per l'attribuzione dei poteri da parte dell'ordinamento” (E. CANNADA BARTOLI, *ult. op. cit.*, 92).

¹⁹ Sul rapporto tra capacità e potere si veda E. CANNADA BARTOLI, *ult. op. cit.*, 95. Scrive l'A. “Il potere di emanare atti giuridici non può, quindi, a parte i motivi sopra addotti, definirsi come svolgimento di capacità, giacché questa, in quanto è in atto, non può ulteriormente svolgersi. La distinzione tra capacità e potere non può essere delineata attribuendo all'una carattere astratto ed all'altro carattere concreto, perché entrambe le figure hanno ciascuna la propria concretezza. Senonché, mentre la capacità ha la concretezza di una posizione puramente recettiva, il potere ha la concretezza dell'energia”.

²⁰ Sul punto si veda M. GIORGIANNI, voce *Volontà*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 1043-1081; A. FALZEA, voce *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXV, 1975, 442-476.

²¹ In questi termini si esprime chiaramente R. ALESSI, *L'esplicazione della funzione amministrativa*, in *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, cit., 234. Sul punto si tornerà nel prosieguo dell'indagine.

²² Senza alcuna pretesa di esaustività e per ulteriori approfondimenti bibliografici sul punto si rinvia a G. STELLA, *La rappresentanza*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2022, 703-1086.

²³ G. PALEOLOGO, voce *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XXV, 1975, 135-151.

²⁴ Si veda quanto osservato autorevolmente da G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, Cedam, Padova, 1953, 46 ss.

questo ambito, siano notevoli i contributi offerti dalla teoria dell'immedesimazione organica nella costruzione di una autonoma nozione di "organo"²⁵ – pure originariamente innestata sul suddetto istituto civilistico della rappresentanza²⁶ – le tendenze attuali sembrano confermare un complessivo atteggiamento restrittivo avuto riguardo alla possibilità di ammettere tali forme di divergenza²⁷⁻²⁸. Sotto il profilo dei provvedimenti di secondo grado, su cui ampiamente si discorrerà nel prosieguo dell'indagine, le divergenze intersoggettive possono essere apprezzate avuto riguardo all'istituto della "ratifica", che pure pone connotati distintivi problematici avuto riguardo alla diversa fattispecie della convalida²⁹.

Nella trattazione della natura e caratterizzazione del potere giuridico l'A. osserva che "[...] il potere giuridico presuppone nel soggetto un minimo di qualità personali, variabili secondo la natura e l'entità della modificazione giuridica, le quali fanno sì che non qualunque soggetto, ma solo quello dotato della capacità di intendere e di volere possa essere titolare ed esercitare il potere stesso [...]" (G. MIELE, *op. cit.*, 45).

Ancora, si legge "Anche in questi casi, dove ricorrono la figura della rappresentanza, della sostituzione e del rapporto organico, il potere giuridico è sempre conferito in proprio, per atto apposito o 'ope legis', al rappresentante, al sostituto o al titolare dell'ufficio" (G. MIELE, *op. cit.*, 46).

²⁵ Si pensi all'annosa problematicità costituita dalla fattispecie del c.d. funzionario di fatto, nonché all'istituto della *prorogatio* degli organi. Sul punto si veda F. FIGORILLI, voce *Prorogatio* (*dir. amministrativo*), in *Enc. dir., Annali*, 2010, 1029-1039.

²⁶ U. NATOLI, voce *Rappresentanza* (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, 463-485

²⁷ Come noto, il fenomeno della delegazione amministrativa costituisce uno strumento di assoluta rilevanza mediante il quale un organo, detto delegante, è investito istituzionalmente in via originaria della cura di una determinata competenza e conferisce, in via unilaterale, ad un altro organo una competenza in ordine alla medesima materia.

Questa può operare sia tra organi (interorganica), che fra diverse figure soggettive di natura pubblica (intersoggettiva). La delega o delegazione amministrativa si sostanzia, in ogni caso, in un provvedimento amministrativo che deve avere necessariamente la forma scritta. Con riferimento alla delega intersoggettiva, che anteriormente alla riforma del Titolo V veniva espressamente menzionata dall'art. 118 Cost, permangono, come autorevolmente messo in evidenza, due orientamenti sulla ammissibilità di siffatto istituto. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, 399 ss. Sul punto si è registrato un importante intervento chiarificatore della Corte Costituzionale, la quale ha chiarito che, mentre nel contesto normativo anteriore alla riforma del Titolo V detta delega costituiva lo "strumento normale di esercizio delle funzioni amministrative regionali", oggi, "in linea con il principio di sussidiarietà, la valutazione di adeguatezza informa di per sé l'individuazione, ad opera del legislatore statale o regionale, dell'ente presso il quale allocare, in termini di titolarità, la competenza". Con riguardo alla delega interorganica si rinvia alle considerazioni svolte sul punto da V. LOPILATO, *op. cit.*, 402.

²⁸ Si rinvia alle autorevoli considerazioni di G. MIELE, *ult. op. cit.*, 46.

²⁹ Sul punto si veda quanto recentemente stabilito da Cons. Stato, sez. II, 22 luglio 2020, n. 4694, secondo cui "La convalida, come ribadito di recente da questo Consiglio (sez. IV, sentenza 18 maggio 2017, n. 2351), è il provvedimento con il quale la pubblica Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere di autotutela decisionale ed all'esito di un procedimento di secondo grado, interviene su un provvedimento amministrativo viziato e, come tale, annullabile, emendandolo dai vizi

Autonomia e volontà, dunque, costituiscono espressione di un medesimo nucleo originario comune costituito da una condizione di “potere”.

La condizione di autonomia sul piano prettamente amministrativo può apprezzarsi sotto molteplici profili, sebbene sia propriamente il concetto di limite, secondo la definizione già illustrata, a focalizzare il contenuto di detta autonomia. La migliore letteratura d'un tempo, infatti, nell'analizzare la posizione giuridica ed i poteri della Pubblica Amministrazione, ha fornito un contributo impareggiabile nell'individuazione dei limiti alla condizione di supremazia del potere pubblico generale³⁰.

Se è vero che ciò che connota il rapporto giuridico di diritto pubblico³¹ è propriamente l'interesse pubblico alla cui cura è istituzionalmente preposta una Pubblica Amministrazione, allora, non potrà essere revocato in dubbio che la norma attributiva del potere amministrativo scandisca in termini più o meno definiti le modalità di esercizio di detto potere³². Non è un caso, infatti, che la letteratura abbia focalizzato lo snodo principale del rapporto tra attribuzione del potere e modalità di esercizio dello stesso nel carattere più o meno “preciso” della norma attributiva. Fondamentale, in questo senso, appare l'elaborazione teorica che ha preceduto l'inquadramento della nozione di “conformità al diritto”, definita quale astratta aderenza “piena, perfetta, capillare alla norma” che presuppone, evidentemente, non già soltanto l'esistenza minima di un interesse pubblico quanto, piuttosto, la ricorrenza di un “interesse sufficiente, in concreto, a giustificare da un punto di vista pratico l'opportunità”³³.

Consustanziale a quanto sin qui osservato è la preesistenza di un “limite” al

che ne determinano l'illegittimità e, dunque, l'annullabilità. Tale atto presuppone pertanto, ai sensi dell'art. 21-nonies, l. 7 agosto 1990, n. 241, la sussistenza di ragioni di pubblico interesse e che non sia decorso un termine ragionevole dall'adozione dell'atto illegittimo. Il rapporto tra convalida e ratifica è di species a genus atteso che, come osservato in tema da questo Consiglio, “in base ai principi generali del diritto amministrativo la ratifica costituisce l'atto con il quale l'organo competente conferma l'atto adottato da altro organo della stessa Amministrazione privo della relativa competenza, sanando così questo vizio di legittimità; è una species della convalida, atteso che sono accomunati dal fatto di essere atti di “convalescenza”, con i quali l'Amministrazione pone rimedio a proprie precedenti illegittimità, sanando retroattivamente i vizi di atti già adottati, attraverso un potere di autotutela in funzione di conservazione di questi e, dunque, con finalità antitetica alla tradizionale autotutela “caducatoria”, propria dei provvedimenti di ritiro di atti viziati (annullamento d'ufficio e revoca); in sostanza l'elemento che contraddistingue la ratifica è la tipologia di vizio alla cui eliminazione è preordinato e che è dato dall'incompetenza relativa, mentre la convalida riguarda ogni altra illegittimità” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2015, n. 3340)”.

³⁰ R. ALESSI, *ult. op. cit.*, 147 ss.

³¹ Sul rapporto giuridico di diritto pubblico rimane sin d'ora imprescindibile il richiamo a M. ALLARA, *Il rapporto giuridico di diritto pubblico e cause*, Giappichelli, Torino, 1939.

³² Sul punto si veda R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990.

³³ R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1956, 46.

potere d'agire della Pubblica Amministrazione, quale elemento di diversità rispetto alla natura e caratterizzazione interna della situazione giuridica identificabile nell'autonomia privata.

La circostanza che l'*agere* pubblicistico sia istituzionalmente limitato è esigenza originaria; invero, il limite che qualifica tale agire è caratterizzato in termini di estrinsecità che presuppone, necessariamente, un "termine di raffronto" in base al quale vagliare la legittimità dell'intervento pubblico³⁴⁻³⁵.

Al contrario, il limite che connota l'autonomia privata, è di natura essenzialmente intrinseca. Il negozio giuridico, quale forma di estrinsecazione dell'autonomia negoziale, è espressione di libertà che nasce *dal di dentro*.

Condizione di libertà che, evidentemente, può spingersi fino ad una estrinsecazione pur meramente simulata, così presupponendo uno *iato* tra volontà effettiva e volontà estrinsecata³⁶, secondo il modello dell'interposizione fittizia.

Sotto altro versante, può immaginarsi una determinazione non precisa – o meglio "imprecisa" – dell'interesse pubblico.

Siffatta impostazione può costituire, a tutta evidenza, terreno fertile per l'emersione e contestuale valorizzazione del concetto di "opportunità".

È risalente, infatti, la considerazione per cui in questo spaccato la già menzionata "conformità al diritto", quale nucleo costitutivo della condizione di legittimità e legalità dell'azione amministrativa³⁷, possa essere intesa sia nel senso di "aderenza approssimativa, imperfetta alla norma", sia nel senso di "aderenza perfetta, precisa, capillare alla norma [...]" ritenendo conforme a diritto, in questo secondo senso, anche provvedimento che si muova nel solco di un interesse pubblico "in concreto sufficiente a giustificarlo"³⁸.

³⁴ R. ALESSI, *ult. op. cit.*, 46.

³⁵ Si vedano le importanti riflessioni di A. ROMANO, voce *Autonomia*, in *Dig. op. pubbl.*, 1987.

³⁶ Sul fenomeno della simulazione nel diritto privato si veda, sul piano enciclopedico, M. CASSELLA, voce *Simulazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 593-615.

³⁷ Sui concetti di legittimità e legalità e sul rapporto tra gli stessi si rinvia, senza pretesa di esaustività, agli scritti di R. ALESSI, *op. ult. cit.*, 40 ss.; G. CODACCI-PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Giuffrè, Milano, 1940; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, III serie, 1948, XXII; G. FRAGOLA, *L'invalidità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, II, 1900, 231 ss.; N. PAPPALARDO, *In tema di invalidità dell'atto amministrativo per vizi di merito*, in *Studi in onore di Santo Romano*, Cedam, Padova, 1940; C. TREVES, *La presunzione di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1936; G. ZANOBINI, *A proposito dell'errore di fatto come vizio degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1927, 528.

³⁸ R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1956, 45; sul punto si veda anche F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI, 2002, 90 ss.

L'A. mette in luce l'assenza di una diversità sostanziale ed ontologica tra i concetti di legittimità e legalità, "ove la legalità sia assunta in senso ampio e comprensivo".

Può evidenziarsi una differenza non sotto il profilo del parametro di riferimento, come pure sostenuto da autorevole dottrina (A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giu-*

Si badi all'attributo di libertà finalistica che, sotto il profilo obiettivo, può apprezzarsi con riguardo all'atto politico in senso lato³⁹. Si spazia, dunque, da un diverso e più complesso indice di caratterizzazione del grado di autonomia – nel suo riflesso negativo dato dalla vincolatività – del tipo di attività amministrativa. Non fosse che il principio di legalità, nelle duplici forme della legalità garanzia ed indirizzo – presuppone e determina la caratterizzazione intrinseca della norma attributiva del potere amministrativo. Se è vero, dunque, che un potere deve essere attribuito, questa è condizione necessaria ma non sufficiente, dovendo, altresì, individuarsi un giustificativo sostanziale di detto potere.

3. *L'inesauribilità del potere pubblico nel prisma nel nuovo merito amministrativo*

L'esauribilità, nell'accezione comune del termine, rinvia alla nozione di limite: è esauribile ciò che, a tutta evidenza, nel tempo tende al depotenziamento rispetto ad una originaria porzione di "forza".

L'interrogativo, da sempre oggetto di vivo dibattito dottrinale, è quello di capire se, in via di prima approssimazione, il concetto di esauribilità connoti tipicamente anche il potere amministrativo⁴⁰.

La risposta potrebbe essere positiva se si ritenesse di aderire alle posizioni dottrinali e giurisprudenziali per vero oggi maggioritarie.

ridici, in *Dir. amm.*, 1999, 114 ss.), quanto avuto riguardo alla "tecnica di valutazione, che può essere diretta (per la violazione di legge e l'incompetenza) e indiretta o sintomatica (per la maggior parte delle figure di eccesso di potere)" ma, prosegue l'Autore, "su questa differenza non è dato costruire due diverse nozioni (legalità e legittimità) giacché i valori di riferimento sono sempre gli stessi".

³⁹ Il carattere assolutamente fondante nella scienza del diritto amministrativo della distinzione tra atto politico e atto di alta amministrazione renderebbe assolutamente inopportuna una trattazione per brevi cenni in questa sede. Sul punto, dunque, si ritiene di rinviare, senza pretesa di esaustività, alle opere di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1984; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, I, La Litotipo, Padova, 1914, 63 ss.; U. FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1932, 62; V. FANTI, *L' "atto politico" nel governo degli enti locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 445 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss.; L. CARLASSARE, *L'atto politico tra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2016, 5554.

⁴⁰ Sulla inesauribilità del potere amministrativo si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2024, 109 dove si legge "Il potere in astratto ha il carattere dell'inesauribilità: fin tanto che resta in vigore la norma attributiva, esso si presta a essere esercitato in una serie indeterminata di situazioni concrete". Cfr. anche M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018; A. CARBONE, E. ZAMPEDITTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018; A. SCOGNAMIGLIO, A. RALLO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016; G. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2017.

Anzi, il fondamento concettuale dell'inesauribilità del potere è assunto, nel senso di "dato a priori", quale un vero e proprio connotato tipizzante l'attività amministrativa, una peculiarità dinamica che – come osservato da autorevole dottrina – "fonda e giustifica istituti ed interpretazioni di diritto positivo"⁴¹.

Viene spontaneo all'interprete interrogarsi sul ruolo che tale caratterizzazione del potere amministrativo svolga avuto riguardo ai principi del risultato e della buona amministrazione⁴²⁻⁴³.

Si tratta di un interrogativo legittimo sul quale, invero, si tenterà di fornire una risposta nelle osservazioni che seguiranno. Il lavoro, come si avrà modo di esaminare, è incentrato su questo problematico rapporto di cui, in questa sede, si intende offrire una lettura innovativa ed unitaria.

Le costruzioni dogmatiche che hanno avuto ad oggetto il principio di inesauribilità sono antiche e risalgono alle più autorevoli concettualizzazioni del potere giuridico, soprattutto nel tentativo di distinguere detto potere da differenti figure soggettive, quali il diritto soggettivo.

Non potendo in questa sede soffermarci sugli svolgimenti dottrinali in materia, risulta necessario focalizzare nitidamente alcuni profili di rilevante impatto sistematico per le questioni che, in questa sede, paiono assumere decisa rilevanza speculativa.

Il punto di massima tensione tra le ricostruzioni prospettate attiene alla originaria considerazione del potere pubblico quale diritto potestativo. Secondo il Romano, infatti, le figure del diritto e dell'interesse, pur appartenendo al *genus* dei "poteri in senso largo"⁴⁴ – costituendo "manifestazioni o esplicazioni di capacità"⁴⁵ – differiscono da esso, ciò in quanto il potere, a differenza del diritto, deve essere collocato nel luogo sistematico per eccellenza caratterizzato da una dimensione di astrattezza, non presentando, in definitiva, "oggetti singolarmente determinati". Pertanto, mentre il potere in senso stretto si esaurirebbe in una prospettiva di direzione o aspetto "generico", al contrario, il diritto soggettivo "si svolgerebbe sempre in un concreto e particolare rapporto giuridico"⁴⁶.

L'impostazione del Romano – secondo la quale il potere giuridico in senso stretto rimarrebbe estraneo rispetto alle vicende dei rapporti giuridici concreti – è stata recentemente criticata, anche sulla scia di osservazioni compiute dalla dottrina più risalente – dalla letteratura che, al contrario, ha osservato come i poteri, per loro natura, possano presupporre un ambito di elezione circostanzia-

⁴¹ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 133.

⁴² V. *infra*.

⁴³ In questo Volume si vedano le riflessioni di S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, pp. 23 ss.

⁴⁴ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 173

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ivi*, 174.

to da preesistenti relazioni giuridiche tra il titolare e colui che è destinato a subirne gli effetti⁴⁷.

In altri termini la fisionomia propria del potere giuridico sarebbe giustificata dal fatto che lo stesso viva “all’interno di un rapporto giuridico preesistente”⁴⁸.

Dunque, se è vero che in taluni casi il potere giuridico potrebbe rimanere estraneo rispetto alle vicende più propriamente riconducibili all’essenza del rapporto giuridico concreto, tale circostanza non varrebbe ad escludere prospettive nelle quali sia dato apprezzare il contrario.

Su posizioni parzialmente comuni si pone il Cannada Bartoli, che diverge nel percorso argomentativo. È la natura stessa del potere giuridico, concepita in termini “energetici”, che esclude la frammentarietà dello stesso, non già il posizionamento esterno rispetto al rapporto giuridico concreto. È propriamente la distinzione logica tra l’elemento della capacità e quello del potere a restituire un evidente connotato di differenziazione nella concezione del potere giuridico quale “concretezza dell’energia”.

Sebbene sia la capacità che il potere presentano connotato di “concretezza”, tale caratterizzazione deve, invero, essere ulteriormente qualificata in termini “recettivi” quanto alla “capacità”, ed in termini “energetici” quanto al “potere”⁴⁹. Quest’ultimo, in quanto forza energetica in sé e per sé, non subirebbe alcun effettivo condizionamento, né sul piano logico, né sul piano concreto, dalle “indefinite accidentalità del suo esercizio”⁵⁰.

Non a caso, proprio la letteratura in esame ritiene di dover fare riferimento, a proposito della caratterizzazione energetica del potere giuridico, allo “schema astratto di comportamento concreto”⁵¹.

Il potere vive in forza della sua capacità di imprimersi sulla realtà fattuale. Potremmo ritenere ragionevole affermare che l’effettività di un dato potere giuridico sia direttamente proporzionale all’effetto conformativo che da esso deriva.

⁴⁷ M. TRIMARCHI, *ult. op. cit.*, 133 ss.

⁴⁸ *Ivi*, 141. L’A. scrive “L’adozione di un provvedimento si innesta in una relazione giuridica qualificata tra l’amministrazione procedente (e le eventuali ulteriori amministrazioni coinvolte nella decisione) e i privati interessati all’esercizio del potere, la cui fonte normativa è nella disciplina generale del procedimento. Si può discutere se tale relazione presenti natura obbligatoria o meno, ma non è in dubbio che si tratti di un rapporto giuridico (e non di un mero fatto) in quanto al suo interno gli interessi del privato vengono presi in considerazione e qualificata dalla norma come facoltà dell’interesse legittimo o, secondo una diversa opinione, come autonome situazioni procedurali. In definitiva, se è vero che l’inerenza a un rapporto giuridico non è elemento costante dei poteri giuridici, si deve dire che neppure lo è l’estraneità al rapporto: posto che la fenomenologia giuridica è ricca non soltanto di poteri che generano rapporti ma anche di poteri che presuppongono rapporti e in essi si collocano” (M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 141).

⁴⁹ E. CANNADA BARTOLI, *ult. op. cit.*, 94.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ivi*, 95.

Se così è, a livello astratto, l'inesauribilità del potere è connotato fondamentale della capacità conformativa. In altri termini, la conformazione attuale di una fattispecie concreta vive per com'è fatta oggetto dell'astratto.

Siffatte considerazioni sono evidentemente connesse al carattere dinamico del potere amministrativo, in una continua relazione dialettica tra staticità della fattispecie astratta e dinamicità della dimensione concreta⁵².

Così assunta la fisionomia del potere, le vicende che ad esso attengono, a tutta evidenza, differiscono dal reale atteggiarsi degli atti che a quel potere sono riferiti⁵³. Invero, ammettere il contrario significherebbe surrettiziamente affermare che il potere costituisca la fattispecie normativa di un comportamento, cosicché "le sue vicende dovrebbero essere vicende di comportamenti concreti"⁵⁴. La conclusione logica, anche sulla base di quanto osservato da altra autorevole letteratura, è quella di qualificare in termini di complessità la natura del comportamento⁵⁵, dovendo affermare che i requisiti alla stregua dei quali valutare la legittimità di un atto non possano esaurirsi nei requisiti del potere⁵⁶. Il comportamento⁵⁷, costituente esercizio di un potere giuridico, è quello che opera nel "possibile giuridico"⁵⁸, quale essenza di una "modificazione giuridica"⁵⁹.

Da ultimo quella che è stata definita "metafora energetica" non ha perso la sua vitalità evocativa. Anzi, come messo in evidenza recentemente, nel tentativo

⁵² Fondamentali, sul punto, le osservazioni di M. CLARICH, *op. cit.*, 110.

⁵³ Si tratta delle conclusioni cui giunge E. CANNADA BARTOLI, *op. cit.*, 95.

⁵⁴ *Ivi*, 96. La circostanza è esclusa dall'A. Si legge: "La conseguenza cui questa perviene è, in ultima analisi la seguente: che una medesima entità dovrebbe chiamarsi 'potere', se considerata dal profilo di valutazione normativa e 'comportamento' ad es. negoziale, se riguardata sotto l'aspetto della concreta vita giuridica. Questa tesi non può essere condivisa anche per motivi diversi da quelli sinora adottati. Possono, infatti, individuarsi comportamenti concreti non collegati ad alcun potere, come sarebbero, secondo la dottrina di cui si tratta, quelli riferibili all'esercizio di una facoltà o, per addurre un esempio che non sia adito a discussione, quelli penalmente rilevanti. Il che vuol dire che la nozione di comportamenti giuridico è essenzialmente più ampia di quella di potere e che, quindi, un particolare tipo di comportamento – quello che si pone come espressione della volontà di un precetto – non può essere totalmente individuato soltanto mediante il riferimento al potere" (E. CANNADA BARTOLI, *op. cit.*, 96).

⁵⁵ Sul comportamento si veda l'autorevole riflessione di G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, Cedam, Padova, 1953, 120 ss.

⁵⁶ E. CANNADA BARTOLI, *op. cit.*, 98.

⁵⁷ Su alcuni specifici profili della rilevanza del comportamento nel diritto civile si veda il recente contributo di E. SCODITTI, *Il contratto come comportamento: la responsabilità per i danni da clausola abusiva e la Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 2023, 9, 395-400.

⁵⁸ La definizione è da ricondurre all'elaborazione dottrinale di G. MIELE, *ult. op. cit.*, 126.

⁵⁹ "Giova ripetere, con le stesse parole adoperate altrove, che per modificazione giuridica deve intendersi non quella consistente nella nascita, modificazione, estinzione di un rapporto giuridico, ma in genere ogni particolare effetto che si produca come conseguenza dell'esercizio del potere e prima di esso non esistente" (G. MIELE, *op. cit.*, 126).

di neutralizzare il potere pubblico, autorevole dottrina ha ripreso siffatta costruzione teorica, già elaborata dalla dottrina letteraria d'un tempo, costituita dalla c.d. "operazione amministrativa"⁶⁰, quale energia diretta al raggiungimento di un risultato"⁶¹.

4. Funzione e funzionalizzazione dell'interesse pubblico, fra giuridicità e merito

L'attività negoziale è libera nel fine, con i limiti positivi e negativi che conformano l'autonomia negoziale⁶².

L'attività amministrativa è funzionalizzata al soddisfacimento di un interesse pubblico e ciò giustifica l'istituzionalizzazione della cura del medesimo in capo a soggetti pubblici⁶³.

L'interesse pubblico giustifica l'esercizio del potere giuridico e ne conforma la sua attualizzazione in conformità al principio di legalità-indirizzo⁶⁴.

L'interesse è pubblico quando persegue fini determinati dalla legge⁶⁵.

⁶⁰La costruzione della nozione di "operazione amministrativa" ha origini dottrinali. Cfr. D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2005, nonché a F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI, 2002, 84; I due Autori, come osservato in dottrina, ricorrono a siffatta costruzione dottrinale per indicare l'operatività di plurimi centri istituzionali al fine di raggiungere un risultato concreto. Il campo d'elezione, tra l'altro, sarebbe quello costituito dall'istituto della conferenza di servizi: S. CIVITARESE MATTEUCI, voce *Conferenza di servizi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, 2008, in nota 28.

La giurisprudenza amministrativa, come si avrà modo di esaminare oltre, ha recentemente ripreso tale costruzione dottrinale nell'ambito della valorizzazione del principio del risultato.

⁶¹F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 261 ss.

⁶²Sulla ricostruzione dei limiti positivi e negativi all'autonomia negoziale ed il ruolo del requisito della "meritevolezza" del contratto si veda, recentemente, l'opera di F. PIRAINO, voce *Meritevolezza*, in *Enc. dir.*, *Tematici*, I, 2021, 160 ss.

⁶³F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 123 ss.

⁶⁴Per una ricostruzione recente delle varie articolazioni del principio di legalità si veda V. LO-PILATO, *op. cit.*, 6.

⁶⁵Sulla distinzione tra interesse pubblico ed interesse generale si rinvia alle riflessioni che hanno ad oggetto l'ambito del principio di sussidiarietà orizzontale, la c.d. "amminisrazione condivisa" ed il problematico rapporto con l'esercizio privato di pubbliche funzioni (*munus*).

Senza pretesa di esaustività si vedano le opere di A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 51 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002; G. SERENO, *Declinazioni del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, 503 ss.; L. GORI, *Un nuovo contributo giurisprudenziale sulla portata del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, u.c. Cost.*, in *Giur. cost.*, 2, 2021, 703-711; A. D'ATENA, *Sussidiarietà e proporzionalità nelle dinamiche multilivello e nelle re-*

L'attività amministrativa costituisce, pertanto, una forma di attività a carattere "ideologico"⁶⁶; la stessa, infatti, è oggetto di specifiche delimitazioni, di ordine formale e materiale, da parte della norma attributiva del potere amministrativo che giustifica, evidentemente, in concreto l'uso di siffatta potestà di azione⁶⁷.

Siffatta architettura giustifica la qualificazione dell'esercizio di un potere in termini di "conformità al diritto", come già precisato antecedentemente.

In questa dimensione, pertanto, la reazione contro l'attività amministrativa non può prescindere dal vaglio di conformità dell'attività per come diretta al soddisfacimento di un interesse pubblico concreto.

Si è osservato come la concretezza di tale interesse pubblico valga a segnare una profonda linea di divergenza rispetto alla teoria generale elaborata avuto riguardo al negozio di diritto privato. In questo senso – si è detto – la mancanza di giustificazione di un interesse pubblico concreto costituisce un concetto ben più ampio rispetto al "concetto eminentemente privatistico di mancanza di causa"⁶⁸⁻⁶⁹.

È appena il caso di osservare, però, che si siffatte conclusioni necessitano di essere calibrate soprattutto alla luce dei riposizionamenti interpretati dell'elemento causale nell'ambito dell'autonomia privata e, dunque, alla luce della causa quale funzione "economico individuale" dell'atto di autonomia negoziale.

È in questo senso che assume pregevolezza dommatica la ricostruzione della causa dell'atto amministrativo⁷⁰.

Sull'assunto per cui non sarebbe propriamente corretto ricondurre la specu-

lazioni pubblico-privato, in *Rass. parl.*, 1, 2021, 41-62; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.* 2020, 1, 3-34.

Per una ricostruzione manualistica V. LOPILATO, *op. cit.*, 426 ss.

⁶⁶ La definizione è da attribuire a R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, cit., 218.

⁶⁷ Si veda sul punto R. ALESSI, *ult. op. cit.*, 225.

⁶⁸ *Ivi*, 226.

⁶⁹ Si veda R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Giuffrè, Milano, 1934. L'A. definisce la causa del negozio in diritto privato come il "rapporto sociale che intercorre tra due soggetti e giustifica di fronte all'ordinamento giuridico uno spostamento patrimoniale volontariamente posto in essere tra essi mediante il negozio stesso" (R. ALESSI, *ult. op. cit.*, 52). Cfr. anche E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II ed., Athenaeum, Roma, 1920, 156 ss.

La causa viene definita dall'Autore quale "intento ulteriore, che si propone chi emana l'atto"; prosegue, affermando che "La causa dell'atto è costituita dall'esistenza, nel caso in cui l'atto viene emanato, di un interesse pubblico della specie di quello per cui la norma giuridica permette ed impone la emanazione d quel dato tipo di atti".

⁷⁰ P. BODDA, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, in *Foro it.*, 1933; U. FORTI, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1933; A. DE VALLES, *La validità dell'atto amministrativo*, Cedam, Padova, 1917, 151 ss.; S. TRENTIN, *L'atto amministrativo. Contributi allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Athenaeum, Roma, 1915, 61 ss.; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, ora in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1972, 471 ss.

lazione giuridica sviluppata attorno al concetto di causa del negozio giuridico, la letteratura più autorevole ha ritenuto opportuno individuare ad ogni modo una "causa" propriamente intesa dell'atto amministrativo quale concetto-limite della potestà della Pubblica Amministrazione.

Si tratta di un concetto, quello della causa dell'atto amministrativo (più propriamente del provvedimento) che pare aver assunto un ruolo centrale in recenti sentenze del giudice amministrativo.

Il limite è costituito dall'interesse pubblico: l'effetto giuridico è confinato nel raggio d'azione dell'interesse pubblico.

Invero, il complesso concetto di "validità" dell'atto giuridico, oltre che essere condizionato da requisiti di validità precisamente individuati dalla migliore letteratura, abbisogna evidentemente di un requisito ulteriore di legittimità da riscontrarsi propriamente nella circostanza che la potestà della Pubblica Amministrazione sia evidentemente contornata dal limite istituzionale, implicito o esplicito⁷¹, concesso ad essa di modificare, costituire o estinguere rapporti giuridici.

Tale condizione è stata qualificata in termini di "legittimità sostanziale"⁷².

Possono condividersi, dunque, le affermazioni di chi ha osservato che l'essenzialità della funzione⁷³ è costituita dalla predeterminazione dell'interesse. Detta predeterminazione avrebbe la finalità di evitare indebite e surrettizie torsioni della funzione amministrativa la quale, per l'appunto, mancherebbe del suo carattere intrinsecamente funzionalizzato all'interesse pubblico primario.

In questo senso appaiono fondamentali quelle ricostruzioni che, nel tentativo di segnare un punto di riflessione nella ricostruzione dogmatica del merito amministrativo, hanno così giustificato quei tentativi, operati dalla dottrina d'un tempo, di confinare nei confini della legalità scelte gemmate originariamente nell'area dell'opportunità, dunque del merito amministrativo⁷⁴.

E così, dunque, che si apprezza quella connessione stretta, rilevata da una parte della dottrina, tra la rilevanza giuridica del merito amministrativo in rapporto alla funzionalizzazione, quale "rilevanza giuridica di attività" in grado di attribuire senso giuridico ad un processo decisionale globale ed autonomo⁷⁵.

L'interesse pubblico di cui si discorre, oltre a fondare un giudizio di "conformità al diritto", deve presentare i connotati dell'attualità.

In definitiva, la giuridicità del potere mediante i connotati proprio dell'agire

⁷¹ Si veda E. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1914, 435 ss.; E. PRE-SUTTI, *ult. op. cit.*, 156 ss.

⁷² In questi termini R. ALESSI, *ult. op. cit.*, 68.

⁷³ Sul concetto di funzione di veda F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1969; M.A. CARNEVALE-VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Cedam, Padova, 1969; F. MODUGNO, voce *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 301, ss.

⁷⁴ G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, 130.

⁷⁵ Si vedano le importanti considerazioni di G. CORAGGIO, *ult. op. cit.*, 133.

amministrativo – sia in termini di imperatività che di consensualità – che consente di produrre una qualche modificazione del mondo giuridico è giustificata, dunque “conforme”, solo e soltanto se la stessa sia in grado di soddisfare un interesse pubblico che, prendendo a prestito le categorie processuali, dovrà qualificarsi in termini di attualità e concretezza.

L’attualità e concretezza, dunque, costituiscono requisiti minimi del “fare” giuridico.

Così delineata la struttura è evidente come l’inesauribilità del potere trovi argine nei suddetti limiti, a meno di ritenere che i due termini di relazione non costituiscano requisiti impliciti dello stesso, senza i quali un potere, come tale, non sia neppure immaginabile: si farebbe luogo, in definitiva, ad un mero comportamento materiale⁷⁶.

5. *L’interesse pubblico al risultato ed il merito amministrativo: dal merito alla legittimità*

5.1. *Brevi considerazioni sul risultato in generale: implicito ed operazione amministrativa*

Il risultato, nella scienza amministrativa, è consustanziale all’essenza propria del rapporto giuridico di diritto pubblico⁷⁷.

⁷⁶ L’eterogeneità delle forme di responsabilità della Pubblica Amministrazione costituisce un risvolto del principio di pluralità delle attività (sul punto vedi V. LOPILATO, *op. cit.*, *passim*).

Nello specifico, la responsabilità da mero comportamento, come autorevolmente osservato in dottrina, “*deriva dal compimento di attività che non implicano né l’inadempimento di puntuali obbligazioni stricto sensu contrattuali né l’esercizio di poteri amministrativi. Si tratta, in concreto, dei danni derivanti da attività materiali, come quelli conseguenti a incidenti stradali causati da automezzi pubblici, ovvero da omessa manutenzione stradale*”.

Una delle problematiche fattispecie di responsabilità da mero comportamento è costituita dalla c.d. “*occupazione usurpativa*” (da distinguersi rispetto alle ipotesi di occupazione c.d. “*acquisitiva*”). Si tratta, in via di prima approssimazione, dei casi in cui la Pubblica Amministrazione occupi un terreno o un immobile di proprietà di un terzo, senza una precedente dichiarazione di pubblica utilità o nullità della medesima. In casi come quello appena citato il comportamento non sarebbe espressione di un potere; dunque, la giurisdizione sarebbe da ricondurre al giudice ordinario. La Pubblica Amministrazione agirebbe in assenza di una potestà ablativa (sul punto si veda Cons. Stato, sez. II, 9 novembre 2020, n. 6863).

Senza pretesa di esaustività sul punto si rinvia ai seguenti contributi: L. TARANTINO, *Occupazione appropriativa*, in *Urb. e app.*, 1, 2019, 137-144; R. PARDOLESI, *L’acquisizione “sanante” tra principio di legalità e nuove frontiere della responsabilità: gli spunti provenienti dall’UE*, in *GiustAmm.it*, 9, 2014; C. BENETAZZO, *Occupazione “espropriativa”, acquisizione “amministrativa” e usucapione come rimedio “alternativo” all’applicazione dell’art. 42-bis del d.P.R. n. 327 del 2001: ambito e limiti dei poteri cognitori del giudice amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 1, 2014, 29-70.

⁷⁷ Rispetto alla preesistenza della rilevanza del risultato si veda E. GUARNIERI, *Il principio di ri-*

Più esattamente, astrarre la nozione di risultato rispetto alle problematiche evidenziate dalla dottrina può aiutare ad evidenziare due ambiti di rilevanza sistemica nei quali il risultato, evidentemente, ha un ruolo di primaria rilevanza.

Quanto al rapporto giuridico di diritto pubblico, il risultato costituisce l'essenza stessa della finalità pretensiva o oppositiva del privato rispetto all'esercizio del potere amministrativo.

In questo senso, infatti, la dinamicità del rapporto evidenzia una tensione tra l'aspirazione al mantenimento o all'ottenimento del bene della vita – mediante l'esercizio dei poteri procedimentali e processuali che gli sono propri – e l'esercizio del potere amministrativo⁷⁸.

Quanto al principio di legalità nella sua complessa teorizzazione e al contenuto della norma attributiva del potere, il risultato pone maggiori profili di complessità sistemica⁷⁹.

Oggi, autorevolmente si è affermato come non sia possibile collocare il risultato al di fuori del nucleo della legalità⁸⁰; ciò sull'assunto per cui risulterebbero del tutto insufficienti rispetto alla complessità dell'"attuale giuridico" le teorizzazioni che, in adesione ad una concezione puramente formalistica della legalità, tendevano ad estromettere dalle valutazioni di legalità aspetti di rilevanza prettamente sostanzialistica⁸¹.

sultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 834.

Si è osservato che "Il principio di risultato è quindi connaturato alla matrice stessa dell'appalto pubblico e, vi è da aggiungere, la complessità ne è divenuta parte integrante: come noto, l'appalto pubblico è stato via via funzionalizzato ad una tale molteplicità di interessi pubblici che il risultato non è più stato risolto nella soddisfazione di un solo ed unico interesse primario. A corredo dell'interesse primario si sono così integrati interessi (secondo per l'ente, ma altrettanto primari per lo strumento negoziale adoperato) che, compendiandosi nell'interesse pubblico concreto, hanno unitariamente delineato scenari inediti di produzione di valore aggiunto sotto i profili ambientali e sociali: l'appalto è divenuto anche strumento di stabilità occupazione (clausole sociali), di sostenibilità ambientale (criteri ambientali minimi) e di inclusione e democrazia, come dimostrato dal fatto che anche nel momento di massima sollecitudine il legislatore ha comunque previsto clausole a favore dell'inclusione dei giovani e della promozione della parità di genere nel settore delle commesse pubbliche (art. 47, d.l. 77/2021)". Sul tema delle clausole generali, in questo Volume, S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, 23 ss.

⁷⁸ Sulla dinamicità del rapporto giuridico di diritto pubblico si veda V. LOPILATO, *op. cit.*, 7 ss.

⁷⁹ Sul punto si veda la ricostruzione operata da M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003. Sull'importanza degli studi in tema di principio del risultato compiuti da M.R. SPASIANO si vedano, in questo Volume, le riflessioni di G. MONTEDORO, *Il problema del merito amministrativo ed il principio di risultato emergente dal nuovo codice dei contratti pubblici*.

⁸⁰ In questi termini di veda M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 9, 2024, p.211.

⁸¹ Si veda V. BRIGANTE, *Garanzie della forma e pubblica amministrazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022. In particolare, si vedano le riflessioni dell'A. avuto riguardo al ruolo del risultato

Soccorre, sul punto, qualche riflessione di sistema.

Si pensi al diritto privato e alla rilevanza della previsione, in materia di sanzioni all'atto di autonomia negoziale, contemplata dall'art. 1419 c.c.

Com'è stato osservato⁸², sembrerebbe che la disposizione sia caratterizzata da un approccio evidentemente di natura soggettivistica che mal si concilierebbe con l'ispirazione oggettivistica del negozio giuridico. Appare preferibile a tal scopo, a parere della letteratura *de qua*, rifarsi al complessivo assetto degli interessi predisposti dalle parti e al loro comportamento complessivo: "non avrebbe senso pratico impedire la realizzazione degli interessi caratterizzanti lo schema per vizi riferibili esclusivamente a clausole o parti accessorie".

Prevalenza del risultato sulla forma, dunque.

Ancora, si pensi all'istituto della ratifica⁸³, nell'ambito sistematico della rappresentanza, sulla cui natura giuridica, tanto ed autorevolmente, si è dibattuto⁸⁴, pur non dubitandosi della sua consistenza giuridica quale manifestazione di una "volontà confermatrice di una dichiarazione" (pur intendendo in questi termini genericamente la ratifica prima della codificazione in vigore)⁸⁵.

Quanto mai, con riferimento all'istituto della ratifica è dato apprezzare la trasversalità del "risultato" nella sua portata concettuale generalmente intesa. La dottrina prevalente, oggi, ritiene che la convalida si sostanzi in un negozio di secondo grado, dotato di autonomia, che ha la funzione di confermare l'interesse al permanere degli effetti di una vicenda formatasi in maniera irregolare.

Si pensi, da ultimo, all'istituto della gestione di affari altrui non rappresentativa⁸⁶ e alla ratifica del dominus.

amministrativo in rapporto al principio di legalità, nel tentativo di considerare il risultato quale "nucleo normativo di un obiettivo necessario" (V. BRIGANTE, *op. cit.*, 132 ss.).

⁸² R. TOMMASINI, voce *Nullità* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, 903.

⁸³ Sull'istituto della ratifica si vedano le opere di L. BARASSI, *Teoria della ratifica del contratto annullabile*, Hoepli, Milano, 1898; BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, Editore Pasqualucci, Roma, 1889; BRUGI, *Ratifica degli atti annullabili e rappresentanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1905, 78 ss.; F. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Editoriale scientifica, Napoli, 1964, 209 ss.; G. MIRABELLI, voce *Ratifica* (Diritto civile), in *Noviss. Dig. it.*, XIV, 1967, 879 ss.

Sulla differenza tra le varie accezioni di ratifica si veda lo studio di G. COMINELLI, voce *Ratifica*, in *Dig. it.*, XX, pt. I, 1915, 1911-1915.

⁸⁴ Varie sono state le ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto: Rinunzia all'azione con effetti estintivo del diritto potestativo di annullamento; rimozione di un vizio; negozio integrativo del negozio oggetto di convalida, quale fattispecie a formazione progressiva.

⁸⁵ Sul punto si rinvia a L. BRUSCUGLIA, A. GIUSTI, voce *Ratifica* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987.

⁸⁶ "L'espressione «gestione di affari altrui» è sovente adoperata nella scienza giuridica per designare tutta una serie di fenomeni originati da cause diverse, ma legati da un elemento comune, costituito dal fatto che un soggetto gerisca un affare di pertinenza di una sfera giuridica aliena: essa risulta quindi comprensiva, tanto delle ipotesi in cui l'attività gestoria sia posta in essere per spontanea e libera iniziativa del gestore, quanto delle ipotesi in cui la medesima attività sia posta in essere in

Nell'ambito del diritto amministrativo valga il riferimento alla disciplina dei vizi non invalidanti, disciplinati dall'art. 21-octies della legge n. 241/1990⁸⁷. La norma, come ricordato da una parte della dottrina, è fondata sul dogma della c.d. "decisione-risultato"⁸⁸. La natura giuridica del vizio formale non invalidante ha sempre dato adito a plurime ed eterogenee ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali⁸⁹. Nello specifico, proprio una parte della letteratura ha ritenuto che la non annullabilità del provvedimento amministrativo sarebbe giustificata dal raggiungimento dello scopo individuato dalla norma attributiva del potere amministrativo⁹⁰. Si è osservato, invero, come la norma "non prescriva alcuna verifica in ordine al concreto raggiungimento dello scopo perseguito dalla singola norma violata"⁹¹, in quanto, s'è detto, che "lo scopo che impedisce l'annullamento dell'atto è quello, più ampio, costituito dal 'risultato' del procedimento"⁹².

adempimento di un obbligo legale o convenzionale. Accanto però a questo ampio significato, la suddetta espressione ne assume uno più ristretto, essendo essa tecnicamente adoperata dalla scienza giuridica e dalla legge per designare soltanto l'istituto regolato dal codice civile agli art. 2028 ss., nell'ambito del quale vanno sussunte le ipotesi specifiche caratterizzate dall'essere la gestione il risultato della spontanea iniziativa del gestore" secondo la definizione datane da S. FERRARI, voce *Gestione di affari altrui* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 644.

⁸⁷ Sul punto si vedano le riflessioni critiche di D.-U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 3, 2010, 601-638. L'A. pone in evidenza le critiche nel tempo mosse alla disposizione di cui all'art. 21-octies, comma 2, soprattutto avuto riguardo all'impatto che la norma ha avuto riguardo alle garanzie partecipative procedurali previste dalla legge n. 241/1990.

Si è scritto "*Il Leitmotiv di queste critiche consiste, tuttora, nel porre l'accento su quanto l'art. 21 octies della l. n. 241/1990 rappresenti un passo pericoloso, da parte del nostro legislatore, nella direzione di un progressivo svuotamento dall'interno delle garanzie procedurali riconosciute al privato dalla legge sul procedimento amministrativo*". Nello specifico, l'A. fa riferimento al dogma della c.d. "decisione-risultato" nel senso di una "necessità di tutelare a tutti i costi questo risultato" (D.-U. GALETTA, *op. cit.*, 605).

Al centro del dibattito, dunque, emerge l'evoluzione nella considerazione e nella tutela delle garanzie partecipative ciò in quanto, si è osservato, "[...] quello che è avvenuto con la novella normativa del 2005, è uno spostamento del focus dalla funzione alla decisione; mentre, cioè, la l. n. 241/1990 aveva spostato l'attenzione del provvedimento al procedimento, e cioè dal provvedimento alla funzione, la l. n. 15/2005, con l'art. 21 octies – soprattutto se letto alla luce di talune sue applicazioni giurisprudenziali – dà chiaramente le misure di come, con essa, si sia ritornati indietro. Se quel che conta è, infatti, il provvedimento inteso come risultato, allora il procedimento inteso come espressione della 'funzione amministrativa' perde totalmente rilievo. L'utilità del procedimento è collegata soltanto al risultato e non al miglior esercizio della funzione" (D.-U. GALETTA, *op. cit.*, 606).

⁸⁸ Si veda E.M. MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2008, 961 ss.

⁸⁹ Per una accurata ricostruzione delle varie ricostruzioni sul punto si veda V. LOPILATO, *op. cit.*, 878-882.

⁹⁰ G. GRASSO, *Spunti di riflessione sull'art. 21 octies, comma 2, legge n. 241/1990*, in *www.lexitalia*, 2005.

⁹¹ V. LOPILATO, *op. cit.*, 879.

⁹² *Ibidem*.

Oggi, il principio in analisi ha assunto connotati di positività.

Il Legislatore del 2023 ha inserito il principio del risultato tra i principi generali del nuovo codice degli appalti pubblici⁹³.

L'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, cit. così recita *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”*.

L'art. 4 del decreto stabilisce che *“Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”*.

Come osservato, il Legislatore del Codice ha delineato una chiara prospettiva: ha, cioè, inteso costituire un rapporto di gerarchia tra i diversi principi codificati, riconoscendo a quelli appena citati un carattere *“ampiamente orientante e nomofilattico”*⁹⁴.

Il merito del Codice del 2023, dunque, è quello di aver fornito nuova linfa al risultato nell'attività decisoria della Pubblica Amministrazione tanto che, com'è stato affermato, il dibattito sulla c.d. amministrazione di risultato era apparsa ormai *“dequotata”*, nonché, *“scomparsa dall'orizzonte del dibattito scientifico, sovrappiatta [...]”*⁹⁵: la riforma, quindi, ha rappresentato un *“potenziale punto di svolta”*⁹⁶.

La formulazione dell'art. 4 conferma le intuizioni della letteratura che, già in passato, aveva individuato in termini piuttosto chiari il rapporto tra legalità e risultato. Ancora di recente, infatti, si è osservato come il principio del risultato costituisca *“parametro per la verifica di legittimità dell'operato dell'amministrazione”*⁹⁷.

⁹³ Sul punto si veda M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, 49-78; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur. it.*, 9-10, 2023, 1950-1960; S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa, ambiguità della “lex specialis” di gara ed interpretazione logico-sistematica*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2024, 669 ss.

Sulla valenza totalizzante del principio del risultato si è scritto che: *“Un principio costituzionale di formulazione ottocentesca, ma con radici di lunga durata, e una tiritera che è entrata a far parte del diritto amministrativo italiano degli anni '90 su suggestioni – raramente ammesse – del New Public Management e che si riassume nella formula eufonica dell'amministrazione di risultato”. Aggiungere, come fa la seconda parte del 3° comma dell'art.1, che il principio del risultato “è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea”, non aggiunge nulla. L'ultima parte, anche senza volersi domandare quali siano questi obiettivi, suona un po' excusatio non petita”* (R. CARANTA, *ult. op. cit.*, 1952).

⁹⁴ M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, cit., 219.

⁹⁵ M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, cit., 4846 ss.

⁹⁶ E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 831.

⁹⁷ M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, cit., 221.

Colgono nel segno, dunque, le riflessioni di quella parte della letteratura che ha ritenuto necessario, al fine di riconoscere uno spazio di autonomia dogmatica al risultato, configurare lo stesso quale “conseguimento dell’obiettivo prefigurato dalla legge o dalla stessa amministrazione, rispetto a una tipologia particolare di attività amministrativa”⁹⁸⁻⁹⁹.

5.2. L’*“amministrazione di risultati”* o *“per risultati”* ed il principio di buon andamento della P.A.

I profondi mutamenti sociali che hanno riguardato il modo di intendere il ruolo della Pubblica Amministrazione hanno investito profondamente anche il rapporto giuridico di diritto pubblico, rideterminandone le coordinate fondamentali¹⁰⁰. È così, infatti, che l’attività amministrativa, oltre che rispondere ai tradizionali canoni di valutazione, è soggetta ad un diverso e più sostanziale vaglio di conformità rispetto al “risultato”, quale momento di valutazione che “presuppone la preventiva determinazione degli obiettivi e la previsione dei mezzi per raggiungerli”¹⁰¹.

Non a caso è stato autorevolmente osservato come, rispetto alla legittimità tradizionalmente intesa, sia dato apprezzare un rapporto di complementarità¹⁰².

È proprio avuto riguardo alla legalità che la dottrina – che più di tutte ha dedicato numerosi ed autorevoli al tema del risultato nell’attività amministrativa – ha evidenziato come l’amministrazione di risultato¹⁰³ tenda a determinare una

⁹⁸ In questi termini S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in AA.VV., *Scritti in onore di F. Salvia*, a cura di G. CORSO, M. IMMORDINO, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, 410 ss.

⁹⁹ Sul significato del principio del risultato nell’esecuzione del contratto pubblico si veda S. PERONGINI, *ult. op. cit.*, secondo cui “il risultato dell’esecuzione del contratto significa che il legislatore individua il risultato nella realizzazione dell’opera pubblica, nell’espletamento del servizio o nel conseguimento della fornitura. In altri termini, il ‘risultato della esecuzione del contratto’ – secondo l’impianto dello schema definitivo – altro non è che l’interesse pubblico alla realizzazione dell’opera pubblica, all’espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura”.

¹⁰⁰ Sul punto sia consentito il rinvio a A. CHIARELLA, *‘Isomorfismo’ o superindividualità degli interessi e protezione del consumatore: riflessioni su taluni aspetti di rilevanza dogmatica circa la legittimazione ad agire, ex art. 21-bis, l. n. 287/1990, dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit.

¹⁰¹ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 100.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Sul concetto di “amministrazione di risultato” si veda l’autorevole opinione espressa da L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l’arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2005, 10-11 dove osserva come “ [...] il modello giuridico di amministrazione che la dottrina ha denominato di risultato, di risultati, per risultati appare contraddistinto dal dovere di conseguire – celermente, con uso diligente e accurato delle risorse, con piena conoscenza dei fatti e

trasformazione della legalità “nel rispetto di principi piuttosto che di prescrizioni”¹⁰⁴ e, contestualmente, “ad assumere parametri di tipo informale e sostanziale se non proprio economico-aziendale”¹⁰⁵. Detta trasformazione, invero, reca in sé un “dilemma”, così qualificato in forza degli importanti riposizionamenti nel modo di intendere, tra l’altro, il rapporto tra amministrazione pubblica ed amministratori¹⁰⁶.

L’amministrazione di risultati, in definitiva, prospetterebbe un quadro di profonda crisi della legalità concepita secondo le categorie dommatiche tradizionali¹⁰⁷.

Peraltro, si è detto ancora come la crisi della legalità abbia dato adito ad una sostanziale “pervasività della tecnica”, ciò nel senso che gli spazi lasciati liberi dalla legalità non sono neppure stati soppiantati dalla politica ma, al contrario, dall’“espansione di nuove ‘sedi tecniche’ nelle quali sono prese le decisioni”¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

Il complesso rapporto tra legalità ed efficientismo, peraltro, era stato già colto agli albori del duemila quando la migliore dottrina, alla luce delle riforme volte ad introdurre istituti legati all’efficienza e alla efficacia dell’attività ammini-

del contesto e con trasparenza – risultati concreti tecnicamente validi, corrispondenti ai fini determinati dalla legge e agli obiettivi definiti dagli organi di governo della stessa Amministrazione, non ingiustamente pregiudizievoli ed anzi massimamente soddisfattivi sia dei diritti e delle libertà delle persone, delle formazioni sociali e delle comunità amministrate – con la loro partecipazione e il loro consenso e in una dimensione sussidiaria – della stessa Amministrazione; sia dell’interesse pubblico primario allo sviluppo ed in particolare allo sviluppo economico, che Stato, Regioni, Province, Comuni e altri enti locali ed altri soggetti ad essi collegati, coordinandosi e cooperando tra loro e con i privati (e trasformandosi in fattori di sviluppo in promotori dei propri territori (48) e ni interlocutori diretti dei mercati sono chiamati ad assicurare, nel rispetto delle esigenze della salute, della sanità, della sicurezza pubblica, della tutela dell’ambiente e dei diritti fondamentali”.

¹⁰⁴ L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 2000, 37.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*. L’A. descrive i termini di questo dilemma: “ridimensionamento della legge e sua rilevanza nei limiti del risultato – ossequi alla legge in tutte le sue componenti e rilevanza del risultato nei limiti dell’osservanza della legge, con possibile strumentalizzazione (e comunque con possibile sacrificio) della legge rispetto al risultato, nel primo caso, e del risultato rispetto alla legge, nel secondo”.

¹⁰⁷ Sulla crisi della legalità si veda l’opera di F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova, 1969.

Si vedano poi le opere di G. BERTI, *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 275 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 74 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Editoriale scientifica, Napoli, 1997, 106 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001, 162 ss.

¹⁰⁸ Sul punto, con riguardo ai rapporti tra politica, diritto e scienza durante l’emergenza pandemica, S. FOÀ, A. CAMAIANI (a cura di), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, Giappichelli, Torino, 2022, *passim*.

¹⁰⁹ È quanto osservato da F. CINTOLI, voce *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, II-2, 2008, 483.

strativa, sottolineava, ad ogni modo, l'impossibilità di concepire la Pubblica Amministrazione quale organizzazione responsabilizzata soltanto sui risultati ottenuti¹¹⁰. Occorre comprendere, in definitiva, se e in che modo il "condizionamento normativo" costituito dal principio di legalità possa essere rideterminato in conformità al principio del risultato, di cui il principio del buon andamento costituisce espressione più evidente¹¹¹.

Pare trattarsi di non di un problema di "imposizione", quanto di "contemperamento"¹¹².

La questione pone indubbi profili di relazionalità anche avuto riguardo alla tutela dei diritti fondamentali¹¹³.

È allora evidente che in un quadro di complessivo riposizionamento nel modo di concepire l'organizzazione amministrativa, strettamente intesa, è di facile intuizione che l'efficientamento dei rapporti amministrativi passa attraverso una sostanziale massimizzazione del risultato.

Se questo è, dunque, uno dei capisaldi su cui si è tentato, e si tenta, di costruire un nuovo modello di Pubblica Amministrazione, è pur vero che vi sono altri e più "autentici" modelli di ispirazione ideologica rispetto ai quali l'efficientismo, più che rievocare concezioni imprenditoriali dei rapporti amministrativi, si caratterizza per fornire un notevole contributo alla costruzione della nozione di "buona amministrazione"¹¹⁴.

Il principio del risultato è espressione del buon andamento della Pubblica Amministrazione, quale principio di rilevanza costituzionale¹¹⁵.

¹¹⁰ Il merito dell'affermazione è di E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, 46. Sul rapporto tra legalità e principio del risultato si vedano, fra tutte, le opere di M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit.; ID., *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 4845 ss.; ID., *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, cit.

¹¹¹ In questo Volume si vedano più ampiamente le riflessioni di S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*.

¹¹² E. CASSETTA, *ult. op. cit.*, 47.

¹¹³ In questo senso si veda L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, cit., *passim*.

¹¹⁴ Sul principio di buona amministrazione si vedano gli scritti di D.-U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei Diritti EU)*, in M.C. PIERRO (a cura di), *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Giuffrè, Milano, 2019, 1-32; D.-U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, cit., 601-638.

¹¹⁵ Sul principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione, oltre alla bibliografia di seguito citata, rimane sin d'ora imprescindibile il rinvio agli scritti A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1979; P. CALANDRA, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma,

In siffatto contesto deve essere analizzato il rapporto tra i due assiomi nella costruzione, soprattutto alla luce della positivizzazione del primo assunto, di una nuova nozione di “buona amministrazione”.

Soprattutto occorre precisare un dato che spicca per la sua rilevanza nelle costruzioni dogmatiche risalenti¹¹⁶.

Il principio del buon andamento, quale migliore espressione della portata precettiva dell'art. 97 Cost. quale norma dalla quale sgorga “un’idea-forza atta a caratterizzare la interpretazione dinamica del sistema”¹¹⁷, deve essere necessariamente contestualizzato nel più generale insieme dei soggetti istituzionali coinvolti”. Più nello specifico, infatti, il buon andamento assurge ad un ruolo “compositivo” degli interessi pubblici da esso espressi nel più generale contesto di una amministrazione di tipo pluralistico¹¹⁸.

La dottrina, infatti, è interrogata sulla rilevanza, meramente “esistenziale” o “normativa”, del nucleo concettuale espresso dal principio di cui all'art. 97 Cost.

Sebbene ritenuto “arduo” il tentativo di definire normativamente il precetto del buon andamento, d'altro canto la sua effettività transita, necessariamente, per una sua concreta normativizzazione¹¹⁹.

È avvertita l'esigenza, a dir vero fondamentale, di rendere intellegibile la qualificazione in termini di “bontà” delle “scelte” decisorie amministrative, contribuendo a delineare la peculiare e problematica linea di discriminare tra l'essenza del valore giuridico e quella del non giuridico¹²⁰. In questo senso, infatti, secondo parte della letteratura l'opera di integrazione e determinazione del precetto di buon andamento transita, tra l'altro, dal riferimento a quelle disposizioni normative che, non costituendo espressione di giuridicità, sono tali da essere “espresse o desumibili in via di semplice interpretazione”¹²¹.

È su questo profilo problematico che si innestano le riflessioni che seguono.

1988; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, CLUA, Ancona, 1993; U. ALLEGRETTI, voce *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, 1993; C. PINELLI, *Art. 97*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994; R. CARANTA, *Art. 97*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, II, 1889 ss.; N. SPERANZA, *Il principio del buon andamento-imparzialità dell'art. 97 della costituzione*, in *Foro amm.*, 1972, I, 79 ss.

¹¹⁶ Si veda in particolare l'opera di A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, cit.

¹¹⁷ *Ivi*, 12.

¹¹⁸ In questo senso si veda A. ANDREANI, *ult. op. cit.*, 147.

¹¹⁹ *Ivi*, 148.

¹²⁰ L'esigenza è avvertita da A. ANDREANI, *op. cit.*, 147 ss.

¹²¹ *Ivi*, 171.

5.3. *L'opportunità dell'atto amministrativo e l'inopportunità del risultato espressione di "cattiva amministrazione"*

A questo punto della trattazione tornano utili le riflessioni compiute in apertura sul rapporto tra autonomia privata e potere pubblico.

L'opportunità di una scelta, sul piano pubblicistico, rileva quanto alla funzionalizzazione dell'esercizio di un potere giuridico al miglior perseguimento di un interesse pubblico.

L'opportunità di un fatto o atto giuridico, sul piano privatistico, rileva quanto ai motivi della scelta di autonomia negoziale che, come tali confinati sul piano strettamente psicologico, non assumono alcuna rilevanza¹²². Importanti in questa direzione appaiono le connessioni avuto riguardo all'istituto civilistico della presupposizione, nonché, su altro fronte, alla tutela dei vizi del consenso su cui si tornerà nel prosieguo.

Tale differenziazione fu già oggetto di apprezzamento da parte della letteratura che a questi temi ha dedicato ampi ed autorevoli contributi; si è scritto che il vizio di merito attiene a quella qualità "veramente tipica dell'atto amministrativo [...] tale che lo distacca incisivamente dagli atti giuridici privati"¹²³.

C'è un punto in comune, però, fra le due aree della scienza giuridica.

Così come i motivi, sul piano dell'autonomia negoziale, non rilevano ai fini della fenomenologia contrattuale, salvo l'eventuale patogenesi rilevante sul piano della tutela dell'integrità del consenso, così anche, sul piano del diritto pubblico, l'opinione assolutamente maggioritaria colloca l'opportunità dell'atto amministrativo nel microcosmo del "non giuridico", quale risvolto complesso delle regole del "buon amministrare", e non già sul piano delle norme giuridiche.

Non solo conformità al diritto, dunque dato rilevante per la legittimità, ma anche regole di buona amministrazione, quindi dato rilevante ai fini dell'opportunità.

Ed è su questo piano che peculiarmente le due semirette, quella della funzione legislativa ed amministrativa, gemmano dall'unico ceppo della legalità.

Se, infatti, con riferimento alla legge il fenomeno dell'indirizzo politico governa la funzione legislativa, così, con riguardo all'atto amministrativo il fenomeno dell'"indirizzo pratico" governa la funzione amministrativa¹²⁴.

¹²² Cfr. *infra*.

¹²³ A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939, 2-3. Recentemente, quanto agli studi sul merito amministrativo ed al contributo di A. Amorth, si vedano le riflessioni di L. BERTONAZZI, *Il contributo di Amorth alla nozione giuridica di gerarchia*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, 3-28; G. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, 29-47; R. VILLATA, *Antonio Amorth e la giustizia amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, 101-113; G. GRECO, *Antonio Amorth: maestro e gentiluomo*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, 115-122.

¹²⁴ Il riferimento è al qualificato "indirizzo pratico" che caratterizzerebbe e qualificerebbe

La natura giuridica di dette regole è questione di giuridificazione e, dunque, di sindacabilità¹²⁵.

Messe da parte le pur rilevanti discussioni sulla portata precettiva o programmatica dell'art. 97 Cost., ciò che rileva, come sapientemente rilevato da una parte della letteratura, è l'evoluzione stessa che ha riguardato il canone della buona amministrazione. Ciò, a tutta evidenza, rende imprescindibile per l'interprete lo studio e l'analisi dell'eterogeneità delle autorevoli opinioni espresse sul grado di giuridicità, anzitutto, del canone costituzionalizzato nell'art. 97 Cost.¹²⁶, da cui successivamente gemma l'esigenza di una buona amministrazione.

Infatti, se da un lato una vera svolta nel modo di concepire l'effettività della prescrizione espressa dal principio del buon andamento avverrà soltanto negli anni Sessanta, così, già negli anni Cinquanta si cominciava ad avvertire detto principio quale "dovere attuale e squisitamente giuridico"¹²⁷, non già solo "mera aspirazione deontologica"¹²⁸.

Ed è in questo senso, dunque, che può evidenziarsi, a chiare lettere, quel rapporto tra funzionalizzazione del potere giuridico e regole di buona amministrazione: solo mediante una buona amministrazione, a parere del Falzone, sarebbe possibile tutelare l'interesse pubblico contemplato dalla norma giustificativa (*rectius* attributiva) del potere pubblico¹²⁹.

Come si avrà modo di analizzare oltre, invero, sarà al centro delle riflessioni che seguiranno, soprattutto con riferimento ai poteri di secondo grado in connessione al principio di inesauribilità del potere pubblico.

È negli anni Sessanta, infatti, grazie all'opera del Giannini, che inizia a prender forma quella che è stata definita una vera e propria "svolta"¹³⁰ nel modo di concepire il principio del buon andamento e la rilevanza delle regole di buona amministrazione¹³¹.

l'attività dell'amministrazione secondo l'autorevole opinione di G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Giuffrè, Milano, 1940, 145-184.

¹²⁵ L'opera che ha posto le basi della sindacabilità (e suoi limiti) del merito amministrativo rimane quella di G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit. Sul punto, si veda *supra*, in questo Volume, S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*.

¹²⁶ Il merito di aver sistematizzato il complesso ed ampio dibattito sul tema spetta, tra l'altro, all'imponente ed autorevole opera di R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016.

¹²⁷ G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953, 87 ss.

¹²⁸ *Ivi*, 87.

¹²⁹ L'opinione è espressa in G. FALZONE, *op. cit.*, 62.

¹³⁰ In questo senso R. URSI, *ult. op. cit.*, 168.

¹³¹ Sul rapporto tra regole di buona amministrazione e principio del buon andamento si vedano le seguenti opere: G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano, 1985, I, 106 ss.; P. CALANDRA, voce *Efficienza e buona amministrazione della pub-*

5.4. Segue. La “canonizzazione” degli interessi pubblici sostanziali e regole di merito amministrativo. La recessione del merito amministrativo

Fra tutte le ricostruzioni dogmatiche prospettate circa la rilevanza del merito e i confini della sua giustiziabilità, ve n'è una che, più di tutte, colpisce per lo sforzo deduttivo e la paziente opera ricostruttiva del sistema.

Non si tratta di una vezzosa ed aprioristica adesione ad una coordinata ermeneutica quanto, piuttosto, di un ponderata valutazione dei punti logici di cui essa pare essere intrisa. Basti rilevare che la giurisprudenza amministrativa degli ultimi tempi, soprattutto posteriore all'adozione legislativa del nuovo Codice, sembra giustificare determinate prese di posizione sulla base di intuizioni appartenenti alle speculazioni dogmatiche risalenti.

C'è un profilo dalla valenza unificante e questo, in coerenza con le riflessioni iniziali sulla natura del potere amministrativo, richiama la nozione di ‘autodeterminazione’, quale condizione giuridica, prima che psicologica, di porsi delle regole.

Il pluralismo istituzionale configura, nella sua essenzialità, plurimi centri decisionali, come tali autodeterminanti.

La diffusa condizione di libertà – pur circoscritta logicamente dalla legalità – indirizzo e garanzia – ripropone un quadro complessivo di difficile coordinamento.

Detto coordinamento reca in sé quale presupposto logico una fondamentale attività di programmazione¹³² come tale da collocare nel *quomodo*, non già nell'*an*, dell'attività decisoria¹³³. In altri termini, come già intuito dalla migliore dottrina d'un tempo, occorre avere riguardo, non già al “potere di iniziativa” in sé e per sé considerato quanto, piuttosto, al “come l'azione prescelta deve essere portata a compimento”¹³⁴: in questo setto, infatti, si insinua l'opportunità quale regola d'azione che impone l'adequatezza della scelta, dunque “minimo mezzo”¹³⁵, dunque proporzionalità.

blica amministrazione, in *Enc. giur.*, 1988; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 1999, 79 ss.

¹³² Si veda il recente contributo di L. IANNOTTA, *La programmazione come metodo giuridico nel pensiero di Ignazio Maria Marino*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2024, 107-120.

¹³³ A. AMORTH, *ult. op. cit.*, *passim*.

¹³⁴ *Ivi*, 34.

¹³⁵ Sul rapporto tra servitù prediali e minimo mezzo si veda quanto recentemente affermato da Cass. civ., sez. II, 12 maggio 2020, n. 8779: “A tal riguardo, la giurisprudenza di questa Corte (cfr., ad es., Cass. n. 10327/1998 e Cass. n. 21255/2009) è univoca nell'affermare che la determinazione del luogo di esercizio di una servitù di passaggio coattivo deve essere compiuta alla stregua dei criteri enunciati dell'art. 1051 c.c., comma 2, costituiti dalla maggiore brevità dell'accesso alla via pubblica, sempreché la libera esplicazione della servitù venga garantita con riguardo all'utilità del fondo dominante, e dal minore aggravio del fondo asservito, da valutarsi ed applicarsi contemporaneamente ed

L'opportunità, si chiarisce, "si presenta come regola di proporzione tra il contenuto del provvedimento ed il risultato che si vuole ottenere, ma a questo si limita" ¹³⁶.

Presto spiegata, dunque, la connessione logica tra le regole di buona amministrazione e il risultato dell'azione amministrativa.

L'opportunità dell'atto amministrativo si colloca, dunque, su un piano strettamente ed utilitaristicamente amministrativo: si tratta, in definitiva, di un principio "economico" ¹³⁷.

E tale considerazione vale a distinguere l'opportunità dall'*equitas*, laddove quest'ultima trova il suo piano di sintesi nel rapporto tra Pubblica Amministrazione ed amministrati ¹³⁸.

Allo stesso modo, un'opera virtuosa di connessione tra la pluralità dei livelli istituzionali (dunque, decisionali) non può prescindere da un costante ricorso al principio di "prevenzione" e, dunque, a quello di compatibilità, quali criteri di coordinamento del piano assiologico degli interessi ¹³⁹.

Ciò secondo una delle più autorevoli ricostruzioni dottrinali sul punto ¹⁴⁰.

Occorre, in definitiva, fare mente a quel problematico rapporto tra gestione in concreto degli interessi pubblici primari e gli interessi gestiti da altri e diversi soggetti istituzionali.

In questo senso, dunque, acquisisce spessore quella considerazione del principio del buon andamento – di cui la 'buona amministrazione' non rappresenta che un intrinseco corollario logico – quale canone con funzione "determinativa e specificante" ¹⁴¹.

La funzione dell'opportunità, quale area d'elezione del merito amministrativo, emergerebbe nel complesso di una scomposizione in concreto dell'attività della Pubblica Amministrazione; ciò renderebbe necessario il ricorso ad una

armonicamente, mediante un opportuno ed equilibrato loro temperamento e tenuto presente che, vertendosi in tema di limitazione del diritto di proprietà (resa necessaria da esigenze cui non è estraneo il pubblico interesse), va applicato, in modo ancora più accentuato di quanto avviene per le servitù volontarie, il principio del minimo mezzo. Il relativo giudizio compete, in ogni caso, al giudice di merito e si sottrae al sindacato di legittimità se congruamente e logicamente motivato (come verificatosi nel caso di specie)".

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Questa la ricostruzione di A. AMORTH, *ult. op. cit.*, 42.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Il principio di prevenzione è trasversale nella scienza giuridica. In particolare, fondamentali appaiono gli importanti punti di complementarità con il diverso principio di precauzione, soprattutto nella materia ambientale. Sul piano enciclopedico si rinvia allo scritto di S. GRASSI, voce *Tutela dell'ambiente (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, I, 2007, 114-1141.

¹⁴⁰ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., 178.

¹⁴¹ *Ivi*, 171 ss.

“visione d’insieme” dell’attività dei vari centri istituzionali che compongono l’attività amministrativa.

Tale passaggio logico è di estrema rilevanza sistematica. Il nodo focale consiste, essenzialmente, in una imprescindibile regola di sussunzione.

Tale attività postula, sul piano strettamente teorico, ed in via di prima approssimazione, un rapporto di relazione tra una fattispecie di carattere generale ed una di carattere strettamente concreto.

Il criterio di sussunzione di regole sostanziali di opportunità nel complessivo intendimento del principio di buon andamento consente, in definitiva, di individuare quello che, autorevolmente, è qualificato quale “criterio determinativo del buon andamento”.

Si assisterebbe, quindi, ad una fondamentale opera di normativizzazione di dati fenomenologicamente non giuridici: principi che appartenendo al campo del merito amministrativo vengono sussunti nel principio del buon andamento cosicché sia dato apprezzare quel peculiare fenomeno di “canonizzazione di interessi pubblici”¹⁴².

La fenomenologia di cui si discorre assurgerebbe ad una vera e propria ontologia giuridica tale per cui regole di merito, non sindacabili, subirebbero un salto di tipo qualitativo assumendo i connotati di “interessi pubblici sostanziali” e normativizzati.

Come si è anticipato in questo Volume, si discute di “recessione del merito”¹⁴³.

È bene precisare, però, che la connessione con il portato precettivo dell’art. 97 Cost. non determina una totale attrazione nell’area della legittimità a totale disfavore rispetto all’area del merito, costretta, così, a disfarsi nel vasto campo della sua giuridicità. Al contrario, si è detto, che la norma costituzionale non abbia, in definitiva, determinato una sostanziale “costituzionalizzazione del merito” quanto, piuttosto, una peculiare forma di eterointegrazione extralegale di dati appartenenti al merito a scapito del principio del buon andamento di cui all’art. 97 Cost.¹⁴⁴.

¹⁴² *Ivi*, 181 ss.

¹⁴³ *Ivi*, 182. Cfr., in questo Volume, S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, 23 ss.

¹⁴⁴ In questi termini A. ANDREANI, *op. cit.* 183.

6. Fisionomia del potere pubblico: secondo grado e migliore perseguimento dell'interesse pubblico

6.1. Le matrici della ritirabilità dell'atto giuridico. Il *contrarius consensus* nel diritto civile

Il tema della ritirabilità rende necessarie alcune preliminari riflessioni di sistema.

Il contratto, ai sensi dell'art. 1321 c.c., “è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”.

L'art. 1372 c.c. stabilisce che “Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge [...]”.

Il contratto costituisce il punto di emersione della negozialità, quale momento di “incontro” di volontà espressione di differenti centri di interesse, pur nella peculiarità offerta dai contratti plurilaterali con comunione di scopo¹⁴⁵.

L'art. 1372 c.c. è chiaro nel rimettere lo scioglimento dell'atto di autonomia negoziale ad una scelta dei contraenti mediante il c.d. negozio risolutorio, sulle cui dimensioni dogmatiche pure la dottrina ha a lungo discusso¹⁴⁶.

Lo scioglimento, dunque, è rimesso ad una dimensione bilaterale o plurilaterale della scelta di autonomia.

Si pensi, poi, alle autorevoli speculazioni dommatiche intorno all'ammissibilità di un mutuo dissenso tacito, nonché ai rapporti con la risoluzione per inadempimento del contratto e al problema dell'addebito soggettivo della risoluzione nell'eventualità di inadempimenti reciproci.

Il problema del ritiro unilaterale del consenso è problema antico.

L'effetto di tale ritiro consiste nel privare d'efficacia un precedente atto giuridico. Recentemente, la Corte di Cassazione, con riguardo al divorzio a do-

¹⁴⁵ Sui contratti plurilaterali, tra gli altri, si veda A. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, 1989, 274 ss.

Come chiarito da autorevole letteratura, il codice si occupa della categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo avuto riguardo al principio di conservazione degli effetti contrattuali (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Giuffrè, Milano, 2019, 46).

Costituiscono tale categoria quei contratti “di più parti non aventi finalità di tipo associativo” (C.M. BIANCA, *ult. op. cit.*, 46). Sui contratti plurilaterali, senza pretesa di esaustività, si rinvia a T. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro Lomb.*, 1932, 439 ss.; ID., *Il contratto plurilaterale*, in *Studi in tema di contratti*, Giuffrè, Milano, 1952; F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, in *Annu. Univ. Cattolica 1926-1927*, Giuffrè, Milano, 1927; ID., voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, 1962, 139 ss.

¹⁴⁶ C. FERRINI, voce *Mutuus dissensus*, in *Enc. dir.*, X, 3, 1901, 955 ss.; G. DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, 263 ss.; G. CAPOZZI, *Mutuo dissenso. Donazione di bene immobiliare. Atto di risoluzione. Ammissibilità*, in *Vita not.*, 1973, 4-5, 1973, 605-613; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, Milano, 1980; M. LIPARI, *La forma del negozio risolutorio di contratto preliminare formale*, in *Giust. civ.*, 5, 1989, 1185-1193.

manda congiunta, ha stabilito l'inammissibilità di una revoca unilaterale del consenso considerata la natura negoziale dell'accordo intervenuto tra le parti che esclude, dunque, la possibilità di successivi ripensamenti¹⁴⁷.

L'atto unilaterale per eccellenza, sia nel diritto privato che nel diritto pubblico, è costituito dalla revoca¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

Sebbene il campo d'elezione della revoca sia costituito dalla categoria degli atti unilaterali, ciò, evidentemente, non esclude che vi siano atti giuridici unilaterali non revocabili. Si pensi, a scopo esemplificativo, al *mandatum in re propriam*; l'art. 1723 c.c. stabilisce che il mandante può revocare il mandato, precisando che "*se era stata pattuita l'irrevocabilità, risponde dei danni, salvo che ricorra una giusta causa*". Il limite a tale diritto potestativo è costituito dalla previsione di un mandato conferito nell'interesse del mandatario o di terzi¹⁵⁰, rispetto al quale la revoca non produce alcun effetto estintivo, salva la ricorrenza di una diversa previsione o di una giusta causa.

Il negozio unilaterale revocabile per eccellenza è costituito dal testamento¹⁵¹. Tale facoltà è irrinunziabile. La previsione è evidentemente posta a tutela dell'integrità della volontà testamentaria del *de cuius*, anche in coerenza con l'antico brocardo secondo cui "*il testatore deve essere lasciato libero con stesso*", previsione da cui deriva la nullità sancita dall'art. 458 c.c.¹⁵².

¹⁴⁷ Cass. civ., sez. VI, 7 luglio 2021, n. 19348.

¹⁴⁸ L. FERRI, voce *Revoca* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XL, 1989, 197.

¹⁴⁹ Sulla natura della revoca quale atto giuridico in senso stretto o negozio giuridico si veda L. FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959, 235 ss.

¹⁵⁰ Si veda quanto stabilito da Cass. civ., sez. I, n. 22529/2011 secondo cui "*Si ha mandato "in rem propriam", ossia mandato conferito anche nell'interesse del mandatario, quando l'interesse di quest'ultimo sia assicurato da un rapporto sinallagmatico (fra mandante e mandatario) con contenuto bilaterale, che lo sottrae all'unilaterale disposizione del mandante stesso*".

Ancora più chiaramente "*Il mandato in rem propriam può essere revocato, qualora la revocabilità sia stata espressamente prevista, ovvero ricorra una giusta causa di revoca, ma il mandante, nel primo caso, è obbligato al rimborso delle spese, al pagamento, del compenso, nonché al risarcimento del danno che, al pari dell'ipotesi di cui all'art. 1723, primo comma, c.c., deve essere commisurato alla lesione dell'interesse del mandatario alla conservazione del rapporto, facendo applicazione dei criteri stabiliti dagli artt. 1223 e 2697, c.c., e può essere liquidato anche in via equitativa, se risulti impossibile o particolarmente difficile provarne l'ammontare, e, a questo fine, il giudice può desumere argomenti di prova anche dall'ingiustificata inottemperanza all'ordine di esibizione emesso ai sensi dell'art. 210, c.p.c.; tuttavia la mancata valorizzazione dell'inosservanza dell'ordine di esibizione non è censurabile in sede di legittimità, neppure per difetto di motivazione, in quanto siffatta inosservanza integra un comportamento dal quale il giudice del merito, nell'esercizio di un potere discrezionale, può appunto desumere argomenti di prova (art. 116, comma secondo, c.p.c.)*" (in questi termini Cass. civ., sez. III, n. 15554/2004).

¹⁵¹ Secondo l'antico brocardo "*Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*".

¹⁵² Si veda quanto recentemente stabilito da Cass. civ., sez. II, 8 novembre 2022, n. 32855/2022, secondo cui "*Ai sensi dell'art. 458 c.c., co. 1, seconda parte, sono patti successori le convenzioni che abbiano per oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non*

L'essenza unilaterale della revoca, secondo l'opinione maggioritaria, vale a distinguere quest'ultimo dal diverso istituto rappresentato dal recesso, su cui non pare opportuno soffermarsi in questa sede. Valga rilevare, però, che la revoca per la sua conformazione intrinsecamente unilaterale, deve provenire dall'autore dell'atto revocando, al contrario del recesso che proviene da una sola delle parti che hanno posto in essere il contratto, ciò in quanto "la volontà di colui che recede, pertanto, non opera solo su una sua precedente volizione, ma incide, abrogandola, anche sulla volizione dell'altra parte, che al recesso non partecipa e che ha tuttavia concorso a formare il contratto"¹⁵³.

6.2. Il secondo grado nel negozio e nel provvedimento amministrativo

Quello del secondo grado è un tema centrale nella scienza giuridica¹⁵⁴, strettamente connesso al principio, proprio della civiltà giuridica, della conservazione degli effetti contrattuali¹⁵⁵.

Non si può fare a meno di condividere l'opinione di chi, nella letteratura più autorevole sul punto, ha sostenuto che le fondamenta della ritirabilità di un atto, quale momento di esternazione di una volontà negoziale o provvedimentale, debbano rinvenirsi nella "autonomia della volontà umana", nonché alla "potestà di produrre come quella di ritirare atti giuridici [...]"¹⁵⁶.

La complessità e la vastità della portata concettuale non consentono, in questa sede, di affrontare *funditus* le questioni sistematiche ad esso connesse.

ancora aperta e facciano, così, sorgere un vincolo iuris, di cui la disposizione ereditaria rappresenti l'adempimento. Per stabilire, quindi, se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui all'art. 458 c.c., occorre accertare se il vincolo giuridico con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità comprese nella futura successione; se i disponenti abbiano contrattato o stipulato come aventi diritto alla successione stessa; se l'assetto negoziale convenuto debba aver luogo 'mortis causa'".

¹⁵³ L. FERRI, voce *Revoca* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XL, 1989, 199.

¹⁵⁴ Sui provvedimenti di secondo grado e bibliografia sul tema ivi richiamata si veda R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017.

Si veda anche D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, t. II, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 1987, 475.

Fondamentale sul punto è la ricostruzione operata da B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 2000, 828 ss.

Si veda la recente opera di N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 2022, nonché A. CONTIERI, *Procedimenti e provvedimenti di secondo grado*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 44 ss.

¹⁵⁵ Sulla conservazione degli effetti contrattuali si veda C. GRASSETTI, *Conservazione (principi di)*, voce, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 176 ss.

¹⁵⁶ In questi termini R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, cit., 3, 11.

In materia negoziale, l'esempio più evidente di negozio di secondo grado è costituito dal negozio di accertamento¹⁵⁷.

Si tratta, in definitiva, di negozi che intervengono su un dato della realtà giuridica che preesiste ad essi con funzioni eterogenee e strettamente connesse all'efficacia generalmente riconosciuta all'atto di autonomia negoziale in coerenza con quanto stabilito dall'art. 1321 c.c.

Si pone, generalmente, il problema della forma dei negozi di secondo grado¹⁵⁸. Ci si chiede, infatti, se rispetto ad essi debba farsi necessariamente luogo alla forma prevista per il negozio di primo grado, ovvero, se la disciplina sia governata dal principio della libertà delle forme.

Nel diritto privato, il fondamento giuridico dei negozi di secondo grado, in via di prima approssimazione, può essere ricondotto alla posizione giuridica da cui gemma l'atto di primo grado, dunque nell'alveo originario dell'autonomia negoziale. In definitiva, le parti così come per regolare i propri interessi privati potrebbero scegliere, mediante il ricorso al modulo negoziale, di costituire, modificare ed estinguere rapporti giuridici di rilevanza patrimoniale, così anche, sarebbe loro consentito di meglio adattare il regolamento negoziale o, evidentemente, riposizionarne le articolazioni interne ed esterne in base ad esigenze sorte successivamente alla conclusione del primo contratto.

I limiti di tale potere andrebbero individuati in quelli che, per converso, regolano l'esercizio dell'autonomia negoziale di primo grado.

Come anticipato, il diritto amministrativo è governato dal principio di legalità, nelle duplici forme della legalità indirizzo e garanzia.

¹⁵⁷ La nozione di accertamento è problematica nella scienza giuridica. Sull'accertamento come effetto giuridico si veda A. FALZEA, voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 209 ss.

Sul negozio di accertamento, senza pretesa di esaustività, si rinvia alle opere di: GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, Milano, 1939, *Id.*, voce *Accertamento (negozi di)*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 227 ss.; A. CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, 1988, 4 ss.; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Giuffrè, Milano, 1958; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Giappichelli, Torino, 1942; M. D'AMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, Milano, 1996; L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Cedam, Padova, 2000.

Sul punto si rinvia alla recente presa di posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459) con riferimento all'importante sentenza pronunciata sulla validità del *pactum fiduciae* concluso oralmente ed efficacia del successivo negozio ricognitivo del precedente patto orale.

¹⁵⁸ Si veda sul punto E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Unione tipografica torinese, Torino, 1950, *passim*.

Quella dei c.d. negozi di secondo grado è una categoria che “*comprende tutti i negozi diretti a regolare in qualsiasi senso (fissare, confermare, interpretare, risolvere, assorbire ecc.) negozi giuridici in precedenza conclusi fra le parti stesse: e ciò, con la loro integrazione e sovrapposizione di altri negozi modificativi della situazione giuridica preesistente [...]*”. La legittimazione a tali negozi è determinata e qualificata dalla posizione di parte del negozio concluso (e talvolta anche di destinatario), il cui interesse è in giuoco [...]” (E. BETTI, *ult. op. cit.*, 243). Si veda poi *ivi*, 291 ss.

Anche in questo contesto sistematico, i provvedimenti di secondo grado sono costituiti da atti con i quali si opera un intervento su precedenti esternazioni provvedimentali¹⁵⁹.

L'incisione sul provvedimento di primo grado avviene sempre in via unilaterale, secondo l'essenzialità che distingue l'esercizio provvedimentale del potere.

Non potrebbe giammai ammettersi il contrario, salvo incorrere in un qualche tipo di fallacia logica; tale soluzione, come osservato, è consustanziale alla sopravvivenza stessa del potere¹⁶⁰.

L'oggetto del provvedimento di secondo grado è costituito dal potere di primo grado¹⁶¹. Peculiare, peraltro, appare la conformazione del potere di recesso nell'ambito degli accordi pubblici (sia quelli contemplati dall'art. 11 della l. n. 241/1990, che quelli disciplinati dall'art. 15 della medesima legge) laddove, come noto, l'esercizio del potere avviene secondo un modulo di tipo consensualistico¹⁶².

La funzionalità¹⁶³ tra i due atti è individuata dalla dottrina nella logica del

¹⁵⁹ La letteratura di riferimento per i provvedimenti di secondo caso è ricondotta a R. CHIEP-PA, voce *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, 2008, 910-943.

Sul punto si veda pure la pregevole ricostruzione operata da V. LOPILATO, *ult. op. cit.*, 904 ss.

¹⁶⁰ M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 13.

¹⁶¹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Jovene, Napoli, 1989, 629.

¹⁶² In materia di accordi pubblici, con riferimento all'illegittimità dell'inerzia del Governo nello stipulare l'accordo di coesione per la gestione dei fondi del PNRR si veda la recente sentenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2024, n. 4321). La portata della sentenza è fondamentale, basti il riferimento a questo passaggio argomentativo con cui il collegio chiarisce che "[...] *anche in presenza di un esercizio consensuale del potere pubblico la legge o la buona fede possano prevedere un obbligo di provvedere, senza che possa escludere questa configurazione la natura bilaterale che connota gli accordi. A questi fini ciò che assume rilevanza è la natura della situazione giuridica soggettiva dell'amministrazione che stipula un accordo di diritto pubblico. Si tratta, infatti, di un accordo stipulato nell'esercizio di un potere pubblico, con la conseguenza che l'attributo indefettibile di tale situazione giuridica non è quello della libertà, proprio della autonomia negoziale, bensì della doverosità cui si ricollega l'obbligo di provvedere nei casi in cui sussista una posizione differenziata e qualificata di pretesa ad una pronuncia espressa sulla proposta di stipula dell'accordo. Non occorre sovrapporre i concetti di "dovere di provvedere" e "accordo" che costituisce la fase finale decisoria. Anche in questo ambito vale, infatti, quanto già esposto in ordine all'esercizio unilaterale del potere e cioè che, in presenza di una attività discrezionale, le parti possono anche decidere che non sussistono i presupposti per la conclusione dell'accordo, fermo il sindacato giurisdizionale che, in ogni caso, non può invadere sfere di competenze dell'amministrazione*".

¹⁶³ Tale funzionalità emerge plasticamente con riguardo alla revoca di un bando di un pubblico concorso e successiva sua revoca.

Costituisce *ius receptum* l'assunto per cui "la revoca di un bando di concorso pubblico rientra nei normali ed ampi poteri discrezionali della pubblica amministrazione che, fino a quando non sia intervenuta la nomina dei vincitori, può provvedere in tal senso in presenza di fondati motivi di pubblico interesse che rendano inopportuna la prosecuzione dell'iter concorsuale" (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 1° agosto 2011, n. 4554).

Ancora si è stabilito che "il bando con cui si indice il pubblico concorso *de(ve)* essere qualificato

*contrarius actus*¹⁶⁴: l'amministrazione, infatti, è onerata a ripercorrere fasi e cadenze del procedimento concluso¹⁶⁵.

Dunque, atto di ritiro quale nuovo atto "eguale e contrario a quello da ritirare"¹⁶⁶.

In applicazione di questo principio l'adozione degli atti di secondo grado è di competenza dell'organo che ha adottato l'atto di primo grado¹⁶⁷.

Invero, tale circostanza pare aver sollevato profondi interrogativi interpretativi, soprattutto avuto riguardo alla intrinseca natura dell'atto di ritiro.

L'atto giuridico è emanato dal competente organo amministrativo; l'emanazione, invero, determinerebbe il "distacco" dal suo autore ed entrerebbe nella realtà giuridica quale dato apprezzabile secondo la corporeità giuridica che gli è fatta propria dalla norma attributiva del potere. Così facendo, però, l'atto acquisirebbe una sua intrinseca forza – evidentemente differente da quella tipicamente riconosciuta alla legge o agli atti che della prima posseggono tale qualità – che non consentirebbe, per ciò solo, il riconoscimento di una autonoma, insindacabile e libera ritirabilità del medesimo¹⁶⁸.

come atto amministrativo generale, che per quanto previsto dalla la legge n. 241/1990 non soggiace all'obbligo motivazionale (art. 3, comma 2) ed a cui non si applicano le garanzie partecipative (art. 13) e che alla stessa stregua deve classificarsi atto generale anche il contrarius actus con cui la Pubblica amministrazione revoca il bando. Quanto sopra, tuttavia, non esonera l'Amministrazione dal procedere alle valutazioni che presiedono l'adozione di tali atti secondo stringenti canoni di ragionevolezza e proporzionalità. Anche tali atti devono rispondere – in primis attraverso un adeguato apparato motivazionale – ai consueti canoni di ragionevolezza e proporzionalità e della ponderazione del pubblico interesse, seppure per gli stessi non è richiesta una motivazione particolarmente dettagliata che riscontri anche eventuali contrastanti interessi privati" (C.G.A., sez. giur., 1° aprile 2020, n. 230).

¹⁶⁴ Su tutti si veda R. RESTA, *op. ult. cit.*, 12.

Si veda R. CHIEPPA, *op. cit.*, 911 e B.G. MATTARELLA, *ult. op. cit.*, 830. Quest'ultimo chiarisce come la regola del *contrarius actus* non sia poi così assoluta se solo si tiene in considerazione la circostanza per la quale "[...] essa non impone di chiedere nuovamente i pareri facoltativi che siano stati richiesti nel procedimento di primo grado, né vieta di chiederne di nuovi in quello di secondo grado; la ripetizione del parere non è necessaria quando l'annullamento dipenda da profili diversi da quelli oggetto del parere; per il ritiro di un provvedimento emanato in assenza di un presupposto non occorre la ripetizione dell'intero procedimento".

¹⁶⁵ Si veda, tra l'altro, T.A.R. Napoli, Campania, sez. VIII, 19 dicembre 2022, n. 7928.

¹⁶⁶ Secondo la celebre definizione di R. RESTA, *ult. op. cit.*, 12.

¹⁶⁷ In questi termini Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2023, n. 9781.

Si veda anche T.A.R. Catanzaro, Calabria, sez. I, 31 maggio 2022, n. 935, nonché Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2014, n. 6324. Si è stabilito che "la revoca di un'autorizzazione commerciale, in quanto *contrarius actus*, deve provenire dall'autorità che ha adottato l'autorizzazione della cui revoca si discute e, pertanto, non potrebbe l'Autorità di pubblica sicurezza revocare un'autorizzazione rilasciata dal Comune, sicché si impone una leale collaborazione tra amministrazioni preposte alla cura di diversi interessi e si prevede la competenza formale del Comune a revocare le proprie autorizzazioni, su proposta vincolante dell'Autorità di pubblica sicurezza" (Cons. Stato n. 6324/2014).

¹⁶⁸ In questa sede si intende riportare il pregevole passaggio argomentativo scritto da R. RESTA, *ult. op. cit.*, 12, secondo il quale: "La ragione di questa profonda discordanza tra il potere del sogget-

Quanto sin qui osservato conduce a ritenere che sebbene sia apprezzabile una correlatività subiettiva, lo stesso non può affermarsi sul piano strettamente obiettivo.

Si assisterebbe, dunque, ad un fenomeno di *obiettivizzazione*¹⁶⁹ dell'atto giuridico¹⁷⁰, tematica strettamente connessa ai limiti all'inesauribilità di cui si dirà nel prosieguo¹⁷¹.

Peraltro, occorre avere riguardo ad un interrogativo fondamentale che accompagnerà le riflessioni che seguiranno: si tratta di comprendere se i limiti alla possibilità astratta di ammettere una potestà di ritiro debbano configurarsi solamente allorquando venga in rilievo una ritirabilità che potrebbe essere qualificata *in malam partem*, ovvero se, tali limiti sussistano a prescindere dagli effetti che essi determinano sulle situazioni giuridiche soggettive da essi interessati, dunque anche nell'ipotesi di ritirabilità *in bonam partem*¹⁷².

Certo è che, come si avrà modo di esaminare oltre, la correlatività obiettiva non potrà, per ovvie ragioni di tutela della legalità del sistema, trovare opposizione nell'ipotesi di mancata conformità al diritto dell'atto amministrativo. Emerge in questo contesto sistematico quella concezione dell'invalidità quale sanzione di norme giuridiche¹⁷³, quale sanzione disposta dall'ordinamento giuridico complessivamente inteso rispetto alle esternazioni da esso divergenti. In un'ipotesi di tal fatto sarebbe lo stesso ordinamento che "reagisce contro le dichiarazioni da esso divergenti"¹⁷⁴.

L'adozione del provvedimento di secondo grado deve, dunque, seguire il medesimo procedimento dell'atto su cui incide quest'ultimo. Peculiare risulta,

to di diritto e la possibilità pratica della sua attuazione, ne, campo del ritiro degli atti, è questa: l'atto giuridico, appena emanato, si stacca dal suo autore ed entra nella vita del diritto, cioè nelle relazioni sociali riconosciute dal diritto, come una entità autonoma ed indipendente. Di fronte alla volontà del suo autore che tende a divellerlo violentemente dalla vita giuridica, l'atto resiste con tutta la sua forza degli effetti con i quali esso ha posto radici nel terreno dei rapporti sociali ed ha innovato le situazioni giuridiche preesistenti".

¹⁶⁹ Corsivo dell'autore.

¹⁷⁰ In questi termini, riprendendo le osservazioni di R. RESTA, *op. cit.*, si colloca anche l'opinione di R. ALESSI, *ult. op. cit.*, 2.

Sul punto si veda pure M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 170 ss.

¹⁷¹ Già la letteratura d'un tempo constatava "[...] *non deve credersi alla regola di una produzione giuridica sub specie aeternitatis, ma piuttosto ad un naturale esaurimento di atti, considerati nella loro capacità produttiva, e consequenzialmente di situazioni giuridiche, distinto e diverso dal fenomeno della loro avulsione, dirò così, violenta dal campo dei prodotti del commercio giuridico, ad opera del ritiro*" (così R. RESTA, *ult. op. cit.*, 12).

¹⁷² Come si avrà modo di esaminare nel prosieguo, infatti, un'ipotesi di ritirabilità *in bonam partem* potrebbe giustificarsi alla luce dell'esigenza di tutela di principi costituzionali.

¹⁷³ G. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939, *passim*.

¹⁷⁴ R. ALESSI, *ult. op. cit.*, 3.

poi, la rilevanza riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa alla motivazione del provvedimento e all'efficacia riconosciuta all'atto di secondo grado. Peraltro, con riguardo alla c.d. motivazione postuma del provvedimento amministrativo, la dottrina e la giurisprudenza paiono, concordemente, ritenere che, ove ammesso, il provvedimento postumo di motivazione debba essere qualificato quale atto di convalida, secondo quanto previsto dall'art. 21-*nonies*, comma 2, legge n. 241/1990¹⁷⁵.

Per ovvie ragioni di economia del lavoro non si può ritenere di entrare nella disputa relativa all'efficacia, pur eterogenea, degli atti di secondo grado; non può farsi a meno di notare, però, come la dottrina abbia tracciato un legame chiaro ed indissolubile tra i concetti di retrattabilità/irretrattabilità e retroattività/irretroattività dell'atto amministrativo. Da ciò consegue il generale intendimento circa la normalità dell'efficacia *ex nunc* dell'atto di ritiro ricavabile, tra l'altro, come messo in evidenza dalla letteratura, dalla "normalità della produzione giuridica"¹⁷⁶.

Siffatte circostanze, come noto, hanno riproposto, nella sua problematicità, l'annosa questione del fondamento giuridico di tale potere di secondo grado¹⁷⁷.

L'orientamento prevalente ha tradizionalmente ritenuto che il fondamento del potere di riesame dovesse essere ritenuto manifestazione dell'autotutela amministrativa. Verrebbe, cioè, in rilievo una peculiare ipotesi di autotutela decisoria, diretta alla risoluzione di "conflitti attuali o potenziali derivanti da precedenti provvedimenti [...]"¹⁷⁸. Come evidenziato in dottrina, l'opinione in esame è stata criticata da chi ha ricordato che, in realtà, mediante l'esercizio di tale po-

¹⁷⁵ La c.d. "*integrazione postuma*" della motivazione del provvedimento amministrativo è generalmente ammessa dalle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali che qualificano il vizio di motivazione quale "*vizio formale*", così deducendone l'applicazione del secondo comma dell'art. 21 *nonies* legge n. 241/1990. Al contrario, le contrapposte ricostruzioni che aderiscono alla qualificazione della motivazione quale requisito sostanziale, escludono l'applicazione del comma secondo dell'art. 21-*nonies*.

Non può omettersi in questa sede il richiamo alla ricostruzione unitaria operata V. LOPILATO, *op. cit.*, 795 ss. Si vedano poi G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss.; R. MUSONE, *Gli sviluppi sul divieto di motivazione postuma del provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 316 ss.

¹⁷⁶ Si è scritto che "[...] il ritiro *ex nunc*, infatti, può considerarsi ovviamente un caso di produzione giuridica in senso lato, in quanto esso contiene, come tutti gli atti di produzione, un comando rivolto all'avvenire, non già al passato. Ritiro *ex nunc*, infatti, significa eliminazione per l'avvenire della capacità produttiva dell'atto: l'atto di ritiro lascia integro il passato, non tocca gli effetti già prodotti dall'atto ritirato ed esso stesso produce un effetto proprio solo verso l'avvenire" (così R. RESTA, *ult. op. cit.*, 14).

¹⁷⁷ Per una autorevole e completa ricostruzione delle varie ricostruzioni dottrinali si veda R. CHIEPPA, *op. cit.*, 910 ss.

¹⁷⁸ R. CHIEPPA, *op. cit.*, 911 che riprende l'opinione espressa da F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa, I. Ricorsi amministrativi e giurisdizione ordinaria*, Vallardi, Milano, 1911, 450 ss.

tere di riesame, la Pubblica Amministrazione non tuteli sé stessa ma, al contrario, si preoccupi di tutelare un interesse pubblico¹⁷⁹.

Un ulteriore filone ricostruttivo, sostenuto da autorevole letteratura, ha ritenuto di dover individuare il potere di riesame nel potere, riconosciuto all'autorità amministrativa, di impugnare dinanzi a sé i provvedimenti emanati dalla medesima, secondo il modello della c.d. autoimpugnativa¹⁸⁰. L'esito logico di una tale impostazione interpretativa, come osservato, sarebbe stato quello di ritenere, ancora una volta, doverosa e non discrezionale l'eliminazione del provvedimento illegittimo¹⁸¹.

Si tratta di impostazioni che, a ben dire, presentano diversi profili di collisione con il principio di legalità.

La dottrina ha ricostruito lucidamente ed unitariamente questo passaggio argomentativo¹⁸².

Invero, l'orientamento che ha sostenuto la riconducibilità dei suddetti poteri nell'ambito del principio di autotutela decisoria configurava un potere autonomo come tale non collegato con il potere di primo grado e, evidentemente, destava maggiori perplessità avuto riguardo alla compatibilità col principio di legalità.

Come messo in evidenza, contrariamente a quanto appena evidenziato, la letteratura che riconnetteva l'adozione dei provvedimenti di riesame al carattere imperativo dei poteri di primo grado non presentava difficoltà interpretative nel senso di un aggancio meno problematico al tema della legalità.

La riforma operata dalla legge n. 241/1990 ha costituito un momento di importante riposizionamento sistematico. L'aver introdotto una disciplina unitaria dei poteri di riesame ha consentito di risolvere l'annosa problematicità della corretta individuazione del base normativa su cui fondare l'architettura dei poteri di ritiro.

Si è scritto, infatti, che il ricorso al problematico tema dell'autotutela, quale tentativo storico di ancorare la funzionalità dei poteri di ritiro, appare oggi "inutile" se solo si considera l'autotutela quale "privilegio dell'amministrazione"¹⁸³.

¹⁷⁹ V. LOPILATO, *op. cit.*, 904 che riprende la critica effettuata da G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969, 206 ss.

¹⁸⁰ Si tratta della ricostruzione operata da U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi illegittimi*, Carlo Cya, Firenze, 1939.

¹⁸¹ R. CHIEPPA, *ult. op. cit.*, 911.

¹⁸² V. LOPILATO, *op. cit.*, 905.

¹⁸³ R. CHIEPPA, *op. cit.*, 915.

7. *Melius re perpensa: la funzionalità dei provvedimenti di secondo grado rispetto alla buona amministrazione e al principio del risultato*

7.1. *Specificità dell'atto di ritiro: l'inopportunità del provvedimento amministrativo e la sua revoca. Lo spazio dell'errore nel diritto amministrativo*

L'atto di ritiro di un atto valido, efficace, ma inopportuno è tradizionalmente qualificato come "revoca"¹⁸⁴.

La funzione amministrativa, come si è visto, reca in sé il potere di emanare un provvedimento amministrativo di primo grado ed eventualmente di intervenire sul precedente dato giuridico, tra l'altro, revocandolo¹⁸⁵.

La revoca costituisce reazione all'inopportunità del provvedimento amministrativo, quale atto viziato nel merito¹⁸⁶.

L'inopportunità di esso, dunque, gemma da una condizione di mutabilità, sia delle circostanze di fatto che di quelle più strettamente giuridiche.

Le notazioni che seguiranno con riferimento all'istituto della revoca hanno lo scopo di individuare il nucleo primitivo di tale provvedimento di secondo grado, nonché quello, si aggiunge, di perimetrare osservazioni che si ritiene possano essere utili alla migliore focalizzazione dell'istituto, oggi, in un quadro normativo profondamento mutato.

Ciò senza pretendere di esaurire in siffatto contesto speculativo tutto quello che pure sarebbe da esporre sul tema. La sua ammissibilità, oltre alla esatta perimetrazione giuridica del suo nucleo costitutivo, è sempre stata oggetto di dibattito, soprattutto avuto riguardo alla diversa figura dell'annullamento d'uffi-

¹⁸⁴ Si veda bene R. RESTA, *ult. op. cit.*, 27.

¹⁸⁵ È chiaro su questo punto B.G. MATTARELLA, *ult. op. cit.*, 847.

¹⁸⁶ Le riflessioni più risalente sul tema devono essere ricondotte a L. RAGGI, *L'atto amministrativo e la sua revocabilità*, Città di Castello, 1904; ID., *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917; L. RAGNISCO, *Revoca ed annullamento degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1907, III, 280 ss.; ID., *Ricorso gerarchico e potere di riforma*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, II, 195 ss.; ID., *Sulla revoca delle deliberazioni delle amministrazioni straordinarie da parte delle ricostituite amministrazioni ordinarie degli enti locali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, II, 173 ss.; A. DE VALLES, *La revocazione degli atti amministrativi (in nota a Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 1919)*, in *Foro it.*, III, 1919; C. VITTA, *La revoca degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1930, IV, 1-24; S. ROMANO, *Revoca degli atti giuridici privati*, Cedam, Padova, 1935; L. BENEDICENTI, *La revoca, per ragioni di merito, di un atto amministrativo affetto da errore*, in *Foro amm.*, 1937, IV, 42-44.; R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1935; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1956; S. STAMMATI, L. REINALDI, *Revoca, revoca implicita, effetto abrogativo, abrogazione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1979, 1700, n. 7; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 1999; F. COSTANTINO, *La revoca del provvedimento*, in *L'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013; A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 2013; G. SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Giappichelli, Torino, 2014.

cio¹⁸⁷. Basti richiamare alla mente, infatti, i tentativi di individuare la portata del provvedimento di revoca nella nozione di “conformità al diritto”, quale ulteriore specificazione del canone di legittimità¹⁸⁸. Peraltro, la distinzione tra le due forme di ritiro del provvedimento di primo grado è stata fondata da certuni sull’elemento di carattere subiettivo, avuto riguardo al soggetto legittimato ad adottare l’atto di secondo grado, da altri è stata ancorata al dato obiettivo; dunque, alla diversa ragione che ne giustifichi la revoca¹⁸⁹.

Non paiono residuare dubbi, dopo la riforma del 2005, nel senso di una esatta perimetrazione tra le ragioni giuridiche, esternate mediante atti di ritiro, che possano condurre alla revoca piuttosto che all’annullamento, anche sotto il profilo, pur rilevante, dell’efficacia giuridica dei due atti¹⁹⁰. Peraltro, nulla osta a che un atto amministrativo illegittimo possa essere ritirato per motivi di convenienza, dunque di opportunità¹⁹¹. Non a caso è stato autorevolmente osservato come, d’altronde, l’illegittimità altro non sia che la massima delle inopportunità immaginabili¹⁹².

¹⁸⁷ Chiarisce in maniera chiara ed unitaria i diversi punti di differenziazione B.G. MATTARELLA, *ult. op. cit.*, 848.

¹⁸⁸ Questi tentativi sono chiariti da R. CHIEPPA, *ult. op. cit.*, 920. Avverte di questi tentativi già C. VITTA, *ult. op. cit.*, 1 il quale, allo stesso tempo, riferisce che già il Ragnisco avesse già avvertito la differenza tra le due ipotesi di ritiro dell’atto ma, avverte l’Autore, “[...] oggi fortunatamente la distinzione è entrata nell’uso comune, e si parla di revoca quando si intende di porre nel nulla un atto amministrativo per motivi di convenienza, di opportunità (per così detti motivi di merito), mentre si parla di annullamento quando si intende di porlo nel nulla per motivo di legittimità [...]”. Si veda pure quanto osservato da L. RAGGI, *ult. op. cit.*, 319.

¹⁸⁹ Si tratta di una osservazione riconducibili alle riflessioni di R. RESTA, *ult. op. cit.*, 45.

Si è scritto che “La prima, assumendo a discriminante il criterio subiettivo, ritiene che si abbia revoca quando l’atto viene ritirato dallo stesso soggetto che lo ha emanato; che si abbia, invece, annullamento quando l’atto è eliminato dal mondo giuridico da un soggetto diverso dall’autore. A tale opinione, che prescinde del tutto dai motivi obiettivi ne fa riscontro un’altra – dovuta essenzialmente alla dottrina italiana – per cui la distinzione basa appunto sul criterio obiettivo, prescindendo dai soggetti”.

¹⁹⁰ La revoca ha riguardo alle ragioni di merito e produce effetti *ex nunc*, senza determinare la rimozione degli effetti già prodotti; l’atto illegittimo, invece, è interessato dall’annullamento d’ufficio che, differentemente, produce effetti *ex tunc*. Sul tema dell’efficacia del provvedimento di revoca e di annullamento d’ufficio, cfr. B.G. MATTARELLA, *ult. op. cit.*, 847 ss. Con particolare riguardo all’istituto dell’abrogazione, che costituirebbe conseguenza del provvedimento di revoca, si veda E. CANNADA BARTOLI, voce *Abrogazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 158 ss.

¹⁹¹ Come osservato da C. VITTA, *ult. op. cit.*, 2 che conferma come tale intuizione sia riconducibile al Raggi. Sottolinea l’A. che “Tutto ciò non toglie che, e lo ha notato il Raggi, che possa essere revocato come inopportuno *ex nunc* anche un atto illegittimo, essendo evidentemente la illegittimità, di cui trattasi, la massima delle inopportunità, quando d’altronde per non sconvolgere troppo posizioni convalidatesi attraverso il tempo, anche se contrarie al diritto, l’autorità procedente all’annullamento ritenga conveniente di limitare gli effetti di questo dal giorno della pronuncia”.

¹⁹² Così C. VITTA, *ult. op. cit.*, 2. Vedi nota precedente.

L'atto di revoca ha quale effetto quello di togliere di mezzo, dunque porre nel nulla, una manifestazione di volontà amministrativa contenuta in una pregressa manifestazione provvedimentale. La revoca di siffatto provvedimento è giustificata, come autorevolmente osservato, da un *dovere di buona amministrazione*¹⁹³ che stimola una rivalutazione, una rinnovazione del “giudizio primitivo, diretta a constatare se, ove la differenza dei presupposti si fatto fosse stata conosciuta, essa avrebbe fin d'allora deciso nello stesso modo o altrimenti [...]”¹⁹⁴. La rivalutazione è un atto puramente discrezionale, non essendo prospettabile un diritto del cittadino alla revoca del pregresso provvedimento amministrativo, ciò in quanto “[...] l'Amministrazione può sempre apprezzare l'interesse pubblico che esiga il ritiro, in confronto ad un altro interesse pubblico che esiga conservazione, e può dar la prevalenza a questo su quello [...]”¹⁹⁵.

La revoca costituisce il campo di emersione, nel diritto amministrativo, della disciplina dell'errore¹⁹⁶. Ciò, a tutta evidenza, costituirebbe un principio “logico e morale che aleggia su tutto l'ordinamento giuridico dei popoli civili”¹⁹⁷.

¹⁹³ Corsivo dell'autore.

¹⁹⁴ A. DE VALLES, *La revocazione degli atti amministrativi* (in nota a Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 1919), cit., 181.

¹⁹⁵ *Ivi*, 183. Scrive l'A. “L'annullamento invece, cioè il ritiro di un atto per motivi di legittimità, non è neppure un atto discrezionale; e perciò l'Amministrazione, accertato il vizio giuridico di un atto, può soltanto annullarlo: solo, se ricorrono speciali motivi di interesse pubblico, essa può confermare l'atto invalido, correggendo l'errore, e rifacendolo nello stesso modo: ma quest'atto, come tutti gli atti di ratifica, deve essere privo tanto dei vizi che affliggevano il primo, quanto i vizi nuovi”.

La discrezionalità che connota l'atto di revoca può ritenersi convincimento pacifico in dottrina ed in giurisprudenza. Anche di recenti si veda Cons. Stato, sez. III, 28 giugno 2019, n. 4461 che ha affermato che “A differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca esige, infatti, solo una valutazione di opportunità, seppur ancorata alle condizioni legittimanti dettagliate all'art. 21 quinquies l. cit. (e che, nondimeno, sono descritte con clausole di ampia latitudine semantica), sicché il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso ad un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente. Con riferimento alla procedura di gara deve premettersi, in via generale, che mentre la revoca resta impraticabile dopo la stipula del contratto d'appalto, dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso [...]”. In questi termini anche Cons. Stato, sez. III, 17 febbraio 2021, n. 1455 e Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026 secondo cui “a differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca esige, infatti, solo una valutazione di opportunità, seppur ancorata alle condizioni legittimanti dettagliate all'art. 21-quinquies l. cit. (e che, nondimeno, sono descritte con clausole di ampia latitudine semantica), sicché il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente”.

¹⁹⁶ Sull'errore nel diritto amministrativo è doveroso il rinvio agli scritti di L. BENEDICENTI, *L'errore come vizio dell'atto amministrativo*, Soc. editoriale italiana, Cagliari, 1935; L. RAGGI, *Diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1933, 199; F. CAMMEO, *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1913, III, 139 ss.; *Id.*, *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1907, III, 105; L. RAGNISCO, in *Foro it.*, 1907, III, 299 ss.

¹⁹⁷ Così A. DE VALLES, *ult. op. cit.*, 178.

I due ambiti sistemici – quello relativo alla revoca quale forma di reazione dell'ordinamento amministrativo e quello afferente all'ambito dei 'motivi' – hanno evidentemente conosciuto importanti forme di interferenza, anche problematici, soprattutto nell'ambito delle ricostruzioni risalenti alla ricostruzione del provvedimento amministrativo quale negozio giuridico di diritto pubblico¹⁹⁸. Non è superfluo sottolineare, in questa sede, come il campo d'elezione di questa ricostruzione abbia riguardo propriamente il vizio dell'eccesso di potere¹⁹⁹ e, precisamente, la fenomenologia più strettamente connesse alla volontà amministrativa²⁰⁰.

A parere di chi scrive pare che oggi si stia assistendo, più o meno passivamente, ad un recupero di tendenze ricostruttive che si pensava esser state abbandonate da tempo immemore ma che, al contrario, paiono rivestire un ruolo assolutamente rilevante nella ricostruzione dogmatica di taluni istituti.

Fra questi, indubbiamente, rientra l'istituto della revoca degli atti amministrativi.

Con riferimento propriamente alla revoca degli atti amministrativi si è osservato come il pubblico interesse di cui è intrisa la norma attributiva del potere pubblico si ripercuota, inevitabilmente, sullo "schema strutturale" dell'atto amministrativo condizionando, primariamente, proprio la causa dell'atto medesimo. Da queste premesse, dunque, è stata tratta la conseguenza per la quale un soggetto istituzionalmente investito della cura dell'interesse pubblico non possa perseguire "scopo concreto che non coincida con il pubblico interesse"²⁰¹. Conseguenza logica, evidentemente, se solo si ritenga di non prendere in prestito la categoria civilistica del negozio indiretto, laddove, in tal senso, ben potrebbe ammettersi che, con atti amministrativi ulteriori rispetto a quello principale, la P.A. persegua scopi diversi da quello consacrato nell'interesse pubblico primario. Si potrebbe ipotizzare, in via di prima approssimazione, di una *traslatio* dell'istituto civilistico della frode alla legge²⁰².

Su questo versante appare doveroso il richiamo ai motivi dell'atto amministrativo²⁰³. Causa e motivo dell'atto amministrativo non sempre sono stati indi-

¹⁹⁸ Sull'atto amministrativo e, nello specifico, sulla ricostruzione dell'atto amministrativo quale negozio giuridico di diritto pubblico si vedano le riflessioni di M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 157-196.

¹⁹⁹ Sull'eccesso di potere si veda, fra tutti, P. GASPARRI, voce *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 124-135.

²⁰⁰ Per una ricostruzione recente del vizio dell'eccesso di potere si veda V. LOPILATO, *op. cit.*, 862 ss.

²⁰¹ R. RESTA, *ult. op. cit.*, 65.

²⁰² Sulla c.d. "frode alla legge", a livello enciclopedico, si veda G. GIACOBBE, *Frode alla legge*, voce, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 73-89.

²⁰³ Il richiamo doveroso è a R. ALESSI, *op. cit.*, *passim*.

viduati con facilità dagli interpreti²⁰⁴. È vero, infatti, come la dottrina d'un tempo tentò di influenzare la ricostruzione dommatica della teoria del provvedimento amministrativo con la diatriba dottrinale civilistica sulla causa e sui motivi²⁰⁵. E pure, come si è ammonito, tali ricostruzioni di stampo civilistico appaiono "inservibili per il provvedimento amministrativo"²⁰⁶.

Senonché, la ricostruzione volontaristica del provvedimento amministrativo, soprattutto in una trattazione che aspiri ad analizzare criticamente l'istituto della revoca con riguardo al risultato amministrativo, sembra farsi apprezzare per gli indubbi profili di fascino che è in grado di irradiare.

Causa e motivi, allora, sembrano configurarsi su piani strettamente autonomi ma connessi²⁰⁷.

Con riguardo alla revoca dell'atto amministrativo è noto come la pubblica amministrazione debba, prima dell'adozione del provvedimento amministrativo, avere riguardo al piano fattuale e giuridico nel quale detto provvedimento si inserisce. Ciò renderebbe evidente una condizione di suscettibile duttilità dell'atto amministrativo proprio in quanto quest'ultimo "è bensì fisso e certo, ma subordinato nella sua consistenza a condizioni di legittimità e di opportunità"²⁰⁸. Tali condizioni, come autorevolmente notato, sarebbero tali da poter essere accostate a vere e proprie "condizioni potestative"²⁰⁹. Ben potrebbe accadere che la Pubblica Amministrazione adotti un provvedimento ritenendo che sussistano

²⁰⁴ Rende evidenza di queste difficoltà M.S. GIANNINI, *ult. op. cit.*, 176.

²⁰⁵ *Ibidem*. Scrive l'A. "Può sembrare che così dicendo si siano anticipate delle conclusioni, tralasciando il dibattito dottrinale autosì. Il fatto è che il lungo dibattito, visto alla distanza, appare largamente sfasato: la dottrina amministrativistica infatti trasportò dal negozio al provvedimento la diatriba sulla causa e sui motivi, mutandone il contenuto ma riproducendone le posizioni; e così si parlò, dai meno recenti autori (PRESUTTI, D'ALESSIO) di intento immediato e di intento ulteriore di cura del pubblico interesse, nel quale starebbe la causa; poi di motivi di ordine remoto, irrilevanti, di motivi più vicini, che potrebbero anche esser rilevanti, di motivo o fine immediato, nel quale starebbe la causa (RANELLETTI, ma soprattutto l'ottimo, per i suoi tempi, studio del FORTI); oppure anche di scopo pratico assunto come tipico dalla norma (BODDA) o infine di potere tipico (VIRGA)".

²⁰⁶ M.S. GIANNINI, *ult. op. cit.*, 176 secondo il quale "è stato spiegato (GIANNINI) che mentre il soggetto privato, esercitando la sua autonomia privata, ha un potere virtualmente illimitato di configurare ipotesi precettive, onde l'ordinamento deve trovare un compenso nella prefissione di schemi tipici entro i quali di volta in volta inserire le fattispecie volute, ai fini, più che della tutela in sé, dei limiti e del contenuto della tutela medesima".

²⁰⁷ R. RESTA, *ult. op. cit.*, 67, secondo il quale "Causa e motivi restano ciascuno nel proprio campo: la causa discende dalla norma giuridica, i motivi provengono dalla volontà. Se non che, l'influenza del pubblico interesse, nel diritto amministrativo, non solo permette di controllare l'elemento causale dell'atto (come accade nel diritto privato), ma consente altresì la verifica dell'elemento volitivo oltre che nei suoi rapporti finali con la norma, con la causa e con l'oggetto [...] soprattutto – ed è questo l'aspetto peculiare del diritto amministrativo – nel suo processo formativo, cioè nei singoli motivi determinanti".

²⁰⁸ A. DE VALLES, *op. cit.*, 180.

²⁰⁹ *Ibidem*.

siffatte condizioni, di fatto o di diritto, avvedendosi, solo in successivo momento, dell'inesistenza di dette circostanze.

Si tratta, invero, di una circostanza da sempre al centro degli studi della dottrina²¹⁰.

Adunque, l'errore, quale patologia della fenomenologia volontaristica della Pubblica Amministrazione, può ricadere su diversi elementi che connotano l'*iter* formativo del provvedimento amministrativo; cosicché, se l'errore ricade su un "presupposto essenziale per la determinazione della volontà della pubblica amministrazione" e non, al contrario, su un presupposto ritenuto necessario perché possa addivenirsi alla emanazione dell'atto, l'Autorità pubblica potrà revocare per motivi di opportunità siffatta manifestazione provvedimentale²¹¹. Pertanto, l'errore che ricada sulla valutazione subiettiva dei presupposti del provvedimento, si è osservato, "non è solo vizio della volontà" ma, in aggiunta, lo stesso ha condotto ad un "difetto di merito del provvedimento e non ad un vizio di legittimità dello stesso"²¹².

La rilevanza dei presupposti, ancora una volta, è centrale nel negozio giuridico, nonché nella ricostruzione dommatico dell'istituto della presupposizione²¹³.

La presupposizione riveste indubbie connessioni sistematiche tanto da aver suscitato una pluralità di ricostruzioni dottrinali che sembrano caratterizzarsi per la loro eterogeneità. Com'è stato evidenziato, infatti, il problema della presupposizione è ancora aperto²¹⁴. Non è questa la sede per soffermarsi *funditus* sugli aspetti più problematici che suscita la presupposizione, ancora per alcuni irrisolti.

È utile, però, mettere in rilievo come l'istituto *de quo*, la cui rilevanza giuridica è pure negata da una parte della letteratura²¹⁵, fondi il proprio nucleo concet-

²¹⁰ Si veda, tra gli altri, l'autorevole contributo di L. BENEDICENTI, *La revoca, per ragioni di merito, di un atto amministrativo affetto da errore*, cit., 42.

²¹¹ È d'obbligo il rinvio a L. BENEDICENTI, *ult. op. cit.*, 42.

²¹² *Ivi*, 43.

L'A. avverte dell'esistenza di un contrario orientamento dottrinale secondo il quale l'errore non possa condurre ad una revoca per merito, configurandosi, dunque, quale vizio che dà luogo alla nullità dell'atto amministrativo.

²¹³ Sull'istituto della presupposizione si rinvia, senza pretesa di esaustività, agli scritti di C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, Padova, 1992; V. PIETROBON, voce *Presupposizione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, 1991, 340 ss.; M. SERIO, voce *Presupposizione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, 294 ss.; M. BESSONE, A. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 326-351; F. GIRINO, *Presupposizione*, in *N. Dig. it.*, XIII, 1966, 775 ss.; V.E. CANTELMO, *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Giuffrè, Milano, 1969; C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Giappichelli, Torino, 2005.

La prima elaborazione in dottrina della presupposizione si deve a B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Jovene, Düsseldorf, 1982.

²¹⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Giuffrè, Milano, 2019, 422.

²¹⁵ Una parte della letteratura, infatti, ritiene di non riconoscere rilevanza alla presupposizione

tuale proprio sulla rilevanza dei presupposti, tanto da averne ispirato una delle diverse ricostruzioni interpretative²¹⁶, soprattutto con riferimento ai profili di natura rimediabile.

La presupposizione nell'ambito di rilevanza amministrativistica ha orientato quella letteratura intenta a individuare il punto di discriminazione, del tutto fondamentale, tra l'istituto della condizione e quello, appunto, della presupposizione.

È appena il caso di ricordare, infatti, che a parere della succitata letteratura, la presupposizione costituisce la giustificazione obiettiva del provvedimento, quale "complesso di circostanze, senza la presenza e la permanenza delle quali lo scopo perseguito dal negozio non può essere raggiunto"²¹⁷. Posto che la "causa" del provvedimento risulta essere la volontà della norma, l'eventualità di un sopraggiungere di una "divergenza tra causa e la base di un atto amministrativo" può condurre ad un "venire meno" dell'atto amministrativo, determinando la sua revoca²¹⁸.

7.2. La rivalutazione di opportunità del risultato nell'operazione amministrativa e l'eclissi del merito nella giurisprudenza amministrativa

Quanto sin qui osservato relativamente alla rilevanza del dogma dell'inesauribilità del potere pubblico conduce, in questa sede, ad interrogarsi sulla rilevanza del principio del buon andamento avuto riguardo, tra l'altro, ad una delle sue manifestazioni costituita dal principio del risultato.

Si deve comprendere se la Pubblica Amministrazione, per la tutela dell'interesse pubblico cui è istituzionalmente preposta, possa disporre di tutti gli strumenti legalmente previsti. Se, in definitiva, essa possa disporre di un potere pubblico per ciò solo inesauribile.

intesa quale "condizione non sviluppata". Si tratta dell'opinione di F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1957. Altra parte della letteratura riconduce l'istituto in oggetto sul piano dei motivi, dunque privo di alcuna rilevanza giuridica (C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generali*, Vallardi, Milano, 1961).

²¹⁶ È nota la ricostruzione di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 421ss.

Occorrere operare una distinzione tra presupposti specifici e generali del contratto. Cosicché "Presupposto specifico del contratto può anche essere una circostanza futura, che le parti danno per scontata pur se non sia obiettivamente certo il suo accadimento, come nel segnalato caso dell'ottenimento del finanziamento pubblico assunto quale presupposto della vendita la rilevanza di tale circostanza quale presupposto del contratto deve comunque sempre risultare dal contratto".

Il rimedio contemplato dal Bianca è quello del recesso. In questi termini l'A.: "Il venire meno della presupposizione non importa come tale l'automatica risoluzione del contratto ma il rimedio del recesso unilaterale esperibile dalla parte per la quale il vincolo contrattuale è divenuto intollerabile o inutile" (C.M. BIANCA, *op. cit.*, 425).

²¹⁷ In questi termini R. RESTA, *ult. op. cit.*, 71.

²¹⁸ *Ibidem*.

Non si tratta, invero, di assecondare tendenze “autoritarie” di cui si è già ampiamente discusso, quanto di comprendere se valori e principi di risonanza costituzionale possano prospettare, come osservato dalla dottrina, una “giustificazione razionale di soluzioni quali l’inesauribilità del potere”²¹⁹.

Il principio di buon andamento – di cui, come si è detto, il principio del risultato ne costituisce l’ossatura portante – permea dal profondo l’attività della Pubblica Amministrazione, investendo il funzionamento nel suo complesso²²⁰.

Tale assunto è stato di recente confermato dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha chiarito che, qualificandosi “valore dominante del pubblico interesse”, il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento²²¹.

La Corte Costituzionale, infatti, ha sempre rimarcato come detto principio debba caratterizzare ed ispirare non solo l’organizzazione dell’amministrazione²²², quanto soprattutto le relazioni della stessa con altri soggetti. Il perseguimento del buon andamento giustifica il ricorso a “strumenti diversi, egualmente efficaci, la cui scelta è rimessa, nei limiti della ragionevolezza, alla discrezionalità del legislatore”²²³.

Si badi, poi, all’affermazione secondo cui il principio *de quo* costituirebbe “criterio di congruenza e non di arbitrarietà della disciplina posta in essere in relazione al fine che si vuol perseguire”²²⁴. È insita, in tale affermazione, la por-

²¹⁹ In questi termini M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 171.

²²⁰ Si tratta di un principio ampiamente chiarito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale. Sul punto si veda *ex multis* Corte Cost. n. 40/1998.

²²¹ Cons. Stato, sez. VII, 18 giugno 2024, n. 5789.

Con riguardo alla vicenda oggetto della pronuncia, il Collegio osserva che “[...]l’eccessiva “rigidità” della piattaforma informatica approntata per la presentazione delle offerte, unita all’eccessivo “formalismo” con cui la stazione appaltante ha gestito la gara, arrestata sul nascere, abbiano nella sostanza frustrato i riportati principi che, val bene ricordarlo, sebbene codificati soltanto con il decreto legislativo n. 36 del 2023, non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, rappresentano comunque principi già immanenti dell’ordinamento”.

²²² G. SALA, *Organizzazione e attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. e soc.*, 1998.

²²³ Corte Cost. n. 40/1998. Si veda anche Corte Cost. n. 135/1998 e n. 103/1993.

²²⁴ Corte Cost. n. 331/1988.

Nella sentenza in oggetto, con riguardo alla specifica questione affrontata dalla pronuncia, la Corte Costituzionale, in un passaggio motivazionale, ha chiarito che “*In un’amministrazione nella quale aumentano le zone d’ombra del principio di legalità e si manifesta fortemente l’esigenza di consistenti settori di delegificazione; nella quale la complessità dell’organizzazione e la qualità e quantità dei servizi da erogare possono esser adeguatamente risolte soprattutto con il riconoscimento di un’ampia discrezionalità dei funzionari più elevati e di una più spiccata capacità manageriale degli stessi; e nella quale le accresciute responsabilità dei massimi dirigenti amministrativi richiedono forme organizzative nuove e non più riassumibili in toto nei classici dogmi della responsabilità politica (ministeriale o assessorile), in un’amministrazione del genere la previsione di un rapporto fiduciario tra i dirigenti di vertice dell’amministrazione regionale e gli organi di Giunta sarebbe tutt’altro che in contrasto, se assistito da idonee modalità che garantiscano un adeguato livello di competenza e di*

tata concettuale espressa dal principio del risultato. In questo senso l'inesauribilità del potere è garanzia di effettività degli interessi costituzionali, resa tale, tra l'altro, dalla facoltà affidata alla Pubblica Amministrazione di curare l'interesse pubblico secondo la fisionomia del potere di cui si è discorso precedentemente. In questo quadro, dunque, primo grado e secondo grado dell'esercizio provvedimentale del potere amministrativo consentirebbero un costante ed attento vaglio della condizione di effettività della tutela pubblica dell'interesse costituzionalmente garantito.

Particolare rilevanza deve essere riconosciuta al principio di continuità dell'azione amministrativa, non fosse altro che lo stesso fondamento dogmatico del potere di autotutela dovrebbe essere individuato nella continuità assicurata al potere pubblico²²⁵.

La continuità, peraltro, quale condizione storica di una situazione di fatto o diritto è trasversale nella scienza giuridica se solo si pensa, a scopo esemplificativo, alla rilevanza ad essa attribuita in sede di tutela della situazione possessoria²²⁶.

L'esigenza di assicurare una tutela costante a determinate situazioni giuridiche o a determinati interessi pubblici (costituzionalmente garantiti) determina una trasmigrazione dall'area della discrezionalità all'area della doverosità di siffatte iniziative provvedimentali²²⁷. Tale considerazione è consustanziale al principio di doverosità che governa talune forme di attività amministrativa²²⁸, la cui cogenza, peraltro, difficilmente si concilia, se non con un'incessante e complicata attività di bilanciamento, avuto riguardo alla relazionalità del potere pubblico con gli interessi secondari²²⁹, secondo il principio del pluralismo degli interessi²³⁰. Ciò espri-

professionalità dei prescelti, con il principio del buon andamento sancito dall'art. 97 della Costituzione" (Considerato in diritto n. 3.2).

²²⁵ Su questo aspetto cfr. R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *Federalismi.it*, n. 23/2017.

²²⁶ A livello enciclopedico sul possesso si veda R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 491-519.

Si veda anche C.M. BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, VI, Giuffrè, Milano, 2017, 539 ss.

²²⁷ G. ARENA, *Valori costituzionali e ruolo dell'amministrazione*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, I, Giuffrè, Milano, 1993, 5-6; S. CASSESE, A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione*, Bologna, 1993; O SEPE, *La pubblica amministrazione nella Costituzione*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1994; L. TORCHIA, *Le norme costituzionali sull'attività*, in *La pubblica amministrazione nella costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di Studi di Scienze dell'amministrazione, Giuffrè, Milano, 1995.

²²⁸ Sul principio di doverosità si veda approfonditamente l'opera di F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005, 1 ss.

Si veda poi l'importante contributo di A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 54.

²²⁹ Sia nuovamente consentito il rinvio a F. GOGGIAMANI, *ult. op. cit.*, 78 ss.

L'A. osserva come la doverosità della Pubblica Amministrazione incontri limiti importanti avuto riguardo alla sussistenza di interessi secondari che complicano "l'iter di esplicazione" del-

me l'esigenza di comporre eventuali conflitti che con tale canone costituzionale potrebbero sorgere, "essendo preminente l'esigenza di realizzazione del fine pubblico e non potendosi, in ragione delle regole che ne disciplinano l'iter, pregiudicare l'obiettivo"²³¹.

Dunque, se vi è doverosità occorre domandarsi se, contrariamente a quanto tradizionalmente sostenuto, possa configurarsi un "diritto all'autotutela". Si tratta, evidentemente, di esiti interpretativi che mal si concilierebbe con il carattere intrinsecamente discrezionale del potere di autotutela decisoria.

In questo setto argomentativo trova pacifica collocazione l'annosa problematicità del fondamento teorico degli atti di autotutela, specialmente della revoca per ragioni di inopportunità della decisione amministrativa²³².

In generale, con riferimento all'esercizio del potere di autotutela la giurisprudenza amministrativa ha recentemente chiarito che, nell'ambito della discrezionalità tipica del potere di secondo grado, occorre prioritariamente tenere conto del principio del risultato, dovendo, pertanto, ritenersi implicita l'esistenza di una preferenza ordinamentale per le scelte dell'amministrazione che siano funzionali al raggiungimento degli obiettivi²³³. Al contrario, qualora le esigenze dettate dall'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023 risultino essere disattese o, comunque, "frustate", consegue un irrobustimento del relativo onere motivazionale.

Se così è, allora, occorre comprendere se ed in che modo l'esercizio del potere di revoca possa giustificarsi per l'inopportunità sopravvenuta o originaria del risultato amministrativo.

Ritenere non revocabile in linea teorica il provvedimento amministrativo contrasterebbe con quella che la letteratura sul punto ha qualificato come "elasticità o flessibilità" dell'azione amministrativa²³⁴. Anzi, l'aver identificato chiaramente l'obbligo di cura di un interesse pubblico concreto²³⁵, nonché la sua

l'esercizio discrezionale del potere pubblico. In questo senso – ed è questa un'affermazione di rilevante impatto sistematico – la valorizzazione dell'emersione di tali ulteriori interessi determina una sostanziale rivalutazione della doverosità per come emergente sul piano del solo interesse pubblico primario, ciò in quanto, in controtendenza rispetto alle originarie ipotesi ricostruttive, siffatto approccio rischierebbe di appalesarsi in termini di parzialità, "rischiando di svilire le pretese dei singoli" (così F. GOGGIAMANI, *ult. op. cit.*, 79).

²³⁰ Sul punto si rinvia alle riflessioni iniziali in relazione alla fisionomia del rapporto giuridico di diritto pubblico.

²³¹ In questi termini, F. GOAGGIAMANI, *ult. op. cit.*, 85.

²³² Sul punto si vedano le autorevoli considerazioni di M. IMMORDINO, *ult. op. cit.*, 79 ss.

²³³ In questo senso si veda T.A.R. Sicilia, sez. I, 27 maggio 2024, n. 1962.

²³⁴ In questi termini M. IMMORDINO, *ult. op. cit.*, 82.

²³⁵ L'obbligo di cura rimanda alla categoria dogmatica civilistica dei c.d. obblighi di protezione e del rapporto di questi con i contrapposti obblighi di prestazione. Sul punto, senza pretesa di esaustività, si rinvia alle opere di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le*

realizzazione, fonda un “dovere di buona amministrazione” volto a conseguire un risultato sostanziale, in conformità, come evidenziato in dottrina, del principio costituzionale di buon andamento dell’azione amministrativa²³⁶.

In definitiva, la garanzia del soddisfacimento dell’interesse pubblico non si esaurisce in astratto con l’attribuzione della sua cura ad un ente istituzionalmente preposto, ma richiede la realizzazione del risultato cui l’azione amministrativa risulti essere preordinata, ciò in conformità alla causa giuridica che connota la norma attributiva del potere amministrativo²³⁷.

Si tratta, in definitiva, di un passaggio concettuale e logico che verrà ripreso nel prosieguo con riferimento alla nozione di causa in concreto.

Così individuate le questioni che da sfondo colorano l’inesauribilità del potere pubblico in raffronto con l’opportunità del provvedimento amministrativo, occorre, allo stesso tempo, avvertire il lettore che non tutto è come sembra.

7.3. *L’eclissi dell’opportunità. Un nuovo merito amministrativo alla ricerca del risultato quale “causa in concreto” del provvedimento amministrativo*

L’esigenza di giungere a conclusioni “costruttive” e “ricostruttive” sollecita una riflessione intorno a quel fenomeno, del tutto peculiare, che potrebbe essere qualificato come “eclissi del merito”.

Il dato da cui originano le riflessioni, come si è scritto, è di matrice giurisprudenziale²³⁸⁻²³⁹.

Tali considerazioni, infatti, aspirano ad essere un momento di sintesi, di slancio verso nuove prospettive dogmatiche. I recenti arresti giurisprudenziali di cui si darà evidenza, nella loro portata concettuale, esprimono, invero, esiti in-

ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Giuffrè, Milano, 1995, 191 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europea e dir. priv.*, 2011; A. DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 5 ss.; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 109 ss.; M. FEOLA, *Il rapporto obbligatorio al confine tra contratto e torto*, in M. FEOLA, *Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino*, Studi, 12, 2023, 1-29,

²³⁶ M. IMMORDINO, *ult. op. cit.*, 83.

²³⁷ Sui limiti all’inesauribilità del potere pubblico si veda nello specifico M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 172 ss.

²³⁸ Sull’impatto della codificazione del principio del risultato nella più recente giurisprudenza amministrativa si veda la ricostruzione fornita da M.R. SPASIANO, *Dall’amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 9, 2024, 206-224.

²³⁹ Sulla ricostruzione dei menzionati arresti giurisprudenziali si veda, in questo Volume, quanto osservato da S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, 23 ss.

terpretativi che già la dottrina anni or sono aveva evidenziato con lucidità²⁴⁰.

Si tratta di individuare – come già evidenziato in apertura – le caratteristiche proprie del rapporto che lega il principio del risultato, oggi oggetto di una specifica codificazione normativa, e la legalità strettamente intesa²⁴¹.

In questo senso, dunque, a parere della più recente giurisprudenza il principio del risultato, lungi dal porsi in una condizione di antitetica relazionalità, pare, al contrario, concorrere ad integrare il paradigma normativo del provvedimento²⁴².

Sul piano giurisdizionale, tale integrazione renderà inevitabile un allargamento del perimetro di giustiziabilità delle scelte amministrative determinando, come osservato, un transito “nell’area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che si pensava attenessero al merito [...]”²⁴³.

Si tratta, invero, di intuizioni che nel loro nucleo essenziale sono riconducibili (tra gli altri) al pensiero di Renato Laschena²⁴⁴.

²⁴⁰ Si è scritto “[...] le prime sentenze del giudice amministrativo segnano la sua innegabile tendenza a dare immediata attuazione ai principi del codice e, tra questi, a quello del risultato. Inoltre, è proprio il bilanciamento tra principi quello che chiama il giudice ad operare con attenzione induttiva, analizzando le singole vicende senza evocare parametri generali di riferimento. Insomma, si apre una nuova stagione amministrativa ma anche una nuova stagione giurisdizionale, nelle quali l’attenzione alla norma non potrà prescindere dalla sua contestualizzazione anche in relazione al risultato, quello previsto dalla norma, conformato nella regola del caso fissata dall’amministrazione, perseguito mediante l’esercizio dell’attività e poi materialmente conseguito” (in questi termini M.R. SPASIANO, *ult. op. cit.*, 227).

²⁴¹ M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003, spec. 80 ss. Si vedano anche A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invaldità e risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 79 ss.; A. POLICE, *Amministrazione di “risultati” e processo amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 101 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell’azione amministrativa*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 87 ss.

²⁴² Da un’analisi del quadro giurisprudenziale emerge come il merito di queste affermazioni debba essere ricondotto per primo a Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866; si veda anche Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2023, n. 11322. In posizione adesiva si veda Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2024, n. 3985.

²⁴³ In questi termini si veda Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866. In chiave adesiva si veda T.A.R. Lombardia, sez. IV, 11 giugno 2024, n. 1765; T.A.R. Toscana, sez. II, 23 aprile 2024, n. 493; T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I, 21 giugno 2024, n. 168; T.A.R. Molise, sez. I, 20 maggio 2024, n. 159.

Sul punto si veda anche il recente contributo di S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 669 ss.

²⁴⁴ Sul punto si rinvia alla lettura della prolusione di R. Laschena, Presidente del Consiglio di Stato, in occasione dell’inaugurazione dell’Anno Accademico 1997-1998 della Scuola Superiore dell’Amministrazione dell’Interno (Roma, 6 novembre 1997).

Si legge: “La legittimità, come parametro del controllo giudiziale sull’azione amministrativa, è ormai da tempo ridefinita ben oltre gli angusti e tradizionali confini del canone di legalità e del con-

È lo stesso parametro di legittimità a subire importanti riposizionamenti quanto alla sua eterointegrazione.

Siamo ormai lontani dai tempi in cui la dottrina concludeva così: “è astrattamente possibile che il legislatore stabilisca di inglobare nella previsione normativa, rendendolo un elemento costitutivo della fattispecie giuridica, con la conseguente inclusione nella valutazione di legittimità e con il successivo sindacato giurisdizionale sulla sua realizzazione”²⁴⁵. Ed ancora, in termini più chiari, si affermava che, alla luce del precedente quadro normativo, non sarebbe stato possibile concludere nel senso di una “rilevanza giuridica diretta” del risultato quanto, piuttosto, di una potenziale rilevanza “indiretta, mediata e occasionale”²⁴⁶. Ciò, evidentemente, si sarebbe potuto apprezzare in tutti in casi in cui “il conseguimento e la soddisfazione dell’interesse pubblico comunque sono presi in considerazione dalla legge, come elemento costitutivo di una qualche fattispecie giuridica”²⁴⁷.

Ed allora, in coerenza con le riflessioni che hanno preceduto, ci si chiede se e come i poteri di secondo grado possano evidentemente risentire di siffatta nuova articolazione delle scelte di risultato.

Se si sostiene, infatti, che il risultato amministrativo quale “causa in concreto” del provvedimento amministrativo ma, prima ancora, causa in concreto dell’“operazione amministrativa” non si collochi sul piano dell’opportunità, ma al contrario, contribuisca a nutrire il parametro di legittimità, è evidente come, anche sul piano dei provvedimenti di secondo grado, appaiono indubbi gli sconvolgimenti interpretativi.

seguito accertamento della corrispondenza fra volontà espressa con la legge e volontà espressa con l'atto amministrativo.

Il punto cruciale di tale opera di ridefinizione sta nel riconoscimento dell'esistenza, nell'ordinamento, di fonti diverse, ulteriori e a volte sovraordinate alla legge, dalle quali non si può prescindere per la ricostruzione e la stessa identificazione del parametro di legittimità.

Un ordinamento aperto, nel quale, accanto alla legge, operano, per tacer d'altro, le norme costituzionali, il diritto comunitario e i principi generali – espressi e inespressi e spesso richiamati dall'interprete mediante l'elaborazione di standard giudiziali – è un ordinamento la cui articolazione può essere spiegata e ordinata solo se si segue a pieno, e consapevolmente, il percorso che porta dal principio di legalità alla règle de droit.

In questo quadro, l'azione amministrativa è concepita non più soltanto come espressione di volontà, ma come attività conoscitiva, di valutazione e di scelta, diretta al raggiungimento di un fine mediante la predisposizione dei mezzi più idonei al perseguimento degli obiettivi e dei risultati previsti.

Mutato, di conseguenza, gli elementi costitutivi del parametro di legittimità, la cui identità è delineata dai principi, sempre più frequentemente richiamati anche da leggi recenti, che presuppongono e richiedono, da un lato, un'azione amministrativa finalizzata al raggiungimento di risultati e, dall'altro, che tali risultati siano perseguiti con il miglior uso possibile delle risorse disponibili”.

²⁴⁵ S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazioni di risultato*, cit., 47.

²⁴⁶ *Ivi*, 47-48.

²⁴⁷ *Ibidem*.

Un sottile collegamento tra l'esercizio dei poteri di autotutela ed il risultato amministrativo è stato colto da citata letteratura che, pur in un quadro normativo differente, osservava come l'interesse pubblico sotteso all'esercizio dell'annullamento d'ufficio, che legittima il ricorso a siffatto potere di autotutela, possa coincidere, talvolta, con l'opportunità della permanenza dell'atto medesimo che, pur illegittimo, "abbia attinto un buon risultato"²⁴⁸. Si concludeva, dunque, che in una fattispecie di tal fatta "interesse pubblico all'annullamento e 'risultato amministrativo' vengono a coincidere e quest'ultimo – anche se in via mediata, indiretta e occasionale – rientra fra gli elementi costitutivi della fattispecie normativa"²⁴⁹.

Tornando brevemente a quanto osservato in apertura, il transito, cui è dato assistere, dall'area del merito all'area della legittimità comporta un sostanziale riposizionamento del risultato, soprattutto riguardo alla matrice originaria dello stesso, strettamente riconducibile, come anticipato, al principio del buon andamento, campo d'elezione delle regole di "buona amministrazione"²⁵⁰.

La valutazione del risultato amministrativo, dunque, non sarebbe più questione di "merito", quanto di "legittimità" dell'azione amministrativa.

Almeno così sembrerebbero concludere gli ultimi approcci giurisprudenziali al tema.

Ma la questione non è chiusa, anzi.

Ancorare al principio di legalità strettamente inteso il nucleo più intrinsecamente connesso al risultato amministrativo significherebbe scardinare secoli di pregevole riflessione giuridica, oltre che influire vistosamente sulla portata pre-cettiva del principio di determinatezza che, pur con differenti gradi, governa le diverse aree della scienza giuridica²⁵¹.

Si determinerebbe una definitiva rottura con quella linea dogmatica, citata in precedenza, che autorevolmente aveva affermato come il principio di opportunità costituisse una "misura dell'azione rispetto al suo risultato" cosicché, dunque, l'ambito di incidenza delle regole di buona amministrazione dovesse essere apprezzato con riguardo al contenuto dell'azione, "nel senso della sua appropriata adeguatezza rispetto al risultato"²⁵².

In questo senso, come rilevato recentemente dalla letteratura, il risultato

²⁴⁸ *Ivi*, 48.

²⁴⁹ *Ibidem*, 48.

²⁵⁰ Anche i più recenti arresti giurisprudenziali riconoscono una intrinseca derivazione del principio del risultato dall'area propria governata dal principio del buon andamento dell'attività amministrativa. *Ex multis* si veda Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812.

²⁵¹ Sul principio di determinatezza in materia penale si veda, a livello manualistico, G. MARI-NUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2023, 88 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2024, 47 ss.

²⁵² A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939. Si veda anche G. SALLA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993, 206.

amministrativo diverrebbe “la ragione della legittimazione anche costituzionale della disposizione attributiva del potere amministrativo e non soltanto alla luce del principio di buon andamento di cui al 97 Cost., ma anche del principio di sussidiarietà di cui all’art. 118 Cost.”²⁵³.

Appare doveroso per l’interprete, dunque, preferire il ricorso a letture meno intransigenti e votate ad un approccio armonico. Lo ha avvertito quella letteratura che ha intuito la necessità di una “ricomposizione tra categorie formali”²⁵⁴, costituite, evidentemente, dalla discrezionalità, dal merito e dalla legalità amministrativa. Il risultato “concerne cose e consiste in cose” in quanto la sede di emersione dello stesso è quella materiale²⁵⁵.

Tale ricomposizione può avere luogo se solo si considera che il risultato, quale conseguenza che scaturisce dall’esercizio globale delle competenze e facoltà che tengono conto della “realtà oggetto della decisione”, si distingue, per ciò solo, dal merito in quanto, quest’ultimo, risulta essere comprensivo di tutti quegli “elementi che a differenza della *res* prefigurata non si trasformeranno in autonomi elementi del mondo reale se non incorporandosi nella *res* quali suoi caratteri e requisiti”²⁵⁶. Da esso si distingue se si tiene conto che il risultato costituisce un “primo momento visibile, conoscibile e accertabile in sé senza sostituzioni rispetto all’artefice, senza invasioni della sua sfera interna per quanto concerne in particolare la materia prescelta (senza incidere quindi sul merito quale contenuto dell’atto o quale sostanza delle scelte)”²⁵⁷.

Si tratta di letture più o meno condivisibili sul piano strettamente scientifico che evidenziano una radicale e differente presa di posizione in ordine alla reale

²⁵³ M.R. SPASIANO, *Dall’amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 2024, 212.

²⁵⁴ In questi termini L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazioni di risultati*, cit., 445.

²⁵⁵ Il rinvio doveroso è a L. IANNOTTA, *ult. op. cit.*, 447.

Scrivono l’A. “La sede naturale dei risultati è intuitivamente il piano materiale – fisico, umano, sociale, ecc. – delle realtà, sul quale vivono ed operano persone, esistono cose, vengono realizzate opere, si svolgono attività, ecc.: il mondo dei fatti dei fenomeni dei problemi concreti delle vicende reali. Su questo piano i risultati si manifestano come prodotti dell’azione pubblica, normalmente concorrenti con quella di soggetti privati; e al tempo stesso le ideazioni le pianificazioni le progettazioni le decisioni le operazioni i comportamenti nei quali si articola l’attività amministrativa si traducono in effetti materiali che producono conseguenze sostanziali, modifiche del prezzo di mondo sul quale incide l’attività amministrativa. In questa prospettiva il risultato è un elemento esistente nell’ordine reale, esterno all’organizzazione e alle sedi decisionali e successivi alle decisioni. Ma il risultato è anche un’entità appartenente al piano immateriale – conoscitivo, razionale, volontaristico – delle decisioni, presente nelle decisioni ed interno all’organizzazione e quindi precedente rispetto alla modificazione del mondo esteriore, alla quale si collega il risultato come prodotto” (ivi, 447-448).

²⁵⁶ Ivi, 461.

²⁵⁷ Ivi, 461-462.

consistenza delle categorie tradizionali nelle quali si articola l'attività amministrativa tutta²⁵⁸.

Ciò detto, si spiegano in questa direzione quelle recenti affermazioni giurisprudenziali, secondo cui il profilo causale concreto del provvedimento amministrativo deve essere vagliato alla luce del "collegamento che lo avvince alla complessa vicenda amministrativa, nell'ottica del risultato della stessa"²⁵⁹. Ed è in questa sede argomentativa, invero, che si riconnette nuovamente la figura dommatica della c.d. "operazione amministrativa"²⁶⁰. La dottrina ha colto questo passaggio argomentativo chiedendosi quale sia la qualificazione più consona del provvedimento amministrativo che pure si discosti dal parametro legale ma che, evidentemente, abbia raggiunto il risultato, anzi, per meglio dire, non abbia compromesso la congruenza rispetto al risultato²⁶¹. Ciò richiama alla mente quel rapporto, fortemente problematico, tra la legalità "formale" e la legalità c.d. "per risultati", sulla quale, peraltro, ci si è soffermati nelle note iniziali del presente scritto²⁶².

Venendo, dunque, all'esercizio del potere di revoca occorre domandarsi quali riposizionamenti sistematici esso subisca a seguito della prospettata "eclissi

²⁵⁸ Sul rapporto tra il principio del risultato e la discrezionalità amministrativa si veda quanto osservato da M.R. SPASIANO, *ult. op. cit.*, 219 secondo cui "Il nuovo Codice dei contratti impone una strada obbligata: l'uso della discrezionalità non può costituire di per sé indizio presuntivo di colpevolezza in presenza di un impianto normativo evidentemente propenso alla incentivazione del suo uso proprio al fine di migliorare la qualità dell'azione in termini di maggiore commisurazione possibile delle determinazioni dell'apparato amministrativo alle esigenze del caso di specie.

Il rapporto tra discrezionalità e risultato, nei termini tracciati alla luce del dettato dell'articolo 1, comma 4, del Codice, al pari deve trovare riconoscimento in relazione al principio della fiducia, di accesso al mercato, di buona fede e di tutela dell'affidamento, di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, di auto-organizzazione amministrativa, di autonomia contrattuale, di conservazione dell'equilibrio contrattuale, di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione alle procedure di gara, di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore".

²⁵⁹ Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866.

²⁶⁰ *Ibidem*. Si legge "L'applicazione al caso di specie dei richiamati principi implica che l'operazione amministrativa avuta di mira dalla stazione appaltante, desunta dalla chiara indicazione in tal senso fornita dalla legge di gara, aveva riguardo al fatto che 'il risultato è la fornitura in opera perfettamente funzionante delle apparecchiature'".

²⁶¹ A.R. TASSONE, *Amministrazione «di risultato» e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazioni di risultati*, cit., 1044.

²⁶² Si è osservato come la decadenza della legalità formale costituisce conseguenza dell'introduzione della c.d. "amministrazione di risultato", quale "principio della costituzione materiale". Non è certo, però, se tale legame sia apprezzabile anche sotto un profilo squisitamente tecnico se, dunque, "una siffatta soluzione discenda in qualche modo (e venga legittimata, se non addirittura imposta) dall'assunzione della congruità rispetto al «risultato» tra i parametri di qualificazione della validità del provvedimento" (A.R. TASSONE, *ult. op. cit.*, 1044). Dello stesso A. si veda anche A.R. TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*. 2006 – Atti del Convegno annuale. Venezia, 28-29 settembre 2006, *Annuario AIPDA*, Giuffrè, Milano, 2006, 233-246.

del merito”, soprattutto avuto riguardo alla codificazione del principio del risultato amministrativo.

La considerazione, pure autorevolmente sostenuta in dottrina, secondo cui il risultato presupponga un’attività di progettazione e programmazione²⁶³, avrebbe reso ipotizzabile l’esercizio di un potere di revoca per inopportunità del risultato amministrativo originariamente programmato o previsto. Inopportunità, dunque, rispetto a regole di buona amministrazione.

Si pensi, a scopo esemplificativo, all’ipotesi, pure affrontata ampiamente dalla giurisprudenza amministrativa, della revoca degli atti di gara per l’affidamento di una concessione a seguito di una rivalutazione del pubblico interesse a fronte di una proposta di *project financing*²⁶⁴.

Come noto, non solo l’insorgenza di sopravvenienze (tra le quali possono essere annoverati anche i mutamenti di fatto)²⁶⁵, ma soprattutto una nuova e diversa valutazione dell’interesse pubblico originario può giustificare l’adozione di un provvedimento di secondo grado. In un caso esaminato dalla giurisprudenza, infatti, l’originario ricorso al modulo offerto dal partenariato pubblico privato è stato successivamente “ritirato”, non già per motivi di legittimità, quanto per motivi giustificati dalla mancata rispondenza dello stesso all’interesse pubblico²⁶⁶.

²⁶³ Su tutti L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, cit., 462 ss.

²⁶⁴ In questo Volume si rinvia alle riflessioni di F. RISSO, *Modelli partenariali e sindacabilità delle scelte organizzative e finanziarie della P.A.*, 189 ss.

²⁶⁵ Sulle diverse ipotesi che possono giustificare la revoca, oltre a quanto evidenziato in precedenza, si veda quanto stabilito da Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1036.

Sul punto si vedano gli importanti chiarimenti effettuati da Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026 sui cui si dirà oltre.

²⁶⁶ Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7927.

La pronuncia in questione, peraltro, si è altresì occupata della legittimità del provvedimento che accorpi l’esercizio del potere di annullamento e quello di revoca, sempre che le due deliberazioni siano incentrate sull’illegittimità e sulla rivalutazione del merito delle scelte iniziali.

Peraltro, l’interesse pubblico rivalutato, nel caso di specie, non è stato ritenuto idoneo a giustificare la configurabilità di una responsabilità risarcitoria qualora l’azione di riesame della convenienza di una proposta di finanza e progetto si sia fondata sulla rivalutazione di siffatto interesse posto che quest’ultimo “*era comunque, implicitamente, subordinato alla presentazione di una proposta ammissibile, nell’ipotesi in esame non ravvisabile, essendo stata prospettata sulla base di una situazione di errore in cui è incorsa l’Amministrazione durante le varie fasi della procedura*”.

Prosegue il collegio chiarendo che “*Va respinta, altresì, la domanda di indennizzo di cui all’art. 21 quinquies l. 241 del 1990, atteso che la revoca degli atti di gara in presenza di una rivalutazione del pubblico interesse a fronte di una proposta di project financing non obbliga l’Amministrazione alla corresponsione dell’indennizzo, in quanto l’art. 21 quinquies è cedevole rispetto alla disciplina specifica dettata dall’art. 183, co.12 e 15 d.lgs.50/2016, ove si prescrive il riconoscimento dell’interesse contrattuale negativo o dell’indennizzo per le sole ipotesi in cui il promotore non risulti aggiudicatario della gara. Inoltre, stante l’insussistenza di qualsiasi responsabilità dell’Amministra-*

È in questo senso, dunque, che la rivalutazione dell'interesse pubblico – in termini di effettività, concretezza ed attualità²⁶⁷ – avuto riguardo al “risultato” dell'operazione amministrativa, motivato in sede giustificativa, ben potrebbe appoggiarsi su ragioni di mera opportunità squisitamente connessi al rispetto di regole di buona amministrazione.

Si considerino, poi, le ipotesi della revoca per sopravvenienza di eventi, caratterizzati da connotati di imprevedibilità del mutamento della situazione fattuale sussistente al momento dell'adozione del provvedimento.

Anche in siffatte ipotesi, nulla impedirebbe, avuto riguardo all'attualizzazione delle regole di buona amministrazione, un apprezzamento in termini di merito dell'inopportunità del risultato precedentemente programmato, in tal caso con riferimento al mutamento avvenuto *in facto*²⁶⁸. Si tratta di una fattispecie di revoca la cui opportunità dovrà essere valutata rigorosamente in base al criterio della prevedibilità, alla luce del canone della diligenza e secondo un giudizio *ex bona fidei*, onde configurare, tra l'altro, un'ipotesi di responsabilità precontrattuale²⁶⁹.

Conclusivamente è utile volgere alle riflessioni di chi, in questo Volume, richiamando i tratti essenziali di una autentica legalità amministrativa, ha chiarito che il recupero della valenza fondante dei “principi” deve accompagnarsi al necessario soddisfacimento di un “grado minimo” di determinatezza “delle norme di legge, di attribuzione e di regolazione dell'esercizio del potere amministrati-

zione, anche a titolo di responsabilità precontrattuale, nessun indennizzo va riconosciuto, considerato che, l'unico atto che ha attribuito al ricorrente una utilità definitiva, ossia l'aggiudicazione della concessione, è stato annullato ai sensi dell'art. 21 nonies l. 241 del 1990 (Cons. Stato n. 3025 del 2018)”.

Si veda poi Cons. Stato, n. 5026/2016 che ha chiarito che “Premesso, infatti, che le Amministrazioni pubbliche devono preliminarmente verificare le proprie esigenze, poi definire, coerentemente con gli esiti dell'anzidetta analisi, gli elementi essenziali del contratto e, solo successivamente, indire una procedura di affidamento avente ad oggetto la prestazione già individuata come necessaria (Cons. St., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882), appare chiaro che l'aggiudicazione della gara a un'impresa che ha diligentemente confezionato la sua offerta in conformità alle prescrizioni della *lex specialis* può essere validamente rimossa, con lo strumento della revoca, solo nell'ipotesi eccezionale in cui una rinnovata (e, comunque, tardiva) istruttoria ha rivelato l'assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta dalla stessa Amministrazione (e, quindi, dovuta dall'aggiudicatario) a soddisfare i bisogni per i quali si era determinata a contrarre”.

Su un'ipotesi di responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del procedimento di *project financing* si veda Cons. Stato, sez. V, 12 agosto 2021, n. 5870.

Con riguardo all'impossibilità di configurare tale responsabilità nel caso in cui l'amministrazione non dia corso al *project financing* si veda Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2018, n. 6633.

²⁶⁷ Cons. Stato n. 7927/2023.

²⁶⁸ Cons. Stato n. 1036/2018.

²⁶⁹ Sul punto si veda Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2018, n. 4912, annotato in *Resp. civ. prev.*, 5, 2018, 1645 ss. Più recente sul tema della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si veda Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2024, n. 7574.

vo”, in linea con l’istanza weberiana di calcolabilità del diritto²⁷⁰. In questo senso, dunque, il recesso dell’area del merito amministrativo si accompagnerebbe ad una netta riduzione, nell’ambito degli atti di secondo grado, del potere di revoca, soprattutto avuto riguardo all’inopportunità sopravvenuta o originaria del risultato amministrativo di una complessiva “operazione amministrativa”.

²⁷⁰ In questo Volume si vedano le riflessioni di S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, 23 ss.

La tutela cautelare e la sindacabilità del merito amministrativo tra comparazione degli interessi e valutazione del *fumus boni iuris*

Michele Ricciardo Calderaro

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine: la tutela cautelare e il "nuovo merito amministrativo". – 2. I principi costituzionali della tutela cautelare nel processo amministrativo: il diritto di difesa e la necessaria tutela anticipata delle situazioni giuridiche soggettive. – 3. I presupposti tradizionali della tutela cautelare: il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*. – 4. La comparazione degli interessi in gioco come nuovo elemento della valutazione cautelare del giudice amministrativo. – 5. La comparazione degli interessi apre ad un possibile sindacato del merito amministrativo anche nel giudizio cautelare?

1. *Oggetto dell'indagine: la tutela cautelare e il "nuovo merito amministrativo"*

La tutela cautelare rappresenta una delle principali forme di tutela che il giudice amministrativo è chiamato a riconoscere allorquando esamina controversie concernenti il rapporto tra amministrazione e cittadini.

Su questo non vi sono margini di incertezza, anzi, con l'esperienza pandemica e con la successiva necessità della celere definizione delle controversie riguardanti opere pubbliche finanziate con le risorse del PNRR, il suo ruolo è divenuto ancora più centrale nell'ambito del nostro sistema di giustizia amministrativa.

L'analisi che si condurrà in queste pagine parte da un dato di fatto. Il giudice amministrativo, nel valutare la richiesta di misure cautelari, esamina i tradizionali presupposti processuali alla luce di un ulteriore elemento rappresentato dalla comparazione degli interessi sottesi alla *res controversa*.

Questa valutazione è oramai tipica della fase cautelare; studiando, infatti, le ordinanze ed i decreti cautelari di primo e secondo grado, è pressoché impossibile rinvenirne qualcuno che nella motivazione non includa quest'aspetto.

Ora, dopo aver analizzato la natura e l'importanza della tutela cautelare nel processo amministrativo e la lettura che la giurisprudenza fornisce dei suoi tradizionali presupposti processuali (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), l'intento della nostra ricerca, nell'ambito del complessivo studio del "nuovo merito

amministrativo” tra crisi delle fattispecie normative e rinvio normativo a principi generali o a clausole extra-giuridiche¹, è di comprendere se la comparazione degli interessi effettuata dal giudice amministrativo, nell’ambito della piena conoscenza del fatto, non si sostituisca a quella che è propria dell’attività dell’amministrazione nell’esercizio del suo potere.

Occorrerà indagare, dunque, se il giudice amministrativo, nella fase cautelare, eserciti un sindacato che pervade il campo del merito amministrativo, sostituendosi alle scelte compiute dall’amministrazione.

È necessario comprendere, in altri termini, se, dati i diversi poteri di cui dispone (ed il pensiero non può che rivolgersi alle ordinanze propulsive o di c.d. *remand*²) e la tipologia di valutazione effettuata, la cognizione in sede cautelare del giudice amministrativo, che dovrebbe essere limitata alla verifica della sussistenza dei tradizionali presupposti processuali, non si spinga sino a sindacare il merito delle scelte dell’amministrazione, sostituendosi sempre più frequentemente alla stessa. Tenendo separati i concetti di merito amministrativo e di “merito giurisdizionale” (o di giurisdizione estesa al merito), probabilmente bisogna rapportarsi con una certa preoccupazione a questa tendenza del giudice amministrativo, che arriva a svolgere un ruolo suppletivo dell’amministrazione, anche in virtù della sempre maggiore incertezza del dato normativo.

Gli esempi, come si vedrà, sono molteplici ma, per valutare al meglio gli effetti di questa forza dirompente assunta dalla tutela cautelare nel processo amministrativo³, dobbiamo partire dalla sua natura e dai principi costituzionali che la regolano.

2. I principi costituzionali della tutela cautelare nel processo amministrativo: il diritto di difesa e la necessaria tutela anticipata delle situazioni giuridiche soggettive

L’art. 24 della Costituzione riconosce a tutti i cittadini il diritto di agire in giudizio al fine di ottenere la necessaria tutela giurisdizionale delle situazioni

¹ Il richiamo è anzitutto al contributo in questo Volume di S. FOA, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*. Cfr. altresì, tra le più recenti riflessioni, M. RAMAJOLI, *Le clausole generali nel diritto pubblico dell’economia*, in *Riv. reg. mercati*, 2023, 274 ss.

² Sul punto si v. P. LAZZARA, *La tutela mediante “remand” in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Foro amm.*, 2014, 1323 ss.; M. ANDREIS, *Tutela cautelare, diniego di provvedimento e remand*, in *Urb. e app.*, 2009, 639 ss.; A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 171 ss.

³ Per una lettura recente cfr. M. D’ARIENZO, *Il ruolo del G.A. nello sviluppo del sistema costituzionale di diritto amministrativo: spunti di riflessione sulla tutela cautelare*, in *Dir. e proc. amm.*, 2023, 75 ss.

giuridiche soggettive di cui sono titolari, indipendentemente dal fatto che si tratti di diritti soggettivi o di interessi legittimi.

La sua collocazione all'interno della Costituzione è di fondamentale importanza, in quanto si tratta della prima garanzia giurisdizionale che il costituente ha previsto nell'ambito dell'ampia serie di libertà fondamentali riconosciute nel Titolo I (Rapporti civili), della Parte I (Diritti e Doveri dei cittadini) della Costituzione⁴.

Tuttavia, la declinazione di principio non è sufficiente. Affinché la tutela giurisdizionale garantita a tutti dall'art. 24, comma 1, Cost. sia effettiva è necessario che essa sia anzitutto tempestiva⁵ e, quindi, solo se la distensione temporale del processo viene contenuta nei limiti strettamente necessari ad assicurare una decisione conforme a giustizia⁶; in altri termini, si può affermare che la Costituzione riconosce a ciascuno il diritto alla maggior speditezza possibile del giudizio avente ad oggetto una propria situazione giuridica soggettiva⁷, che è elemento necessario affinché il diritto di difesa sia garantito concretamente.

La definizione nel merito delle controversie, difatti, per quanto rispettosa del principio della ragionevole durata del processo⁸, può non essere immediata e risultare così non soddisfattiva delle pretese azionate in giudizio laddove vi siano

⁴ In tema v. A. POLICE, *Commento all'art. 24*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, vol. I, Utet, Torino, 2006, 502 ss.; L.P. COMOGGIO, *Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981.

⁵ Come osservato correttamente da N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, 276 ss., "una giustizia realizzata a rilento ... provoca danni economici (immobilizzando beni e capitali), favorisce la speculazione e l'insolvenza, accentua la discriminazione tra chi ha la possibilità di attendere e chi nell'attesa ha tutto da perdere. Un processo che si trascina per lungo tempo diventa anche un comodo strumento di minaccia e di pressione, un'arma formidabile nelle mani del più forte per dettare all'avversario le condizioni di resa".

⁶ In dottrina è pensiero comune che questo principio sia connaturato nella garanzia riconosciuta dall'art. 24 Cost.: così, ad esempio, F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1988*, in *Foro it.*, 1989, V, 175 ss.

⁷ Sul punto cfr. A. PIZZORUSSO, *Garanzia costituzionale dell'azione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, 1992, 613.

⁸ Sulla ragionevole durata del processo amministrativo cfr. N. BASSI, *Ragionevole durata del processo e irragionevoli lungaggini processuali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1182 ss.; M. POTO, *Processo e ragionevole durata: la bestiola tutta pace e tutta flemma*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1071 ss.; C. SALTELLI, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 979 ss.; in termini generali cfr. altresì L.P. COMOGGIO, *Durata "ragionevole" e processo "giusto". Rilievi di diritto comparato*, in *Jus*, 2015, 251 ss.; F. DE SANTIS DI NICOLA, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Jovene, Napoli, 2013; G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.; C. CONSOLO, *Disciplina municipale della violazione del termine di ragionevole durata del processo: strategie e profili critici*, in *Corr. giur.*, 2001, 569 ss.; C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1999, 2997 ss.

ragioni di urgenza e necessità che richiedono provvedimenti giurisdizionali immediati, anche se non definitivi, che tutelino interinalmente le situazioni giuridiche soggettive⁹ oggetto del giudizio.

Partendo da questo indefettibile assunto si è posta la necessità di prevedere nel processo amministrativo, così come è avvenuto nel processo civile¹⁰, misure di tutela cautelare volte a soddisfare l'esigenza di assicurare l'efficacia pratica del provvedimento giurisdizionale definitivo nel tempo occorrente per addivenirvi¹¹.

Si tratta di un principio consolidato della teoria generale del processo: già Calamandrei affermava che *“la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione”*¹², evidentemente a causa del

⁹ In tema non si può non rinviare alla fondamentale voce di E. CASSETTA, *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 791 ss., che riprende e critica, almeno in parte, S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Società Editrice Libraiia, Milano, 1900, 117 ss.; nonché E. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 624 ss. Si rinvia, ancora, per un inquadramento generale, a E. PICOZZA, G. PALMA, E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2000; E. PICOZZA, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1999; C.E. GALLO, *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, 1999, 2864 ss.; A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, II, Agg., 1998, 966 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 1996; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Jovene, Napoli, 1990; A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo ed assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, 258 ss.

¹⁰ Sul procedimento cautelare uniforme nel processo civile, disciplinato dagli artt. 669-bis ss., c.p.c., la letteratura è diffusa: si rinvia, per tutti, a A. RONCO, *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, in *Giur. it.*, 2014, 12 ss.; G. TARZIA, A. SALETTI, *Processo cautelare*, in *Enc. dir.*, 2001, Agg. V, 844 ss.; C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare*, Giappichelli, Torino, 1998, 1 ss.; A. CARRATTA, *Nota sul procedimento da seguire per la dichiarazione di inefficacia della misura cautelare*, in *Giur. it.*, 1997, 1 ss.; G. FRUS, *Prime estensioni del procedimento cautelare uniforme a provvedimenti cautelari disciplinati dal codice civile*, in *Giur. it.*, 1994, 9 ss.; S. CHIARLONI, *Postilla: contro il formalismo in ordine al contenuto del ricorso cautelare nel procedimento uniforme*, in *Giur. it.*, 1993, 12 ss.; G. VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro it.*, 1992, V, 432 ss.; F.P. LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1991, 253 ss.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, 57 ss.

¹¹ Così A. POLICE, *La tutela cautelare di primo grado*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Cedam, Padova, 2015, 477.

¹² P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936, 30, che riproduce in sede cautelare l'affermazione di principio di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Editoriale scientifica, Napoli, 1923, ora in *Principi di diritto processuale civile*, Editoriale scientifica, Napoli, 1965, 81, secondo cui “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire”. Il tema delle misure cautelari era già stato oggetto di un primo studio approfondi-

tempo necessario per definire il giudizio anche qualora questo sia relativamente celere come nel caso del processo amministrativo, che peraltro dovrebbe trovare un ulteriore ausilio dall'implementazione degli strumenti che sono state sviluppati per il processo telematico¹³ e da ultimo, seppur con tutta la prudenza necessaria, dalle risorse fornite dall'intelligenza artificiale¹⁴.

Che il giudizio cautelare rappresenti una delle forme di tutela fondamentali e più vitali del processo amministrativo è dato che si coglie dalla comune esperienza¹⁵ e che è indubbiamente dotato di copertura costituzionale¹⁶, come e-

to prima che intervenissero gli insegnamenti di Calamandrei e Chiovenda: l'opera è di A. DIANA, *Le misure conservative interinali*, in *Studi Senesi*, Torino, 1909, 210 ss. Sull'attualità degli studi di Calamandrei e di Chiovenda in merito ai provvedimenti cautelari si rinvia, inoltre, al recente contributo di R. CAPONI, *Pietro Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1250 ss., nonché a A. CARRATTA, *La lezione chiovendiana sulla tutela sommaria cautelare e il IV libro del codice del 1942*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 537 ss.

¹³ Il processo amministrativo telematico, nei primi anni della sua applicazione, ha però già trovato alcune importanti difficoltà applicative. La letteratura sul punto è diffusa: si rinvia, ad esempio, a L. PATELLI, *Il processo amministrativo telematico nell'applicazione pratica*, in M. RAMAJOLI (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale?*, il Mulino, Bologna, 2023, 91 ss.; A. TRAVI, *In tema di accesso al fascicolo telematico del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2022, 614 ss.; M. RICCIARDO CALDERARO, *L'accesso telematico al fascicolo processuale: legittimazione del terzo e rimedi impugnatori avverso la decisione di diniego*, in *Giustizialinsieme*, 26 ottobre 2022; E. SCHNEIDER, *Il processo amministrativo telematico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 133 ss.; F. VOLPE, *Quale tutela contro il rifiuto di deposito di un atto processuale, nel sistema del processo amministrativo telematico?*, in *Foro amm.*, 2018, 661 ss.; L. VIOLA, *Giusto processo e processo amministrativo telematico: un rapporto difficile*, in *Urb. e app.*, 2017, 180 ss.; F. VOLPE, *L'irregolarità dell'atto processuale amministrativo alla prova del processo telematico*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1001 ss.; ID., *Il pat si regge su un sistema chiuso*, in *LexItalia*, 27 gennaio 2017, 1 ss.; C.E. GALLO, *L'attuazione del processo amministrativo telematico*, in *Urb. e app.*, 2016, 631 ss.; F. DE LEONARDIS, *La notificazione diretta del ricorso giurisdizionale via posta elettronica certificata (PEC) tra autonomia ed eteroreferenzialità del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 451 ss.; L. VIOLA, *Processo amministrativo telematico e accesso alla giustizia: il pasticcio italiano e la soluzione francese*, in *Federalismi*, n. 18/2016, 2 ss.; F. CORTESE, *Giustizia amministrativa e processo telematico: prime avvisaglie*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 548 ss.

¹⁴ In tema cfr. P. PIRAS, *Il processo amministrativo e l'innovazione tecnologica. Diritto al giusto processo versus intelligenza artificiale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 997 ss. Più in generale si v. anche le riflessioni di S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Dir. amm.*, 2023, 515 ss.; V. FANTI, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo: prospettive, limiti, pericoli*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 1001 ss.

¹⁵ Sul punto cfr. già M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996, 2; secondo E.M. BARBIERI, *Sulla sospensione dei dinieghi e dei silenzi della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, 3526 ss., "il giudizio cautelare ha rappresentato e rappresenta uno dei momenti più significativi e più interessanti di questa ricerca contro il tempo (del processo) e contro il potere (quando riottoso e distorto) dell'amministrazione. Nato come procedimento interno al processo per garantire dai guasti irreparabili delle lungaggini di quest'ultimo, secondo l'insegnamento chiovendiano sempre ineccepibile ed insuperato, il giudizio cautelare si dibatte fra ostacoli continui che ne mettono costantemente in discussione la funzione, i limiti e l'utilità e spesso accade che nella prassi, pur nella più assoluta bontà delle intenzioni, esso sconfini oltre i limiti del giusto, privilegiando le ragioni dei ricorrenti, ovvero si mantenga pervica-

merge dalla giurisprudenza della stessa Corte, che ha evidenziato, già in pronunzie risalenti, il ruolo della tutela cautelare e la sua decisiva incisione, pur inizialmente nella tradizionale ed esclusiva forma della sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, sulle conseguenze delle pronunce di merito del giudice e, quindi, anche se indirettamente, sulla tutela sostanziale delle parti e sui relativi interessi che entrano in gioco nel processo amministrativo¹⁷.

Eguale importanza alla tutela cautelare, in particolar modo nella materia degli appalti pubblici, è stata riconosciuta dal legislatore dell'Unione europea sin dalla direttiva ricorsi e dalla sua attuazione posta in essere dalla Corte di Giustizia.

La relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2024 del Consiglio di Stato fornisce all'osservatore una prima importante chiave di lettura del ruolo che gli strumenti di tutela cautelare rivestono nell'impianto complessivo del sistema giurisdizionale amministrativo.

Nel corso del 2023, difatti, su 13.579 ricorsi definiti dal Consiglio di Stato ben 2.317 sono stati decisi con ordinanza cautelare¹⁸.

Si è dinnanzi a numeri certamente rilevanti che dimostrano l'importanza dello strumento cautelare, che si articola in diverse forme e contenuti al fine di rispondere alle differenti esigenze di urgenza che si possono presentare nell'ambito del processo amministrativo¹⁹.

L'importanza dello strumento cautelare è dimostrata anche dal tempo entro il quale le relative istanze vengono definite dai giudici amministrativi, dovendo anzitutto evidenziare come la tempistica di decisione si sia stabilizzata in questi ultimi 4-5 anni.

Ed infatti, se nel 2019 le istanze cautelari di primo grado erano state decise

cemente nei limiti stabiliti da regole consolidate, così privilegiando in concreto gli interessi delle amministrazioni”.

¹⁶ Così la Corte Cost., sin dalla sent. 27 dicembre 1974, n. 284, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo cui è errata la conclusione che resti *a fortiori*, in ogni caso, nella libera disponibilità del legislatore la possibilità di limitare (od eliminare) il potere strumentale di sospensione degli atti impugnati; “infatti, una volta che il legislatore ha operato le sue scelte in ordine all'attribuzione del potere finale di annullamento dell'atto e ha strutturato un sistema di giustizia amministrativa, il quale ha il suo cardine, appunto, nella giurisdizione generale di annullamento degli atti illegittimi, è naturale e consequenziale l'attribuzione, all'organo medesimo deputato all'annullamento, del concorrente potere di sospensione cautelare dell'atto impugnato”.

¹⁷ In questo senso Corte Cost., 1° febbraio 1982, n. 8, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 311 ss., che ha affermato l'ammissibilità dell'appello cautelare nel processo amministrativo, con nota di F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*; sul tema cfr. altresì E. STICCHI DAMIANI, *Il giudizio cautelare d'appello*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 376 ss.

¹⁸ Si tratta dei dati statistici allegati alla relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2024 del Presidente del Consiglio di Stato, L. MARUOTTI, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁹ Decisività della tutela cautelare nella definizione della lite segnalata in letteratura già da A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2495 ss.

dai Tribunali Amministrativi Regionali in media in 48 giorni e le domande cautelari dinnanzi al Consiglio di Stato erano state decise in media in 41 giorni, nel 2023 le istanze cautelari di primo grado sono state decise dai Tribunali Amministrativi Regionali mediamente in 47 giorni mentre le domande cautelari in sede di appello hanno trovato definizione in 41 giorni.

I dati sono ancora più significativi laddove l'istanza cautelare concerne una controversia in materia di appalti pubblici.

In questo caso i tempi di decisione si contraggono perché il tempo medio di decisione è stato nel 2023 di 26 giorni in primo grado e di 25 giorni dinnanzi al Consiglio di Stato²⁰.

Si evince che, se i tempi di decisione si riducono ancor di più nella materia degli appalti pubblici²¹, l'evoluzione intercorsa negli ultimi anni ha portato la tutela cautelare ad essere decisa, in qualunque materia, non solo laddove vi sia principalmente un interesse di carattere economico, in un lasso di tempo in ogni caso ridotto.

Ciò risponde senza dubbio ad un'idea di giurisdizione amministrativa volta a garantire una piena tutela di tutte le pretese sostanziali dedotte in giudizio attraverso un processo che abbia ad oggetto non solo la legittimità dell'atto²² ma accerti in modo effettivo il rapporto amministrativo²³.

Queste tempistiche, pur migliorabili, sono soddisfacenti, perché la celerità della decisione è requisito indispensabile per garantire l'effettività²⁴ della misura

²⁰ Dati che si evincono sempre dalla relazione di L. MARUOTTI, *op. cit.*

²¹ Tempi di decisione contratti già con l'ordinario rito appalti di cui all'art. 120 c.p.a., peraltro ulteriormente modificato dall'art. 209, d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36, senza considerare il rito superaccelerato, oggi eliminato, che era stato inserito al comma 2-bis dell'art. 120 del Codice: sui problemi di applicazione che erano stati generati da questo particolare rito si rinvia a L. BERTONAZZI, *Il contrasto giurisprudenziale intorno alla disciplina transitoria relativa all'abrogazione del comma 2-bis dell'art. 120 C.P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 236 ss., nonché a A.G. OROFINO, *Brevi riflessioni sui presupposti di applicabilità del rito "specialissimo" in materia di appalti pubblici*, in *Giur. it.*, 2019, 1616 ss.; in via generale, sul rito appalti, cfr. invece l'ampia trattazione di M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi*, 8/2016, 2 ss., mentre, per le novità apportate in materia dal nuovo Codice degli appalti, P. PATRITO, *Il nuovo "rito appalti" e il parere di precontenzioso dell'ANAC*, in *Giur. it.*, 2023, 1983 ss.

²² In tema cfr. A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 331 ss.

²³ Si tratta, come è noto, di una modifica importante che, secondo un'autorevole parte della dottrina, ha subito la configurazione del processo amministrativo come conseguenza dell'ampliamento dei poteri del giudice amministrativo, non più limitati alla tradizionale impugnativa del provvedimento, in ragione della necessaria piena tutela da fornire alle posizioni soggettive dedotte in giudizio dal cittadino. In tema occorre fare riferimento all'importante studio compiuto da G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981. Per una ricostruzione recente del dibattito in merito cfr. G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss.

²⁴ Il processo amministrativo deve articolarsi in forme di tutela effettiva delle posizioni dedotte in

cautelare, che è prevista nell'ordinamento proprio per garantire interinalmente gli effetti della decisione definitiva della controversia.

Una decisione che intervenisse sull'istanza cautelare a distanza di mesi o addirittura di anni sarebbe *inutiliter data* perché con questa forma di tutela si vuole evitare proprio il pregiudizio grave ed irreparabile che si potrebbe determinare a danno del ricorrente, che verosimilmente abbia ragione, nel tempo intercorrente per la definizione del giudizio²⁵.

Il pregiudizio grave ed irreparabile, che ha assunto nel corso del tempo diverse denominazioni, dai “*gravi motivi*” dell'art. 39, t.u. 26 giugno 1924, n. 1054, ai “*danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto*” dell'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, sino al “*pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso*” dell'art. 55 del Codice del processo amministrativo, è quello che inevitabilmente pregiudica la realizzazione dell'oggetto della tutela giurisdizionale ovvero l'interesse che si fa valere con la proposizione della istanza cautelare²⁶.

La provvisorietà non è però l'unico elemento proprio della tutela cautelare²⁷.

giudizio, a partire dalla tutela cautelare: sul punto cfr. S. FOÀ, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Jovene, Napoli, 2012, 74 ss.; ma già l'opinione di E. FOLLIERI, *Strumentalità ed efficacia “ex tunc” dell'ordinanza di sospensione*, commento a Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 1984, n. 17, in *Giur. it.*, 1985, III, I, 197 ss., secondo cui “proprio il collegamento con il giudizio di merito e la presenza legata alla definizione della lite, introduce, per il giudizio cautelare, il carattere della strumentalità, da intendersi nel senso che, sorto per assicurare l'effettività della tutela che potrà fornire la decisione finale, il risultato che consente di raggiungere non può essere diverso da quello ottenibile con la sentenza”. È necessario però chiarire il concetto di effettività della tutela: secondo I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 85, il concetto deve valorizzare il principio chiovendiano, “*in virtù del quale il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva tutto quello e proprio quello che il diritto sostanziale riconosce*”; l'affermazione del principio è di G. CHIOVENDA, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1930, 101 ss.

²⁵ Tutto ciò nell'ottica per cui il processo deve pervenire a risultati certi in tempi ragionevoli, a costi accessibili e in un sistema organizzato in modo diffuso sul territorio per essere più raggiungibile dal cittadino: così C.E. GALLO, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 73 ss.

²⁶ In questo senso già E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Giuffrè, Milano, 1981, 34; R. VILLATA, *Tutela cautelare e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 361 ss., ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, 1137, in commento alla monografia di Follieri, osserva come al centro della ricerca dell'Autore vi sia l'individuazione dell'interesse tutelato in occasione del giudizio cautelare amministrativo, che non è l'interesse strumentale correlato alla validità dell'atto amministrativo come nel giudizio di annullamento, ma direttamente l'interesse materiale del ricorrente.

²⁷ Secondo M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., 105, “pare evidente come la verifica dei requisiti richiesti per la adozione della misura interinale – tanto più se imperniata sulla sussistenza di giudizio ipotetico di danno – non sia configurabile come giudizio di diritto (nel senso di applicazione alla fattispecie di norme giuridiche)”.

La misura cautelare si caratterizza, difatti, per essere strumentale²⁸ rispetto alla sentenza che necessariamente deve intervenire per definire il giudizio nel merito²⁹. Il giudice amministrativo, effettivamente, in sede cautelare adotta frequentemente decisioni che anticipano i contenuti della sentenza.

La provvisorietà e la cedevolezza degli effetti della misura cautelare differenziano tale tipologia di tutela rispetto a quella d'urgenza³⁰, che è una tutela che interviene indipendentemente dalla successiva definizione nel merito della controversia, in quanto deputata a fornire una protezione alla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio esclusivamente in via immediata al fine di prevenire il pregiudizio che le si potrebbe arrecare³¹.

Così non è per la tutela cautelare, che si concretizza in misure interinali, il cui contenuto nel processo amministrativo non è più limitato alla mera sospensione³² dell'esecuzione del provvedimento impugnato³³; si tratta di misure che poi

²⁸ C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2024, 197, osserva, al riguardo, come si tratti “di una azione strumentale rispetto all'azione principale, e il cui esercizio è eventuale, poiché è rimesso ad una valutazione del ricorrente in ordine all'opportunità di richiedere al giudice che, nelle more del processo, venga interdetta l'esecuzione del provvedimento impugnato o venga adottata altra misura provvisoria”.

²⁹ Così M. ANDREIS, *Tutela cautelare (processo amministrativo)*, in *Enc. giur.*, 2008, XVI, 282.

³⁰ Sui provvedimenti d'urgenza nel processo amministrativo cfr. M. SICA, *Provvedimenti d'urgenza e giudizio cautelare amministrativo*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 69 ss.; in generale, con un inquadramento processualciviltico, cfr. E. MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 1996, XIV, 393 ss.

³¹ Sul rapporto tra tutela cautelare e tutela d'urgenza, anche nella prospettiva della giurisprudenza europea, cfr. P. LAZZARA, *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1169 ss.

³² M. ANDREIS, *Tutela cautelare, diniego di provvedimento e remand*, in *Urb. e app.*, 2009, 629 ss., evidenzia che, astrattamente, “in un sistema processuale dove è dominante l'azione di annullamento, quale principale forma di tutela esperibile nella giurisdizione generale di legittimità, la tutela cautelare, in forza del principio di strumentalità, non può che porsi in termini di “piccolo” annullamento”.

³³ È evidente, difatti, che la c.d. sospensiva può risultare soddisfattiva solamente nel giudizio di legittimità ma non in relazione alla complessità di poteri di cui oggi è titolare il giudice amministrativo: un passaggio fondamentale è rappresentato dalla sentenza della Corte Cost., 25 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1881 ss., che, in relazione alla tutela interinale dei diritti patrimoniali degli impiegati pubblici, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21, comma 7 della legge n. 1034/1971, per contrasto con gli artt. 3, comma 1 e 113 Cost., nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, tutte le volte in cui il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile. In adesione a questa fondamentale sentenza della Corte Cost., M. NIGRO, *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1985, I, I, 1300, ha osservato come “il miglioramento della tutela cautelare dei diritti attribuiti alla competenza del giudice amministrativo può avere il benefico effetto di

debbono essere confermate in sede di definizione del merito della controversia affinché la pretesa del ricorrente possa considerarsi soddisfatta³⁴.

È evidente, quindi l'intima compenetrazione della fase cautelare con il processo di merito nell'ambito della giustizia amministrativa, nella quale maggiormente si avverte la necessità di un istituto, che consenta di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale del giudice, permettendo che questo intervenga *re adhuc integra* e possa consentire in concreto la soddisfazione dell'interesse che risulti nel processo meritevole di tutela³⁵.

Certo, oggigiorno la tutela cautelare nella prassi ha assunto un'importanza fondamentale pari almeno alla sentenza di merito.

La funzione essenziale di questa tipologia di tutela è quella di assicurare l'effettività della pronunzia che conclude il processo³⁶, con il quale si rende ragione a chi ha processualmente ragione³⁷, che sia il ricorrente, l'amministrazione resistente, il cointeressato³⁸ o il controinteressato³⁹.

stimolare il miglioramento di questa tutela per tutto il processo amministrativo, costituire cioè il primo e importante passo di un riordinamento globale del settore. Intanto, però, non ci si può nascondere che esso contribuisce a spaccare in due la giurisdizione esclusiva, accentuando le caratteristiche differenziali dei processi su diritti soggettivi e dei processi su interessi legittimi nelle materie di giurisdizione esclusiva"; ID., Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 249 ss., che aveva evidenziato la necessità di un'implementazione del contenuto delle misure cautelari. In tema si rinvia anche ai contributi di U. POTOTSCHNIG, *La tutela cautelare*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Atti del XXXI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Giuffrè, Milano, 1988, 195 ss.; A. TRAVI, *Recenti orientamenti in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 293 ss.; G. SAPORITO, *Processo cautelare amministrativo ed eccesso di velocità*, in *Giur. it.*, 1986, III, 1, 189 ss.; R. LASCHENA, *Profili innovatori della disciplina del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 21 ss.; E.M. BARBIERI, *I limiti del processo cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 200 ss.; F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 311 ss.

³⁴ Ed infatti, si afferma la regola della continenza del dispositivo cautelare rispetto a quello possibile della sentenza che decide il ricorso nel merito: così, ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2006, n. 1791, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1128 ss.

³⁵ Come, peraltro, osservato anche da Corte Cost., 17 luglio 1975, n. 227, in *www.corte costituzionale.it*.

³⁶ In riferimento al processo civile, ma con osservazione che si può riprodurre per il processo amministrativo, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2016, 25, osservano che l'attività di tutela giurisdizionale cautelare mira ad ovviare "ai diversi possibili inconvenienti che minacciano la fruttuosità – o, come ora si usa dire, l'effettività – della tutela giurisdizionale, sia essa di cognizione o di esecuzione: il che rende evidente la strumentalità funzionale – rispetto a questi due tipi di tutela giurisdizionale – della tutela cautelare".

³⁷ Sul principio chiovendiano si rinvia altresì alla rilettura fornita da A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 21 ss.

³⁸ Che può far parte del processo attraverso l'intervento in giudizio: su questo istituto sia consentito il rinvio a M. RICCIARDO CALDERARO, *L'intervento nel processo amministrativo: antichi problemi e nuove prospettive dopo il Codice del 2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 341 ss.

³⁹ Così R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1165 ss., secondo cui "la prospettata anticipazione ha oscurato ancora più che la

All'anticipazione della tutela deve perciò corrispondere la sua effettività dovendo la misura cautelare costituire *in limine* una garanzia concreta per la posizione dedotta in giudizio⁴⁰.

Ciò sia in primo grado che dinnanzi al Consiglio di Stato, rappresentando la cautela, se effettiva non solo nel tempo in cui viene accordata dal giudice ma anche nel contenuto oggettivo in cui si concretizza⁴¹, uno strumento indispensabile affinché il processo amministrativo risponda ai requisiti del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., ove il giusto processo⁴² è anzitutto garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale prestata⁴³.

cautela non è sempre un *minus* del *petitum* finale dato a chi ha ragione, meno che mai a favore del solo ricorrente che possa avere ragione, ma unicamente un provvedimento che il giudice si trovi a dover disporre per evitare che divenga inutile il provvedimento che chiude il processo reso a favore di chi avrà ragione. La cautela come strumento essenziale – istituzionale – del processo, come mezzo per assicurare l'utilità del suo fine, i cui provvedimenti debbono ogni qualvolta essere adattati alla bisogna, cioè dati al fine di assicurare e non di anticipare l'esito finale del processo; provvedimenti che il giudice deve selezionare come i più adeguati al caso concreto, se necessario inventati per quel caso concreto; provvedimenti cautelari che nel processo perciò sono essenzialmente atipici”.

⁴⁰ R. VILLATA, F. GOISIS, *Commento all'art. 21, l. T.A.R., Sez. VI*, in A. ROMANO, R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 2009, 712, sottolineano come, “in sostanza, la tutela cautelare dovrebbe ritenersi strumentale a quella offerta dal giudizio di cognizione sia sul piano strutturale (i provvedimenti cautelari sono emanati provvisoriamente, in attesa della necessaria decisione del ricorso, che ne caduca gli effetti), che su quello funzionale (la misura cautelare deve essere strettamente funzionale, e quindi parametrata, a quella ottenibile in sede di giudizio di cognizione), senza assicurare diversi ed ulteriori beni della vita, rispetto a quelli derivabili dalla sentenza finale del giudizio di cognizione”.

⁴¹ Sulla necessità di una tutela cautelare effettiva quanto a contenuti della misura cautelare di modo da prestare un'idonea garanzia nei confronti del ricorrente, che non può rischiare di vedere definitivamente svanire il risultato utile che gli potrebbe derivare da una sollecita decisione di merito, cfr. già U. POTOTSCHNIG, *La tutela cautelare*, in AA.VV., *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Giuffrè, Milano, 1988, 195.

⁴² Il principio, di chiara ispirazione europea, deve trovare applicazione ovviamente anche con riferimento al processo amministrativo: in tema cfr. M. LUCIANI, *Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta”*, Relazione al Convegno “La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi”, Castello di Modanella, Serre di Rapolano (Siena), 19-20 maggio 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 100 ss.; F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, 8, osserva come il processo per essere giusto deve poter soddisfare la pretesa dedotta in giudizio; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, 1 ss. Si rinvia, inoltre, anche a S. FOÀ, *Termine decadenziale e azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi. Dubbi di legittimità costituzionale*, nota a T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1747, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 595 ss., secondo cui “il giusto processo amministrativo deve assicurare, secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo, una tutela piena ed effettiva. Ciò si traduce nella necessità di assicurare che il processo si svolga di fronte ad un giudice terzo e imparziale, nel contraddittorio ed a condizioni di parità tra le parti, senza cioè discriminazioni a vantaggio dell'una o dell'altra”.

⁴³ La pienezza e l'effettività della tutela, nonché la sua tempestività sono difatti corollari neces-

L'analisi delle ordinanze e dei decreti cautelari degli ultimi anni dimostrerà, però, che, se l'effettività diviene l'unica chiave di lettura della tutela cautelare, questa rischia di concretizzarsi in una misura giurisdizionale di contenuto diverso rispetto alle tradizionali misure interinali strumentali alla definizione del giudizio.

3. *I presupposti tradizionali della tutela cautelare: il fumus boni iuris ed il periculum in mora*

Chiarita la funzione tradizionale della tutela cautelare, occorre partire da un elemento che è tipico della giustizia amministrativa sin dalle sue origini: la presentazione del ricorso giurisdizionale non ha effetto sospensivo dell'esecuzione del provvedimento impugnato⁴⁴.

sari, sotto il profilo funzionale, del principio del giusto processo: così V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, 168 ss.; sul tema cfr. altresì M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 552 ss.; E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, 1074 ss.; nonché, da ultimo, il recente studio di M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, 1 ss.

⁴⁴Sul punto cfr. G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Cedam, Padova, 1971, 20 ss.; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in Id. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901, vol. III, 1008, osservava come "ciò è conforme ai principi teorici. Mentre infatti il ricorso, per sé solo, non indica che un atto soggettivo di una parte interessata, il provvedimento impugnato costituisce atto perfetto – per quanto revocabile – di un'autorità dello Stato: e sarebbe strano che la pura e semplice manifestazione di una privata volontà potesse arrestare, sia pure temporaneamente, l'esecuzione di un atto di autorità"; U. BORSI, *La esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi senesi*, 1901-1902, ora in *Studi di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, 111, affermava, al riguardo, come eventuali deroghe "costituiscono una gravissima limitazione della esecutorietà degli atti amministrativi". Occorre in questa sede richiamare anche M.P. CHITI, *La tutela cautelare*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013, 153; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 234 ss.; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 597 ss. La sospensione è di per sé soddisfacente dell'interesse legittimo oppositivo, non certamente di quello pretensivo; un siffatto sistema non può essere considerato sufficiente laddove si voglia garantire l'effettiva tutela delle posizioni dedotte in giudizio: concorde è l'opinione di R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in *Foro amm.*, 2015, 969 ss. Sulla trattazione della domanda cautelare come di un incidente processuale nell'impostazione tradizionale v. G. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. II, *La Giustizia Amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1958, 301 ss.; S. LESSONA, *La giustizia amministrativa*, Zanichelli, Bologna, 1955, 180; nonché G. SALEMI, *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1958, 261 ss. Oggi, alla luce dello stravolgimento della disciplina della

L'art. 55, comma 1 del Codice del processo conferma l'oramai acquisita atipicità⁴⁵ delle misure cautelari che possono essere concesse dal giudice amministrativo⁴⁶, comprensive dell'ingiunzione di pagamento di una somma di denaro, ed i requisiti che debbono sussistere per l'accoglimento dell'istanza cautelare, ovvero il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora* su cui occorre adesso soffermarsi.

Il *fumus boni iuris*, inteso dalla giurisprudenza come indice di non manifesta infondatezza del ricorso⁴⁷, può identificarsi nella ragionevole previsione prognostica che il giudice compie sull'esito positivo dello stesso⁴⁸.

tutela cautelare, S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 609 ss., osserva che, sotto il profilo tecnico giuridico, la domanda cautelare si può configurare come un incidente del processo solo perché non può essere proposta se non nell'ambito di un giudizio di cognizione. Sul punto v. anche E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1957, 241 ss.; ID., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 59 ss.; da ultimo v. anche F. SATTA, *Giustizia cautelare*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, 595 ss., spec. 599, secondo cui "la giurisprudenza ha compiuto la più straordinaria trasformazione di un processo, disciplinato da norme scritte, che probabilmente si conosca"; nonché C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Cedam, Padova, 2002, 223 ss.

⁴⁵ Secondo F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 58 ss., le misure cautelari non sono caratterizzate solo da atipicità ma anche da elasticità, intesa come attitudine alla protezione effettiva in sede cautelare delle varie situazioni soggettive poste all'attenzione del giudice.

⁴⁶ M. ALLENA, F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 191 ss., evidenziano, tuttavia, come il Codice abbia voluto riaffermare i caratteri propri delle misure cautelari differenziandole in modo chiaro dai provvedimenti a carattere sommario e arginando la tendenza giurisprudenziale a fare della tutela cautelare uno strumento attraverso il quale imporre una soluzione abbreviata del giudizio; in tema si v. anche F. GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto propulsivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 856 ss.

⁴⁷ Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1240, in *Foro amm. CdS*, 2011, 439; Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2006, n. 6134, in *Foro amm. CdS*, 2006, 2835; da ultimo, si v. anche Cons. Stato, sez. IV, 15 giugno 2020, n. 3508 e T.A.R. Calabria, Catanzaro, 25 giugno 2020, n. 1135, in *www.giustizia-amministrativa.it*; di recente v. anche T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 luglio 2022, n. 827, in *Rass. dir. farm.*, 2022, 906, relativamente alla sospensione dell'autorizzazione alla vendita di medicinali; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 30 marzo 2022, n. 2218, in *Rass. dir. farm.*, 2022, 601, con riferimento all'obbligo vaccinale del personale sanitario; T.A.R. Lazio, Roma, sez. V-bis, ord. 16 marzo 2023, n. 1554, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "ritenuto, inoltre, che nella specie pare difettare anche il requisito del *fumus boni iuris*, poiché, dagli elementi di valutazione acquisiti in corso di causa, non emergono profili che inducono ad una ragionevole previsione sull'esito favorevole del ricorso, in quanto il provvedimento di rigetto appare correttamente e congruamente motivato con il richiamo a un pregiudizio penale di particolare gravità a carico del ricorrente".

⁴⁸ Il *fumus boni iuris*, laddove in sede cautelare venga sollevata una questione di legittimità costituzionale, può essere altresì identificato nel dubbio sulla legittimità costituzionale della legge applicata dall'amministrazione; la concessione della misura cautelare comporta, a sua volta, la non applicazione della legge ordinaria rispetto al caso concreto: sul punto v. A. TRAVI, *Tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 3249 ss.

La giurisprudenza amministrativa, inoltre, inserisce spesso nella valutazione del *fumus* l'apprezzamento di due requisiti preliminari del ricorso quali l'ammissibilità e la ricevibilità dello stesso, di modo che un esito negativo escluderebbe la concessione della misura cautelare allorquando l'inammissibilità⁴⁹ e l'irricevibilità si presentassero in maniera chiara ed evidente⁵⁰.

Il *periculum in mora* indica invece che l'esecuzione dell'atto impugnato, sempre che si tratti di un giudizio di impugnazione, comporterebbe per il destinatario del medesimo un pregiudizio grave, irreparabile e caratterizzato dall'immediatezza così come previsto dall'art. 55 del Codice del processo ed interpretato dalla giurisprudenza⁵¹.

Occorre chiarire che in questo caso il *periculum*⁵² non si sostanzia in un pericolo di danno generico al quale si può ovviare con la tutela ordinaria, ma nell'ulteriore danno marginale che potrebbe derivare dalla lentezza del procedimento ordinario di definizione della controversia⁵³.

⁴⁹ Il T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *bis*, con ordinanza 18 giugno 2020, n. 4383, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha rigettato la domanda di sospensione del provvedimento impugnato nell'ambito di un ricorso collettivo per la mancanza del *fumus boni iuris*, data la violazione dei criteri di ammissibilità del ricorso collettivo; il T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, con ordinanza 26 maggio 2020, n. 4051, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha ritenuto l'insussistenza del *fumus boni iuris*, data la mancata notifica del ricorso con contestuale istanza cautelare ad almeno uno dei controinteressati, e quindi sulla base dell'inammissibilità, ai sensi dell'art. 42, comma 2, c.p.a. dello stesso ricorso.

⁵⁰ Così Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2009, n. 5151, in *Foro it.*, 2010, 12, III, 614, che ha valutato l'insussistenza del *fumus* dell'impugnazione in relazione alla carenza di giurisdizione del giudice amministrativo rispetto alla valutazione tecnica resa dall'amministrazione.

⁵¹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2015, n. 88, in *Rass. dir. farm.*, 101 ss., che non ha ravvisato "il requisito del *periculum in mora* necessario per ottenere la sospensione cautelare di un provvedimento istitutivo di nuove sedi farmaceutiche che sia censurato per asserita sommarietà e imprecisione dell'indicazione del territorio assegnato alla nuova farmacia e per gli effetti dannosi che ne conseguirebbero (ad esempio, sotto il profilo dell'incertezza dei criteri da osservare in occasione di futuri trasferimenti dell'una o dell'altra farmacia), trattandosi di danno temuto non caratterizzato da immediatezza". Secondo Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2007, n. 396, in *Foro amm. CdS*, 2007, 1951 ss., con nota di C. CHIAPPINELLI, *Limiti alla discrezionalità dell'amministrazione universitaria nella ricostituzione delle commissioni di concorso*, il *periculum in mora* sussiste altresì in relazione all'interesse dei componenti pretermessi in sede di ricostituzione della commissione giudicatrice all'assolvimento nell'ufficio del quale sono stati investiti ed alla salvaguardia della propria sfera morale.

⁵² Nozione che soffre della mancanza di una definizione normativa unitaria in ambito processuale: così S. RECCHIONI, *Periculum in mora (nel processo cautelare civile)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., 2007, Aggiornamento, II, 892 ss.

⁵³ Così M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Cedam, Padova, 2012, 113, secondo cui il *periculum in mora* si può configurare sia come pericolo da infruttuosità che come pericolo di tardività: per il primo si intende il pericolo che, durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo a cognizione piena, sopraggiungano fatti tali da rendere impossibile o molto più difficoltosa la concreta possibilità di attuazione della sentenza. Per pericolo da tardività si intende, invece, il pericolo che sia la mera durata del processo a provocare il pregiudizio e lo

In astratto, affinché la misura cautelare richiesta possa essere concessa dal giudice amministrativo debbono sussistere entrambi i requisiti⁵⁴, non essendo sufficiente la presenza di uno solo di essi⁵⁵.

La valutazione sulla esistenza del *fumus* è logicamente anteriore rispetto a quella sul *periculum*.

È possibile che esista il *fumus* ma non il *periculum*, in quanto la valutazione del primo è indipendente dalla sussistenza del pregiudizio grave ed irreparabile ma non potrà a rigore dirsi che esista il *periculum* una volta negata l'esistenza del *fumus*, in quanto la sussistenza del pericolo non può prescindere dalla valutazione prognostica positiva sulla fondatezza del ricorso⁵⁶.

Malgrado la concessione di misure cautelari debba essere strettamente connessa ad una valutazione positiva relativa alla sussistenza di entrambi i presupposti⁵⁷, non è raro che alcuni giudici amministrativi, specialmente di primo grado, sospendano l'esecuzione del provvedimento a prescindere dalla valutazione del *fumus boni iuris*, motivando solo ed esclusivamente con riferimento al *periculum* ed all'esigenza di mantenere inalterata la situazione di fatto sino alla trattazione in udienza pubblica del merito del ricorso⁵⁸.

Questa tendenza si è consolidata nel corso degli ultimi anni, specialmente ove il giudice amministrativo inserisce, nella valutazione dei presupposti necessari alla decisione sull'adozione della misura cautelare richiesta, sospensiva o

stato di insoddisfazione del diritto, a causa del procrastinarsi del tempo di definizione della vertenza.

⁵⁴ Valutazione del *fumus*, che secondo la giurisprudenza, può essere rivisto in sede di definizione del merito della causa, in quanto reso con una valutazione estremamente sommaria della questione: così Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n. 1660, in *Foro amm. CdS*, 2013, 3, 669 e Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1497, in *Foro amm. CdS*, 3, 601.

⁵⁵ Sul punto cfr. C. MIGNONE, *Il giudizio di primo grado*, in C. MIGNONE, P.M. VIPIANA, *Manuale di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 2012, 219.

⁵⁶ In questi termini C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Giappichelli, Torino, 1997, 34; così, in giurisprudenza, T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, ord. 23 marzo 2023, n. 1627, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui “l'insussistenza del *fumus boni iuris* rende irrilevante qualsiasi analisi circa la sussistenza del *periculum in mora*”.

⁵⁷ E la motivazione dell'ordinanza cautelare “si inserisce, inoltre, restandone influenzata, nel bilanciamento tra gli interessi in gioco, che, secondo una prassi consolidata, il giudice amministrativo opera valutando il pregiudizio che l'eventuale concessione della misura cautelare arrechierebbe all'interesse pubblico (ed eventualmente ad altri soggetti privati) in rapporto al pregiudizio che la negazione della tutela cautelare arrechierebbe al ricorrente”: così N. LONGOBARDI, *La motivazione delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 350; in giurisprudenza cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 11 febbraio 2002, n. 24, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 826, secondo cui la pronunzia sulla domanda cautelare deve contenere la valutazione del pregiudizio allegato, nonché l'indicazione dei profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso.

⁵⁸ Così, ad esempio, T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 30 giugno 2011, n. 283, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

propulsiva che sia, un ulteriore elemento di giudizio, ovvero quello della necessaria comparazione degli interessi in gioco nella fattispecie⁵⁹.

Si tratta di una valutazione che dovrebbe attenere solo al *periculum* ma che, come vedremo, finisce per condizionare anche quella sul *fumus*.

4. *La comparazione degli interessi in gioco come nuovo elemento della valutazione cautelare del giudice amministrativo*

La crisi sanitaria globale, dovuta alla pandemia da Covid-19, ha modificato il ruolo del giudice amministrativo. Difatti, questo ha dovuto affrontare, in sede cautelare, questioni particolarmente delicate ove la contrapposizione tra interessi pubblici, nella specie legati alla tutela della salute collettiva per prevenire o quantomeno contenere la diffusione della pandemia, ed interessi dei singoli, in particolare degli operatori economici fortemente limitati nelle loro attività produttive, si è realizzata in maniera netta e probabilmente drammatica come mai sino a quel momento.

Un primo esempio è rappresentato da un'ordinanza cautelare adottata nel 2020 dal collegio del T.A.R. Lazio, Roma, che ha dovuto affrontare la tematica concernente la sospensione disposta dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli delle attività di gioco pubblico, ovvero di tutte quelle attività di "scommesse su eventi sportivi e non sportivi, ivi compresi quelli simulati" e di "raccolta delle scommesse tramite dispositivi elettronici del tipo slot machines" in tutte le tabaccherie ed edicole presenti sul territorio nazionale.

In questo caso è evidente che la valutazione da compiere per il giudice amministrativo risulta di una particolare complessità: nella valutazione del *periculum in mora*, difatti, occorre tenere conto che, da un lato, vi è l'esigenza dello Stato di evitare assembramenti in luoghi come le tabaccherie e le edicole che possono costituire fonte, visto il contatto ravvicinato tra le persone, di una diffusione del virus; dall'altro, però entra in gioco l'interesse particolare dei titolari delle relative attività all'erogazione di un servizio in un settore che non solo è particolarmente remunerativo per questi ma genera, non lo si dimentichi, anche entrate erariali.

A fronte di ciò il T.A.R. Lazio, chiamato a valutare l'eventuale sospensione della determinazione del 29 aprile 2020 dell'Agenzia delle Dogane e dei Mono-

⁵⁹ Per un esempio di un raro e recente provvedimento cautelare ove non compare espressamente la comparazione degli interessi in gioco ma è comunque a questo sotteso v. Cons. Stato, sez. V, ord. 24 marzo 2023, n. 1160, in www.giustizia-amministrativa.it, che così motiva: "considerato che le censure dedotte con l'appello non appaiono del tutto sprovviste di fumus boni iuris e necessitano di un approfondito vaglio nella trattazione del merito; che è dominante, nel caso di specie, il profilo del periculum in mora, data la notevole incidenza sull'attività dell'amministrazione comunale che deriverebbe dall'esecuzione della sentenza appellata".

poli di inibizione temporanea di tutte le attività di gioco pubblico, ha adottato una pronunzia, che, dal punto di vista della valutazione dei presupposti processuali delle misure cautelari, risulta particolarmente innovativa.

Infatti, prescindendo totalmente dalla valutazione della sussistenza del *fumus boni iuris*, il giudice amministrativo ha rigettato la domanda di sospensiva in quanto sotto il profilo del *periculum in mora*, nel bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, deve considerarsi prevalente, rispetto all'interesse particolare del ricorrente volto a riavviare la propria iniziativa economica, parzialmente sospesa, in un settore pur rilevante quale il gioco pubblico, la tutela dell'interesse generale diretto a salvaguardare la salute individuale e collettiva durante il periodo temporale dello stato di emergenza nazionale – disposto dal Governo con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 – in conseguenza del rischio sanitario internazionale connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, rappresentati nella specie dall'epidemia da Covid-19⁶⁰.

Ma non si tratta di un caso isolato.

Un secondo esempio può essere rappresentato dalle decisioni cautelari adottate dal T.A.R. Campania, Napoli, con riferimento ad un'ordinanza del Sindaco di Napoli del giugno 2020, che derogava temporaneamente al regolamento comunale sui *dehors* attraverso il rilascio con modalità semplificate di permesso di uso temporaneo a titolo gratuito in ampliamento o per nuova occupazione in favore del titolare di esercizi di somministrazione di alimenti e bevande. In questo caso, il giudice amministrativo ha prima, con decreto presidenziale, accolto l'istanza presentata da un'associazione di cittadini sulla base di un necessario controllo pubblico sull'esercizio delle attività economiche vista la situazione di emergenza sanitaria dovuta alla pandemia⁶¹; ma, poi, in sede collegiale, ha respinto l'istanza cautelare, perché, nella comparazione degli interessi in gioco, prevale l'interesse pubblico a “consentire un ampio e rapido rilancio delle attività economiche coerentemente tra l'altro con le finalità perseguite dalla normativa nazionale”⁶².

È interessante la comparazione effettuata in questo caso peculiare dal giudice amministrativo, perché, a fronte del necessario rispetto del c.d. distanziamento sociale, si è ritenuto prevalente l'interesse pubblico alla ripresa economica, che, successivamente al periodo del primo *lockdown*, è stato considerato, quindi, di rango almeno pari ad altri interessi pubblici primari come quello della tutela della salute pubblica⁶³, con un rovesciamento di prospettiva rispetto a quanto statuito solo un mese prima dal T.A.R. Lazio, Roma.

⁶⁰ Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 giugno 2020, n. 4160, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, decr. 8 giugno 2020, n. 1135, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶² T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, ord. 8 luglio 2020, n. 1326, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶³ Al riguardo occorre rinviare alle attente considerazioni di S. FOÀ, *Distanza, lontananza e ve-*

Un ulteriore ed ultimo esempio sempre riferito al periodo pandemico è costituito dai numerosi provvedimenti cautelari adottati in relazione alle ordinanze regionali di sospensione dell'attività didattica in presenza e contestuale attivazione della didattica a distanza, ordinanze adottate sulla base dei d.p.c.m. che suddividevano il Paese in diversi livelli di pericolosità a seconda del rischio di contagio che veniva valutato settimanalmente per le singole Regioni.

In questo caso è evidente che il giudice amministrativo è dovuto intervenire rapidamente, molto spesso con decreti monocratici, per valutare, anche se in modo provvisorio, la legittimità delle ordinanze regionali impugnate sulla base di una comparazione non di interessi qualunque, ma di diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti, che in quel momento storico entravano in conflitto, quali il diritto alla salute da un lato ed il diritto all'istruzione dall'altro.

Soprattutto a fronte di reiterate sospensioni dell'attività didattica in presenza, spesso non giustificate dall'andamento epidemiologico, il giudice amministrativo, con particolare riguardo agli alunni di scuole elementari e medie, ove si pongono anche minori problemi di congestione del trasporto pubblico locale, ha ritenuto prevalente la tutela del diritto all'istruzione perché *“la persistente durata della sospensione della modalità in presenza per gli alunni più piccoli (e dunque evidentemente più bisognosi di supportare, per rendere effettivo l'esercizio del diritto, l'apprendimento cognitivo con la dimensione affettiva e sociale propria della scuola (in presenza) avrebbe determinato la irragionevole compromissione del diritto all'istruzione”*⁶⁴.

La compressione di un diritto fondamentale come quello all'istruzione è possibile, quindi, solo dinnanzi a casi eccezionali di pericolo imminente e concreto per la salute pubblica.

Ora, al di là della situazione irripetibile in cui si inseriscono queste pronunzie, emerge un dato fondamentale su cui occorre riflettere.

Il giudice amministrativo, in alcuni di questi casi, non valuta neppure la sussistenza del *fumus* della domanda di sospensiva avanzata; da un punto di vista formale si potrà convenire che ciò probabilmente non è particolarmente corretto, ma in realtà questa mancanza pare più che altro una valutazione negativa.

Più interessante è l'aspetto attinente alla valutazione del *periculum in mora*. Qui il giudice amministrativo non compie una mera considerazione astratta del pregiudizio grave ed irreparabile che il ricorrente potrebbe subire nelle more della definizione del giudizio ma inserisce al suo interno una valutazione circa la prevalenza di un interesse, pubblico o privato, su tutti gli altri che entrano in conflitto.

rità nell'emergenza. *Diritto e nostalgia*, in A. DALL'IGNA, E.C. SFERRAZZA PAPA, A. CARRIERI (a cura di), *Quaderni di filosofia. Distanza*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine, 2020, spec. 115 ss.

⁶⁴Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, decr. 20 gennaio 2021, n. 142, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Effettua, cioè, una vera e propria comparazione degli interessi coinvolti, ritenendo, ad esempio con riferimento al primo caso esaminato, che la prevalenza dell'interesse generale dello Stato alla tutela della salute di tutti i cittadini sul pur meritorio interesse particolare alla ripresa dell'attività economica, seppur parziale, di uno solo di essi debba portare a considerare non esistente il profilo del *periculum* e quindi a rigettare la domanda cautelare⁶⁵. Oppure, in relazione ai reiterati provvedimenti di sospensione dell'attività didattica in presenza, bilanciando gli interessi in gioco, ha ritenuto prevalente la tutela del diritto all'istruzione a fronte di un rischio per la salute pubblica non accertato in maniera concreta.

Si tratta, certamente, di un profilo innovativo, meritevole di attenzione, che spinge ad affermare che la valutazione effettuata dal giudice amministrativo non è meramente sommaria e che il giudizio cautelare non può essere considerato un semplice incidente del processo amministrativo⁶⁶.

Questa valutazione è diventata sempre più frequente nei giudizi cautelari amministrativi: occorre però comprendere se la comparazione degli interessi è, come nel caso appena descritto, un elemento di valutazione del *periculum* o se assurge ad ulteriore presupposto processuale che il giudice deve valutare per accordare o meno la tutela cautelare richiesta.

La prima tesi si è consolidata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato in diverse pronunzie rese su appelli cautelari⁶⁷.

Il Consiglio di Stato, infatti, in queste decisioni, che peraltro sono tutte di accoglimento degli appelli cautelari proposti, con la conseguenza di accogliere l'istanza cautelare rigettata in primo grado, ha valutato l'elemento del pregiudizio grave ed irreparabile subito dal ricorrente sempre facendo riferimento ad un'attenta comparazione tra l'interesse del privato ad ottenere una sospensione del provvedimento impugnato e quello dell'amministrazione a non subire un danno dalla mancata esecuzione dello stesso⁶⁸.

⁶⁵ Per una disamina completa si permetta il rinvio a M. RICCIARDO CALDERARO, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo. Un nuovo modo di valutare i presupposti processuali*, in *Federalismi*, n. 27/2020, 223 ss.

⁶⁶ Questo non vuol dire, ovviamente, che il giudizio cautelare debba essere considerato finalizzato esclusivamente alla tutela del ricorrente e del suo privato interesse, senza che assuma rilevanza alcuna quanto attiene all'esercizio del potere amministrativo: sul punto cfr. A.R. TASSONE, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, 23 ss.

⁶⁷ Appello cautelare definito, anche dai processualcivili, al pari del reclamo avverso l'ordinanza che concede o nega il provvedimento cautelare in sede civile disciplinato dall'art. 669-terdecies, cod. proc. civ., come un rimedio impugnatorio di carattere generale: così, ad esempio, R. CAPONI, *La linea spezzata. Giusto processo e impugnabilità dei provvedimenti sommari nel processo civile*, in *Giur. cost.*, 2018, 2116 ss.

⁶⁸ Così Cons. Stato, sez. V, ord. 19 giugno 2020, n. 3638; Cons. Stato, sez. V, ord. 22 maggio 2020, n. 2877; Cons. Stato, sez. IV, ord. 22 maggio 2020, n. 2845; Cons. Stato, sez. V, ord. 15 maggio 2020, n. 2620; Cons. Stato, sez. V, ord. 5 giugno 2020, n. 3192, che ha valutato sussistente

La comparazione degli interessi diviene, perciò, uno strumento mediante cui il giudice amministrativo legge più attentamente il pregiudizio grave ed irreparabile che il ricorrente potrebbe subire nelle more della definizione del giudizio.

Questo potrebbe certamente sussistere, ma non è sufficiente la sua sussistenza astratta affinché, ricorrendo anche il presupposto del *fumus*, il giudice accorri alla misura cautelare richiesta.

È altresì necessario, difatti, che il pregiudizio sia di una gravità tale da far ritenere prevalente l'interesse del privato, nel caso di impugnazione di un provvedimento, a che l'esecuzione del provvedimento venga sospesa rispetto al danno che l'amministrazione resistente potrebbe subire da questa sospensione.

Occorre sottolineare, peraltro, che, ove il Consiglio di Stato accolga l'appello cautelare⁶⁹, riformando l'ordinanza di primo grado, molto spesso quest'acco-

l'elemento del *periculum in mora* in quanto prevalente l'interesse del ricorrente alla prosecuzione dell'attività economica oggetto di inibizione da parte del provvedimento impugnato. Tutte le ordinanze sono reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁹ È necessario ricordare che l'appellabilità delle ordinanze cautelari non è stata però sempre ammessa ma costituisce il punto di arrivo di un lungo percorso evolutivo, atteso che in un primo momento la giurisprudenza del Consiglio di Stato e parte della dottrina assunsero una posizione contraria: in giurisprudenza si segnalano, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 1977, n. 846; Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 1976, n. 1323; Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 1975, n. 183; Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 1975, n. 107; in dottrina le posizioni di E.M. BARBIERI, *Sull'appellabilità delle ordinanze dei T.a.r. in materia di sospensione dei provvedimenti impugnati*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 344 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo cautelare e doppio grado di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 548 ss.; A. ALBINI, *Della non appellabilità ex se delle ordinanze dei T.a.r. sulla sospensiva*, in *Foro amm.*, 1977, 5, 1, 1367 ss.; R. LUCIFREDI, V. CAIANIELLO, *I tribunali amministrativi regionali*, Utet, Torino, 1972, 203. La questione è stata risolta in senso positivo, cioè nel senso dell'appellabilità delle ordinanze cautelari, da Cons. Stato, ad. plen., 20 gennaio 1978, n. 1, secondo cui l'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale, che definisce l'istanza di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, ha natura decisoria con effetti imperativi simili alla sentenza, con la conseguenza che è sicuramente suscettibile di appello dinanzi al Consiglio di Stato: la sentenza è reperibile in *Giur. it.*, 1978, I, 145 ss., con nota di M.A. SANDULLI, *Svolta giurisprudenziale sull'appellabilità delle ordinanze dei Tribunali amministrativi regionali in materia di sospensione*; in *Foro amm.*, 1978, 19 ss., con nota di B. MORETTI, *Giustizia amministrativa e ingiustizia legislativa (a proposito della l. n. 1 del 1978 e della ad. plen. 20 gennaio 1978 n. 1)*. Antecedentemente si erano però espressi in senso favorevole, in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. IV, ord. 22 aprile 1977, n. 29, in *Foro it.*, 1977, III, 233 ss., con nota adesiva di F. SATTA, *Sospensione del provvedimento impugnato e doppio grado di giudizio*, e, in dottrina, A. CARULLO, *Il doppio grado di giurisdizione nel giudizio cautelare amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1115 ss. La questione è stata definitivamente risolta dall'intervento della Corte Cost., con sent. 1° febbraio 1982, n. 8, che ha ricordato come l'appellabilità sia un carattere essenziale della tutela cautelare nel sistema della giustizia amministrativa, normalmente ordinato in doppio grado per tutti i provvedimenti decisorii, come sono evidentemente anche le ordinanze cautelari: la fondamentale sentenza della Corte è pubblicata in *Dir. proc. amm.*, 1983, 311 ss., con nota di F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, nonché cfr. il commento di E. STICCHI DAMIANI, *Il giudizio cautelare d'appello*, *ivi*, 331 ss. Da ultimo, per una completa ricostruzione dell'intera vicenda, si rinvia ad A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, XIV, 381 ss., nonché a

glimento è motivato semplicemente in relazione all'esigenza di una celere fissazione da parte del Tribunale Amministrativo Regionale dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10 del Codice del processo⁷⁰.

In altri termini, il Consiglio di Stato accorda la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato ai soli fini di una pronta fissazione dell'udienza di merito in primo grado, perché, ravvisata la sussistenza del *periculum in mora* per il ricorrente attraverso una comparazione degli interessi in gioco, vuole che la valutazione sulla fondatezza del ricorso venga effettuata non solamente provvisoriamente, fornendo una valutazione prognostica sul *fumus*, ma *re adhuc integra* entrando nel merito delle doglianze sollevate nei confronti del provvedimento impugnato⁷¹, evidenziandosi così, in questo caso, la forte strumentalità della tutela cautelare rispetto al giudizio di merito⁷².

Il Consiglio di Stato utilizza oramai questo metro di giudizio non solo allorché è chiamato a pronunciarsi su un appello cautelare, ovvero sull'impugnazione proposta ex art. 62 del Codice del processo amministrativo avverso le ordinanze cautelari adottate in primo grado⁷³, ma anche laddove si trovi al cospet-

N. BASSI, *Le competenze decisorie del giudice amministrativo fra principio di legalità e tecniche di attribuzione in via pretoria di potestà innominate*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 453 ss.

⁷⁰ Cons. Stato, sez. VI, ord. 30 giugno 2020, n. 3822, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, dinanzi ad un provvedimento sanzionatorio, di tipo pecuniario, irrogato dall'AGCM ha accolto l'appello cautelare, sospendendo conseguentemente l'esecutività del provvedimento, ai soli fini della fissazione celere dell'udienza di merito dinanzi al T.A.R., ritenendo che l'interesse di carattere patrimoniale del ricorrente potesse ritenersi adeguatamente tutelato attraverso quest'ultima misura.

⁷¹ Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, ord. 19 giugno 2020, n. 3637, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷² Sulla necessaria strumentalità dell'azione cautelare rispetto all'azione principale, anche successivamente all'entrata in vigore del Codice del 2010, cfr. l'opinione di M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in A. CAVALLARI, G. DE GIORGI CEZZI, G.L. PELLEGRINO, P.L. PORTALURI, E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Esi, Napoli, 2011, 205 ss.; M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1130 ss., osserva che "la fase cautelare assume così nel Codice un ruolo che, senza nulla sottrarre al valore conformativo delle misure adottate ed, anzi, proprio in ragione di quest'ultimo, appare sempre più finalizzato a garantire una sollecita definizione dell'intero processo"; in questo senso già E.M. BARBIERI, *Sulla strumentalità del processo cautelare amministrativo*, in *Foro amm.*, 1987, II, 3173 ss.; *contra*, per una maggiore autonomia delle misure cautelari, almeno di quelle a contenuto propulsivo è l'opinione di A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 168 ss.; nonché di L. VIOLA, *I tempi del processo amministrativo: le scelte sbagliate del nuovo Codice*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 3809 ss.

⁷³ Appello cautelare che è, di regola, ammesso solamente avverso le ordinanze collegiali e non anche per i decreti monocratici: così Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 39, in *Foro it.*, 2019, 3, III, 117, secondo cui nel processo amministrativo, il Consiglio di Stato è incompetente a confermare o revocare la misura cautelare concessa con decreto del presidente del T.A.R., in quanto, ai sensi dell'art. 62 c.p.a., la pronuncia cautelare collegiale del Consiglio di Stato non può precedere quella del T.A.R., essendo configurata esclusivamente quale decisione avente ad oggetto una

to di una richiesta di misura cautelare “propria” del secondo grado di giudizio, ovvero di un’istanza di sospensione, nelle more della definizione del merito dell’appello, dell’esecuzione della sentenza di primo grado⁷⁴, che, come è noto, è immediatamente esecutiva in virtù dell’art. 33, comma 2, del Codice.

Difatti, come, ad esempio, verificatosi con riferimento ad una procedura concorsuale, il Consiglio di Stato ha ritenuto di rigettare l’istanza di sospensione della sentenza del T.A.R. che aveva dichiarato il ricorso irricevibile, data l’insussistenza del *periculum in mora* perché, nella comparazione degli interessi in gioco, si è considerato prevalente l’interesse dell’amministrazione a mantenere in piedi la procedura concorsuale appena avviata, anche alla luce del fatto che i ricorrenti erano stabilmente inseriti in una graduatoria riservata, ancora efficace, per la stabilizzazione mediante una chiamata diretta⁷⁵.

In questo caso, senza ombra di dubbio, la domanda cautelare era sprovvista di entrambi i presupposti richiesti: il *fumus* ed il *periculum* nella particolare lente prospettiva di una necessaria comparazione degli interessi⁷⁶, in quanto l’interesse del ricorrente inserito in una graduatoria riservata per una chiamata diretta subisce la prevalenza dell’interesse dell’amministrazione a bandire una procedura aperta, stante la discrezionalità di cui è titolare la stessa⁷⁷.

decisione cautelare assunta in primo grado nella sede collegiale; in senso negativo all’appellabilità dei decreti cautelari cfr. altresì Cons. Stato, sez. IV, decr. 29 aprile 2022, n. 1962, con nota di M. SFORNA, *Tutela cautelare monocratica: il Consiglio di Stato torna ad affermare l’inappellabilità del decreto cautelare reso ex art. 56 c.p.a.*, in *GiustiziaInsieme*, 7 luglio 2022 e, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, decr. 7 novembre 2024, n. 4165, in *www.giustizia-amministrativa.it*; *contra*, però in passato Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 2018, n. 5971, *ivi*, che ha ammesso la possibilità dell’appello, e non solo della richiesta di modifica o di revoca, dei decreti monocratici; nonché Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2009, n. 4628, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2615 ss., con nota di C.E. GALLO, *L’appellabilità del decreto cautelare presidenziale*. In tema v. altresì le considerazioni di I. GENUESSI, *Sull’appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, in *GiustiziaInsieme*, 20 aprile 2021.

⁷⁴ Secondo l’art. 98 del Codice, il Consiglio di Stato, su istanza di parte, valutati i motivi proposti e qualora dall’esecuzione possa derivare un pregiudizio grave e irreparabile, può disporre la sospensione dell’esecutività della sentenza impugnata.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. VI, ord. 24 giugno 2020, n. 3727, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷⁶ Sempre in sede di esame di istanza di sospensione della sentenza di primo grado, nell’ottica di non ravvisare la sussistenza del *periculum in mora* in virtù della prevalenza dell’interesse dell’amministrazione al mantenimento degli effetti del provvedimento impugnato in materia di tutela dei beni culturali, cfr. Cons. Stato, sez. V, ord. 26 giugno 2020, n. 3747, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in materia di interdittiva antimafia, Cons. Stato, sez. III, ord. 15 giugno 2020, n. 3533, *ivi*; in materia di servizi pubblici, in particolare dell’erogazione del servizio di trasporto pubblico, Cons. Stato, sez. V, ord. 15 giugno 2020, n. 3507, *ivi*; in materia di affidamento di prestazioni complementari allo stesso appaltatore ex art. 106, comma 1, lett. b) del Codice degli appalti, Cons. Stato, sez. III, ord. 5 giugno 2020, n. 3215, *ivi*.

⁷⁷ Si rinvia alla giurisprudenza in ordine alla possibile equiordinazione, quanto alle procedure di selezione del personale pubblico, tra lo scorrimento delle graduatorie ancora efficaci e l’indizione di nuove procedure concorsuali: di recente, Cons. Stato, sez. III, 30 marzo 2020, n. 2168,

La comparazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco è divenuta, pertanto, lo strumento attraverso cui il Consiglio di Stato valuta di regola il profilo del pregiudizio grave ed irreparabile⁷⁸ che il ricorrente può subire sia dalla mancata sospensione del provvedimento impugnato che dall'esecuzione della sentenza pronunciata in primo grado.

Ora, se quest'ulteriore elemento serve effettivamente ad approfondire la valutazione, di per sé sommaria, sul *periculum* in cui può incorrere il ricorrente, il giudizio di chi scrive non può che essere positivo.

Occorre, però, evidenziare che, dall'esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la comparazione degli interessi sembra propendere, nella quasi generalità dei casi, per la prevalenza dell'interesse generale, anche laddove si interven-ga con un provvedimento presidenziale⁷⁹.

È necessario, perciò, che il giudice amministrativo faccia attenzione: compiere uno stringato riferimento alla comparazione degli interessi in gioco non deve divenire uno strumento di semplificazione della motivazione dei provvedimenti cautelari⁸⁰, in cui l'insussistenza del *periculum* viene motivato semplicemente sulla base della generica (ed astratta) prevalenza dell'interesse pubblico su quello del ricorrente⁸¹.

Questa sarebbe una distorsione del sistema, delle garanzie del giusto processo e del diritto di difesa⁸², certamente non accettabile.

in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sardegna, sez. I, 17 ottobre 2019, n. 787, in *Foro amm.*, 2019, 1768 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2019, n. 5071, in *Foro amm.*, 2019, 1641 ss.

⁷⁸ Così Cons. Stato, sez. III, ord. 12 giugno 2020, n. 3487, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷⁹ Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. III, decr. 19 maggio 2020, n. 2735, con riferimento alla richiesta di misure cautelari monocratiche connesse all'appello presentato avverso sentenza del T.A.R. Lazio, che ha respinto la domanda cautelare considerando prevalente l'interesse pubblico generale, di cui la A.S.L. è portatrice, a non interrompere – nel contesto dell'emergenza sanitaria – una gara per la fornitura di macchine reagenti per l'utilizzo su campioni biologici; Cons. Stato, sez. III, decr. 30 marzo 2020, n. 1571, che ha respinto l'istanza cautelare considerando prevalente l'interesse dell'amministrazione a concludere la procedura di affidamento per la fornitura di sistemi analitici per i laboratori di anatomia patologica da destinare alle aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Calabria; Cons. Stato, sez. V, decr. 27 marzo 2020, n. 1520, con riferimento ad una concessione demaniale. Tutti i decreti sono rinvenibili in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸⁰ Difatti, riprendendo le parole di A. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265 ss., "l'essenza della cognizione sommaria... non è data da un minor grado di razionalità dell'accertamento logico compiuto dal giudice, bensì dalla circostanza che questo accertamento è il frutto di un processo che si è svolto secondo forme e termini rimessi per la massima parte alla discrezionalità del giudice e non predeterminate dal legislatore".

⁸¹ In questo senso, ad esempio, Cons. Stato, sez. III, ord. 12 giugno 2020, n. 3486, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha respinto la domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata ritenendo prevalente l'interesse dell'amministrazione alla continuità di svolgimento del servizio di vigilanza, non motivando né sul *fumus* né sul *periculum* dell'istanza cautelare presentata.

⁸² Anche perché la misura cautelare deve porsi come necessaria garanzia della tutela dell'in-

Anche laddove oggetto del giudizio siano interessi pubblici che si riferiscono ad esigenze primarie del nostro ordinamento, come ad esempio l'ordine pubblico e la sicurezza⁸³ oppure la tutela della salute pubblica⁸⁴, vi deve essere in ogni caso un effettivo bilanciamento degli interessi in gioco, tenendo in considerazione le peculiarità del caso di specie, affinché, in sede cautelare, il giudice amministrativo non sia semplicemente il giudice dell'amministrazione⁸⁵ ma tuteli le fondamentali garanzie di difesa riconosciute dalla Costituzione⁸⁶.

Quanto visto con riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, cioè che la comparazione degli interessi non costituisce un presupposto processuale autonomo, distinto da quello del *fumus* e del *periculum*, rappresentando invece, se correttamente utilizzato, un elemento di una più approfondita valutazione di quest'ultimo, è confermato anche dalla giurisprudenza del giudice amministrativo di primo grado.

Nelle diverse sedi dei T.A.R. locali, difatti, si può osservare che il giudice amministrativo, in disparte alcuni casi ove in modo del tutto stravagante la comparazione degli interessi viene utilizzata per valutare ad un primo sommario esame, dal punto di vista del *fumus*, la legittimità delle motivazioni che l'amministrazione ha posto a base del provvedimento impugnato⁸⁷ – ma si tratta

teresse sostanziale sotteso alla fattispecie: sul punto v. M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 928 ss.

⁸³ Cons. Stato, sez. III, ord. 12 giugno 2020, n. 3480, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ad esempio, ha ritenuto prevalente, nella comparazione degli interessi, l'interesse generale ad evitare l'infiltrazione mafiosa nelle attività economiche; cfr. altresì Cons. Stato, sez. III, ord. 5 giugno 2020, n. 3208, *ivi*, che non ha concesso la sospensione della sentenza del T.A.R. Campania, che aveva respinto il ricorso per l'annullamento del provvedimento di revoca del certificato di idoneità all'attività di accensione di fuochi artificiali.

⁸⁴ Cons. Stato, sez. III, ord. 5 giugno 2020, n. 3211, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, dinanzi ad una domanda di sospensiva della sentenza di primo grado che, in accoglimento del ricorso presentato, aveva annullato la procedura di affidamento dei servizi socio-sanitari per l'esiguità, e finanche l'indeterminatezza, dell'importo posto a base di gara, ha sospeso l'esecutività della sentenza, ritenendo prevalente, nella valutazione del *periculum*, l'interesse dell'amministrazione ad assicurare il servizio socio-sanitario ai degenti attraverso il mantenimento dell'affidamento dell'appalto già effettuato; Cons. Stato, sez. III, ord. 22 maggio 2020, n. 2827, *ivi*, ha ritenuto prevalente, in sede di appello cautelare, l'interesse dell'amministrazione sanitaria all'attivazione del servizio di vigilanza presso la struttura sanitaria piuttosto che l'interesse di uno dei concorrenti pretermessi dalla procedura di gara alla rinnovazione della stessa per asserite illegittimità della *lex specialis*.

⁸⁵ Il richiamo qui è ovviamente al celebre discorso pronunciato da S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione* (1880), in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, 222 ss.

⁸⁶ L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss., evidenzia, al riguardo, come la ragione d'essere della giustizia amministrativa sia la garanzia del cittadino nei confronti dell'amministrazione; sul punto concorde è l'opinione di A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, *ivi*, 1998, 380 ss.

⁸⁷ Come, ad esempio, effettuato da T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, ord. 23 aprile 2020, n.

di eccezioni, anche se non così infrequenti – nel momento in cui deve giudicare la sussistenza del *periculum* allegato dal ricorrente compie una valutazione complessiva, che tiene debitamente conto di tutti gli interessi coinvolti dalla controversia⁸⁸.

Anzi, rispetto al Consiglio di Stato che, forse per il compimento di una valutazione più astratta, sembra, nella maggior parte dei casi, propendere per la prevalenza dell'interesse pubblico di cui è portatrice l'amministrazione, i Tribunali Amministrativi Regionali, più attenti alle esigenze dei territori rispetto ai quali esercitano la loro giurisdizione, attraverso il bilanciamento degli interessi in gioco, non ritenendo in astratto per forza prevalente quello della collettività, compiono una valutazione particolarmente attenta di tutte le esigenze rilevanti nelle controversie su cui sono chiamati a giudicare.

Questo dato è confermato anche dall'analisi dei decreti cautelari monocratici adottati dai Presidenti dei diversi Tribunali Amministrativi Regionali⁸⁹, decreti

938, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in relazione ad un provvedimento dell'Autorità militare con cui si è disposta il trasferimento d'imperio del ricorrente.

⁸⁸ Si possono segnalare, *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, ord. 4 marzo 2020, n. 1368, con riferimento ad un provvedimento di organizzazione della Polizia di Stato; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, ord. 21 maggio 2020, n. 1061, con riferimento all'utilizzo di beni sottoposti al regime demaniale; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, ord. 26 maggio 2020, n. 773, che, in materia di affidamento di una fornitura sanitaria, nell'ottica dell'emergenza sanitaria in atto, ha ritenuto prevalente l'interesse dell'amministrazione sanitaria all'esecuzione della fornitura di strumentazione e materiale (tomografi assiali computerizzati) necessari per attività di particolare rilevanza clinica; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, ord. 19 maggio 2020, n. 437, in materia di provvedimenti contingibili ed urgenti riguardanti la viabilità pubblica; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, ord. 17 giugno 2020, n. 361, che, in materia di rinnovo del permesso di soggiorno, ha ritenuto prevalente l'interesse del ricorrente, residente dal 1999 nel territorio nazionale, a vedersi rinnovato il permesso di soggiorno nell'attesa dell'individuazione di una nuova occupazione, fissando però l'udienza di merito al 3 febbraio 2021 (!); T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, ord. 4 giugno 2020, n. 333, che, dinnanzi ad un provvedimento comunale che subordina il rilascio dell'autorizzazione commerciale ad un nuovo permesso di costruire, ha ritenuto prevalente l'interesse del ricorrente a poter esercitare la propria attività ricettiva, pur in difetto dell'ottenimento del permesso di costruire, data la crisi che il settore turistico ha subito a causa della pandemia da Covid-19; T.A.R. Piemonte, sez. II, ord. 18 giugno 2020, n. 307, in materia di realizzazione di opere di urbanizzazione; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, ord. 5 giugno 2020, n. 325, in materia di finanziamento degli enti locali per la realizzazione di opere di urbanizzazione con l'ausilio dei fondi della Regione; T.A.R. Veneto, sez. I, ord. 21 maggio 2020, n. 265, in materia di affidamento della gestione di un parco pubblico. Tutte le ordinanze sono reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸⁹ Ad esempio, T.A.R. Piemonte, sez. II, decr. 24 luglio 2020, n. 358, che ha accolto la domanda di misure cautelari monocratiche, in quanto, nella comparazione degli interessi in gioco, appare prevalente quello del ricorrente di garantire al proprio bestiame, già in alpeggio, adeguata disponibilità di foraggio utilizzando anche i pascoli comunali già oggetto di concessione; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, decr. 24 giugno 2020, n. 4487, che ha concesso la misura cautelare monocratica con riferimento ad un concorso interno relativo al Corpo della polizia penitenziaria, sempre sul presupposto che la gravità del danno deve essere valutata con una ragionevole comparazione degli effetti che il provvedimento cautelare produce sui contrapposti interessi delle parti;

che, pur a fronte della loro efficacia temporale limitata⁹⁰, hanno assunto un ruolo centrale nel sistema della tutela cautelare⁹¹, anche in virtù dello “speciale” rito monocratico previsto dall’art. 84, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 per la prima fase del periodo pandemico e su cui si è aperto un ampio dibattito in letteratura relativamente alla legittimità della sua introduzione⁹².

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, decr. 6 aprile 2020, n. 2513, con riferimento ad una procedura di gara indetta da Consip; T.A.R. Campania, Napoli, decr. 1° aprile 2020, n. 659, che ha concesso la misura cautelare monocratica con riferimento ad un’istanza di autorizzazione ad occupare il suolo pubblico e ad effettuare scavi per la costruzione di un impianto elettrico per l’allacciamento alla rete elettrica di alcuni immobili; T.A.R. Marche, sez. I, decr. 27 febbraio 2020, n. 56, in *Foro it.*, 2020, 3, III, 188 ss., che ha ritenuto sussistere i presupposti per sospendere, in accoglimento dell’istanza di misure cautelari monocratiche, l’efficacia dell’ordinanza con la quale la regione Marche ha disposto misure di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da Covid-19, adottata nel momento in cui non risultavano casi di contagio nel territorio regionale. Non sono mancati, tuttavia, orientamenti, di segno contrapposto, come, ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, decr. 16 luglio 2020, n. 4826, che ha respinto la domanda di misure cautelari monocratiche, ritenendo, nella comparazione dei contrapposti interessi, non sussistente il requisito del *periculum* con riferimento ad una procedura di selezione per la concessione d’uso di una area pubblica; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, decr. 28 maggio 2020, n. 4106, che ha respinto la domanda di misure cautelari, connessa all’azione di annullamento proposta avverso le modalità operative, attuative delle legge n. 23 del 2020, concordate tra SACE S.p.A. e ABI – Associazione Bancaria Italiana – per l’accesso, fino al 31 dicembre 2020, alla garanzia per finanziamenti sotto qualsiasi forma erogati alle imprese colpite dall’epidemia Covid-19, di cui all’art. 1 del d.l. 8 aprile 2020 n. 23, da parte di banche, istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e altri soggetti abilitati all’esercizio del credito in Italia, non ritenendo integrato, nella comparazione dei contrapposti interessi, il requisito del *periculum*. Tutti i decreti sono rinvenibili in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁰ Se la domanda cautelare è accolta, il decreto mantiene efficacia, difatti, sino alla camera di consiglio fissata per la trattazione cautelare *ex art.* 55, comma 5, del Codice come ricordato, da ultimo, da T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 4 febbraio 2020, n. 525, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹¹ Ruolo che hanno assunto sin dalla legge n. 205/2000: sul punto cfr. C.E. GALLO, *Presidente e collegio nella tutela cautelare: novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205 del 2000*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2001.

⁹² Il riferimento corre allo “speciale” rito monocratico introdotto dall’art. 84, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in legge 24 aprile 2020, n. 27 per il periodo temporale compreso tra l’8 marzo 2020 ed il 15 aprile 2020 ove si era previsto che “i procedimenti cautelari, promossi o pendenti nel medesimo lasso di tempo, sono decisi con decreto monocratico dal presidente o dal magistrato da lui delegato, con il rito di cui all’articolo 56 del codice del processo amministrativo, e la relativa trattazione collegiale è fissata a una data immediatamente successiva al 15 aprile 2020. Il decreto è tuttavia emanato nel rispetto dei termini di cui all’articolo 55, comma 5, del codice del processo amministrativo, salvo che ricorra il caso di cui all’articolo 56, comma 1, primo periodo, dello stesso codice. I decreti monocratici che, per effetto del presente comma, non sono stati trattati dal collegio nella camera di consiglio di cui all’articolo 55, comma 5, del codice del processo amministrativo restano efficaci, in deroga all’articolo 56, comma 4, dello stesso codice, fino alla trattazione collegiale, fermo restando quanto previsto dagli ultimi due periodi di detto articolo 56, comma 4”. Come evidenziato dalla dottrina, ed in particolare da F. VOLPE, *Riflessioni dopo una prima lettura dell’art. 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in *LexItalia*, 18 marzo 2020, “le domande cautelari già proposte e quelle che sarebbero state proposte prima del 15 aprile erano state convertite in una sorta di nuovo e speciale rito cautelare monocratico”.

In ogni caso, al di là delle differenze contenutistiche che possono presentare le decisioni del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi Regionali, un dato è certo.

La tutela cautelare, anche e soprattutto in forza dei poteri di cui oggi è titolare il giudice amministrativo, che non si limita più ad annullare, e quindi interinalmente a sospendere, il provvedimento amministrativo, non è più la stessa che veniva delineata nella legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato.

Si è modificata nei contenuti⁹³, a tutela del rapporto amministrativo⁹⁴ e delle

tico: esse, adesso anche senza istanza di parte, sarebbero state decise con decreto del presidente o del magistrato delegato, 'con il rito dell'art. 56 c.p.a.'; il richiamo al precedente art. 55, comma 5, inoltre, induceva a ritenere che, nel valutare il periculum in mora, il giudice della cautela avrebbe dovuto considerare sufficienti i presupposti dell'art. 55, comma 1, c.p.a.; non già quelli più severi dell'art. 56 c.p.a., sussistendo i quali resta[va] salva la possibilità di chiedere le ordinarie misure cautelari provvisorie, esplicitamente confermate dall'art. 84, comma 2, ultimo periodo". Critica su questa previsione, evidentemente derogatoria dell'ordinamento, tale da sacrificare l'oralità del processo amministrativo è l'opinione espressa da S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rito "tecnicamente condizionato". Riserva di scienza e limite al sindacato giurisdizionale*, in S. FOÀ, A. CAMAIANI (a cura di), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, Giappichelli, Torino, 2022, 111 ss.; nonché da F. SAITTA, *Sulla decisione di prevedere una tutela cautelare monocratica ex officio nell'emergenza epidemiologica da Covid-19: chi? come? ma soprattutto, perché?*, in *Federalismi*, 6 aprile 2020, 2 ss.; e da C. SALTELLI, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020 n. 18*, in *Giust. amm.*, 3/2020, 5 ss. In tema cfr. altresì le osservazioni di C.E. GALLO, *La discussione scritta della causa nel processo amministrativo*, in *GiustiziaInsieme*, 16 luglio 2020; F. SAITTA, *Il processo cautelare alle prese con la pandemia*, in *LexItalia*, 16 giugno 2020; cfr. C. CACCIAVILLANI, *Controcanto sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo (con riferimento all'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28)*, in *Giust. amm.*, 5/2020.; F. FRANCIOSI, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *Federalismi*, Osservatorio Covid-19, 15 aprile 2020, 3 ss.; in tema v. anche ID., *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in *Federalismi*, Osservatorio Covid-19, 23 marzo 2020; M.A. SANDULLI, *Vademecum sulle ulteriori misure anti Covid 19 in materia di giustizia amministrativa: l'art 84 del decreto "cura Italia"*, in *L'Amministrativista.it*, 2020; ID., *Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo*, in *L'Amministrativista*, 1° maggio 2020; N. PAOLANTONIO, *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più speciale*, in *Giust. amm.*, 2020.

⁹³ R. CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, in *Foro amm.*, 1996, 2543 ss., osserva correttamente come "l'adozione di provvedimenti cautelari positivi segna l'abbandono della concezione tradizionale che vede nel processo amministrativo (o, in altra prospettiva, all'atto dell'amministrazione), un giudizio semplicemente cassatorio, di annullamento, che può essere anticipato solo con una misura di ordine sospensivo"; nello stesso senso M. RENNA, *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretenitivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 812 ss., identifica nella tutelabilità, in sede cautelare, dei diritti procedimentali un "alveo naturale" per la giustiziabilità degli obblighi procedurali imposti all'amministrazione; nonché cfr. altresì E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 664 ss.

⁹⁴ La letteratura sul rapporto amministrativo è estesa: tra i contributi più recenti si può far riferimento a G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir.*

posizioni soggettive dedotte in giudizio⁹⁵, ma è cambiata necessariamente anche quanto alla valutazione dei presupposti processuali che debbono sussistere perché il giudice la accordi al ricorrente.

Ciò si verifica, come si può desumere dalla giurisprudenza più recente, con particolare riferimento alla valutazione del *periculum*, del pregiudizio grave ed irreparabile che il ricorrente asserisce di poter subire nel tempo intercorrente alla definizione del giudizio.

Non è più sufficiente valutare in astratto se questo pregiudizio effettivamente sia sussistente, ma è necessario che il giudice amministrativo compia una valutazione complessiva che tenga conto di tutti gli interessi sottostanti alla fattispecie dedotta in giudizio, bilanciandoli alla luce delle peculiarità del caso di specie⁹⁶.

Questa è una novità, che oggi trova espresso riferimento nei provvedimenti cautelari: occorre comprendere però quali conseguenze determini sull'ambito di cognizione del giudice amministrativo⁹⁷.

5. *La comparazione degli interessi apre ad un possibile sindacato del merito amministrativo anche nel giudizio cautelare?*

Si è visto che la comparazione degli interessi è divenuta un elemento di valutazione fondamentale che il giudice amministrativo utilizza sempre più frequentemente per verificare la sussistenza dei presupposti processuali della domanda cautelare, in particolare con riferimento al *periculum in mora*.

amm., 2014, 585 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008; ID., *Il diritto amministrativo del tempo postmoderno – Dal rapporto all'organizzazione e dall'organizzazione al rapporto: la sfida della globalizzazione*, in *Giur. it.*, 2017, 2766 ss. Così come è estesa la letteratura sull'oggetto del giudizio amministrativo: sul punto si rinvia, per tutti, a G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980, 3 ss.; nonché a R. VIL-LATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Amorth*, I, Giuffrè, Milano, 1982, 705 ss.

⁹⁵ In tema v. A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, 265 ss.; nonché, da ultimo, ID., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 648 ss.

⁹⁶ Per un approfondimento si consenta il rinvio allo studio monografico di M. RICCIARDO CALDERARO, *La comparazione degli interessi nella valutazione cautelare del giudice amministrativo*, Jovene, Napoli, 2023.

⁹⁷ Non è raro che nelle pronunzie cautelari del giudice amministrativo si legga, ad esempio, “*ritenuto che, nella comparazione dei contrapposti interessi e salvi gli approfondimenti propri del giudizio di merito*”: così Cons. Stato, III, ord. 24 marzo 2023, n. 1152, in *www.giustizia-amministrativa.it*, oppure “i presupposti dell'urgente adozione del provvedimento impugnato appaiono – nei limiti propri della sommaria cognizione cautelare monocratica – non illogicamente fondati sul rilievo di un pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, che riveste carattere di prevalenza nella comparazione degli interessi in gioco, fermi restando gli approfondimenti riservati alle successive fasi processuali”: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-ter, ord. 16 febbraio 2023, n. 1024, *ivi*.

Ora, è noto che la comparazione o il bilanciamento degli interessi pubblici e privati in gioco è l'attività che deve condurre l'amministrazione nell'esercizio della propria discrezionalità, affinché venga compiuta la scelta migliore tra tutte quelle astrattamente possibili per il perseguimento dell'interesse generale.

Quindi, in sede cautelare, ove il giudice dovrebbe avere una prima, sommaria cognizione della *res controversa*, in realtà compie una valutazione che è molto simile a quella tipica del merito amministrativo.

Il merito è un concetto che da sempre affatica gli studiosi del diritto amministrativo nell'individuare la definizione più consona possibile. Nei primi studi, non solo italiani, si guardava ai contenuti e non si poteva non convenire sul concetto di opportunità⁹⁸, ovvero della libera scelta dell'amministrazione fondata su criteri amministrativi⁹⁹.

Si trattava di una ricostruzione non pienamente soddisfacente, che nell'opera monografica di Amorth, per esempio, era basata sulle "regole" di buona amministrazione, non giuridiche, elastiche nei loro contenuti tali da costituire il fondamento della scelta compiuta dal buon amministratore nel perseguimento dell'interesse generale¹⁰⁰, come si è ampiamente indagato in questo Volume.

Successivamente, in particolar modo a seguito dell'introduzione dell'idea di funzionalizzazione dell'attività amministrativa ad opera di F. Benvenuti¹⁰¹, secondo taluni, specialmente Ottaviano, il merito deve considerarsi riconducibile a quei profili dell'atto amministrativo da determinare discrezionalmente: consisterebbe cioè nel contenuto dell'atto risultante dalla valutazione discrezionale, che coincide con il compito affidato all'amministrazione di fissare la regola del caso concreto, declinando il precetto della legge¹⁰²; siamo nel campo del giuridicamente rilevante, pertanto, superando il concetto di opportunità dell'atto amministrativo, per questo del tutto insindacabile dal giudice amministrativo¹⁰³.

⁹⁸ Secondo l'impostazione di W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, J.C.B. Mohr (P.Siebeck), Tübingen, 1913.

⁹⁹ Cfr. la ricostruzione di G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, 131.

¹⁰⁰ A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939, spec. 36 ss. A questa tesi si accompagnava dal punto di vista processualistico l'idea che la giurisdizione di merito fosse una giurisdizione che amplia i poteri decisorii e non i poteri di cognizione: su questa si rinvia alle osservazioni di R. VILLATA, *Antonio Amorth e la giustizia amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2021, 101 ss.

¹⁰¹ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss.

¹⁰² Così V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, serie III, 1948, XXII, 309 ss.; ID., *Merito (diritto amministrativo)*, in *N. Dig. it.*, 1968, vol. X, 515 ss.

¹⁰³ Si v. la puntuale ricostruzione di L.R. PERFETTI, *Merito, discrezionalità, giurisdizione. Osservazioni sul fragile equilibrio tra diritti e potere nella costruzione teorica di Vittorio Ottaviano*, in *Dir. amm.*, 2024, 411 ss., che, con spirito critico rispetto alla costruzione di Ottaviano, osserva come

Per altri il merito è il momento più interno della fase ponderativa degli interessi¹⁰⁴ e coincide, dunque, con quella parte dell'atto o dell'attività¹⁰⁵ che non è disciplinata in modo diretto ed espresso dalle norme¹⁰⁶.

Da queste poche righe si può convenire con chi afferma che, malgrado i tentativi di condurre la frammentarietà delle teorie a sistema¹⁰⁷, il concetto di merito amministrativo risulta caratterizzato tanto da fragilità teorica quanto da aleatorietà applicativa¹⁰⁸. Le riflessioni condotte in questo Volume hanno provato a fornire una lettura aggiornata, condizionata dalle riforme normative e dagli orientamenti giurisprudenziali, delineando le correlate criticità¹⁰⁹.

In questa sede interessa comprendere però come il giudice amministrativo si comporti allorché sia chiamato a sindacare una scelta compiuta dall'amministrazione, che secondo la stessa giurisprudenza, ricadrebbe nel merito.

Costituisce affermazione di principio consolidata del Consiglio di Stato quella secondo cui il sindacato del giudice amministrativo deve essere limitato alle ipotesi di mancata valutazione di circostanze di fatto, ovvero ad irragionevolezza manifesta o palese travisamento dei fatti, non potendo il giudice entrare nel merito delle scelte dell'amministrazione¹¹⁰.

Ciò vale nei diversi settori in cui si estrinseca il potere dell'amministrazione.

Ad esempio, in materia di appalti pubblici, il giudizio amministrativo, pena la sua inevitabile esondazione dall'alveo della legittimità e l'indebita invasione della sfera di merito riservata all'amministrazione, non può risolversi in una nuova attribuzione di punteggio e in un nuovo computo analiticamente svolti punto per punto per ciascun prodotto e per ciascun servizio contenuti nelle offerte tecniche delle imprese partecipanti alla procedura di gara, in specie allorché nel quadro di un appalto caratterizzato da una particolare complessità

“ciò che assicurerebbe la realizzazione di un sistema concettuale nel quale la discrezionalità sia interamente attratta dal diritto – e sottratta alla violenza del potere che s'impone senza che norme giuridiche consentano di stabilire se si tratti di imposizione legittima o meno – è, a mio modo di vedere, solo e soltanto l'affermazione di una teoria giuridica dell'interesse pubblico”.

¹⁰⁴ L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1986, 264.

¹⁰⁵ E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 473 ss.

¹⁰⁶ Secondo la ricostruzione di A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1994, IX, 411 ss.

¹⁰⁷ Da ultimo v. l'opera monografica di B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013.

¹⁰⁸ A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in *Dir. amm.*, 2008, 517 ss.

¹⁰⁹ Per una lettura aggiornata della nozione di merito amministrativo si rinvia, in questo Volume, al capitolo di S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, ove viene ripreso altresì, in prospettiva critica, l'acceso dibattito tra C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e dir.*, 1941, 131 ss. e M.S. GIANININI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e dir.*, 1941, 439 ss.

¹¹⁰ Ad esempio, Cons. Stato, sez. II, 17 febbraio 2023, n. 1691, in www.giustizia-amministrativa.it, relativamente all'accertamento di malattie dipendenti da cause di servizio.

degli elementi di valutazione, la critica si spinga sino a livelli atomistici nell'analisi dei contenuti delle forniture e dei servizi proposti. Per evitare lo sconfinamento nel campo del merito, il giudizio amministrativo deve invece concentrarsi sull'insieme unitario, sistemico delle offerte tecniche e considerare esclusivamente in quest'ottica l'assenza di profili evidenti di eccesso di potere che minino la legittimità della valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione, ad esempio quando non siano state rilevate macroscopiche differenze qualitative dei prodotti offerti e il giudizio appaia nel suo complesso oggettivamente sbilanciato e sviato in favore di uno dei concorrenti a discapito dell'altro¹¹¹.

Analoghe considerazioni possono valere in materia di pianificazione urbanistica, ove deve essere riconosciuta al Comune un'ampia discrezionalità, con la conseguenza che le scelte di merito dell'amministrazione non sono sindacabili dal giudice amministrativo, salvo che non siano inficiate da arbitrarietà o irragionevolezza manifeste, ovvero da travisamento dei fatti in ordine alle esigenze che si intendono nel concreto soddisfare, potendosi derogare a tale regola solo in presenza di situazioni di affidamento qualificato dei privati a una specifica destinazione del suolo¹¹².

Lo sconfinamento nelle scelte di merito dell'amministrazione, laddove non sussista un'ipotesi, predeterminata dalla legge, di giurisdizione estesa al merito, costituisce peraltro, secondo l'orientamento consolidato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sin dagli anni venti del secolo scorso¹¹³, un caso di eccesso di potere giurisdizionale¹¹⁴.

Ed infatti, questo è configurabile allorquando l'indagine del giudice amministrativo non si arresti al riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma si riveli strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, oppure quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante sostitutiva di quella dell'amministrazione. Tale ultima ipotesi si verifica allorquando la decisione, attraverso un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronunzia au-

¹¹¹ Così Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2023, n. 10500, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹¹² In termini T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 dicembre 2023, n. 2951, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹¹³ Già a partire dalla pronunzia della Cass. civ., 21 gennaio 1928, in *Foro it.*, Rep. 1928.

¹¹⁴ Totalmente contraria a questa ricostruzione è sempre stata l'opinione di V. OTTAVIANO, *Rilevi in tema di c.d. conflitti tra amministrazione e giudice amministrativo*, in AA.VV., *Il processo amministrativo, Studi in onore di Giovanni Miele*, Giuffrè, Milano, 1979, ora in *Scritti giuridici di V. Ottaviano*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1992, 173 ss., secondo cui è escluso che possa determinarsi l'eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice amministrativo che invada il merito, allorché abbia giurisdizione di sola legittimità. In tema, per una disamina completa, cfr. P. PATRITO, *I "motivi inerenti alla giurisdizione" nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Esi, Napoli, 2016.

toesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'Autorità¹¹⁵.

La prima fattispecie ricorre quando il giudice amministrativo invade arbitrariamente il campo dell'attività riservata all'amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge, cioè compiendo atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato; la seconda quando sostituisca propri criteri di valutazione a quelli discrezionali dell'amministrazione o adotti decisioni finali c.d. autoesecutive, ovvero sia interamente sostitutive delle determinazioni impugnate, con conseguente trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito¹¹⁶.

Chiarita questa impostazione di fondo, occorre comprendere se, in sede cautelare, la comparazione degli interessi oggetto della controversia conduca il giudice amministrativo a compiere una valutazione che impinge nel merito delle scelte amministrative.

L'analisi delle ordinanze e dei decreti cautelari, sia dei Tribunali Amministrativi Regionali che del Consiglio di Stato, ci induce anzitutto a sottolineare che per il giudice amministrativo la comparazione degli interessi in conflitto “è tipica della fase cautelare”¹¹⁷. È un dato di fatto, perciò, che nell'esame della domanda cautelare, questa valutazione viene oramai sempre effettuata dal giudice amministrativo.

È chiaro che, come anticipato, se la valutazione si risolve in un laconico “nella comparazione tra gli opposti interessi è comunque preponderante quello dell'Amministrazione”, accompagnato in punto di esame del *fumus boni iuris* da “le contestazioni effettuate dall'Amministrazione, ad un primo esame proprio della fase cautelare, appaiono fondate”¹¹⁸, la comparazione effettuata dal giudice amministrativo risulta essere solamente formale, non fornendo alcuna spiegazione in merito alla prevalenza dell'interesse pubblico su quello del privato, che risulterà sempre e comunque recessivo dinnanzi ad un interesse pubblico che in ogni caso è considerato preminente, come, a volte, specialmente in materia di appalti pubblici, sembra voler ipotizzare lo stesso legislatore¹¹⁹.

¹¹⁵ Da ultimo, Cass. civ., sez. un., 12 luglio 2024, n. 19253, in *Giust. civ. Mass.*, 2024; Cass. civ., sez. un., 13 ottobre 2023, n. 28550, in *Dir. & Giust.*, 16 ottobre 2023.

¹¹⁶ Così Cass. civ., sez. un., 16 marzo 2022, n. 8559, in *Guida dir.*, 2022, 22 ss.

¹¹⁷ Così si esprime, ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, ord. 15 novembre 2024, n. 4358, nonché Cons. Stato, sez. III, ord. 25 ottobre 2024, n. 3988, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹¹⁸ Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*quater*, ord. 13 agosto 2024, n. 3674, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in materia di autorizzazione al servizio di trasporto infermi.

¹¹⁹ È il caso dell'art. 125, c.p.a., astrattamente dedicato alle controversie in materia di infrastrutture strategiche, ove si dispone che “in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'acco-

Ma così non può essere, perché non è questo il senso del sindacato del giudice amministrativo che si è sempre immaginato proprio del nostro ordinamento. Quanto rappresentato poco sopra costituisce una pronunzia cautelare con una motivazione insufficiente, un profilo patologico della comparazione degli interessi.

Ed infatti, nella maggior parte dei casi la valutazione del giudice amministrativo è attenta nell'effettuare una corretta comparazione di tutti gli interessi, pubblici e privati, rilevanti nella controversia.

Forse sin troppo attenta, perché, come si è visto sia in queste pagine che più in generale in altro capitolo di questo Volume¹²⁰, a volte il sindacato compiuto dal giudice amministrativo è del tutto omogeneo all'attività amministrativa, entrando nel merito delle scelte dell'amministrazione.

Ciò accade, per esempio, allorché il giudice amministrativo, bilanciando gli interessi in gioco, riconosca come prevalente, a fronte della mancata individuazione, allo stato, di una concreta destinazione di interesse pubblico per l'immobile oggetto di confisca, quello, di cui sono portatori i ricorrenti, alla salvaguardia delle esigenze abitative del relativo nucleo familiare, di cui peraltro fanno parte anche soggetti di minore età¹²¹; oppure ove, nella comparazione degli interessi ed impregiudicate le valutazioni del collegio in sede di cognizione nel merito dell'appello, anche tenuto conto della tutela cautelare di cui la parte appellante ha beneficiato in primo grado nonché, nelle more della trattazione collegiale dell'istanza, nel grado di appello, l'esigenza cautelare fatta valere dal ricorrente possa essere adeguatamente soddisfatta mediante la sospensione degli effetti della sentenza appellata e, di riflesso, del provvedimento interdittivo impugnato in primo grado, ai soli fini della prosecuzione dei rapporti contrattuali con soggetti pubblici che il ricorrente stesso dichiara di avere attualmente in corso¹²²; ovvero ancora ove, nella comparazione degli interessi coinvolti, debba ritenersi prevalente il diritto alla salute – e alla vita – del minore rispetto agli interessi economici prospettati dalla ASL¹²³.

glimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure". Al riguardo si rinvia alle preoccupate osservazioni di G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2020, 517 ss.

¹²⁰ Il richiamo è alle osservazioni ed alla specifica bibliografia richiamata che si può rinvenire nel capitolo di questo Volume di S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*.

¹²¹ Cons. Stato, sez. III, ord. 10 ottobre 2024, n. 3777, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²² Cons. Stato, sez. III, ord. 27 settembre 2024, n. 3597, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²³ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*quater*, ord. 1° luglio 2024, n. 2868, in *www.giustizia-amministrativa.it*., con riferimento al provvedimento con cui l'ASL Roma 5 ha negato l'assistenza infermieristica domiciliare integrata h 24 nei riguardi di un minore affetto da gravi esiti di sofferenza ipossica cerebrale conseguenti a ripetuti episodi di arresto cardio-respiratorio (!).

Come non pensare, inoltre, ai decreti ed alle ordinanze cautelari del T.R.G.A. di Trento concernenti i provvedimenti (nella specie, ordinanze contingibili ed urgenti) del Presidente della Provincia di Trento che autorizzavano l'intervento di rimozione, tramite abbattimento, dell'esemplare di Orso bruno identificato come JJ4.

In questo caso il giudice amministrativo ha sospeso l'efficacia di queste ordinanze perché, nella comparazione degli interessi contrapposti, si è ritenuto prevalente quello alla salvaguardia di una specie animale protetta rispetto alla tutela dell'incolumità pubblica dato che dall'istruttoria condotta dall'amministrazione non emergeva una situazione di pericolo accertata per la cittadinanza. In tutti questi casi la valutazione comparativa del giudice completa o, il più delle volte, sostituisce la scelta amministrativa¹²⁴.

Come si può constatare, questa valutazione viene effettuata oramai costantemente sia dai Tribunali Amministrativi Regionali sia dal Consiglio di Stato, quest'ultimo con riferimento alle istanze di sospensione delle sentenze di primo grado nonché in relazione agli appelli cautelari.

È chiaro che, allorquando una valutazione di tal genere è effettuata in modo rigoroso, la comparazione degli interessi compiuta dal giudice amministrativo condiziona anche l'esame del *fumus boni iuris* e si sostituisce alla ponderazione effettuata dall'amministrazione in sede procedimentale.

In questo modo la cognizione del giudice amministrativo, seppur sommariamente ed in via provvisoria, arriva a sindacare anche il merito delle scelte dell'amministrazione, così come aveva già preconizzato diversi anni orsono Alberto Romano quando affermava che “*la tutela cautelare amministrativa, così, proprio in ragione del suo progressivo sviluppo, sembra venire caratterizzandosi sempre più come una vicenda di sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione: in una misura che manca nella tutela cautelare civile; e dove comunque quella sostituzione non è certo ugualmente sentita come un fattore così significativo*”; per Romano, pertanto, la tutela cautelare amministrativa costituisce un caso, sia pur non legislativamente definito, di giurisdizione estesa al merito¹²⁵.

Certamente oggi la giurisdizione amministrativa è molto diversa da quella che era stata immaginata con l'istituzione nel 1889 della IV Sezione del Consiglio di Stato, è una giurisdizione piena (o una *full jurisdiction*, per chi preferisce la terminologia anglofona¹²⁶) ove il giudice conosce, avvalendosi di una

¹²⁴ Si v., ad esempio, T.R.G.A. Trento, ord. 26 maggio 2023, n. 35, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un commento su questo specifico caso cfr. V. BRIGANTE, *L'orsa JJ4 e il giudice amministrativo. La tutela cautelare del benessere animale*, in *GiustiziaInsieme*, 7 settembre 2023.

¹²⁵ A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2498 ss.

¹²⁶ Acceso sostenitore di questa espressione è F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e “full jurisdiction”: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, 29 ss.; v., inol-

pluralità di mezzi di prova anche nella giurisdizione di legittimità, la pretesa sostanziale dedotta in giudizio per garantire l'effettività della tutela prestata¹²⁷ e non la mera legittimità dell'atto impugnato.

Ma ciò non fa venire meno le peculiarità della giurisdizione estesa al merito, limitata a pochissime materie dall'art. 134 del Codice del processo¹²⁸ tra cui senza dubbio la più importante è quella relativa al giudizio di ottemperanza¹²⁹.

I poteri decisori sostitutivi che sono propri del giudice amministrativo in questi casi predeterminati dalla legge non possono essere *de facto* traslati in altri ambiti¹³⁰ come il giudizio cautelare, salvo che non si voglia intraprendere una riforma legislativa del Codice in questo senso.

Sarebbe possibile ma, *rebus sic stantibus*, il giudice amministrativo si deve muovere nei limiti determinati dalla legge e la comparazione degli interessi, laddove effettuata correttamente, se è senz'altro un utile elemento di valutazione del pregiudizio grave ed irreparabile che il ricorrente potrebbe subire nel tempo necessario per definire la controversia, non deve invece costituire il “grimaldello” per sostituirsi alle scelte dell'amministrazione.

Invece, sulla base della ricostruzione operata in queste pagine, nella maggior parte dei casi il giudizio cautelare sta divenendo la sede ove, specialmente attraverso la comparazione degli interessi, il giudice amministrativo impinge nel merito amministrativo, sostituendo la propria valutazione comparativa alla ponderazione già effettuata dall'amministrazione, soprattutto allorquando, in materia

tre, L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di “full jurisdiction” sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 731 ss.; L.R. PERFETTI, *La “full jurisdiction” come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. Pers. Amm.*, 2018, 237 ss.

¹²⁷ Cfr. E. FOLLIERI, *Effettività della giustizia amministrativa nella tutela cautelare*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 1117 ss.

¹²⁸ C.E. GALLO, *La giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2024, 147, ricorda come, con il Codice del processo, ci sia stata “una significativa riduzione” della consistenza della giurisdizione estesa al merito.

¹²⁹ In tema, di recente, cfr. l'opinione concorde di F. FRANCIARIO, *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*, Relazione al Convegno di Modanella 16-17 giugno 2023 “Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione”, in *GiustiziaInsieme*, 22 giugno 2023. Secondo F. D'ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de “Il merito dell'atto amministrativo”: Antonio Amorth e la giurisdizione di merito*, in *Dir. amm.*, 2021, 49 ss., “attualmente la giurisdizione di merito non designa alcun sindacato sull'opportunità amministrativa perché nessuno dei casi conservati dalla legge lo consente”.

¹³⁰ Lo ricorda in maniera inequivocabile P. CHIRULLI, *Il mobile confine tra legittimità e merito: rileggendo Eugenio Cannada-Bartoli*, in F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, 238, affermando che “pur sfumata e mobile nel tempo, quella distinzione esiste, per il semplice fatto che la nostra costituzione la presuppone laddove definisce la giurisdizione di legittimità come generale, quella di merito come eccezionale”.

di concorsi e gare pubbliche, con le proprie ordinanze propulsive o di c.d. *re-mand*, ordina all'amministrazione di attribuire diversamente i punteggi ai concorrenti¹³¹ o di valutare in modo differente i requisiti di partecipazione.

Tale ambito di cognizione dovrebbe essere estraneo alla fase cautelare, ove il giudice, oltre a valutare la sussistenza del *periculum*, deve accertare solo più il *fumus boni iuris*, con una valutazione che, per quanto importante nel corso del giudizio ed ovviamente estesa alla realtà di fatto sottostante alla *res controversa*, rimane provvisoria¹³², ovvero assunta "a fini cautelari"

Ciò che affermava Alberto Romano a metà degli anni ottanta dello scorso secolo descrive la realtà dei fatti odierna: la tutela cautelare sembra sempre più una vicenda di sostituzione del giudice all'amministrazione. Ma ciò non determina come conseguenza che il giudizio cautelare sia necessariamente una nuova ipotesi di giurisdizione estesa al merito.

Non è, quindi, un problema di "merito giurisdizionale" ma di attrazione nel sindacato di legittimità del giudice amministrativo di aspetti che afferiscono al merito amministrativo¹³³, prima non sindacabili ma che oggi attraverso una cognizione sempre più estesa consentono al giudice, perfino in sede cautelare, di sindacare profili significativi delle scelte amministrative.

In nome dell'effettività della tutela giurisdizionale¹³⁴, si riduce sempre di più l'ambito libero di esercizio del potere di scelta dell'amministrazione, la cui valutazione in giudizio non si auto-limita a verificare profili di mera legittimità.

¹³¹ Cfr., ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, ord. 22 marzo 2023, n. 1600, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con riferimento al ricalcolo dei punteggi attribuiti agli operatori economici che hanno partecipato alla gara con la forma della procedura aperta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 122, 114, 118 e 60 del d.lgs. n. 50/2016 per il "Servizio di manutenzione ordinaria programmata, pronto intervento, manutenzione correttiva a guasto e straordinaria di portoni industriali, cancelli motorizzati e non, sbarre di accesso e tornelli a tutta altezza presso i siti Atac".

¹³² M. LIPARI, "Fase 2". *I giudizi camerali nel processo amministrativo, oltre la legislazione dell'emergenza: riti speciali, camere di consiglio atipiche e funzione preparatoria della decisione di merito*, in *Federalismi*, 18/2020, spec. 260, osserva correttamente che la camera di consiglio fissata per la decisione sulla domanda cautelare è divenuta oramai "la sede in cui, mediante il primo esame della controversia, compiuto nella dialettica tra le parti e il giudice, diventa possibile delineare già gli sviluppi del giudizio, preparando la decisione definitiva".

¹³³ Secondo V. FANTI, *I conflitti tra amministrazione e giudice amministrativo nel pensiero di Vittorio Ottaviano: attualità di una riflessione*, in *Dir. amm.*, 2024, 389 ss., queste tendenze del giudice amministrativo porterebbero "a ridurre in misura rilevante la sostanziale differenza tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Proprio in questo senso, la riflessione di Vittorio Ottaviano continua a manifestare la propria attualità".

¹³⁴ L.R. PERFETTI, *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo. Effettività della tutela ed effettività del giudizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1999, 93 ss., osservava correttamente come il sovraccarico del principio di effettività sembra strumentale ad un ruolo di supplenza dell'incidente cautelare rispetto al giudizio di merito, sicché funzione dell'effettività sarebbe non tanto la conservazione della posizione giuridica in attesa della pronuncia, ma la realizzazione di un giudizio dotato di più ampi margini di apprezzamento discrezionale da parte del magistrato, con ammissibilità di domande e strumenti processuali inutilizzabili in sede di decisione definitiva.

La sindacabilità del motivo nell'atto unilaterale

Alessandro Ciatti Càimi

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. Le deliberazioni collegiali: il condominio negli edifici. – 3. *Segue*. Le società di capitali. – 4. Il recesso. – 5. Una breve conclusione.

1. Introduzione

È in genere piuttosto rischioso, e può portare a conclusioni non sempre corrette, attingere dallo strumentario tecnico di una certa disciplina o da un certo ambito della medesima disciplina, per travasare quanto se ne ritrae in un'altra disciplina o in un altro settore di questa. È sufficiente pensare agli sforzi compiuti da alcuni autori qualche anno fa per estendere l'interesse legittimo al diritto privato¹ – che certamente non hanno prodotto i risultati che essi si attendevano né hanno ricevuto alcuna particolare attenzione dalla giurisprudenza pratica – o ad alcune operazioni ancora più “spericolate” come quella – la prima che viene in mente – con la quale Francesco Carnelutti tentò di riorganizzare la teoria del reato utilizzando la costruzione concettuale del negozio giuridico².

L'apparato di nozioni, che è proprio di una certa disciplina o di un certo settore, non si presta infatti ad essere trapiantato al di fuori del suo normale *habitat* per l'evidente ragione che lì esso nasce, si sviluppa e si alimenta nella misura in cui risulta utile per la ricostruzione del sistema. In un ambiente che gli è geneticamente estraneo quell'apparato smarrisce la propria funzione e in breve tempo viene dimenticato.

Pur consapevole del rischio che affronterà, l'autore di queste poche pagine – stimolato dall'indice di quest'opera, d'intonazione strettamente giuspubblicistica – intende quindi riprendere un concetto tradizionale, e forse pure un po' *dé-*

¹ V. soprattutto L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967, su cui v. pure C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1977; secondo l'indole dell'autore, si rivela, più sfumata la posizione di P. RESCIGNO, *Gli interessi legittimi di diritto privato*, dalla tavola rotonda *Ma che cos'è questo interesse legittimo?* promossa e coordinata da M. Nigro, in *Foro amm.*, 1988, II, 343 ss.; poi in *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener*, Napoli, 1989, 883 ss., ora in *Persona e comunità, Saggi di diritto privato*, III, (1988-1999), Cedam, Padova, 1999, 530 ss.

² F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1933.

modé oggi tra gli autori, come quello di motivo dell'atto giuridico negoziale per accostarlo non più alla causa³ (così allontanandolo dalla sua naturale collocazione) quanto all'imperscrutabile (quanto meno per il privatista) dilemma che vorrebbe discriminare tra ciò che appartiene alla legittimità (normalmente sindacabile dal giudice amministrativo) e ciò che va invece ascritto piuttosto al merito del provvedimento amministrativo, così da sottrarlo nella gran parte dei casi allo scrutinio di quello stesso giudice.

Vorrei cioè indagare se, con riguardo agli atti unilaterali, si possa immaginare di ascrivere nell'alveo dei motivi quelle valutazioni di opportunità che determinano la parte alla realizzazione di un atto unilaterale (e forse pure del contratto, di cui per motivi di spazio non intendo tuttavia occuparmi).

Il motivo esprime infatti quel movente individuale caratterizzato anzitutto dal restare normalmente inespresso – salvo che, dichiarandolo, lo si pieghi all'interno di una condizione, di un termine o di un onere – tanto da non potersi neppure desumere *ab implicito* dalla particolare natura dell'atto o dalle circostanze che lo pervadono. La normale irrilevanza che lo caratterizza dipende proprio dall'appartenenza alla sfera del foro interno del disponente sì che negli atti caratterizzati dalla realizzazione di intenti non direttamente patrimoniali – come la donazione e il testamento – né l'errore e neppure l'illiceità che lo riguardino hanno la potenza di viziare l'intero atto, a meno che non lo si possa assumere come determinante e a condizione che risulti dall'atto (secondo quanto prevedono, per il testamento, gli artt. 625 e 626 c.c. e, quanto alla donazione, gli artt. 787 e 788).

2. *Le deliberazioni collegiali: il condominio negli edifici*

Con riguardo più specificamente agli atti unilaterali tra vivi, destinati a realizzare intenti patrimoniali, è dato di individuare una elaborazione abbastanza cospicua per ciò che concerne le deliberazioni di enti, come le associazioni e i comitati o le società, o le determinazioni assunte dell'assemblea condominiale o dall'amministratore dell'edificio; tutto ciò sia se si abbia a riferimento il voto espresso dal singolo partecipante sia quando si prenda a studiare la delibera stessa, quale risulta dalla sublimazione delle posizioni assunte dalla maggioranza degli appartenenti al collegio.

In linea generale, l'orientamento della Corte di legittimità è nel senso che il sindacato dell'autorità giudiziaria sulle deliberazioni condominiali non possa estendersi "alla valutazione del merito ed al controllo del potere discrezionale che l'assemblea esercita quale organo sovrano della volontà dei condò-

³ V., per tutti, il classico saggio di G. DEJANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, rist. Esi, Napoli, 1980, 18 ss.

mini”⁴ (nella specie, si lamentava “l’inutilità e l’irrazionalità” dei lavori di manutenzione straordinaria approvati dall’assemblea). Pertanto si è ritenuta legittima – durante la vigenza della disciplina antecedente alla novella del 2012 – la decisione di respingere la proposta di una condomina di aprire un conto corrente intestato al condominio per il deposito delle somme ricevute dall’amministratore⁵ e si è precisato che l’ambito del sindacato giudiziale sulle delibere condominiali non comprende le “censure inerenti la vantaggiosità della scelta operata dall’assemblea sui costi da sostenere nella gestione delle spese relative alle cose ed ai servizi comuni”⁶.

Quel sindacato è ammesso invece solamente quando si tratti di accertare “un danno effettivo e grave a cose o servizi comuni”⁷.

In dottrina, simile orientamento trovasi sostanzialmente condiviso⁸. Il riferimento all’eccesso di potere – pur rinvenibile qua e là nelle motivazioni delle sentenze e in qualche contributo della giurisprudenza teorica – appare da questo punto di vista in sostanza poco corretto⁹. Immaginare infatti lo sviamento della deliberazione rispetto alla funzione cui essa è tipicamente preordinata presupporrebbe l’individuazione di un interesse collettivo facente capo alla totalità degli appartenenti all’edificio, tale da potersi mantenere distinto da quello di ciascuno a godere delle cose comuni e di fruire dei servizi nella maniera più proficua. Spetta tuttavia proprio alla maggioranza stabilirne liberamente le modalità, i costi e i tempi¹⁰.

Esistono, non lo si può disconoscere, ipotesi nelle quali l’esercizio di tale

⁴ Cass., 20 aprile 2001, n. 5889, in *Rass. loc.*, 2002, 279, con nota di M. DE TILLA e in *Riv. giur. ed.*, 2001, I, 809.

⁵ Cass., 20 giugno 2012, n. 10199, in *Arch. loc.*, 2012, 516.

⁶ Cass., ord. 17 agosto 2017, n. 20135, est. Scarpa, in *Foro it., Rep.*, 2017, voce *Comunione e condominio*, n. 276: con riguardo a questa decisione, va osservato che il riferimento al sindacato sulla deviazione della causa della deliberazione medesima “dal suo modo di essere” – ivi rinvenibile in motivazione e riprodotto nella massima – costituisce un chiaro ed evidente *obiter dictum*; in senso conf. Cass. civ., ord. 13 maggio 2022, n. 15320, est. Scarpa, in *Arch. loc.*, 2022, 344 ss. e in *Riv. giur. ed.*, 2022, I, 771.

⁷ Cass., 14 ottobre 2008, n. 25128, in *Vita not.*, 2009, 323; Cass. civ., ord. 25 febbraio 2020, n. 5061, est. Scarpa, in *Foro it., Rep.*, 2020, voce *Comunione e condominio*, n. 289; Cass. civ., ord. 4 febbraio 2021, n. 2636, est. Scarpa, *ivi*, 2021, voce cit., n. 282.

⁸ F. GRECO (G. PESCATORE, G. ALBANO), *Della proprietà*, in *Comm. Utet*, II ed., Utet, Torino, 1968, 314; M. FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, fond. da A. Cicu e F. Messineo, III, 3, 1983, 390 e da ultimo M. TRIOLA, *Il condominio*, II ed., Giuffrè, Milano, 2024, 404 ss.

⁹ Cass., 14 ottobre 2008, n. 25128, cit., giustamente censurava l’accostamento al vizio di eccesso di potere con il sindacato sulla sussistenza di un pregiudizio concreto alle cose e ai servizi comuni, giacché in alcun modo rileva “la corretta ponderazione dei motivi sottesi all’esercizio di una discrezionale pubblica funzione potestativa”.

¹⁰ Volendo, v. ora nostro, *Condominio negli edifici*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli, Bologna, 2022, 345 ss.

potere – potendo ridondare non già in un pregiudizio per le cose e i servizi comuni, quanto piuttosto in un possibile abuso nei confronti della minoranza – viene legislativamente delimitato. Si tratta anzitutto delle deliberazioni che approvano innovazioni tali da comportare una spesa molta gravosa o che abbiano carattere voluttuario rispetto alle particolari condizioni e all'importanza dell'edificio: in questi casi, il rimedio approntato consiste – com'è noto – nell'esonero da qualsiasi contributo nella spesa di quei condomini che non intendano trarne vantaggio, se trattasi di opere o manufatti suscettibili di utilizzazione separata, ovvero nel divieto di realizzarle, sempre che la maggioranza che le ha approvate non accetti di sopportarne integralmente la spesa (v. art. 1121 c.c.).

Analogamente, al condomino, che non condivida la scelta della maggioranza di promuovere una lite o di resistervi, è consentito di separare la propria responsabilità in ordine alle conseguenze della lite per il caso di soccombenza (art. 1132).

Immaginare di estendere simili previsioni oltre i confini loro assegnati dal legislatore appare difficilmente giustificabile perché significherebbe in sostanza distorcere quella regola di maggioranza sulla quale si regge l'intera disciplina del condominio negli edifici¹¹.

Distonica – si tratta per il momento di un'opinione isolata – è, da questo punto di vista, una recente decisione di senso decisamente contrario¹². Alcuni condomini chiedevano di annullare la delibera dell'assemblea, con la quale era stato determinato il compenso dell'amministratore, che essi lamentano “eccessivo, sproporzionato e irragionevole”. Secondo la corte, il giudice del merito sarebbe tenuto ad estendere il proprio sindacato oltre la semplice legittimità, dovendo valutare se la deliberazione avesse effettivamente realizzato l'interesse della compagine condominiale o se, al contrario, fosse diretta a realizzare finalità differenti, per arrecare un vantaggio all'amministratore e un pregiudizio ai condomini. Sorprendente è che la decisione, a conforto dell'esito alla quale è pervenuta, non soltanto non abbia neppure esaminato, per criticarli, tutti i precedenti graniticamente e unanimemente orientati in senso difforme. Si limitava invece a evocare una pronuncia di legittimità – per altro neppure particolarmente recente – riguardante una delibera di assemblea dei soci di una società a responsabilità limitata, nella quale erasi determinato un compenso per gli amministratori, che in sede d'impugnazione si lamentava di notevole entità, pur in presenza di una situazione patrimoniale deficitaria, con un esiguo fatturato ed ingenti

¹¹ V. R. CORONA, *Proprietà e maggioranza nel condominio negli edifici*, Giappichelli, Torino, 2001.

¹² Ci riferiamo a Cass., ord. 16 marzo 2023, n. 7615, in *Giur. it.*, con nostro commento, *L'ambito del sindacato giudiziario sulle delibere condominiali: la determinazione del compenso dovuto all'amministratore*.

perdite, che avrebbero portato di lì a poco, addirittura all'azzeramento del capitale sociale¹³.

A parte il fatto che, nella specie, erasi negata l'illegittimità della delibera, perché le indicate circostanze non erano risultate compiutamente provate, viene da domandarsi quanto sia consentito all'interprete riferirsi, in tema di legittimità delle delibere dell'assemblea condominiale, alla disciplina e alla relativa giurisprudenza, teorica e pratica, riguardante l'assemblea societaria.

Per taluni versi, la novella del 2012 avrebbe potuto – e sarebbe stata una scelta quanto mai opportuna – trarre ispirazione da talune regole, di ordine tuttavia esclusivamente procedurale, che il diritto societario riformato aveva introdotto. Mi riferisco anzitutto alla limitazione quanto al potere di impugnare, riguardanti il possesso di un minimo di azioni aventi diritto di voto (v. art. 2377, comma 3): sarebbe stato probabilmente opportuno denegare la legittimazione a proporre l'azione ai condomini quando essi non siano titolari di un numero minimo di millesimi, fermo restando il loro diritto al risarcimento del danno loro arrecato dall'illegittimità della delibera. Si sarebbero così scoraggiate quelle azioni esperite non di rado più che altro per rallentare l'esecuzione di opere da parte di condòmini che magari possiedono nell'edificio solamente un'autorimesa o uno scantinato.

Altrettanto opportunamente si sarebbe potuto chiarire – secondo quanto stabilisce lo stesso art. 2377, comma 5, n. 3 – che l'incompletezza o l'inesattezza del verbale non consenta l'annullamento della delibera, quando non sia tale da impedire l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione.

Inoltre, sarebbe stato più che mai opportuno precludere l'accoglimento della domanda di annullamento della delibera tutte le volte in cui questa fosse stata sostituita con altra presa in conformità della legge e del regolamento, dovendo il giudice pronunciarsi in tal caso solamente sulle spese di lite (v. ancora l'art. 2377, comma 8)¹⁴. Personalmente crediamo poi che, nell'ipotesi contraria – in cui l'assemblea abbia cioè a riprodurre nella sostanza una deliberazione già annullata definitivamente in sede giurisdizionale o arbitrale – vada applicata in via analogica l'art. 21-*septies* della legge 7 giugno 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo, di guisa che la violazione del giudicato importi la nullità della deliberazione medesima.

Più che mai opportuna sarebbe stata la scelta di prevedere – secondo quanto stabilisce l'art. 2379 c.c. in tema di deliberazioni societarie – che in caso di man-

¹³ Cass, 17 luglio 2007, n. 15492, in *Riv. not.*, 2009, 640, con nota di E. TIMPANO e in *Società*, 2008, 306, con nota di M. FERRARI.

¹⁴ Si è ritenuto giustamente che tale regola possa essere applicata in via analogica alle deliberazioni dell'assemblea di condominio: Cass., ord. 11 agosto 2017, n. 20071; Trib. Bari, 19 maggio 2016, in *Dejure*; Trib. Torino, 1° aprile 2014, in *Arch. loc.*, 2015, 320.

cata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale o di impossibilità o illiceità dell'oggetto, al giudice non fosse consentito accertare la nullità della decisione assembleare quando fossero trascorsi tre anni dalla trascrizione nel registro tenuto dall'amministratore, evocato all'art. 1130, n. 7, e all'art. 1136, comma 7.

Analogamente, sarebbe stato utile prevedere che la convocazione a partecipare all'assemblea non si considera mancante nel caso di irregolarità dell'avviso, se questo sia idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea (v. art. 2379, comma 3) e, ancor più, precludere l'impugnazione della deliberazione per mancata convocazione al condomino che anche successivamente avesse dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea (art. 2379-*bis*).

Vi è solamente un profilo di merito che sarebbe stato certamente appropriato disciplinare, ispirandosi ancora alle regole societarie: quello riguardante il conflitto di interessi tra le posizioni di singoli condomini rispetto a quelle degli altri partecipanti all'edificio. Al proposito, va ricordato che alcune decisioni, valendosi dell'analogia, applicano (correttamente) in ogni caso l'art. 2373 – in cui il conflitto si manifesta al momento dell'esercizio del potere deliberativo e consiste nel contrasto tra l'interesse proprio del partecipante al voto e quello della collettività – e superano così la disciplina generale della rappresentanza, ove invece il conflitto si manifesta al momento dell'esercizio del potere rappresentativo e si fonda sul contrasto tra l'interesse personale del rappresentato e quello, pure personale, del rappresentante¹⁵.

Oltre questi confini appare oltre modo difficile estendere alla compagine condominiale regole e metodi tipici dei rapporti societari giacché il condominio in altro non consiste che nell'utilizzo di cose e nella fruizione di servizi comuni da parte dei titolari delle proprietà esclusive ubicate nell'edificio, ossia nell'attività di godimento che caratterizza la proprietà. Solamente in questo senso, come si è detto, è quindi consentito esercitare un sindacato, da parte dell'autorità giudiziaria alla quale sia impugnata la deliberazione, quando si lamenti che l'attuazione di questa possa arrecare un danno effettivo e grave a quelle stesse cose o a quegli stessi servizi comuni.

Manca invece del tutto l'esercizio da parte dei condomini di un'attività comune come fa difetto l'intento di realizzare uno scopo comune: l'unico scopo che ciascuno di essi ha di mira è conseguire il massimo godimento delle cose e dei servizi comuni, scopo che ben lungi dall'essere condiviso con gli altri partecipanti, è invece oggetto di contrapposizione e di potenziale conflitto tra loro.

¹⁵ Cass., ord. 25 gennaio 2018, n. 1853, est. Scarpa, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Comunione e condominio*, n. 253; Cass., ord. 13 novembre 2020, n. 25680, est. Scarpa, in *Arch. loc.*, 2021, 51.

3. Segue. *Le società di capitali*

In ambito societario, viceversa, il sindacato sull'opportunità delle scelte deliberate dalla maggioranza – e se si vuole quindi sul motivo che le hanno ispirate – è assai più frequente¹⁶.

Lo strumento al quale si fa riferimento è l'abuso della maggioranza (che altre volte trovasi indicato come eccesso di potere¹⁷). È del tutto evidente che per ritrovare un abuso, è inevitabile ricercare nel convergere dei singoli voti espressi dai soci, la comunanza di un motivo concordato sia pure solamente *ab implicito*; scriveva al riguardo Ascarelli che: "l'autorità giudiziaria non deve compiere nessun sindacato nel merito, ma semplicemente esaminare se la deliberazione, buona o cattiva che sia, sia stata dettata dall'interesse sociale, è a questi fini che deve venir compiuta una semplice indagine sui motivi della deliberazione"¹⁸.

Esso può consistere nell'intento di perseguire, anche in via alternativa¹⁹, "un interesse personale antitetico a quello sociale"²⁰ ovvero di provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza come singoli²¹; si realizzerebbe in tal guisa una deviazione dell'atto dallo scopo economico-pratico del contratto di società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico rispetto a quello sociale, ovvero quando costituisca il portato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli*. Al di fuori di tali ipotesi resta preclusa ogni possi-

¹⁶ V., ad esempio, *L'abuso della regola di maggioranza nelle società di capitali*, a cura di A. STABILINI, in *Società*, 7, 2011, 841 ss.; M. ROSSI, *Osservazioni in tema di abuso di maggioranza*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 4 ss.

¹⁷ Tra i primi contributi dedicati *funditus* all'argomento, si possono segnalare L. LORDI, *Il così detto eccesso di potere nelle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, 131 ss. e A. NEUBERGER, *Le détournement de pouvoirs dans les sociétés anonymes*, Sirey, Paris, 1937 e v. pure A. DONATI, *L'invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle società anonime*, Giuffrè, Milano, 1937, 182 ss.

¹⁸ *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 741; ma v. pure G. FERRI sr., *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, *ivi*, 1934, I, 740; in senso critico G. DEJANA, *I motivi nel diritto privato*, cit., 69 ss.

¹⁹ Cass., 20 gennaio 2011, n. 1361; Cass., 19 aprile 2003, n. 6361; Trib. Roma, sez. spec. Impresa, 31 marzo 2017, n. 6452, in *Dejure*; Trib. Roma, 22 ottobre 2002, Trib. Milano, 22 giugno 2001, Trib. Milano, 28 giugno 2001 Trib. Roma, sez. spec. Impresa, 31 marzo 2017, in *Dejure*.

²⁰ Più sfumata, ma nella sostanza analoga, è la posizione espressa da Trib. Bologna, sez. spec. Impresa, 21 ottobre 2022, in *Dejure*, ove si fa più genericamente riferimento a "una condotta che non risponde all'interesse della società".

²¹ Cass., 29 settembre 2020, n. 20625, in *Guida dir.*, 2020, 46, 63 e in *IUS Societario*, 10 dicembre 2020, con nota di A. FRANCHI; App. Roma, sez. spec. Impresa, 3 settembre 2021, n. 5803, in *Dejure*; Trib. Roma, sez. spec. Impresa, 19 gennaio 2023, n. 907, in *Giur. comm.*, 2024, II, 852 ss.

bilità di controllo in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza ad esprimere il proprio voto.

Si è quindi esclusa la sindacabilità della deliberazione quando fosse “plausibile che l’enunciata esigenza di dotare il patrimonio sociale di liquidità per far fronte agli oneri” e si fosse rilevato che il socio, che ne domandava l’annullamento, aveva sottoscritto l’aumento di capitale ed eseguito il versamento²² ovvero quando manchi la convergenza dei motivi che hanno ispirato l’espressione del voto da parte dei soci, essendosi invece accertato che la deliberazione medesima fosse l’effetto di una accidentale coincidenza di voti²³.

Qualche altra volta, decidendo sulla richiesta sospensione degli effetti in sede cautelare, si è ravvisato il *fumus boni iuris* sufficiente a impedire provvisoriamente alla delibera di produrre gli effetti suoi propri, in quanto erasi accertato “un irriducibile contrasto fra i soci” giacché “l’iniziativa economica dichiaratamente sottesa all’operazione di aumento [si rivelava] pretestuosa in quanto caratterizzata da un oggetto indefinito nonché da un esito incerto al di là di ogni ragionevolezza” così arrecando ai soci “un costo non necessario perché sostenibile con le risorse di cui già la società dispon[eva]”²⁴.

Ancora, guardando al tema già evocato di compensi ritenuti sproporzionati deliberati dalla maggioranza a favore degli amministratori (qui appunto di società) – che di quella stessa maggioranza risultano espressione – l’atto collegiale è stato giudicato viziato da eccesso di potere cioè viziato da “abuso, sotto il profilo della violazione del dovere di buona fede in senso oggettivo o di correttezza”; una tale deliberazione si dimostrerebbe infatti “intesa al perseguimento della prevalenza di interessi personali estranei al rapporto sociale, con ciò danneggiando gli altri partecipi al rapporto stesso. In tal caso al giudice è affidata una valutazione che è diretta non ad accertare, in sostituzione delle scelte istituzionalmente spettanti all’assemblea dei soci, la convenienza o l’opportunità della delibera per l’interesse della società, bensì ad identificare, nell’ambito di un giudizio di carattere relazionale, teso a verificare la pertinenza, la proporzionalità e la congruenza della scelta, un vizio di illegittimità desumibile dalla irragionevolezza della misura del compenso stabilita in favore dell’amministratore, occorrendo a tal fine avere riguardo, in primo luogo, alla natura e alla ampiezza dei compiti dell’amministratore ed al compenso corrente nel mercato per analoghe

²² Trib. Milano, ord. 14 ottobre 2013, in *Dejure*.

²³ Trib. Roma, 19 marzo 2013, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, 576, (s.m.) con nota di E. LA MARCA.

²⁴ Trib. Cagliari, 9 giugno 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, 1131, con nota di D. ARCIDIACONO (giova segnalare tuttavia che nel caso di specie l’iniziativa posta a fondamento della decisione dell’aumento del capitale era irrealizzabile anche per l’assenza delle necessarie autorizzazioni amministrative ed inoltre la riscossione di un ingente credito che la società vantava verso terzi avrebbe consentito la piena realizzazione delle ipotizzate operazioni. Si ravvisavano in tal guisa una pluralità di differenti, ma convergenti, *rationes decidendi*).

prestazioni, in relazione a società di analoghe dimensioni, e, ma in funzione complementare, alla situazione patrimoniale e all'andamento economico della società”²⁵.

In un altro caso, “l'abuso o eccesso di potere”, quale ragione di invalidità della deliberazione, è stato ravvisato là dove essa “non trov[asse] alcuna giustificazione nell'interesse della società – per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale – ovvero sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza ‘uti singuli’”. Avendosi poi cura di precisare – in un clamoroso *obiter dictum* che suona quasi come *excusatio non petita* o addirittura un ipocrita *self restraint*²⁶ – che “al di fuori di tali ipotesi resta preclusa ogni possibilità di controllo in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla votazione della delibera di scioglimento anticipato della società, essendo insindacabili le esigenze relative all'economia individuale del socio che possano averlo indotto a votare per tale soluzione dissolutiva”²⁷.

La commistione di argomenti oscilla, in sostanza assimilandoli tra loro senza particolare approfondimento, tra la figura dell'eccesso di potere – qui trapiantata dal diritto amministrativo in maniera per noi non corretta giacché utilizzata espressamente per sindacare il merito e l'abuso della maggioranza – e un riferimento spesso dai contorni molto offuscati alla teoria dell'abuso o ancora al richiamo alla buona fede²⁸. In tale ultimo caso, si evoca in genere l'art. 1375 per riferirlo non già al comportamento della maggioranza deliberante (attraverso il rinvio prezioso alla disciplina contrattuale rinvenibile all'art. 1324), quanto più genericamente all'esecuzione del contratto di società da parte di tutti i soci e quindi pure da quelli che approvarono la deliberazione²⁹.

Mentre si professa quindi da un lato il potere del socio “di esercitare libera-

²⁵ Cass., 17 luglio 2007, n. 15942; sempre con riguardo ai compensi riconosciuti agli amministratori dall'assemblea e ritenuti sproporzionati dalla minoranza rispetto alle mansioni di fatto svolte dagli stessi, Trib. Milano, 20 novembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, 825.

²⁶ V. già in senso analogo Trib. Milano, 22 giugno 2001, in *Giur. it.*, 2002, 1898, con nota di A. DENTAMARO.

²⁷ Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro it.*, 2006, I, 3455; Id., 5 maggio 1995, n. 4923, in *Giur. comm.*, 1996, II, 354 con nota di R. PAPETTI; in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 217, con nota di A. CIAFFI; in *Società*, 1995, 1548, con nota di M.A. IMBRENDA e in *Vita not.* 1996, 919; Id., 5 maggio 1995, n. 4923, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2038.

²⁸ V. già in questo senso K. WIELAND, *Handelsrecht*, München-Leipzig, 1931, II, 295.

²⁹ In senso giustamente critico riguardo all'utilizzo della buona fede in questa ipotesi, v. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss., ora in ID., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998, (da cui traiamo le citazioni), 78 s.

mente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse” vi si ritrova un limite “nell’altrui potenziale danno” s’che l’abuso della regola di maggioranza sarebbe tale da invalidare le deliberazioni assembleari allorquando queste non rinvergono “alcuna giustificazione nell’interesse della società – per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale – oppure sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza ‘*uti singuli*’”³⁰.

Non mancano ipotesi nelle quali si è invocata addirittura l’esigenza di razionalità (oggi si direbbe probabilmente di ragionevolezza) della deliberazione, pervenendo così anzitutto a introdurre un quarto e ulteriore strumento argomentativo che va ad aggiungersi a quelli dell’eccesso di potere, dell’abuso della maggioranza e della violazione del dovere di buona fede nell’esecuzione del contratto sociale. L’esito non è tuttavia dissimile: l’invalidità della deliberazione dipende, infatti, dall’aver la maggioranza agito “per finalità contrarie a quelle per le quali la società era stata costituita”³¹.

³⁰ Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387; cfr. Id., 11 giugno 2003, n. 9353; Id., sez. lav., 19 aprile 2003, n. 6361, in *Foro it.*, 2004, I, 1219; Id., 4 maggio 1994, n. 4323, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 633, con nota di A. DE BLASI e in *Foro it.* 1995, I, 2219; Id., 11 marzo 1993, n. 2958, in *Società*, 1993, 1049, con oss. di S. TAURINI e in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, 311; Id., 29 maggio 1986, n. 3628, in *Giur. comm.*, 1987, II, 572; in *Giust. civ.*, 1986, I, 2093 e in *Vita not.*, 1986, 758; Id., 7 febbraio 1979, n. 818, in *Riv. not.*, 1979, 585.

Un generico richiamo “a motivi personali od extrasociali, con finalità fraudolenta volta a ledere i diritti di partecipazione ed i diritti patrimoniali dei soci dissenzienti” si rinviene in Trib. Roma, 22 ottobre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1888 e in *Società*, 2003, 857, con nota di M. FERRARI; in App. Milano, 24 febbraio 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 607; nonché in Trib. Perugia, 22 dicembre 2000, in *Società*, 2001, 1387, con nota di G. ZAGRA; Trib. Napoli, 31 marzo 2000, in *Giur. nap.*, 2000, 477; Trib. Udine, 21 ottobre 1998, in *Società*, 1998, 1452, con note di P. ANELLO e S. RIZZINI BISINELLI; Trib. Napoli, 25 febbraio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1026, con nota di L. NAZZICONE, e in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, 199, con nota di G. OLIVIERI; Trib. Milano, 9 giugno 1994, in *Società*, 1995, 216, con nota di M. ASQUASCIATI; Id., 26 aprile 1990, in *Giur. mer.*, 1991, 1041; Trib. Catania, 12 settembre 1989, in *Giur. comm.*, 1991, II, 315.

In senso non dissimile anche Trib. Firenze, 20 settembre 2000, in *Foro tosc.*, 2000, 257, con nota di F. TOIA, rinviene in vizio di eccesso di potere nella deliberazione quando sia “diretta a perseguire unicamente e fraudolentemente il vantaggio di alcuni soci in danno di altri”.

³¹ Cass., 11 giugno 2003, n. 9353, in *Società*, 2004, 188, con nota di M. MALAVASI (il caso di specie ha tuttavia del clamoroso, visto che si trattava di un aumento di dieci volte del capitale sociale malgrado la situazione di dissesto); anche Trib. Torino, 29 dicembre 1998, in *Giur. it.*, 1999, 1668, indica nell’illogicità e “autocontraddittorietà” della deliberazione “consapevolmente pregiudizievole per la società” gli elementi sintomatici del vizio di eccesso di potere.

4. Il recesso

Sentendo evocare espressioni come “abuso” ed “esecuzione del contratto secondo buona fede” a nessun civilista, almeno negli ultimi quindici venti anni, può occorrere di non rammentare il celeberrimo e controverso nelle premesse come negli esiti, “caso Renault”³².

Solamente per completezza espositiva ricordiamo per sommi capi che vi si trattava del recesso *ad nutum* – cioè appunto con divieto di sindacato giudiziale quanto ai motivi posti a fondamento dell'esercizio del diritto potestativo – da parte della Renault Italia S.p.A. da alcuni contratti di concessione di vendita.

Al fine di aggirare quel divieto, le difese di una associazione di concessionari all'uopo costituitasi (la A.C.R. – Associazione concessionari revocati), impugnarono i relativi atti evocando l'ormai consueto strumentario concettuale dell'abuso e della violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto: la previsione del recesso *ad nutum* in favore della Renault Italia avrebbe infatti reso appunto “superfluo ogni controllo *causale* sull'esercizio di tale potere”³³ (corsivo aggiunto).

La Corte di legittimità – in maniera che non può non ritenersi quanto meno sorprendente – riesce a rovesciare la linearità di quell'assunto (anzi meglio l'evidenza tautologica: se l'esercizio del diritto di recesso è stato pattuito come insindacabile esso non potrebbe appunto essere sindacato), attraverso una ricostruzione ampia (forse a tratti un po' didascalica) del problema, che ambirebbe a fondare i presupposti per il *grand arrêt*.

Simile intento non sembra tuttavia essersi realizzato, quanto meno se si ragiona con il proverbiale senno del poi: nonostante i numerosi interventi dottrinali volti ora a magnificare – e più raramente a ridimensionare – la portata della sentenza, dopo quindici anni non risulta che gli argomenti utilizzati colà siano stati poi ripresi quanto meno in decisioni di legittimità pubblicate³⁴. Si trattava

³² Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; del resto l'accostamento tra recesso e motivi si trova già in G. DEJANA, *I motivi nel diritto privato*, cit., 50 ss.

³³ L'espressione trovasi utilizzata testualmente ma la sentenza della Corte territoriale trovasi massimata diversamente in *Dejure*, laddove invece si trovano indicati – seppur rovesciati di segno – i medesimi argomenti poi utilizzati dal giudice di legittimità: “L'esercizio legittimo, da parte di uno dei contraenti, del potere di recesso *ad nutum* non integra gli estremi del comportamento in violazione degli obblighi di correttezza, anche se il recesso stesso abbia comportato dei danni per altro contraente, poiché la violazione delle norme di correttezza presuppone un abuso del potere di recesso *ad nutum* da parte del soggetto proponente”.

È noto che, da parte della dottrina gius laburista, si fosse tentato (per vero senza troppo successo ma poi assecondati sia pure parzialmente, dalla regolamentazione collettiva) d'introdurre il requisito della giusta causa anche nel recesso *ad nutum*, previsto all'art. 2118 c.c.; v. G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 1962, 337 ss.

³⁴ Tra i contributi più significativi, segnaliamo F. ADDIS, *Sull'excursus giurisprudenziale del “caso Renault”*, in *Obbl. contr.*, 2012, 245 ss.

del resto di un periodo nel quale ancora si potevano registrare fughe in avanti (o indietro) – e in ogni caso sobbalzi oltre i perimetri semantici delle disposizioni non soltanto da parte delle corti di merito ma anche da parte della corte di cassazione (specialmente proprio della terza sezione che ebbe per competenza a decidere il caso di cui stiamo parlando). L'attuale clima politico e culturale oggi contiene quegli ardori quando addirittura non li reprime e, almeno per quanto riguarda la corte di legittimità, simili evasioni dalle regole ermeneutiche riescono più difficili e quindi assai più rare.

Quel collegio, premesso che “la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto” – e sin qui non era neppure il caso di scriverlo – dopo aver impugnato il solito e abusatissimo grimaldello dovere costituzionale di solidarietà perviene ad affermare che “il *criterio* della buona fede” (corsivo aggiunto) “costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi”. Il tutto non senza aver evocato la funzione sociale dell'art. 42 Cost. (che però, come tutti sanno ha riguardo al controllo di proporzionalità dei limiti imposti dal legislatore primario alla proprietà privata).

Si passa poi a utilizzare l'argomento, che si è detto trovasi spesso commisto se non confuso con quello della buona fede, fondato sulla controversa figura dell'abuso del diritto³⁵. Anzi, secondo questa decisione, questa ultima figura costituirebbe “criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva” e sarebbe ravvisabile tutte le volte in cui “nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede”.

In queste affermazioni si rivela pienamente la scivolosità della teoria dell'abuso.

Al riguardo si deve osservare anzitutto che esso non si trova evocato dal nostro legislatore, il quale viceversa lo sostituisce con figure più rassicuranti e dai contorni sicuramente più nitidi, come la correttezza imposta alle parti del rapporto obbligatorio (art. 1175), e il divieto di atti emulativi imposto al propieta-

³⁵ In tema, da ultimo, E. TORRI, *Abuso del diritto: entelechia di un istituto; evoluzione, casistica, profili processuali*, in *Riv. Corte conti*, 2023, 53 ss.

Notoriamente, l'ammissibilità della figura trovasi negata soprattutto nel celebre saggio di M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, Aemulatio, in *Riv. dir. civ.*, 1923, I, 105 ss. (che influenzò pesantemente il codificatore del 1942); ma v. già N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, I, *Parte generale* (unico edito), III ed., Giuffrè, Milano, 1924, riveduta e messa al corrente dal professor L. Coviello, ora rist., Esi, Napoli, 1992; 471; nonché F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, rist. IX ed., Jovene, Napoli, 2012, 60 ss.; 262 ss. Più sfumate si rivelano le posizioni di Salv. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 166 ss.

rio (art. 833). V'era il timore (che il tempo trascorso non è riuscito, ci sembra, a dissolvere) che la teoria dell'abuso potesse rivelarsi in molti casi come un diniego di giustizia e in ogni caso in un elemento di potenziale incertezza sugli esiti possibili del giudizio ove il diritto veniva fatto valere.

Per questo l'art. 7 del progetto preliminare che proclamava, in termini generali, che "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto" venne successivamente abbandonato.

Questo a dispetto dei numerosi precedenti (che i codificatori, primi fra tutti Filippo Vassalli e Rosario Nicolò) certamente ben conoscevano: basterebbe solamente ricordare che la figura dell'abuso trovavasi considerata già nel progetto di codice italo-francese delle obbligazioni all'art. 74³⁶ e si trovò inserita pure nel progetto ministeriale del nuovo codice civile italiano (all'art. 7 che stabiliva: "Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto")³⁷.

Inoltre basterebbe pensare al *Schikaneverbot* contenuto nel § 226 BGB (*Die Ausübung eines rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*) o all'art. 2 del codice civile svizzero dettato da Eugen Huber (*Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge*), successivamente ripresi, ad esempio, all'art. 248 del codice civile ellenico del 1946 (fortemente influenzato come si sa da quello tedesco), all'art. 334 di quello portoghese (*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*), o all'art. 7 di quello spagnolo (nel testo novellato nel 1974) (*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*) o all'art. 3.13 del rinnovato Burgerlijk Wetboek che alla clausola generale fa seguire qualche precisazione utile per l'interprete (1. *Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voor zover hij haar misbruikt*. 2. *Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de oneven-*

³⁶ V. B. BRUGI, *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Flaccovio, Messina, 1931, 77 ss.; M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *No-viss. Dig it.*, vol. I, s.a. (ma 1957), 96.

³⁷ Quelle disposizioni vennero soppresse durante la stesura del codice civile, aderendo alla proposta della Commissione parlamentare, che suggeriva (come poi venne fatto) di sostituire a una previsione generale del divieto una formulazione più precisa con riguardo a singoli istituti.

*redigtheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. 3. Uit de aard van een bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt*³⁸) a sua volta ripreso dal recentissimo art. 1.10. del codice civile belga: (Abus de droit. 1. Nul ne peut abuser de son droit. 2. Commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances. 3. La sanction d'un tel abus consiste en la réduction du droit à son usage normal, sans préjudice de la réparation du dommage que l'abus a causé). In questo quadro non possono finalmente essere trascurati né il divieto di abuso codificato all'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo né quello rinvenibile all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ogni preoccupazione possibile quanto alla possibile esondazione del potere del giudice di sindacare gli atti compiuti dall'imprenditore – anche oltre i confini tracciati dal secondo comma dell'art. 41 Cost. – veniva superato dai giudici del caso Renault attraverso l'autoreferenzialità. “Il controllo del giudice sul carattere abusivo degli atti di autonomia privata” – scrivono – “è stato pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte di legittimità” e dalla constatazione autoassolutoria (ma non consolatoria né tanto meno motivata) secondo cui “la libertà di scelta economica dell'imprenditore, pertanto, in sé e per sé, non è minimamente scalfita; ciò che è censurato è l'abuso, ma non di tale scelta, sebbene dell'atto di autonomia contrattuale che, in virtù di tale scelta, è stato posto in essere”. A dire di quella sezione “il problema non [sarebbe] politico, ma squisitamente giuridico ed investe i rimedi contro l'abuso dell'autonomia privata e dei rapporti di forza sul mercato, problemi questi che sono oggetto di attenzione da parte di tutti gli ordinamenti contemporanei, a causa dell'incremento delle situazioni di disparità di forze fra gli operatori economici”.

Nella spasmodica ricerca di un appiglio ermeneutico pur flebile ma capace di motivare una decisione tanto dirompente si perviene persino a evocare il divieto di abuso di dipendenza economica contenuto all'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 – che a certo punto ci si azzarda persino a voler applicare in via “analogica od estensiva”, se non fosse che esso non aveva “costituito oggetto di specifica censura contenuta nei motivi di ricorso” – trascurando comunque che quelle regole riguardano le relazioni tra imprenditore committente e imprenditore subfornitore che ben poco hanno a che condividere con quelle tra concedente e concessionario di vendita.

³⁸ Il titolare di un diritto non può esercitarlo in maniera da abusarne. L'abuso del diritto si può realizzare, tra l'altro, quando esso venga esercitato senza altro scopo se non quello di arrecare danno ad altri o per uno scopo differente da quello per il quale gli è stato attribuito, tenendo conto della sproporzione tra gli interessi realizzati e quelli lesi l'esercizio deve quindi essere impedito o posposto. La natura di un diritto può implicare che di esso non si possa abusare.

A seguire conclusivamente il ragionamento della corte saremmo quindi ben lungi dal negare l'insindacabilità del motivo nell'atto unilaterale, se non fosse che, come anticipato, le decisioni che sono seguite sino a oggi sembrano aver consapevolmente dimenticato il precedente di cui abbiamo detto ampiamente, forse per volerlo condannare a un oblio quanto mai meritato.

Quando l'eco della motivazione era ancora ben avvertita si rinvenivano decisioni ove si proclamava che "la parte titolare del diritto di recesso è tenuta ad esercitarlo in modo conforme ai principi di buona fede e correttezza, anche al fine di non arrecare pregiudizio ovvero danno ingiusto all'altro contraente" per poi escludere subito dopo che nella specie sussistessero i presupposti per fondare una domanda di risarcimento danni nei confronti di chi avesse esercitato il proprio diritto potestativo³⁹.

Anzi. Non si è esitato ad affermare, che il conduttore potrebbe limitarsi ad affermare la sussistenza del grave motivo richiestogli dalla legge per recedere dalla locazione, senza doverne spiegare le ragioni di fatto, di diritto o economiche su cui tale motivo si fonda, né dovendone dare in ogni caso la prova⁴⁰.

Si è quindi certamente nel vero quando si afferma autorevolmente che l'abuso non possa essere considerato, pur quando si trovi codificato, alla stregua di un istituto e soprattutto che "l'utilità legislativa dell'abuso sta proprio, come le clausole generali e gli *standard* legali, nell'elasticità ed indeterminatezza"⁴¹. Come quegli istituti, l'abuso "che se non è istituto è allora argomento"⁴² ammonisce l'interprete sui pericoli che simili strumenti comportano (e sui quali non da ieri si è lungamente riflettuto)⁴³ tutte le volte in cui esse non si trovino riempite di quei valori che si rinvergono non solo e non tanto nella realtà sociale, quanto piuttosto nei principi normativi – ben inteso correttamente intesi – di rilevanza gerarchicamente superiore, siano essi costituzionali, internazionali o eurounionisti⁴⁴.

³⁹ Cass., 8 gennaio 2013, n. 227; v. anche App. Bari, 24 ottobre 2012, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2013.

⁴⁰ Cass., 24 settembre 2019, n. 23639, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 323.

⁴¹ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Iudica e G. Zatti, Giuffrè, Milano, 2013, 453.

⁴² A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 455.

⁴³ Valgano per tutti (anche se si tiene conto della sinistra ma non casuale coincidenza tra l'anno di pubblicazione e l'inizio degli eventi terribili che scossero la Germania prima e l'intera Europa poi) le considerazioni celebri di J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln, Ein Gefahr für Recht und Staat* J.C.B. Mohr, Tübingen, 1933.

⁴⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, I, *Metodi e tecniche*, Esi, Napoli, 2020, 164.

5. Una breve conclusione

Il sindacato giudiziale sul motivo dell'atto unilaterale tra vivi sembra allora non consentito giacché si tratterebbe di scrutinare le valutazioni compiute dall'agente nel suo foro interno, valutazioni che trovano il proprio esclusivo fondamento su considerazioni di semplice opportunità o convenienza⁴⁵. Sindacare tali valutazioni equivarrebbe quindi a esprimere un beneplacito ovvero una riprovazione sulle scelte compiute da ciascun individuo e quindi nel comprimere lo spazio di autonomia o forse meglio la propria libertà di agire. Lo si può dedurre pure da quella previsione che consente di privare di effetti l'atto unilaterale tra vivi tutte le volte in cui chi lo ha compiuto ne ricavi un grave pregiudizio: anche in questo caso, l'annullamento potrà occorrere solamente su domanda dell'agente dei suoi eredi o aventi causa (v. art. 428 c.c.).

Ben diverse sono le ragioni che militano a favore della irrilevanza (e quindi pure dell'insindacabilità) del motivo quanto al contratto; già se si ha riguardo alla disciplina consegnataci per quanto riguarda l'illiceità di questo si percepisce che la preoccupazione del legislatore è quella mantenere, sino a quanto possibile, salda la regola negoziale, pur quando questa si trovi a confliggere con i valori fondanti dell'ordinamento, che si trovano racchiusi nel buon costume, nell'ordine pubblico e nelle norme imperative⁴⁶.

Se è esatta, come ci sembra, la lettura più rigida dell'art. 1345 – che non si contenta di accertare la conoscenza del motivo illecito in capo a entrambe le parti⁴⁷ e pretende piuttosto che l'illiceità nel singolo caso si vada a collocare a fondamento oggettivo dell'operazione (per usare la celebre espressione di Paul Oertmann)⁴⁸ inevitabilmente generando quell'*élargissement de la notion de*

⁴⁵ Sulla "diffidenza a riconoscere una rilevanza dei motivi al di là degli stretti termini degli art. 1343 e 1345" con riguardo agli atti unilaterali, v. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 106 ss.

⁴⁶ V. ancora P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, loc. cit.

⁴⁷ V. giustamente sul punto già G. DEJANA, *I motivi nel diritto privato*, cit., 144 ss.; M. FRAGALI, *Dei contratti in generale*, in *Codice civile, Libro delle obbligazioni*, I, *Commentario*, dir. da M. D'Amelio e E. Finzi, Barbera, Firenze, 1948, 387 nonché L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, s.a. (ma 1948), 571; per F. MESSINEO (*Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da F. Messineo e A. Cicu, Giuffrè, Milano, 1972, II, 255) il motivo comune consisterebbe in un motivo identico quindi non soltanto bilaterale ma, aggiungiamo noi, convergente. Da ciò desume, correttamente, che "la mera consapevolezza del motivo illecito della controparte non dà luogo alla comunanza di motivo illecito".

⁴⁸ Si rammenti che, secondo E. Betti (*Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, rist. II ed., Utet, Torino, 1952, ora rist. Esi, Napoli, 1994, 272), "l'ipotesi del motivo illecito comune non configura punto una fattispecie distinta da quella della causa illecita, ma resta in essa ricompresa ed assorbita" (v., anche L. RICCA, *Motivi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1977, 285. Su queste premesse B. ambiva a forzare l'applicazione dell'art. 1345 a ogni ipotesi di motivo illecito, anche quando esso non fosse esclusivo, e pure quando esso fosse unilaterale (in quanto noto ed accettato dalla controparte); v. R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, fond. Da F.

cause di cui parlava Louis Josserand⁴⁹ – il controllo giudiziale dei moventi individuali a base della determinazione di contrarre si trova costretto in un confine davvero angusto sia pure appunto quando l'ordinamento vorrebbe riprovare il contratto, negandogli di produrre effetti vincolanti per le parti⁵⁰.

Lo stesso può dirsi del resto per quanto concerne il contratto fraudolento o, come dice il nostro codice, in frode alla legge⁵¹, il quale a sua volta era stato autorevolmente costruito sotto il profilo della causa⁵². La costruzione di un apparato elusivo della norma imperativa non riesce di per sé a scalfire la solidità della forza di legge sino a quando non risulti che quell'intento elusivo costituisce elemento determinante dell'intera operazione tanto da poter assurgere, nuovamente, a fondamento dell'intera fattispecie così trovandosi attratti i motivi comuni nella sfera della causa.

Quando si voglia consentire invece al giudice di esercitare un sindacato, o forse un meglio un controllo, sulla congruità e sulla razionalità delle scelte compiute dalla pubblica amministrazione si pone per l'interprete il problema di circoscrivere l'ambito della libertà di autodeterminazione del pubblico potere, quando esso si mantiene pur sempre all'interno del principio costituzionale del buon andamento. Non è materia della quale saremmo in grado di occuparci senza commettere errori potenzialmente infiniti: per questo rinviando il lettore alle belle pagine composte per questo volume.

Vassalli, Utet, Torino, 1975, 565. In senso critico, ad esempio, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 565, nota 3; e la stessa *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile*, n. 613, ove si intese precisare che l'art., 1345 "indica il motivo comune alle parti come figura distinta dalla causa, considerata nei precedenti articoli 1343 e 1344".

Si veda al riguardo anche *Pearce and another v. Brooks* [Exchequer (1866) L.R. 1 Ex. 213; 4 H. & C. 358; 35 L.J. Ex. 134; 14 I.T. 288; 20 J.P. 295; 14 W.R. 614]: "If a man were to ask for duelling pistols, and to say: 'I think I shall fight a duel tomorrow' might not the seller answer: 'I do not want to know your purpose; I have nothing to do with it; that is your business: mine is to sell the pistols, and look only to profit of trade'. No doubt the act would be immoral, but I have felt a doubt whether it would be illegal; and I should still feel it".

⁴⁹ *Les mobiles dans les actes juridiques*, Paris, 1928, rist. Dalloz, 2006, 160 ss.

⁵⁰ Ancora oggi si sente l'eco di quelle clamorose decisioni ottocentesche che avevano inteso riconoscere la nullità del contratto con il quale erano state vendute alcune bottiglie di *champagne* al proprietario di una casa di tolleranza (Trib. de la Seine, 1° maggio 1888, in *Gaz. pal.*, 1888, I, 797) o erano stati venduti a credito mobili destinati ad arredare quelle stesse case (Trib. Liège, 14 nov. 1896, in *Pas. belg.*, 1897, 3, 75).

⁵¹ Rammentiamo che è la stessa *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile*, n. 614, un po' confusamente, ad avvicinare il motivo comune illecito alla frode alla legge (sulle relazioni tra motivo e frode, v. già G. DEJANA, *I motivi nel diritto privato*, cit., 60 ss.). Vi si legge infatti che "Oper[erebbe] qui l'illiceità dell'intento pratico comune ad entrambe le parti, che in via più generale è preso in considerazione nell'art., 1345"; in senso contrario, v. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 285 s. e soprattutto L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, rist. Esi, 2014, 77 ss. nonché ID., *Frode alla legge*, in *N. Dig. it.*, VII, 1961, 649 s.

⁵² G. MESSINA, *Sulla frode alla legge nel negozio giuridico di diritto privato*, in *Circ. giur.*, 1907, 93 ss., criticato poi da L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, cit., 60 s.

Modelli partenariali e sindacabilità delle scelte organizzative e finanziarie della P.A.

Flavia Risso

SOMMARIO: 1. I modelli partenariali nel nuovo codice dei contratti pubblici, caratteri e incidenza sul sindacato del giudice amministrativo. – 2. Il merito non sindacabile nei modelli partenariali: la valutazione preliminare di convenienza e fattibilità, con particolare riferimento alla finanza di progetto. – 3. Il sindacato delle scelte discrezionali nell'ambito delle operazioni di partenariato. – 4. Complessità e discrezionalità: effetti sul sindacato del giudice amministrativo.

1. *I modelli partenariali nel nuovo codice dei contratti pubblici, caratteri e incidenza sul sindacato del giudice amministrativo*

Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) disciplina in modo innovativo l'istituto del partenariato pubblico privato¹.

Dal punto di vista sistematico, si è scelto di attuare la direttiva n. 2014/23/UE in un libro autonomo e autoconclusivo del codice, il libro IV², senza più rinviare alle disposizioni attuative della direttiva in materia di appalti “*in quanto compatibili*” (espressione foriera di incertezze interpretative).

Sempre, sotto il profilo sistematico, si è chiarito il rapporto di *genus a species* esistente tra il partenariato pubblico-privato e le concessioni e tra concessioni e finanza di progetto³: il partenariato pubblico-privato è la macro categoria nella quale confluiscono tutte le tipologie di contratti di partenariato, tipici, tra cui le concessioni, e atipici. La finanza di progetto, invece, non è una diversa tipologia

¹ Sia consentito rinviare a F. RISSO, *Il nuovo PPP: uno strumento per rilanciare l'economia?*, in *Il nuovo codice degli appalti. La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, a cura di G. PELLEGRINO, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2023, 106 ss. e a F. RISSO, *Partenariato pubblico privato: un nuovo modello di sviluppo giuridico, economico ed etico*, in G. MONTEDORO, A. SIMONE, G. TEMPESTA (a cura di), *Dialogo tra giuristi ed economisti sui contratti pubblici*, Cacucci, Bari, 2024, 133; M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in *Urb. e appalti*, 2023, 295.

² Di recente, sul punto, T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, 18 giugno 2024, n. 155.

³ G. MANFREDI, *Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato*, in *Urb. e appalti*, 4, 1° luglio 2024, 457.

contrattuale, ma è una modalità con cui gestire finanziariamente le concessioni, che si realizza attraverso una particolare e complessa procedura (oggi disciplinata all'art. 193). È il medesimo contratto di concessione, pertanto, che può essere finanziato, sia in “*corporate financing*” (finanza aziendale o finanza d'impresa), sia in “*project financing*” (finanza di progetto)⁴.

Per quanto riguarda la nota distinzione tra partenariato contrattuale e istituzionalizzato, si chiarisce che la disciplina delle due tipologie di partenariato pubblico-privato è contenuta in due corpi normativi separati: i) il Codice dei contratti pubblici si occupa del modello partenariale basato sui legami contrattuali delle parti contraenti, di tipo sinallagmatico; ii) il Testo Unico sulle società partecipate (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175) e le altre norme speciali di settore si occupano, invece, del partenariato istituzionalizzato.

Il primo articolo della Parte I del Libro IV (art. 174), innanzitutto, introduce una nuova nozione di partenariato, elaborata tenendo conto di quanto già previsto dalla Commissione delle Comunità Europee nel Libro verde del 30 aprile 2004 “*relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*”. In particolare, nel Libro Verde si evidenzia che con tale espressione ci si riferisce a “*forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*”. Nel nuovo codice, il partenariato è pertanto definito come un'operazione economica che può realizzarsi attraverso diversi “tipi” contrattuali, tra i quali la figura eminente è la concessione. A tale tipologia tipica di contratto di partenariato, poi, si aggiungono, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità e, oggi, il contratto di efficientamento energetico.

Si evidenzia che, al fine di semplificare il quadro normativo, nel nuovo codice si è deciso di stabilire che la disciplina della concessione, in ragione della sua maggiore elaborazione e diffusione e del fatto che la stessa sia stata oramai armonizzata dal diritto europeo (direttiva 2014/23/UE), costituisca la disciplina di “*default*”, destinata cioè ad attivarsi in mancanza di norme speciali, a tutte le figure partenariali tipiche e atipiche.

Nel nuovo codice, inoltre, è stato riaffermato il principio di atipicità e non esclusività delle forme contrattuali partenariali. In forza della capacità generale

⁴ Sul punto, l'ANAC, nelle “*Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi*”, approvate con determinazione n. 10 del 23 settembre 2015, aveva chiarito che la finanza di progetto consiste nel “*finanziamento di un progetto in grado di generare, nella fase di gestione, flussi di cassa sufficienti a rimborsare il debito contratto per la sua realizzazione e remunerare il capitale di rischio*”, specificando che si trattava, quindi, “*di una modalità di finanziamento strutturato utilizzata anche per alcune operazioni di Ppp*” e che la distinzione tra la finanza di progetto e il PPP era pertanto teoricamente chiara, il primo attenendo al finanziamento di un'opera o di un progetto, il secondo alle modalità di collaborazione tra pubblico e privato.

di diritto privato, l'amministrazione può infatti elaborare anche schemi negoziali diversi da quelli nominati, purché aderenti, nei contenuti, a quanto previsto dall'art. 174 e diretti, in conformità all'art. 1322, comma 2, c.c., a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Più nello specifico, all'art. 174 del nuovo codice, vengono descritte le caratteristiche del partenariato⁵.

In primis, un rapporto contrattuale di lungo periodo tra il *partner* pubblico ed il *partner* privato.

In secondo luogo, una ripartizione di compiti, in base alla quale, al *partner* privato spetta il compito di realizzare e gestire un progetto di interesse pubblico, partecipando a varie fasi dell'opera o del servizio (progettazione, realizzazione, finanziamento), mentre alla parte pubblica spetta il compito di definire gli obiettivi, in termini di interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi e di verificarne l'attuazione.

Come ha osservato il Consiglio di Stato, nei modelli partenariali, dunque, si ravvisa una precisa suddivisione di compiti tra soggetto pubblico e soggetto privato: al primo è attribuito il compito di individuare gli interessi pubblici da garantire, nonché la vigilanza sul loro effettivo e efficace raggiungimento, mentre al secondo è attribuito il compito di mettere a disposizione dell'amministrazione le proprie capacità finanziarie e il proprio complessivo *know how*, potendo ritrarre utilità mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera⁶.

Altra caratteristica peculiare delle operazioni di partenariato è la modalità di finanziamento del progetto proveniente "*in misura significativa*" da risorse reperite dalla parte privata e talvolta strutturato tramite relazioni complesse tra diversi soggetti.

Si evidenzia che la norma non prevede la copertura totale del fabbisogno finanziario da parte del privato. Tale disposizione si giustifica al fine di garantire una certa flessibilità nell'impostare la specifica regolamentazione economica dell'operazione, considerato, tra l'altro, che, in taluni casi, la partecipazione finanziaria pubblica può giustificarsi per il particolare tipo di opera o servizio da erogare (si pensi al caso delle opere tiepide).

Fondamentale, infine, per la qualificazione di un'operazione come partenariato, è la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato. La ripartizione precisa dei rischi si effettua ovviamente caso per caso e la retribu-

⁵ Sul punto, sia consentito richiamare F. RISSO, *Partenariato pubblico privato: un nuovo modello di sviluppo giuridico, economico ed etico*, in G. MONTEDORO, A. SIMONE, G. TEMPESTA (a cura di), *Dialogo tra giuristi ed economisti sui contratti pubblici*, Cacucci, Bari, 2024, 133, laddove si evidenzia che tali elementi sono ripresi (attualizzandoli) dal Libro Verde.

⁶ Cons. Stato, parere 22 febbraio 2017, n. 775, reso sullo schema di linee guida recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*".

zione del contraente privato sarà necessariamente correlata all'allocazione di questi ultimi tra le parti contraenti.

Si ricorda, infatti, che il vero carattere distintivo del partenariato (e, in particolare, della concessione) rispetto all'appalto, consiste proprio nell'assunzione del rischio operativo da parte dell'operatore economico privato secondo modalità individuate nel contratto⁷.

Invero, non si applicheranno le disposizioni sulle concessioni, ma quelle sugli appalti, se l'ente concedente attraverso clausole contrattuali o altri atti di regolazione sollevi l'operatore da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che si devono sostenere in relazione all'esecuzione del contratto (art. 177, comma 6).

Alla ripartizione del rischio operativo si collega il concetto di equilibrio economico-finanziario (art. 180, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 e, oggi, art. 177, comma 5, del nuovo codice), intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria.

Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato al capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende, invece, la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento⁸.

L'equilibrio economico-finanziario sussiste quanto i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio. Nella nuova disciplina vengono raccordate le nozioni di rischio operativo e di equilibrio economico-finanziario (art. 177, comma 5).

Il rischio operativo deve, quindi, essere commisurato, sia alla capacità del progetto di generare valore, sia allo strumento di finanziamento più conveniente e adeguato.

Tali specifici aspetti determinano indubbiamente una maggiore complessità di tale tipologia di operazione economica rispetto all'appalto.

Gli elementi descritti dall'art. 174 e sopra riportati debbono ricorrere congiuntamente. Trattasi di caratteristiche molto flessibili, che consentono di qualificare il partenariato quale sistema contrattuale aperto e atipico, in cui ricondurre figure negoziali eterogenee, diversamente impostate sotto il profilo del riparto del rischio e delle responsabilità, ma sempre volte al perseguimento dell'interesse pubblico secondo una logica economicamente orientata⁹.

⁷ Di recente, sul punto, T.A.R. Lazio, sez. II, 1° ottobre 2024, n. 17010.

⁸ R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici, Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Zanichelli, Bologna, 2017, 1991.

⁹ E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme del partenariato Pubblico-Privato. Servizi pubblici e infrastrutture*, Cedam, Padova, 2020.

L'esigenza di una maggiore flessibilità¹⁰ nel settore delle concessioni (e, più in generale, nei modelli partenariali) è espressa anche a livello eurounitario.

Invero, la stessa direttiva n. 2014/23/UE, pur avendo l'intento di creare un quadro giuridico certo in tema di concessioni, evidenzia la necessità che lo stesso sia “*sufficientemente flessibile*”, proprio al fine di facilitare la più ampia diffusione dell'istituto concessorio, una volta acquisita la consapevolezza che i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici, consentendo di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuendo a conseguire innovazione ed efficienza, anche nell'uso dei fondi pubblici¹¹. Di particolare importanza è il secondo considerando della direttiva, secondo il quale le norme sulle concessioni “*dovrebbero tenere debito conto della specificità delle concessioni rispetto agli appalti pubblici e non dovrebbero comportare eccessivi oneri burocratici*”.

La disciplina dei partenariati e, nello specifico, delle concessioni, si innesta, dunque, in un contesto giuridico europeo di “libertà”. Ciò si riverbera sulla disciplina di diversi aspetti di dettaglio della procedura di affidamento delle concessioni.

Basti pensare che in materia di concessioni, non è richiesto, come invece per gli appalti, che la *lex specialis* di gara contenga la puntuale ponderazione dei criteri di valutazione, avendo infatti il legislatore preferito accordare alla commissione di gara un maggiore spazio di autonomia nella definizione della griglia dei punteggi attribuiti alle offerte, a completamento di quella predisposta dalla stazione appaltante¹².

Autorevole dottrina ha osservato che la particolare e più elastica disciplina in materia di criteri di aggiudicazione, senza necessità di specifica determinazione e ponderazione dei relativi pesi, rappresenta una particolare declinazione del principio di libera organizzazione delle procedure di gara nell'aggiudicazione delle concessioni¹³.

Alla maggior flessibilità riconosciuta dal legislatore si affianca tuttavia la maggior complessità dei modelli partenariali (basti pensare alla necessità di valutare anche gli aspetti economici e finanziari dell'operazione).

Non è infatti un caso che, nel nuovo codice, si sia previsto che solo gli enti concedenti qualificati ai sensi dell'art. 63 possano stipulare i contratti di PPP (art. 174, comma 5). Più nello specifico, l'art. 62, comma 18, prevede che “*La*

¹⁰ Sulla maggior flessibilità della disciplina delle concessioni: G. SERRA, *Il partenariato pubblico-privato nella filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *PA Pers. amm.*, 2023.

¹¹ R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici, Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Zanichelli, Bologna, 2017, 1991.

¹² F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023, 1217 ss.

¹³ *Ibidem*.

progettazione, l'affidamento e l'esecuzione di contratti di partenariato pubblico-privato possono essere svolti da soggetti qualificati per i livelli di cui all'articolo 63, comma 2, lettere b) e c)” e tale ultima disposizione prevede che “*La qualificazione per la progettazione e l'affidamento si articola in tre fasce di importo:...b) qualificazione intermedia o di secondo livello, per servizi e forniture fino a 5 milioni di euro e per lavori fino alla soglia di cui all'articolo 14 (euro 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni; c) qualificazione avanzata o di terzo livello, senza limiti di importo...*”. Di conseguenza solo gli enti concedenti adeguatamente qualificati (di secondo o di terzo livello) possono oggi gestire l'intero ciclo del partenariato, dalla progettazione all'esecuzione. Inoltre, per i contratti di partenariato è previsto che l'ANAC possa prevedere specifici requisiti di qualificazione, anche mediante modifiche e integrazioni dell'allegato II.4 che individua, in generale, i requisiti necessari per la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, le informazioni necessarie per dimostrare il possesso degli stessi e le modalità di raccolta di tali informazioni per il funzionamento del sistema di qualificazione (art. 63, comma 8)¹⁴. Sempre per tale ragione sono state previste forme di supporto di natura consultiva (oggi parere del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità) per l'attività di valutazione preliminare di convenienza e fattibilità (art. 175).

Ebbene, i caratteri sopra evidenziati, di maggior flessibilità e, nel contempo, di maggior complessità della disciplina delle operazioni partenariali, incidono inevitabilmente, come si illustrerà meglio nei prossimi paragrafi, sul sindacato del giudice amministrativo.

2. Il merito non sindacabile nei modelli partenariali: la valutazione preliminare di convenienza e fattibilità, con particolare riferimento alla finanza di progetto

Dall'analisi degli elementi che caratterizzano i modelli partenariali emerge un dato: prima di decidere di ricorrere al partenariato l'ente concedente deve avere chiaramente individuato gli obiettivi di interesse pubblico che intende raggiungere attraverso l'operazione economica.

L'importanza di tale preliminare attività emerge con tutta evidenza dalla lettura dell'art. 175, il quale, per la prima volta, prevede che le pubbliche amministrazioni debbano adottare il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato.

¹⁴ Sul punto, sia consentito richiamare F. RISSO, Libro IV, *Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni*, in R. GIOVAGNOLI, G. ROVELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., 1516 ss.

Ovviamente la scelta degli obiettivi pubblici da soddisfare da parte dell'amministrazione attiene al merito amministrativo e, come tale, non è sindacabile dal giudice amministrativo.

La scelta del "come" soddisfare gli interessi pubblici e, più nello specifico, del come gestire un determinato servizio pubblico, è stato invece ritenuto abbia natura "amministrativa" (non di indirizzo politico-amministrativo) che l'amministrazione, sulla base dei principi che regolano gli affidamenti pubblici anche a livello europeo, può effettuare con ampia discrezionalità, sindacabile solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto¹⁵.

Più nello specifico, ci si può domandare se sia possibile sindacare la valutazione preliminare di convenienza e fattibilità di cui all'art. 175, comma 2 del d.lgs. n. 36/2023.

Invero, a supporto della decisione inerente alla scelta di ricorrere al partenariato, nel nuovo codice, è stato previsto un rafforzamento della valutazione preliminare di convenienza e fattibilità, estendendo tale valutazione: all'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, alle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, all'efficiente allocazione del rischio operativo, alla capacità di generare soluzioni innovative, nonché alla capacità di indebitamento dell'ente e alla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale.

La norma ha la finalità di garantire che la scelta di avvalersi dello strumento del partenariato pubblico-privato sia basata su approfondite valutazioni in ordine sia alla convenienza sia alla fattibilità del progetto e per evitare che possano essere intraprese iniziative non realizzabili¹⁶.

Inoltre, prendendo in considerazione tutti gli aspetti dell'operazione economica (idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, ottimizzazione del rapporto costi e benefici, efficiente allocazione del rischio operativo, capacità di indebitamento dell'ente e disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale), tale attività valutativa garantisce altresì che dette iniziative risultino convenienti per l'amministrazione.

La disposizione ha mantenuto la necessità di confrontare le stime dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente. Il confronto con l'appalto deve essere necessariamente di natura quali/quantitativa (riferendosi, ad esempio, a soluzioni di tipo organizzativo, economico, ambientale e sociale), perché alcune dinamiche si possono apprezzare solo se si ha riguardo anche al profilo qualitativo¹⁷.

¹⁵ T.R.G.A. Trentino Alto Adige, sez. unica, 23 maggio 2023, n. 77; T.A.R. Lazio, sez. III, 8 febbraio 2021, n. 1594.

¹⁶ Sul punto, sia consentito richiamare F. RISSO, Libro IV, *Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni*, in R. GIOVAGNOLI, G. ROVELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., 1517.

¹⁷ *Ibidem*.

Per poter ricorrere allo strumento del partenariato è dunque richiesta un'approfondita e preliminare istruttoria chiamata ad adeguatamente ponderare l'allocatione dei rischi e la sostenibilità economica finanziaria ed economica sociale del progetto.

Il tema è stato affrontato in giurisprudenza a proposito della valutazione delle proposte degli operatori economici nell'ambito della procedura relativa alla finanza di progetto¹⁸.

Più nello specifico, con riferimento al secondo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), il Consiglio di Stato ha evidenziato che nella procedura di finanza di progetto si possono individuare *“due serie procedimentali strutturalmente autonome ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale”*¹⁹, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse e la seconda di gara di evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità²⁰. La seconda serie, più precisamente, è distinta nelle subfasi di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione.

Secondo diverso orientamento, peraltro, le fasi sarebbero tre: la prima, inerente alla presentazione della proposta di finanza di progetto, in cui si esprime la valutazione dell'interesse pubblico, di competenza dell'organo di governo; la seconda, ove avviene l'inserimento dell'opera dichiarata di pubblico interesse nella programmazione triennale, con sottoposizione ad approvazione del progetto preliminare, sempre a cura dell'organo di governo; l'ultima, che prevede l'indizione di una gara sul progetto approvato, rimessa alla competenza della dirigenza²¹.

Il Consiglio di Stato precisa che la fase preliminare di individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, *“in quanto intesa non già alla scelta della migliore tra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore”*²².

¹⁸Di recente, sulla procedura dell'affidamento in concessione con finanza di progetto, Cons. Stato, sez. V, ord. 25 novembre 2024, n. 9449.

¹⁹Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2023, n. 5615. In termini, di recente, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 22 novembre 2024, n. 3886.

²⁰Cons. Stato, ad. plen., 28 gennaio 2012, n. 1, che richiama Cons. Stato, ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155.

²¹Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298.

²²Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2023, n. 5615, che richiama Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005. In termini, anche Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5184; Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2024, n. 5026; Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1443.

Il punto fondamentale, ad avviso del Consiglio di Stato, è che la scelta del promotore di una procedura di finanza di progetto non è un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica, quanto piuttosto *“uno strumento tramite il quale l'amministrazione definisce di concerto con il privato un obiettivo di interesse pubblico da realizzare”*²³. Il Consiglio di Stato evidenzia che ciò appare tanto più vero ove si consideri che l'amministrazione, anche una volta dichiarata di pubblico interesse la proposta del privato e individuato il promotore, non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della concessione²⁴, non creandosi alcun vincolo per l'amministrazione e, corrispondentemente, enucleandosi una mera aspettativa (non giuridicamente tutelata) in capo al privato, condizionata dalle valutazioni di esclusiva pertinenza dell'amministrazione in ordine alla opportunità di contrattare sulla base della proposta²⁵.

In particolare, è stato affermato che, in tema di *project financing*, anche una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici ed individuato quindi il promotore privato, la scelta di dare corso o meno alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione *“costituisce una tipica e prevalente manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, tali da non potere essere rese coercibili nell'ambito del giudizio di legittimità che si svolge in sede giurisdizionale amministrativa”*²⁶.

Le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento alla disciplina della procedura della finanza di progetto, contenuta sia nel secondo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), sia nel terzo codice dei contratti

²³ Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2023, n. 5615.

²⁴ Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2018, n. 6633; sul punto, di recente, T.A.R. Veneto, sez. I, 8 maggio 2024, n. 926.

²⁵ Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2023, n. 5615, che richiama Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820. Il Consiglio di Stato evidenzia che da ciò discende che alla fase di scelta del proponente male si attaglia la predeterminazione dei criteri di valutazione, presupponente quanto meno la esatta definizione dell'oggetto del procedimento e dunque della proposta.

Inoltre, nella sentenza della sez. V, 24 agosto 2023, n. 7930, il Consiglio di Stato chiarisce che l'amministrazione ha la facoltà di revocare la procedura prima della conclusione della gara e dell'aggiudicazione della concessione, senza che il promotore dell'iniziativa possa vantare alcuna posizione tutelabile e, quindi, ottenere il risarcimento dei danni, precisando che nella procedura di *project financing*, la fase precontrattuale, nella quale le parti contraenti possono essere chiamate a rispondere di eventuali scorrettezze reciproche, inizia solo dopo l'espletamento della gara, quando si apre la fase negoziale coinvolgente il promotore finanziario e le imprese prime classificate nella procedura di selezione. Sul tema, di recente, C.g.a., 1° ottobre 2024, n. 739; T.A.R. Sicilia, sez. I, 11 luglio 2024, n. 2202; T.A.R. Lazio, sez. II-bis, 5 aprile 2024, n. 6636.

²⁶ Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7930. In termini, anche Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1065. Più di recente, Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2024, n. 3747; C.g.a., 1° ottobre 2024, n. 739; T.A.R. Lazio, sez. II-bis, 4 giugno 2024, n. 11377.

pubblici (d.lgs. n. 36/2023), oggi, forse, debbono essere ripensate alla luce del correttivo approvato con il d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, il quale ha modificato in modo rilevante la disciplina della procedura della finanza di progetto.

Invero, il correttivo incide sensibilmente sulla prima fase della procedura della finanza di progetto volta a individuare la proposta progettuale che sarà posta a base della successiva gara. Più nello specifico, nella relazione illustrativa si legge: *“...anche alla luce dei rilievi sollevati dalla Commissione europea con la procedura d'infrazione INFR (2018)2273. “Non conformità del diritto italiano alle Direttive 2014/23/EU, 2014/24/EU and 2014/25/EU, e agli articoli 49 e 56, TFUE”, sono state introdotte specifiche disposizioni per assicurare la trasparenza e la pubblicità durante la procedura di selezione delle proposte relative al progetto di fattibilità” e che “...Per quanto concerne la finanza di progetto ad iniziativa privata...la nuova disciplina prevede dei meccanismi volti ad assicurare la concorrenza e il rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, attraverso una chiara procedimentalizzazione sia della fase di valutazione delle proposte sia della fase dell'affidamento”.*

Infatti, l'attuale art. 193, così come modificato dal correttivo, prevede espressamente quanto segue: *“Previa verifica dell'interesse pubblico alla proposta e della relativa coerenza con la programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, l'ente concedente dà notizia nella sezione «Amministrazione trasparente» del proprio sito istituzionale della presentazione della proposta e provvede, altresì, ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni, commisurato alla complessità del progetto, per la presentazione da parte di altri operatori economici, in qualità di proponenti, di proposte relative al medesimo intervento, redatte nel rispetto delle disposizioni del comma 3...Entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine di cui al comma 4, l'ente concedente, sulla base dei principi di cui al Libro I, Parte I, Titolo I, individua in forma comparativa, sulla base di criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente, una o più proposte, presentate ai sensi del comma 3 o del comma 4, da sottoporre alla procedura di valutazione di cui al comma 6”.*

Ebbene, l'introduzione di una vera e propria procedimentalizzazione della fase di valutazione delle proposte degli operatori economici potrebbe determinare un allargamento del sindacato del giudice amministrativo anche ad ambiti fino ad oggi ritenuti ad esso sottratti.

3. Il sindacato delle scelte discrezionali nell'ambito delle operazioni di partenariato

Al di là del nucleo fondamentale del merito delle scelte dell'amministrazione, non sindacabile dal giudice amministrativo, che si restringe attorno alla scelta

degli obiettivi e degli interessi pubblici che si intendono perseguire (scelta che il giudice amministrativo non potrebbe sindacare, attenendo, come detto al merito amministrativo), tutte le altre decisioni, a partire dalla qualificazione dello strumento utilizzato per raggiungere tale obiettivo, attenendo più propriamente alla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, risulta essere sindacabile dal giudice amministrativo.

Nel caso in cui, per esempio, l'amministrazione qualificasse l'operazione posta in essere come concessione, ma poi, gli atti relativi (*lex specialis*, piano economico finanziario e contratto) non garantissero la traslazione del rischio in capo all'operatore economico, il giudice amministrativo potrebbe dichiarare illegittimi gli atti di che trattasi, ritenendo che l'operazione in essere in realtà costituisca un appalto, con tutte le conseguenze in termini di disciplina applicabile.

La giurisprudenza è arrivata addirittura a dichiarare la nullità per illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1344 c.c. "*contratto in frode alla legge*", di un contratto di concessione nel quale non erano stati osservati i precetti comunitari nella distribuzione dei rischi²⁷.

In un altro caso, la giurisprudenza ha ritenuto che "*in caso di realizzazione di un ospedale, l'allocazione dei rischi nel caso di ricorso alla finanza di progetto è solo apparentemente traslata a carico dei soggetti privati mentre, in realtà, essa appare abbastanza assimilabile a quella dell'appalto tradizionale. Trattandosi, infatti, di opera fredda, cioè non finanziata ricorrendo a tariffe di mercato, la remunerazione del risultato è tutta garantita da canoni corrisposti dall'utilizzatore (l'amministrazione provinciale/sanitaria), con la conseguenza che viene del tutto a mancare il "rischio della domanda" ed è notevolmente ridotto, se non azzerato, anche il "rischio di disponibilità"*"²⁸.

Senza dubbio, poi, è sindacabile la valutazione circa l'equilibrio economico e finanziario e il connesso contenuto degli atti di gara e, in particolare, del piano economico e finanziario²⁹ posto a base di gara dall'amministrazione.

In un caso interessante, il Consiglio di Stato si è trovato a dover valutare se nella fattispecie concreta il rischio trasferito in capo all'operatore economico

²⁷ T.A.R. Sardegna, sez. I, 10 marzo 2011, n. 213.

²⁸ T.R.G.A. Trentino Alto Adige, sez. I, 30 novembre 2016, n. 404.

²⁹ Sulla natura giuridica del P.E.F.: Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6015; T.A.R. Toscana, sez. III, 5 marzo 2020, n. 285. Più nello specifico, il Consiglio di Stato ha chiarito che il P.E.F. rappresenta un elemento significativo della proposta contrattuale ed integra a pieno titolo l'offerta, di cui vale ad illustrare, valorizzare, corroborare e giustificare la complessiva sostenibilità *tractu temporis*: pur non sostituendosi o sovrapponendosi ad essa, in sostanza, ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità, al fine di provare che l'impresa andrà prospetticamente a trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell'attività. Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2018, n. 2214, ne trae il coerente corollario – avuto riguardo al limite di cui all'art. 83, comma 9 d.lgs. n. 50 del 2016 – della inoperatività in re del soccorso istruttorio.

fosse sostenibile alla luce delle prestazioni richieste dall'amministrazione al privato gestore³⁰.

Più nello specifico, il Consiglio di Stato ha evidenziato che occorre tener conto della peculiarità del contratto di concessione in finanza di progetto (nel caso concreto si trattava di un contratto di rendimento energetico – E.P.C. “*Energy Performance Contract*”), il cui elemento centrale è il rischio che l'operatore economico assume e che penetra nella causa del contratto.

Non basta, allora, precisa il Consiglio di Stato, che le clausole contrattuali in cui si traduce l'operazione economica consegnata dall'amministrazione comportino il trasferimento del rischio economico al gestore del servizio (nel caso di specie, il rischio di disponibilità), di modo che egli non abbia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi, ma è necessario pure che siano specificati tutti gli oneri economici che concorrono a definire il rischio che l'operatore economico è chiamato ad assumere: “*In mancanza, non potrà dirsi attendibile l'elaborazione Piano economico finanziario – nel quale l'amministrazione è tenuta a riportati i costi preveduti e i ricavi possibili di modo da prefigurare l'utile conseguibile ovvero, in sintesi, le condizioni di equilibrio economico – finanziario del servizio – e, di risulta non sarà neppure corretta l'allocazione del rischio, se è vero che, come precisato dall'art. 180, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, già precedentemente riportato, “L'equilibrio economico finanziario, come definito dall'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3”*”³¹.

Peraltro, se l'operatore economico non è posto a conoscenza di tutti gli oneri del servizio che dovrà svolgere, non sarà in condizione di valutare se, per la sua organizzazione di impresa, sia in grado di sostenere il rischio senza incorrere in perdite di attività e la sua offerta risulterà inevitabilmente non attendibile, potendo accadere che sia indotto a rivedere al ribasso la qualità del servizio offerto in corso di rapporto solo per evitare perdite³².

Tale omissione, secondo il Consiglio di Stato, è sufficiente a far ritenere il piano economico e finanziario predisposto dall'amministrazione inidoneo allo scopo di definire, con esatta possibilità di previsione *ex ante*, l'effettivo equilibrio economico finanziario del servizio in affidamento, poiché non è dato agli operatori economici concorrenti di aver contezza dell'andamento economico del rapporto nel corso del tempo, se esso cioè, consenta di conseguire un utile dati gli integrali oneri economici da sostenere. Ciò, nel caso concreto, ha portato il Consiglio di Stato a ritenere inattendibili le offerte dei concorrenti articolate sulla base di tale P.E.F.

In un altro recente caso, il Consiglio di Stato ha ritenuto insindacabile l'iter

³⁰ Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

argomentativo di un provvedimento con il quale l'amministrazione aveva provveduto ad un nuovo giudizio di non convenienza di un progetto di partenariato *“nel suo nucleo duro sulla valutazione di convenienza dell'operazione P.P.P., da intendersi nella complessiva sostenibilità economica dell'operazione anche solo in termini di entità, tempistica e modulazione degli oneri che la sua esecuzione avrebbe posto a carico dell'Azienda”*³³.

Recentemente, il T.A.R. Toscana ha ritenuto che nel caso di un vistoso scostamento del P.E.F. di una concorrente da quello posto a base di gara, tale da comportare un radicale mutamento del quadro economico della concessione, l'ente concedente avrebbe dovuto in primo luogo verificare – quantomeno in linea di massima – l'attendibilità delle stime sui ricavi operate dall'aggiudicataria in difformità da quelle a suo tempo operate in sede di presentazione della proposta di project financing, e che costituiscono uno dei pilastri intorno ai quali è costruita la sostenibilità economico-finanziaria dell'offerta³⁴.

La giurisprudenza ha poi chiarito che anche nel contesto di una concessione dei servizi è legittima la verifica dell'anomalia dell'offerta. Ebbene, come negli appalti, anche nelle concessioni la verifica di anomalia è sindacabile dal giudice amministrativo³⁵.

Più nello specifico, è stato osservato che *“...il giudizio di sostenibilità/congruità dell'offerta non è sottratto al sindacato giurisdizionale, il quale incontra i limiti tipici del controllo sulla c.d. discrezionalità tecnica, nel senso che, dinanzi alla fisiologica opinabilità di talune valutazioni, il giudice non può sostituire le proprie valutazioni a quelle della stazione appaltante, a meno che queste non costituiscano il frutto di un'istruttoria viziata, o di travisamento dei fatti, ovvero siano assistite da una motivazione inadeguata anche con riferimento alla corretta applicazione delle regole tecniche rilevanti o, più in generale, si presentino irragionevoli o illogiche nel loro insieme”*³⁶.

Inoltre, sono pacificamente sindacabili specifiche scelte dell'amministrazione inerenti alla disciplina di singoli aspetti di dettaglio della procedura di affidamento che, avendo il carattere di genericità, determina margini di incertezza sia nella fase applicativa, sia nell'eventuale fase contenziosa.

Si pensi all'art. 185, comma 4, del nuovo codice, che contiene la disciplina dei criteri di aggiudicazione relativi alla procedura per l'affidamento di una concessione.

³³ Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2024, n. 9701. È stato altresì precisato che *“...la presenza dell'asseverazione non esonera l'amministrazione dal procedere in autonomia alla valutazione della coerenza e sostenibilità economica dell'offerta e all'esame del piano economico e finanziario sotto il profilo dei ricavi attesi e dei relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di produzione e di gestione”* (T.A.R. Toscana, sez. I, 24 aprile 2024, n. 496).

³⁴ T.A.R. Toscana, sez. I, 24 aprile 2024, n. 496.

³⁵ T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 27 settembre 2024, n. 3187.

³⁶ T.A.R. Toscana, sez. I, 24 aprile 2024, n. 496.

La disposizione prevede che, in deroga al comma 3 [secondo il quale i criteri di aggiudicazione debbono essere elencati in ordine decrescente di importanza], l'ente concedente, se riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un ente concedente diligente, può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione, precisando che in tal caso l'ente concedente debba informare tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza ed emettere un nuovo invito a presentare offerte³⁷.

La regola, pertanto, è quella dell'immodificabilità del bando ma, in materia di partenariato, come eccezione a tale regola, è previsto che l'ente concedente possa modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di una soluzione innovativa *“con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un ente concedente diligente”*.

La previsione ha evidentemente la finalità di evitare aggiudicazioni a un livello qualitativo e tecnologico non ottimale, quando l'*expertise* privata, soprattutto in ambiti e settori industriali che richiedono competenze tecnico-specialistiche particolarmente elevate, sia in grado di colmare le scarse conoscenze amministrative³⁸.

Tuttavia, la dottrina non ha mancato di evidenziare che termini quali “innovativa” e “livello straordinario” siano espressioni ampie e generiche, che potranno generare dubbi in fase applicativa³⁹.

Tale incertezza interpretativa riverbererà i suoi effetti anche nell'eventuale fase processuale, poiché sarà difficile sindacarne la corretta applicazione. Più nello specifico, il relativo sindacato richiederà il preventivo chiarimento di cosa si intenda per *“soluzione innovativa”* e per *“livello straordinario di prestazione funzionali”*.

Autorevole dottrina ha già tuttavia avuto modo di evidenziare che il riferimento normativo al livello di prestazione funzionale pare riferire la fattispecie in esame ad un elemento dell'offerta attinente al profilo tecnico, piuttosto che a quello economico⁴⁰.

³⁷ Sull'istituto si richiama M. PANI, *L'aggiudicazione delle concessioni: principi generali e garanzie procedurali*, art. 185, in G. ROVELLI, R. GIOVAGNOLI, (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., 1614 ss.

³⁸ L. ZANGHI BUFFI, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023.

³⁹ L. ZANGHI BUFFI, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, loc. cit.

⁴⁰ F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 1217 ss.

4. *Complessità e discrezionalità tecnica: effetti sul sindacato del giudice amministrativo*

Da quanto fin qui evidenziato, emerge chiaramente la maggior complessità delle operazioni dei modelli partenariali, accompagnata da una maggiore estensione, in tale settore, dell'ambito della discrezionalità, a partire dalle stesse modalità con le quali impostare la procedura di affidamento.

È ovvio che l'alto livello di complessità di tali operazioni economiche, accompagnato dalla maggiore discrezionalità lasciata all'amministrazione, incidono inevitabilmente sul sindacato del giudice amministrativo, che spesso si trova di fronte a questioni di natura tecnica o economica-finanziaria⁴¹.

In tale nuovo contesto, il sindacato del giudice deve essere "consapevole", grazie a una migliore conoscenza dei fatti, e quindi, "effettivo": condizione essenziale per la tutela dei diritti civili, sociali ed economici e per la stessa tenuta dello stato di diritto⁴².

La maggior ampiezza dello spazio discrezionale concesso alla pubblica amministrazione deve infatti essere bilanciata dalla possibilità per il giudice amministrativo di poterne sindacare le scelte.

Come è stato osservato⁴³, in alcune decisioni⁴⁴, la terza sezione del Consiglio di Stato, sembra invocare il principio del risultato proprio per spingersi verso un sindacato più penetrante delle scelte di merito dell'amministrazione.

Più nello specifico, quando il giudice amministrativo non è in possesso degli strumenti necessari per potersi esprimere su valutazioni tecniche complesse (si pensi, ad esempio, al piano economico finanziario), egli può avvalersi della verifica e della consulenza tecnica⁴⁵.

Tali strumenti vanno usati con attenzione in termini di tempi, di regole procedurali, di perimetro dell'istruttoria, di gestione delle problematiche *in progress* e di rapporto tra istruttoria e decisione finale. Spesso il giudice amministrativo deve compiere un bilanciamento tra l'interesse alla ragionevole durata del processo e quello a una decisione basata su un accesso al fatto pieno e completo. È un bilanciamento che non dovrebbe essere necessario, posto che entrambi gli

⁴¹ Per un esempio di sindacato su questioni tecniche: Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2024, n. 2447; per un esempio di sindacato su questioni economiche, Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809.

⁴² Sia consentito rinviare a F. RISSO, *I singoli mezzi di prova*, in L.R. PERFETTI, G. PESCE (a cura di), *L'istruzione nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2024, 288.

⁴³ L. CARBONE, *Il codice dei contratti pubblici, un anno dopo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866; Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

⁴⁵ Su un caso di ricorso allo strumento della consulenza tecnica, in relazione ad una complessa valutazione di anomalia dell'offerta, T.A.R. Piemonte, sez. I, 22 febbraio 2021, n. 178, confermata da Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2024, n. 2447.

interessi sono ineludibili, e dovrebbe trovare una sintesi nel principio di effettività della tutela⁴⁶.

Più nello specifico, è richiesto da parte del giudice amministrativo, un uso sapiente di tali strumenti istruttori. Invero, una verifica o una consulenza tecnica non correttamente disposta e, in particolare, una non corretta e chiara formulazione dei quesiti da sottoporre al verificatore o al consulente tecnico potrebbe rendere ancora più difficile decidere la controversia e causare un allungamento dei tempi del processo⁴⁷. In particolare, può accadere che i quesiti posti siano troppo ampi e non articolati per specifici aspetti⁴⁸.

Inoltre, se i quesiti sono mal formulati, si prestano ad essere mal interpretati dall'incaricato, il quale potrebbe addirittura rifiutarsi di espletare il proprio incarico, adducendo che gli stessi impingono nel merito. In questi casi, al giudice amministrativo non resta che la scelta tra decidere anche senza il supporto istruttorio (magari su un punto decisivo della controversia), oppure revocare l'incarico al precedente verificatore o consulente e ricominciare dall'inizio con la nomina di un nuovo incaricato, con buona pace del principio di ragionevole durata del processo⁴⁹.

Vista la complessità delle stesse questioni sollevate in sede contenziosa, un rischio poi può essere quello di delegare al verificatore o al consulente tecnico l'accertamento delle censure di legittimità sottoposte al suo vaglio.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha già avuto modo di chiarire che utilizzare in questo modo la verifica o la consulenza tecnica contrasta con le finalità stesse di tali istituti, precisando che in nessun caso la verifica (o la consulenza tecnica) può tuttavia essere adoperata quale strumento di valutazione diretta delle doglianze oggetto di ricorso⁵⁰.

Se invece la relazione istruttoria è redatta correttamente, il giudice esaurisce l'obbligo della motivazione con la mera indicazione delle fonti del suo convincimento (la consulenza tecnica o la verifica). Sul punto, il Consiglio di Stato, infatti, ha chiarito che il giudice, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico (o del verificatore) che nella relazione abbia tenuto conto, replicandovi, dei rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l'obbligo della motivazione con la mera indicazione delle fonti del suo convincimento⁵¹; non è quindi neces-

⁴⁶ Sia consentito rinviare a F. RISSO, *Contratti pubblici, fase istruttoria strumento di garanzia*, in *Il Sole24Ore*, 24 ottobre 2023, n. 293, 40-44.

⁴⁷ Sia consentito rinviare a F. RISSO, *I singoli mezzi di prova*, cit., 309.

⁴⁸ Cons. Stato, sez. II, 8 maggio 2019, n. 2975.

⁴⁹ Sia consentito rinviare a F. RISSO, *I singoli mezzi di prova*, cit., 310, laddove si evidenzia che il giudice amministrativo può però richiamare l'incaricato medesimo, ricordandogli l'obbligo di prestare l'ufficio e le conseguenze derivanti dall'eventuale omissione. Sul punto, T.A.R. Lazio, sez. III-quater, 6 aprile 2022, n. 3990.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 785.

⁵¹ Cons. Stato, sez. IV, 1 marzo 2022, n. 1446.

sario che egli si soffermi anche sulle contrarie allegazioni dei consulenti tecnici di parte che, seppur non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili con le conclusioni tratte dal consulente o dal verificatore⁵².

Ovviamente, se il giudice ritiene che la relazione istruttoria non sia corretta, egli comunque può sempre discostarsene seppur attraverso una complessa valutazione critica, logicamente motivata, ancorata alle risultanze processuali⁵³. Il giudice dovrà dunque indicare gli elementi di cui si è avvalso per ritenere erronei gli argomenti sui quali il consulente (o il verificatore) si è basato, ovvero gli elementi probatori, i criteri di valutazione e gli argomenti logico-giuridici per addivenire alla decisione contrastante con la relazione del consulente tecnico o del verificatore⁵⁴.

⁵² Cons. Stato, sez. III, 20 novembre 2019, n. 7927 che richiama Cass. civ. n. 1815/2015; Cass. civ. n. 282/2009; Cass. civ. n. 8355/2007 e n. 12080/2000.

⁵³ Sia consentito rinviare a F. RISSO, *L'istruttoria come garanzia per un autentico sindacato della discrezionalità tecnica: problemi applicativi con particolare riferimento alla verifica e alla consulenza tecnica*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, cit., 353. Sul punto, Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2021, n. 1202.

⁵⁴ *Ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 7 agosto 2014, n. 17757.

Il merito nell'antagonismo tra trasparenza e interessi contrapposti

Beatrice Bessone

SOMMARIO: 1. L'erosione della "stretta legalità". – 2. La trasparenza amministrativa: un principio a tutela della legalità. – 3. Trasparenza e interessi contrapposti: antagonismo e ruolo del *soft law*. – 4. Brevi considerazioni sul merito a conclusione.

1. L'erosione della "stretta legalità"

Nel nostro ordinamento giuridico, si osservano molteplici espressioni dell'interazione tra legalità formale e sostanziale. In particolare, emerge il cambiamento della natura giuridica della discrezionalità, legato all'evoluzione del rapporto tra i diritti fondamentali e l'attività della pubblica amministrazione. Tale evoluzione incide anche sulla definizione di ciò che costituisce interesse pubblico rilevante.

Questo mutamento di prospettiva deriva principalmente dalla sottoscrizione della Carta dei Diritti dell'Uomo da parte degli Stati europei¹. Se i diritti fondamentali prevalgono sul potere amministrativo, ne consegue che all'interno di quest'ultimo non possono esistere ambiti di libertà sottratti alla conoscibilità da parte del cittadino e del giudice. Ciò implica una riduzione degli spazi di insindacabilità del merito amministrativo, favorendo un controllo più rigoroso sugli atti delle amministrazioni, anche attraverso il vizio di eccesso di potere. Questa prospettiva non elimina la discrezionalità come strumento di ponderazione degli interessi, purché tali interessi siano predeterminati e chiaramente definiti. Si assiste, quindi, a una progressiva integrazione tra principi fondamentali e potere amministrativo, ispirata al modello europeo. Quest'ultimo ha promosso una concezione della legalità "unificante", sebbene non sempre in grado di abbrac-

¹Per un approfondimento generale si vedano: L. FERRAJOLI-E. VITALE, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2015; G. PASSERELLI, *La protezione dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo*, in *Cittadinanza europea*, 2012, 45 ss.; C. CALVIERI, *Il nuovo spazio europeo dei diritti fondamentali*, in *Diritti principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. CASETTI, Jovene, Napoli, 2012, 98 ss.; A. RUGGIERI, *Rapporti tra Corte Costituzionale e corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2011.

ciare l'intera gamma di esercizio del potere amministrativo, visto il differente strumentario giuridico utilizzato dalle istituzioni e dai giudici europei (specie riguardo alla discrezionalità amministrativa)². La discrezionalità amministrativa, elemento comune ai sistemi giuridici europei, deve trovare nella ragionevolezza il pilastro della legalità condivisa³.

L'azione della P.A. deve essere ragionevole, logica e non arbitraria. La ragione è infatti la "cura" verso un esercizio arbitrario del potere, nonché strumento per orientare il perseguimento del pubblico interesse. Con il principio di legalità il potere esecutivo – così come la razionalità con cui questo deve essere esercitato – entra a far parte del diritto positivo⁴. È la norma ad attribuire il potere e, sempre la norma, a tipizzare il fine che una determinata amministrazione deve perseguire. Il bene comune deve realizzarsi razionalmente, anche quando manchino norme specifiche che, dunque, indirizzino l'attività amministrativa. La razionalità, secondo una certa lettura, si rinviene nella natura delle cose perché proprio nella natura delle cose il principio di legalità affonda le proprie radici. Le stesse norme, a ben vedere, sono create dalla natura delle cose sulla base di estrapolazioni razionali, fatto che è ancora riscontrabile oggi, quando il Legislatore affida alla pubblica amministrazione il perseguimento di un bene comune indeterminato, perché impossibile da determinare a priori⁵.

Oltre alla ragionevolezza, principio ispiratore dell'attività amministrativa è la proporzionalità. Si tratta di un principio di derivazione europea, imposto, poi, agli Stati membri che esercitino una qualsivoglia attività amministrativa derivata (o connessa) a una norma comunitaria⁶. Il principio di proporzionalità presuppone una pari dignità tra i principi, ma tale pariordinazione vale solo in astratto.

² Sulla incidenza del diritto UE nei procedimenti amministrativi nazionali e sugli ambiti di scelta nella cura degli interessi pubblici ancora rimessi alle amministrazioni nazionali, cfr. in questo Volume i contributi di S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, e, ivi, ulteriori richiami bibliografici e G. MONTEDORO, *Il problema del merito amministrativo ed il principio di risultato emergente dal nuovo codice dei contratti pubblici*.

³ Sul punto F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, il Mulino, Bologna, 2012, *passim*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sul principio di proporzionalità: L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione di sistema*, Giuffrè, Milano, 2005; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Giuffrè, Milano, 2008; S. COGNETTI, *principio di proporzionalità. profili di teoria generale di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2010; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali, Principi generali del diritto pubblico globale*, il Mulino, Bologna, 2009; F. SICILIANO, *La legalità amministrativa comunitaria e interna e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, Giuffrè, Milano, 2010; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Il diritto processuale amministrativo*, 2016, 361 ss. e ID., *Il giudizio di proporzionalità e la base conoscitiva delle leggi* in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3 ss. Per giurisprudenza: Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 7300.

I principi entrano in conflitto attraverso le leggi che li attuano, e nello specifico, tramite le situazioni giuridiche create da tali leggi, le quali possono compromettere altri principi. In questi casi, i principi assumono una natura cedevole, risultando sacrificabili nella misura necessaria per consentirne l'attuazione legislativa⁷. La pariordinazione implica, quindi, la possibilità che un principio soccomba rispetto a un altro. Tuttavia, tale soccombenza deve essere limitata al risultato del bilanciamento tra i principi, che viene valutato attraverso il giudizio di proporzionalità in senso stretto⁸.

In questo quadro occorre fare riferimento all'emersione e all'inquadramento teorico dei poteri impliciti. Si tratta di poteri ricavati per deduzione da una norma che "non si identifica col solo diritto positivo, ma lo assorbe e in varia misura lo trascende"⁹. È in questo contesto che i principi generali dell'ordinamento assumono rilievo; da questi, infatti, si desumono i poteri in capo all'amministrazione. Poteri, quindi, deducibili dal complesso della disciplina che regola una materia e strumentali (o necessari) a perseguire i fini istituzionali attribuiti dalla legge a una amministrazione pubblica¹⁰. Ciò, di fatto, comporta che il fondamento normativo di un potere amministrativo – che dovrebbe essere se non tipico, quantomeno puntuale – si radichi (anche) nei principi generali dell'ordinamento giuridico¹¹, fatto che contrasta con il principio di legalità, così come interpretato dalla Corte Costituzionale, ove prevede che l'esercizio del potere amministrativo deve essere determinato tanto nel contenuto quanto nelle modalità¹².

La mera enunciazione del fine di interesse pubblico da parte di una norma non basta a fondare nuovi e indefiniti poteri, l'esercizio dell'implicito deve essere caratterizzato da un nesso strumentale, necessario per l'esercizio dell'esplicito, vale a dire il potere espressamente previsto e attribuito da una norma di legge¹³. È in questo contesto che si sono definiti criteri per poter meglio declinare il perimetro della norma attributiva, che implica e giustifica i poteri impliciti. Più precisamente, occorre che si tenga conto dell'efficacia dell'atto – sia es-

⁷ Sulla funzione dei principi e delle clausole generali nella regolazione dell'attività amministrativa, si veda, in questo Volume, il contributo di S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo*, cit.

⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *il giudizio di proporzionalità e la base conoscitiva delle leggi*, cit.

⁹ A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere amministrativo*, in *Ius*, 2020, 529 ss., spec.537.

¹⁰ M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. merc.*, 1/2022, 26-27. Cfr. anche S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura del mercato*, in *Dir. amm.*, 4, 2020, 765 ss.

¹¹ In generale sul principio di legalità e poteri impliciti si vedano: N. BASSI, *principio di legalità e poteri impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 708 ss., A. MARRA, *I poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2024, 697.

¹² Corte Cost., 7 aprile 2011 n. 115

¹³ A. MARRA, *I poteri impliciti*, cit., 697 ss.

sa normativa o provvedimentale – del grado di incisione del provvedimento sulla sfera del soggetto interessato e, infine, dell'interesse pubblico cui è funzionale l'esercizio del potere esplicitamente attribuito.

L'analisi muove dall'ambito in cui sorge e viene utilizzato il potere implicito e, dunque, se nell'esercizio dei poteri normativi o, piuttosto, provvedimentali dell'amministrazione¹⁴. Questo perché i poteri, rispettivamente regolamentari o provvedimentali, rispondono a dettami profondamente differenti. Da un lato, la potestà normativa si manifesta in regolamenti – titolati da leggi che ne individuano criteri e finalità – che richiedono la declinazione della *potestas* relativamente ad un caso concreto, sicché l'utilizzo dei poteri impliciti risulta, quasi, "fisiologico"¹⁵. Ciò neppure determina una "lesione" alla legalità poiché si tratta di compiti (o poteri) che sebbene non siano espressamente previsti dal testo normativo sono, di fatto, ad esso riconducibili. D'altra parte, per i poteri provvedimentali occorre comprendere se la stessa competenza sia esistente. Non si tratta, dunque, di individuare lo spazio ove il potere può (e deve) esercitarsi; deve invece verificarsi la stessa titolarità del potere provvedimentale¹⁶.

Le disposizioni di fonte primaria, talvolta, conferiscono poteri normativi o provvedimentali che risultano vincolati dalla generica enunciazione di un obiettivo o di un valore, tanto che è dubbia la compatibilità con le riserve di legge previste in Costituzione (art. 97), ancorché voglia intendersi il principio di legalità quale principio di portata meramente formale¹⁷. Tanto più se si considera che i poteri impliciti, spesso, hanno carattere "casistico" e sfuggono, perciò, alle sistematizzazioni, da qui la difficoltà di individuare altresì l'affinità (eventualmente) sussistente con il potere espresso o, in via simmetrica, "esplicito"¹⁸. D'altra parte, l'idea della stretta legalità¹⁹, sull'assunto della quale se non c'è

¹⁴ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 708 s.

¹⁵ Così G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 709.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ P. CARETTI, *Introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, a cura di P. CARETTI, XV, Giappichelli, Torino, 2004.

¹⁸ Per dottrina: N. BASSI, *Principio di legalità e poteri impliciti*, cit., 23 e 24.

¹⁹ Si veda sul punto V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1946, poi in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, III, Giuffrè, Milano, 461 ss., e ora in *ID., Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992. Ne fornisce lucida analisi L.R. PERFETTI, *Merito, discrezionalità, giurisdizione. Osservazioni sul fragile equilibrio tra diritti e potere nella costruzione teorica di Vittorio Ottaviano*, in *Dir. amm.*, 2024, 411 ss. La concezione della stretta legalità, per Vittorio Ottaviano, discende, in primo luogo, dal mutamento della posizione che il cittadino riveste nei confronti dell'amministrazione pubblica. La Costituzione disciplinando l'amministrazione ne trasforma, al contempo, il regime sostanziale e processuale. È infatti previsto che il cittadino vanta diritti soggettivi, rispetto ai quali la P.A. è chiamata a esercitare poteri secondo le modalità previste da una fonte legislativa. Allorquando l'ente, nell'esercizio della propria attività, determini la "compressione" di detti diritti, subentra la giurisdizione delle corti amministrative. Così, il merito amministrativo, un tempo ritenuto di esclusivo dominio dell'amministrazione pubblica, acqui-

legge non c'è potere, è ormai contraddetta – se non del tutto, almeno parzialmente – dalla molteplicità di strumenti di delegificazione, *soft law* e regolazione indipendente²⁰.

La teoria dei poteri impliciti può allora considerarsi quale criterio interpretativo, funzionale all'individuazione del precetto legislativo. L'evidente “caduta” della legalità sostanziale può essere compensata per il tramite del rafforzamento della legalità procedurale e, più precisamente, prevedendo garanzie a tutela del contraddittorio, così rafforzando gli istituti di partecipazione, secondo un fenomeno già conosciuto nell'ordinamento interno ma non indenne da critiche²¹.

2. La trasparenza amministrativa: un principio a tutela della legalità

Ogni procedimento amministrativo prevede il diritto al contraddittorio, laddove l'interesse del privato risulti confliggente con l'interesse pubblico generale, la cui cura sia attribuita, in forza di una norma, all'autorità amministrativa competente²².

La legge sul procedimento amministrativo, come noto, dedica una serie di norme all'accesso agli atti e documenti amministrativi, e, più genericamente, alla trasparenza. L'accesso, come la trasparenza, è strumento a tutela del cittadino²³. La trasparenza è controllo del cittadino sull'esercizio del potere esecutivo, oltre-

sendo un rilievo costituzionale – secondo l'interpretazione di Vittorio Ottaviano – deve sottostare al controllo del Parlamento. Ne deriva che non può sussistere una parte di attività riservata al potere amministrativo che escluda, perciò solo, qualsivoglia intervento da parte del potere legislativo. L'interpretazione dell'Autore, quindi, riflette una concezione piuttosto rigida della legalità, ove si consideri che l'amministrazione pubblica è soggetto deputato ad assicurare il godimento dei diritti previsti in Costituzione. Non c'è potere senza autorizzazione da parte del Parlamento. Sulla costituzionalizzazione del merito per effetto della teoria di Ottaviano, cfr., in questo Volume, S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, cit.

²⁰ L.R. PERFETTI, *Merito, discrezionalità, giurisdizione. Osservazioni sul fragile equilibrio tra diritti e potere nella costruzione teorica di Vittorio Ottaviano*, cit., 411 ss.

²¹ Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972 con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle autorità indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 377 ss.; S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura del mercato*, cit., 765 ss.

²² F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, cit. Diverse le interpretazioni date alla partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, si vedano F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 739 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Neri Pozza, Vicenza, 1964; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1970, 25 ss. Da ultimo, A. CAUDURO, *Gli obblighi dell'amministrazione pubblica per la partecipazione procedimentale*, Giappichelli, Torino, 2023.

²³ F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, cit.

ché presupposto del contraddittorio – tra privati e P.A. – nel procedimento amministrativo per la tutela degli interessi appartenenti ai singoli soggetti privati. L'accesso, d'altro canto, resta un elemento della trasparenza; quest'ultima, per il vero, intesa quale principio, funge da parametro per l'accoglimento o diniego delle istanze ed assume una configurazione ben più ampia.

L'accesso, da solo, potrebbe non garantire la trasparenza che coincide, invece, con la visibilità, conoscibilità e comprensibilità dell'azione amministrativa. Appare quindi evidente che il principio di trasparenza può evocarsi anche a garanzia dell'affidamento che il cittadino ripone nell'operato delle amministrazioni e nel comportamento che queste debbono tenere: un'amministrazione segreta, equivoca, può generare convincenti erronei circa i comportamenti dovuti²⁴.

L'evoluzione della trasparenza e l'accezione legislativa che le è conferita riempiono di significato il principio: non più mero strumento di difesa e partecipazione ma vero e proprio mezzo a garanzia dei principi costituzionali dedicati all'amministrazione pubblica²⁵. Così l'amministrazione trasparente, aperta, quasi assume la configurazione di servizio reso ai cittadini. Basti pensare all'assimilazione, operata dal legislatore, dei serventi istituti a prestazioni amministrative, solo ove si consideri che la stessa disciplina dell'accesso documentale dettata dalla legge sul procedimento amministrativo è ascritta ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti la tutela dei diritti civili e sociali (art. 22, legge 7 agosto 1990, n. 241)²⁶.

Proprio per queste ragioni la trasparenza è stata funzionalizzata a temperare e risolvere le tensioni tra efficienza e legalità. Come si diceva, ove manchi la certezza della legalità sostanziale, è il contraddittorio a dover compensare le garanzie a tutela dei cittadini. La trasparenza è misura di legittimità e, del pari, assicura la bontà dell'azione amministrativa intesa come attività resa alla comunità²⁷.

²⁴ Sul punto F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio della trasparenza amministrativa*, in *Ist. fed.*, 2013, 16 ss. Conforme al principio di buona fede e correttezza, così come ora previsto dalla stessa legge sul procedimento amministrativo, art. 1 comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241. Sul principio di affidamento si rimanda a F. MERUSI, *Buona fede e diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001, S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005 59; V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, 252 ss.; C.E. GALLO, S. FOÀ, voce *Accesso*, in *Dig. pubb.*, 2000, 1 ss.

²⁵ L'affermazione è di S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 65.

²⁶ Ancora S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., 65. Si tenga presente che lo stesso d.lgs. n. 3/2013, cit., autoqualifica le proprie disposizioni quali integrative della "individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione a norma dell'art. 117, secondo comma, lett. m, Cost." (art. 1, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, cit.).

²⁷ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit. Per un approfondimento si vedano: E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione "Tutti vogliono un posto al sole, ed in più, possibilmente, all'ombra" (Stanislaw J. Lec)*, in *Dir. amm.*, 2017,

L'istituto dell'accesso nelle sue diverse configurazioni oggi registrate dal diritto positivo, pur distinguendosi dal principio di trasparenza, ha lo scopo di tutelare non soltanto i diritti dei cittadini, ma di promuovere, da un lato, la partecipazione dei soggetti interessati all'attività amministrativa e, dall'altro, di consentire forme di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali delle amministrazioni²⁸. In particolare, l'accesso documentale è lo strumento che, più di tutti, rappresenta uno strumento di difesa, laddove il cittadino abbia necessità di esprimere le proprie posizioni a tutela di un interesse legittimo. Diversamente dalle ipotesi di accesso civico e civico generalizzato, quello documentale non consente ai cittadini di effettuare un controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione pubblica, piuttosto permette l'esercizio di facoltà oppositive o difensive, a tutela di un interesse legittimo concreto e attuale²⁹. L'accesso documentale, poi, richiede un diverso approccio rispetto alla ponderazione di interessi poiché è un'ipotesi di accesso "profondo", ove il cittadino chiede di conoscere poche informazioni, di qualità, e che potrebbero pertanto essere maggiormente pregiudizievoli rispetto agli interessi dei soggetti pubblici o privati coinvolti³⁰. Per queste ragioni, l'interesse di chi propone istanza deve legarsi a posizioni giuridiche qualificate, a differenza di quanto accade nelle ipotesi di accesso civico e civico generalizzato (art. 22, legge 7 agosto 1990, n. 241). Un'applicazione dell'istituto ristretta, dunque, e riconosciuta solo a pochi soggetti legittimati, titolari di una situazione giuridica qualificata.

I diritti, di frequente, si trovano in contrasto tra di loro, pertanto occorre temperare le collisioni. Il diritto di accesso contrasta non soltanto con il segreto di stato e con altre forme di segreto disciplinate dalla legge, ma – si è detto – anche con l'interesse di soggetti terzi che può confliggere con la pretesa dell'istante di prendere visione della documentazione in possesso dell'amministrazione³¹. Può accadere, perciò, che l'amministrazione neghi l'accesso motivando nel merito per scongiurare il realizzarsi di un pregiudizio concreto; il rigetto deve reggersi sul correlato nesso di causalità³².

497 ss.; A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, 2017, 601 ss.; M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 657 ss.; F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. MERLONI, Giuffrè, Milano, 2008, 3 ss.

²⁸ S. FOÀ, *la trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, in *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, a cura di C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI, II, Giappichelli, Torino, 2020, 497, *passim*.

²⁹ S. FOÀ, *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, cit., *passim*.

³⁰ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., nota 52.

³¹ F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, cit.

³² Come pacificamente emerge dalle linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione d'intesa con il garante per la protezione dei dati personali, delibera 28 dicembre 2016, n. 1309 recante *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'acces-*

Nondimeno, a seguito dell'introduzione degli istituti di accesso civico e civico generalizzato³³, la conoscibilità degli atti amministrativi è divenuta, ormai, la regola³⁴; quest'ultima, ciononostante, può essere limitata in ragione di eccezioni, dette "interessi limite", previste dal decreto trasparenza (art. 5-*bis*, comma 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33) e che si pongono come esclusioni assolute del diritto di accesso civico. Si tratta di casi in cui è una norma di legge, sulla base di una preventiva e generale valutazione, a disporre la non ostensibilità di dati, documenti e informazioni³⁵.

Non solo, sempre il c.d. decreto trasparenza precisa che possono ricorrere limiti ulteriori a tutela di interessi appartenenti a soggetti terzi di particolare rilievo giuridico, siano essi pubblici o privati (art. 5-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 33/2013, cit.)³⁶; i limiti sono posti dalle stesse amministrazioni all'esito della ponderazione tra detti interessi e la necessità di garantire la trasparenza. Nella motivazione l'amministrazione deve dar conto della probabilità che il danno si verifichi e, al contempo, temperare l'esigenza di protezione con l'interesse del richiedente³⁷, così considerando le conseguenze – legate anche alla sfera morale

so civico di cui all'art. 5, co. 2 del d.lgs. 33/2013, poi integrate dalla circolare n. 2/2017 del Ministero per la pubblica amministrazione.

³³ D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 recante *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*, poi modificato con d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 recante *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*.

³⁴ Si veda sul punto S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit. 65 e s. spec. 80, ove ben evidenzia che il diritto di accesso civico generalizzato si configura quale "diritto a titolarità diffusa, potendo essere attivato da chiunque non essendo sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente".

³⁵ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., 83. Più precisamente "L'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive. L'accesso di cui all'art. 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali".

³⁶ Di nuovo S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., 512.

³⁷ Nel caso di diniego, poi, occorre che sia precisato l'interesse conoscitivo dell'istante può, in qualche modo, pregiudicare tra gli altri la protezione dei dati personali la libertà e la segretezza della corrispondenza o, ancora gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali, spetta

– che potrebbero derivare dall'accoglimento dell'istanza di accesso, ciò non solo con riguardo al soggetto interessato, ma anche verso altre persone a questo legate da vincoli affettivi.

3. Trasparenza e interessi contrapposti: antagonismo e ruolo del soft law

L'antagonismo tra trasparenza e interessi con essa confliggenti emerge con una certa regolarità e, per il vero, quasi sempre in nome della riservatezza *lato sensu* intesa. Gli interessi "limite" precedentemente citati caratterizzano le ipotesi di accesso civico e civico generalizzato. Dalla disposizione emergono due profili di tutela ulteriori, l'uno a favore degli interessi pubblici, l'altro di quelli privati.

Alcune amministrazioni pubbliche, invero, si sono servite dello "scudo" offerto dalla riservatezza per difendere non già la privacy o gli interessi del cittadino, ma la propria³⁸. Forme di diniego, quindi, opposte per la tutela di scelte strategiche che altrimenti sarebbero state compromesse se conosciute dalla collettività. Tale condotta è condivisa dalla giurisprudenza che non solo la legittima, ma pure pretende che vi sia un accertamento sulla rilevanza pubblicistica dell'istanza di accesso; in altri termini le amministrazioni pubbliche dovrebbero rigettare le istanze di accesso connesse a un bisogno conoscitivo che sia confinato a un interesse privato, individuale o utilitaristico³⁹.

Giova, ancor prima di approfondire il tema sopra prospettato, dedicare un *focus* sulla tutela dei dati personali, poiché riveste particolare rilevanza nell'antagonismo in esame⁴⁰. Il diritto alla protezione dei dati personali è, infatti, un diritto fondamentale della persona umana, per espressa previsione di norme di derivazione comunitaria (art. 8 CDFUE nonché art. 1, par. 2, regolamento (UE), 27 aprile 2016, n. 679). Il Legislatore dell'Unione europea, con il preciso obiettivo di armonizzare la normativa degli Stati Membri, fissa in Regolamenti principi generali, che debbono applicarsi agli atti amministrativi dei vari ordinamenti appartenenti all'Unione⁴¹.

all'amministrazione il vaglio sulla posizione che debba dirsi prevalente nel caso concreto. Sul punto eloquente è S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit.

³⁸ F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, cit., e, più recentemente, S. FOÀ, *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, cit., spec. 521.

³⁹ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit.; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1121; Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5861; Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2309; Id., sez. III, Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5256. Cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 10/2020, nonché Id., sez. V, n. 5502/2019 e Id., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503.

⁴⁰ Si rammenti che la protezione dei dati personali è uno dei limiti, se pure non assoluti, individuati dal decreto trasparenza.

⁴¹ A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordi-*

Detta tendenza emerge con forza nel regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR). Il trattamento dei dati personali⁴², da parte di imprese o pubbliche amministrazioni, è lecito quando sussiste almeno una tra le c.d. “basi giuridiche” (art. 6, regolamento (UE) n. 679/2016, cit.) che di fatto – salvo nell’ipotesi del consenso libero ed informato – rappresentano casi in cui il trattamento si rivela necessario per conseguire scopi determinati (esecuzione di un contratto cui è parte l’interessato; interessi vitali dell’interessato o di altra persona fisica; obbligo legale cui è soggetto l’interessato; esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri). Dunque, il trattamento è lecito se fondato, alternativemente, sulla necessità dello stesso o sul consenso dell’interessato che, tuttavia, ha da esprimersi in relazione ad una finalità specifica e non generica⁴³.

Con specifico riguardo all’utilizzo di dati personali per l’esecuzione di compiti di pubblico interesse, occorre dare atto della strumentalità che si interpone tra l’effettuazione di un trattamento di dati e la realizzazione dell’attività di interesse pubblico. In altri termini, è possibile trattare dati personali solo quando ciò sia indispensabile per realizzare la pubblica funzione. Il requisito di liceità del trattamento, dunque, si fonda sulla c.d. “clausola di necessità”⁴⁴. Ora, la trasparenza è espressamente inclusa tra i compiti di interesse pubblico e rende, perciò, compatibili i trattamenti di dati personali che a questa sono connessi.

namento comunitario, in *Dir. amm.*, 2005, 707 ss.; V. GASPARINI CASARI, *I fondamenti del diritto amministrativo europeo*, in *Arch. giur.*, 2009, 283 ss.

⁴² Intendendosi per tale “qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l’ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l’organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l’adattamento o la modifica, l’estrazione, la consultazione, l’uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l’interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione” così come previsto dall’art. 4, par. 2, regolamento (UE) n. 679/2016, cit.

⁴³ Si consenta il rinvio a B. BESSONE, *Il conflitto tra interesse pubblico e dati personali*, in *Conflitto e Diritto. Una prospettiva interdisciplinare. Atti del Seminario inaugurale del Dottorato in Diritti e Istituzioni dell’Università di Torino XXXVIII ciclo. Torino 13 gennaio 2023*, a cura di I. Massa Pinto, Giappichelli, Torino, 2023; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, 107; F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell’interessato*, cit., 2777.

⁴⁴ Art. 7, lett. e, direttiva (CE) n. 46/1995, in termini analoghi art. 6, lett. e, regolamento (UE), 27 aprile 2016, n. 679. B. PONTI, *attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, FrancoAngeli, Milano, 2022, 38; M. MIDIRI, S. PIVA, *L’interesse pubblico come base giuridica e come finalità del trattamento dei dati personali*, in *Il “nuovo” codice in materia di protezione dei dati personali. La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*, a cura di S. SCAGLIARINI, Giappichelli, Torino, 2018, 21 s. Cfr. S. D’ANCONA, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2018, 587 s; G. CARULLO, *Trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni e natura del rapporto giuridico con l’interessato*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2020, 133 s.

Tuttavia, appare subito evidente come lo schema poc'anzi descritto non segue il principio di legalità nella sua accezione "forte".

La clausola di necessità assegna sì un potere, ma sembra riproporre lo schema finalistico che caratterizza i poteri impliciti, secondo la declinazione *supra* tratteggiata⁴⁵; contraddice pertanto il principio di attribuzione, giacché non identificando *ex ante* il potere da esercitarsi, ne rimette la determinazione ad una decisione successiva, correlata ad uno specifico caso concreto.

Pare dunque ravvisarsi un possibile disallineamento tra i criteri che legittimano il trattamento dei dati personali per lo svolgimento di compiti di interesse pubblico, come definiti dal GDPR, e i criteri di legittimazione di tali trattamenti interpretati alla luce del principio di legalità⁴⁶. L'amministrazione pubblica, nel quadro tratteggiato, gode di uno spazio discrezionale assai ampio, ciò non solo rispetto alla necessaria ponderazione di interessi, ma anche nel definire gli interessi pubblici rilevanti che, in quanto tali, legittimano il trattamento dei dati personali.

Il GDPR quasi rende la volizione degli apparati amministrativi libera e illimitata, ma occorre considerare che nel rapporto tra la conoscibilità degli atti (amministrativi) e la protezione dei dati personali ivi contenuti, l'amministrazione "bilancia" l'eventuale compressione di un diritto fondamentale. La scelta, che pertanto rientra nell'attività discrezionale, sfugge – almeno in parte – alla sindacabilità del giudice amministrativo giacché si inserisce nell'area del c.d. merito amministrativo, come si approfondirà⁴⁷.

Pur mancando, nel nostro ordinamento giuridico, norme di esplicita attribuzione di potere rispetto al trattamento dei dati personali, la regolazione di *soft law* è, d'altro canto, copiosa. Lo stesso, peraltro, può dirsi rispetto alle linee guida e raccomandazioni di derivazione europea. Ciò che preme dunque indagare è l'efficacia e la rilevanza di tutti quegli atti giuridici di indirizzo che, pur privi di coercibilità in senso tradizionale, assumono (quasi) forza di legge. Qui l'analisi deve spingersi oltre, poiché concerne non soltanto le implicazioni rispetto al trattamento dati – ove occorre indagare se la regolazione debole possa colmare la mancanza di una regolazione forte – ma anche altri interessi che sono opposti alle istanze di conoscibilità degli atti amministrativi.

Le considerazioni devono muovere dal diritto che caratterizza il sistema europeo, ove la prospettiva ordinamentale del *soft law* emerge con più evidenza. Nel diritto dell'Unione europea il *soft law* si colloca, infatti, tra le fonti del diritto e la *governance* istituzionale⁴⁸. Si tratta di uno strumento volto, per lo più, a

⁴⁵ L'intuizione è di B. PONTI, *op. cit.*, 22.

⁴⁶ B. PONTI, *op. e loc. ult. cit.*

⁴⁷ *Sub* par. 4, 223 ss.

⁴⁸ M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017. L'A. evidenzia come, a livello europeo, il sistema delle fonti assume caratteri spuri, poiché la categoria degli atti normativi

superare l'*impasse* di un originario vizio di competenza dell'UE e che, a ben vedere, mostra non poche assonanze con i poteri impliciti.

Vi sono casi in cui la *soft law* europea si trasforma in *hard law*, nella misura in cui viene utilizzata per regolare i rapporti tra ordinamenti. Spesso la disciplina normativa interna agli Stati Membri rinvia a fonti europee non vincolanti, secondo una scelta volontaria dei legislatori nazionali. In altri casi, invece, l'osservanza a livello nazionale della *soft law* europea viene imposta in via autoritativa⁴⁹, così elevando atti normativi non vincolanti al rango di fonte primaria. In questo modo la competenza dell'Unione europea trova spazio anche nelle materie che le sarebbero diversamente precluse⁵⁰.

A livello nazionale, invece, la regolazione a mezzo di *soft law* viene in rilievo in settori "sensibili", quali – si è visto – la protezione dei dati personali o il mercato dei contratti pubblici. Il compito di disciplinare detti settori è affidato principalmente alle autorità indipendenti che a poteri "soft" – esercitati, per lo più, con funzione preventiva – affiancano strumenti "hard" (come le sanzioni), dal momento che la mera persuasione morale (*moral suasion*) può soffrire deficit di effettività⁵¹.

L'impiego maggiore o minore di strumenti sanzionatori è spia dell'intensità del potere regolatorio attribuito alle descritte discipline. Ora, se *prima facie* può affermarsi, più o meno pacificamente, che gli atti di *soft law* non sono atti normativi vincolanti, non mancano casi in cui la loro qualificazione giuridica è dubbia⁵². Qualificazione cui discendono conseguenze importanti, pratiche e teoriche. È esemplificativo il caso delle linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), pensate e previste come idonee a costituire diritti e imporre obblighi e che, perciò, paiono allontanarsi dal modello del *soft law*⁵³. Proprio il Consiglio di Stato, distinguendo queste ultime in tre categorie, ne individua la natura più o meno coercitiva, al punto da considerare quali veri e propri atti normativi di natura generale le linee guida approvate con decreto ministeriale, su proposta di ANAC⁵⁴. Un diverso inquadramento spetta invece

non vincolanti (le raccomandazioni) è prevista a livello di Trattato. Sul punto, più in generale, si veda R. BIN, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. SOMMA, Giappichelli, Torino, 2009. Più di recente: A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *costituzionalismo.it*, 2016, 255.

⁴⁹ M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, cit. 147 ss.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² R. BIN, *Soft law no law*, cit.

⁵³ Cfr. P. PATRITO, *I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale nel Codice dei contratti pubblici*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici*, a cura di C.E. GALLO, ult. ed., Giappichelli, Torino, 2022, 225 ss.

⁵⁴ La scelta è motivata sulla base della chiara efficacia innovativa dell'ordinamento, cui si accompagna il carattere generale ed astratto delle norme. Cons. Stato parere n. 855/2016.

alle linee guida a carattere vincolante cui non è concessa una pari natura normativa perché non sono in linea con il sistema delle fonti italiano. Queste ultime vengono piuttosto ricondotte agli atti di regolazione delle autorità indipendenti, atti amministrativi generali dunque, di mera regolazione⁵⁵.

Per il tema che ci occupa occorre anzitutto far riferimento alle linee guida deliberate dall'ANAC, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, riguardo i confini dell'accesso civico e civico generalizzato⁵⁶. L'Autorità è stata delegata allo scopo dallo stesso Legislatore. Già si è fatto cenno all'alto tasso di discrezionalità di cui gode l'amministrazione nella ponderazione tra gli interessi nel conflitto tra trasparenza e interessi contrapposti; in questo quadro le Linee guida menzionate si pongono quasi come un atto di limitazione alla volontà amministrativa⁵⁷.

Nonostante sia esclusa la natura giuridica di atto normativo vincolante di tali linee, la giurisprudenza le richiama sistematicamente nella risoluzione delle controversie e nel bilanciamento degli interessi. Non solo: invocandole, nega l'accesso quando il bisogno conoscitivo sia circoscritto a un interesse meramente privato⁵⁸.

La valutazione della prevalenza tra il diritto di accesso e l'aspirazione al riserbo dei titolari dei dati deve – a mente dell'orientamento citato – considerare l'interesse specifico che motiva la richiesta ostensiva. In altri termini, è indispensabile effettuare un bilanciamento accurato tra il sacrificio arrecato agli interessi contrapposti alla divulgazione e le ricadute positive di portata generale che potrebbero derivarne. In questa prospettiva l'interpretazione vuole che non possa applicarsi esclusivamente il cosiddetto *harm test*, previsto dal Decreto trasparenza (art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013, cit.) e finalizzato a determinare se la divulga-

⁵⁵ Sul punto: M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi*, 2019; M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida ANAC*, in *dirittifondamentali.it*, 2020; G. MORBIDELLI, *Linee guida ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.; G. MARTINO, *Linee guida non vincolanti dell'Autorità Anticorruzione: soft law with hard effects*, in *Amministrazione in cammino*, 2020; U. FRANGIPANE, *La natura controversa delle linee guida dell'ANAC*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022; A. DEODATO, *Il poliformismo delle linee guida adottate dell'ANAC: La controversa questione della natura e degli effetti giuridici dell'istituto*, in *Ratio iuris*, 2024. In generale, sugli atti amministrativi generali: G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000, 305 ss.; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 365 ss. Si sottolinea, tuttavia, che il modello di rinvio alle linee guida dell'ANAC, quantomeno in materia contrattuale, è da considerarsi oggi superato.

⁵⁶ Linee guida ANAC, n. 1309/2016, cit.

⁵⁷ M. RAMAJOLI, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, in *Dir. amm.*, 2024, 471 ss., spec. 476.

⁵⁸ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10 ove l'interpretazione del Consiglio di Stato esplicitamente esclude la necessità di perseguire, a mezzo dell'istituto di accesso civico generalizzato, una finalità pubblica e sociale. L'amministrazione, pertanto, non deve effettuare alcun giudizio sulla "meritevolezza" dell'interesse sotteso all'istanza.

zione di specifiche informazioni possa arrecare un danno concreto e significativo a interessi protetti dalla legge, ma debba invece affiancarsi anche il *public interest test*, volto, invece, a valutare se l'interesse pubblico alla divulgazione di una determinata informazione prevalga su eventuali interessi contrapposti tutelati dall'ordinamento⁵⁹.

In tale ottica, l'amministrazione pubblica destinataria delle richieste di accesso dovrebbe operare, almeno nei casi più complessi, secondo un approccio articolato in due fasi. In primo luogo, deve verificare se la divulgazione delle informazioni possa causare un pregiudizio concreto e ragionevolmente prevedibile agli interessi-limite tutelati. Qualora tale rischio venga accertato, nella fase successiva deve stabilire se, nonostante il possibile danno, sussista un interesse pubblico prevalente al rilascio delle informazioni⁶⁰. Appare così evidente il ritorno al ruolo centrale attribuito alla pubblica amministrazione, chiamata a esercitare il proprio potere discrezionale. Tuttavia, lo *harm test* non deve alterarsi attraverso valutazioni generiche o presuntive, altrimenti si priverebbe il processo valutativo della necessaria concretezza. È invece necessario che si preservi il corretto equilibrio tra riservatezza e trasparenza⁶¹. Si è ricordato in apertura della tendenza delle amministrazioni pubbliche a nascondere dietro la riservatezza le proprie scelte strategiche, privando i cittadini di un diritto loro garantito per eluderne la compromissione⁶².

L'interpretazione giurisprudenziale, poc'anzi tratteggiata, anziché limitare lo spazio della discrezionalità amministrativa lo amplia, sino al punto da porsi in contrasto con la previsione legislativa, che non prevede alcuna qualificazione dell'interesse sotteso alle istanze di accesso civico e civico generalizzato. Se le linee guida ANAC, citate a più riprese, mancano del carattere della vincolatività – come è lecito ritenere – allora le istanze di accesso civico e civico generalizzato possono – perché la legge non lo esclude – essere avanzate anche a tutela di un interesse privato e puramente egoistico. D'altro canto, la *ratio* sottesa al decreto trasparenza consiste nell'agevolare la partecipazione dei cittadini alla vita politico-amministrativa per implementare e promuovere il libero formarsi dell'opinione pubblica, senza che interessino le intenzioni né il fine perseguito dal richiedente (con il limite, non sempre agevole da cogliere, della mera curiosità)⁶³.

⁵⁹ Sul punto eloquenti A. SIMONATI, *Il trattamento di dati personali e gli accessi amministrativi "generali": le dinamiche frontiere della discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 2023, *passim*, M. RAMAJOLI, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, cit., 476.

⁶⁰ A. SIMONATI, *Il trattamento di dati personali e gli accessi amministrativi "generali": le dinamiche frontiere della discrezionalità*, cit., 6.

⁶¹ *Ibidem*. Per un approfondimento generale: V. VISIONE, *Il criterio dell'harm test nell'accesso civico generalizzato*, in *Cammino dir.*, 2020, 43. Inoltre, v. M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss.

⁶² Sul punto si rinvia alla nota n. 33.

⁶³ A. SIMONATI, *Il trattamento di dati personali e gli accessi amministrativi "generali": le dinami-*

Proprio su quest'ultimo profilo occorre, ora, volgere l'attenzione. Dall'analisi delle pronunce giurisprudenziali più recenti⁶⁴ appare subito evidente come il giudice amministrativo, lungi dall'effettuare un bilanciamento in astratto ai fini di stabilire la prevalenza degli interessi in gioco, opera, invece, una più profonda e incisiva valutazione del caso concreto che, di volta in volta, gli viene sottoposto. È possibile ravvisare quanto appena affermato in una recente sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio⁶⁵. La controversia origina da un ricorso, promosso dai soggetti controinteressati, per ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo con cui il Ministero della Cultura ha accolto l'istanza di accesso agli atti presentata da un giornalista e finalizzata alla realizzazione di un servizio televisivo relativo alle opere d'arte appartenenti proprio ai ricorrenti. La vicenda si è conclusa con l'annullamento del provvedimento censurato. Stante la complessità del caso, ciò che interessa è seguire il ragionamento dei Giudici che si sviluppa attorno a una valutazione pregnante circa la ponderazione tra gli interessi contrapposti operata dal Ministero, che, di fatto, viene "criticata" sotto molteplici profili. L'amministrazione ha accolto l'istanza di accesso ritenendo prevalente il diritto di cronaca e informazione rispetto alla riservatezza dei ricorrenti⁶⁶. Il TAR Lazio precisa che l'istituto dell'accesso civico generalizzato non è istituto incondizionato, ma può soccombere se contrastante con i già citati "interessi limite" (art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013, cit.). Nel caso di specie l'interesse antagonista pare riconducibile ad una eccezione relativa e, in quanto tale, richiede all'amministrazione procedente di effettuare un bilanciamento. Ora, il Ministero nelle proprie valutazioni discrezionali, ha ritenuto assente la potenziale sussistenza di un pregiudizio concreto; il TAR, al contrario, ha evidenziato che, sebbene il Codice dei Beni Culturali contempli uno strumento *ad hoc* (catalogo) per garantire la conoscibilità del patrimonio culturale italiano dei beni che, pur appartenenti a soggetti privati, fanno capo alla collet-

che frontiere della discrezionalità, cit., 6. A favore del diniego per motivi "egoistici" si rimanda alla giurisprudenza citata nella nota 34. L'accesso viene altresì negato nel caso in cui l'istanza del richiedente venga valutata quale meramente esplorativa o, ancora, quando sia ravvisata, più che una volontà di partecipazione, una tendenza alla coamministrazione o cogestione. In questa cornice occorre tuttavia considerare che l'istituto dell'accesso civico generalizzato non solo ha il pregio di voler soddisfare il "desiderio di conoscenza" degli amministratori, ma con il principio di trasparenza, è essenza della stessa democrazia. Sul punto si veda la recente pronuncia del T.A.R. Lazio, sez. II, sez. Roma, 28 dicembre 2023, n. 19889, punto 4, 5 capoverso, che pare elevare la natura giuridica del diritto di accesso a "fondamentale", richiamando la normativa sovranazionale e in particolare l'art. 42 CDFUE e l'art. 10 Cedu.

⁶⁴ Sono state prese in considerazione le seguenti pronunce: T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 19889/2023, cit.; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 13 gennaio 2020, n. 10; Cons. Stato, sez. III, 21 marzo 2022, n. 2019; Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2023, n. 6589; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486.

⁶⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 19889/2023, cit.

⁶⁶ Si veda, per un'analisi più approfondita, il punto 4, 1 capoverso della sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 19889/2023, cit.

tività giacché appartenenti al patrimonio artistico-culturale, è poi la medesima disciplina ad assoggettarne la fruibilità a dei limiti, tra i quali figura, nuovamente, la riservatezza⁶⁷. Stante la previsione normativa del Codice dei beni culturali, occorre dedurre che il bilanciamento, nel caso di specie, è già stato operato dallo stesso legislatore. Il divieto risulta tanto più rafforzato ove si consideri che pure il Decreto trasparenza esplicitamente esclude l'accesso quando sussiste un divieto previsto dalla legge (art. art. 5-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, cit.). L'analisi del Tribunale amministrativo si spinge oltre: richiamando la disposizione del GDPR che subordina le attività di trattamento effettuate dalla P.A. alla necessità dovuta a motivi di interesse pubblico (art. 6, regolamento (UE) n. 679/2016, cit.), il Giudice procede effettuando un'indagine circa la sussistenza del *public interest test*, così tacciando il Ministero di scarsa accuratezza nella motivazione del provvedimento, non precisando l'amministrazione alcunché circa la sussistenza di un interesse pubblico "a monte"⁶⁸. Ancora, viene censurata la

⁶⁷ Art. 17, comma 6, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

⁶⁸ *Contra*: T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, n. 10/2020, cit. ove, al contrario, i Giudici precisano che "la finalità soggettiva che spinge il richiedente a presentare istanza di accesso civico non è sindacabile: anche richieste di accesso civico presentate per finalità egoistiche possono favorire un controllo diffuso sull'amministrazione se queste consentono di conoscere le scelte amministrative effettuate. Il controllo diffuso di cui parla la legge, infatti, non è da riferirsi alla singola domanda di accesso ma è il risultato complessivo cui "aspira" la riforma sulla trasparenza la quale, ampliando la possibilità di conoscere l'attività amministrativa, favorisce forme diffuse di controllo sul perseguimento dei compiti istituzionali e una maggiore partecipazione dei cittadini ai processi democratici e al dibattito pubblico. In definitiva, l'accesso generalizzato deve essere riguardato come estrinsecazione di una libertà e di un bisogno di cittadinanza attiva, i cui relativi limiti, espressamente previsti dal legislatore, debbono essere considerati di stretta interpretazione. In senso conforme, invece, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, n. 2486/2019, cit. ove il Collegio stabilisce che "nonostante la scelta esplicita operata dal legislatore italiano, con riguardo all'accesso generalizzato, per il solo "pregiudizio concreto", deve ritenersi che la scelta finale dell'amministrazione sull'istanza di accesso generalizzato non deve tener conto solo del "pregiudizio concreto" ma anche dell'interesse alla divulgazione che fonda la richiesta dell'istante. L'amministrazione nell'esercizio dell'attività discrezionale (attività che esercita quando è chiamata a decidere se dare in ostensione i documenti e in che termini, al fine di proteggere gli interessi pubblici e privati) è chiamata, infatti, non solo a considerare e verificare la serietà e la probabilità del danno all'interesse limite, ma anche a contemperarlo con l'interesse alla conoscenza del richiedente" e, ancora, Cons. Stato, sez. V, n. 6589/2023 ove si precisa: "Ed invero, l'accesso civico generalizzato ex art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 soddisfa un'esigenza di cittadinanza attiva, incentrata sui doveri inderogabili di solidarietà democratica, di controllo sul funzionamento dei pubblici poteri e di fedeltà alla Repubblica e non su libertà singolari, onde tale accesso non può mai essere egoistico (cfr. Cons. Stato, VI, 13 agosto 2019, n. 5702), mentre nella fattispecie in questione la richiesta di accesso civico è dichiaratamente finalizzata alla realizzazione di un asserito interesse meramente personale, sicché, per come formulata, si appalesa quale mero surrogato dell'accesso documentale ex art. 22 della legge n. 241/1990, sottendendo, quindi, una finalità esclusivamente egoistica, incompatibile con le finalità di trasparenza e di interesse generale proprie dell'accesso civico.". Si veda altresì Cons. Stato, sez. III, n. 2019/2022.

valutazione circa l'assenza del pregiudizio per la riservatezza dei ricorrenti. Nonostante la preclusione all'accesso sia, nel caso di specie, assoluta, laddove si voglia comunque ammettere la possibilità di bilanciamento tra interessi antagonisti, a mente del ragionamento del TAR i soggetti – pure se oscurati i dati personali a questi appartenenti – restano identificabili⁶⁹.

L'atteggiamento del Collegio non è isolato, ma si iscrive, piuttosto, entro una tendenza interpretativa del giudice amministrativo, sempre più orientata all'ingerenza in spazi tradizionalmente protetti dalla insindacabilità. Emerge, dall'analisi giurisprudenziale, non già un mero bilanciamento astratto, ma una vera e propria rivalutazione della situazione fattuale che ha condotto all'emanazione del provvedimento impugnato.

4. Brevi considerazioni sul merito a conclusione

Nel rinviare alla ricostruzione della nozione esposta in questo Volume⁷⁰, si può affermare il merito amministrativo si manifesta nell'insieme dei contenuti dell'atto o provvedimento, elementi, questi ultimi, determinati (anche) dalla discrezionalità amministrativa che opera quando l'amministrazione deve “fissare la regola” nel caso concreto, declinando allo scopo il precetto della legge. In passato si è affermato che la discrezionalità sempre sarà parte dell'ambito del giuridicamente rilevante, senza caratterizzarsi mai, pertanto, per “attività libera” ed estranea allo spazio giuridico non regolato, irrilevante e, in quanto tale, insindacabile.

Secondo questa interpretazione, per l'amministrazione non esisterebbero “spazi” ove la volizione è, per così dire, libera⁷¹. Le conseguenze della citata impostazione sul profilo processuale sono rilevanti. Al giudice amministrativo spetterebbe tanto il sindacato circa la correttezza dell'*iter* logico che fonda la scelta discrezionale, quanto la rivalutazione della situazione che ha richiesto l'adozione del provvedimento, nient'altro, quindi, che una valutazione sul merito. Proprio all'ipotesi appena delineata dovrebbero, allora, riferirsi i vizi di ec-

⁶⁹ Dice il Giudice amministrativo: “Da ciò deriva che la valutazione effettuata dal resistente Ministero, incentrata sul bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco funzionale ad ovviare ad un “pregiudizio concreto” a carico dei soggetti controinteressati all'accoglimento dell'istanza, risulta essere “fuori fuoco”.

⁷⁰ S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo*, cit.

⁷¹ L.R. PERFETTI, *Merito, discrezionalità, giurisdizione. Osservazioni sul fragile equilibrio tra diritti e potere nella costruzione teorica di Vittorio Ottaviano*, cit., 413, spiega la posizione di V. Ottaviano. Per un approfondimento si veda V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp.*, 1948, XXII, 308 ss.; sul punto cfr. A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939, teoria oggi ancora ampiamente sostenuta dalla dottrina contemporanea, almeno riguardo ai suoi effetti sul sindacato giurisdizionale.

cesso di potere per ingiustizia manifesta, irrazionalità e, in via residuale, la violazione di legge⁷².

Cionondimeno si è già evidenziato come il principio di legalità, nel tempo, abbia subito una graduale erosione. Da perno fondante dell'azione amministrativa pare, oggi, più strettamente legato ad assiomi ulteriori, che si propongono di indirizzare l'amministrazione verso un operato virtuoso⁷³. Il principio di legalità, tuttavia, resta il fondamento e il limite dell'azione della pubblica amministrazione e si pone a protezione della sfera giuridica dei destinatari, anche mediante la ricerca di un delicato bilanciamento tra valori ed interessi contrapposti⁷⁴. La legalità, pertanto, subisce l'intreccio con principi che, in tempi recenti, hanno assunto un ruolo centrale nell'ordinamento amministrativo. In particolare, si fa riferimento, da un lato, al principio di trasparenza e, dall'altro, ai principi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Una buona amministrazione dovrebbe tendere al raggiungimento di obiettivi che soddisfino, in qualche modo, l'utilità sociale. Se questo è vero, le decisioni amministrative – sebbene coerenti con il paradigma normativo – possono apparire inique o scorrette perché contrastanti con le aspettative del soggetto privato⁷⁵. Si è più volte fatto cenno all'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nella ponderazione tra esigenze di trasparenza e interessi antagonisti; nonostante il merito amministrativo sembra non risolversi nel concetto giuridico della discrezionalità, benché sia anch'esso riferibile all'ambito dell'insindacabilità giurisdizionale. Piuttosto si tratta di un processo decisionale, inerente e insito all'attività amministrativa, riservato all'autorità competente che, per perseguire gli interessi pubblici che le sono affidati, si serve di un margine di regolazione non governato da regole giuridiche, che pure può risolversi nella mera ponderazione degli interessi in causa⁷⁶.

Perciò il merito, a differenza della discrezionalità, conserva una dimensione negativa, residuale, proprio perché si riferisce ad una scelta amministrativa che trascende gli spazi coperti dall'area della legalità⁷⁷. Rappresenta l'escamotage per condurre l'amministrazione al c.d. "risultato", secondo quanto suggeriscono ragione e realtà sociale. Al risultato è riconosciuto rilievo giuridico, tanto è vero

⁷² L.R. PERFETTI, *Merito, discrezionalità, giurisdizione. Osservazioni sul fragile equilibrio tra diritti e potere nella costruzione teorica di Vittorio Ottaviano*, cit., 413.

⁷³ P. CUCUMILE, *Legalità amministrativa e trasparenza*, in *Dir. amm.*, 2024, <https://www.ildirittoamministrativo.it/Legalit%C3%A0-amministrativa-e-trasparenza/stu1028>.

⁷⁴ P. CUCUMILE, *Legalità amministrativa e trasparenza*, cit.

⁷⁵ R. FERRARA, *L'attività amministrativa fra legittimità e merito*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, *passim*.

⁷⁶ P. COTZA, *Il merito amministrativo. Report annuale 2013*, in *Iuspublicum*, 2013.

⁷⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, 119; L. BENVENUTI, *Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 795 ss.

che può ormai considerarsi parte del diritto vivente in forza dell'interpretazione dottrinale e, più di recente, dell'intervento del Legislatore, che lo ha espressamente codificato⁷⁸ elevandolo a criterio di legittimità (art. 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), come si è ampiamente indagato in questo Volume.

Il merito, come la discrezionalità, sembra reggersi sui principi di proporzionalità e ragionevolezza che, d'altro canto, ispirano il principio di buona amministrazione. L'affermazione non è pacifica, giacché ragionevolezza e proporzionalità misurano la legittimità degli atti e dei comportamenti amministrativi collegati all'esercizio del potere. I corrispondenti principi figurano quali componenti essenziali del paradigma normativo cui debbono conformarsi tanto le procedure, quanto i provvedimenti amministrativi⁷⁹.

Ancorché si voglia considerare la proporzionalità come mezzo di buona amministrazione, occorre sottolineare che, proprio la proporzionalità è capace di ampliare lo spazio discrezionale dell'amministrazione. Quest'ultima, tuttavia, è pervasa dal risultato che pare costituire "un ombrello di copertura verso il quale indirizzare e far tendere la regola del caso concreto"⁸⁰. Così inteso il risultato, lungi dal rappresentare un "bene finale" da conseguire a "tutti i costi", pare invece imporsi quale vero e proprio principio; interpretazione che pure può ricavarsi dai condizionamenti che esso produce sulla legalità, trasparenza e concorrenza. Nondimeno, la natura di principio si rinviene dalla circostanza che la discrezionalità deve tendere (anche) al risultato⁸¹. Per le considerazioni sin ora svolte, allora, il risultato diviene parte essenziale della triade che, pur considerando la legalità quale principio confermativo, passa per il risultato-legittimità – quale garanzia del buon andamento e della buona amministrazione – e termina con il controllo di proporzionalità, a garanzia di una scelta amministrativa conforme alla Carta costituzionale⁸².

⁷⁸ Art. 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 recante Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

⁷⁹ R. FERRARA, *L'attività amministrativa fra legittimità e merito*, cit. evidenzia la friabilità del confine tra legittimità e merito: le decisioni debbono certo assumersi sui parametri della legittimità ma, allo stesso modo, è opportuno seguire i valori e le regole della buona amministrazione. Sul carattere recessivo del merito, in questo Volume, S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, cit., 23 ss. e, riguardo ai procedimenti di secondo grado, A. CHIARELLA, *Merito e inesauribilità del potere pubblico: secondo grado e risultato amministrativo*, 77 ss.

⁸⁰ A. SANDULLI, *Il principio di risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Dir. pubbl.*, 2024, 357.

⁸¹ Sempre A. SANDULLI, *op. cit.*, 357 s. Interessante il percorso interpretativo dell'Autore in risposta all'interrogativo se il risultato debba considerarsi quale bene finale, oppure iniziale. Nella prima ipotesi l'A. limita fortemente la portata del risultato che, anziché principio, rappresenterebbe invece un valore.

⁸² A. SANDULLI, *op. cit.*, 358.

Conseguentemente, la libera volizione amministrativa si riduce, quasi ritornando alla tesi di Vittorio Ottaviano precedentemente citata, che pare imporsi con rinnovata attualità. Il dialogo tra risultato e legalità, infatti, comporta un'accresciuta penetrazione del sindacato del giudice amministrativo, che pare ora potersi spingere in sentieri che gli erano scarsamente percorribili⁸³.

Occorre ora svolgere un'ulteriore riflessione, muovendo, più precisamente, dal bilanciamento operato in via amministrativa tra trasparenza e interessi confliggenti. Si tratta di un'attività che, più o meno pacificamente, pare riconducibile ad esercizio di discrezionalità. Si è fatto riferimento alla motivazione rigorosa che caratterizza il diniego delle istanze di accesso civico e civico generalizzato, ove deve darsi atto delle risultanze istruttorie che hanno condotto al rifiuto; l'obbligo di motivazione, invero, è intimamente legato alla trasparenza perché è il mezzo che consente ai soggetti destinatari (e non) dell'azione amministrativa e, quindi, a tutti i consociati di comprendere l'iter procedimentale e la dinamica della valutazione comparativa degli interessi rilevanti. La motivazione, d'altra parte, è certamente sindacabile dal giudice amministrativo, se viziata da eccesso di potere.

Il ragionamento, tuttavia, si rivela più complesso se si considera come assunta la circostanza per la quale, almeno rispetto al trattamento dati, la norma attributiva del potere (GDPR), ricalcando lo schema del potere implicito, contrasta con il principio di legalità (art. 97 Cost.)⁸⁴. A ciò si aggiunge che il trattamento dei dati personali effettuato dalle amministrazioni non rientra né nell'attività regolamentare, per la quale, si è accennato, la tenuta rispetto alla legalità amministrativa è garantita, né in quella provvedimentale, che richiede invece un'esplícita attribuzione della competenza da parte di una norma.

Il trattamento dei dati personali è parte dell'organizzazione amministrativa⁸⁵ ma, a seconda dell'attività (di trattamento) compiuta dall'amministrazione,

⁸³ *Ivi*, 362.

⁸⁴ Il Codice in materia di protezione dei dati personali, d.lgs. n. 196/2013, non vale a colmare tale lacuna. A seguito del recepimento del GDPR risulta, infatti, svuotato. Come, peraltro, è sostenuto da B. PONTI, *op. cit.*, 92 ss. ci si riferisce, in particolare, alla nota n. 12 ove l'A. riporta il contenuto della legge di delegazione europea n. 163/2017 che aveva stabilito, all'art. 13 comma 3, i seguenti criteri direttivi: "a) abrogare espressamente le disposizioni del codice in materia di trattamento dei dati; personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, incompatibili con le disposizioni contenute nel regolamento (UE) 2016/679; b) modificare il codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, limitatamente a quanto necessario per dare attuazione alle disposizioni non direttamente applicabili contenute nel regolamento (UE) 2016/679; c) coordinare le disposizioni vigenti in materia di protezione dei dati personali con le disposizioni recate dal regolamento (UE) 2016/679; d) prevedere, ove opportuno, il ricorso a specifici provvedimenti attuativi e integrativi adottati dal Garante per la protezione dei dati personali nell'ambito e per le finalità previsti dal regolamento (UE) 2016/679; e) adeguare, nell'ambito delle modifiche al codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, il sistema sanzionatorio penale e amministrativo vigente alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 con previsione di sanzioni penali e amministrative".

⁸⁵ B. PONTI, *op. cit.*, 176. e riferimenti bibliografici *ivi* citati.

può incidere più o meno direttamente sul diritto fondamentale degli amministratori a veder garantita la propria riservatezza. Si esclude che le attività di trattamento e i conseguenti provvedimenti amministrativi (ci si riferisce, qui, a quelli conseguenti le istanze di accesso) siano viziati da nullità per difetto di attribuzione, d'altra parte è proprio la prassi ad escludere tale ipotesi. Si può, forse, ricondurre il tema al principio di legittimità-risultato, come *supra* tratteggiato. Le amministrazioni trattano i dati, da un lato, per necessità (svolgimento della propria funzione) e, dall'altro ai fini di garantire una buona amministrazione nonché il risultato, appunto.

Il confine tra discrezionalità e merito amministrativo, nello schema ora prospettato, è sottile. Nella ponderazione tra esigenze di trasparenza e riservatezza – di nuovo, *lato sensu* intesa – l'amministrazione si muove entro uno schema a regolazione debole, disciplinato, principalmente, da atti di *soft law*. Per le istanze di accesso (ad esclusione di quello documentale) il compito di completare la regolazione è affidato alle linee guida dell'ANAC, mentre per la protezione dei dati può dirsi (quasi) che la disciplina sia ancora “in costruzione”⁸⁶. L'amministrazione ha ampio margine d'azione, con il correlato rischio di sviare dai confini della regolazione.

Ciononostante, l'operato amministrativo, se si vuole seguire il ragionamento sin qui proposto, trova un limite nel sindacato del giudice amministrativo, che pur non potendo sostituirsi all'amministrazione, di contro può sindacarne, quantomeno, le valutazioni, e l'istruttoria che le ha accompagnate e precedute⁸⁷.

Il sindacato giurisdizionale è governato, in tali casi, dal principio di ragionevolezza, che si lega alla proporzionalità, che consente al giudice di ingerire nello spazio tradizionalmente riservato all'autodeterminazione amministrativa. L'area di ingerenza è circoscritta (almeno per le decisioni di merito) alla verifica della

⁸⁶ Il Garante Privacy, qui, esercita una funzione fondamentale. Indirizza le attività dei titolari del trattamento non soltanto con atti di *soft law*, ma anche per mezzo dei propri provvedimenti, sempre decisi e assunti riguardo a casi concreti. Altrettanto fondamentale, nell'ambito delle relative competenze, è il ruolo degli organi consultivi europei. Ci si riferisce, in particolare: all'*European Data Protection Supervisor* (EPDS), istituito con il regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati; all'*European Data Protection Board* (EPDB) istituito con dal regolamento (UE) n. 679/2016, cit., che ha il compito di coordinare l'applicazione del GDPR tra gli Stati membri e, conseguentemente, di garantire l'uniformità nell'interpretazione delle norme sul trattamento dei dati. L'EPDB, coordina altresì la rete dei garanti europei.

⁸⁷ Laddove, per contro, il sindacato riguardo alla lesione del diritto alla riservatezza è rimesso al giudice ordinario, stante la qualificazione come diritto fondamentale della corrispondente situazione giuridica soggettiva, anche quando questa sia lesa dall'esercizio dell'attività amministrativa.

coerenza tra risultanze istruttorie e decisione. In altri termini deve rinvenirsi razionalità e non, invece, abnormità. Una scelta illogica e incoerente, infatti, concede al giudice i margini per censurare il provvedimento amministrativo sotto il vizio di eccesso di potere⁸⁸.

⁸⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, *passim*.

La decisione algoritmica tra tecnica e merito amministrativo

Valentina Galliano

SOMMARIO: 1. Coordinate dell'indagine. – 2. La decisione algoritmica tra vincolo e discrezionalità: il compromesso della “bassa discrezionalità”. – 3. Attualizzazione della legalità algoritmica. – 4. L'utilizzo dell'IA tra merito, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica. – 5. Conclusioni: le garanzie tecnologiche di buona amministrazione.

1. Coordinate dell'indagine

Lo studio della decisione amministrativa algoritmica sollecita nuove riflessioni riguardo ad alcune categorie tradizionali del diritto amministrativo, quali l'esercizio del potere discrezionale e il controllo giurisdizionale su di esso.

Gli algoritmi, intesi come sequenza finita di precise istruzioni logiche, progettate per risolvere un problema o eseguire una specifica operazione, conducendo da un input iniziale a un output desiderato attraverso un processo sistematico trovano una naturale applicazione nell'ambito degli atti vincolati, caratterizzati da regole predeterminate e facilmente traducibili in operazioni logico-matematiche. L'implementazione di sistemi di IA nell'ambito delle attività amministrative discrezionali solleva questioni più complesse. Le decisioni discrezionali richiedono operazioni di bilanciamento, non predeterminabili a priori, che coinvolgono l'interesse pubblico primario, gli altri interessi rilevanti e il giudizio tecnico-politico della pubblica amministrazione. Con tale ultima locuzione si intende una scelta di merito che riguarda il profilo di indirizzo politico, non amministrativo, come la decisione se utilizzare o meno un algoritmo in un procedimento, accostata ad una scelta di tipo tecnico, riferita al *quomodo*, cioè allo specifico algoritmo da utilizzare e alle modalità per alimentarlo.

La crescente automazione porta dunque a chiedersi se e come sia possibile integrare tali strumenti in contesti caratterizzati da margini di valutazione discrezionale, senza compromettere l'essenza di questa. In tale quadro, si inserisce il concetto di “legalità algoritmica”, ormai diffuso in dottrina e giurisprudenza come riferimento per regolare l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione pubblica.

Principi fondamentali come trasparenza, supervisione umana e non discriminazione, recentemente formalizzati nella legislazione dell'Unione europea¹, asurgono a garanzia che le decisioni automatizzate rispettino il giusto procedimento e i diritti fondamentali dei cittadini. Tuttavia, la legalità algoritmica richiede anche un ripensamento della discrezionalità amministrativa, che potrebbe essere in parte trasferita alla fase di programmazione degli algoritmi, ridefinendo il momento e il modo in cui si effettuano le operazioni di bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nell'attività procedimentale.

Occorre inoltre indagare come si possa esprimere il controllo giurisdizionale sulla decisione algoritmica. La prospettiva è particolarmente rilevante alla luce del rischio di deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione e del possibile trasferimento implicito del potere decisionale ai fornitori di software e alla scelta, da essi pre-impostata e così acquisita dall'ente pubblico, sulle direttive di conduzione del procedimento amministrativo.

Si riflette, infine, su come la tecnologia, pur modificando profondamente il processo decisionale amministrativo, non debba eliminare il momento della discrezionalità, ma piuttosto adattarlo e integrarlo mediante l'introduzione di nuove garanzie a tutela degli amministrati.

Ci si interroga sulle modalità necessarie per coniugare innovazione tecnologica, giustizia sostanziale ed equità amministrativa, preservando al contempo l'equilibrio costituzionalmente necessario tra potere discrezionale dell'amministrazione e effettività della tutela giurisdizionale.

In tal modo, si mira a garantire che l'automazione rappresenti un'opportunità di miglioramento e non un limite per il diritto amministrativo e la tutela dei cittadini.

2. *La decisione algoritmica tra vincolo e discrezionalità: il compromesso della "bassa discrezionalità"*

La natura vincolata o discrezionale dell'attività è stata finora considerata come criterio di discriminazione tra la possibilità o meno di implementare l'algoritmo nel procedimento decisionale amministrativo². Tale impostazione presuppone

¹ L'AI Act (Artificial Intelligence Act) dell'Unione Europea è il regolamento (UE) n. 2024/1689 che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale. Introduce un approccio basato su quattro categorie: rischio inaccettabile (vietato), alto rischio (sottoposto a obblighi rigorosi), rischio limitato (richiede trasparenza) e minimo rischio (libero utilizzo). L'obiettivo è garantire la sicurezza, il rispetto dei diritti fondamentali e la trasparenza nell'uso dell'IA, promuovendo al contempo l'innovazione e la competitività nel mercato europeo.

² Cfr., ad esempio, E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, 286.

una netta distinzione tra atti vincolati e discrezionali³, assumendo che solo i primi possano essere integrati o sostituiti dall'IA.

Presupposto di siffatto ragionamento è che i procedimenti di applicazione della norma al caso concreto possano essere formalizzati in linguaggio logico, secondo la tradizione della filosofia analitica. Tale costruzione teorica ritiene che quando la norma predetermina sia i presupposti sia il contenuto dell'atto, non vi è potere amministrativo, e l'atto vincolato diventa un mero accertamento di situazioni giuridiche preesistenti, senza produrre nuovi effetti giuridici, dunque non si potrebbe propriamente definire come decisione⁴. È come se si facesse coincidere la nozione di decisione con la nozione di potere⁵: non c'è una vera e propria decisione nel momento in cui manca la possibilità per la pubblica amministrazione di esercitare il proprio potere di valutazione in merito all'atto perché la legge ha già stabilito a monte quale debba essere il contenuto di un certo atto in presenza di determinati presupposti. Questa lettura sostiene che, nell'adozione di atti vincolati, l'amministrazione non eserciti alcun potere discrezionale, poiché l'atto è interamente prefigurato dall'ordinamento e non lascia spazio a valutazioni tecniche o di interesse.

Tale assunto riconduce l'attività vincolata ad un contenuto definito da regole precise, regole quindi più idonee ad essere tradotte in linguaggio matematico e, di conseguenza, ad essere elaborate algoritmicamente⁶. In maniera contrapposta, gli atti discrezionali non sarebbero suscettibili di tale "traduzione" poiché la discrezionalità è contraddistinta da valutazioni aperte e indeterminate. In altri termini, la riformulazione del linguaggio giuridico in linguaggio matematico sarebbe possibile ove ogni segno linguistico è suscettibile di una interpretazione univoca⁷.

³F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2000, 1045-1072; C. MARZUOLI, *potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2008, 79-812.

⁴Tra i tanti contributi in materia, cfr. F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi*, 7, 2017, 1-26. Necessario il rimando a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Cedam, Padova, 1989; L. LEVITA, *L'attività discrezionale della pubblica amministrazione: forme e limiti dell'esercizio del potere amministrativo*, Halley Editrice, Napoli, 2008. L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in *L'arte di amministrare*, 1, 2005, 1-51; A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2024, 393 ss.

⁵F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit., 6.

⁶Ciò si sostiene supportato dagli scritti di A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1993, 19 e ss, e di L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica, Percorsi di diritto amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 178 ss.

⁷L. NIVARRA, *Come "normalizzare" il linguaggio legale*, in *Contr. impr.*, 1987, 262.

Nell'ambito degli atti vincolati, quindi, si ritiene che vi sia un nesso sufficiente tra i presupposti definiti dalla norma e gli effetti giuridici conseguenti (*an*) e che questi effetti siano già predeterminati in ogni aspetto (*quantum, quomodo, quando*). Una volta qualificati i presupposti specifici, l'amministrazione deve "solo" attuare gli effetti giuridici già previsti dalla legge. Questa operazione è detta "normalizzazione"⁸ e permette di ricondurre la norma allo schema logico di tipo condizionale "*Se...allora*", dove "*allora*" è una via a senso unico. Di tale punto di vista si trova riscontro negli orientamenti giurisprudenziali che si accostano al tema dell'implementazione degli algoritmi nell'attività amministrativa in modo prudente, da un lato ammettendone l'uso⁹, dall'altro circoscrivendolo all'attività vincolata¹⁰.

Un primo orientamento¹¹ della giurisprudenza amministrativa chiarisce un punto controverso circa l'ammissibilità dell'algoritmo nello svolgimento dell'attività amministrativa¹², ritenendo il suo impiego pienamente conforme ai principi del buon andamento e dell'imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

⁸ Più approfonditamente sul concetto di "normalizzazione" A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit. L'A. sottolinea l'importanza del nesso di causalità che collega la prima parte dell'enunciato normativo (il "*se*" della norma, la protesi) con la seconda parte dell'enunciato normativo (l'"*allora*" della norma, l'apodosi). Qualora questo rapporto di consequenzialità non emerga in modo evidente, potrebbero essere risolti solo da una mente umana. Si veda anche G. SARTOR, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 1990, 121 ss. In base a queste fonti, focalizzate principalmente sull'implementazione algoritmica delle attività vincolate della pubblica amministrazione, si può ritenere che questa visione "ristretta" fosse probabilmente dovuta alle limitate capacità computazionali degli algoritmi di quel periodo, che non permettevano scelte più complesse.

⁹ Tra le sentenze più recenti si segnalano quelle relative alle procedure automatizzate gestite dal MIUR, analizzate da R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2019, 773-792. In questi termini si fa riferimento alla sentenza del T.A.R. Lazio, n. 3769/2017 in cui il *software* viene sostanzialmente ricondotto ad un atto amministrativo, nel senso che si potrebbe considerare la "regola giuridica" che governa l'algoritmo come un atto amministrativo presupposto, rispetto al quale le decisioni derivanti dalle procedure informatizzate si configurano come mere esecuzioni di "regole del gioco" definite in un diverso momento procedimentale (si veda più approfonditamente P.G. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi*, 2, 2017. Sempre riguardo all'orientamento che esclude l'impiego di algoritmi, tanto nell'attività vincolata quanto in quella discrezionale, si segnala anche la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, n. 10964/2019. Tuttavia, questa affermazione verrà poi rivista nelle sentenze successive dello stesso Consiglio di Stato. Cfr. anche G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 17, 2024, 1-25.

¹⁰ L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, cit., Si veda anche E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit.; S. VACCARI, *Note minime in tema di Intelligenza Artificiale e decisioni amministrative*, in *Giust. amm.*, 10, 2019, 34 ss.

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

¹² Si fa riferimento alla ricostruzione di L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*,

Il Consiglio di Stato, tuttavia, limita in modo incontrovertibile all'attività vincolata della P.A. l'ambito di applicazione di tali strumenti all'attività vincolata della P.A., come si evince dal seguente passaggio argomentativo: *“la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva. Questa regola algoritmica, quindi, [...] non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili (e ciò la rende in parte diversa da molte regole amministrative generali); la discrezionalità amministrativa, se senz'altro non può essere demandata al software, è quindi da rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale”*¹³. Le ragioni a supporto di questa limitazione trovano fondamento nell'impossibilità per il programma informatico di compiere scelte di natura discrezionale, e poggiano su una base tecnica in quanto la macchina non potrebbe prevedere le possibili soluzioni che l'amministrazione può essere chiamata a adottare¹⁴.

Come detto sopra, dunque, rappresentano un ostacolo all'utilizzo dei sistemi di IA i concetti giuridici indeterminati, connaturati all'attività discrezionale dell'amministrazione¹⁵, sui quali ci si è ampiamente soffermati in questo Volume. Tale ambito decisionale è riservato alle valutazioni della pubblica amministrazione e talora al merito amministrativo, nella sua mutevole dimensione, in un'area d'attività che richiede la necessità di operare bilanciamenti tra i diversi interessi pubblici e privati coinvolti, in ragione del caso concreto, per curare l'interesse pubblico primario nel modo migliore. La declinazione “migliore” è frutto di una valutazione della pubblica amministrazione non predeterminata dalla legge, e in alcuni casi nemmeno ‘predicibile’ in astratto dalla pubblica

cit., L'autore ricostruisce il dibattito giurisprudenziale in tema a partire dagli orientamenti di coloro che ritenevano inconciliabile l'uso di sistemi di intelligenza artificiale con il rispetto delle garanzie procedurali della legge n. 241/1990, come testimonia la sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 che manifesta chiaramente una chiusura nel passaggio *“le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possono mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere”*.

¹³ Punto 8.2 della sentenza del Cons. Stato, n. 2270/2019, cit. ha stabilito che l'utilizzo da parte della pubblica amministrazione di un algoritmo di cui non sia conoscibile il funzionamento viola i principi fondamentali dell'attività amministrativa, in particolare quelli di imparzialità, pubblicità e trasparenza dell'atto amministrativo informatico. Pertanto, ha accolto l'appello e riformato la sentenza di primo grado.

¹⁴ L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, cit.

¹⁵ L. PARONA, *Poteri tecnico-discrezionali e machine learning: verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II, il Mulino, Bologna, 2022, 45 ss.

amministrazione stessa, sicché la stessa costruzione dell'interesse pubblico rilevante, o "in concreto", sarebbe rimessa all'amministrazione procedente.

In risposta a questo problema è stata prospettata¹⁶ l'ipotesi di applicare l'algoritmo a quelle decisioni amministrative cosiddette "a bassa discrezionalità", in cui le opzioni di scelta si configurano come limitate, anticipando alla fase di programmazione dell'algoritmo il momento del bilanciamento di interessi. Proprio in ragione di questo rilievo, applicare "l'algoritmizzazione delle procedure discrezionali porterebbe ad una eliminazione del potere discrezionale, in quanto sarebbe necessario tipizzare minuziosamente le norme volutamente indeterminate che attribuiscono i margini di apprezzamento della potestà pubblica"¹⁷. Si tratta, quindi, di immaginare quale nuova allocazione e volto dare alla discrezionalità, intendendo con 'allocazione' il momento in cui essa viene collocata, e con 'volto' la tipologia di discrezionalità a cui facciamo riferimento. Queste considerazioni assumono un'importanza fondamentale e riverberano sull'ambito di cognizione del giudice in caso di contestazione della decisione amministrativa algoritmica.

È peraltro necessario ricordare che così come esiste una grande varietà di atti amministrativi – in realtà difficilmente discriminabili sulla base del binomio vincolato/discrezionale – esistono anche molteplici tipologie di sistemi di IA e di algoritmi¹⁸, che in base alle specifiche caratteristiche di programmazione sono più o meno idonei ad essere implementati nei procedimenti amministrativi¹⁹. Il dibattito sulla compatibilità tecnica dei processi di automazione con le tradizionali modalità di svolgimento dei procedimenti amministrativi è potenzialmente inesauribile.

Alla luce della difficoltà di prospettare una soluzione generalizzata in questo senso, pare più conveniente, invece, definire una serie di condizioni minime di legittimità che devono assistere ogni decisione robotica, a prescindere dal fatto che sia adottata in ambito vincolato o discrezionale dell'attività amministrativa²⁰. L'i-

¹⁶ Si veda L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, cit., nonché A. MASUCCI, *op. cit.*, per la ricostruzione dottrinale, tra le pronunce giurisprudenziali si segnalano: T.A.R. Lazio, n. 3769/2017 nonché la sopracitata sentenza del Cons. Stato, sez. VI, n. 2270/2019, cit.

¹⁷ Così A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. inf.*, 1993, 174 ss.

¹⁸ Nell'ambito del processo di evoluzione tecnologica si vede il passaggio da algoritmi funzionanti sulla base di logiche di tipo deduttivo ad algoritmi che sfruttano logiche di tipo statistico-probabilistico: il sistema di intelligenza artificiale apprende attraverso l'analisi dei dati, e rafforza la capacità di predire le strategie decisionali necessarie alla soluzione del problema che l'operatore gli pone (così E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *IDP. Revista de Internet Derecho y Política*, 30, 2020).

¹⁹ G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. econ.*, 3, 2020, 229-258.

²⁰ È questa la più recente inclinazione seguita da dottrina e giurisprudenza: si inizia a dubitare

dea che anima questo ‘cambio di prospettiva’ è individuare un sistema di riferimento della c.d. “legalità algoritmica” elastico, che copra non solo le applicazioni più lineari di sistemi informatici, ma anche gli strumenti più evoluti di intelligenza artificiale, che potrebbero operare negli ambiti caratterizzati da ampia discrezionalità²¹.

3. Attualizzazione della legalità algoritmica

La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato cambia gradualmente prospettiva: ammette da un lato l’impiego degli algoritmi nella conclusione dei procedimenti amministrativi (a prescindere dalla loro natura vincolata o discrezionale) e, dall’altro, comincia ad individuare i precetti fondanti la c.d. “legalità algoritmica”. È come se precedentemente il dibattito si fosse concentrato sulla componente relativa all’attività, con un’attenzione rivolta alla perimetrazione dell’ambito di applicazione della decisione algoritmica. Ora parrebbe che il Consiglio di Stato²² e la dottrina²³ invertano la prospettiva: non si indagano più i limiti nell’attività amministrativa ma si cercano i limiti da applicare agli algoritmi per essere inclusi nel procedimento amministrativo, dall’istruttoria alla decisione.

Occorre in ogni caso definire la stessa “legalità algoritmica” sfuggente neologismo che accosta la tecnologia ad un fondamentale principio di diritto. Con tale espressione si intende individuare quali condizioni rendano possibile il legittimo utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale nell’ambito di procedimenti amministrativi idonei ad incidere nella sfera giuridica dei privati²⁴. In altri ter-

della rilevanza della distinzione attività vincolata e attività discrezionale (come ricostruisce il testo già citato di Previti, a cui si aggiungono le considerazioni di F. FOLLIERI, *op. cit.*). Sull’apertura all’utilizzo di sistemi algoritmici si veda E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit. Sul tema si segnala anche il commento alla sentenza T.A.R. Napoli, n. 7703/2022 di V. DARDANO, *I limiti nell’utilizzo delle decisioni automatizzate e la legalità algoritmica*, in *Amministrativ@mente – Rivista di ateneo dell’Università degli Studi di Roma “Foro Italico”*, 2, 30 maggio 2023, 1214 ss.

²¹ R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, p. 305 ss.

²² Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472-8473-8474; Cons. Stato, sez. VI, 8 settembre 2022, n. 6236; Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891 così come ricostruito da V. DARDANO, *I limiti nell’utilizzo delle decisioni automatizzate e la legalità algoritmica*, cit., 1220 ss.

²³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, 5-41; G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, cit.; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit.

²⁴ V. DARDANO, *I limiti nell’utilizzo delle decisioni automatizzate e la legalità algoritmica*, cit., 1216.

mini, se da un lato aumenta il favore per le decisioni tratte dai c.d. output algoritmici, dall'altro è però necessario un bilanciamento tra il *favor* algoritmico e le garanzie per gli amministratori²⁵: i principi del giusto procedimento devono essere assicurati, pertanto, come da taluno sostenuto, si 'alza l'asticella della legalità algoritmica'²⁶.

L'elaborazione del quadro dei principi di cui si compone la legalità algoritmica è di provenienza giurisprudenziale inizialmente, in attesa di trovare più solidi riferimenti normativi (a livello nazionale o a livello sovranazionale, oggi per effetto del richiamato IA Act). La "sentenza decalogo"²⁷ della legalità algoritmica è la n. 8472 del dicembre 2019 emessa dalla VI sezione del Consiglio di Stato²⁸, che insieme alle altre sentenze citate nel presente lavoro compone un vero e proprio *corpus* giurisprudenziale sul tema²⁹.

Il contenuto della c.d. legalità algoritmica può essere riferito a tre punti principali: la trasparenza, la supervisione umana, la non discriminatorietà.

La trasparenza algoritmica si configura come un rafforzamento del tradizionale principio di trasparenza che informa il procedimento amministrativo³⁰. Nel contesto della 'nuova trasparenza' algoritmica affermata dalle sentenze del Consiglio di Stato³¹ si delineano due elementi che compongono il principio: da un lato la conoscibilità e comprensibilità, e dall'altro il diritto del soggetto di conoscere e ricevere informazioni relative all'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano. Come corollario al primo profilo, la qualificazione del *software* ha assunto un ruolo cruciale nel dibattito giurisprudenziale³² e dottrinale³³: riconoscere al *software* la natura di atto amministrativo implica la possibilità di applicarvi la disciplina della legge n. 241/1990 in materia di accesso documentale³⁴.

²⁵ E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, cit.

²⁶ Secondo l'espressione di E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit. tale espressione rende l'immagine del bilanciamento che si rende inevitabile per ammettere il ricorso a procedimenti algoritmici nel seno di attività anche complesse delle pubbliche amministrazioni.

²⁷ E. CARLONI, *op. ult. cit.*, 281 ss.

²⁸ Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

²⁹ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2019, 1149 ss.

³⁰ Sulla trasparenza dell'IA, per tutti, S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Dir. amm.*, 3, 2023, 515-548.

³¹ Cons. Stato, sez. VI, n. 8472/2019, cit.

³² La questione dell'esercizio del diritto di accesso all'algoritmo viene esaminata dalla sentenza del T.A.R. Lazio, sez. III-bis, n. 3742/2019.

³³ G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, cit.

³⁴ Questo orientamento è stato sostenuto nelle prime sentenze che si sono occupate del tema,

Tuttavia, muovendo verso il profilo più dirompente del principio, la conoscibilità dell'algoritmo significa comprensibilità dell'*iter* logico della decisione; in altri termini la trasparenza algoritmica non si traduce in astratta conoscibilità, ma deve coincidere con una comprensione della regola che guida la decisione dell'amministrazione, anche quando questa è codificata in linguaggio informatico³⁵.

La giurisprudenza amministrativa ha rinvenuto il fondamento del principio di trasparenza algoritmica nelle fonti del diritto europeo³⁶, ma è senz'altro rilevante in tema di trasparenza algoritmica affiancare a queste basi giuridiche il recente IA ACT³⁷.

Il regolamento europeo approccia il tema della trasparenza come strumento irrinunciabile per contrastare la c.d. "opacità" algoritmica³⁸. Se l'obiettivo del regolamento è immettere nel mercato europeo sistemi di IA sicuri, affidabili ed etici la previsione di obblighi di trasparenza che i produttori devono rispettare diventa ineludibile. Allo stesso tempo, il regolamento mira a ridurre gli oneri amministrativi e finanziari per le imprese, per questa ragione gli obblighi di trasparenza sono graduati secondo la valutazione del rischio che si attribuisce alle

riprese da R. FERRARA, *op. loc. cit.* Sull'evoluzione della qualificazione del *software* nell'ambito della giurisprudenza amministrativa si veda anche G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, cit. In particolare sull'atto amministrativo informatico, il diritto di accesso e il principio di trasparenza si rimanda a G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, cit., e, più recentemente, a S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, cit.

³⁵ G. LO SAPIO, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *Federalismi*, 16, 2021, 136-149. Nonché S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, cit.

³⁶ Senza ulteriore possibilità di approfondimento, si segnalano alcune delle fonti europee maggiormente invocate a fondamento della trasparenza algoritmica. Il Consiglio di Stato nella citata sent. n. 8472/2019, specificamente richiama l'art. 42 della Carta europea dei Diritti Fondamentali sottolineando come la pubblica amministrazione "quando intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, ha l'obbligo di dare le ragioni della propria decisione". Un altro importante riferimento normativo di matrice europea è il GDPR, che all'art. 15 declina la trasparenza come un vero e proprio diritto azionabile, poiché individua in capo al destinatario della decisione automatizzata il diritto di conoscere e ricevere informazioni relative all'esistenza di processi decisionali che lo riguardano. In questo senso viene attuato il portato del considerando 63 del GDPR, che fa riferimento esplicito al diritto di conoscere e ottenere informazioni in relazione alla finalità per cui i dati sono trattati e alla logica cui risponde qualsiasi trattamento automatizzato dei dati.

³⁷ Si tratta del regolamento (UE) n. 2024/1689 che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale. Mira a disciplinare lo sviluppo, l'uso e il mercato dell'intelligenza artificiale nell'UE, adottando un approccio basato sul rischio. Classifica i sistemi di IA in quattro categorie di rischio (inaccettabile, alto, limitato e minimo) e mira a garantire sicurezza, trasparenza e rispetto dei diritti fondamentali. L'obiettivo dichiarato è promuovere l'innovazione tutelando cittadini e aziende.

³⁸ G. FIORIGLIO, *La Società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, in *Ars interpretandi*, 1, 2021, 53-67.

diverse tipologie di sistemi di IA³⁹. Chiaramente, gli oneri di trasparenza maggiori vertono su quei sistemi di IA individuati dal regolamento come ‘ad alto rischio’⁴⁰, a cui è dedicato l’art. 13 del regolamento stesso, che prevede come obbligo per il programmatore di progettargli e svilupparli in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente.

L’ampiezza del tema, tale da impedirne un’approfondita trattazione nel presente contributo, permette, però, di mettere in luce le criticità che si rilevano nel rapporto tra ‘spiegabilità’ e trasparenza, e non solo. Riprendendo il ragionamento della giurisprudenza e della dottrina italiana, un elemento fondamentale che consente la conoscibilità algoritmica sarebbe la devoluzione del codice sorgente alla piena cognizione del giudice amministrativo che ne valuti la ragionevolezza, proporzionalità e logicità⁴¹.

Salvi gli approfondimenti sulla cognizione del giudice rispetto alla decisione algoritmica, si può già sottolineare che il pieno sindacato giurisdizionale incontra criticità significative qualora la decisione automatizzata venga adottata all’esito o in costanza di attività discrezionale della pubblica amministrazione. Il rischio consiste nell’estendere il controllo del giudice amministrativo fino a invadere indebitamente l’ambito del merito amministrativo, come tradizionalmente inteso, oltre alle censure riferite ad errori evidenti o macroscopici⁴².

La c.d. legalità algoritmica richiede inoltre la supervisione umana, intesa come principio di non esclusività della decisione algoritmica⁴³. Il punto di parten-

³⁹ S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle “scatole nere” alla “casa di vetro”?*, cit., 538.

⁴⁰ Le attività ad alto rischio sono individuate dal regolamento all’allegato III, e vi rientrano molte mansioni devolute alla P.A., poiché associate ad aspetti molto delicati come la gestione della sanità, dell’istruzione e dell’occupazione. Sul tema si veda come approfondimento: C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 415-437. Tuttavia, come è stato autorevolmente fatto notare (S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle “scatole nere” alla “casa di vetro”?*, cit.) questo approccio orientato al rischio sconta il limite di avere un carattere astratto, che potrebbe non rispecchiare sempre la reale ‘pericolosità’ del sistema di IA rispetto ai diritti fondamentali. Si pensi al caso di CHATGPT (open AI), ritenuto sistema a basso rischio, e ai problemi di compatibilità del suo utilizzo con la disciplina in materia di protezione dei dati personali, come rilevato dal Garante italiano per la protezione dei dati personali con il provvedimento emanato il 30 marzo 2023, n. 9870832.

⁴¹ Così S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche*, in *An. giur. econ.*, 1, 2019, 108 ss.; si veda anche G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, cit., in particolare nel passaggio in cui analizza la sent. n. 2270/2019 in cui il Consiglio di Stato collega la possibilità di utilizzare l’intelligenza artificiale nell’ambito del procedimento amministrativo alla piena conoscibilità del processo decisionale della macchina.

⁴² G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, cit.

⁴³ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative: indagine sui limiti dell’automazione decisionale tra procedimento e processo*, Wolters Kluwer, Milano, 2023.

za per l'elaborazione di questo principio è l'art. 22 del GDPR⁴⁴, che postula una distinzione tra le decisioni interamente automatizzate e quelle non interamente automatizzate⁴⁵, ammettendo solamente queste ultime. Tuttavia, come è stato rilevato⁴⁶, il divieto di decisioni interamente automatizzate conosce eccezioni tali da neutralizzare l'efficacia del principio stesso⁴⁷.

Per questa ragione la giurisprudenza amministrativa nazionale ha ritenuto di assicurare una maggiore tutela agli amministrati rispetto alla normativa europea, ancorando il fondamento del principio a fonti costituzionali, con l'effetto di ritenere incostituzionale la decisione completamente automatizzata⁴⁸. Il risultato applicativo di questo principio, dunque, è l'integrazione della figura umana⁴⁹ all'interno del procedimento di decisione automatizzato, il c.d. "human in the loop"⁵⁰. Tale espressione, infatti, indica il coinvolgimento dell'essere umano che interagisce con l'algoritmo per mantenere una funzione centrale nell'elaborazione della decisione.

La realizzazione del principio di legalità algoritmica pone interrogativi pratici tutt'altro che scontati, specie sulla funzione assunta dall'essere umano in questo

⁴⁴ "L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona".

⁴⁵ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit.

⁴⁶ B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 367-385. Si veda anche A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁴⁷ Il comma 2 dell'art. 22 GDPR, infatti, prevede che le decisioni interamente automatizzate siano ammesse al ricorrere delle seguenti ipotesi:

a) sia necessaria per la conclusione o all'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento;

b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato;

c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato. Come commentario al GDPR si segnala G.M. RICCIO, *GDPR e Normativa Privacy Commentario. In GDPR e Normativa Privacy Commentario*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 394-413.

⁴⁸ B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit., 376.

⁴⁹ È un tema dibattuto in dottrina se la "figura umana" debba coincidere con il funzionario amministrativo o con lo sviluppatore del software, come si legge in B. MARCHETTI, *op. ult. cit.*

⁵⁰ D. MARTIRE, *Human in the loop. L'essere umano come fattore condizionante della – o condizionato dalla – intelligenza artificiale*, in *Riv. it. inf. e dir.*, 6, 2024, 15; B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit.; D.-U. GALETTA, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'Intelligenza Artificiale*, in *Federalismi*, 5, 2023.

‘circuitto’ o procedimento decisionale. La questione è declinabile su due livelli: da un lato quale *funzione* svolge l’uomo⁵¹, dall’altro quale condizionamento può esserci tra uomo e sistema di intelligenza artificiale. Il contributo dell’*human in the loop* in realtà potrebbe collocarsi in un momento non necessariamente legato all’assunzione della decisione, ben potendosi integrare in un’attività di validazione e controllo dell’uomo sul risultato algoritmico⁵². Tuttavia, con riferimento all’attività di validazione e controllo si apre l’interrogativo relativo al condizionamento: soprattutto nei riguardi dei sistemi di autoapprendimento, la posizione di centralità immaginata per l’essere umano può risultare più formale che sostanziale. In altri termini, l’uomo può trovarsi travolto nel *loop* della decisione algoritmica, non riuscendo (data l’opacità cui si accennava sopra) a districarsi nell’ambito delle decisioni assunte dalla macchina, finendo vittima di un *confirmation bias*, per effetto della ritrosia a discostarsi dall’output generato dal sistema di intelligenza artificiale⁵³.

Per assegnare comunque un ruolo attivo all’uomo nel processo decisionale il principio di non esclusività della decisione algoritmica evolve nella c.d. riserva di umanità⁵⁴, espressione che rimanda alla definizione del perimetro di azione umana e dei confini entro cui si ammette l’impiego di strumenti di IA nello svolgimento di funzioni amministrative⁵⁵.

Nella prima giurisprudenza amministrativa sul tema, l’uomo viene considera-

⁵¹ Sul tema della *funzione* che l’essere umano dovrebbe svolgere all’interno del *circuitto* di decisione automatizzata, la dottrina (in particolare solleva il problema B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit. si interroga su quale figura umana debba essere coinvolta: spesso, nelle pubbliche amministrazioni, la programmazione dell’algoritmo è affidata spesso a soggetti esterni qualificati, ed il problema che si pone è se includere nel c.d. *loop* il funzionario amministrativo o il programmatore dell’algoritmo. Sempre con riferimento alla differenza di identità tra l’amministrazione e la *software house* produttrice del programma, si segnala il tema della proprietà intellettuale come limite all’accesso al codice sorgente, per un approfondimento: M. FARINA, *Intellectual Property Rights in the Era of Italian “Artificial” Public Decisions: Time to Collapse?*, in *Riv. it. inf. e dir.*, 1, 2023, 16.

⁵² E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit.; CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, cit.

⁵³ Per un approfondimento sul *confirmation bias* si rimanda a R.S. NICKERSON, *Confirmation Bias: a Ubiquitous Phenomenon in Many Guises*, in *Rev. Gen. Psychol.*, 1998, 175 ss., nonché P.C. ELLSWORTH, *Legal Reasoning and Scientific Reasoning*, in *Ala Law Review*, 2011, 904 ss.; G.M. HALLIHAN, L.H. SHU, *Considering Confirmation Bias in Design and Design Research*, in *Journal of Integrated Design and Process Science*, 2013, 19 ss. Inoltre, si veda F. GIANNOTTI, D. PEDRESCHI, *Il “bias” dell’algoritmo e la polarizzazione delle opinioni – the bias of algorithms and the polarization of opinions* in *Gnosis*, 2, 2019, 89-95. Per una declinazione all’interno della P.A. dell’effetto ancoraggio, si veda L. PARONA, *Poteri tecnico-discrezionali e machine learning: verso nuovi paradigmi dell’azione amministrativa*, cit., 50.

⁵⁴ G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit.

⁵⁵ Così G. GALLONE, *Digitalizzazione, amministrazione e persona: per una “riserva di umanità” tra spunti codicistici di teoria giuridica dell’automazione*, in *P.A. Pers. amm.*, 1, 2023, 329.

to “*dominus*” del procedimento⁵⁶, giacché considerare l’algoritmo come uno strumento di cui il funzionario si serve implica che tali tecnologie “...seppur precise e maggiormente analitiche rispetto alla decisione umana non possono mai soppiantare appieno l’attività, cognitiva, acquisitiva e di giudizio che soltanto un’istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere”⁵⁷. Le basi dogmatiche della riserva di umanità si riscontrano certamente nel dettato costituzionale⁵⁸, ma non mancano le ricostruzioni basate su altre fonti giuridiche⁵⁹ o teoriche. Particolarmente interessante è il percorso argomentativo che muove dalla natura giuridica dell’algoritmo⁶⁰: abbracciando la concezione dell’algoritmo come strumento a servizio del funzionario e non come atto amministrativo – supportata dalla lettura dell’art. 3-*bis* della legge n. 241/1990, cit. – si elimina la *competizione* con l’uomo *ab origine*, e si rispetta una concezione antropocentrica dell’*agere* amministrativo, perfettamente coerente rispetto al dettato costituzionale.

Il principio di non discriminazione completa la c.d. legalità algoritmica⁶¹. Tale principio tutela, per vero, uno spettro di situazioni più ampio di quello che si potrebbe pensare ad una prima lettura. In base al Considerando 71 del GDPR⁶², non risulta sufficiente la trasparenza e la comprensibilità dell’algo-

⁵⁶ R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, cit.

⁵⁷ Sentenza del T.A.R. Lazio, n. 6606/2019. Coerente con questa pronuncia è anche quella del Cons. Stato, sez. VI, sent. 4 febbraio 2020, n. 881 in particolare il punto 11.2.

⁵⁸ L’articolo di Gallone ricostruisce il formante costituzionale e le basi dogmatiche della riserva di umanità, in particolare a livello costituzionale si indicano gli artt. 2, 28, 58 comma 2, 97 e 98, per una trattazione più approfondita si rinvia a G. GALLONE, *Digitalizzazione, amministrazione e persona: per una “riserva di umanità” tra spunti codicistici di teoria giuridica dell’automazione*, cit., 336.

⁵⁹ Con riferimento alle fonti di matrice europea vengono in rilievo il GDPR (l’art. 22 sopra citato) e l’IA act, che mira a riprendere il tema della non esclusività della decisione algoritmica rafforzandone la tutela rispetto al GDPR. In particolare, l’IA act, all’art. 14, comma 4, prevede, per i sistemi di intelligenza artificiale qualificati ad alto rischio, che ogni sistema debba essere programmato e sviluppato in modo da assicurare un’efficace supervisione umana, per approfondire si rimanda a Casonato e Marchetti, “Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’Unione Europea in materia di intelligenza artificiale”.

⁶⁰ Intorno a questo tema si è creato un vivace dibattito, tanto giurisprudenziale quanto dottrinale. R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, cit., riprende le pronunce sul tema del T.A.R. e del Consiglio di Stato, registrando gli orientamenti che hanno dapprima portato a conferire natura attizia all’algoritmo, per poi convergere sulla sua natura strumentale. Cfr. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., ed ivi le diverse teorie formulate in tale ambito. Sull’algoritmo come fatto e non come atto giuridico, S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa, Dalle “scatole nere” alla “casa di vetro”*?, cit.

⁶¹ M. FERRARI, *L’uso degli algoritmi nella attività amministrativa discrezionale*, in *Dir. aff.*, 2, 2020, 58-82.

⁶² “L’interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa

ritmo, ma l'uso lecito dell'IA richiede anche la prova della non discriminatorietà del sistema utilizzato. La richiamata previsione normativa impone, infatti, misurare tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, la rettificazione dei dati non corretti, la minimizzazione degli errori, e l'obbligo di impedire effetti discriminatori.

Dal principio di non discriminazione algoritmica gemmano conseguentemente il principio di correttezza e di qualità dei dati⁶³. Il legame tra la qualità dei dati e la discriminazione algoritmica è particolarmente stretto, considerando che un determinato "stato del mondo" tende a essere fissato nel processo prognostico, condizionando i risultati e influenzando, in misura più o meno significativa, le decisioni successive alla valutazione automatizzata negli algoritmi di autoapprendimento⁶⁴.

La qualità e la scelta dei dati come bacino di conoscenza dell'algoritmo sono attività intimamente connesse e presupposti condizionanti l'*output* da quest'ultimo generato. L'esigenza di correttezza dei dati che alimentano l'algoritmo è condizione di affidabilità della stessa decisione algoritmica: il momento costitutivo dell'algoritmo deve conformarsi ai principi di imparzialità, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità.

Come detto sopra, individuare i principi che compongono la legalità algoritmica, serve a spiegare quali sono gli *standard* minimi di tutela che devono essere rispettati nel momento in cui si sceglie di applicare l'intelligenza artificiale all'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

Le illustrate garanzie accordano una maggiore tutela al destinatario di decisioni automatizzate; affianco a questi principi il Consiglio di Stato individua una cautela ulteriore nella cognizione piena del giudice amministrativo della regola tecnica che governa l'algoritmo⁶⁵. In particolare, si intende bilanciare la possibile compromissione di garanzie degli amministrati con un sindacato del giudice più penetrante sugli atti adottati dall'amministrazione tramite sistemi algoritmici.

includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani".

⁶³ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit.

⁶⁴ G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2, 2019, 199-236.

⁶⁵ M. FERRARI, *L'uso degli algoritmi nella attività amministrativa discrezionale*, cit.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit.; G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, cit.; Questa affermazione potrebbe sembrare, ad una prima lettura, un'apertura all'uso dei sistemi di I.A. all'attività discrezionale, tuttavia, una lettura più critica non può non tenere conto del fatto che i sistemi di I.A. potenzialmente adeguati allo svolgimento di attività amministrativa discrezionale operano con logiche difficilmente ricostruibili (*black box*), dunque il limite della spiegabilità permane.

4. *L'utilizzo dell'IA tra merito, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*

Occorre indagare, anche alla luce della illustrata evoluzione giurisprudenziale, quale tipo di discrezionalità esercita la pubblica amministrazione automatizzata. Si è già sostenuto che l'utilizzo amministrativo dell'IA solleva questioni giuridiche nuove e, in particolare, la stessa individuazione dei comandi da impartire ai computer "implica (...) una ricognizione del sistema normativo di riferimento, delle classi di fatti che possono assumere rilievo ai fini della formazione della decisione, dei parametri logico-matematici utilizzabili nell'attribuzione di valore a date circostanze". Non solo: riguardo a tali attività riesce difficile scindere il momento propriamente tecnico da quello di indirizzo politico-amministrativo.

Si è correttamente lamentato il correlato rischio "di trasferire surrettiziamente il potere decisionale dalla P.A. alle società informatiche – per lo più private – che predispongono e forniscono i software"⁶⁶.

Se intendiamo la discrezionalità amministrativa come la possibilità di effettuare comparazione e forme di bilanciamento di interessi e scegliere tra più alternative possibili quando la legge lo permette⁶⁷, allora è necessario comprendere non solo quando, nel contesto dell'automazione della pubblica amministrazione, essa esercita il proprio potere discrezionale, ma anche quale tipo di discrezionalità si configura.

Queste considerazioni assumono una particolare rilevanza e si riflettono sul sindacato che il giudice amministrativo potrà esprimere riguardo all'esercizio di tale potere, specie verso la auspicata piena cognizione della regola tecnica che governa l'algoritmo⁶⁸.

Con riferimento alla questione della (ri)collocazione dell'esercizio della discrezionalità è stato correntemente considerato in letteratura⁶⁹ che essa, rispetto

⁶⁶ A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, cit., 6.

⁶⁷ Così A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, cit., 2 ss. In tema di discrezionalità si rimanda obbligatoriamente a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, 75 ss. rispetto al quale si richiamano le riflessioni critiche di F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., 1045 ss.; A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2024, 393-439. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Cedam, Padova, 1989. Per una lettura aggiornata dei confini tra discrezionalità e merito, si rimanda in questo Volume ai contributi di S. FOÀ, e di G. MONTEDORO.

⁶⁸ G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, cit.; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, cit.; L. PARONA, *Poteri tecnico-discrezionali e machine learning: verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, cit.

⁶⁹ M. FERRARI, *L'uso degli algoritmi nella attività amministrativa discrezionale*, cit.; A. LALLI (a

ai sistemi di intelligenza artificiale, migra ‘a monte’, dunque nel momento di scegliere di ricorrere ad un sistema automatizzato e nella sua predisposizione. Di per sé, anche la scelta stessa da parte della pubblica amministrazione di avvalersi di un determinato algoritmo rappresenta un’espressione della discrezionalità⁷⁰. Per il vero, si tratta di una scelta latamente discrezionale, riconducibile a quel “merito politico” utilizzato dalla giurisprudenza per sottrarre alcune scelte amministrative dal sindacato del giudice⁷¹.

Detto in altri termini, la discrezionalità amministrativa, come conseguenza delle premesse illustrate sin ora – centralità dell’uomo, insostituibilità del funzionario amministrativo, predittività dell’algoritmo – non può essere deferita al sistema di intelligenza artificiale, ma va inquadrata nel momento genetico dell’algoritmo⁷². Assegnate queste ‘nuove’ coordinate alla discrezionalità amministrativa, sembra che essa non sia affatto eliminata, ma che assuma nuove modalità di espressione.

Il bilanciamento degli interessi, tipico della discrezionalità amministrativa, si sostanzia, in questo paradigma, nel momento costitutivo della regola tecnica. Tale bilanciamento di interessi confluisce poi, tradotto in linguaggio algoritmico, nella formula algoritmica e nella sua applicazione, assumendo la forma della discrezionalità tecnica⁷³. Si configurerebbe, pertanto, un modello in cui la discrezionalità ‘pura’ viene esercitata a monte, nel momento in cui l’amministrazione assume la scelta di operare supportata da algoritmi ‘impostando’ un certo bilanciamento di interessi, successivamente la discrezionalità assume un connotato tecnico⁷⁴, poiché viene implicata la conoscenza di campi disciplinari che rimandano a specifiche conoscenze informatiche⁷⁵.

Il quadro delineato, in cui coesistono discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, farebbe emergere la fisionomia di una discrezionalità c.d. ‘mista’, con il soccorso di due rilevanti precisazioni da compiere. In primo luogo, la discrezionalità mista qui invocata risulta del tutto peculiare rispetto al tradizionale inquadramento della categoria, dove la pubblica amministrazione opererebbe

cura di), *La regolazione pubblica delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2024.

⁷⁰ Così A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, cit.

⁷¹ Sul punto si richiama il contributo, in questo Volume, di S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, e la giurisprudenza ivi citata.

⁷² R. FERRARA, *op. loc. cit.*

⁷³ G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, cit.

⁷⁴ F. LIGUORI, *Dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili. indagine sul sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*, in *Munus*, 2, 2023, 349-386; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, cit., 795 ss.

⁷⁵ R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, cit.

preventivamente nell'ambito della discrezionalità tecnica, appunto per verificare se nel concreto esiste un interesse da tutelare, e successivamente, attuando valutazioni ascrivibili alla discrezionalità amministrativa, valuta il peso degli interessi coinvolti⁷⁶. La seconda precisazione, di carattere generale, è che con il termine 'mista' non s'intende una nuova forma di esercizio del potere discrezionale, ma è piuttosto una discrezionalità composta, in cui permane la distinzione tra le due componenti. Questo aspetto della distinzione è fondamentale per quanto riguarda il sindacato del giudice che, come vedremo, assume connotati e profondità differenti in ragione del segmento di discrezionalità analizzato.

In giurisprudenza è stato sottolineato come l'uso di sistemi di IA possa comportare compromissioni dei diritti degli interessati, come nel caso dell'erosione degli istituti partecipativi⁷⁷. Nelle sentenze richiamate, il Consiglio di Stato ha ritenuto di compensare la diminuzione di tali garanzie procedurali assegnando un sindacato forte al giudice amministrativo⁷⁸, con il rischio, tuttavia, di ammettere forme di sindacato 'abnorme'.

Questa risposta, che parrebbe mirare a riequilibrare la compressione delle garanzie procedurali sul terreno processuale, rievoca la teoria della *full jurisdiction* di matrice sovranazionale⁷⁹. Come noto, la nozione di *full jurisdiction* ha origine nel diritto dell'Unione europea e nel diritto del Consiglio d'Europa, trovando le sue radici nel principio del giusto processo e nell'obiettivo di garantire una *effective legal protection*. Tuttavia, questa esigenza si scontra con i limiti tradizionalmente imposti dall'ordinamento al sindacato del giudice amministrativo. Tale concetto si è sviluppato in particolare a partire dagli anni '80 del Novecento, quando la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ha iniziato ad applicare in modo sostanzialmente analogico l'art. 6 della Cedu anche ai procedimenti amministrativi. La Corte EDU non opera una netta distinzione tra amministrazione e giurisdizione, richiedendo che, in presenza di atti sanzionatori di una certa gravità o idonei a determinare un diritto o obbligo di natura civile, i principi del giusto processo trovino applicazione, indipendentemente dal

⁷⁶ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, cit.

⁷⁷ Sentenza del Cons. Stato, sez. VI, n. 881/2020.

⁷⁸ Il riferimento va nuovamente alla sentenza del Consiglio di Stato, n. 2270/2019, cit. che al punto 8.4 prevede la necessità di "un giudice amministrativo che deve poter controllare la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione [...] la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata".

⁷⁹ B. GILBERTI, *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Giapeto, Napoli, 2019; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Pers. amm.*, 2, 2018, 145; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Riv. proc. amm.*, 2015; F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, 29 ss.

contesto procedurale, sia esso giudiziale o amministrativo⁸⁰. In questo modo, accanto al tema del giusto processo in senso stretto, emerge anche la questione del giusto procedimento. Tuttavia, non tutte le procedure amministrative soddisfano pienamente i requisiti del paradigma del giusto processo o del giusto procedimento. In tali situazioni, la Corte EDU considera ammissibili gli atti adottati dall'amministrazione solo a condizione che al giudice amministrativo sia garantita la possibilità di effettuare una *full judicial review*. In altre parole, il giusto processo viene visto come un momento in cui è possibile sanare eventuali irregolarità procedurali e riesaminare effettivamente le decisioni, anche quando queste derivano da valutazioni amministrative complesse. La *full jurisdiction* è quindi definita come una forma di compensazione *ex post* delle carenze del procedimento amministrativo⁸¹. Essa presuppone, tuttavia, che il giudice amministrativo disponga della piena capacità di riesercitare il potere, potendo sindacare nel merito le decisioni dell'amministrazione. Questo approccio, tuttavia, stride con l'impostazione di netta separazione tra giurisdizione e amministrazione che permea il nostro ordinamento; infatti, rinviando alle aperture offerte da questo Volume⁸², il sindacato del giudice amministrativo rimane tendenzialmente un sindacato di legittimità, la cui possibilità di intervenire nel merito è circoscritta a casi eccezionali previsti dalla legge oppure nelle circostanze in cui l'attività sia vincolata o ancora non residuino margini di discrezionalità⁸³.

Ripercorrere il lungo dibattito avvenuto in dottrina⁸⁴ rispetto alla discrezionalità tecnica non pare consegnare esiti in grado di conciliare la piena sindacabilità del giudice sulla regola tecnica che governa l'algoritmo e l'insindacabilità del merito amministrativo. Infatti, discrezionalità amministrativa e discrezionalità

⁸⁰ S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Jovene, Napoli, 2011.

⁸¹ G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, cit.

⁸² G. MONTEDORO, *Il problema del merito amministrativo ed il principio di risultato emergente dal nuovo codice dei contratti pubblici*, in questo Volume.

⁸³ Questa sarebbe l'impostazione che deriva dagli artt. 6 e 7 c.p.a. (d.l. 2 luglio 2010, n. 104), l'art. 134 dello stesso decreto legislativo introduce le ipotesi tassativamente previste in cui il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione (c.d. sindacato esteso al merito). Infine, l'art. 31 c.p.a., con riferimento alle azioni di condanna, prevede che il giudice si possa pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando non risultano permanere ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, sul tema si rinvia a C.E. GALLO, *La giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2024.

⁸⁴ Il percorso di individuazione, definizione e analisi della discrezionalità tecnica a partire dalle teorie di Presutti e Cammeo, di Giannini e Marzuoli viene svolto da F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, cit.; nonché da F. LIGUORI, *Dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili. indagine sul sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*, cit. Si segnala, per una ricostruzione più ampia e dettagliata A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007.

tecnica hanno connotazioni differenti, evidenziate tramite criteri che si sono evoluti nel tempo⁸⁵, e aprono a spazi di sindacato a loro volta differenti.

In questo panorama, si è per molto tempo sostenuto che la discrezionalità tecnica afferisca al merito amministrativo e dunque sia sottratta al sindacato del giudice giustificando tale tesi alla luce del fatto che la discrezionalità tecnica ha ad oggetto una valutazione sugli interessi, e non solamente sui fatti come era stato precedentemente sostenuto⁸⁶. La valutazione tecnica, dunque, essendo volta a individuare in concreto un interesse meritevole di tutela, può a pieno titolo essere considerata una valutazione relativa ad interessi. È in questa prospettiva che, se può apparire legittimo continuare a qualificarla come una forma di “discrezionalità”, la si inserisce a pieno diritto nell’ambito del merito amministrativo, il quale, nella sua essenza, si configura proprio come un’attività di ponderazione e bilanciamento degli interessi coinvolti rimessa interamente all’amministrazione⁸⁷. Tale ultima affermazione va in realtà parzialmente precisata poiché, come è stato sottolineato, non è l’aver ad oggetto la valutazione di interessi che discriminerebbe la discrezionalità tecnica da quella amministrativa, ma la prima si concentra su un unico elemento, perdendo dunque l’aspetto del bilanciamento tra *più* interessi, tipico invece della discrezionalità amministrativa⁸⁸. Tuttavia, tali approdi giurisprudenziali e dottrinali che ascrivono la discrezionalità tecnica al merito non consentono al giudice un sindacato approfondito, e questo perché tradizionalmente il controllo del giudice nel giudizio di legittimità non si estenderebbe ai presupposti di fatto del provvedimento, impedendo al giudice un controllo intrinseco e diretto⁸⁹. Quanto detto a proposito dell’insindacabilità della discrezionalità tecnica da parte del giudice amministrativo è poi vero solo in parte, poiché tale affermazione ignora il percorso giurisprudenziale del Consiglio di Stato che, come noto, ha progressivamente esteso il sindacato del giudice alla discrezionalità tecnica⁹⁰.

Per evitare una compressione delle garanzie procedurali e uno sconfinamento del sindacato giurisdizionale nel merito amministrativo, si può concepire la *full jurisdiction* come un controllo di legittimità approfondito e pieno, in luogo di una cognizione estesa al merito⁹¹. La Corte europea dei diritti dell’uomo

⁸⁵ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, cit.

⁸⁶ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit.

⁸⁷ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, cit.

⁸⁸ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, cit.

⁸⁹ A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato*, cit., 238 ss.

⁹⁰ In particolare, il rimando è alla sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, autorevolmente commentata da D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1180.

⁹¹ F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, op. cit., 156.

ha chiarito che la *full jurisdiction* non implica una sostituzione del giudice all'amministrazione, ma richiede un sindacato confutatorio capace di correggere eventuali irregolarità procedurali e di valutare la coerenza e la ragionevolezza delle decisioni amministrative, anche quelle tecniche e complesse⁹².

Nell'ordinamento interno, come noto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha progressivamente ampliato il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica, passando da un sindacato estrinseco e debole a uno intrinseco e incisivo⁹³.

È tuttavia bene contestualizzare gli attributi di tale sindacato. I concetti di sindacato 'intrinseco', 'estrinseco', 'debole' e 'forte' sono tra loro contrapposti e riposano su piani logici differenti. In particolare, gli attributi 'intrinseco' ed 'estrinseco' del sindacato sono riferibili alla cognizione del giudice amministrativo riguardo il grado di accesso al fatto che egli può avere. Il controllo 'diretto' abbinato ad un sindacato intrinseco consente al giudice un accesso al fatto pieno, anche quando si rende necessario, come nel caso della discrezionalità tecnica, il ricorso a discipline scientifiche specifiche. Tale tipo di accesso al fatto sarebbe la premessa sulla quale si costituisce il successivo sindacato, che potrà essere 'debole' o 'forte', infatti questi attributi del sindacato sono riferiti all'esercizio del potere da parte dell'amministrazione, si entra, in altri termini, nelle dinamiche di rapporti tra poteri. Per altro, tali precisazioni sa-

⁹² F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, cit., svolge un'approfondita analisi delle pronunce della CGUE che evidenziano come la Corte EDU ha più volte affrontato il tema della "*full jurisdiction*", chiarendo che non implica necessariamente una giurisdizione di merito o una sostituzione del giudice all'amministrazione. Nei casi esaminati, emerge la necessità di un sindacato giudiziale effettivo e confutatorio, che includa la valutazione della proporzionalità e della fondatezza del provvedimento. F. GOISIS, *op. cit.*

⁹³ Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601. La giurisprudenza sul tema appare ormai consolidata. A titolo esemplificativo, si può richiamare la pronuncia del T.A.R. Lazio, sez. III, 26 novembre 2019, n. 13568, che ribadisce il principio della piena cognizione del giudice amministrativo, anche in relazione all'esercizio di discrezionalità tecnica. In questa sentenza si afferma che, pur non potendo il giudice sostituirsi all'amministrazione – prerogativa esclusiva della giurisdizione di merito – il sindacato giurisdizionale può estendersi alla corretta valutazione dei fatti alla luce dei parametri normativi applicabili (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 e giurisprudenza successiva). In un precedente, T.A.R. Lazio, sez. III, 31 dicembre 2017, n. 10918, si sottolinea che il controllo del giudice sugli apprezzamenti tecnici non si limita al mero esame formale e logico del percorso seguito dall'amministrazione, ma comprende una verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, valutandone la correttezza sia sotto il profilo del criterio tecnico adottato sia del procedimento applicativo. Infine, la sentenza del Cons. Stato, sez. II, ad. 27 luglio 2011, n. 4725, conferma che una questione di fatto, quando riguarda un presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo, non può essere considerata una questione di opportunità solo perché opinabile. Lo sconfinamento nella sfera del merito si configura unicamente quando il giudice si spinge a una valutazione diretta dell'opportunità o convenienza dell'atto, sostituendosi così alla volontà dell'amministrazione. Questo principio, già delineato nella sentenza Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, resta un punto fermo nell'equilibrio tra il controllo giurisdizionale e la discrezionalità amministrativa.

rebbero inutili qualora si assimilasse la discrezionalità tecnica al merito insindacabile⁹⁴.

Questo controllo si concentra sull'attendibilità delle operazioni tecniche, valutandone criteri e coerenza applicativa, senza sostituire le valutazioni dell'amministrazione, ma garantendo che la soluzione adottata sia la più attendibile tra quelle possibili. La distinzione tra discrezionalità amministrativa e tecnica emerge chiaramente: mentre nella prima il limite del giudice è costituito dalla ragionevolezza, nella seconda è rappresentato dall'attendibilità delle valutazioni tecniche.

Tale evoluzione, in linea con i principi europei di tutela giurisdizionale effettiva, che tuttavia non conosce queste "sfumature" della discrezionalità⁹⁵, si rivela particolarmente significativa riguardo alle decisioni amministrative automatizzate. Il sindacato del giudice deve infatti assicurare un pieno accesso ai fatti rilevanti, incluse le caratteristiche tecniche e operative degli algoritmi, per verificare la correttezza e la proporzionalità. In tal modo, si garantisce una tutela effettiva, senza compromettere la separazione dei poteri, evitando un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione.

Date le coordinate teoriche dell'ordinamento, si tratta ora di applicare questo sistema alla realtà della pubblica amministrazione algoritmica, cercando di comprendere quale spazio di utilizzo dell'IA sia sindacabile dal giudice e quale invece rimanga insindacabile. Riprendendo il discorso fatto sulla natura mista della discrezionalità in questo ambito, potremmo sostenere che discrezionalità amministrativa e merito sono intrecciati tra loro e nell'ambito dell'automazione decisionale della pubblica amministrazione andrebbero collocate nella scelta politica di utilizzo o meno dell'algoritmo: fino a quando difetti una previsione di legge che imponga alla pubblica amministrazione di dotarsi di tali strumenti, la scelta è assunta discrezionalmente da quest'ultima. Riguardo a tale decisione il sindacato del giudice non sarebbe ammesso, poiché riferito all'area del merito c.d. politico. Le scelte che seguono all'intrapresa dell'attività automatizzata, quindi nella programmazione e gestione dell'algoritmo, sarebbero ascrivibili invece alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dunque sindacabili nelle modalità sopra descritte. Si potrebbe immaginare un sindacato del giudice amministrativo, supportato da una piena conoscenza dei fatti e del codice dell'algoritmo, e incentrato sull'uso che l'amministrazione fa dello strumento. Naturalmente, residuano delle aree di discrezionalità tecnica per loro natura refrattarie al sindacato giurisdizionale: si tratterebbe di aree in cui sono coinvolti aspetti propri del merito amministrativo poiché l'applicazione della regola tecnica con-

⁹⁴ A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato*, cit., 217.

⁹⁵ Per approfondimenti, si rinvia in questo Volume a S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo*, ed ivi riferimenti bibliografici e alla giurisprudenza della CGUE in materia.

segna una molteplicità di soluzioni. In questo caso il giudice non può sostituire la propria scelta a quella della pubblica amministrazione, e non può nemmeno ripercorrere il processo cognitivo compiuto dalla stessa, poiché privo degli strumenti necessari. Quest'area, di c.d. 'merito tecnico' può coincidere con gli apprezzamenti tecnici, che nel campo dell'amministrazione algoritmica si potrebbero rinvenire nella scelta di quali dati selezionare per fornire il *data-lake* algoritmico. A meno di ammettere una forma di eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti, riconducendo il vizio a un difetto di conoscenza dell'amministrazione.

In generale, quindi, il modello proposto consente al giudice amministrativo di esercitare un controllo approfondito sulle decisioni algoritmiche, preservando sia l'efficacia della tutela giurisdizionale sia il margine di autonomia decisionale della pubblica amministrazione. Questo equilibrio risponde alle esigenze di legalità e trasparenza richieste dai moderni processi decisionali, conciliando i principi del giusto processo con le complessità introdotte dall'automazione amministrativa.

5. Conclusioni: le garanzie tecnologiche di buona amministrazione

L'analisi condotta ha messo in luce come la tradizionale distinzione tra attività discrezionale e vincolata, unita al principio di legalità algoritmica e alla garanzia del sindacato giurisdizionale, delinei un quadro complesso per l'introduzione e l'utilizzo dei sistemi di IA nel procedimento amministrativo.

In linea teorica, l'algoritmo non è di per sé inconciliabile con la discrezionalità amministrativa, poiché potrebbe essere programmato per includere valutazioni di bilanciamento e ponderazione degli interessi. Tuttavia, sono le limitazioni pratiche e le garanzie richieste dal sistema giuridico a rendere problematico il suo utilizzo. Resta semmai confinata al merito amministrativo la scelta di non avvalersi di sistemi di IA, laddove il loro utilizzo non sia obbligatorio per legge, fermo restando il rispetto delle regole di buona amministrazione e dei criteri di efficienza amministrativa, come si è evidenziato in questo Volume⁹⁶.

Laddove l'amministrazione scelga di avvalersi di sistemi di IA, la necessità di assicurare spiegabilità e trasparenza del loro funzionamento impone che le logiche decisionali dell'algoritmo siano non solo conoscibili, ma anche verificabili e comprensibili sia per i destinatari delle decisioni sia per il giudice amministrativo⁹⁷. A ciò si aggiunge il requisito di un sindacato giurisdizionale pieno e appro-

⁹⁶ S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, in questo Volume.

⁹⁷ A proposito è interessante riprendere la differenza tra *fishbowl* e *reasoned transparency*, analizzata da S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole*

fondito, che deve poter accedere ai fatti complessi e alle regole tecniche sottese al procedimento automatizzato, valutandone la ragionevolezza, la proporzionalità e l'attendibilità senza sconfinare nel merito amministrativo. Quest'ultimo, ove inteso come rispetto di regole extragiuridiche di buona amministrazione, secondo le tradizionali costruzioni teoriche, è senz'altro recessivo rispetto alla discrezionalità tecnica, come definita nelle pagine che precedono. Ed anche l'alimentazione dell'algoritmo e la selezione dei dati con i quali addestrarlo sono espressione di una forma di discrezionalità mista, come si è provato a dimostrare.

L'implementazione dell'algoritmo in ambiti discrezionali è ulteriormente complicata dalla difficoltà di codificare modalità di bilanciamento tra diversi interessi non predeterminabili, che rischiano di comprimere la discrezionalità amministrativa o di trasferire surrettiziamente il potere decisionale ai fornitori di tecnologia. Tuttavia, l'evoluzione giurisprudenziale, nazionale ed europea, suggerisce che attraverso un modello di legalità algoritmica strutturato, che includa regole precise e verifiche rigorose, è possibile integrare gli algoritmi nei procedimenti amministrativi, nel rispetto delle garanzie procedurali previste dalla legge.

In definitiva, sebbene l'automazione delle decisioni amministrative discrezionali incontri significativi limiti applicativi, un approccio basato su criteri di trasparenza, spiegabilità e supervisione, accompagnato da un controllo giurisdizionale concentrato sull'attendibilità, rappresenta una via percorribile per bilanciare innovazione tecnologica e rispetto del principio di legalità.

nere” alla “casa di vetro”?, cit., in cui si distinguono due manifestazioni di trasparenza. La prima (*fishbowl*) consentirebbe di percepire dall'esterno quale attività venga svolta dalla P.A., la seconda, differentemente, postula una comprensibilità logica del modo di funzionare dell'algoritmo.

Parte II

Il merito amministrativo come comportamento

Scienze comportamentali e merito amministrativo: lo “scudo erariale”

Ilaria Giannone

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La razionalità del diritto e la ragione umana. – 3. Le forme della razionalità economica nel diritto positivo contemporaneo. – 4. La scienza comportamentale del *nudging*. – 5. La scienza comportamentale del *boosting*. – 6. L’agire pubblico e il *nudge*. – 7. L’evoluzione dell’elemento soggettivo della responsabilità amministrativo-contabile: uno “scudo erariale” di impunità per le condotte commissive colpose. – 8. Scudo erariale: un agire incentrato sullo scopo. – 9. Verso un nuovo “merito” amministrativo. – 10. La tecnica del *boosting* a servizio della figura del funzionario pubblico: dall’impianto educativo rousseauiano all’alfabetizzazione al rischio di Gigerenzer. – 11. Conclusioni.

1. Introduzione

Il concetto di razionalità giuridica e le considerazioni in ordine al destino della ragione umana orbitano da sempre attorno alle riflessioni di teoria generale del diritto. Il diritto positivo risulta oggi permeato dalla diffusione delle scienze comportamentali, in particolare delle teorie cognitive del *nudging* e del *boosting*.

Gli studi dedicati alle stesse scienze comportamentali discendono dalle intuizioni circa la razionalità limitata del decisore umano, in virtù della quale spesso l’uomo cade in errori cognitivi che lo allontanano dalle sue reali preferenze. Tuttavia, se il modello empirico-descrittivo di matrice europea del *boosting* offre un approccio educativo, ritenendo che le lacune di razionalità dell’uomo possano essere colmate educando le persone a riconoscere un processo cognitivo errato; dall’altro lato, per la teoria di matrice anglosassone del *nudging* l’irrazionalità umana è irrimediabile, sicché l’unica strada percorribile è l’intrusione dei pubblici poteri nella sfera decisionale dei singoli, da attuarsi mediante “spinte gentili” capaci di influenzare le loro scelte.

Nell’ambito dell’agire amministrativo, il presente contributo intende indagare in quale modo le stesse scienze comportamentali siano associabili all’introdotto istituto del c.d. “scudo erariale”, e alla correlata impunità per le condotte commissive colpose dei soggetti legati alla pubblica amministrazione da un rapporto di servizio.

Come noto, per effetto dell'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120, l'istituto della responsabilità amministrativa per danno erariale ha subito un notevole indebolimento, originariamente giustificato in virtù della sua transitoria limitazione alle condotte commissive dolose¹. Tale scelta normativa, secondo la lettura dominante da ultima confermata dalla Corte Costituzionale², è conseguita alla necessità di scongiurare il c.d. "timore della firma" del funzionario pubblico e di incentivare l'efficienza dell'*agere* amministrativo.

Al consolidamento del passaggio a un'amministrazione "di risultato", indotto dalle esigenze di ripresa economica post-pandemica, si è accompagnato l'accentuarsi del fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva" dei funzionari pubblici, come reazione al rischio percepito di incorrere in responsabilità amministrativo-contabile. Pare che il cammino verso il conseguimento del risultato, in termini di soddisfacimento dell'interesse pubblico primario affidato alla cura dell'amministrazione, sia contrassegnato da una necessaria forma di deresponsabilizzazione dei funzionari pubblici, perfezionata mediante "gentili spinte" dell'ordinamento giuridico verso il compimento di condotte attive "protette" (dal rischio di incorrere in azioni di responsabilità).

Il contributo intende riflettere sulla riconducibilità di tale limitazione di responsabilità alla teoria del *nudging*, ragionando sull'inevitabile compressione e limitazione del sindacato giurisdizionale, amministrativo e contabile, riguardo alla scelta del mezzo utilizzato dall'amministrazione per conseguire il risultato.

A tal fine risuona imprescindibile comprendere gli effetti giuridici indotti da una legislazione per principi, caratterizzata da una forza autonoma ed elastica che consente all'amministrazione di spingersi oltre la mera interpretazione della norma, sino al punto di poter creare, in taluni casi, la norma stessa ritenuta maggiormente adatta alla situazione concreta³.

Una lettura che, se non ricondotta entro necessari margini di determinatezza del contenuto dell'azione, obbliga il giudice amministrativo ad arrestarsi ad una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai generali principi di ragionevolezza, proporzionalità e attendibilità della scelta. Si è visto in

¹ Per una lettura critica, cfr. E. ANDREIS, *La magmaticità degli "scudi" della responsabilità dei funzionari pubblici: la fragilità dell'abuso d'ufficio e la chimera della temporaneità dello "scudo erariale"*, in *Bilancio, comunità e persona*, 2/2023, 64 ss., ed ivi ampi richiami bibliografici e giurisprudenziali.

² Corte Cost., sent. 17 luglio 2024, n. 132, pres. Barbera, est. Pitruzzella, già da molti commentata, tra i tanti: F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi*, 19/2024, 122 ss.; F.S. MARINI, *La sentenza n. 132 del 2024: la Corte Costituzionale sperimenta nuove tecniche decisorie*, in *Riv. Corte conti*, 4/2024, 1 ss. La pronuncia verrà esaminata *infra*, par. 7.

³ Per un approfondimento si rimanda in questo Volume al contributo di S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, 23-59.

altra parte di questo Volume, tuttavia, che il giudice amministrativo tende ad attrarre nell’ambito della legittimità spazi di valutazione che dapprima erano riservati al merito dell’azione amministrativa, proprio enfatizzando la funzione dei principi⁴.

Diversamente accade per il giudizio di responsabilità amministrativa, riferito alla complessiva condotta del soggetto agente, ove l’introduzione legislativa dello “scudo erariale” sfuma sensibilmente la profondità del sindacato del giudice contabile riguardo all’utilizzo dei mezzi effettuato dall’amministrazione per conseguire il risultato previsto dalla legge. Si vedrà, infatti, che la nuova angusta configurazione dell’elemento soggettivo prevista per le condotte commissive rischia di relegare su un piano secondario l’accertamento degli elementi oggettivi della responsabilità, risultando irrilevante l’utilizzo amministrativo di un mezzo inefficiente imputabile a decisione gravemente colposa, allorquando il risultato sia comunque conseguito⁵.

2. La razionalità del diritto e la ragione umana

Nel suo significato etimologico il termine diritto deriva da “directum”, nel senso di dirigere verso “*ciò che è giusto, onesto, lecito, conveniente*”⁶. La finalità attesa dal diritto è dunque da ricercarsi sull’esigenza di “*poter fare assegnamento, per agire economicamente in modo razionale, su una giustizia e su un’amministrazione sulla quale si possa far conto*”⁷.

Lo Stato moderno ha certamente bisogno di un diritto uniforme, applicabile a qualsiasi membro della sua comunità, certo e “codificato”⁸; ma, non si dimentichino le trascendenti riflessioni di Sofocle sul rapporto tra giustizia e certezza o tra diritto naturale e diritto positivo, l’una impersonata da Antigone, l’altra da Creonte, simboli di due valori del diritto da sempre in conflitto, che, rimanendo ancorati alla convinzione dell’universalità del proprio sentire, finiscono per inva-

⁴ Si rinvia a S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato*, in questo Volume.

⁵ *Infra*, par. 9.

⁶ Etimologia della parola “diritto” di inizio sec. XIII, Rinaldo D’Aquino, tratta da M. CORTELAZZO, P. ZOLLI, *Il nuovo etimologico. DELI – Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*, seconda edizione in un volume unico, M. CORTELAZZO, M.A. CORTELAZZO (a cura di), Zanichelli, Bologna, 2024, 470.

⁷ P. ROSSI, *Razionalismo occidentale e calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017, 29 ss., richiamato anche in E. BATTELLI, *Il paternalismo giuridico libertario nella prospettiva dell’autonomia privata tra vincoli strutturali e limiti funzionali*, in *Politica del diritto* 4/2018 a. XLIX, 580.

⁸ E. BATTELLI, *Il paternalismo giuridico libertario nella prospettiva dell’autonomia privata tra vincoli strutturali e limiti funzionali*, cit., 580.

lidarsi reciprocamente⁹. Nonché, l'opposto pensiero di San Tommaso che, nel descrivere la legge come un ordinamento di ragione volto al bene comune, promulgata da chi abbia la cura della comunità¹⁰, sottolineava che la legge umana, per quanto distinta dalla legge eterna, ha natura di legge in quanto si uniforma alla razionalità che è sostanza del diritto e deriva dalla legge divina.

In verità, il concetto di razionalità del diritto è stato e continua ad essere centrale nel pensiero giuridico anche ai giorni nostri, mutando continuamente forma.

Ed invero, come sosteneva Hegel, con una forte critica al giusnaturalismo, il diritto sgorga dal contesto storico come fusione di concetto e realtà, discostandosi dall'immaginario e dall'astratto. All'uopo, risuonano le riflessioni di Montesquieu sull'elemento storico nel diritto positivo, secondo cui la legislazione è momento dipendente di una totalità¹¹. La medesima legislazione, se decontestualizzata, può considerarsi palesemente irrazionale, ma se inserita in un determinato sistema storico, può acquisire sensatezza¹². È, dunque, nello spirito del popolo, nella totalità etica, nella comprensione del concreto storico che risiede la razionalità del diritto. Uno dei cardini fondamentali della filosofia hegeliana è, infatti, racchiuso nella frase: "*ciò che è razionale è reale e ciò che è reale è razionale*", in quanto tutta la realtà è interpretabile razionalmente, perché manifestazione dell'Idea che è inscindibile dall'Essere¹³. La realtà è intrinsecamente razionale, in quanto altro non è che materia organizzata in forme razionali. Il *logos*, da intendersi quale ragione determinante il mondo e la legge in cui essa si esprime¹⁴, è l'elemento unificante la realtà oggettiva e la ragione umana.

Tuttavia, l'essere umano, nel pensiero Kantiano, non potrà mai raggiungere l'oggettività. Per Kant, come per Leibniz, l'apriori non è un conoscere innato, ma una semplice virtualità dello spirito, che si svolge in occasione dell'esperienza che non costituisce quindi da sé un sapere obiettivo eppure da ogni dato empirico. Esiste indipendentemente dall'esperienza, condizionandola, non come un sapere reale o disposizione in sé perfetta ad esso, ma come un semplice fattore trascendentale dell'esperienza ed elemento necessario a costituire, appunto,

⁹ Si veda *L'eterno dualismo tra diritto e legge morale* in ilpuntoquotidiano.it, Cultura, sez. 5. (testo disponibile al sito: www.ilpuntoquotidiano.it/letero-dualismo-tra-diritto-e-legge-morale/ ultima consultazione del 4 dicembre 2024).

¹⁰ "*Lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*", così si esprimeva San Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, art. 4.

¹¹ P. SLONGO, *Hegel e lo spirito delle leggi*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, XVIII, 2016, 1, 279-280.

¹² S. MAGRA, *Hegel e il diritto*, in salvisjuribus.it, 18 maggio 2022 (testo disponibile al sito: www.salvisjuribus.it/hegel-e-il-diritto/; ultima consultazione del 4 dicembre 2024).

¹³ A. GARGANO, *L'idealismo tedesco – Fichte, Schelling, Hegel*, in Istituto Italiano per gli studi filosofici (testo disponibile al sito: www.iisf.it/scuola/idealismo/Hegel_f_dir.htm; ultima consultazione del 4 dicembre 2024).

¹⁴ *Logos* nella filosofia di Eraclito.

quel sapere che con tal nome si chiama¹⁵. Nella prospettiva Kantiana l'intelletto umano assume le sembianze di “*un'isola circondata da un vasto oceano tempestoso, impero proprio delle apparenze, dove nebbie grosse e ghiacci, prossimi a liquefarsi, danno a ogni istante l'illusione di nuove terre, e, incessantemente ingannando con vane speranze il navigante errabondo in cerca di nuove scoperte, lo traggono in avventure, alle quali egli non sa mai sottrarsi, e delle quali non può mai venire a capo*”¹⁶. Nella “Critica della ragion pura” emerge, dunque, con evidenza il destino della ragione umana, che, ignara dei propri limiti, inevitabilmente incorre in antinomie insormontabili.

Al contrario, Hegel nel suo pensiero esprime fiducia nell'essere umano, che, seppur destinato a incorrere nelle suddette contraddizioni, può conoscere la realtà proprio per l'inscindibile legame che sussiste tra realtà e razionalità. L'uomo sarebbe, dunque, capace di conoscere e dominare sia il mondo naturale sia il mondo del diritto, in virtù della sottesa comune logica universale che li attraversa: la difesa del bene collettivo¹⁷.

3. Le forme della razionalità economica nel diritto positivo contemporaneo

Il diritto positivo contemporaneo è però influenzato da numerosi studi di teoria economica sul concetto di “razionalità”.

Se la scienza economica alle sue origini era connotata dalla figura dell'uomo quale essere dotato di razionalità “assoluta”; oggi si scontra con un radicale discostamento dai concetti dell'economia classica, a favore della diffusione nell'era moderna della c.d. “economia comportamentale”.

L'economia e il diritto sono ora attratte dalla *vis expansiva* delle scienze cognitive e comportamentali. Nel dettaglio, l'economia comportamentale condivide gli esiti maturati dal c.d. *nudge*. Per la scienza comportamentale del *nudging*, l'essere umano riveste i caratteri di “*homo euristicus fallax*”, poiché dotato di razionalità solo “limitata”, in virtù della quale spesso assume decisioni utilizzando scorciatoie cognitive che inficiano il processo decisionale, causando errori sistematici e un inevitabile discostamento dal raggiungimento di quelle che sarebbero le sue reali preferenze.

Tali nuove prospettive – nate in contesti di studi economici e non stretta-

¹⁵ Tratto da *Grande dizionario enciclopedico*, a cura di G. TRUCCO, con la collaborazione di numerosi specialisti, sotto la direzione di P. FEDELE, vol. VI, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1935, 616 ss.

¹⁶ I. KANT, *Critica della ragion pura*, trad. it. di G. Gentile, G. Lombardo-Radice, Laterza, Bari, 1966, I, 243.

¹⁷ A. GARGANO, *L'idealismo tedesco – Fichte, Schelling, Hegel*, cit. Si veda anche S. MAGRA, *Hegel e il diritto*, cit.

mente giuridici – hanno posto in questione i modelli “classici” di concettualizzazione dei processi di volizione e deliberativi che si sono sviluppati lungo la stagione di riflessione ottocentesca, quale, ad esempio, il modello tradizionale classico weberiano di razionalizzazione del diritto¹⁸.

Weber condivide l’idea dell’essere umano quale “*rein Typus*”, ossia agente, presuntivamente a base razionale, le cui condotte, assunte come paradigma di normalità, sono poste in essere in maniera cognitivamente consapevole, in tal modo consentendo una ricostruzione oggettiva della sequenza del suo processo decisionale¹⁹. Nell’impostazione weberiana, infatti, la razionalizzazione del diritto risiederebbe nella predeterminazione; conseguente alla scoperta di tecniche e procedimenti che hanno condotto alla creazione, interpretazione e applicazione di norme giuridiche sempre più calcolabili e prevedibili²⁰. Si tratta, nello specifico, di due operazioni intellettuali: la generalizzazione in principi generali del diritto e la sistematizzazione delle relazioni giuridiche all’interno di previsioni generali teoretiche e astratte. Nella razionalizzazione del diritto si assiste, pertanto, ad un disincantamento dei procedimenti giuridici e sistematizzazione del materiale giuridico, di modo che le singole regole giuridiche siano strettamente interconnesse, che si concretizza nel superamento del formalismo intuitivo e del carattere oggettivo e suscettibile di astrazione della norma giuridica²¹. La legislazione finirebbe, quindi, per assumere due distinte vesti: quella formale, qualora nel processo di decisione siano delimitati i confini di un sistema giuridico dato; viceversa, materiale se gli operatori di diritto non risultano vincolati a principi esclusivamente giuridici, ma possono essere guidati in maniera più o meno intensa da imperativi etici²².

Entrambe le espressioni hanno visto la luce nello sviluppo del diritto occidentale in due ambienti differenti della geografia del diritto: la prima nella tradizione giuridica romana e poi nordeuropea continentale e la seconda in quella anglosassone²³.

¹⁸ Per un attento confronto tra il modello tradizionale di concettualizzazione della condotta di cui all’impianto weberiano e la prospettiva anglosassone di matrice economica del *nudging* si veda G. BOMBELLI, *Processi decisionali e categorie giuridiche: tra razionalità “classica” e spunti del nudging*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 1, 18, 2019, 25-40.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ R. MARRA, *La libertà degli ultimi uomini. Studi sul pensiero giuridico e politico di Max Weber*, Giappichelli, Torino, 1995, 151 ss.

²¹ W. SCHLUCHTER, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale. Un’analisi della storia sociale di Max Weber*, il Mulino, Bologna, 1987, 161 ss.

²² R. MARRA, *La libertà degli ultimi uomini. Studi sul pensiero giuridico e politico di Max Weber*, cit., 153 ss.

²³ W. SCHLUCHTER, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale. Un’analisi della storia sociale di Max Weber*, cit., 170.

4. La scienza comportamentale del nudging

Di matrice tradizionalmente inglese è anche la scienza comportamentale del *nudge*. L’approccio delle scienze cognitive e dell’economia comportamentale offre in via sperimentale una terza via nei rapporti giuridici tra Stato e consociati, che si pone tra la totale deregolamentazione e la coercizione basata sul *command and control*²⁴. Il concetto di *nudging*, espresso in italiano come “spinta gentile”, indica l’utilizzo da parte del decisore pubblico (*nudger*) di strategie di persuasione inconscia tali da influenzare le condotte delle persone, in assenza di costruzioni, indirizzando le loro scelte verso la direzione dagli stessi desiderata, attraverso la riorganizzazione del contesto in cui gli individui assumono le loro decisioni²⁵.

La teoria viene definita per la prima volta nel 2008, da Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, come “*qualsiasi aspetto dell’architettura delle scelte che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile, senza proibire alcuna opzione o modificare in misura significativa gli incentivi economici. Per essere considerato un semplice pungolo, l’intervento deve poter essere evitato facilmente e senza costi eccessivi*”²⁶. L’idea consegue alle intuizioni di Simon sul concetto di razionalità limitata del decisore umano, il quale ha dimostrato che l’uomo è dotato di una razionalità limitata, in virtù della quale spesso assume le decisioni utilizzando scorciatoie cognitive che inficiano il processo decisionale, causando errori sistematici²⁷. Il modello dell’“*homo oeconomicus*”, per il quale l’essere umano è un agente razionale, e del *rein Typus* weberiano²⁸, viene abbandonato e sostituito con quello dell’“*homo euristicus fallax*”, le cui scelte sono spesso condizionate da fallimenti cognitivi denominati *bias* ed euristiche²⁹. Richard H. Thaler e Cass. R. Sunstein assumono un approccio di tipo dualista alla mente teorizzato da Kahneman, in base al quale vi sarebbero due classi di processi cognitivi e decisionali: il Sistema 1 e il Sistema 2. Il Sistema 1 è associato alle rea-

²⁴ M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 442.

²⁵ M. GALLETTI, *Il volto manipolatorio del paternalismo libertario. Spinte gentili ed etica della manipolazione*, in *Iride*, 3, settembre-dicembre 2020, 509; A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo. Presupposti e limiti al suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, 43.

²⁶ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN (traduzione di A. OLIVIERI), *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2021, 19.

²⁷ H.A. SIMON, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, Vo. 69, 1955, 99 ss. richiamato anche in G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Dir. econ.*, anno 68, 107, 1, 2022, 43.

²⁸ Si rimanda all’analisi svolta in G. BOMBELLI, *Processi decisionali e categorie giuridiche: tra razionalità “classica” e spunti del nudging*, cit., 29.

²⁹ M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, cit., 443.

zioni viscerali, è impulsivo, incontrollato, spontaneo, associativo, rapido, inconsapevole, abile; dall'altro lato, il Sistema 2 è quello riflessivo, dunque, è controllato, mediato, deduttivo, lento, ligio alle regole³⁰. L'essere umano sarebbe prigioniero del Sistema 1, dal quale discenderebbero condotte assunte automaticamente “*with little or no effort, and no sense of voluntary control*”³¹. Ne consegue che, stante il superamento della razionalità perfetta, per la psicologia cognitiva tali comportamenti di *default* non consistono in condotte razionali estrinsecazione del paradigma della razionalità dell'uomo weberiano, ma, al contrario, sono necessariamente irrazionali e di minore trasparenza cognitiva, poiché caratterizzate da errori e distorsioni del giudizio. Tali fallacie cognitive giustificherebbero, ad avviso degli autori del *nudge*, gli interventi dello Stato nella sfera del singolo, per rendere le scelte e le azioni delle persone quanto più possibile conformi al Sistema 2, attraverso la costruzione di un contesto decisionale capace di allineare i comportamenti al paradigma della razionalità³². Il superamento della teoria della razionalità classica, però, qualificando l'uomo come essere irrazionale, ne determina un declassamento in termini di libertà e autonomia³³, normalizzando l'adozione di “catene invisibili”³⁴. Per ovviare a tale critica, gli autori definiscono la *nudge theory* con l'ossimoro di “paternalismo libertario”: paternalistica, in quanto legittima l'intervento dei pubblici poteri in qualità di “architetti delle scelte” diretto ad influenzare il comportamento dei consociati con l'intento di agevolare la realizzazione delle loro preferenze; libertaria, perché lascia liberi gli individui di non scegliere l'alternativa suggerita³⁵. A differenza del paternalismo giuridico tradizionale, il soggetto sarebbe libero di compiere una scelta diversa da quella auspicata dal decisore pubblico³⁶. La base empirica su cui poggia il paternalismo libertario “soft” è, dunque, costituita essenzialmente da due pilastri descrittivi: l'assunto che le persone manchino di razionalità, in quanto compiono errori sistematici di ragionamento per i limiti cognitivi di cui

³⁰ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, traduzione di A. Olivieri, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., 48 ss.

³¹ D. KAHNEMAN, *Thinking, fast and slow.*, Farrar, Straus & Giroux, New York, 2011, 20, richiamato in T. GRÜNE-YANOFF, R. HERTWIG, *Nudge versus boost: How coherent are policy and theory?*, in *Minds and Machines*, 26, 2016, 164.

³² M. GALLETTI, *Il volto manipolatorio del paternalismo libertario. Spinte gentili ed etica della manipolazione*, cit., 510-511; M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, cit., 444.

³³ Y.M. CITINO, *Prime riflessioni sul “nudge” come tecnica di intervento nel diritto costituzionale*, in *Nomos*, 3, 2023, 26.

³⁴ G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, cit., 60.

³⁵ A. CANDIDO, *La nudge regulation. Interpretazioni dottrinali e prime applicazioni pratiche*, in *Amministrazione in cammino*, luglio 2012, 3.

³⁶ Y.M. CITINO, *Prime riflessioni sul “nudge” come tecnica di intervento nel diritto costituzionale*, cit., 3.

soffrono; e l'idea che siano difficilmente educabili, ossia che la propensione a commettere errori difficilmente possa essere corretta e sostituita con strategie cognitive che non siano vittime degli stessi limiti.

Tuttavia, è stato osservato in dottrina come il *nudge* sia “*difficilement intégrables dans les schémas traditionnels de conception des politiques publiques, les Nudges apparaissent comme un produit d'importation, indissociable d'une tradition anglo-saxonne*”³⁷. Queste politiche, infatti, sono concepite diversamente nei paesi di tradizione non anglosassone, proprio in virtù della centralità che il diritto occupa in questi ultimi³⁸. Mentre britannici e americani hanno accolto il *nudge* con fervore, in Europa l'associazione con il paternalismo ha suscitato numerose perplessità sulla sua compatibilità con il complesso della democrazia e i principi sottesi³⁹.

In Europa, lo Stato di diritto costituisce uno dei valori fondanti, e, come noto, a tale principio corrisponde l'obbligo di astensione per i governi dal prendere decisioni arbitrarie e la garanzia per i cittadini di poterne contestare l'operato dinanzi a un tribunale indipendente, che mal si concilia con la politica di deregolamentazione del *nudge* e l'utilizzo di tecniche spesso non trasparenti nell'uso delle spinte gentili. Al contrario, il carattere materiale di derivazione *common law* comporta un diritto imprevedibile e non legato a casi specifici, la giustizia di un *kadi* ostacolerebbe o, comunque, ritarderebbe il processo di consolidamento di proposizioni giuridiche, comportando un'attenuazione del processo di razionalizzazione del diritto. Sicché risulta giustificata in tale contesto l'intrusione paternalistica in vista di un adeguamento delle condotte ad obiettivi prestabiliti, posta in essere attraverso l'allestimento da parte dei pubblici poteri dei contesti decisionali dei singoli verso paradigmi razionali determinati⁴⁰. Potrebbe addirittura parlarsi di una sorta di transizione silenziosa verso un razionalismo formale “occulto”, costretto a nascondersi dietro l'insormontabile materialità che connota i sistemi di *common law*.

5. La scienza comportamentale del boosting

Lo psicologo tedesco Gerd Gigerenzer ha sviluppato negli anni un modello empirico-descrittivo alternativo a quello suggerito dagli economisti comporta-

³⁷ Ivi, 24, ove si richiama J. CHEVALLIER, *Les Nudges dans la modernisation de l'action publique. Nudges et normativités. Généalogies, concepts et applications*, Hermann, Parigi, 2018, 229.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, 3, If Press, Roma, 2018, 9 ss.

⁴⁰ R. MARRA, *La libertà degli ultimi uomini. Studi sul pensiero giuridico e politico di Max Weber*, cit., 155 ss.

mentali e paternalisti libertari, più adatto alla cultura europea: c.d. “*boosting*”. Infatti, la teoria del *boosting*, proponendosi di “alfabetizzare al rischio” migliorando “*in maniera stabile le competenze decisionali già presenti nelle persone e di inserirne di nuove*”⁴¹, si rivela maggiormente compatibile con il concetto di democrazia.

Benché entrambe le teorie condividano gli approdi circa la razionalità limitata dell'uomo teorizzati da Simon, gli esiti cui giungono sono diversi. Ed invero, se per i sostenitori della teoria del *nudge* l'essere umano è destinato ad essere vittima di un processo decisionale automatico e difettoso, ossia la risposta del Sistema 1 caratterizzata da carenze cognitive di difficile superamento, è giustificabile e auspicabile un'interferenza della mano pubblica nella sfera privata dei singoli per facilitarne la scelta migliore. Al contrario, i sostenitori del *boosting* ritengono che la lacuna di razionalità dell'uomo possa essere colmata e che, pertanto, le persone possano essere “educate” a riconoscere e prevenire un processo cognitivo errato⁴². Di qui lo scostamento dagli assunti di Kahneman, per il

⁴¹ R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, Il Mulino, Bologna, 2018, 187 richiamato in M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, cit., 457.

⁴² Si riporta l'interessante esperimento psicologico di “Linda” descritto in G. GIGERENZER, *Decisioni intuitive. Quando si sceglie senza pensarci troppo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2009, 93 ss.

Lo sperimentatore sottopone il seguente problema:

“Linda ha trentun anni, sta da sola, ama parlar chiaro ed è parecchio intelligente. È laureata in filosofia. Da studentessa si interessava molto dei problemi di discriminazione e giustizia sociale, e andava alle dimostrazioni antinucleari. Quale di queste due alternative è più probabile?

– Linda fa la cassiera in banca.

– Linda fa la cassiera in banca ed è attiva nel movimento femminista.”.

L'autore si rivolge ai lettori chiedendo quale alternativa abbiano scelto, precisando che se le loro intuizioni funzionano come quelle della maggioranza, quasi sicuramente sarà stata scelta la seconda opzione. Tuttavia, è la risposta sbagliata, perché una congiunzione di due eventi (Linda fa la cassiera in banca ed è attiva nel movimento femminista) non può essere più probabile di uno solo dei due (Linda fa la cassiera in banca). Tversky e Kahneman descrivono questo errore come “fallacia della congiunzione”, sostenendo la naturale illogicità degli esseri umani.

Gigerenzer si interroga se la risposta della maggioranza consegua effettivamente ad un errore di ragionamento oppure si fondi su un'intuizione intelligente a livello di conversazione quotidiana. Il problema è, infatti, che la maggioranza attribuisce al termine “probabile” il significato di “possibile, concepibile, plausibile, ragionevole e tipico” e solo pochi quello di “frequente” o altro significato matematico. Pertanto, la cosiddetta fallacia è plausibilmente a livello di intuizione quotidiana e non di errore di ragionamento e riguarda la capacità di infierire il significato di un enunciato attraverso le leggi di conversazione. Ne consegue che, se si domanda:

“Ci sono cento persone che corrispondono alla descrizione [di Linda] data sopra. Quante di queste sono:

– cassiere di banca?

– cassiere di banca e attive nel movimento femminista?”.

In tal modo, escludendo i significati di “probabile”, la fallacia dovrebbe in gran parte sparire. La domanda sarebbe stata, dunque, posta in maniera sbagliata senza tenere conto dei fatti psico-

quale il *bias*, che si fonda su percezioni errate e deformate, consegue in prima battuta ad un Sistema 1 dalla risposta automatica e immediata, generante un giudizio necessariamente distorto; viceversa, per Gigerenzer è l'euristica, quale scorciatoia cognitiva, a sorgere in prima battuta tra il momento di produzione della scelta deliberativa e la sua accettazione, potendo la risposta anche nascere depurata da distorsioni cognitive e macchiarsi del *bias* solo in seconda battuta.

Tali approcci discendono da due differenti programmi di ricerca: “*heuristics and biases program*” (HB) and “*the simple heuristics program*” (SH)⁴³. I ricercatori del programma HB, partendo dall'assunto della razionalità limitata dell'uomo quale “legno storto” naturalmente impossibile da emendare, si sono dedicati alla costruzione e catalogazione di una “mappa dei pregiudizi sistematici”⁴⁴. Sulla scorta di questo approccio, gli autori del *nudge* hanno ritenuto che il paternalismo libertario sia la migliore scelta possibile per tentare di porre rimedio all'inevitabile conseguenza dannosa di tali pregiudizi. Al contrario, il programma SH, da cui sgorga l'approccio del *boost*, sostiene debbano essere adottati degli interventi idonei a fornire competenze e conoscenze all'individuo in ordine alle informazioni e all'ambiente in cui assume le sue decisioni, partendo dalla considerazione che le competenze dell'essere umano possano essere arricchite e modellate ed egli possa essere dotato di strumenti che gli consentano di correggere il proprio processo decisionale, accorgendosi dell'errore cognitivo prima che venga posto in essere. Ciò in quanto, a differenza del programma HB, il filosofo tedesco non considera i limiti cognitivi sempre qualcosa di negativo, ma ritiene possano a volte risultare la decisione migliore, traducendosi in scelte più veloci, meno costose e più precise di strategie complicate⁴⁵. In un contesto di incertezza e tempi ridotti, talvolta “*meno è più*” perché strategie complesse rischiano di condurre fuori strada prendendo in esame gran quantità di informazioni spesso irrilevanti⁴⁶. Una regola del pollice o “euristica” consente invece di prendere una decisione rapidamente senza bisogno di molte informazioni, ma in maniera accurata. Tali regole di *default* discenderebbero da una capacità morale innata che contraddistingue l'essere umano. L'intelligenza non è dunque cosa astratta per il programma SH, ma si concretizza nella capacità di saper optare

logici. Pertanto, il problema per l'autore, non è stabilire se le intuizioni seguano le leggi della logica, ma quali siano le regole del pollice inconscie che stanno alla base di certe intuizioni sul significato.

⁴³ T. GRÜNE-YANOFF, R. HERTWIG, *Nudge versus boost: How coherent are policy and theory?*, cit., 149.

⁴⁴ D. KAHNEMAN, *Maps of bounded rationality: Psychology for behavioral economics*, in *The American Economic Review*, 93, 2003, 1449.

⁴⁵ T. GRÜNE-YANOFF, R. HERTWIG, *Nudge versus boost: How coherent are policy and theory?*, cit., 151.

⁴⁶ G. GIGERENZER, *Imparare a rischiare. Come prendere decisioni giuste*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2015, 111 ss.

per la decisione più adatta scegliendo dalla cassetta di regole a disposizione di ciascun individuo; operando alla stregua della silenziosa competenza di un falegname che sa quale attrezzo usare attingendo dalla propria “cassetta degli attrezzi”⁴⁷. Al contrario la logica è superiore all’intuizione in un contesto di rischi conosciuti che corrispondono al “*senno di poi*”, dove, a cose fatte, si può spiegare tutto in dettaglio⁴⁸. L’approccio di *boost* ha, quindi, un obiettivo educativo esplicito⁴⁹. L’uomo non è irrimediabilmente irrazionale, ma semplicemente non è alfabetizzato al rischio: “*education would be the better weapon*”⁵⁰ affermava Gigerenzer. I sostenitori di questa teoria di matrice europea la ritengono un’alternativa al *nudge*, definendo il *boost* quale scienza comportamentale avente lo scopo di “*empowering people by expanding (boosting) their competences and thus helping them to reach their objectives*”⁵¹, sicché il privato e, a maggior ragione, il funzionario pubblico per l’importanza del ruolo che riveste non rimanga vittima delle proprie lacune cognitive nel raggiungere gli obiettivi che si pone. Gli interventi di *boosting*, dunque, richiedono una cooperazione attiva dell’individuo nel tentativo di aiutare le persone a superare gli errori sistematici in cui possono incorrere per raggiungere obiettivi che non sono presupposti o predeterminati dal potere pubblico⁵². Mentre, secondo il paternalismo libertario è necessario cambiare il comportamento delle persone sfruttando i loro *bias* e fallacie per consentirgli di raggiungere le proprie preferenze; ciò presuppone che l’architetto delle scelte, non solo conosca gli obiettivi della popolazione e la loro distribuzione, ma sia anche meno incline a cadere in errore rispetto all’uomo medio⁵³.

6. L’agire pubblico e il nudge

Nel campo della pubblica amministrazione la tecnica del *nudge* è già stata largamente utilizzata. Le scienze comportamentali come il *nudge* non si pongono quale strumento in posizione servente rispetto alla corretta interpretazione e

⁴⁷ *Ivi*, 35 ss.

⁴⁸ *Ivi*, 141-142.

⁴⁹ T. GRÜNE-YANOFF, R. HERTWIG, *Nudge versus boost: How coherent are policy and theory?*, cit., 159.

⁵⁰ G. GIGERENZER, *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*, in *Rev. Phil. Psych.*, 6, 2015, 376.

⁵¹ T. GRÜNE-YANOFF, R. HERTWIG, *Nudge versus boost: How coherent are policy and theory?*, cit., 156, richiamato anche in L. CONGIU, I. MOSCATI, *A review of nudges: definitions, justifications, effectiveness*, in *Journal of Economics surveys*, 36, 1, 2022, 202.

⁵² T. GRÜNE-YANOFF, R. HERTWIG, *Nudge versus boost: How coherent are policy and theory?*, cit., 177.

⁵³ *Ivi*, 162 ss.

applicazione di norme, ma intercettano direttamente la questione oggetto di regolazione giuridica, perché si traducono in uno strumento immediatamente spendibile per orientare le condotte umane in vista del perseguimento di fini ritenuti desiderabili in via eteronoma dal soggetto organizzato⁵⁴. Si è in presenza, quindi, di una logica diversa dalla tradizionale imposizione del *command and control*, fondata su tecniche di persuasione: da un lato, potenzialmente più insidiose rispetto al diritto imperativo, perché quest’ultimo limita il potere giuridico in modo trasparente e lascia intatta l’autonomia interna⁵⁵; dall’altro lato, in attuazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione di cui all’art. 97 Cost. e del tema dell’amministrazione di risultato, tali strumenti offrono ampie garanzie che le condotte dei funzionari pubblici si adegueranno alla volontà “eterodirezionata” dalla mano pubblica⁵⁶. L’associazione con il tema della deresponsabilizzazione del funzionario pubblico si innesta, però, come riflesso automatico.

7. *L’evoluzione dell’elemento soggettivo della responsabilità amministrativo-contabile: uno “scudo erariale” di impunità per le condotte commissive colpose*

Come noto, per il suo configurarsi, la responsabilità amministrativo-contabile richiede anche la presenza dell’elemento soggettivo, che è stato al centro dell’evoluzione normativa che ha contrassegnato l’istituto. Se, inizialmente, l’agente pubblico rispondeva del danno arrecato alla pubblica amministrazione a titolo di dolo e colpa; a seguito della novella ad opera dell’art. 3, comma 1, lett. a), legge 20 dicembre 1996, n. 639, il legislatore ha generalizzato il regime eccezionale e derogatorio di innalzamento della soglia di punibilità alla *culpa lata* riservato unicamente ad alcune categorie di pubblici dipendenti, al fine di non disincentivare il funzionario pubblico dall’adottare atti complessi e, correlativamente, spingere la pubblica amministrazione ad agire nell’ottica del risultato, dell’efficienza e dell’economicità⁵⁷. Tale regime è stato avallato dalla Corte Co-

⁵⁴ A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo. Presupposti e limiti al suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 43.

⁵⁵ Y.M. CITINO, *Prime riflessioni sul “nudge” come tecnica di intervento nel diritto costituzionale*, cit., 505.

⁵⁶ A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo. Presupposti e limiti al suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 60 ss.

⁵⁷ Cfr. A. CANALE, *L’elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei Conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Giuffrè, Milano, 2019, 82; C. PAGLIARIN, *Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei Conti*, Cedam, Padova, 2002, 198; S. PICCIONE, *La responsabilità era-*

stituzionale che, con sentenza 20 novembre 1998, n. 371, ha escluso i profili di illegittimità costituzionale sollevati dal giudice contabile e ha sancito la legittimità della modifica introdotta con la riforma del 1996, riconoscendo la discrezionalità del legislatore nella determinazione dei comportamenti costitutivi titolo di responsabilità, nonché del grado di colpa richiesto, e nell'individuazione dei soggetti ai quali sia ascrivibile la responsabilità, nel limite della ragionevolezza e non per mezzo di scelte arbitrarie⁵⁸.

La Corte Costituzionale ha ritenuto la scelta in sintonia con l'evoluzione normativa verso la valorizzazione dei risultati dell'azione amministrativa, appunto perseguita attraverso la predisposizione di un assetto normativo volto ad evitare che il timore delle responsabilità ancorato al parametro della *culpa levis* esponesse a rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa⁵⁹. In particolare, il giudice delle leggi ha qualificato positivamente tale limitazione, ritenendo che, nel combinare elementi restitutori e di deterrenza, la disposizione in questione consenta di ricercare un punto di equilibrio tra il *quantum* di rischio da attribuire all'apparato e quello a carico del dipendente, al fine di rendere la responsabilità una ragione di stimolo per gli agenti pubblici e non di disincentivo⁶⁰.

Senonché, la diffusione della pandemia da Covid-19 ha intaccato, oltre il complesso dei servizi riconducibili al sistema sanitario, anche l'intero sistema economico, determinando una grave emergenza. Ne è scaturita la necessità di interventi che introducessero un sistema normativo dell'*agere* amministrativo idoneo ad escludere ambiguità o incertezza e tale da ridurre il margine di errore dei funzionari pubblici⁶¹. Questa esigenza è conseguita all'intensificarsi del fenomeno ormai noto come "burocrazia difensiva", ossia il timore dei soggetti che operano per l'amministrazione pubblica di essere sottoposti a giudizio per danno erariale, sfociante nell'inerzia attendista, nel temporeggiamento alla tempe-

riale alla luce delle modifiche introdotte dal DL Semplificazioni, in *GiustAmm.it*, 1, 2021; L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2001, 86; V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2018, 366-367; V. TENORE, A. NAPOLI, *Studio sulla responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei Conti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019, 315-316.

⁵⁸ S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2003, 83-84; V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 370-371.

⁵⁹ V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 371.

⁶⁰ Cfr. Corte Cost., 20 novembre 1998, n. 371, in *Gazz. giur.*, 1998, 44, 40, in *Corr. giur.*, 1999, 1, 116, in *Giur. it.*, 1999, 1059, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 8, 769, nota di A. BALDANZA, in *Foro amm.*, 1997, 11-12, in *Giur. cost.*, 1998, 6, in *Rass. Adv. Stato*, 1999, I, 8. In merito, si veda A. CANALE, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, cit., 83; V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 370-371.

⁶¹ P. BRIGUORI, *La sopravvivenza della giurisdizione della Corte dei Conti tra scudo erariale e dolo "penalistico"*, in *Azienditalia*, 2021, 4, 722 ss.

stività e nella condivisione della scelta, meno temuta rispetto all’assunzione solitaria della responsabilità.

Tale attitudine rappresenta un freno all’azione amministrativa.

La situazione pandemica ha, infatti, intensificato il c.d. “timore della firma” dei funzionari pubblici, dato l’elevato rischio di compiere errori dovendo operare con urgenza in situazioni di elevata incertezza⁶². A tal proposito, il legislatore, consapevole della problematica attitudine dei funzionari pubblici, è intervenuto limitando la responsabilità amministrativa, con l’intenzione di scongiurare la paura della firma ed incentivare l’efficienza dell’azione amministrativa, attraverso l’adozione dell’art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. “Decreto semplificazioni”), convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120.

È stato, dunque, introdotto un nuovo regime attenuato di responsabilità erariale, in virtù del quale è stata limitata temporaneamente la responsabilità amministrativo-contabile ai casi di danno conseguente ad un comportamento attivo dolosamente voluto, serbato tra il 17 luglio 2020 e il 30 aprile 2025 (in origine il termine era il 31 dicembre 2021), mentre per le condotte omissive il funzionario pubblico continua a rispondere anche a titolo di colpa grave⁶³. La Corte Costituzionale, nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla conformità del modello della responsabilità amministrativo-contabile con la Carta costituzionale, con sentenza 16 luglio 2024, n. 132, ha dichiarato la legittimità costituzionale dell’introdotto scudo erariale. In sintesi, il giudice delle leggi ha ritenuto che il regime di responsabilità erariale dei funzionari pubblici risenta del cambiamento che ha caratterizzato la pubblica amministrazione. Il consolidamento dell’amministrazione “di risultato” e i profondi mutamenti del contesto in cui opera avrebbero accentuato la “fatica dell’amministrare”, rendendo difficile l’esercizio della discrezionalità amministrativa e stimolando, come reazione al rischio percepito di incorrere in responsabilità, la “burocrazia difensiva”. Ciò in quanto l’amministrazione risulta sempre meno relegata all’assunzione del già deciso con legge, ma orientata al risultato e, pertanto, investita del compito di scegliere, entro un ventaglio ampio di possibilità, i mezzi di azione più adeguati al soddisfacimento dell’interesse pubblico operando entro un termine circoscritto.

Se, da un lato, gli spazi di discrezionalità e di merito amministrativo hanno registrato una progressiva crescita, inevitabile conseguenza è stato anche il correlato inasprimento delle possibilità di errore da parte dell’agente pubblico e, dunque, della scelta dell’opzione di inerzia. Quest’ultima risulta peraltro alimentata anche dall’incertezza provocata da una disciplina che si affida ad un concet-

⁶² C. GRECO, *La responsabilità erariale dopo il d.l. “semplificazioni”*, in *amministrativistivene- ti.it*; C. MICCICHÉ, *L’amministrazione e le sue responsabilità patrimoniali ai tempi dell’emergenza da Covid-19*, in *JusOnline*, 6, 2020, 96 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2020, 764-765.

⁶³ P. EVANGELISTA, Corte dei Conti, *Inaugurazione anno giudiziario 2021*; Procura regionale presso la sezione giurisdiz. per il Veneto, Venezia, 5 marzo 2021, 5.

to giuridico indeterminato, quale quello della colpa grave, anziché procedere ad una sua tipizzazione. Sarebbe, quindi, giustificata la ricerca legislativa di nuovi punti di equilibrio che riducano la quantità di rischio dell'attività del funzionario, affinché il regime di responsabilità non sia avvertito come un disincentivo. La Corte Costituzionale, dunque, pur riconoscendo l'impossibilità di adottare un regime ordinario di limitazione alle ipotesi di dolo che addosserebbe il rischio in maniera sproporzionale in capo alla collettività, ha comunque ammesso la possibilità per il legislatore di modulare temporaneamente in tal senso la responsabilità contabile in funzione del contesto sociale, istituzionale e giuridico in cui si trova ad operare l'agente pubblico, avuto riguardo al particolare contesto emergenziale dalla quale è scaturita. Altresì, il giudice delle leggi ha giustificato la sopravvivenza di quello che avrebbe dovuto essere un regime temporaneo anche nell'attuale fase successiva alla crisi economica provocata dalla pandemia, stante la necessità di agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), che ben potrebbe essere favorito dal permanere di questa opzione di semplificazione; evidenziando, però, la necessità di una complessiva riforma dell'istituto, che ristabilisca la coerenza tra la disciplina e le richiamate trasformazioni dell'amministrazione, poiché *"in assenza di simili interventi, il fenomeno della burocrazia difensiva, dopo la scadenza del regime provvisorio oggetto della disposizione censurata, sarebbe destinato a riespandersi e la percezione da parte dell'agente pubblico di un eccesso di deterrenza tornerebbe a rallentare l'azione amministrativa"*⁶⁴.

8. Scudo erariale: un agire incentrato sullo scopo

Alla luce delle considerazioni svolte, appare manifesta l'associazione tra l'introdotta "scudo erariale" e il tema del *nudge*.

In particolare, si tratta di *nudging* c.d. "non trasparente": impercettibile dal punto di vista formale, quanto pregnante dal punto di vista sostanziale⁶⁵, perché capace di sostituire l'atto di libera scelta dell'agente con una volontà *ex ante* determinata dal soggetto pubblico attraverso strategie razionali di influenza della condotta. Il legislatore, in conformità con i risultati tratti dalla scienza comportamentale del *nudging*, individua i fattori condizionanti il fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva", al fine di creare un contesto decisionale capace di indirizzare le scelte comportamentali verso lo scopo proprio voluto dall'amministrazione⁶⁶. E tale contesto decisionale, su cui da diversi anni si inserisce l'agire

⁶⁴ Corte Cost., sent. 16 luglio 2024, n. 132 (punto 11).

⁶⁵ Così A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti al suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 41.

⁶⁶ G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, cit., 44.

dell'agente pubblico, è proprio quello di uno scudo erariale di impunità per le condotte commissive gravemente colpose. L'obiettivo di stimolare l'attività degli agenti pubblici in tale contesto specifico e provvisorio per rimettere in movimento il motore dell'economia emergerebbe, altresì, dalla limitazione dell'intervento alle sole condotte attive. Sul punto, la relazione illustrativa al c.d. “Decreto semplificazioni”, d.l. n. 76/2020, chiarisce che l'intento è fare in modo che “*i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni e inerzie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al dolo*”⁶⁷.

L'assunto discende dagli esiti raggiunti degli autori del *nudge*, che fondano il proprio modello sul presupposto che l'individuo non sempre preferisce compiere una libera scelta e, se costretto a farlo, potrebbe non esserne felice⁶⁸; pertanto, evita in numerose occasioni di compiere scelte attive. L'opzione di scelta può essere avvertita come un fardello del quale non si ricava alcun beneficio⁶⁹ e la “precauzione” diventa il principale antidoto alla paura⁷⁰. L'assunzione della responsabilità viene percepita come maggiormente pericolosa del danno stesso e si traduce in una fobia paralizzante del decidere. Il funzionario pubblico avverte dunque l'atto della firma come un momento di insicurezza, abbandono e solitudine di fronte alle incertezze del mondo amministrativo. Tale sentimento si ritrova nel pensiero di Kafka, tradotto nell'asserzione “*tu sei libero d'agire e perciò sei perduto*”⁷¹. L'inerzia giustificerebbe l'intrusione governativa⁷². Il legislatore della responsabilità amministrativo-contabile, secondo tale lettura, intende offri-

⁶⁷ Cfr. Relazione illustrativa, in *ItaliAppalti.it*, 43.

⁶⁸ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, traduzione di A. Olivieri, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., 48 ss. Si veda S. FOÀ, G. MONTEDORO, *Dialogo sulla nuova oggettività*, Editoriale scientifica Lettere, Napoli, 2024, 47.

Sul favore verso l'esonero burocratico dalla responsabilità sono offerti importanti spunti di riflessione in G. CUOZZO, *Castelli di carta. Kafka e la filosofia della burocrazia*, Collana: Filosofia, n. 30, Editoriale Jouvence, Milano, 2019, 16, il quale richiama, tra gli altri, il seguente passaggio tratto da W. FERGUSON, *Felicità*, 2002, trad. it. di A. Buzzi, Feltrinelli, Milano, 2011, 279: “*Io ho dato alla gente ciò che voleva: non la libertà, con il suo pesante fardello di responsabilità, ma la sicurezza. Sicurezza di non dover pensare. Sicurezza da sé stessi. Io so che cosa vuole la gente: non vuole essere libera, vuole essere felice. E le due cose spesso si escludono a vicenda*”.

⁶⁹ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo liberatorio*, Università Bocconi Editore, Milano, 2015, 115, richiamato in M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, cit., 453.

⁷⁰ Tali conclusioni sono presentate in C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, il Mulino, Bologna, 2010. Si veda anche il richiamo in O. DI GIOVINE, *Dal “diritto della paura” al “diritto alla paura”*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, XIX,1, giugno 2019, 102.

⁷¹ F. KAFKA, *Frammenti da quaderni e fogli sparsi*, in *Idem, Confessioni e diari*, (a cura di) E. POCAR, Milano, Mondadori, 2013, 850, richiamato in G. CUOZZO, *Castelli di carta. Kafka e la filosofia della burocrazia*, cit., 89.

⁷² M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, cit., 448.

re un riparo alla nuda assunzione di responsabilità attraverso uno “scudo” di protezione per il funzionario pubblico.

La deriva sembra muovere verso un inevitabile effetto di deresponsabilizzazione.

Non v'è chi non veda che l'obiettivo perseguito con l'introduzione dello scudo erariale sia lodevole e che la tecnica proposta dal *nudge* offra ampia garanzia che le condotte dei funzionari pubblici si adegueranno a quanto sperato dall'apparato pubblico⁷³, ma è il mezzo utilizzato a destare perplessità, perché sembra stridere con i principi cardine dell'*agere* amministrativo, quali quello della trasparenza, della fiducia, del buon andamento della pubblica amministrazione e della proporzionalità, nel senso di adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini.

Seppure Sunstein operi una netta differenziazione tra paternalismo dei mezzi (a cui di regola si conforma il *nudge*) e dei fini⁷⁴, nel campo del diritto pubblico tale distinzione è destinata a sfumare, perché la pubblica amministrazione deve perseguire il bene della collettività, a discapito degli interessi particolari dei singoli.

Non è libero il fine, e non sono liberi i mezzi.

Eppure, di fronte al passaggio da un'amministrazione che doveva semplicemente dare esecuzione alla legge secondo il modello dello Stato di diritto liberale ad una amministrazione che deve raggiungere determinati obiettivi di *policy* e che risponde dei risultati economici e sociali conseguiti, il legislatore si è visto costretto a reagire all'immobilizzazione, scegliendo di favorire condotte commissive in luogo della ordinaria “paralisi della firma” della quale l'agente pubblico continua a rispondere sia a titolo di dolo che di colpa grave. In tal modo, però, al pericolo generato dell'inerzia si sostituisce il pericolo dell'assunzione di una scelta “a qualunque costo”.

Il principio di fiducia risponde – con un accostamento ossimorico – all'evidente mancanza di fiducia dell'amministrazione nei propri agenti. In nome della logica del risultato si sacrifica l'assunzione di responsabilità, si legittima l'intrusione dell'autorità nel processo decisionale, dando così avvio ad un processo di infantilizzazione del funzionario pubblico alleviato dall'onere di responsabilità delle proprie azioni.

⁷³ A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti al suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 60-72.

⁷⁴ Secondo Sunstein il paternalismo dei mezzi – a cui si conforma il *nudge* – influenza la scelta sui mezzi lasciando liberi gli obiettivi, mentre il paternalismo dei fini influenza la scelta sui fini lasciando liberi i mezzi. Per un'analisi approfondita si veda C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo liberatorio*, cit., 15-16 e il richiamo operato in G. TUZET, *Nudge, paternalismi e principio del danno. Nota su un libro di Cass Sunstein*, in *Ragion Pratica*, 2, dicembre 2019, 641.

9. Verso un nuovo “merito” amministrativo

Si assiste ad un graduale passaggio da una regolazione chiusa per norme ad una regolazione aperta per principi. Le ripercussioni sul tema della sindacabilità sono inevitabili. Sorgono problematiche: *ab origine*, stante la tecnica di persuasione della proposta del *nudge* che, più che a opzioni tecniche, risponde a scelte di tipo politico-amministrativo caratterizzate da grande discrezionalità⁷⁵; sia, per quanto qui di rilievo, a valle, stante l'inevitabile allargamento del perimetro di spazio di manovra riservato al merito amministrativo che la nuova limitazione di responsabilità comporta.

L'incentivo della deresponsabilizzazione verso l'incondizionata assunzione della firma in nome del principio del risultato amplia inevitabilmente il potere valutativo e la discrezionalità dell'agente pubblico, aprendo a nuove forme di “merito” e a nuovi confini con la discrezionalità amministrativa, non sindacabile se non entro i margini di scrutinio consentiti per eccesso di potere⁷⁶.

Il cammino intrapreso sembra tendere alla convergenza tra principi e dettagli che si traduce in forme di “autoregolazione”. La definizione del particolare è ora in capo all'amministrazione. Se prima l'agire amministrativo era quantomeno assoggettato ad una disciplina di dettaglio che consentiva un sindacato del contenuto alla luce del principio di logicità, ragionevolezza, proporzionalità; oggi, il passaggio ad una disciplina astratta per principi sottrae al giudice l'oggetto su cui esercitare il proprio controllo e determina la creazione di questo nuovo spazio di discrezionalità in capo all'amministrazione.

L'esito che si intravede dalla sostituzione di una disciplina normativa puntuale di dettaglio con una legislazione per principi è, dunque, la trasformazione del ruolo del principio da metro di valutazione dell'operato dell'amministrazione in capo al giudice all'oggetto del controllo. Tale espressione della discrezionalità amministrativa costringerebbe il sindacato giurisdizionale ad arrestarsi

⁷⁵ G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, cit., 47.

⁷⁶ Costituisce principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui la discrezionalità amministrativa non è sindacabile in via generale dal giudice della legittimità “salvo che in ipotesi di eccesso di potere, nelle sue varie forme sintomatiche, quali la manifesta illogicità, la manifesta irragionevolezza, l'evidente sproporzionalità e il travisamento (Cons. Stato, sez. II, 19 aprile 2023 n. 3976; sez. IV, 28 ottobre 2019 n. 7335; sez. IV, 22 marzo 2017 n. 1302; sez. III, 31 maggio 2019 n. 3652; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 ottobre 2023 n. 735)” (T.A.R. Campania, Salerno, sez. III, 24 luglio 2024, n. 1582). Nella fattispecie trattasi di espressione di discrezionalità amministrativa che caratterizza le valutazioni dell'amministrazione in ordine alla gravità dei fatti addebitati in relazione all'applicazione di una sanzione disciplinare. In particolare, è ivi ribadito che “le norme relative al procedimento disciplinare sono necessariamente comprensive di diverse ipotesi e, pertanto, spetta all'Amministrazione, in sede di formazione del provvedimento sanzionatorio, stabilire il rapporto tra l'infrazione e il fatto, il quale assume rilevanza disciplinare in base ad un apprezzamento di larga discrezionalità (Cons. Stato, sez. II, 19 aprile 2023 n. 3976; sez. III, 31 maggio 2019 n. 3652; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 ottobre 2023 n. 735)”.

ai confini di una valutazione sull'attuazione del principio, salvo recuperare una valutazione sulle scelte di merito, che una volta erano ritenute insindacabili.

10. *La tecnica del boosting a servizio della figura del funzionario pubblico: dall'impianto educativo rousseauiano all'alfabetizzazione al rischio di Gigerenzer*

Un'alternativa percorribile può essere rintracciata nella tecnica comportamentale di matrice europea del *boosting*.

La differenza con gli interventi di *nudging* è rappresentata dal fatto che questi ultimi mirano a cambiare il comportamento delle persone sfruttando i loro *bias* e fallacie, mentre gli interventi di *boosting* cercano di aiutare l'uomo a superare tali errori sistematici, ampliandone la capacità e le competenze per raggiungere i propri obiettivi e, pertanto, sono maggiormente trasparenti perché richiedono la cooperazione attiva dell'individuo⁷⁷. Tale fine sarebbe perseguibile attraverso un processo di "alfabetizzazione al rischio" che, nel campo dell'agire amministrativo, si tradurrebbe nell'educare il funzionario pubblico al superamento dei propri errori cognitivi, abbattendo con l'acquisizione delle necessarie abilità la barriera della "paralisi della firma".

Le decisioni prudenziali, infatti, proteggono il singolo a spese dell'istituzione e l'avversione al rischio consegue alla paura di commettere errori: "*niente rischi, niente errori, niente innovazione*"⁷⁸ afferma Gigerenzer.

Già nelle riflessioni di John Locke emergeva la necessità di guidare l'intelligenza, cui la volontà stessa che comanda l'azione deve subordinarsi, perché ciò che determina l'uomo ad agire è pur sempre la conoscenza. Di qui la necessità dell'educazione che implica l'acquisto del sapere, senza la quale la mente diventa un ricettacolo di incoerenza⁷⁹. Nell'impianto di riflessione di Rousseau, che parte dall'osservazione della debolezza e della mancanza umana, l'educazione dovrebbe altresì permettere all'uomo di realizzare, in modo pieno, la propria natura, come supplemento volto a colmare le mancanze naturali e come congiunzione per riconciliare natura e cultura⁸⁰. Il lavoro diviene, dunque, la pratica che consente all'essere umano, chiamato a rispettare il contratto sociale rousseauiano, di mostrare la sua natura più profonda. Per tali motivi non può consistere in compiti e ordini automatizzanti, ma deve realiz-

⁷⁷ T. GRÜNE-YANOFF, R. HERTWIG, *Nudge versus boost: How coherent are policy and theory?*, cit., 177.

⁷⁸ G. GIGERENZER, *Imparare a rischiare. Come prendere decisioni giuste*, cit., 51.

⁷⁹ Tratto da *Grande dizionario enciclopedico*, cit., 1194 ss.

⁸⁰ A. POTESTIO, *Il lavoro e l'educazione in Rousseau*, in *Cqia Rivista*, aprile 2011, 3-13.

zare costantemente quella viva tensione che incita l'uomo ad agire in modo libero e responsabile⁸¹.

Sono intuitive le ricadute del ragionamento riguardo all'attività del funzionario amministrativo e alla necessità di un corretto bilanciamento, in via normativa, tra misure di stimolo ad agire e perimetrazione delle responsabilità connesse allo *status*.

11. Conclusioni

La soluzione migliore non sarebbe, quindi, il paternalismo, ma fornire strumenti di pensiero⁸². L'antidoto al paternalismo, spesso invisibile, è rendere noti i fatti fondamentali, così che ognuno possa prendere una decisione informata⁸³. L'assenza di trasparenza rischia di tradursi in manipolazione. Difficile immaginare che l'acquisizione di razionalità possa discendere dall'automatizzazione dei processi decisionali o dall'alta formalizzazione dei compiti da cui, evidentemente, sfugge ogni insegnamento e crescita per il funzionario pubblico⁸⁴ che agisce ignaro delle ragioni sottese alla propria condotta.

Il paternalismo tratta gli adulti come fossero bambini limitandone la libertà e sostenendo l'idea che l'amministrazione dovrebbe guidare le scelte dei cittadini anziché dar loro delle competenze, dando così avvio a un inesorabile processo di infantilizzazione dell'uomo. Seppur le tecniche di *nudging* consentano un immediato plausibile adeguamento della condotta del funzionario alla volontà del *nudger*, la deresponsabilizzazione non può offrire certezze di stabilità del risultato nel lungo periodo. L'ampliamento degli spazi di discrezionalità amministrativa e l'inevitabile creazione di un "nuovo" merito amministrativo, inteso quale crescita di spazio di manovra per il funzionario pubblico, è forse conseguenza – non premeditata – dell'assunzione di firma "a qualunque costo" in nome del risultato amministrativo. Eppure, si tratterebbe di un risvolto certamente positivo se solo fosse accompagnato dalla crescita delle competenze, delle abilità, degli strumenti decisionali e, dunque, da scelte maggiormente efficienti, compiute da un'amministrazione attenta ai cittadini.

È vero che investire sull'educazione del proprio agente non può garantire che la sua autonomia decisionale converga con la scelta del decisore pubblico, ma costituisce attuazione del principio di fiducia⁸⁵ e, nel lungo termine, potreb-

⁸¹ *Ivi*, 17.

⁸² G. GIGERENZER, *Imparare a rischiare. Come prendere decisioni giuste*, cit., 196.

⁸³ *Ivi*, 223.

⁸⁴ Si rimanda all'approfondita analisi in G. CUOZZO, *Castelli di carta. Kafka e la filosofia della burocrazia*, cit., 109 ss.

⁸⁵ Si vedano le riflessioni svolte in S. FOÀ, G. MONTEDORO, *Dialogo sulla nuova oggettività*,

be condurre ad un risultato stabile e duraturo in termini di miglioramento dell'andamento e dell'efficienza dell'apparato pubblico. L'immobilizzazione sarebbe, quindi, combattuta con la formazione e, probabilmente, il funzionario non avvertirebbe più la necessità di cercare "scudi di protezione" esterni, oggi attuati per il tramite delle menzionate forme di deresponsabilizzazione e della limitazione del sindacato del giudice contabile.

Bisognerebbe interrogarsi, ancor prima, su quale sia il risultato sperato e cosa s'intenda per successo, in chiave di soddisfacimento complessivo dell'interesse pubblico.

cit., 18, secondo cui all'attuazione del principio di risultato deve accompagnarsi quella del principio di fiducia del legislatore verso l'amministrazione e nei rapporti tra amministrazione e consociati.

Giurisdizione contabile e insindacabilità delle scelte discrezionali della P.A.

Emanuela Andreis

SOMMARIO: 1. Il sindacato giurisdizionale della Corte dei conti sulla discrezionalità amministrativa: una *actio finium regundorum*. – 2. La ricostruzione dei confini: dal dato normativo alle pronunce giurisprudenziali. – 3. Il “Decreto Semplificazioni”: scudi della responsabilità e discrezionalità amministrativa. – 3.1. Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa – cenni. – 3.2. Scudo erariale e discrezionalità amministrativa: l’erosione della giurisdizione contabile. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Il sindacato giurisdizionale della Corte dei conti sulla discrezionalità amministrativa: una actio finium regundorum*

“L’insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali” è, come noto, principio sancito dall’art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20¹ nel delimitare il perimetro delle condotte che possono essere sindacate dal giudice contabile.

Tale locuzione evidenzia la volontà del legislatore di impedire il sindacato giurisdizionale della Corte dei conti, nell’accertamento della sussistenza dei presupposti della responsabilità amministrativa per danno all’erario, sull’opportunità e la convenienza amministrativa delle scelte effettuate per il perseguimento dei fini pubblici, vietando ogni ingerenza nell’attività di ponderazione comparata degli interessi. Ciò dunque individuando il merito quale parte “delle scelte discrezionali”, tutte legittime e riconducibili al soddisfacimento del fine, superando così la nota contrapposizione tra merito e legittimità². La norma esclude, al contrario, analogo limite per l’attività vincolata e la c.d. discrezionalità tecnica dell’amministrazione.

La disposizione delinea il limite esterno³ all’esercizio del potere giurisdizio-

¹ Come modificato dall’art. 3 del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639. Tale principio era già stato riconosciuto dalla giurisprudenza: *ex multis* Cass., sez. un., 17 ottobre 1992, n. 11436; Corte conti, sez. I, 31 luglio 1985, n. 172; Id., sez. riunite, 8 ottobre 1982, n. 316; Id., sez. II, 14 ottobre 1974, n. 67.

² Così S. FOÀ, *Gli atti e le responsabilità degli organi di governo pubblici*, in *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, Giappichelli, Torino, 2023, 53.

³ Si segnala un minoritario orientamento secondo cui il sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni della Corte dei conti in sede giurisdizionale attiene ai limiti interni e non a quelli

nale del giudice contabile: sconfinando nella cosiddetta “riserva di amministrazione”, in violazione del principio della separazione dei poteri, si verifica un eccesso di potere giurisdizionale censurabile dinanzi alla Corte di Cassazione ai sensi degli artt. 111, comma 8, Cost. e 207 del codice della giustizia contabile.

Occorre dunque ricostruire quali sono i confini tra la discrezionalità “sindacabile” e, entro questa, quella parte di merito “insindacabile”, ovvero tra il sindacato di legittimità, che verifica la regolarità del processo decisionale alla luce dei principi di logicità e ragionevolezza, e il sindacato di merito, che ha ad oggetto la condivisibilità della decisione concretamente adottata. Come evidenziato dalla Suprema Corte, il discrimine è assai sottile, giacché si tratta di “contemperare due esigenze (ambedue meritevoli di tutela ma talora divergenti), come l’esigenza di impedire e/o sanzionare la dissipazione del pubblico danaro e la necessità di non ingessare l’iniziativa dei pubblici amministratori in confini così angusti da paralizzare o, quanto meno, gravemente condizionarne l’attività”⁴.

Si tratta di un tema dalle radici lontane⁵ ma ancora attuale, irrisolto, complesso e magmatico, comune – seppur nelle ontologiche peculiarità – a tutte le giurisdizioni, in quanto coinvolge i delicati equilibri del principio della separazione dei poteri e del bilanciamento di due poli antitetici: da un lato l’esigenza di controllo della legittimità e della legalità dell’azione amministrativa, da altro lato il rispetto della c.d. “riserva di amministrazione”.

Inoltre, è lo stesso concetto di discrezionalità amministrativa, caratterizzata dal potere di scelta che mira al perseguimento di un interesse pubblico con il minor sacrificio di quelli privati coinvolti⁶, e, più in generale, la conformazione dell’attività amministrativa in ragione della natura, delle caratteristiche e della complessità dei provvedimenti amministrativi da adottare, oltre al rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino in cui questa si iscrive, ad essere in continua evoluzione.

Tale indagine andrà svolta con riferimento al sindacato del giudice contabile nel giudizio di responsabilità amministrativa⁷, ove gli atti e i provvedimenti

esterni della giurisdizione: Corte conti, sez. III app., 3 agosto 2016, n. 377 e Corte conti, Toscana, 26 settembre 2017, n. 187.

⁴ Cass., sez. un., sent. 29 gennaio 2001, n. 33.

⁵ Tra i più significativi: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, ID., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato dir.*, 1941, XX, 439 ss.; A. AMORTH, *Il merito dell’atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 3, 1947; C., MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, Roma, 1936; ID., *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato dir.*, 1941, e, da ultimo, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, 1960, 1099 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 65; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1986.

⁶ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, 1993.

⁷ In tale contesto, sull’ambito di applicazione della c.d. esimente politica si rinvia, in questo Volume, a P. EVANGELISTA, D. VITALE, *Merito ed esimente politica nel giudizio contabile*, 297 ss.

amministrativi non vengono in rilievo in quanto tali, ma come fatti giuridici idonei a modificare la realtà giuridica e a produrre i conseguenti effetti giuridici⁸, e ove l'accertamento non ha ad oggetto la legittimità o illegittimità di un atto, ma la liceità o illiceità di una condotta da cui è derivato un danno erariale⁹. È proprio l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali quale limite alla giurisdizione contabile che rivela il suo carattere estremamente critico, avendo tale sindacato ad oggetto la verifica del perseguimento dell'interesse pubblico senza alcuno spreco delle pubbliche risorse.

2. *La ricostruzione dei confini: dal dato normativo alle pronunce giurisprudenziali*

Occorre in primo luogo osservare che nel testo originario dell'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 non vi era alcun espresso limite per la giurisdizione contabile con riferimento al sindacato su attività di tipo discrezionale. Tale precisazione, articolata nella richiamata "insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali", è stata introdotta con il d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, ravvisando evidentemente il legislatore la necessità di introdurre un limite alla giurisdizione contabile nel sindacare la responsabilità dei funzionari e amministratori pubblici¹⁰, per evitare che il magistrato, attraverso il sindacato delle scelte discrezionali, operi una valutazione nel merito trasformandosi in amministratore, travalicando così lo spazio di azione riservato, appunto, all'amministrazione¹¹.

L'agire libero degli amministratori e dipendenti pubblici nell'ambito dei limiti normativi stabiliti si configura come una condotta giuridicamente consentita o quantomeno non vietata dalle norme, quindi come una sorta di requisito positivo dell'azione finalizzato a tradurre una scelta, tra più opzioni di merito tutte ugualmente lecite e legittime, in un provvedimento decisorio volto all'attuazione di un determinato fine di pubblico interesse rispondente alla causa del potere esercitato.

⁸ Sul punto Corte conti, Abruzzo, 29 agosto 2005, n. 632; Corte conti, Lazio, 25 settembre 2000, n. 1544/R; Corte conti, sez. riun., 18 aprile 1996, n. 22; Corte conti, sez. riun., 23 giugno 1992, n. 792/A; Corte conti, sez. I, 11 marzo 1986 n. 169.

⁹ È opportuno precisare che l'illegittimità di un atto amministrativo e, in particolare, la mancanza di motivazione di un provvedimento emanato a seguito di esercizio di attività discrezionale, non determina di per sé un danno erariale, ma ne costituisce un grave indizio. Sul punto Corte conti, sez. I app., 17 ottobre 2017, n. 407.

¹⁰ Cfr. C. PINOTTI, *La responsabilità amministrativa: problematiche attuali e prospettive future*, in *Rivista Corte conti*, n. 2/2022, 7 ss., che richiama giurisprudenza dei primi anni '70 (Corte conti, sez. II, n. 15/1973) che aveva affermato la sindacabilità giudiziale e la configurabilità di una responsabilità amministrativa per mancanza di convenienza dell'atto posto in essere.

¹¹ Così *Atti seduta della Camera dei Deputati* 18 dicembre 1996, n. 109, nonché Corte conti, sez. I, 23 settembre 2005, n. 292/A; Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 33.

Tale spazio di azione non coincide tuttavia con la creazione di un'area di esenzione da responsabilità erariale nell'adozione di atti, provvedimenti o negozi di natura privatistica, derivanti dalla scelta compiuta. Ciò, in particolar modo, nei casi in cui tale scelta possa apparire, sin dall'inizio, potenzialmente dannosa per l'amministrazione, a causa di una valutazione comparativa errata degli interessi protetti, che potrebbe essere il frutto, ad esempio, di macroscopica negligenza.

Come si approfondirà, la Corte dei conti può sindacare la legittimità dell'operato amministrativo non soltanto alla luce di regole giuridiche ben individuate, ma anche in ragione di parametri non giuridici permeabili al divenire dell'azione¹², valutabili *ex ante* e rilevabili anche dalla comune esperienza¹³, quali l'incongruità, l'illogicità, l'irrazionalità, l'inefficacia, l'antieconomicità, la non ragionevolezza e la non proporzionalità, tutte espressioni della non coerenza della scelta rispetto ai fini di pubblico interesse imposti.

Nel sottile discrimine tra sindacabilità ed insindacabilità della discrezionalità amministrativa si assiste alla tendenza, da parte del giudice contabile, ad un restringimento dei confini delle scelte di merito a favore dell'espansione dell'area delle scelte discrezionali degli agenti pubblici¹⁴.

In un primo momento ciò è avvenuto "per impedire effetti dirompenti e lesivi dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa"¹⁵ attraverso l'assimilazione di categorie e criteri propri della giurisdizione amministrativa, tra cui la ragionevolezza, la razionalità, e la congruità.

L'atteggiamento della Suprema Corte è stato inizialmente più rigoroso nel ricondurre il sindacato del giudice contabile entro i più stringenti margini dettati dalla normativa. Il pluriennale indirizzo della Corte di Cassazione limitava l'area della discrezionalità sindacabile al rispetto degli specifici interessi pubblici affidati all'Ente, senza ravvisare alcuna possibilità per il Giudice contabile di estendere il controllo alle concrete articolazioni dell'agire amministrativo.

In questo senso nel 2001 le Sezioni Unite¹⁶ hanno affermato che "il giudice contabile può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente; ma una volta accertata tale compatibilità, l'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dall'amministratore rientra nell'ambito di quelle scelte discrezionali per le quali il legislatore ha stabilito l'insin-

¹² *Ex multis*, Corte conti, sez. I app., 23 settembre 2005, n. 292; Id., Lazio, 12 settembre 2005, n. 1726; Id., Veneto, 18 febbraio 2009, n. 166.

¹³ Così Corte conti, sez. III, sent. 21 gennaio 2004, n. 30/A; Id., Lazio, sent. 12 ottobre 2006, n. 1791.

¹⁴ G. BOTTINO, *Voce Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. dir., Annali X*, 2017, paragrafo 15.

¹⁵ Così Corte conti, sez. riun., 3 giugno 1996, n. 30.

¹⁶ Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 33, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2921, con nota di M.A. VISCA, *Sull'insindacabilità del giudice contabile nel merito delle scelte discrezionali*.

dacabilità", ritenendo che la compenetrazione della valutazione del fine con quella dei mezzi travalichi il limite esterno della giurisdizione, rientrando nell'insindacabile area riservata al merito. Con una precisazione tuttavia: i mezzi utilizzati a seguito di scelte discrezionali possono essere sindacabili "solo nell'ipotesi di una loro assoluta ed incontrovertibile estraneità rispetto ai fini".

Tale orientamento è stato confermato da una successiva pronuncia¹⁷ che ha inoltre affermato che il sindacato del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa è più limitato rispetto a quello del giudice amministrativo, evidenziando pertanto la distinzione.

In seguito, la Corte di legittimità ha abbandonato tale indirizzo osservando come "la nozione di discrezionalità è unitaria, e non può subire allargamenti nel caso specifico del giudizio di responsabilità, nel quale il controllo della conformità a legge dell'azione amministrativa deve riguardare anche l'aspetto funzionale di quest'ultima, vale a dire con riguardo alla congruenza dei singoli atti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore"¹⁸. È stato inoltre precisato il concetto di merito dell'azione amministrativa, inteso come "la scelta – alla stregua di criteri di opportunità e, quindi, di parametri non giuridici – delle modalità di azione della pubblica amministrazione in vista della realizzazione degli interessi affidati dalla legge alle sue cure". Esso, pertanto, non attiene al profilo della legittimità dell'azione amministrativa, in quanto presuppone che la legge, pur determinando i fini che debbono essere obbligatoriamente perseguiti dall'amministrazione, lasci a quest'ultima la possibilità di valutare e, quindi, di scegliere, come tali interessi debbano essere perseguiti nel caso concreto.

L'orientamento della Corte si è così progressivamente consolidato nell'attingere ai criteri di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della legge n. 241/1990, corollari del canone consacrato nell'art. 97 Cost., per porli in correlazione con la disposizione dell'art. 1 della legge n. 20/1994, quali criteri che assumono, nel divenire dell'azione amministrativa, rilevanza sul piano della legittimità e non della mera opportunità.

Il criterio di economicità dell'azione amministrativa, quale diretta attuazione del principio di buona amministrazione, vincola l'amministrazione all'uso accorto, immune da sprechi, delle proprie risorse, e si traduce nell'obbligo di perseguire i propri obiettivi con il minor dispendio di mezzi personali, finanziari, procedurali, senza, ad esempio, duplicare soggettività organizzative in mancanza di effettive e comprovate necessità. Il criterio di efficacia concerne invece il rapporto tra i risultati ottenuti e gli obiettivi prestabiliti ed esprime l'esigenza che l'amministrazione adotti tutte le misure che appaiono più idonee a conseguire i propri fini.

È stata così aperta una "significativa breccia nel muro della insindacabilità

¹⁷ Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 685.

¹⁸ Cass., sez. un., 29 settembre 2003, n. 14488, in *Giust. civ.*, 6, 2004, 1543, con nota di M.A. VISCA, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle scelte discrezionali dei pubblici amministratori*.

del merito delle scelte amministrative”¹⁹, che ha reso ancora più incerti i confini tra discrezionalità e merito, ampliando la sindacabilità del secondo.

I criteri di economicità e di efficacia assurgono così, per la prima volta, ad ulteriore limite alla libertà di scelta della P.A., non esprimendo un “mero ed enfatico richiamo ai principi di legalità e di buona amministrazione contenuti nell’art. 97 Cost.”, né “un vincolo ad un generale dovere (quale quello del perseguimento del pubblico interesse affidato al singolo organo amministrativo), la cui concreta applicazione dà luogo ad esercizio di discrezionalità amministrativa, ma vere e proprie regole giuridiche, la cui inosservanza può dar luogo alla misura – correttiva o repressiva – che il giudice deve applicare ad esito della sua verifica”. Tali principi diventano dunque rilevanti sul piano della legittimità dell’azione amministrativa e non della mera opportunità, la cui osservanza può essere oggetto di sindacato giurisdizionale per consentire la valutazione della ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti nell’ambito del giudizio di responsabilità.

La Suprema Corte ha inoltre precisato che “la verifica della legittimità dell’attività amministrativa non può quindi prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti”²⁰.

Ulteriore sviluppo nell’elaborazione giurisprudenziale sui limiti alla sindacabilità della discrezionalità amministrativa è avvenuto nel 2006.

In primo luogo, le Sezioni Unite hanno evidenziato l’unitarietà della nozione e dell’ampiezza del concetto di discrezionalità nelle varie sedi giurisdizionali, abbandonando definitivamente il precedente orientamento. In particolare, è stato precisato che il controllo di legalità nel giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi al giudice contabile non può avere contenuto meno ampio ed essere meno penetrante del sindacato del giudice amministrativo e, in via incidentale, del giudice ordinario.

Ricondotto l’esercizio del potere discrezionale al principio di legalità, la Suprema Corte ha riconosciuto il sindacato della Corte dei conti non solo sulla verifica della conformità dell’attività dell’agente pubblico ai fini istituzionali dell’ente, ma anche alle singole articolazioni dell’agire amministrativo, con la sola esclusione di quelle in relazione alle quali la legge attribuisce all’amministrazione una scelta elettiva tra diversi comportamenti, negli stretti limiti di tale attribuzione²¹.

I principi di economicità e di efficacia, già valorizzati dai precedenti orientamenti giurisprudenziali, vengono così ulteriormente esaminati nei loro risvolti pratici, distinguendo il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa da quello sul rispetto, da parte dell’amministrazione, di tali criteri.

¹⁹ Così C. MERANI, *Il sindacato della Corte dei conti sulla discrezionalità amministrativa*, in *Giur. it.*, febbraio 2018, 444.

²⁰ Cass., sent. 29 settembre 2003, n. 14488.

²¹ Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7024.

La Suprema Corte ha precisato, infatti, che la scelta tra più comportamenti nell'esercizio del potere discrezionale è concettualmente diversa dalla scelta tra le diverse modalità di attuazione dei principi di economicità ed efficacia, che costituiscono regole giuridiche di legittimità dell'azione amministrativa. Essi non rappresentano un mero ed enfatico richiamo ai principi di legalità e di buona amministrazione contenuti nell'art. 97 Cost., ma un *quid pluris* in conseguenza del rango a loro ascrivito di vere e proprie regole giuridiche. Al Giudice contabile spetta pertanto il potere di verificare il modo in cui l'amministrazione abbia concretamente applicato tali criteri, non rientrando tale attività nell'ambito della discrezionalità amministrativa, e costituendo il relativo sindacato un controllo di legittimità e non di merito.

Non vi è dubbio che tali criteri rappresentino concetti giuridici indeterminati, e al cospetto della loro concreta applicazione il sindacato del giudice contabile non può che limitarsi ad accertarne la mera ragionevolezza.

Ulteriore tassello introdotto da tale pronuncia si ravvisa nella distinzione dell'attività discrezionale dell'amministrazione da quella svolta secondo strumenti privatistici e imprenditoriali, sindacabili dal giudice contabile soltanto alla luce del parametro della ragionevolezza. Precisa la Suprema Corte che la discrezionalità attiene soltanto alle attività di rilievo pubblicistico regolate dal principio di tipicità degli atti amministrativi, e non si ravvisa laddove l'agire amministrativo si manifesti attraverso atti di diritto privato ovvero esercizio di attività di impresa.

Le successive pronunce hanno confermato tale indirizzo, ribadendo che l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute dai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti non comporta che esse siano sottratte ad ogni possibilità di controllo, e segnatamente a quello della conformità alla legge che regola l'attività amministrativa, anche dal punto di vista funzionale, ossia con riguardo alla congruità dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore²², con la conseguenza che il giudice contabile non viola i limiti esterni della propria giurisdizione quando accerta la mancanza di tale conformità.

In particolare, la Corte dei conti può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente, che devono essere ispirati ai criteri di economicità ed efficacia, ex art. 1 legge n. 241/1990. Tali principi consentono, in sede giurisdizionale, un controllo di ragionevolezza sulle scelte della pubblica amministrazione, onde evitare la deviazione di queste ultime dai fini istituzionali dell'ente e permettere la verifica della completezza dell'istruttoria, della non arbitrarietà e proporzionalità nella ponderazione e scelta degli interessi, nonché della logicità ed adeguatezza della decisione finale rispetto allo scopo da raggiungere²³.

Successivamente, la Suprema Corte ha affermato che il giudice contabile può

²² Cass., sez. un., n. 1376/2006; Id., 19 gennaio 2018, n. 1408.

²³ Così Cass., sez. un., n. 30527/2019.

valutare “da un lato, se gli strumenti scelti dagli amministratori pubblici siano adeguati – anche con riguardo al rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti – oppure esorbitanti ed estranei rispetto al fine pubblico da perseguire e, dall’altro, se nell’agire amministrativo gli amministratori stessi abbiano rispettato i principi di legalità, di economicità, di efficacia e di buon andamento, i quali assumono rilevanza sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell’azione amministrativa”²⁴.

La Corte dei conti non viola, pertanto, il limite della “riserva di amministrazione” nel controllare anche la giuridicità sostanziale, e cioè l’osservanza dei criteri di razionalità, nel senso di correttezza e adeguatezza dell’agire, logicità e proporzionalità tra costi affrontati e obiettivi perseguiti, costituenti al contempo indici di misura del potere amministrativo e confini del sindacato giurisdizionale²⁵.

Il sindacato contabile può – e deve – valutare se gli strumenti scelti dagli amministratori pubblici siano adeguati oppure esorbitanti ed estranei rispetto ai fini di interesse pubblico da perseguire con risorse pubbliche, che devono essere ispirati ai principi costituzionali del buon andamento e dell’imparzialità dell’amministrazione e ai criteri di economicità ed efficacia previsti dall’art. 1 della legge n. 241/1990²⁶, oltre che di congruità, logicità e ragionevolezza, non potendo pertanto prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti.

Le Sezioni Unite hanno riconosciuto la possibilità di un’estesa applicazione della legge n. 241 del 1990, le cui clausole generali consentono in sede giurisdizionale un controllo di ragionevolezza sulle scelte operate dalla pubblica amministrazione. Il criterio di razionalità nella valutazione delle scelte di conseguenza non è strumento limitato all’esame del merito, “che conserva la sua rilevanza solo se inserito in un metodo di valutazione che lo individua come summa di sintomi dell’eccesso di potere, ma investe nella sua interezza il percorso logico seguito dall’amministrazione, onde evitare la deviazione dell’attività amministrativa dai propri fini istituzionali, che devono essere perseguiti nel quadro complessivo degli equilibri della finanza pubblica cui il giudizio amministrativo-contabile è specificamente orientato”²⁷.

²⁴ Cass., sez. un., 13 maggio 2020, n. 8848.

²⁵ Cass., sez. un., 21 febbraio 20123, n. 4283; Id., ord. 27 febbraio 2008, n. 5083.

²⁶ Cass., sez. un., ord. 20 ottobre 2020, n. 22811 conferma il principio affermato con sent. n. 6/2018 della Corte Costituzionale, secondo cui l’eccesso di potere giurisdizionale va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, ovvero quando un giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, o, al contrario, la neghi sull’erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto in assoluto di cognizione giurisdizionale, o di difetto relativo di giurisdizione, che si riscontra qualora il giudice speciale abbia violato i limiti esterni della propria giurisdizione, pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, ovvero negandola sull’erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici. In tema anche Cass., Sez. Un., 15 marzo 2017, n. 6820.

²⁷ Cass., sez. un., 15 marzo 2017, n. 6820.

Prosegue la Suprema Corte nell'affermare che "l'irragionevolezza equivale al vizio della funzione; di contro, l'esigenza di razionalità insita nello svolgimento della funzione amministrativa corrisponde a correttezza e adeguatezza della funzione". Il criterio della ragionevolezza permette così di verificare la completezza dell'istruttoria, la non arbitrarietà e la proporzionalità nella ponderazione e scelta degli interessi, nonché la logicità e l'adeguatezza della decisione finale allo scopo da raggiungere. In tale contesto, gli obblighi di servizio diventano obblighi di risultato²⁸ e il mancato raggiungimento degli obiettivi, laddove comporti un danno per la pubblica amministrazione e sia imputabile al dolo o alla colpa grave degli operatori, può essere oggetto di valutazione in sede giurisdizionale di responsabilità.

La valutazione della ragionevolezza di una scelta discrezionale e la sua idoneità alla soddisfazione dell'interesse pubblico specifico individuato dall'amministrazione o al raggiungimento degli obiettivi prefissati deve essere effettuata dal giudice contabile attraverso un giudizio di idoneità *ex ante*, secondo il criterio della prognosi postuma, e non sulla base di elementi fattuali e circostanze conosciute *ex post*²⁹. Pertanto, devono essere verificati gli elementi di fatto e le circostanze che erano conoscibili al momento della scelta, usando la diligenza esigibile in ragione del ruolo dell'amministratore pubblico, per valutare *ex ante* la sussistenza dei criteri di razionalità e giustificazione³⁰.

La giurisprudenza, anche contabile³¹, è dunque ferma nel ritenere che la Corte dei conti non possa compiere una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, né sostituirsi alla volontà dell'amministrazione³², altrimenti sconfinerebbe nell'area riservata al merito. Ciò che invece può – e deve – fare è una valutazione di conformità alla legge che regola l'attività amministrativa e di adeguatezza degli strumenti scelti dagli amministratori pubblici con riguardo al fine pubblico da perseguire e al rapporto tra obiettivi conseguiti e costi sostenuti³³.

Tale approccio è stato confermato nelle pronunce relative alla gestione del debito pubblico in materia di contratti derivati³⁴. In tale contesto, ferma restando l'insindacabilità giurisdizionale delle scelte di gestione del debito pubblico da parte degli organi governativi a ciò preposti, mediante ricorso a contratti in

²⁸ Sul punto C. MERANI, *Il sindacato della Corte dei conti sulla discrezionalità amministrativa*, in *Giur. it.*, 1, 2018, 443 ss., commenta la pronuncia Cass., sez. un., 15 marzo 2017, n. 6820, evidenziando i profili critici della trasposizione in ambito pubblicistico di tale distinzione, tenuto conto delle diverse condizioni in cui opera l'agente pubblico rispetto al debitore nei rapporti privatistici.

²⁹ Cass., sez. un., 19 gennaio 2018, n. 1408.

³⁰ Si veda Corte conti, sez. II app, n. 304/2017; Id., sez. riun., 12 luglio 1996, n. 43.

³¹ Si veda, ad esempio, Corte conti, sez. II App., n. 155/2021.

³² Cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2013, n. 24468.

³³ Cfr. Cass., sez. un., n. 20728/2012; n. 831/2012; 4283/2012; n. 12102/2013, n. 10069/2011; n. 12902/2011.

³⁴ Cass., sez. un., 5 aprile 2019, n. 9608.

strumenti finanziari derivati, la Suprema Corte ha affermato che “rientra invece nella giurisdizione contabile, in quanto attinente al vaglio dei parametri di legittimità e non di mera opportunità o convenienza dell’agire amministrativo, l’azione di responsabilità per danno erariale con la quale si faccia valere, quale *petitum* sostanziale, la *mala gestio* alla quale i dirigenti del Ministero del Tesoro avrebbero dato corso, in concreto, nell’adozione di determinate modalità operative e nella pattuizione di specifiche condizioni negoziali relative a particolari contratti in tali strumenti”³⁵. La Corte dei conti, in primo grado e in appello, aveva invece declinato la propria giurisdizione sull’azione risarcitoria introdotta dalla Procura nei confronti dell’Istituto bancario per illecita stipulazione, rinegoziazione, ristrutturazione e anticipata chiusura di contratti, stipulati dallo Stato, in derivati finanziari per la gestione del debito pubblico sovrano stante l’insindacabilità delle scelte discrezionali di merito sottese alla stipulazione di contratti derivati da parte dello Stato nei confronti dei dirigenti del MEF³⁶.

Sono pertanto sindacabili le scelte concretamente adottate dagli agenti pubblici qualora esse si pongano in contrasto con norme espresse o principi giuridici e con le finalità dell’ente. Tuttavia, anche le condotte soltanto formalmente conformi alla normativa ma sostanzialmente contrastanti in quanto irrazionali, imprudenti o negligenti possono essere sindacate dal giudice contabile, alla luce dei criteri di ragionevolezza e correttezza, logica e imparzialità³⁷.

Non è stato ritenuto configurabile il limite dell’insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, ad esempio, a fronte di atti compiuti da un organo incompetente a deliberare, atti *ictu oculi* palesemente irragionevoli³⁸ o altamente diseconomici, atti arbitrari³⁹, atti recanti ordinazione irregolare di spesa.

È stata ritenuta, invece, sussistente la giurisdizione della Corte dei conti in materia di attribuzione delle funzioni di Direttore Generale al Segretario Comunale da parte del Sindaco, in quanto ritenuto non “atto politico” o “atto di

³⁵ Cass., sez. un., 1 febbraio 2021, n. 2157, commentata da S. CARDARELLI, *Sui confini esterni della giurisdizione contabile: il caso dei derivati finanziari per la gestione del debito sovrano*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, 1/2021. Sul tema G. COLOMBINI, *Brevi riflessioni su debito pubblico e giudice contabile*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, 2/2019; S. CALDARELLI, *La “riserva di amministrazione” nella gestione del debito pubblico (dello Stato) e i conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale della Corte dei conti*, in *Federalismi*, 22, 2018.

³⁶ Sul punto S. FOÀ, *Gli atti e le responsabilità degli organi di governo pubblici*, cit., 55 s., evidenzia l’indebita enfasi del giudice contabile sul contenuto del merito della scelta amministrativa, semmai ascrivibile alla scelta di “stipulare, concludere, rinegoziare contratti astrattamente idonei con la finalità di gestione del debito pubblico, ma non certo invocabile riguardo alle diverse operazioni intraprese, alle clausole contrattuali negoziate e al loro contenuto, causative di danno erariale”.

³⁷ A. CERRATO, L. GROSSI, *Elementi fondamentali di responsabilità amministrativo-contabile e danno erariale*, Giappichelli, Torino, 2021, 51 s.

³⁸ *Ex multis*, Corte conti, Abruzzo, 7 gennaio 2004, n. 1; Id., sez. III, 7 gennaio 2003, n. 2.

³⁹ Corte conti, sez. I app., 1 aprile 2003, n. 115/A.

alta amministrazione”, ma esercizio discrezionale di attività amministrativa⁴⁰. È stato precisato che non si tratta di attività di governo, intesa quale scelta dell’indirizzo politico dell’Ente, ma di scelta discrezionale, gestionale ed organizzativa, inerente lo svolgimento della attività amministrativa.

Si segnala inoltre il “recupero dell’atto politico”⁴¹ da parte della Corte Costituzionale⁴² che, nel decidere il ricorso per conflitto di attribuzione, ha ritenuto che l’approvazione della delibera di ricapitalizzazione di una società partecipata regionale la cui attività assume rilievo centrale e strategico nell’economia regionale, pur rivestendo natura formale di atto amministrativo, rientri nella categoria degli “atti politici”, in quanto tale insindacabile.

Permangono tuttavia molteplici criticità sui limiti del sindacato nel merito delle scelte discrezionali, che rendono i rispettivi confini ancora più mobili ed incerti, in quanto collegati a concetti giuridici indeterminati. Ciò, in primo luogo, con riguardo ai criteri di razionalità e proporzionalità utilizzati come parametro per la valutazione dell’attività gestionale della P.A., ma anche per quanto concerne i criteri dell’economicità, che corre il rischio di sconfinare nella valutazione della convenienza, e dell’efficacia, il cui confine con l’utilità è molto labile⁴³.

3. *Il “Decreto Semplificazioni”: scudi della responsabilità e discrezionalità amministrativa*

Il delicato tema del sindacato giurisdizionale sulle scelte discrezionali degli agenti pubblici si è ulteriormente complicato con il c.d. “Decreto Semplificazioni” (d.l. n. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120) che, nella sua natura eterogenea, ma accomunata dall’intento di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all’emergenza pandemica con misure urgenti per semplificare l’attività amministrativa, ha significativamente inciso sulla responsabilità erariale e penale dei funzionari pubblici⁴⁴.

⁴⁰ Corte conti, sez. I app., 17 ottobre 2017, n. 407; Id., Lombardia, 4 dicembre 2015, n. 205.

⁴¹ Così S. FOÀ, *Gli atti e le responsabilità degli organi di governo pubblici*, cit., 56 s.

⁴² Corte Cost., 11 aprile 2022, n. 90. Commenta tale pronuncia A. DI RENZO, *La Corte Costituzionale annulla la sentenza con la quale la Corte dei conti aveva accertato la responsabilità amministrativa dei consiglieri regionali di una regione autonoma che avevano votato a favore dell’approvazione di una delibera di ricapitalizzazione di società per azioni a totale partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 3, 2022.

⁴³ Così U. MONTELLA, *Il rapporto tra discrezionalità amministrativa e responsabilità erariale, in Il ruolo della Corte dei conti nei processi decisionali degli Enti locali*, Atti del Convegno, Verona, 25 novembre 2022, Giappichelli, Torino, 2023, 97.

⁴⁴ Sul punto sia consentito rinviare a E. ANDREIS, *La magmaticità degli “scudi” della responsabi-*

Con l'intento di arginare i fenomeni diffusi dell'amministrazione difensiva e della "paura della firma", ritenuti di ostacolo al rilancio economico che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente, il decreto ha inteso ridimensionare il controllo giudiziale dell'operato dell'amministrazione, in particolare sulla discrezionalità amministrativa, alla luce di esigenze di semplificazioni ritenute prevalenti.

Ciò da un lato riformando il delitto di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p.⁴⁵, espressamente escludendo dalla fattispecie penale la violazione dei regolamenti e le regole di condotta da cui "residuino margini di discrezionalità"⁴⁶, da altro lato – sia pure per un periodo di tempo limitato, ma più volte prorogato⁴⁷ – escludendo la responsabilità amministrativo-contabile degli agenti pubblici a titolo di colpa grave in caso di condotta attiva (il c.d. "scudo erariale") e configurando il dolo erariale in chiave penalistica come volontà dell'evento dannoso⁴⁸.

3.1. *Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa – cenni*

Senza superare i confini dell'oggetto della presente indagine, appare utile qualche breve cenno al sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, tema in cui si innesta il diritto amministrativo ed il rapporto tra illegittimità amministrativa e illiceità penale sembra confondersi.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato la fattispecie di abuso di ufficio evidenzia la continua ricerca di un equilibrio tra l'esigenza che i funzionari rispondano degli illeciti commessi nell'esercizio delle loro funzioni, e che il controllo penale sulla loro attività rimanga entro confini compati-

lità dei funzionari pubblici: la fragilità dell'abuso d'ufficio e la chimera della temporaneità dello "scudo erariale", in *Bilancio, Comunità, Persona*, 2023, 2.

⁴⁵ Art. 23 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

⁴⁶ Il legislatore ha modificato la prima condotta descritta dalla fattispecie di cui all'art. 323 c.p. sostituendo la violazione di "norme di legge o di regolamento" con quella di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

⁴⁷ Il testo originario indicava il limite del 31 luglio 2021, dapprima ampliato al 31 dicembre 2021 in sede di conversione del d.l. n. 76/2020, poi ulteriormente prorogato alla data del 30 giugno 2023 dall'art. 51, comma 1, lett. h), d.l. n. 77/2021 ed inoltre sino al 31 dicembre 2024 ai sensi dell'art. 8, comma 5-bis, d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, convertito con modificazioni dalla legge 23 febbraio 2024, n. 18. Il d.l. 27 dicembre 2024, n. 202, coordinato con le modifiche introdotte con la legge di conversione 21 febbraio 2025, n. 15, ne ha ulteriormente prorogato l'efficacia sino al 30 aprile 2025.

⁴⁸ Art. 21 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

bili con il principio della separazione dei poteri. Ciò attraverso una inarrestabile tensione tra i tentativi del legislatore di circoscrivere i confini della fattispecie⁴⁹ e la reazione della giurisprudenza nell'ampliamento dei perimetri applicativi⁵⁰.

Ed infatti, ai numerosi tentativi del legislatore di limitare il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, sino ad escluderlo espressamente con l'abrogazione della fattispecie di abuso di ufficio⁵¹, la giurisprudenza ha reagito escogitando soluzioni interpretative volte a riappropriarsi dei poteri sottratti⁵² e, da ultimo, a sollevare questioni di legittimità costituzionale della sua abrogazione⁵³.

⁴⁹ L'abuso d'ufficio è stato oggetto di quattro – cinque se si considera il ritocco delle forbici edittali dovuto alla c.d. riforma Severino – riforme, ad opera della legge n. 86/1990, n. 234/1997, n. 190/2012 (che è intervenuta solo sul lato sanzionatorio), d.l. n. 76/2020 ed è infine stato abrogato con legge n. 114/2024.

⁵⁰ In tema G. BOTTINO, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2/2022, 241-274. L'Autore evidenzia come tale tensione tra legislatore e giurisprudenza non faccia che alimentare l'inerzia dei pubblici funzionari e di conseguenza la c.d. burocrazia difensiva.

⁵¹ Legge 10 agosto 2024, n. 114. Criticano l'abrogazione integrale della fattispecie M. DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, in *Sist. pen.*, 23 giugno 2023, che la definisce "una sanzione politica che non deve pregiudicare i diritti protetti dalla norma"; S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2018, 13 ss.; B. ROMANO, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, in *Il Penalista*, 28 luglio 2020, 8; C. CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2023; M. PELISSERO, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, cit.; M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, in *Sist. pen.*, 18 settembre 2023; R. CANTONE, *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, in *Sist. pen.*, 19 settembre 2023; G. LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d'ufficio. Note critiche*, in *Sist. pen.*, 20 settembre 2023; R. GAROFOLI, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 21 settembre 2023; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, in *Sist. pen.*, 26 settembre 2023.

⁵² Il complesso rapporto tra la formulazione normativa dell'abuso d'ufficio e la sua interpretazione giurisprudenziale è stato efficacemente descritto come "un gioco di Sumo tra due giganti", la cui partita non sembra ancora essersi chiusa. Così M. PELISSERO, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, in *Dir. pen. e proc.*, 5/2023, 613-619.

⁵³ La norma che ne ha da ultimo disposto l'abrogazione è stata quasi immediatamente oggetto di plurime rimessioni alla Consulta. Il Tribunale di Firenze (ordinanza 24 settembre 2024) ha sollevato la questione per violazione degli artt. 11, 117, comma 1 e 97, Cost. alla luce del mancato rispetto dei vincoli internazionali derivanti dalla Convenzione di Merida nonché dei gravi vuoti di tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, non essendo l'abrogazione stata compensata dall'introduzione di illeciti amministrativi o di altri presidi per la prevenzione del malaffare e di possibili conflitti di interesse. Anche l'ordinanza del GIP di Firenze del 3 ottobre 2024, del Tribunale di Firenze (sez. III) del 25 ottobre 2024, del Tribunale di Locri (sez. GIP-GUP) del 30 settembre 2024, del Tribunale di Busto Arsizio (sez. pen) del 21 ottobre 2024 e del Tribunale di Bolzano (sez. pen) del 11 novembre 2024, hanno rimesso alla Consulta questioni di legittimità costituzionale relative a tale norma. Il Tribunale di Reggio Emilia, invece, con ordinanza del 7 ottobre 2024 ha respinto le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate dalla Procura. Da ultimo, questioni di

Con la delimitazione della condotta tipica di “violazione di norme di legge o di regolamento” nel 1997, il legislatore intendeva escludere il sindacato del giudice penale sull’eccesso di potere, che la giurisprudenza ha presto recuperato attingendo all’art. 97 Cost.⁵⁴ ritenendo sussistente la violazione di legge di cui all’art. 323 c.p. non solo quando la condotta si pone in contrasto con le norme che regolano l’esercizio del potere, ma anche quando sia volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito (c.d. sviamento), e perciò quando il potere non è stato esercitato secondo lo schema normativo che legittima l’attribuzione.

A seguito dell’inclusione, ad opera del Decreto Semplificazioni, del “modo di farsi del potere” come elemento negativo del fatto tipico⁵⁵, la Suprema Corte ha proseguito nell’opera di rimodulazione dello sviamento di potere, distinguendo i limiti esterni da quelli interni della discrezionalità amministrativa e riconoscendo rilevanza penale alla violazione dei primi, ovvero allo “sviamento” inteso come distorsione del potere pubblico, piegato al perseguimento di interessi oggettivamente difformi e collidenti rispetto a quelli per cui è attribuito⁵⁶. La violazione dei limiti interni nell’esercizio della discrezionalità amministrativa, ossia la cattiva ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti dall’adozione di un provvedimento amministrativo – il merito – è rimasta invece esclusa dall’alveo dell’art. 323 c.p.

Da ciò si ricava che, per la Suprema Corte, anche nella rinnovata formulazione della fattispecie (ora, tuttavia, abrogata), ciò che rileva, integrando “violazione di legge”, è l’uso distorto del potere discrezionale, che si manifesta con la realizzazione di un interesse collidente rispetto a quello protetto dalla norma o

legittimità costituzionale sono state sollevate da Cass. pen., sez. VI, ord. 7 febbraio 2025, n. 9442. L’art. 323 c.p., nella sua formulazione più restrittiva introdotta dal legislatore emergenziale, era già stato portato all’attenzione della Consulta, che con la sent. n. 8/2022 aveva “salvato” la norma, dichiarando l’inammissibilità e l’infondatezza delle questioni sollevate.

⁵⁴ *Ex multis*, la sent. delle Sezioni Unite “Rossi”, Cass. pen., sez. un., 29 settembre 2011-10 gennaio 2012, n. 155. Cfr. anche Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 2019-23 maggio 2019, n. 22871; Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2018-29 ottobre 2018, n. 49549; Cass. pen., sez. II, 27 ottobre 2015-20 novembre 2015, n. 46096.

⁵⁵ Approfondisce il tema della discrezionalità amministrativa nella nuova formulazione dell’art. 323 c.p., con considerazioni in chiave critica dei risvolti applicativi ed evidenziando la crescente importanza che il concetto e la nozione di potere discrezionale rivestono nel contesto attuale, R. FERRARA, *Abuso d’ufficio e discrezionalità amministrativa: alle origini del problema*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2022.

⁵⁶ Cass. pen., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442. Commentano la sentenza A. D’AVIRRO, *Il “labirinto” della discrezionalità nel nuovo reato di abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2021, 930 ss.; M. GAMBARDILLA, *La modifica dell’abuso d’ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2/2021, 490; A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d’ufficio*, in *Sist. pen.*, 4/2021; A. PICARNI, F. GUIDA, *L’abuso di ufficio. Ambivalente fattispecie tra genericità dell’addebito, a perimetro delineato dal diritto vivente, e “paura della firma”*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2021, 1/2, 150 ss.; R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell’abuso d’ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sist. pen.*, 23 settembre 2021.

con la deviazione dell'atto dallo scopo tipico previsto dalla legge. Ciò è il risultato di una ibridazione di categorie tra il diritto amministrativo e il diritto penale, che conserva connotazioni proprie nei due ordinamenti⁵⁷. Ed infatti, nell'accezione penalistica lo sviamento di potere integra una violazione di legge, poiché esso si verifica quando vi è contrasto con l'interesse per il quale il potere è attribuito e dunque quando il potere non viene esercitato in modo conforme alla norma che ne legittima l'attribuzione. Al contrario, il giudice amministrativo colloca lo sviamento del potere nell'alveo dell'eccesso di potere.

È stato inoltre ritenuto configurabile il reato nei casi in cui l'inosservanza della regola di condotta sia collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte effettuate dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso di ufficio⁵⁸ e, ancora, è stato precisato che la discrezionalità amministrativa può riguardare le modalità con le quali il potere, attribuito da una specifica norma che ne individui i presupposti, venga esercitato⁵⁹.

A seguito dell'abrogazione della fattispecie di abuso d'ufficio parrebbe ora essere definitivamente tramontato il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa.

3.2. *Scudo erariale e discrezionalità amministrativa: l'erosione della giurisdizione contabile*

Riprendendo quanto affermato dalla Corte Costituzionale⁶⁰, la limitazione della responsabilità penale degli amministratori pubblici attraverso la riforma dell'abuso d'ufficio non è stata "una monade isolata", ma è stata accompagnata dall'introduzione del cosiddetto "scudo erariale"⁶¹ che limita la responsabilità amministrativo-contabile ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente sia dolosamente voluta, salvo il caso di danno cagionato per omissione o inerzia. Inoltre, il dolo erariale è stato configurato in

⁵⁷ Così G. VICICONTE, *Il controllo del giudice penale e del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta*, in *Riv. Corte conti*, 2021.

⁵⁸ Cass., sez. VI, 28 gennaio 2021, n. 8057, in *CED Cass.*, n. 280965, e in *Sist. pen.*, 16 aprile 2021, con nota di C. PAGELLA, *La Cassazione sui "margini di discrezionalità" nel riformato abuso d'ufficio*. Sul punto anche R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, cit.; A. MERLO, *Quasi come Queneau: il legislatore e l'impresa immagine di riformare l'abuso d'ufficio*, il *Foro it.*, 4/2021, parte II, 231 ss.

⁵⁹ Cass., sez. fer, 17 agosto 2021, n. 42640, in *CED Cass.*, n. 282268.

⁶⁰ Corte Cost., 19 gennaio 2022, n. 8 in *Cass. pen.*, 2022, 3, 1025 ss., con nota di E. APRILE, *Questioni di legittimità costituzionale in tema di abuso di ufficio*.

⁶¹ Per un esame di tale scudo sotto il profilo delle scienze comportamentali si rinvia, in questo Volume, a I. GIANNONE, *Scienze comportamentali e merito amministrativo: lo "scudo erariale"*, 255 ss.

chiave penalistica come volontà dell'evento, rendendo così più difficile il suo accertamento. Ciò con un dichiarato intento: è ora più rischioso non agire che agire⁶², poiché in tale ultimo caso la responsabilità è limitata al dolo, con un onere probatorio rafforzato che ne limita molto l'accertamento.

Sia la più autorevole dottrina⁶³, sia la Magistratura contabile⁶⁴, hanno vivacemente contrastato tale intervento, specie in occasione delle plurime proroghe che ne hanno esteso l'ambito di applicazione ben oltre il periodo emergenziale

⁶² Ciò emerge chiaramente dalla relazione illustrativa al d.l. n. 76/2020, dove all'art. 21 si legge che la responsabilità viene limitata "in modo che i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni e inerzie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al dolo".

⁶³ *Ex multis*, V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, V ed., Giuffrè, Milano, 2022, 418 ss.; A. CANALE, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIRLODO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2022, 133 ss.; A. CANALE, *Il Decreto Semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile: i chiaroscuri della riforma*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, 30 marzo 2021; L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr)*, in *ambienteditto*, 2, 2021; M.T. D'URSO, *La riforma del dolo nei giudizi di responsabilità dopo il d.l. n. 76/2020 (c.d. "decreto Semplificazioni")*, convertito dalla legge n. 120/2020, in *Riv. Corte conti*, 2, 21; E. AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del d.l. n. 76 del 2020*, in *Urb. e appalti*, 2021, 63; C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, in *Federalismi*, 7 aprile 2021; L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, in *Federalismi*, 4 novembre 2020; C. MARRÈ BRUNENGHI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*, in *dirittoeconomi*, 2020, 2, 162 ss.; A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Riv. Corte conti*, 2020, 5, 3 ss.

⁶⁴ Tra i contributi critici della magistratura contabile si segnalano, Associazione Magistrati Corte dei conti, *Comunicato Stampa: PNRR e Stato di Diritto*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, 26 aprile 2021. Nell'audizione del 28 luglio 2020 sul d.l. n. 76/2020, la Corte dei conti rilevava come all'incapacità provvedimentale della pubblica amministrazione concorrono "ben altri fattori, tra i quali: la confusione legislativa, l'inadeguata preparazione professionale, l'insufficienza degli organici" e che la non punibilità a titolo di colpa grave mal si concilia con le più recenti statistiche.

Nel 2023 il Presidente della Corte ha precisato che la paura della firma "deve imputarsi all'incertezza e alla complessità della normativa nei diversi settori amministrativi e, in alcuni casi, anche all'inerzia di soggetti agenti non adeguatamente formati, e non già alla giurisprudenza della Corte dei conti", in *Relazione del Presidente della Corte dei conti dott. Guido Carlini alla Cerimonia di Inaugurazione dell'Anno giudiziario 2023*, 10-12. Dello stesso avviso il Procuratore Generale, che ritiene siano altre le cause della paura della firma, che si tratti piuttosto di "fuga dalla firma, cioè timore o più spesso incapacità di assumersi responsabilità, una incapacità alle cui radici bisognerebbe andare: il che ci porterebbe alle criticità negli attuali criteri di scelta della dirigenza e alla insufficiente considerazione del merito; ma anche alla qualità e all'orientamento della formazione, probabilmente non del tutto adeguate; ad una legislazione complessa, spesso farraginoso, stratificata, di dubbia interpretazione, fonte di incertezze", in *Intervento del Procuratore Generale Angelo Canale alla Cerimonia di Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2023 della Corte dei conti*.

che ne aveva giustificato l'introduzione, evidenziandone l'inopportunità, l'inefficienza e l'incompatibilità con principi costituzionali e regolamenti sovranazionali⁶⁵.

Così come la riforma dell'abuso d'ufficio, anche lo scudo erariale è stato portato all'attenzione della Corte Costituzionale, che con sentenza n. 132 del 17 luglio 2024⁶⁶, lo ha ritenuto legittimo in quanto disposizione ad efficacia temporale ristretta, considerando tuttavia tale limitazione non applicabile al regime ordinario e avanzando un monito al legislatore (con sette concrete proposte "da vagliare con attenzione") per una complessiva riforma della responsabilità amministrativa, al fine di ristabilire una coerenza tra la sua disciplina e le trasformazioni del modello di amministrazione e del contesto istituzionale, giuridico e sociale in cui opera.

Tra le misure consigliate dalla Corte nell'ultimo paragrafo della sentenza si riscontrano significative corrispondenze con il d.d.l. Foti⁶⁷ che prefigge, tra gli altri, la

⁶⁵ Sono evidenti i contrasti a livello euro-unitario con l'art. 325 del TFUE, che prevede che gli Stati membri debbano garantire una sana gestione finanziaria, e con le esigenze di maggiore efficienza nell'impiego delle risorse, anche affermate dal diritto comunitario nell'attuazione del PNRR e del Recovery Plan. Il Regolamento n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il principale strumento di intervento del programma NGEU, postula efficaci azioni di contrasto da parte degli Stati membri beneficiari dei fondi derivanti dal Recovery Fund nei casi di illecito impiego degli stessi, oltre che un "sistema di controllo interno efficace ed efficiente" (art. 22, comma 1). Attraverso i rinvii al Regolamento finanziario ed allo Statuto dei Funzionari UE (art. 22), è evidente il contrasto dello scudo erariale con la cornice sovra-unitaria che, al contrario, espressamente prevede la risarcibilità dei danni arrecati dai funzionari con colpa grave. Ne consegue che la normativa nazionale non pare adempiere all'onere imposto dalla normativa sovranazionale di adottare "tutte le opportune misure per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e per garantire che l'utilizzo dei fondi in relazione alle misure sostenute dal dispositivo sia conforme al diritto dell'Unione e nazionale applicabile", realizzando, al contrario, un restringimento della responsabilità erariale in relazione all'impiego dei fondi derivanti dal *Recovery Plan*.

⁶⁶ La Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Campania, aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 2, d.l. n. 76/2020 in riferimento agli artt. 3, 28, 81, 97 e 103 Cost. La Corte si è pronunciata con sent. n. 132/2024. Commentano tale pronuncia: V. TENORE, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo "scudo erariale" è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare "la fatica dell'amministrare", che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C1621*, in *Riv. Corte conti*, 4/2024, 195 ss.; F.S. MARINI, *La sentenza n. 132 del 2024: la Corte Costituzionale sperimenta nuove tecniche decisorie*, in *Riv. Corte conti*, 4/2024; F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi*, 19/2024; L. BALESTRA, *Per un ripensamento della responsabilità erariale e, più in generale, delle funzioni della Corte dei conti*, in *Giur. it.*, ottobre 2024, 2166 ss.; A. INDELICATO, *Responsabilità e "scudo" erariale: retrospettive e prospettive dopo la rimessione alla Consulta*, in *Riv. Corte conti*, 6/2023, 217 ss.; D. PALUMBO, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 132/2024: verso un nuovo punto di equilibrio nella ripartizione del rischio tra la P.A. e l'agente pubblico?*, in *GiustiziaInsieme*, 18 novembre 2024. Da ultimo, si veda S. FOÀ, *Oltre lo "scudo erariale": quale futuro per la responsabilità amministrativa?*, in *Giustizia Insieme*, 15 aprile 2025, che propone un interessante confronto con la sentenza della Corte cost. n. 371 del 1998 e con il commento a tale pronuncia del professor Casetta (E. CASETTA, *Colpa del dipendente pubblico o colpa del legislatore?*, in *Giur. cost.*, 1998, 3257 ss.).

⁶⁷ "Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, al codice della giustizia contabile, di cui all'allegato 1 al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, e altre disposizioni in materia di funzioni di controllo e consultive

riduzione della responsabilità erariale a ipotesi di carattere sanzionatorio con significativi tetti al risarcimento legati al trattamento retributivo dei dipendenti responsabili, l'introduzione di più ampie forme di controllo preventivo che comportino anche un'esimente della responsabilità, la previsione dell'assicurazione obbligatoria.

L'ancoraggio della responsabilità amministrativa all'evoluzione del modello di amministrazione è di particolare interesse. La Corte sottolinea il passaggio da un'amministrazione che, secondo il modello dello Stato di diritto liberale, doveva limitarsi a dare esecuzione alla legge, adottando un singolo e puntuale atto amministrativo, ad una "amministrazione di risultato" che deve raggiungere determinati obiettivi di *policy* e che risponde dei risultati economici e sociali conseguiti attraverso la sua complessiva attività. In tale contesto, permeato da una complessità istituzionale, sociale e giuridica progressivamente crescente, l'attività discrezionale è una componente essenziale che "accresce inevitabilmente la possibilità di errori da parte dell'agente pubblico, ingenerando il rischio della sua inazione" in una condizione che è stata definita di "fatica dell'amministrare".

Occorre dunque esaminare se l'introduzione dello scudo erariale, al precipuo fine di superare tale "fatica" che, con il rischio di incorrere in responsabilità, porta alla stasi dei funzionari e degli agenti pubblici, abbia ulteriormente inciso sul sindacato della discrezionalità amministrativa.

La risposta pare affermativa. Come noto, lo scudo erariale esonera dalla responsabilità le condotte commissive con colpa grave; le condotte omissive, invece, continuano a rimanere perseguibili per dolo e colpa grave. Ebbene, è proprio nell'ambito delle attività di tipo commissivo che si esplica più frequentemente quell'attività di scelta tra più opzioni possibili tutte astrattamente idonee a perseguire l'interesse pubblico, piuttosto che omissivo, che sono al contrario più spesso da ricondursi all'alveo delle attività vincolate di controllo.

Con l'introduzione dello scudo erariale non sono più perseguibili quelle condotte attive gravemente colpose di tipo discrezionale (attività discrezionale tutta, non solo la parte relativa al merito).

Ipotizzando un parallelismo con il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità, nei limiti delineati nel precedente paragrafo, un comportamento gravemente colposo da cui sia scaturita una scelta che esuli del tutto dal fine per cui il potere è stato attribuito (quello che la giurisprudenza penale identifica come "sviamento" e riconduce nell'ambito della "violazione di legge") e che si concretizzi nella realizzazione di interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali il potere è attribuito, andrebbe ora esente da responsabilità. Occorre chiedersi se tale conclusione sia condivisibile e coerente con i principi dettati dall'art. 97 Cost.⁶⁸.

Pare dunque concludersi che lo scudo erariale, unitamente all'insindacabilità

della Corte dei conti e di responsabilità per danno erariale" (Atto Camera 1621). Sul punto è intervenuto il parere della Corte conti, sez. riun. sede consultiva, 28 ottobre 2024, n. 3/2024/CONS.

⁶⁸ Sul punto U. MONTELLA, *Il rapporto tra discrezionalità amministrativa e responsabilità erariale*, cit.

nel merito delle scelte discrezionali, contribuiscano a delineare una zona d'ombra non indifferente in cui l'agente pubblico conserva ampio margine di valutazione senza il famigerato rischio di incorrere in responsabilità. Ciò, naturalmente, a scapito della tutela della corretta e sana gestione delle risorse pubbliche, cui è preordinata la giurisdizione contabile.

Lo stesso art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994, nella parte in cui esclude le valutazioni puramente di merito dal sindacato del Giudice contabile, è stato ritenuto funzionale a fugare il timore della firma in capo ai pubblici amministratori⁶⁹. Ed infatti, costituendo l'insindacabilità nel merito un difetto di giurisdizione della Corte dei conti, i limiti alla riserva di amministrazione si traducono in un "contenimento della responsabilità amministrativa"⁷⁰. L'interferenza sulla scelta di merito concretamente operata potrebbe tradursi in un travalicamento dei confini che impone la Corte ad una declaratoria di inammissibilità in quanto la materia sarebbe coperta da una riserva in favore dell'amministrazione, che, anzi, "potrebbe meglio descriversi come difetto di attribuzione, non appartenendo la conoscibilità del merito stesso ad alcun ambito giurisdizionale, incluso quello contabile"⁷¹.

Occorre tuttavia ribadire che il principio di insindacabilità del merito delle scelte discrezionali dei soggetti sottoposti alla giurisdizione contabile non esclude un generale sindacato sulla ragionevolezza delle scelte compiute, con riferimento alla compatibilità delle stesse con i fini pubblici e all'adeguatezza dei mezzi impiegati rispetto al raggiungimento di tali fini né esclude la valutazione di comportamenti contrari alla legge, con riferimento ai quali non è possibile utilizzare lo scudo della riserva di amministrazione⁷².

4. Considerazioni conclusive

Come evidenziato nei paragrafi precedenti, se da un lato l'esercizio in concreto del potere discrezionale dei pubblici amministratori costituisce espressione di una sfera di autonomia (la c.d. "riserva di amministrazione") che il legislatore ha inteso proteggere dal sindacato del giudice contabile, da altro lato tale imprescindibile esigenza deve essere temperata con i criteri di economicità ed efficacia che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, legge n. 241/1990, devono permeare l'attività amministrativa⁷³.

⁶⁹ Così A. NAPOLI, V. TENORE, *L'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali e l'esimente politica*, in *Studio sulla responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei conti*, Esi, Napoli, 2019, 128.

⁷⁰ Corte conti, sez. III app., 23 febbraio 2017, n. 94.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Cass., sez. un., 9 maggio 2011, n. 10069.

⁷³ Cass., sez. un., 25 maggio 2016, n. 10814.

Avendo tali criteri acquistato dignità normativa, essi assumono rilevanza sul piano della legittimità dell'azione amministrativa e, ferma restando la possibilità per il pubblico agente di scegliere gli strumenti più idonei al raggiungimento degli obiettivi dell'ente, la Corte dei conti può valutare i modi di attuazione delle scelte discrezionali alla luce del parametro della conformità ai criteri di economicità ed efficacia⁷⁴ e può sindacare sulla non adeguatezza o l'esorbitanza dell'atto o dell'attività rispetto al fine pubblico da perseguire⁷⁵.

La giurisdizione contabile non può dunque conoscere condotte discrezionali che violano regole non scritte di opportunità e convenienza, ma può sindacare condotte discrezionali che si pongano in contrasto con norme espresse o principi giuridicizzati, tra i quali i principi di buon andamento dell'azione amministrativa, di efficacia, efficienza, razionalità, proporzionalità e ragionevolezza. Il sindacato giudiziale contabile sulla discrezionalità amministrativa non si limita, dunque, alla mera verifica della conformità dell'azione alla legislazione vigente, ma si esplica anche in un controllo sull'eccesso, sull'abuso e sullo sviamento di potere, in contrasto con i principi generali dell'ordinamento giuridico e con quelli speciali dettati dalla singola disciplina.

Anche una condotta "legittima" può essere fonte di responsabilità erariale, ritenendo la giurisprudenza sempre ammissibile una valutazione della scelta in sé, alla luce dei parametri di legalità, razionalità, coerenza e ragionevolezza. Tale possibilità incontra, tuttavia, il limite del merito, non consentendo di potersi addentrare nell'esame dell'articolazione concreta dell'iniziativa intrapresa dall'amministrazione, e nell'apprezzamento di una scelta tra più possibili lecite.

Limite che, tuttavia, appare flebile ed indeterminato e si rivela un sofisma⁷⁶, dovendo il giudice contabile accertare la sussistenza della discrezionalità e l'eventuale superamento dei limiti imposti dalla legge anche alla luce di parametri giuridici indeterminati e oggettivamente incerti⁷⁷ che rendono ancora più labili i confini tra scelte discrezionali sindacabili e scelte di merito insindacabili.

⁷⁴ Cass., sez. un., n. 9680/2019; n. 6462/2020; ord. n. 30527/2019. Da ultimo Cass., sez. un., 2290/2024.

⁷⁵ Cass., sez. un., n. 5288/2009, n. 10069/2011, n. 12902/2011, n. 831/2012, n. 1979/2012, n. 20728/2012, n. 4283/2013.

⁷⁶ Così M. SCIASCIA, *La responsabilità erariale è ancora compatibile con le esigenze dell'attuale amministrazione o svolge un insostenibile impatto disfunzionale?*, in *Riv. Corte conti*, 1/2024.

⁷⁷ Cfr. U. MONTELLA, *Il rapporto tra discrezionalità amministrativa e responsabilità erariale*, in J. BERCELLI-S. MORO, *Il ruolo della Corte dei conti nei processi decisionali degli Enti locali*, *Atti del Convegno Verona, 25 Novembre 2022*, Giappichelli, Torino, 2023, 97. Tra le criticità dei limiti del sindacato del merito delle scelte discrezionali, l'Autore evidenzia l'incertezza dei criteri di razionalità e proporzionalità, creati dallo stesso giudice e non aventi nozione universalmente riconosciuta, il rischio dello sconfinamento del criterio della economicità in una valutazione di convenienza ed il confine incerto tra valutazione dell'efficacia ed utilità.

Merito ed esimente politica nel giudizio contabile

*Paolo Evangelista e Davide Vitale**

SOMMARIO. 1. Discrezionalità amministrativa e merito: una dicotomia non semplice da cogliere nel giudizio contabile. – 2. L'esimente politica e tecnica prevista dal legislatore in favore dell'organo politico. – 3. I limiti esterni della giurisdizione del giudice contabile. Gli orientamenti delle Sezioni unite della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale. – 4. L'esimente politica c.d. 'tecnica': casistica giurisprudenziale. – 5. Conclusioni.

1. Discrezionalità amministrativa e merito: una dicotomia non semplice da cogliere nel giudizio contabile

Il tema dei limiti del controllo del giudice contabile sulle scelte discrezionali ed in genere dei processi decisionali pubblici, così come avviene negli altri plessi giudiziari, è estremamente attuale in questo momento storico in cui si assiste ad un incremento dell'area dell'attività dei pubblici poteri esercitata, anche in forma privatistica, con ricorso a tecnologie sempre più avanzate e quindi applicando regole tecniche di buona amministrazione *'extra legem'* ovvero di natura non giuridica.

La problematica quindi investe direttamente il modo di intendere il ruolo del giudice come controllore dell'amministrazione ed è, con riferimento al giudizio contabile, alquanto complessa in considerazione del fatto che sovente le istruttorie del PM contabile hanno ad oggetto danni erariali denunciati per scelte (o inerzie) diseconomiche ed inefficienti di Amministratori pubblici, violative di regole non strettamente *'di diritto'*.

La ricerca di un punto di equilibrio che consenta di individuare i limiti e le modalità di controllo giudiziale sui processi decisionali pubblici è cruciale sia per il giudice ordinario che per quello amministrativo ma, come osservato in dottrina, lo è ancora di più per il giudice contabile che non è il giudice dell'atto ma del fatto, non è giudice della legittimità ma dell'illiceità ed "è un giudice che non è chiamato alla tutela di situazioni giuridiche soggettive incise dall'azione dei pubblici poteri ad istanza di parte (come lo è quello amministrativo ed in larga misura quello ordinario), ma agisce su impulso di parte pubblica per la tu-

* I paragrafi 1, 2 e 3 sono stati redatti da P. Evangelista ed il paragrafo 4 da D. Vitale.

tela di un interesse pubblico quale è quello della corretta gestione delle pubbliche risorse del tutto generico ed indeterminato nei suoi confini”¹.

Non appare agevole in particolare individuare i parametri in base ai quali il giudice contabile può valutare la conformità dell'azione dei poteri pubblici, espressione di autonomia e di discrezionalità amministrativa, rispetto agli obiettivi anche economici posti dal legislatore.

Così come non è semplice cogliere i riflessi e l'influenza del principio della separazione dei poteri e della c.d. riserva di amministrazione in relazione ad un sindacato giudiziale che potrebbe coinvolgere, oltre a spazi di discrezionalità amministrativa, anche ambiti di discrezionalità politica costituzionalmente garantiti.

2. *L'esimente politica e tecnica prevista dal legislatore in favore dell'organo politico*

Con l'art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994, così come novellato dalla legge n. 639/1996, il legislatore ha cercato di delimitare i confini del sindacato del giudice contabile 'positivizzando' il principio della *“insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali”*².

Il comma 1-ter del suddetto articolo prevede altresì la esimente politica c.d. tecnica, che verrà esaminata nei paragrafi successivi, in quanto dispone che nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi *“la responsabilità non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione”*³.

La ratio della positivizzazione del principio di insindacabilità nel merito, da parte del giudice contabile, delle scelte discrezionali dell'organo politico – anche se il principio era desumibile dal sistema ordinamentale – è rinvenibile nell'e-

¹C. PINOTTI, *Scelte autonome di gestione anche discrezionali e scelte tecniche: limiti di valutabilità nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in AA.VV. *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme), atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varese 15 settembre 2005*, Giuffrè, Milano, 2006, 481.

²L'art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994 così dispone. *“La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali”*. Per una puntuale ed aggiornata ricostruzione dei contributi dottrinari sul tema dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali ovvero della c.d. esimente politica si veda AA.VV., *La Nuova Corte dei conti*, a cura di V. TENORE, Giuffrè, Milano, 2022, 271.

³L'esimente viene qualificata come 'tecnica' da S. PILATO, *La responsabilità amministrativa dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2019, 93.

sigenza di fronteggiare 'invasioni di campo' della Corte dei conti alla luce di alcuni precedenti orientamenti giurisprudenziali.

Il sindacato sulla discrezionalità 'pura' in alcune decisioni veniva condotto in particolare sia alla stregua di criteri di legittimità che di merito, non ritenendo il giudice contabile di essere sottoposto, quale giudice esclusivo della responsabilità amministrativa, ai limiti del giudice ordinario e del giudice amministrativo nell'apprezzare la convenienza ed opportunità delle scelte amministrative⁴.

L'ingiustizia del danno erariale era inoltre intesa sia come violazione di regole giuridiche, poste direttamente a tutela dell'interesse pubblico, sia come violazione di principi generali quali il buon andamento e l'imparzialità sanciti dall'art. 97 Cost.⁵.

Per le ragioni sopra descritte il legislatore ha avvertito l'esigenza di ribadire che il sindacato del giudice contabile fosse limitato alle scelte discrezionali *contra legem* qualora sia configurabile, come nel giudizio amministrativo, una figura sintomatica di eccesso di potere (vizio di legittimità e non di merito).

Parimenti non è precluso alla Corte dei conti il sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica delle scelte operate dalla Pubblica amministrazione in attuazione di regole di esperienza e settoriali, in quanto esulano sempre dal 'merito' amministrativo⁶.

Il sindacato del giudice per l'accertamento della responsabilità amministrativa per danno erariale pertanto, per espressa previsione legislativa, non può riguardare il 'merito' delle scelte del decisore politico; il giudice contabile pertanto non deve sostituirsi all'amministratore pubblico e valutare la conformità o meno delle deliberazioni assunte a regole di opportunità e convenienza.

I suddetti principi tuttavia non sono in concreto di facile attuazione dal momento che: a) nel giudizio per responsabilità amministrativa per danno alle risorse finanziarie pubbliche vengono esaminate, di regola, scelte che rientrano nella discrezionalità economico-finanziaria dell'Ente pubblico; b) con la positivizzazione normativa dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ai sensi dell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, il sindacato sostanziale-funzionale di economicità attiene più strettamente a profili di illegittimità e non di merito dell'attività amministrati.

Al riguardo è stato osservato che avendo la legge sul procedimento amministrativo dato attuazione all'art. 97 della Costituzione introducendo tra i parame-

⁴ Corte conti, sez. I, 25 maggio 1993, 85, in *Riv. Corte conti*, 1993, II, 79.

⁵ In dottrina veniva sottolineato che la qualificazione del 'merito' per la giurisprudenza non precludeva il sindacato giudiziale del giudice contabile per cui, in tutte le ipotesi di accertate responsabilità rientranti nell'ambito generale della responsabilità di gestione, la Corte dei conti era legittimata a conoscere del merito amministrativo dei fatti gestionali posti in essere dagli amministratori, essendo la giurisdizione riferita non all'atto ma al comportamento; F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁶ *Ex multis* Corte conti, sez. III App., 7 febbraio 2002, n. 36.

tri di legalità quelli di efficienza, efficacia ed economicità, può anche ipotizzarsi uno spostamento di tali parametri dal merito amministrativo alla legittimità ed alla 'regolarità' amministrativa⁷.

In base alla giurisprudenza di merito della Corte dei conti il sindacato giurisdizionale è pertanto sempre possibile in presenza di atti *contra legem*, irragionevoli o diseconomici⁸, mentre lo si deve escludere "quando abbia a oggetto la scelta tra più opzioni lecite, legittime, razionali e congrue, dovendo il giudice contabile verificare in concreto se l'esercizio del potere discrezionale sia avvenuto o meno nel rispetto dei limiti posti dall'ordinamento giuridico, quali la razionalità, la logicità delle scelte, il risultato di economicità e di buona amministrazione, la congruità e la proporzionalità tra mezzo e fine"⁹.

In giurisprudenza è stato anche affermato che l'insindacabilità 'nel merito' sancita dalla legge n. 20/1994, art. 1, comma 1, non priva la Corte dei conti della possibilità di controllare la conformità alla legge dell'attività amministrativa e che tale conformità "debba essere verificata anche sotto l'aspetto 'funzionale', vale a dire in relazione alla congruenza dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore"¹⁰.

In un'altra pronuncia è stato precisato che il giudice contabile non può sostituirsi all'operatore pubblico per individuare altre possibili scelte alternative, diverse da quella in concreto adottata, dovendosi limitare ad accertare se quest'ultima, in sé considerata, risponda a criteri di razionalità, individuati secondo i parametri di economicità ed efficacia cui è soggetta l'azione amministrativa, anche nell'ottica della esistenza di un rapporto di '*ragionevole proporzionalità tra costi e benefici*'¹¹.

Secondo parte della dottrina la valutazione della ragionevolezza di una scelta discrezionale ovvero "la sua idoneità a soddisfare l'interesse pubblico specifico individuato dalla P.A. o a raggiungere gli obiettivi prefissati, deve essere effettuata necessariamente *ex ante* dal giudice contabile (secondo il criterio della prognosi postuma) e non *ex post* sul risultato concreto"¹².

Si assiste pertanto ad un tentativo di temperamento fra l'esigenza di autonomia degli amministratori, garantendoli dal rischio di invasioni sistematiche

⁷ P. CREA, *La Corte dei conti e l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1997, 9, III, 919 ss.

⁸ In tema di limiti del sindacato giudiziale nella materia dei contratti pubblici si veda P. SANTORO, *Sistema di responsabilità e pubblica amministrazione*, Maggioli, Rimini, 2004, 843 ss.

⁹ In termini Corte conti, sez. giur. Lazio, 23 dicembre 2024, n. 303; nella parte motiva della sentenza viene altresì precisato che "*Tali criteri interpretativi valgono anche nei casi in cui la discrezionalità venga esercitata a favore di scelte transattive, ben potendo queste ultime risultare abnormi, illogiche o diseconomiche*".

¹⁰ Corte conti, sez. giur. Sicilia, 20 aprile 2018, n. 361.

¹¹ Corte conti, sez. giur. Lazio, 10 novembre 2006, n. 2282, in *Riv. Corte conti*, 2006, 6, 190.

¹² V. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 281.

da parte del giudice di merito di ogni singola scelta compiuta, con l'esigenza, del pari insopprimibile, che "l'attività gestoria non si sottragga comunque ad una verifica giudiziale quantomeno per accertare i veniva più importanti fenomeni ove è presente una colpa grave dell'amministratore"¹³.

3. I limiti esterni della giurisdizione del giudice contabile. Gli orientamenti delle Sezioni unite della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale

La violazione del principio di insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali degli amministratori pubblici di cui al richiamato art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994 e, quindi, lo sconfinamento nel merito nell'accertamento della responsabilità amministrativa per danno erariale può dare origine a pronunce sia delle sezioni unite della Corte di Cassazione, per la verifica dei limiti esterni della giurisdizione del giudice contabile, sia della Corte Costituzionale, per la risoluzione di conflitti tra poteri dello Stato.

In una importante e fondamentale decisione della Suprema Corte del 2003, in tema di limiti esterni della giurisdizione, è stato ribadito che l'insindacabilità "nel merito" delle scelte discrezionali compiute dai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti non comporta la sottrazione di tali scelte ad ogni possibilità di controllo¹⁴.

La Suprema Corte ha poi precisato che l'insindacabilità "nel merito" sancita dall'art. 1, comma 1, della citata legge n. 20/1994, non priva la Corte dei conti della possibilità di controllare la conformità alla legge dell'attività amministrativa e che tale conformità "*debba essere verificata anche sotto l'aspetto "funzionale", vale a dire in relazione alla congruenza dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore*".

In un altro passaggio motivazionale della sentenza richiamata le sezioni unite della Corte di Cassazione evidenziano che la verifica dell'economicità ed efficacia delle scelte adottate dalla pubblica amministrazione non attonano a profili di merito ma di legittimità, atteso che l'art. 1, primo comma, della legge n. 20 del 1994 deve esse messo in correlazione con l'art. 1, primo comma, legge 7 agosto 1990, n. 241, in base al quale i criteri di "economicità" ed "efficacia", a cui deve ispirarsi l'esercizio dell'attività amministrativa e "*che costituiscono specificazione del più generale principio sancito dall'art. 97,*

¹³ C. PINOTTI, *Scelte autonome di gestione*, cit., 524.

¹⁴ Cass., sez. un., 29 settembre 2003, n. 14488. Trattasi di fattispecie relativa alla spesa sostenuta dal rettore del Convitto nazionale di Roma per l'organizzazione di una sfilata di moda, ritenuta causativa di danno erariale, perché priva di qualunque collegamento con le finalità dell'Istituto e per la mancanza di qualsiasi rapporto di ragionevole proporzionalità tra 'costi e benefici'.

primo comma, Cost., hanno acquistato 'dignità normativa', assumendo rilevanza sul piano della legittimità (e non della mera opportunità) dell'azione amministrativa".

La concezione 'unitaria' della discrezionalità amministrativa, intesa come fenomeno giuridico comprensivo della economicità, trasparenza ed efficacia, annoverati tra i requisiti di legittimità del provvedimento, è stata ribadita anche in successivi orientamenti dei giudici di legittimità¹⁵; così come è stata evidenziata la natura 'sostanziale-funzionale' del sindacato giudiziale sulle scelte d'amministrazione¹⁶.

"Il sindacato della Corte dei conti in sede di giudizio di responsabilità (ma anche in sede di giurisdizione di conto) – così si esprime la Corte di Cassazione – non deve limitarsi a verificare se l'agente abbia compiuto l'attività per il perseguimento di finalità istituzionali, ma deve estendersi alle singole articolazioni dell'agire amministrativo, escludendone soltanto quelle in relazione alle quali la legge attribuisce all'amministrazione una scelta elettiva tra diversi comportamenti, negli stretti limiti di tale attribuzione".

In una fattispecie di conferimento di incarichi a soggetti esterni all'amministrazione, senza verificare la possibilità di far fronte con la struttura burocratica esistente, la Suprema Corte ha affermato che il giudice contabile non può sostituirsi all'amministrazione nel compiere scelte d'opportunità, trasformandosi da "operatore di giustizia" ad "amministratore"; tuttavia, "tale disposizione non può essere interpretata nel senso che l'azione discrezionale dell'amministrazione non sia sottoposta al vaglio di alcun parametro normativo, sicché la stessa si trasformi in espressione di puro "arbitrio"¹⁷.

Le sezioni unite hanno affermato la sussistenza della giurisdizione contabile¹⁸ anche in una fattispecie di stipulazione di contratti finanziari derivati da parte del MEF, in cui è stato contestato a dirigenti ministeriali di non aver adeguatamente valutato i rischi delle operazioni in questione, in considerazione della na-

¹⁵ Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7024; Cass., sez. un., ord. 22 novembre 2019, n. 30527. In quest'ultimo giudizio la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso, volto a denunciare l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata alla discrezionalità della P.A., proposto avverso una decisione del giudice contabile che aveva ritenuto esorbitante dai canoni di ragionevolezza ed economicità la scelta di un assessore provinciale di acquisire in locazione – per una destinazione museale con progetto in fase nemmeno embrionale – un immobile inidoneo all'uso immediato ed a condizioni economiche squilibrate a favore del locatore.

¹⁶ Tali aspetti sono sottolineati da S. PILATO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 90 ss.

¹⁷ Cass., sez. un., 13 dicembre 2017, n. 29921. La decisione è richiamata in A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIRLODO, *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Giuffrè, Milano, 2022, 157 ss. Si veda anche la nota a commento di E. FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *La maschera della discrezionalità: sull'esercizio costituzionalmente disorientato del potere amministrativo*, in *Corr. giur.*, 12, 2018, 1486 ss.

¹⁸ Cass., sez. un., 1° febbraio 2021, n. 2157.

tura fortemente speculativa delle medesime ed in contrasto con lo scopo di mera copertura degli oneri di gestione del debito pubblico¹⁹.

È stato ribadito l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo il quale la rispondenza in concreto delle decisioni amministrative ai criteri di economicità, efficacia e ragionevolezza è soggetta al sindacato della Corte dei conti, in quanto si tratta di criteri che, travalicando la c.d. riserva di amministrazione, rientrano nella legittimità e non nella mera opportunità dell'azione amministrativa.

In questi casi il sindacato del giudice contabile non riguarda la "scelta" in sé operata dai dirigenti del MEF, bensì attiene ai "modi di attuazione" della discrezionalità loro riconosciuta.

L'azione di responsabilità amministrativa in definitiva è stata esercitata dalla Procura contabile, nella fattispecie in esame, non per valutare le scelte di indirizzo di politica economica, espressione di discrezionalità politica sottratta a forme di sindacato giurisdizionale, bensì sono state sindacate le azioni puntuali in cui essa si estrinseca; al riguardo è stato peraltro evidenziato che quella stessa politica economica e di gestione del debito pubblico è oggi astretta dal rispetto dei principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico, recepiti in norme giuridiche di rango costituzionale che si rivolgono allo Stato ordinamento oltre che alle sue articolazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.)²⁰

Non sono inoltre stati riscontrati dalla Suprema Corte l'eccesso di potere giurisdizionale ed il difetto assoluto di giurisdizione, per violazione dei limiti esterni della giurisdizione contrattuale, in relazione al giudizio instaurato per la contestata irregolare gestione dei fondi assegnati ai Gruppi dei Consigli regionali.

È stato affermato in proposito che la valutazione in ordine all'inerenza delle spese ai fini istituzionali non rientra nell'ambito delle scelte di merito insindacabili, riguardando il controllo sul rispetto delle finalità pubblicistiche cui le risorse finanziarie sono destinate; ciò in quanto *"la gestione dei fondi pubblici erogati ai gruppi partitici dei consigli regionali è soggetta alla giurisdizione della*

¹⁹ Sempre in tema di contratti finanziari derivati, in cui è stato contestato ad amministratori e funzionari comunali di un aver concluso, con grave imprudenza e senza adeguate garanzie, una dannosa operazione di finanza derivata, si veda Cass. civ., sez. un., 5 aprile 2019, n. 9680, resa in un caso ai sensi dell'art. 41, legge 28 dicembre 2001, n. 448; anche in questo giudizio è stato ribadito che il giudice contabile è legittimato a verificare l'osservanza dei criteri di economicità, efficacia e ragionevolezza, senza il rischio di incorrere in un sindacato sul merito delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione.

²⁰ Si veda S. CALDARELLI, *Sui confini esterni della giurisdizione contabile: il caso dei derivati finanziari per la gestione del debito sovrano*, nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 1 febbraio 2021, n. 2157, in *Bilancio, comunità e persona* – *www.dirittoconti.it*, 1, 2021, 175 ss.; G. COLOMBINI, *Il principio di proporzionalità nel sindacato del giudice contabile*, in *Diritto della regione*, Cedam, Padova, 2002, 1, 158 ss.

Corte dei conti in materia di responsabilità erariale, sia perché a tali gruppi ... va riconosciuta natura essenzialmente pubblicistica ..., sia in ragione dell'origine pubblica delle risorse e della definizione legale del loro scopo, senza che rilevi il principio della insindacabilità di opinioni e voti ex art. 122, quarto comma, Cost."²¹.

La sussistenza dei limiti al sindacato nel merito delle scelte discrezionali/politiche, fonte di responsabilità amministrativa secondo le ipotesi accusatorie della Procura contabile, è stata verificata anche dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 392/1999, emessa in sede di conflitto di attribuzione tra lo Stato e la Regione Lombardia.

La Procura regionale della Corte dei conti per la Lombardia aveva in particolare esercitato l'azione risarcitoria nei confronti del Presidente del Consiglio regionale e dei componenti dell'Ufficio di Presidenza che avevano approvato alcune deliberazioni di spesa con le quali erano state autorizzate missioni di consiglieri e funzionari regionali in vari Paesi europei ed extra europei.

La Corte Costituzionale ha accolto il ricorso della Regione Lombardia evidenziando che nel caso in esame la Procura contabile non ha formulato le contestazioni in termini di estraneità o, comunque, di non riconducibilità dell'autorizzazione dei viaggi all'autonomia funzionale del Consiglio regionale *"alla stregua di un criterio di ragionevolezza (come desunta dagli artt. 121 e 122 della Costituzione)"*.

"L'addebito della Procura regionale – così conclude la Corte²² – è essenzialmente imperniato, invece, su valutazioni negative in ordine all'utilità, alla proficuità o, addirittura, alla ricaduta pratica concreta dei suddetti viaggi, con apprezzamenti riferibili al merito delle spese e, pertanto, non idonei ad essere elevati a criterio di verifica della riconducibilità o meno delle spese stesse al suddetto principio di autonomia".

²¹ Cass. civ., sez. un., n. 10768/2019 richiamata in Corte conti, sez. II app., 15 gennaio 2024, n. 15; orientamento conformato anche in Cass. civ., sez. un., 28 febbraio 2020, n. 5589 in cui viene evidenziato che *"a) erano stati contestati al Consigliere regionale A. i rimborsi, "per spese di alberghi, viaggi con mezzo proprio, pasti, acquisto di buste e cartoncini di auguri e beni vari", ottenuti "in assenza di adeguata documentazione" e al Capogruppo V. l'omesso esercizio delle "prescritte funzioni di controllo sulle spese rendicontate"; b) non aveva rilievo, ai fini della responsabilità per danno erariale, l'approvazione dei conti dei Gruppi consiliari da parte del comitato tecnico o dall'ufficio di presidenza dell'Assemblea regionale, avendo valore soltanto di ratifica di spese già effettuate e non del relativo titolo giustificativo ex ante; c) nella specie non sussisteva lo "straripamento nelle valutazioni di merito riservate alla valutazione dell'assemblea" poiché "il sindacato operato" aveva "avuto ad oggetto la mancata dimostrazione della necessaria correlazione tra ogni singola spesa sostenute e la funzione da assolvere, in violazione di qualsivoglia regola di rendicontazione"*.

²² Corte Cost., 22 ottobre 1999, n. 399.

4. *L'esimente politica c.d. 'tecnica': casistica giurisprudenziale*

Sempre la novella attuata con legge n. 639/1996 ha inserito, nell'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, il comma 1-*ter* che limita la responsabilità erariale dei componenti degli organi politici, sia pure – come anticipato – per ipotesi molto circoscritte. La *ratio* normativa dell'introduzione della c.d. "scriminante politica" – ovvero "esimente tecnica" – della responsabilità amministrativa è di evitare il coinvolgimento degli organi politici che, in buona fede, abbiano adottato (ovvero consentito l'attuazione di) atti confidando nel buon operato degli organi tecnici; ne consegue che tale esimente non può operare qualora i provvedimenti dannosi siano stati adottati in maniera palesemente irrazionale ed illegittima – coerentemente ricollegandosi quindi a quanto al paragrafo 2 esposto in punto di merito (esterno) sindacabile – o in assenza di qualsivoglia valutazione in ordine alla concreta realizzabilità e sostenibilità economica dell'operazione (come attentamente osserva: Corte dei conti, sez. II centrale app., 20 maggio 2021, n. 155), omettendo addirittura di svolgere l'istruttoria prodromica alla delibera; in questa ultima evenienza facendo emergere un profilo di assoluta perdita di funzionalizzazione concreta dell'azione amministrativa, che ne permea la illogicità e consequenziale illegittimità.

Tutto ciò rappresenta la proiezione nonché positiva declinazione del principio introdotto nell'ordinamento dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 – odierno art. 4 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – di netta separazione e divieto di interferenza tra funzioni di indirizzo politico spettanti agli amministratori pubblici e attività gestorie di competenza dirigenziale.

Prima di tale novella era frequentissima l'evocazione in giudizio innanzi alla Corte dei conti di amministratori pubblici e persino di Ministri: a tal proposito, la Suprema Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 13 novembre 2000, n. 1170) aveva chiarito che il giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti presuppone la sussistenza di un rapporto di impiego o di servizio pubblico (anche onorario) in capo al soggetto cui la responsabilità viene ascritta e che rispetto ai Ministri tale presupposto ricorre in relazione agli atti di mera gestione della cosa pubblica, anche se inquadrabili tra quelli di "alta amministrazione", posto che questi non sono liberi nella scelta dei fini ma legati, pur nell'ampia discrezionalità che li caratterizza, ai predeterminati fini posti dalla legge e sono quindi soggetti, a differenza di quelli "politici", al sindacato da parte del giudice.

La scriminante, in questione, quindi, di cui si è fatta immediata applicazione in numerosi contenziosi innanzi alla magistratura contabile – che ha tuttavia normalmente limitato la portata del principio ai soli organi politici di derivazione elettiva²³ – fondata sulla distinzione tra indirizzo politico ed attività gestoria,

²³ Per l'applicabilità della esimente ai soli organi politici di derivazione elettiva v. Corte conti, sez. III, 7 dicembre 2005 n. 750; Id., sez. II, 2 luglio 2003 n. 233, tutte in www.corteconti.it; Id.,

presuppone l'anti doverosità del comportamento ascritto ai soggetti investiti della funzione politica²⁴ e non ha una valenza generalizzata ma è ancorata all'accertamento, in concreto, da parte della magistratura contabile, della "buona fede" del politico che vada ad assumere una deliberazione dannosa per l'erario sulla scorta di errori o omissioni nell'istruttoria condotta dai funzionari tecnici o amministrativi.

Pertanto, gli organi collegiali di natura politica non possono andare genericamente esenti da responsabilità amministrativo-contabile, ai sensi di siffatta speciale scriminante, che, in ragione della sua chiara perimetrazione, opera esclusivamente in riferimento a deliberazioni di ratifica o approvazione di atti e provvedimenti di competenza degli uffici amministrativi e tecnici dell'ente²⁵.

La responsabilità degli organi politici è esclusa, allorché, questi, "in buona fede", abbiano approvato ovvero abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione di atti che si siano a posteriori dimostrati lesivi degli interessi patrimoniali dell'ente (art. 1, comma 1-ter, legge n. 20/1994). Tale disposizione, ancorché formalmente introdotta con legge 20 dicembre 1996, n. 639, costituisce espressione del principio dell'affidamento, di carattere e portata generale, tanto che è stata considerata applicabile anche per i fatti precedentemente verificatisi²⁶.

In tal senso, un rilevante peso, nella valutazione dell'organo giudicante, assumono sia la complessità di talune istruttorie – che può rendere non evidenti le predette carenze tecniche-amministrative – sia il livello medio di preparazione tecnico-giuridica di alcuni amministratori; in altri termini, la particolare difficoltà tecnica o giuridica costituisce elemento caratterizzante della scriminante, in assenza del quale si deve ritenere che l'evidenza dell'erroneità dell'atto sia tale da escludere, *in nuce*, la stessa buona fede dei titolari dell'organo politico²⁷.

Si può, dunque, affermare che la buona fede dell'organo politico è da ritenere sussistente qualora la delibera dannosa sia stata condizionata, nei suoi presupposti conoscitivi-istruttori, dalle competenze degli organi tecnici e amministrativi. Al contrario, la cosiddetta "scriminante politica" non è applicabile ai casi in cui l'organo politico abbia esercitato un'attribuzione sua propria in rife-

sez. II, 2 luglio 2002 n. 233, in *Riv. Corte conti*, 2002, 4, 200. *Contra*, per una lettura ampia dell'irresponsabilità dell'organo politico volta a ricomprendere anche gli organi di governo di enti pubblici, v. Corte conti, sez. I, 14 marzo 2002, n. 89, in *Panorama giuridico*, 2002, 1-2, 40. Non sono considerati organi politici, ma organi gestionali, i componenti del CDA di una azienda territoriale per l'edilizia residenziale che rispondono delle proprie delibere foriere di danno erariale (Corte conti, sez. I app., 13 aprile 2018, n. 155, in *www.corteconti.it*).

²⁴ In termini Corte conti, sez. Calabria, 17 gennaio 2002, n. 14.

²⁵ Corte conti, sez. II app., 3 novembre 2003, n. 303.

²⁶ Si veda Corte conti, sez. I app., 13 gennaio 2023, n. 9, Corte conti, sez. Molise, 19 gennaio 2000, n. 2 e Corte conti, sez. Sicilia, 8 luglio 2005, n. 1712).

²⁷ Corte conti, sez. I centrale app., 7 agosto 2002, n. 282.

rimento alla quale l'apparato burocratico abbia espletato funzioni di mero supporto strumentale (istruttorie o consultive).

L'esimente non può essere invocata, infatti, nei casi in cui l'organo politico deve adottare atti di proprio competenza²⁸ quali quelli attinenti alla programmazione del personale e all'individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie, da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici²⁹.

In una ottica ricognitiva, occorre significare che già con sentenza Corte dei conti, sez. II centrale app., 26 ottobre 1998, n. 234, in maniera dirimente, si apprezzava ed introduceva la questione di come tale c.d. "esimente tecnica" non si configuri per atti e procedimenti riguardo ai quali il ruolo dei suddetti uffici tecnici e amministrativi abbia carattere meramente strumentale o addirittura preparatorio; parimenti veniva chiarito che l'organo politico risponde comunque dei danni arrecati per scelte gestionali esercitate in una materia che la legge abbia precipuamente riservato all'organo stesso e nella quale gli uffici tecnici o amministrativi abbiano espletato semplicemente funzioni istruttorie, consultive o di mero supporto strumentale alla decisione dell'organo politico.

Al contrario, la scriminante opera quando la decisione sia stata assunta in materie di competenza degli organi burocratici e presenti una difficoltà tecnica e giuridica, tale da richiedere conoscenze non esigibili dal vertice politico³⁰.

Particolare rilievo assume, in questo specifico contesto tematico, la sentenza del 25 gennaio 2022, n. 90 mediante la quale la Corte Costituzionale si è pronunciata sul conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione Valle d'Aosta che contestava il potere dello Stato – e per esso della Corte dei conti – di accertare la responsabilità amministrativa, con conseguente condanna per danno erariale, di alcuni consiglieri regionali della Regione autonoma Valle d'Aosta, che avevano votato a favore dell'adozione della delibera del Consiglio regionale di approvazione del piano di rafforzamento patrimoniale del Resort e Casinò di Saint-Vincent, consistente in un aumento di capitale della Casinò de la Vallée s.P.A. (società a totale partecipazione pubblica).

Ad avviso della Corte Costituzionale, *"l'approvazione della delibera di cui qui si discute costituisce un'espressione di voto che, pur rivestendo la forma di atto amministrativo, è, sotto ogni profilo, riconducibile all'esercizio di funzioni inerenti al «nucleo caratterizzante delle funzioni consiliari» (sentenza n. 69 del 1985), rispetto al quale l'art. 24 dello statuto speciale della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, al pari dell'art. 122, quarto comma, Cost., esclude la responsabilità (penale, civile e amministrativa) dei consiglieri regionali per le opi-*

²⁸ Corte conti, sez. II centrale app., 6 settembre 2017, n. 565.

²⁹ Corte conti, sez. III centrale app., 5 luglio 2013, n. 476, Id., sez. II centrale app., 27 agosto 2019, n. 298; Id., sez. II centrale app., 2 dicembre 2022, n. 570.

³⁰ Corte conti, sez. II app., 3 novembre 2003, n. 303.

nioni espresse e i voti dati. Pertanto, per poter «preservare da interferenze e condizionamenti esterni le determinazioni inerenti alla sfera di autonomia costituzionalmente riservata al Consiglio regionale» (sentenza n. 235 del 2015, nonché, in precedenza, sentenze n. 195 del 2007, n. 392 del 1999 e n. 289 del 1997), la garanzia dell'insindacabilità di sicuro concerne le funzioni conferite ai Consigli regionali dalla Costituzione e dalle fonti normative cui essa rinvia e che possono essere esercitate in forma legislativa o anche amministrativa. Ciò conferma quanto questa Corte ha, fin da tempo risalente, affermato circa l'insufficienza della forma amministrativa dell'atto per escludere la prerogativa dell'insindacabilità (sentenze n. 69 del 1985 e n. 81 del 1975)».

Si tratta di una pronuncia che richiederà certamente ulteriori analisi ed approfondimenti interpretativi perché lascia intravedere ambiti di insindacabilità di ampiezza diversa rispetto a quanto finora considerato dalla giurisprudenza contabile. Infatti, la categoria dell'atto politico, proprio perché non sindacabile in sede giurisdizionale, richiede, come la Suprema Corte costantemente afferma, di essere individuata in senso restrittivo (*ex plurimis*, Cass., sez. un., 19 maggio 2016, n. 10319).

In disparte il rilievo di come, al di là dei ristretti confini letterali dell'art. 1 comma 1 ter della legge n. 20/1994, sembrerebbe logico attribuire il giusto rilievo – ai fini *de quibus* – all'affidamento che, in generale, e non solamente riguardo agli atti di competenza degli uffici burocratici, i titolari degli organi politici fanno sulla competenza tecnica di questi ultimi; infatti, molto spesso, anche atti che rientrano nelle funzioni proprie degli organi politici rappresentativi, inevitabilmente ed in concreto, presuppongono, a monte, scelte tecniche particolarmente complesse, che non possono essere loro “causalmente” imputate, se non ricostruendo e valutando la partecipazione oggettiva e soggettiva allo specifico processo di determinazione dell'atto formalmente intestato alla titolarità dell'organo politico.

In conclusione – ed a ulteriore suffragio del significativo discrimine evidenziato rispetto alla corretta applicazione della scriminante tecnica in considerazione – con recente pronuncia della territoriale sezione della Corte dei conti di Trento, n. 27/2024, nuovamente si ribadisce come l'applicazione di siffatta esimente intervenga solo “nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici e/o amministrativi”, e come per consolidata giurisprudenza contabile essa “non è applicabile nelle materie riservate agli organi di governo, nelle quali gli uffici amministrativi e tecnici della struttura hanno espletato funzioni istruttorie o consultive e comunque di mero supporto strumentale”³¹. Tra questi casi rientra – ad emblematico esempio – la fattispecie nella quale la stipula del contratto di concessione è stata affidata dall'ammini-

³¹Cfr. tra le ultime, sez. I app., n. 407/2017, sez. II app., n. 111/2018, sez. III app., n. 129/2017 e giurisprudenza ivi richiamata.

strazione al Sindaco, e la gestione del contratto è stata da lui direttamente assunta sin dalle prime risposte alle richieste ufficiali della concessionaria sì che sia le diffide spedite alla società, che la lettera di risoluzione, hanno costituito atti di manifestazione dei poteri contrattuali esercitati dal Sindaco in virtù della sua posizione di parte contraente, sostanzialmente nonché in concreto materialmente assunta.

Possiamo quindi affermare che sicuramente permane la responsabilità esclusiva del vertice politico per scelte *contra legem* o *contra contractum* effettuate nonostante le rimozioni palesate dagli organi amministrativi, anche se la previsione normativa in esame – art. 1, comma 1-*ter*, legge n. 20/1994 – sul piano pratico e degli effetti conseguiti inevitabilmente si traduce in una evidente deresponsabilizzazione della classe politica (amministratori, consiglieri di enti locali o territoriali...) a scapito della dirigenza, divenuta parafulmine dell'amministrazione in caso di scelte complesse e, come tali, rischiose, spesso parzialmente bilanciata da incrementi retributivi erogati, in tutte le loro componenti, in modo generosamente non selettivo ad ogni dirigente.

In ogni caso, come sinteticamente osservato, la scriminante in discussione opera, secondo pacifica giurisprudenza, solo a fronte di scelte connotate da particolare complessità tecnico-amministrativa, e le applicazioni pretorie hanno sostanzialmente limitato la portata applicativa dell'istituto nonché del sottostante principio solo agli organi politici di derivazione elettiva, con esclusione degli organi collegiali di altra derivazione.

L'ambito operativo della esimente si può poi, in ragione della configurazione rassegnatene, circoscrivere alle ipotesi in cui ricorrono i due seguenti concorrenti presupposti: a) questioni di particolare complessità tecnico/amministrativa, necessitanti di una competenza non esigibile dagli organi politici; b) atti rientranti nelle competenze degli uffici burocratici, che siano stati meramente "avalati" e non "imposti" dagli organi politici.

Il punto cruciale in sede di concreta applicazione della norma si può quindi ritenere attinente da un lato all'accertamento di ingerenze di fatto degli amministratori in scelte formalmente fatte in via esclusiva dalla dirigenza, e, dall'altro, all'accertamento da parte della magistratura contabile della "buona fede" del politico amministratore che assuma una deliberazione dannosa per l'erario sulla scorta di errori o omissioni nella istruttoria condotta dai funzionari tecnici o amministrativi e sottesa al deliberato dell'organo politico che ha una genesi procedimentalizzata.

Ci sembra così di poter affermare che la buona fede dell'organo politico è da ritenere sussistente qualora la delibera dannosa dallo stesso adottata sia stata condizionata in modo fondante – nei suoi presupposti conoscitivi/istruttori, dalle competenze degli organi tecnici e amministrativi.

Tale tesi è stata portata alle estreme conseguenze in molte pronunce ove si è affermato che la c.d. "scriminante politica" non è applicabile ai casi in cui l'or-

gano politico abbia esercitato una attribuzione sua propria in riferimento alla quale l'apparato burocratico abbia esperito funzioni di mero supporto strumentale/istruttorio/consultivo e comunque opera solo allorquando la decisione, che si afferma essere fonte di ingiusto danno, sia stata assunta in materie di particolare difficoltà tecnica e giuridica.

Non è stato ancora posto invece a livello dottrinale ovvero pretorio il diverso problema della sussistenza in capo all'organo politico di peculiari conoscenze tecniche che rendano il soggetto particolarmente competente nel valutare la bontà-liceità della specifica scelta gestionale da effettuare (si pensi al caso della nomina politica di un "tecnico" all'interno di un organo politico oppure ad un presidente di Provincia laureato in legge e di vasta esperienza gestionale che conferisce incarichi dirigenziali esterni a soggetti privi di laurea); probabilmente in tali casi, qualora derivi un danno erariale dalla scelta effettuata, la dimostrazione della buona fede del politico-tecnico risulterà alquanto ardua. Così come è difficilmente dubitabile che non possa egualmente configurarsi una responsabilità dell'organo politico qualora abbia assunto una deliberazione dannosa omettendo di richiedere i necessari pareri tecnici o ingerendosi direttamente in attività gestorie di esclusiva competenza della dirigenza: in ambedue i casi e soprattutto nel secondo, assai frequente negli enti locali, si configurano evenienze che travalicano i limiti applicativi della esimente in esame.

5. Conclusioni

Dall'analisi delle considerazioni espresse sul tema del merito e dell'esimente politica nel giudizio contabile, sia in dottrina che negli orientamenti giurisprudenziali sintetizzati nei precedenti paragrafi, è possibile riscontrare che il discrimine tra sindacabilità ed insindacabilità delle opzioni possibili nell'ambito dell'attività amministrativa è assai sottile.

La positivizzazione ad opera della legge n. 241/1990 del principio di efficacia ed economicità dell'agire amministrativo pone alla magistratura contabile il problema di definire correttamente la valenza del principio stesso in relazione al tipo di controllo giudiziale che può essere esercitato, in considerazione anche delle diverse fattispecie di danno pubblico che possono essere prospettate.

Di conseguenza, come è stato sottolineato in dottrina, il vero nodo da sciogliere con il quale il giudice contabile (ma non solo) dovrà sempre più confrontarsi, è quello dell'assenza di regole e parametri di riferimento che possano in qualche misura segnare preventivamente in via generale ed astratta una linea di demarcazione tra ciò che è lecito e ciò che non è lecito, tra ciò che costituisce livello minimo di rischio che un amministratore deve necessariamente assumersi

pena la paralisi dell'attività amministrativa e ciò che invece è sanzionabile in sede di giudizio di responsabilità³².

Con l'art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994, nel testo modificato con legge n. 636/1996, il Legislatore si ritiene abbia voluto richiamare l'attenzione del giudice contabile sulla necessità di non giudicare i comportamenti della classe politica e/o dirigente in base a valutazioni che rappresentino una inammissibile intromissione nella sfera di libertà loro riservata dalla legge³³.

Peraltro il rischio di una 'invasione di campo' del giudice contabile ovvero della violazione del comandamento principale di ogni ordinamento democratico, quello cioè del primato della politica sugli altri poteri, è sicuramente maggiore rispetto agli altri plessi giudiziari; ciò in quanto giudicare come si spende il pubblico denaro significa anche giudicare come si amministra la cosa pubblica e, quindi, come si fa politica³⁴.

È doveroso pertanto riuscire a contemperare due esigenze, ambedue meritevoli di tutela ma talora divergenti, come l'esigenza di impedire e/o sanzionare la dissipazione del pubblico danaro e la necessità di non ingessare l'iniziativa dei pubblici amministratori in confini così angusti da paralizzare o, quanto meno, gravemente condizionarne l'attività.

Spetta quindi in definitiva alla magistratura contabile, sul piano concreto, il delicato compito di operare 'con prudente apprezzamento' una sintesi mediata tra i due suddetti contrapposti interessi pubblici, facendo emergere esclusivamente fattispecie di *mala gestio* di risorse finanziarie pubbliche connotate da evidente irragionevolezza, illogicità ed incongruità, con valutazione rigorosamente prognostica (*ex ante*) delle circostanze sussistenti al momento della scelta discrezionale rilevatasi poi causativa di danno erariale.

³² C. PINOTTI, *Scelte autonome di gestione*, cit., 511 ss.

³³ Sul tema si veda A. LAINO, *Discrezionalità e merito: le ragioni di una distinzione nell'ambito della giustizia contabile*, in AA.VV., *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni delle riforme*, a cura di M. ATELLI, Satura editrice, Napoli, 2005, 226 ss.

³⁴ Si veda L. CASO, *Il regime di responsabilità nel rapporto con la scriminante politica*, in *Riv. dir. econ. dei Comuni*, 3, 2023, 89 ss.

Conclusioni: presupposti e limiti all'ampliamento del sindacato giurisdizionale

Carlo Emanuele Gallo

SOMMARIO: 1. Il merito amministrativo. – 2. Il merito e la giurisdizione amministrativa. – 3. Il merito amministrativo tra sostanza e processo. – 4. La perdurante validità del merito amministrativo. – 5. Il sindacato sul merito nel prisma del processo.

1. Il merito amministrativo

Il merito amministrativo (l'aggettivazione, riportata nel titolo di questo Volume, è opportuna poiché il concetto di merito è variegato, anche in ambito giuridico) concerne quello spazio di scelta che è istituzionalmente, prima ancora che costituzionalmente, riservato all'amministrazione, nel quale essa sulla base delle scelte effettuate dai cittadini individua in un modo non esattamente predefinito dalla legge quali sono gli obiettivi da perseguire e i mezzi per raggiungerli. Si tratta di un ambito che è garantito dalla disciplina contenuta nel Codice del processo amministrativo, dalla disciplina del Codice della giustizia contabile, laddove o prevedono un sindacato esteso al merito od escludono un sindacato sulle scelte di merito, ed anche dalla nozione di atto politico, che non è assoggettato al controllo di alcun giudice. La ragione di questa esclusione è proprio nel fatto che il merito è l'ambito nel quale i cittadini compiono le proprie scelte e nel quale le medesime sono attuate dagli organi della pubblica amministrazione a ciò deputati: il carattere democratico della nostra repubblica comporta che ai cittadini debba essere riconosciuto un ambito che nessun potere può sindacare (molto attenta, con riferimento non solo alla giurisdizione contabile, è sul punto la trattazione in questo Volume di Paolo Evangelista e Davide Vitale circa la rilevanza dell'esimente politica).

La sovranità popolare che così si esercita, a' sensi dell'art. 1, secondo comma della Costituzione, è però limitata sia quanto alle forme che quanto al contenuto dalle previsioni costituzionali, come stabilisce la medesima disposizione. Queste previsioni garantiscono la generalità della tutela in sede giurisdizionale, con riferimento a tutti gli atti e a tutti i motivi deducibili nei confronti dei medesimi. La progressiva estensione delle regole che disciplinano l'attività dell'amministrazione, vuoi con disposizioni puntuali vuoi con disposizioni di principio, neces-

sariamente limita questo spazio, ma ciò non comporta una riduzione della sovranità popolare, quanto semplicemente la necessità che la medesima sia esercitata in modo consapevole e regolato, al fine di consentire un suo controllo da parte da un soggetto terzo e imparziale.

Questo modo di procedere fa sì che l'ambito del sindacato del giudice amministrativo, poiché anche di questo ora si tratta, progressivamente diventi più esteso e che, di conseguenza, si riduca quello che un tempo poteva essere considerato affidato a scelte di merito. A questo risultato portano anche scienze e tecniche che rendono comprensibili e perciò valutabili anche nel contenuto determinazioni che in passato sembravano inconoscibili (l'ampliamento della sindacabilità della discrezionalità amministrativa sulla base della disciplina della trasparenza è sottolineato nel contributo di Beatrice Bessone). L'ampliamento dell'ambito del sindacato di legittimità è la risposta dell'attività del giudice amministrativo alle esigenze fissate in Costituzione e deve essere perciò condiviso. Questo ampliamento tutela maggiormente i cittadini ma contemporaneamente aiuta a perseguire in modo corretto il pubblico interesse. Nell'affrontare questo nuovo ambito, il giudice amministrativo deve considerare attentamente se è in condizione di conoscere le regole che in ciascun settore vengono applicate o sono comunque rilevabili o se invece ha necessità di rivolgersi a un soggetto terzo qualificato tecnicamente (il consulente tecnico d'ufficio) e deve altresì decidere se il cittadino che agisce in giudizio nei confronti della pubblica amministrazione adduca o meno a sostegno delle sue richieste elementi di prova sufficienti a porre in dubbio l'operato della parte pubblica. L'operato della pubblica amministrazione, infatti, che non è assistito da regole particolari di stabilità, è però normalmente prodotto da un apparato che è organizzato proprio per essere depositario delle scienze e tecniche del settore, di modo che chi vuole criticare i risultati questa attività deve riuscire a dimostrare che quei risultati non sono corretti.

L'ampliamento del sindacato di legittimità è perciò senz'altro proponibile, ed auspicabile, purché sia fondatamente giustificato.

Il sindacato anche in merito per definizione prescinde dalle regole della legittimità, poiché nell'ambito del merito – come detto – si esercita la sovranità popolare, anche attraverso atti politici, che in quanto tali non trovano una puntuale regolamentazione di carattere contenutistico nelle fonti sia scritte che di principio: ciò però non significa che la valutazione che il giudice amministrativo è abilitato a compiere delle scelte dell'amministrazione in questi ambiti non debba essere esternata attraverso i criteri che il giudice amministrativo deve seguire per svolgere il suo sindacato. Il giudice amministrativo è legittimato, come ogni giudice, per il fatto che è un tecnico del diritto ed applica criteri giuridici: anche nel sindacato sul merito amministrativo, perciò, il giudice amministrativo deve applicare questi criteri, che trova affermati nella ormai plurisecolare esperienza della giurisprudenza amministrativa o che deve individuare *ex novo*. Ciò che

conta è che li individui e li esterni, in modo da consentire anche un possibile sindacato in ulteriori gradi di giurisdizione (come del resto si verifica in materia di provvedimenti cautelari, che da Alberto Romano sono stati assimilati a valutazioni di merito, come ricorda nella sua approfondita analisi Michele Ricciardo Calderaro).

Questo modo di procedere, tanto nella legittimità quanto nel merito, consente di risolvere i problemi che si sono ora posti e che vengono via via in evidenza (e che il Volume illustra in modo approfondito ed originale, con una concordia spontanea e per questo ancor più significativa, pur con le diverse caratteristiche dei singoli contributi): il sindacato sulle scelte fondate su valutazioni tecniche anche difficilmente ripercorribili, che peraltro rientrano tutte nella legittimità, il sindacato sugli elementi algoritmici che sono alla base dell'intelligenza artificiale in qualunque delle sue manifestazioni, che devono essere tutti comprensibili perché il sindacato rientra sempre nella legittimità (con l'ovvia conseguenza che l'amministrazione che utilizza questi sistemi è costretta a richiedere a coloro che forniscono apparecchiature e programmi di rendere comprensibile e giustificabile qualunque tipo di scelta per complicata che sia) (il tema è approfonditamente trattato in questo Volume da Valentina Galliano). La presenza di una pubblica amministrazione può rendere perciò tutti più consapevoli delle varie opzioni tecniche anche in materia di intelligenza artificiale.

Il che dimostra ancora una volta che l'esistenza di un sistema di giustizia è uno degli elementi fondamentali in una società democratica.

2. Il merito e la giurisdizione amministrativa

L'attenzione al merito, opportunamente riproposta nel Volume curato da Sergio Foà, che ha redatto il saggio fondamentale nel quale ripercorre, con ampio apparato critico, tutti i termini della questione, corrisponde, come si è accennato, alle esigenze che sono emerse nei tempi più recenti. Da un lato, infatti, è venuto meno, anche nei confronti della collettività, il significato valoriale oltre che cogente della disciplina positiva, che è apparsa spesso non in grado di far fronte alle esigenze che la società manifesta e che, d'altro canto, è risultata scarsamente convincente per la collettività, dal momento che la medesima si organizza attraverso forme di partecipazione variegata, anche di carattere mediatico, nelle quali è più facile che vengono esplicitati anche con toni molto aspri i momenti di disaccordo.

A fronte della incapacità del sistema di diritto positivo di far fronte alle esigenze della collettività, non potendosi ovviamente rinunciare a una qualificazione giuridica dei comportamenti e di conseguenza a una valutazione giuridica dei medesimi in termini di correttezza o meno, è stata riscoperta l'importanza non solo dei concetti giuridici indeterminati ma anche dei principi, variamente de-

clinati. Si tratta di una riscoperta perché in realtà entrambi gli istituti sono sempre stati presenti nel nostro ordinamento, anche nei momenti in cui appariva come più evidente la tensione a favore di un sistema positivistico. Del resto, il fatto che l'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile faccia espressamente riferimento ai principi e che nello stesso Codice di procedura civile, ispirato a un rigoroso formalismo, vengano richiamati dei principi che sono in grado di orientare l'interprete integrando la disciplina positiva, ne è la miglior riprova.

Il riferimento ai concetti giuridici indeterminati ed ai principi però non è risultato sufficiente a risolvere i problemi ed i conflitti, perché ciò che conta è che gli uni e gli altri corrispondano a quelle che sono le esigenze più specifiche che la collettività individua come bisognose di soddisfazione: di conseguenza sia concetti giuridici indeterminati che principi risultano essere in qualche misura astratti, scollegati dalla effettiva soluzione dei problemi che, invece, appartiene al merito inteso proprio come risposta specifica che il diritto organizza sul terreno del fatto.

È ben noto che il concetto di merito ha scontato uno scontro con il sistema giuridico positivo. Nel sistema dell'*ancien régime*, superata l'impostazione esclusivamente paternalistica del sovrano assoluto, l'esperienza della cameralistica, soprattutto austriaca, ha introdotto una valutazione delle esigenze di merito e cioè di soluzione di problemi giustificata con riferimento a scelte che volevano essere dal punto di vista tecnico-scientifico apprezzabili e cioè giustificabili in linea con l'attenzione che nel secolo dei lumi era stata dedicata a questo tipo di impostazione. Senonché, il successivo superamento dell'*ancien régime*, a favore di un nuovo sistema organizzato sul predominio di una classe che si affacciava prepotentemente sulla scena della storia, la borghesia, e che si poneva in contrasto con tutto il sistema di gestione dei rapporti giuridici in precedenza esistente, ha fatto sì che venisse sottolineata in modo particolare l'attenzione alla legittimità, attraverso il ruolo della Corte di Cassazione, incaricata di garantire il rispetto della legge, espressione della volontà generale. La legittimità è risultata perciò essere l'elemento che consentiva una trattazione aggiornata e moderna dei problemi, con superamento del sistema precedente nel quale viceversa legittimità e merito erano sostanzialmente indistinti.

Questo nuovo tipo di impostazione non è sopravvissuto integro alla fine dell'epoca napoleonica, tanto che, per esempio nel sistema amministrativo italiano, e in particolare nel contenzioso preunitario, ha avuto un'evidente ripresa un'impostazione che attribuiva al giudice la possibilità di fornire una tutela completa, piena si direbbe ora, senza distinzione di posizioni soggettive né di ruoli della pubblica amministrazione.

In questa situazione, il sistema di giustizia preunitario, ancorché formalmente meno raffinato rispetto a quello successivo improntato ad una stretta legittimità, consentiva la risposta alle esigenze della cittadinanza e dell'amministra-

zione pubblica anche in termini di merito, e cioè di una valutazione contestuale sia dei profili di fatto che dei profili di opportunità.

Ancora una volta, peraltro, è stata l'affermazione del ruolo della borghesia, attraverso la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, che ha rimesso in crisi questo assetto dei rapporti, a favore di una valutazione più rarefatta e tecnica: la legge abolitrice del contenzioso amministrativo ha svolto proprio questa funzione, che è quella di protezione del singolo, ed insieme di tutela delle esigenze di una collettività organizzata, che proprio per garantire il successo della nuova classe doveva essere in qualche misura efficace ed efficiente.

Il merito, a questo punto, è rimasto relegato a quelle poche ipotesi in cui la giurisdizione piena del Consiglio di Stato è stata mantenuta, più per esigenze di completezza che per necessità effettiva, trattandosi della valutazione di questioni, quali quelle relative ai confini fra gli enti locali o alle controversie in materia di debito pubblico, nelle quali sembrava che il ruolo significativo dell'amministrazione non potesse non essere riconosciuto.

Questo carattere residuale della giurisdizione anche in merito si è accompagnato ad una concezione restrittiva del sindacato del giudice amministrativo, in linea con la legge abolitrice del contenzioso: e così vi è stato chi ha sostenuto che la giurisdizione anche in merito è una giurisdizione che consente il pieno controllo del fatto, che viceversa non sarebbe possibile nel processo di legittimità, con affermazioni che non sono condivisibili. Il merito non è il controllo del fatto, che il giudice amministrativo ha sempre potuto compiere, anche in sede di pura legittimità, come è possibile rilevare sulla base dei poteri istruttori del giudice amministrativo anche dell'ambito del sindacato delle giunte provinciali amministrative, mentre ciò che è rimasto da valutare di volta in volta, e in modo più prudente e limitato, è stato proprio il profilo dell'opportunità: il profilo dell'opportunità è un profilo tipico dell'attività della pubblica amministrazione, che lo esercita sempre, sia negli atti di primo grado che negli atti di secondo grado, e che il giudice può ripercorrere soltanto in ipotesi particolari.

La riflessione sull'attività della pubblica amministrazione, nel 900, è stata poi per molti aspetti una riflessione di diritto positivo in senso stretto, attraverso un metodo giuridico declinato in modo molto rigido, al di là di quanto non avesse prospettato Vittorio Emanuele Orlando. Si può comprendere la posizione più rigida di Massimo Severo Giannini, che nei lavori giovanili si manifestava come un giurista di diritto positivo più stretto, rispetto alla posizione di Costantino Mortati che viceversa, proprio perché si occupava di diritto costituzionale, era attento anche a profili più elastici, quali quelli per esempio della costituzione materiale.

Negli anni più recenti, l'espansione della capacità di indagine delle scienze e della tecnica ha condotto a ritenere sindacabile anche il merito proprio come scelta concreta. Per evitare che questa scelta rimanga priva di contorni di legittimità, che garantiscano la sovranità popolare, si è fatto riferimento, come detto,

ai concetti giuridici indeterminati e ai principi, che servono appunto per ricondurre la valutazione del giudice a scelte condivise nella collettività.

Il merito, a questo punto, è un concetto che porta con sé un retroterra di premesse che affondano le radici nella definizione della persona, e perciò in una valutazione in termini di meritevolezza della scelta compiuta (come evidenzia Gianluca Cuozzo nel proprio contributo), il che comporta che nell'atto ermeneutico interpretativo del diritto vi sia una compresenza di obiettività e soggettività storica.

Il merito, perciò, non è un concetto dal quale rifuggire ma è invece una valutazione che dev'essere compiuta e valorizzata per il perseguimento degli obiettivi della collettività nel rispetto delle regole fissate a garanzia della giustizia dei comportamenti.

3. Il merito amministrativo tra sostanza e processo

La riflessione più recente sul merito, come emerge dai contributi riportati in questo Volume, ha affrontato poi taluni aspetti particolari, che sono risultati di interesse attuale ai fini di completare l'inquadramento complessivo dell'istituto.

Una prima attenzione è stata riferita alla disciplina costituzionale, che nell'art. 97 facendo riferimento al buon andamento sembra ricondurre ad una valutazione giuridicamente significativa, tanto da essere riportata nella legge fondamentale, delle regole non giuridiche che disciplinano l'attività dell'amministrazione; è ben noto che, non appena approvato il testo costituzionale, vi è stato chi ha sostenuto che l'espressione non avesse un concreto significato e dovesse perciò rientrare in quelle previsioni costituzionali che erano individuate meno ancora che programmatiche. In realtà, il principio di economicità, che impone che a ogni espressione giuridica sia attribuito un significato, a maggior ragione ancora una volta nella legge fondamentale, ha condotto viceversa a individuare nel buon andamento l'affermazione di un obbligo per la pubblica amministrazione di determinarsi ed operare in modo da conseguire l'interesse pubblico più rilevante nel momento in cui provvede, con conseguente emersione all'interno di una valutazione giuridica di quei profili che possono essere considerati tali pur nell'ambito di una valutazione che sembra sfuggire rispetto a specifiche regole positive. L'inveramento di questa costruzione dogmatica è stato poi individuato nella previsione di cui all'art. 1 della legge n. 241/1990, che ha esplicitato una serie di principi non strettamente giuridici che però valorizzano il cosiddetto buon andamento. La linea tracciata dalla legge n. 241/1990, che sul punto peraltro è rimasta sostanzialmente inattuata anche per una certa ritrosia del giudice amministrativo a seguire l'impostazione del legislatore, è stata ulteriormente sottolineata, e questa volta con

un maggior successo pratico, anche nell'ultimo Codice dei contratti pubblici (tematica affrontata in questo Volume da Flavia Risso, con un'indagine ricca di spunti originali con particolare riferimento alle scelte discrezionali sul ricorso al partenariato), segnatamente laddove il medesimo sottolinea il valore del risultato. Se il risultato dell'attività amministrativa è un elemento che dev'essere considerato ai fini della legittimità non solo dell'operato di chi agisce per la pubblica amministrazione ma dell'attività amministrativa in sé, evidentemente si tratta di un elemento che non fa parte del merito ma fa parte invece della legittimità. Questo tipo di percorso non è un percorso contrastante con le esigenze di tutela della sovranità popolare che si sono ricordate all'inizio: queste esigenze che esistono e devono essere garantite sono esigenze però che riposano su valutazioni amplissime, non certo su valutazioni puntuali e specifiche nelle quali viceversa non vi è nulla di insindacabile ma tutto può esser misurato. Per esempio, in materia contrattuale, e cioè nel procedimento per l'aggiudicazione di un contratto pubblico e perciò nel momento in cui vengono effettuate le valutazioni in ordine alla bontà delle offerte, non soltanto dal punto di vista economico ma anche dal punto di vista contenutistico, come con riferimento alla campionatura, è indiscutibile che si è in presenza di un'attività che è tutta misurabile, attraverso l'applicazione delle varie discipline, anche di carattere merceologico, che consentono normalmente questo tipo di valutazione nell'ambito del settore privato. Proprio perché si tratta di un'attività misurabile, la medesima può essere valutata dal giudice amministrativo, sia pure, come si è detto prima, con una particolare avvertenza e cioè con la considerazione delle necessità che i giudizi siano espressi non attraverso delle valutazioni di carattere generico, che diventano esse insindacabili, ma invece attraverso l'applicazione delle regole tecniche delle singole discipline che a questa misurabilità si sono dedicate. È evidente, perciò, che il giudice amministrativo dovrà fare ricorso più di frequente alla valutazione tecnica degli aspetti significativi dell'oggetto del giudizio anche mediante il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio, che da questo punto di vista diventa indispensabile perché è servente un tipo di sindacato che altrimenti non può essere compiuto.

Ma è proprio il ricorso alla consulenza tecnica, e cioè a un'esperienza che è in qualche misura valutabile anche in contraddittorio con le parti, che dimostra come il giudizio sul merito sia un giudizio che, a questo punto, in realtà è stato ricondotto al giudizio in materia di legittimità.

Le questioni relative al merito hanno avuto poi una particolare considerazione nell'ambito della valutazione del contenzioso contabile, e cioè dei giudizi di responsabilità che vengono celebrati avanti la Corte dei conti nei confronti degli amministratori, dei dirigenti e dei funzionari pubblici. In questi giudizi, proprio perché il punto di riferimento non è la legittimità di un atto ma è la regolarità di un comportamento rispetto alle esigenze di pubblico interesse anche di carattere economico finanziario, molto spesso la tentazione per

il giudice contabile è stata quella di sostituirsi integralmente alle valutazioni dell'amministrazione, esercitando perciò un controllo diretto sul merito, e cioè su quell'aspetto della discrezionalità che non è viceversa sindacabile in sede di legittimità. Questo tipo di atteggiamento del giudice contabile, finalizzato a rendere più efficace il suo controllo, e che peraltro ha condotto a sostanzialmente obliterare le distinzioni fra vari aspetti della giurisdizione contabile, quali quelli relativi all'elemento soggettivo, nonostante i ripetuti interventi del legislatore, ha poi provocato reazioni da parte del legislatore medesimo che in qualche misura possono considerarsi scomposte: tutte le riflessioni sullo scudo erariale (in questo Volume ben illustrate da Emanuela Andreis e Ilaria Giannone), sulla considerazione come elemento soggettivo soltanto del dolo e così via sono valutazioni che devono essere ricondotte a un momento di reazione rispetto a un atteggiamento troppo disinvolto del giudice contabile e non possono essere viceversa accettabili come sistema di carattere generale e istituzionale. Il sistema della giurisdizione contabile, anche nella sua articolazione territoriale, corrisponde all'assetto generale della giurisdizione, tanto ordinaria che amministrativa, e non potrebbe essere perciò messo in discussione come pure di questi tempi viene fatto. Ma per evitare la reazione scomposta del legislatore, occorre che ancora una volta il giudice contabile recuperi quelle che sono le caratteristiche della funzione del suo sindacato, che sono sempre state intese non nel senso di una impossibile ricostituzione di una integrità di bilancio che non è immaginabile, tenuto conto dei numeri del bilancio pubblico, con riferimento alla condanna dei singoli addetti alla gestione economico-finanziario dell'amministrazione ma è invece l'individuazione dei comportamenti corretti e la stigmatizzazione dei non corretti, anche se non soprattutto al fine di indirizzare i soggetti di pubblica amministrazione nell'assunzione dei comportamenti più validi. In quest'ottica, è estremamente significativo il fatto che il legislatore abbia sempre confermato il potere di riduzione dell'addebito, che è un potere di carattere discrezionale attribuito al giudice contabile che gli consente di adeguare l'entità della condanna alle singole situazioni, ben al di là di quelle che sono le considerazioni generali in materia di illecito civile circa la localizzazione e ripartizione della responsabilità e che invece attengono proprio alla situazione specifica in cui si trova l'amministrazione e i suoi addetti, costretti a confrontarsi con un quadro normativo estremamente complesso, con la necessità di provvedere sempre e comunque, con difficoltà in termini organizzativi e di bilancio, ed infine con l'esigenza di tener conto anche di orientamenti giurisprudenziali difficilmente conciliabili. Più che la definizione di limiti rigidi, come ora viene proposto, all'azione di condanna per responsabilità amministrativa è l'elasticità della riduzione dell'addebito che consente di risolvere i problemi. Questa elasticità, peraltro, in tanto ha un senso in quanto venga effettivamente utilizzata dal giudice contabile medesimo.

4. La perdurante validità del merito amministrativo

Consegue a quanto sino ad ora osservato che il merito amministrativo non è un concetto destinato ad essere superato o ad essere accantonato ma è un concetto che mantiene la sua validità; il confronto del giudice sia amministrativo che contabile col merito è un confronto utile per garantire al massimo la tutela dell'amministrazione e del cittadino: si tratta sicuramente di un concetto da valutare con estrema attenzione, ma l'esperienza del giudice amministrativo quale giudice speciale è proprio l'elemento che garantisce questo tipo di valutazione. Anche in Assemblea Costituente, infatti, l'esistenza del giudice amministrativo è stata giustificata proprio con riferimento a queste sue caratteristiche, che perdurano invariate.

D'altro canto, come è stato ben sottolineato nell'interessante contributo di Alessandro Ciatti Càimi, anche in diritto privato vi è una tendenza ad aumentare la possibilità di sindacato sulle scelte che potrebbero essere considerate di merito da parte dei singoli soggetti dell'ordinamento, poiché nel momento in cui ci si rende conto che i conflitti sono sempre più interconnessi e i problemi sono sempre più di difficile soluzione, il ricorso al giudice diventa un elemento imprescindibile per garantire il tessuto sociale (come si diceva un tempo, *ne civis ad arma ruant*). In quest'ottica, il ruolo del giudice amministrativo è certamente centrale, come ha sottolineato Giancarlo Montedoro. La giurisdizione amministrativa è configurata in Costituzione come una giurisdizione di diritto soggettivo e cioè riferita a soggetti che siano titolari di posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento che in quali tale consentono l'accesso al giudice. Si tratta di un'impostazione alla quale non si può rinunciare, perché è quella che garantisce la parità di trattamento tra pubblico e privato, in quanto in entrambi i casi l'accesso al giudice è consentito a chi sia legittimato (oltre che a chi vi abbia interesse). Ma questa considerazione non toglie che nella valutazione di quanto spetti al cittadino che agisce nei confronti della pubblica amministrazione il giudice amministrativo debba tener conto del sistema amministrativo nel quale si muove, non per far prevalere le esigenze dell'amministrazione, quasi che la giustizia nell'amministrazione di cui all'art. 100 della Costituzione significhi una sottoposizione della giustizia all'esigenza dell'amministrazione, ma invece al fine di attribuire a ciascuno quanto l'ordinamento positivo effettivamente gli garantisce dal punto di vista sostanziale. Utilizzando l'espressione di Chiovenda, ciascuno ha diritto di ottenere dal giudice tutto quanto l'ordinamento sostanziale gli attribuisce, il che significa che il titolare dell'interesse legittimo ha diritto di ottenere in giudizio tutto quanto la sua posizione consente di ottenere in sede sostanziale nei confronti dell'amministrazione. E il giudice amministrativo deve fare attenzione, anche laddove si spinge a sindacare dei profili che sembrerebbero essere di merito, a non superare questo tipo di schema e cioè a non sostituirsi all'amministrazione diventando una specie di super amministratore.

Con tutto ciò, evidentemente, il merito ha un suo spazio anche in sede giuri-

sdizionale, e non è confinato soltanto alle valutazioni che compie la pubblica amministrazione in sé, per esempio nell'adozione dei provvedimenti di secondo grado (tema studiato in questo Volume con ampia riflessione da Antonio Chiarella): anzi in realtà laddove si fa questione dei provvedimenti di secondo grado non può dimenticarsi che la possibilità di controllo da parte del giudice amministrativo delle scelte discrezionali dell'amministrazione è sempre stata ammessa, proprio perché il confronto fra provvedimento di primo grado e provvedimento di secondo grado consente inevitabilmente di individuare delle linee di interesse che ammettono il sindacato da parte del giudice.

Ve ne è a sufficienza, a questo punto, per ritenere che la questione di merito continui a mantenere anche ora una sua rilevanza e importanza anche al di là di quello che è l'apparente limitato ambito di sindacato giurisdizionale a questo dedicato. Ma è ben vero che la previsione di un sindacato giurisdizionale è utile per far considerare come l'aspetto del merito non sia un aspetto inconoscibile per l'ordinamento generale, il che significa che queste ipotesi di giurisdizione anche in merito, nonostante la loro limitata praticabilità, non possono essere eliminate, ma devono essere salvaguardate.

Va, a questo proposito, osservato come il giudice amministrativo molto spesso dichiari di non potere valutare scelte amministrative espressione di amplissima discrezionalità, poiché altrimenti effettuerebbe un giudizio anche in merito, ma come formula di prudenza, in situazioni nelle quali viceversa le contestazioni mosse dal ricorrente vengono puntualmente esaminate: in questo senso, per esempio, nella giurisprudenza in ordine alle scelte di pianificazione amministrativa (per tutti, Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2024, n. 8666; sez. II, 25 settembre 2024, n. 7787; sez. IV, 21 agosto 2024, n. 7187), ovvero in ordine all'ampliamento di un parco naturale (Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2024, n. 3305), o in ordine alla scelta sulle opere di urbanizzazione pubbliche da realizzare (T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 9 aprile 2024, n. 54), o in ordine alle limitazioni del traffico (Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2022, n. 2599), o in ordine ai criteri di valutazione delle offerte (Cons. Stato, sez. III, 22 ottobre 2024, n. 8443; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 8 febbraio 2023, n. 359), o in ordine, infine, all'anomalia delle offerte (Cons. Stato, sez. III, 16 settembre 2024, n. 7582).

Il che significa che nei fatti il controllo del giudice amministrativo è anche per questo aspetto piuttosto puntuale, cosicché un'eventuale eliminazione dei casi di giurisdizione anche in merito potrebbe suonare come un invito a ridurre il sindacato, invito che sarebbe del tutto ingiustificato.

5. Il sindacato sul merito nel prisma del processo

Questione alla quale non è stata di norma dedicata attenzione, e che viceversa merita una riflessione puntuale, è quella relativa alle modalità concrete

con le quali viene esercitato il controllo di merito da parte del giudice amministrativo.

La questione si pone ovviamente soprattutto per le materie per le quali la giurisdizione è estesa al merito, ai sensi dell'art. 7 del Codice del processo amministrativo e del successivo art. 134, anche se, come è noto, nella più parte dei casi il controllo sul merito viene effettuato dal giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione di legittimità, semplicemente estendendo la verifica sulla correttezza della situazione di fatto posta a fondamento delle scelte amministrative e sulla coerenza delle determinazioni in diritto adottate dalla pubblica amministrazione in relazione da un lato al quadro normativo dall'altro alla situazione di fatto esistente.

Volendo, però, esaminare come il merito può essere sindacato in sé, va innanzitutto sottolineato che l'estensione della giurisdizione al merito comporta che in quelle stesse materie il giudice amministrativo è comunque dotato di una giurisdizione generale di legittimità, che gli spetta in ogni caso in cui vi sia un rapporto conflittuale fra cittadino e amministrazione che sia rilevante per il diritto processuale, nel quale cioè il cittadino sia titolare di una delle posizioni soggettive legittimanti.

Non può ovviamente escludersi che vi siano ipotesi nelle quali la contestazione del ricorrente nei confronti della scelta dell'amministrazione sia riferita soltanto alla valutazione del merito, non essendovi alcuna contestazione in merito ai profili di legittimità. Ma si tratta di ipotesi certamente marginali se non del tutto teoriche; se, infatti, è contestata la scelta di merito cioè il contenuto della opzione amministrativa non è possibile che questa contestazione non si risolva anche in una critica degli accertamenti in fatto effettuati dall'amministrazione, e perciò dell'attività istruttoria svolta, in una critica della scelta esternata dall'amministrazione stessa e perciò del dispositivo del provvedimento e inevitabilmente delle ragioni poste a fondamento della scelta e cioè della motivazione dell'atto. In altre parole, la contestazione del merito passa necessariamente per una esposizione articolata della contestazione del procedimento e del provvedimento e cioè della contestazione in termini di legittimità.

La stessa contestazione del merito, poi, come si è accennato, deve essere formulata in termini tali da consentire il controllo del giudice e in ipotesi un controllo che possa essere effettuato anche quanto meno nel secondo grado di giudizio, avanti il Consiglio di Stato, se non addirittura, come è facile ipotizzare, nel ricorso in Cassazione per questioni di giurisdizione. Ne consegue che anche la critica delle scelte di merito deve essere articolata attraverso una puntuale esternazione delle ragioni di dissenso che il ricorrente pone a fondamento della sua domanda, che si traducono sostanzialmente in censure specifiche riferite alla scelta amministrativa.

Ne discende che la contestazione anche in merito di norma sarà preceduta da una contestazione in termini di legittimità e sarà comunque articolata nello stes-

so modo in cui la contestazione in termini di legittimità è dedotta. Il controllo di merito da parte del giudice amministrativo non può perciò essere inteso come una specie di *revisio prioris instantiae*, ad ampio spettro, quasi a critica libera, come se il ricorrente potesse dedurre in via generica l'inopportunità della scelta e il giudice potesse provvedere ugualmente in via generica ritenendola opportuna oppure no. Il sistema di tutela in sede giurisdizionale è un sistema che nel tempo ha elaborato delle regole proprie specifiche, attente e raffinate, che devono essere applicate anche alla valutazione del merito.

L'atto introduttivo del giudizio che deduce censure anche in merito dovrà perciò rispettare questi criteri che sono quelli che poi il Codice del processo amministrativo stabilisce in generale nei confronti del ricorso e dei motivi di ricorso, ivi compresa la specificità e la separatezza rispetto alla narrativa in fatto.

Non essendovi ragioni per dissentire sul punto, la contestazione anche in merito può essere declinata all'interno del ricorso collocandola nella posizione che il ricorrente ritiene preferibile, e cioè come prima contestazione, oppure come contestazione terminale, seguendo un criterio di formulazione dei motivi e di graduazione dei medesimi, che è quello che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ormai da tempo riconosciuto.

Se nella formulazione del ricorso, perciò, si dovranno seguire le regole di carattere generale che la giurisprudenza ha elaborato in modo molto puntuale per la giurisdizione di legittimità, dovrà però farsi una puntuale attenzione per quanto concerne l'elemento probatorio. Per quanto concerne il merito, è evidente che la posizione di difficoltà del cittadino non è certamente minore di quanto non sia in sede di giurisdizione generale di legittimità. In entrambi i casi, il deficit di informazione nel quale si trova il cittadino sussiste, forse a maggior ragione più ampio nel caso di giurisdizione anche in merito perché in quel caso l'amministrazione, proprio per l'assenza di un quadro normativo puntuale di riferimento, fa autonomamente delle scelte e compie autonomamente delle valutazioni. Il cittadino che deduce censure di merito sconta da questo punto di vista una maggior difficoltà nella formulazione del materiale probatorio, che ridonda a suo carico e che costituisce perciò un limite che deve superare nell'esercizio dell'azione.

Nel momento in cui infatti contesta le scelte di merito nell'amministrazione e cioè scelte che l'amministrazione stessa è abilitata a compiere per la sua posizione costituzionale, il cittadino è inevitabilmente tenuto a dedurre una serie di ragioni documentate e provate che conducano a superare le opzioni diverse esercitate dall'autorità amministrativa. Non sarà possibile una semplice critica per dir così in negativo, e cioè in termini "*la scelta non è opportuna*", dovrà essere invece individuata quale avrebbe dovuto essere stata la scelta più opportuna e quali sono gli elementi per giungere a considerare questa scelta non esercitata dalla pubblica amministrazione come la più opportuna. È proprio il fatto di muoversi in un ambito di sindacato particolare, nel quale intende criticare integralmente la funzione amministrativa così come esercitata, che pone il cittadino

di fronte a un onere della prova di maggior peso. In questo caso, il cittadino, infatti, si trova a dover ripercorrere con onere a proprio carico le scelte dell'amministrazione per dimostrare che le medesime non erano corrette e devono essere sostituite da altre, che può indicare al giudice affinché le faccia proprie e le imponga nella pronunzia definitiva del giudizio (ben potendo peraltro il cittadino non giungere a questa indicazione specifica ma limitarsi a critiche puntuali e sufficienti a dimostrare l'inopportunità della scelta compiuta dall'amministrazione, rimettendo al giudice opzioni successive).

L'onere della prova, perciò, in questo caso è da ritenere pieno, così come si verifica allorché si fa questione di diritto soggettivo, paradossalmente non perché vi sia un diritto soggettivo nella fattispecie perché non vi è, ma perché è la possibilità di sindacato attribuita al cittadino che gli impone di introdurre gli elementi probatori necessari perché la scelta compiuta dall'amministrazione sia considerata contenutisticamente inesatta.

Va da sé che un siffatto modo di procedere condiziona anche il giudice amministrativo che nell'effettuare le valutazioni di merito, e cioè nel compiere delle scelte che lo possono portare addirittura a sostituirsi alla pubblica amministrazione dopo avere esaurito le opzioni in termini di opportunità ammesse dall'ordinamento, dovrà attrezzarsi per potere compiere una valutazione adeguata e soprattutto giustificata dal punto di vista del fatto, dell'opportunità e della scienza.

Sarà questo uno dei casi in cui il giudice amministrativo, trovandosi di fronte alla necessità di effettuare un sindacato che pur muovendosi nell'ambito di una serie di indici derivati dalle esperienze in termini di legittimità la supera, dovrà dotarsi degli ausili tecnici e cognitivi indispensabili per una valutazione che sia giustificata e ragionevole. Sarà il caso, pertanto, di utilizzare consulenze tecniche d'ufficio, che nella fattispecie sarebbero davvero indispensabili poiché soltanto una completa ricostruzione della situazione di fatto e una completa rivisitazione delle opzioni possibili, anche dal punto di vista astratto, può condurre ad un sindacato che concerne il merito dell'attività amministrativa, cioè le scelte in tema di opportunità, e può comportare la sostituzione della scelta del giudice amministrativo alla scelta dell'amministrazione stessa.

L'utilizzo dei criteri indicati, sia per quanto concerne da un lato la formulazione dell'atto introduttivo del giudizio, sia per quanto concerne, dall'altro, l'acquisizione del materiale istruttorio avrà una conseguenza anche sul contenuto della pronunzia finale. Nell'esercitare la giurisdizione anche in merito, infatti, il giudice amministrativo dovrà esternare compiutamente le ragioni della propria determinazione e cioè le ragioni per le quali ritiene che sia accreditabile o meno la scelta discrezionale dell'amministrazione, dovrà indicare puntualmente gli elementi specifici che giustificano una scelta nel senso dell'accoglimento del rigetto del ricorso e dovrà anche indicare gli elementi specifici che conducono a sostituire una opzione diversa rispetto a quella che l'amministrazione aveva a suo tempo fatta propria. Si tratterà di introdurre una motivazione estremamente specifica e puntuale anche dal punto di vista del fatto, proprio perché la senten-

za conclusiva, sia favorevole che sfavorevole, avrà un effetto dirompente sull'attività discrezionale e in generale altrimenti non sindacabile della parte pubblica. La sentenza dovrà essere perciò puntuale, dovrà sviscerare tutti i motivi di ricorso dedotti, non potendo procedere a un assorbimento che non avrebbe senso, tenuto conto del fatto che il sindacato viene esteso fino all'estremo limite possibile, con affermazioni e conclusioni assolutamente coerenti e giustificate.

Le considerazioni svolte, che potrebbero apparire poco significative, tenuto conto della scarsa operatività della giurisdizione anche in merito, hanno invece un loro significato puntuale se si considera qual è il giudizio anche in merito più significativo, e cioè il giudizio di ottemperanza. Il giudizio di ottemperanza, infatti, è gestito dal giudice amministrativo con una disinvoltura che non pare sempre accettabile. Sia l'applicazione di regole di carattere generale, quale per esempio l'individuazione del momento dal quale il procedimento deve essere ripreso dopo l'annullamento del provvedimento finale, sia la fissazione di regole concrete attraverso le quali la rinnovazione dev'essere effettuata (il riferimento può essere al contenzioso in materia di concorsi di assunzione di personale presso la pubblica amministrazione) sono normalmente gestiti attraverso delle motivazioni di carattere molto sintetico per non dire sommario, che danno relativamente conto delle valutazioni che viceversa il giudice amministrativo doveva effettuare. Se è vero che nel giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo ha una funzione propulsiva propria, di modo che può superare anche la mancanza da parte del ricorrente dell'indicazione specifica delle misure che egli ritiene indispensabili per garantire il giudicato, questo non significa che il giudice non debba motivare adeguatamente le proprie scelte procedurali e di contenuto nel momento in cui dispone in ordine alla rinnovazione dell'atto e talvolta addirittura procede egli stesso all'assunzione del provvedimento. Questo non significa ovviamente lasciarsi andare a valutazioni di carattere generale poco giustificabili e comprovabili, in ordine ai rapporti fra cittadino e amministrazione o alla esistenza o meno di una fiducia del cittadino in un'amministrazione stessa, significa invece motivare adeguatamente ed in modo puntuale in ordine alle singole scelte che il giudice effettua, anche tenuto conto di quali sono le prassi e le convinzioni esistenti nei settori amministrativi con il quale il giudice si confronta. Questa sostanziale carenza di regole che vale per l'amministrazione si riflette nella necessità di una maggiore e puntuale motivazione da parte del giudice delle scelte che egli pone in essere in sostituzione dell'amministrazione stessa. Le sentenze di ottemperanza, di conseguenza, dovrebbero avere un apparato motivazione e un corredo argomentativo ben maggiore di quanto attualmente non sia.

Altrimenti, il giudizio anche in merito è un giudizio che viene ad essere sostanzialmente immotivato e, provenendo dal giudice, non da una parte legittimata dall'espressione della sovranità popolare, ancor meno accettabile.

Ve ne è abbastanza per evidenziare come l'utilizzazione in concreto dei poteri di giurisdizione anche in merito ed il sindacato in concreto sul merito richiedano un'attenzione e una cura necessariamente particolari.

Finito di stampare nel mese di maggio 2025
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino

Volumi pubblicati

1. RUGGERO RUDONI, *Il principio di legalità delle sanzioni 'penali' in una prospettiva costituzionale nazionale ed europea*, 2024.
2. ISABELLA ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, 2024.
3. CHIARA CASTALDO, *Libertà individuali e open data. Gli obblighi di servizio pubblico nella gestione dei dati*, 2024.
4. FABRIZIO SUDIERO, *La segnalazione dell'organo di controllo ex art. 25-octies del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2025.
5. SERGIO FOÀ (a cura di), *Il nuovo merito amministrativo*, 2025.